
A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense



V.9 n. 20, jan./jun. 2012

A t u a ç ã o

Revista Jurídica do
Ministério Público Catarinense

v. 9, n. 20, janeiro/junho 2012
Florianópolis

ISSN 1981-1683

Atuação	Florianópolis	V. 9	n. 20	p. 353	jan./jun. 2012
---------	---------------	------	-------	--------	----------------

Atuação

Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Helen Crystine Corrêa Sanches
Isaac Newton Belota Sabbá Guimarães
Eduardo Sens dos Santos
Henrique da Rosa Ziesemer
Vera Lúcia Ferreira Copetti

**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

Catálogo na publicação por: Clarice Martins Quint

Atuação : Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense /
publicação conjunta da Procuradoria-Geral de Justiça 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. 9, n. 20, jan./jun. 2012.
ISSN 1981-1683

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

CDDir 340.05
CDU 34(05)

Revisão: Gerência de Publicações e Revisões (GEPRE)

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

Impressão: novembro de 2014

Av. Othon Gama D’Eça, 900, Torre A, 3º 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

Lio Marcos Marin

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos

Antenor Chinato Ribeiro

Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos e Institucionais

Walkyria Ruicir Danielski

Colégio de Procuradores de Justiça

Presidente: Lio Marcos Marin

Paulo Antônio Günther

José Galvani Alberton

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Humberto Francisco Scharf Vieira

João Fernando Quagliarielli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Jacson Corrêa

Anselmo Jeronimo de Oliveira

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

André Carvalho

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Vera Lúcia Ferreira Copetti

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

Sandro José Neis

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 - *Secretário*

Conselho Superior do Ministério Público

Membros Natos

Presidente: Lio Marcos Marin - *Procurador-Geral de Justiça*
Gilberto Callado de Oliveira- *Corregedor-Geral*

Representantes do Colégio de Procuradores

Odil José Cota
Humberto Francisco Scharf Vieira
Jacson Corrêa

Representantes da Primeira Instância

Pedro Sérgio Steil
Narcísio Geraldino Rodrigues
Vera Lúcia Ferreira Copetti
Gercino Gerson Gomes Neto
Heloísa Crescenti Abdalla Freire
Fábio de Souza Trajano
Américo Bigaton
Sandro José Neis

Secretário: Cid Luiz Ribeiro Schmitz

Corregedor-Geral do Ministério Público

Gilberto Callado de Oliveira

Subcorregedor-Geral

José Galvani Alberton



Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Andrey Cunha Amorim
Presidente

Rosa Maria Garcia
Vice-Presidente

Jean Pierre Campos
1º Secretário

José Renato Côrte
2º Secretário

Gilberto Polli
Diretor Financeiro

Felipe Prazeres Salum Müller
Diretor de Patrimônio

Oswaldo Juvêncio Cioffi Júnior
Diretor Cultural e de Relações Públicas

Cristian Richard Stahelin Oliveira
Diretor Administrativo

Affonso Ghizzo Neto
Diretor da Escola do Ministério Público de Santa Catarina

Conselho Fiscal

Analú Librelato Longo
Leonardo Henrique Marques Lehmann
Luciano Trierweiller Naschenweng
Ricardo Paladino
Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

Conselho Consultivo

Daniel Granzotto Nunes
Jackson Goldoni
Jorge Eduardo Hoffmann
Carlos Henrique Fernandes
Márcio Gai Veiga
Marcelo Mengarda
Guilherme Brodbeck
Chimelly Louise de Resenes Marcon
Darci Blatt
Heloísa Crescenti Abdalla Freire
Márcio Conti Júnior
Rodrigo Silveira de Souza
Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese
Greícia Malheiros da Rosa Souza

SUMÁRIO

PENAL

A (In) Constitucionalidade do *custos legis* nas ações penais públicas em segundo grau9

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

A legitimidade do Ministério Público para propor a transação penal nas ações penais privadas43

Luíza Bonfante Keller

Thiago Carriço De Oliveira

A Nova lei do crime organizado – Lei n. 12.850/2013. Superação do *Deficit* Conceitual e sua Tipologia67

Sidney Eloy Dalabrida

Invasão de dispositivo informático e a Lei n. 12.737/12: comentários ao art. 154-A do Código Penal.....87

Hélio Santiago Ramos Júnior

Punição ao cidadão e liberdade ao ladrão – a verdadeira face do novo Código Penal.....113

Gilberto Callado de Oliveira

MEIO AMBIENTE

Resíduos sólidos: tópicos essenciais para compreender a Lei n. 12.305/2010 .131

Luísa Bresolin de Oliveira

INFÂNCIA

A valorização da família na erradicação do trabalho precoce: uma alternativa para o Estado Social Democrático153

Carmen Lúcia Matos

O controle jurisdicional das omissões administrativas e o princípio da prioridade absoluta da criança e do adolescente169

Cristina Nakos

Tráfico de recém-nascidos: a necessidade da concepção de novos instrumentos para combater o comércio de vidas.....207
Nicolle Mattos Corrêa

A ineficácia da renúncia a cargo detentor de foro por prerrogativa de função para fins de deslocamento da competência penal.....227
Maria Fernanda Steffen da Luz Fontes

MORALIDADE

Princípio da eficiência e governo eletrônico: o controle da administração pública pelo cidadão.....251
Hélio Santiago Ramos Júnior

Pró-atividade do Ministério Público sobre a modalidade de licitação convite como instrumento inibidor de atos de improbidade administrativa267
André Teixeira Milioli

Sobre o dever de probidade dos agentes públicos.....297
Davi do Espírito Santo
Samuel Dal-Farra Napolini
Eduardo Varella Viaceli

INSTITUCIONAL

Portais de transparência e gestão do conhecimento no Ministério Público....313
Hélio Santiago Ramos Júnior
Jane Lucia Silva Santos
Marcus de Melo Braga

DIFUSOS

O acesso à justiça e o processo de judicialização dos direitos sociais: as interfaces do serviço social no Ministério Público327
Mayara de Abreu Stuepp
Letícia Soares Nunes

PENAL

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO *CUSTOS LEGIS* NAS AÇÕES PENAIS PÚBLICAS EM SEGUNDO GRAU

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

Promotora de Justiça do Estado de Santa Catarina

Mestre em Ciência Jurídica pela Univali

SUMÁRIO

Introdução. 1 O Ministério Público no Brasil Pós-Constituição Federal de 1988. 2 O Procurador-Geral de Justiça e o Procurador de Justiça são os Promotores Naturais em Segundo Grau de Jurisdição. 3 A Diferença entre o Membro do Ministério Público do Primeiro e do Segundo Grau cinge-se à esfera de atuação. 4 A Identidade Ontológica do Membro do Ministério Público de Segundo Grau. 5 A Atuação do Ministério Público em segundo grau em face da Constituição Federal. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 não traz qualquer distinção entre as atribuições dos Membros do Ministério Público do primeiro grau e do segundo grau. Os primeiros (Promotores de Justiça do Ministério Público Estadual e do Distrito Federal e Territórios) são os promoto-

Atuação	Florianópolis	V. 9	n. 20	p. 9 - 42	jan./jun. 2012
---------	---------------	------	-------	-----------	----------------

res naturais ou legais na primeira instância de jurisdição; o mesmo Procurador-Geral de Justiça e os Procuradores de Justiça em segunda instância de jurisdição (art. 5º, inc. LIII, da CF). Nas ações penais públicas, não há previsão constitucional de intervenção do Ministério Público na condição de *custos legis*. A atual posição processual de *custos legis* dos Órgãos de Execução do Ministério Público de segundo grau não tem previsão constitucional e conflita com a condição de *dominus litis* (inc. I do art. 129 da CF), por isso é inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público Estadual de 1º grau. Ministério Público Estadual de 2º grau. Órgão de execução. Ação penal pública. Parecer. Inconstitucional.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 did not make any distinction between the duties of Members of the Public Prosecutor of the first and second degree. The first ones (Justice Prosecutors of the State Public Department and the Federal District and Territories) are the natural or legal prosecutors for the first instance jurisdiction, the General Justice Attorney and the Justice Attorneys on jurisdiction (art. 5, inc. LIII, of CF). In criminal cases there is no constitutional provision for the intervention of the Public Department for legal costs. The current status for the legislation procedures of legal costs from the Department of Public Executions of second degree, there is no constitutional provision, and it conflicts with the *dominus litis* condition (inc. I of art. 129 of the Constitution), being unconstitutional.

KEYWORDS: State Prosecutor of first degree. State Public Department of second degree. Enforcement agency. Public prosecution. Notion. unconstitutional.

INTRODUÇÃO

A transformação dos antigos procuradores do rei, encarregados de defender seu patrimônio e interesses privados, em defensores da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, levou mais de quatro mil anos para acontecer. As atribuições por eles exercidas nas diferentes origens localizadas pelos pesquisadores: Egito, antiguidade clássica (Grécia e Roma), Idade Média (Germânia, Gália, civilizações da Península Escandinava), no direito canônico ou pelos procuradores do rei da Casa da Suplicação de Portugal, em 1289, pouco se assemelham às atuais funções dos Membros do Ministério Público, muito especialmente dos Promotores e Procuradores de Justiça brasileiros.

Nos períodos do Estado Novo (1937-1945) e da dominação militar (1964-1984), houve grande efervescência política e legislativa no Brasil e, apesar do autoritarismo reinante, o delineamento da Instituição, iniciado por meio do Código Civil (1916), ganhou novos contornos nos textos dos Códigos Penal (1941), do Processo Penal (1941) e do Processo Civil (1939), reformado em 1973. Mas foi a Lei Complementar n. 40, de 14 de dezembro de 1981, que introduziu profundas e sensíveis transformações na forma de atuação do Ministério Público brasileiro, aproximando-a de sua atual formatação. Foram instituídas normas gerais de organização dos Ministérios Públicos Estaduais, consolidados os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da autonomia funcional; estabelecidas as funções institucionais de velar pela observância da Constituição e das leis, e promover-lhes a execução além de promover a ação penal pública. A mesma lei complementar assegurou-lhe autonomia administrativa e financeira; determinou que tivesse quadro próprio de servidores; conferiu aos Procuradores de Justiça a atribuição de representar o Ministério Público em segunda instância e vedou o exercício das funções institucionais a pessoas estranhas à carreira. Também foi estabelecido o conceito de Ministério Público que serviu de base para aquela expressa na Constituição de 1988.

O advento da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que autorizou o Ministério Público a promover ações civis públicas em defesa de direitos metaindividuais, ao lado de outros coletivos, e outorgou-lhe a exclusividade para instauração de Inquérito Civil Público, foi

mais um marco a contribuir para consolidar o desenho constitucional do Ministério Público.

Já nessa época, os membros da Conamp, sucessora da Caemp, contribuíram para definir o perfil do Ministério Público, pois estavam organizados desde a edição da Emenda Constitucional de 1977, quando foi prevista a edição de lei complementar para dispor sobre a Instituição.

Foi, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, convocada para delinear uma nova ordem jurídica no País, que o movimento político do Ministério Público influenciou decisivamente na definição de seu papel na Constituição de 1988. A Conamp - com apoio nas opiniões predominantes sobre temas relativos à Instituição, recolhidas em quase mil questionários respondidos por Membros do Ministério Público de todo o Brasil, e nas teses apresentadas em congressos, sintetizadas nas propostas da Carta de Curitiba - exerceu vigilância permanente, a fim de evitar que o texto constitucional ferisse as aspirações institucionais, as quais se harmonizavam com o contexto histórico e político vigentes. Como assevera Fábio Kerche, a Conamp obteve sucesso na luta para firmar o Ministério Público como defensor independente dos direitos da sociedade, porque apresentou uma proposta que não era contrária aos elementos balizadores dos debates, que ia positivamente ao encontro de aspectos conjunturais e de cultura política presentes na Assembleia Nacional Constituinte.

1 O MINISTÉRIO PÚBLICO NO BRASIL PÓS-CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Ministério Público conquistou posição de independência em relação aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário na CF de 1988 que o definiu, em seu art. 127, como “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”. Por ser instituição permanente, não pode ser retirada da Constituição. É essencial à função jurisdicional sempre que estiverem em jogo interesses sociais e individuais indisponíveis, já que lhe compete defender a manutenção da ordem jurídica e a defesa do regime democrático, porquanto ela só pode contribuir para a realização da paz

social se estiver inserida num regime de liberdade. O Ministério Público é defensor dos direitos individuais indisponíveis nos processos que ver-sam sobre interesse de incapaz, estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência, disposições de última vontade e saúde. Ele defende os interesses sociais indisponíveis em questões relativas ao meio ambiente, ao patrimônio público e social, à criança e ao adolescente, a pessoas com deficiência, a idosos, à saúde pública, ao consumidor, aos bens de valor artístico, estético, turístico e paisagístico e a qualquer outro direito difuso ou coletivo.

Entre outras conquistas, o texto constitucional estabelece, ainda, as garantias e vedações de seus membros; proíbe a nomeação de pessoas estranhas à carreira para exercício das funções que lhe são pertinentes; dá-lhe exclusividade na instauração de inquérito civil público; autoriza-o, concorrentemente com outros órgãos públicos e da sociedade civil, a promover a ação civil pública e garante aos Ministérios Públicos Estaduais e do Distrito Federal a formação de lista tríplice dentre os integrantes da carreira para posterior escolha de seu Procurador-Geral pelo chefe do Poder Executivo (art. 128, CF).

A Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, rege a atuação dos Ministérios Públicos Estaduais, estabelecendo, em seu art. 31, que compete “aos Procuradores de Justiça exercer as atribuições junto aos Tribunais, desde que não cometidas ao Procurador-Geral, e inclusive por delegação deste”, regramento que permite inferir que o órgão de execução Procurador de Justiça (art. 7º, inc. III, da LONMP) desempenhe funções residuais em relação àquelas cometidas ao órgão de execução Procurador-Geral de Justiça (art. 7º, inc. I, da LONMP), o qual concentra a maioria das atribuições em segundo grau de jurisdição, de acordo com o art. 29 da LONMP.

Outras duas disposições legais que reforçam a conclusão sobre a concentração de atribuições nos tribunais de justiça pelo Procurador-Geral de Justiça e precedem a Constituição de 1988 estão nos artigos 610 e 613, *caput*, do CPP, as quais determinam que sejam os autos dos processos-crime em grau de recurso remetidos imediatamente com vista ao Procurador-Geral de Justiça, pelo prazo de cinco dias, donde resulta a estratégia, comumente adotada, de delegar aos Procuradores de Justiça essa função, por ser humanamente impossível a um Procurador-Geral examinar todos os processos-crime que tramitam num Tribunal de Justiça.

2 O PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA E O PROCURADOR DE JUSTIÇA SÃO OS PROMOTORES NATURAIS EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO

As disposições legais mencionadas – resquício do autoritarismo que imperou no País - podem ter influenciado os ocupantes do segundo grau do Ministério Público a se manterem aquietados no que diz respeito à atuação processual, sem se preocuparem em amoldá-la às novas exigências constitucionais. Continuaram a emitir pareceres, opiniões nas ações penais públicas, nas ações civis públicas e de improbidade administrativa, iniciadas por seus pares em primeiro grau, agindo somente como fiscais da lei e mantendo-se equidistantes das partes, imparciais, tal como acontecia na fase pré-constituição de 1988. Esse comportamento expressa completa desconsideração ao Princípio do Promotor Natural¹, com sede no art. 5º, inc. LIII, da CF, prejudica o exercício da função social do Ministério Público nos tribunais, pois se afasta dos compromissos assumidos quando da deflagração da ação, seja penal ou civil, a pretexto de uma neutralidade (imparcialidade) sem sustentação na legislação infraconstitucional, muito menos na CF.

A Constituição Federal não estabelece nenhuma diferença entre os membros do Ministério Público, oficiem eles no primeiro ou no segundo grau de jurisdição. Ambos possuem as mesmas prerrogativas e vedações. Incumbindo-lhes desempenhar as mesmas funções institucionais, com observância da respectiva esfera de atuação, devem respeitar os mesmos princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional, como o do promotor natural. De modo que não é razoável, muito menos constitucional, não se submeterem às mesmas regras de repartição de atribuições aqueles que representam o Ministério Público perante os tribunais.

Se à lei e ao Conselho Superior dos Ministérios Públicos compete fixar atribuições para uma ou outra Promotoria de Justiça, de maneira que quando for provida mediante opção, remoção ou promoção por determinado Promotor de Justiça, ele só poderá ser afastado nas hipóteses previstas no inciso IX, letras *f* e *g*, do art. 10 da LONMP, são

1 Promotor natural ou legal é aquele membro do Ministério Público com atribuições legais para atuar em determinadas matérias, que não pode ser afastado do exercício de suas funções, por órgão da Administração Superior ou qualquer outra autoridade estatal, salvo com seu consentimento ou ato fundamentado do Procurador-Geral de Justiça aprovado pelo Conselho Superior do Ministério Público.

incompreensíveis as razões pelas quais essa normativa não se estende ao segundo grau.

O costume que permeia a falta de especificação das atribuições afetas às Procuradorias de Justiça deve ceder espaço ao moderno Ministério Público defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sob pena de seus membros serem tomados pela apatia, pelo desinteresse e pelo conformismo com a exclusiva produção de peças que nem sequer ficam sabendo se influenciaram o destino das causas sobre as quais se pronunciaram, como meros opinadores, permitindo que se desvinculem dos compromissos assumidos perante a sociedade e da realidade na qual foram construídos.

O perfil das ações desenvolvidas pelo Ministério Público deve ajustar-se, forçosamente, ao estabelecido no art. 127 da Constituição e deve permanecer o mesmo em todos os processos nos quais intervém, independentemente de quem esteja atuando (Promotor ou Procurador de Justiça), pois representam a mesma instituição e cumprem a mesma missão de defesa dos valores inscritos no citado artigo.

O descompromissado lançamento de um parecer em processo deflagrado pelo Ministério Público de primeiro grau não mais se conforma com o modelo independente e proativo - tão avidamente reivindicado pelo próprio Ministério Público - assentado em nossa Lei Maior.

Da mesma forma, o artigo 610 do CPP não obriga a emissão de parecer pelo Ministério Público de segundo grau, impondo, apenas, que lhe seja aberta vista pessoal, para que tome ciência do processado, verifique se foi observado o devido processo legal, postule eventual diligência sanatória e, principalmente, prepare sustentação oral do recurso quando da sessão de julgamento, caso entenda necessário.

No mesmo diapasão se insere o comando do art. 41, inc. III, da LONMP. Aliás, este artigo é mais explícito ao dispor que, após distribuição dos autos às Turmas ou Câmaras, eles devem ir com vista ao Ministério Público, competindo-lhe intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato. Portanto, a atuação, por excelência, do Procurador de Justiça deve concentrar-se na sessão de julgamento do processo que lhe foi distribuído, quando pode desenvolver sustentação oral ou aclarar os pontos que entender necessários e, também, decidir se vai recorrer da decisão que vier a ser

proferida, caso não se coadune com as teses defendidas pelo Ministério Público. A supressão do parecer, tradicionalmente emitido nessa fase processual - que é, na esmagadora das vezes, o único contato com a causa - possibilitará o estabelecimento do necessário vínculo entre o Membro do Ministério Público de segundo grau e o interesse indisponível em jogo.

A exemplo da eliminação do indigesto promotor *ad hoc* e da ação penal *ex officio*, situações que enfraqueciam e distorciam o papel do Ministério Público na lide processual e perante os interesses sociais que lhe compete defender, urge abandonar a praxe processual parecerista ou opinativa entre os Membros de segundo grau da instituição, nas ações penais públicas, para que suas manifestações não firam os princípios constitucionais e processuais da ampla defesa, do devido processo legal e da isonomia processual, não se divorciem da realidade, tampouco dos legítimos interesses da sociedade e não percam o caráter de essenciais à função jurisdicional previsto no *caput* do art. 127 da CF.

Assim como se defende a prevalência do princípio do promotor natural quando as razões de inconformismo com a sentença condenatória são apresentadas perante o tribunal de justiça, diante da falta de suporte legal para afastar o Membro do Ministério Público que originariamente propôs a ação penal pública, e pela ausência de contemporaneidade em tal proceder, é imanente ao vigente ordenamento jurídico que a sociedade não quede indefesa pela supressão da parte que deu causa à persecução penal.

O Procurador-Geral de Justiça (que eventualmente pode ser Promotor de Justiça) e o Procurador de Justiça são os Promotores Naturais nas causas que tramitam em segundo grau de jurisdição. As exceções, que permitem ao Membro do Ministério Público de primeiro grau provocar a segunda instância de jurisdição - *habeas corpus*, mandado de segurança, reclamações e ações diretas de inconstitucionalidade de leis e normas municipais em Santa Catarina -, não interferem nesse princípio e, tampouco o maculam, pois se limitam a autorizar o Promotor de Justiça a postular ao tribunal, mas não no tribunal.

3 A DIFERENÇA ENTRE O MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PRIMEIRO E DO SEGUNDO GRAU CINGE-SE À ESFERA DE ATUAÇÃO

O parâmetro de atuação dos Procuradores de Justiça Estaduais está delineado no art. 31 da LONMP, no qual o legislador determina quais atribuições deve exercer nos tribunais, a não ser que lhe sejam cometidas ao Procurador-Geral de Justiça. Logo, o art. 31 da LONMP não autoriza a transmutação processual do órgão do Ministério Público de agente para órgão interveniente. A redação do artigo referido não faz menção ao polo processual em que deve se situar a atuação dos Procuradores de Justiça. Tem por escopo delimitar a esfera em que devem exercer suas atribuições (nos tribunais) e os limites dessa atuação. *Contrario sensu*, estão impedidos de officiar no primeiro grau de jurisdição e nos casos de competência do Procurador-Geral de Justiça, salvo se houver delegação no segundo caso. Assim, embora caiba ao Procurador-Geral de Justiça representar o Ministério Público nas sessões plenárias dos tribunais e ajuizar ações diretas de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais que ofendam a Constituição Estadual, está autorizado a delegar tais misteres ao órgão de execução Procurador de Justiça. O mesmo ocorre com relação aos processos criminais em grau recursal, apesar do comando dos arts. 610 e 613 do CPP, que determinam que os autos devem ir com vista ao Procurador-Geral de Justiça.

Já o art. 41, inc. III, da LONMP estabelece a prerrogativa dos membros do Ministério Público, quando no exercício de sua função: “ter vista dos autos após distribuição às Turmas ou Câmaras e intervir nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato”. Portanto, da interpretação sistemática dos dispositivos 31 e 41, inc. III, da LONMP decorrem quatro conclusões: *a)* os Procuradores de Justiça não podem atuar em primeira instância; *b)* exercem uma função residual, pois só podem exercer atribuições não conferidas ao Procurador-Geral de Justiça, além daquelas que lhe forem delegadas pelo chefe da instituição; *c)* há concentração de atribuições nas mãos do Procurador-Geral de Justiça; e *d)* a abertura de vista não significa apresentar peça escrita.

Parte dessa função residual dos membros do Ministério Público de segundo grau concentra-se, tradicionalmente, na esfera penal.

Quando em grau de recurso, “os autos irão imediatamente com vistas ao procurador-geral pelo prazo de 5 (cinco) dias, e, em seguida, passarão, por igual prazo, ao relator, que pedirá designação de dia para julgamento” (art. 610, parte final, do CPP). Por evidente, tal atividade é delegada pelo Procurador-Geral dos Estados aos Procuradores de Justiça e pelo Procurador-Geral da República aos Subprocuradores da República – os primeiros para atuarem nos Tribunais de Justiça (TJs) e os segundos, no Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Assumindo a posição de parte ou interveniente, a independência funcional do Procurador de Justiça está totalmente preservada, porquanto ela lhe é assegurada como princípio institucional e garantia funcional (art. 127, §§ 1º e 2º, da CF). Contudo, não há como refutar as implicações que decorrem de uma ou outra opção quando o Ministério Público é originariamente parte da demanda (autor ou réu).

Acredita-se que, por força da previsão inserida no *caput*, parte final do art. 610 do CPP, tenha se criado o senso comum de que a natureza das funções do Promotor de Justiça e do Procurador de Justiça são distintas, razão pela qual este último tem a posição de *custos legis* nos tribunais.

O entendimento de que a intervenção processual do Ministério Público em segundo grau deve ser de parecerista é reforçado pelo previsto no parágrafo único do art. 610 do CPP, segundo o qual o Procurador-Geral se manifesta por último na sessão de julgamento de recurso criminal. Não há dúvida de que é uma interpretação que encontra simetria na história da instituição, conforme assinala a digressão histórica efetuada por Fernando da Costa Tourinho. Em 1942, o Procurador-Geral de Justiça era pessoa da confiança do Executivo, normalmente estranha aos quadros do Ministério Público, “por isso mesmo, guardando ele equidistância das partes, atuava como verdadeiro *custos legis*”.² Com o passar do tempo, do crescimento populacional, do aumento da criminalidade e, conseqüentemente, do número de processos, houve necessidade de criação de cargos de Procurador de Justiça para auxiliar o Procurador-Geral, que já não tinha condições de fazer frente ao volume de trabalho. No decorrer dos anos, o Procurador-Geral deixou de ser pessoa estranha à instituição, passando a ser escolhido dentre um de

2 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. vol. 2. 9. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 393.

seus integrantes. No entanto, apesar de superadas as circunstâncias que justificaram a mudança da posição processual do Ministério Público – de parte para fiscal da lei –, a legislação infraconstitucional e a prática ministerial não foram adequadas aos novos tempos, permanecendo a esdrúxula situação.

O Procurador de Justiça ascendeu ao último degrau da carreira por meio de promoção, por merecimento ou antiguidade, provindo da última entrância da carreira no primeiro grau (final, especial, 4ª entrância), na qual sempre exerceu a função de autor da ação penal pública. De sorte que continua umbilicalmente ligado à acusação, à condição de parte na relação processual, não se justificando que opere uma verdadeira metamorfose em seu proceder para assumir a postura de fiscal da lei, deixando a ação penal sem autor. Reconhecendo ser difícil o corte desse cordão umbilical, Tourinho Filho propõe que:

para evitar essas traições, a nosso ver, deveria o Ministério Público, na segunda instância, limitar-se à análise dos processos sob o aspecto formal (observância dos pressupostos recursais), deixando a apreciação do mérito aos Tribunais, mesmo porque é raro um Procurador de Justiça que atue dentro daquela linha traçada por Sérgio Demoro Hamilton (A técnica do parecer, *Revista do Tribunal do Rio de Janeiro*, 19/19).³

Essa posição doutrinária merece respeito, porém não considera o fato de o Ministério Público ser o representante do Estado, autor da ação penal pública e defensor da sociedade, não podendo abrir mão do múnus, poder-dever, que lhe é privativo; tampouco considera a necessidade de preservação do equilíbrio do contraditório.

Sobre o assunto, o Desembargador Luiz César Medeiros⁴ assim se posiciona:

Se o Ministério Público começou a atuar como autor em determinada lide, ele tem de continuar como autor até o fim, para que a sociedade seja melhor defendida. Ele tem que ter as mesmas prerrogativas e obrigações de qualquer autor, até porque os interesses que defende são muito mais abrangentes do que os de uma lide individual. Se ele é uno e indivisível como diz a CF, deve se levantar e ir à tribuna defender essa postura, como autor comprometido com a causa em julgamento. (Grifo nosso.)

3 Idem, *ibidem*, p. 394.

4 Membro do Grupo de Câmaras de Direito Público e da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

A respeito da dificuldade de assumir postura processual diversa daquela costumeiramente exercida, a Procuradora de Justiça Vera Lúcia Ferreira Copetti reforça que:

às vezes há confusão. Os Membros do Ministério Público que atuam no segundo grau são todos originários do primeiro e trazem consigo, inevitavelmente, o vezo da parcialidade com a qual tinham de lidar na defesa dos direitos e interesses que lhe eram confiados. Assim, acontece de o parecerista, ainda que não o faça propositalmente, tratar alguns temas de forma parcial.⁵

Voltando ao parágrafo único do art. 610 do CPP, não há dúvida de quem são os advogados ali referidos, estejam eles atuando na defesa do réu ou na assistência do Ministério Público. Mas quem são as partes? Uma delas, naturalmente, é o acusado, e a outra só pode ser o Estado, detentor do *jus puniendi*, que deveria estar representado pelo Ministério Público oficiante no tribunal, como defende Mazzilli:

Quer a atuação do Ministério Público num feito se dê por promotores ou procuradores de Justiça, o que importa é a *causa* da atuação institucional. Assim, se o Ministério Público propõe uma ação penal pública, é ele o órgão autor, e essa é a posição que assume tanto o promotor de Justiça que faz a audiência, como do procurador de Justiça que oficia junto ao tribunal.⁶ (Grifo nosso.)

Fica evidente que o Promotor de Justiça não pode atuar na fase recursal em matéria penal, já que é desnecessária a pluralidade de Órgãos Ministeriais (autor e fiscal da lei) em um mesmo processo, tanto na primeira como na segunda instâncias, por fugir à “razoabilidade justamente porque desde a propositura da ação, penal ou cível, ou mesmo na atuação interveniente, nos propomos a alcançar um resultado social e juridicamente legítimo”.⁷ Além disso, não se pode esquecer de que o Ministério Público é regido pelos princípios da unidade e da indivisibilidade. Ademais, não é razoável que o comprometimento com a causa, assumido perante a coletividade, seja relativizado nessa fase processual, o que não é lançar menos valia sobre a atuação do Procurador de Justiça. Muito pelo contrário, o que se pretende é clarificar que a supressão do autor da ação não é correta, pois deve continuar a ser

5 Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

6 *In Regime jurídico do Ministério Público*, p. 422-423.

7 BASTOS FILHO, Orlando; MARTINES JÚNIOR, Eduardo. *Aproximação das instâncias do Ministério Público e reformulação das Procuradorias de Justiça*. Disponível em: <<http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2002/09-27>>. Acesso em: 1 set 2009.

desempenhada pelo Ministério Público, agora atuante perante o tribunal, onde o Procurador de Justiça deve assumir a condição de promotor natural, constitucionalmente prevista. Impõe-se, portanto, uma releitura do parágrafo único do art. 610 e do art. 613 do CPP. A interpretação predominante nos tribunais, infelizmente, não é compatível com a função ministerial de detentor da pretensão punitiva do Estado, tampouco com o novo perfil imposto pela CF.

As exceções abertas pelo inciso I do art. 32 da LONMP que autorizam o Promotor de Justiça a provocar a segunda instância judiciária, ou seja, na impetração de *habeas corpus* e mandado de segurança, apresentação de correição parcial (ou reclamação), inclusive, de acordo com o inciso IX do art. 25, em causas de alçada nas quais atue como *custos legis* para interpor recurso extraordinário. No caso específico de Santa Catarina, conforme autoriza a CE, pode, também, “representar por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal” (art. 95, inc. III). Como se vê, não está aí incluída a possibilidade de o Promotor de Justiça realizar sustentação oral em processo no qual tenha recorrido ou apresentado contrarrazões. Disso resulta a diferença entre postular ao tribunal e postular no tribunal. Essa última tarefa é dos Procuradores de Justiça que, via de consequência, têm atribuição de apresentar recursos contra atos do tribunal ou de seus órgãos.

A posição assumida pela Ministra Eliana Calmon Alves, integrante da 1ª Seção e da 2ª Turma Criminal do Superior Tribunal de Justiça e ex Corregedora do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), segundo a qual, quando o Ministério Público na origem for parte nos autos, “devam participar dois Membros do Ministério Público em segundo grau: um na condição de *custos legis* e outro como autor. O *custos legis* seria aquele a quem toca representar o procurador-geral na divisão do trabalho e o outro seria designado especialmente pelo procurador-geral”, em que pese o respeito que merece, mostra-se de pouca eficácia. Senão por outro motivo, pelo fato de que o designado para atuar como parte também não possui afinidade com os fatos por não ter participado da instrução do feito. Em consequência, pouco ou quase nada poderá esclarecer e acrescentar ao processado.

Ontologicamente e idealmente, não há razão para que haja tanto discrimen na percepção. A rigor, seja em primeiro ou em segundo grau, a missão constitucionalmente confiada ao Ministério Público pelos arts. 127 e 129 da

Constituição não deveria mudar. Fale-se de Promotorias ou Procuradorias de Justiça, a verdade incontestável é que ambas as unidades deveriam constituir órgãos de execução do Ministério Público que, no espaço dos seus misteres, na combinada (mas nunca concomitante) atuação como órgão interveniente e agente, deveriam concentrar esforços conscientes no privilégio do exercício da segunda possibilidade, como hoje infeliz e distorcidamente ainda não ocorre.⁸ (Grifo nosso.)

A posição, clara e firme, do Ministro Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin também integrante da 1ª Seção e da 2ª Turma Criminal do Superior Tribunal de Justiça, egresso do Ministério Público Estadual de São Paulo, bem define como deveria ser a participação do Ministério Público nos tribunais:

Deve ser conforme a posição processual assumida originariamente na primeira instância. Na minha opinião, quando o Ministério Público é parte, não há necessidade de intervenção de nenhum outro representante do *parquet*, como *custos legis*. A posição de *custos legis* em segundo grau só se justifica quando o Ministério Público originariamente, assim houver integrado a lide. (Grifo nosso.)

4 A IDENTIDADE ONTOLÓGICA DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SEGUNDO GRAU

O Ministério Público deve buscar maior integração entre os membros das duas instâncias para que obtenha uma visão sistêmica de sua atuação, desenvolvendo o Procurador de Justiça um trabalho combinado com o realizado pelo Promotor de Justiça, ocupando a mesma posição processual, porquanto a ambos incumbe defender a mesma sociedade e desenvolver a mesma função social. Se o Órgão Ministerial de segundo grau discordar das teses defendidas pelo seu antecessor no processo, isso faz parte da independência funcional que cada um detém. Ademais, quem pode afirmar qual delas melhor atende ao interesse público se ambos têm argumentos alicerçados na lei e na jurisprudência? O que não pode acontecer é olvidar-se o interesse público que deve nortear o agir ministerial em qualquer circunstância. Aliás, difícil entender “bem porque as razões da Intervenção da segunda instância seriam diversas

⁸ BERCLAZ, Márcio Soares. **O Ministério Público em segundo grau diante do enigma da esfinge (e a Constituição da República)**: decifra-me ou devoro-te! Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais. Organizador RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. São Paulo: Atlas S.A., 2010. p. 247.

das que ditaram a participação da primeira”.⁹

A questão ontológica que se põe repousa no exame das razões que levaram a maioria dos doutrinadores, os tribunais, o Ministério Público e, especialmente, os representantes do Ministério Público no segundo grau de jurisdição, a aceitarem tão passivamente o desvirtuamento da condição de *dominus litis* que a Constituição Federal lhes outorgou, sujeitando-se a regramentos contidos em Regimentos Internos de Tribunais, quando qualquer nova atribuição conferida ao Ministério Público só pode derivar de lei.¹⁰

Cabe insistir: a história institucional pode explicar essa tradição até certo ponto, não mais a partir do momento em que o Ministério Público foi organizado em carreira, conquistou independência e seu chefe passou a ser integrante da própria instituição.

Referindo-se à identidade ontológica do Ministério Público de segundo grau, o Procurador de Justiça Odil José Cota¹¹ tece contundente e ácida crítica acerca da impropriedade da condição de parecerista desempenhada pelos Procuradores de Justiça do Ministério Público Estadual frente ao vigente texto constitucional:

Deve-se à falta de visão de seus membros, ao comodismo, conformismo, e a mania de seus membros se acharem superiores, pensando que a sociedade não vai cobrar resultados, eficiência e eficácia. Não é porque o Ministério Público é uma instituição permanente que ele vai permanecer, se exercer a parcela da soberania do Estado, com comodismo. Mudar é preciso. A Constituição de 1988 mudou nosso perfil, porque, na prática, insistimos ou demoramos em adotá-lo? (Grifo nosso.)

O Desembargador Medeiros¹², membro do Grupo de Câmaras de Direito Público e da 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao ser perguntado sobre a adequação da atuação ministerial nos tribunais aos preceitos constitucionais, afirmou: “Não está perfeitamente adequada [...]. A questão é que dar parecer por dar parecer é uma situação retrógrada.” (Grifo nosso.) Idêntico é o posicio-

9 DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. *Posição do Ministério Público de segunda instância no cível*. *Justitia*. São Paulo, a. 43, vol. 112, p. 120, jan./mar. 1981.

10 Art. 5º, § 2º, da Lei Complementar Federal n. 75, de 20/5/1993: *Somente a lei poderá especificar as funções atribuídas pela Constituição Federal e por esta Lei Complementar ao Ministério Público da União, observados os princípios e normas nelas estabelecidas*. Art. 25, caput da Lei 8.625 de 12.04.1993: *Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: [...]*.

11 Procurador de Justiça do Estado de Santa Catarina.

12 Ex-Procurador de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina.

namento do Procurador de Justiça José Galvani Alberton: “Na segunda instância a minha posição sobre o assunto é muito clara: a atuação do Ministério Público persiste rigorosamente como autor da ação ou não se justifica”.¹³ (Grifo nosso.)

Portanto, é preciso desvelar-se a verdadeira identidade social e política da instituição do Ministério Público no segundo grau de jurisdição que, para Guilherme Costa Câmara, “não pode ser alheada de perspectiva ontológica, dentro das balizas constitucionais e com olhos para o futuro”.¹⁴

Segundo De Plácido e Silva, identidade em sentido jurídico,

seja em relação às pessoas, às coisas ou aos fatos, a identidade quer significar o que é o *mesmo*, no *fundo*, embora visível em *forma diversa ou demonstrado diferentemente*. E, por esse modo não se entende nem se indica *coisa nova, fato novo ou matéria nova*, mas os mesmos, já demonstrados ou expostos anteriormente. Neste sentido, pois, *identidade* claramente significa *mesmidade*, não semelhança ou paridade”.¹⁵

Ora, se o Ministério Público, uno e indivisível que é, possui identidade de autor da ação penal pública quando oferece a denúncia, acompanha a instrução processual, é cientificado da sentença e com ela se conforma, dela recorre ou responde a recurso do condenado, não é admissível que, na sequência, só porque o processo tramitará em outra instância, o autor assuma uma nova identidade, contestável sob diversos pontos de vista, inclusive porque é estranho ao processo penal - tratando-se de ação penal pública - a existência, pura e simples, de um fiscal da lei, saído do nada, e deixando o processo “perneta”, só com a perna da defesa do acusado. É consabido que, na primeira instância, é o Promotor quem acumula, em sua atuação, as condições de autor e *custos legis*, não havendo razão plausível para desmembramento desta dupla função, ou seríamos forçados a aceitar a esdrúxula hipótese de que dois Promotores deveriam atuar num mesmo processo: um deflagrando a ação penal e outro fiscalizando a atividade daquele, da defesa e do juiz.

A Procuradora de Justiça Copetti, ao falar sobre a posição processual que deve ser assumida pelo Ministério Público, no segundo grau, em face da atuação como autor na propositura da lide, afirma:

O Ministério Público, em segundo grau, deve manter

13 Procurador de Justiça do Estado de Santa Catarina, por duas vezes seu Procurador-Geral de Justiça.

14 CÂMARA, Guilherme Costa. **O Poder Ministerial**. Artigo disponível em: <http://www.datavenia.net/artigos/Direito_Constitucional/guilherme.html>. Acesso em: 24 set. 2009.

15 Opus cit., p. 692.

sua posição de parte quando foi o autor da ação, seja ela penal pública, civil pública ou por ato de improbidade administrativa.

Os motivos desse convencimento são vários: só assim continua havendo contraditório no segundo grau; mantém-se uma coerência institucional e estimula-se a discussão interna e o desenvolvimento de posturas uniformes perante os interesses cuja defesa estão a cargo do Ministério Público. (O primeiro grifo é nosso.)

Apesar de a parte final do art. 610 do CPP indicar que “os autos irão imediatamente com vista ao procurador-geral”, não obriga o Procurador de Justiça a emitir parecer quando os recebe. Sem o mínimo propósito de desrespeitar aqueles que entendem o contrário, é de bom alvitre que se reitere o sentido processual da palavra “vista” que traduz o sentido de “exame”, “ou a ação de ver para examinar ou ter ciência”, como ensina De Plácido e Silva.¹⁶

Ao examinar os autos, o Procurador de Justiça se inteira dos fatos, das provas produzidas, das teses sustentadas pelo Promotor de Justiça e pelo Advogado do réu, forma seu convencimento e decide se fará ou não sustentação oral na sessão de julgamento. Poderá, igualmente, verificar se pré-questionará questão constitucional, indispensável para ensejar eventual interposição de recurso extraordinário, consoante dispõe a Súmula 282 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal”.¹⁷ O procedimento não desmerece a atuação do Procurador de Justiça, pelo contrário, dá mais dinamismo às sessões de julgamento, promove maior integração com os Promotores de Justiça, permitindo troca de informações com o recorrente, por exemplo, para esclarecer qualquer ponto que lhe pareça obscuro, contribuindo para o compartilhamento de valores e consolidação da imagem interna e externa de coesão da instituição. Também contribui para evitar tratamento desigual entre as partes do processo e a construção de teses institucionais. Os autos, depois da vista do Procurador de Justiça, não retornam para a defesa que não conhecerá o teor da manifestação acostada. Essa situação, certamente, gera desequilíbrio processual e ofensa ao princípio do contraditório. A situação de desvantagem da defesa do réu, em relação ao tribunal, depois de juntado o parecer ministerial, é cristalina, seja ele pela reforma da

¹⁶ Opus cit., p. 1492.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 15 out 2009.

sentença absolutória ou confirmação da condenatória. A desvantagem é traduzida pela corriqueira adoção dos fundamentos do parecer exarado pelos Desembargadores ou, o que é mais grave, a reprodução integral do parecer como razão de decidir no acórdão.

A Procuradora de Justiça Copetti tem entendimento semelhante, porém sob outra premissa. Para ela:

o julgador pode encampar argumentos de doutrinadores, que outra coisa não são senão meros pareceristas, das partes, de outros juízes e do Ministério Público, esteja este na posição de parte ou de *custos legis* porque, em qualquer caso, este se equipara àqueles. Afinal, o parecer tem mesmo o objetivo de influenciar o julgador.

Embora não admita que o Ministério Público em segundo grau desempenhe a posição de autor da lide em ação penal pública, nessa linha de raciocínio insere-se a decisão da Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, adotada no acórdão do recurso em sentido estrito n. 283.532-3/4, em que é embargante o Ministério Público, ao determinar que fosse desentranhado o parecer produzido pela Procuradoria de Justiça, sob o entendimento de que, na forma como foi redigido, poderia influenciar a decisão dos jurados (juízes de fato nos crimes sujeitos a julgamento pelo Tribunal do Júri):

Observe-se que o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, que não é Órgão da acusação, traz peculiar descrição dos fatos, além de aprofundar exame das provas, o que é inconcebível na presente fase, e poderá influenciar os Srs. Jurados, comprometendo o veredicto. Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso. Determina-se o desentranhamento do parecer de fls. 174/176, mantendo em envelope lacrado na contracapa dos autos.¹⁸ (Grifo nosso.)

Impedir que o Ministério Público cumpra suas atividades com autonomia e independência funcional é desconsiderar o comando constitucional do art. 127 da CF, que dispõe ser ele órgão essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica. No entanto, a decisão admite claramente que o pronunciamento do membro de segundo grau do Ministério Público influi na decisão do processo, seja seu destino decidido pelo Tribunal do Júri ou pelo Tribunal de Justiça.

Enfrentando o assunto em exame, Rogério Schietti Machado Cruz sustenta:

¹⁸ Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1888635>>. Acesso em: 1º dez 2009.

O fato de emitir parecer e de, em sua conclusão “opinar” pelo provimento ou não do recurso, não significa que deixou o Ministério Público de agir como parte. Conclusão diversa levaria a conceber-se um processo com apenas uma parte – o acusado – o que nos parece um verdadeiro absurdo, notadamente diante do princípio acusatório que norteia a persecução penal pátria. [...]

O que o Código de Processo Penal prevê, no art. 610, é a abertura de “...vista ao procurador-geral pelo prazo de 5 (cinco) dias...”, nada dizendo quanto à necessidade de o Procurador de Justiça apresentar peça escrita na qual opine pelo provimento ou improvimento do recurso.¹⁹

Esse mesmo doutrinador, em outro artigo que analisa o parecer do Ministério Público ante a isonomia e o contraditório, citando Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, defende que:

Do princípio do contraditório decorre o princípio da bilateralidade da ação. À ação corresponde a exceção. Aos atos do autor opõem-se os atos do réu e vice-versa. Assim desenvolve-se o processo numa marcha dialética. Mais ao fundo desse princípio encontra-se o próprio princípio da isonomia, também restaurador de todo processo de interpretação legal.

Desses dois princípios decorre a consequência lógica de o réu falar nos autos depois do autor. A essa altura, pergunta-se: no processo penal, quando o processo crime atinge o grau recursal qual das partes fala por último? O réu ou o Ministério Público? Os artigos 610 e 613 do Código de Processo Penal nos dá (*sic*) a resposta: o Ministério Público manifesta-se depois da defesa e, ordinariamente, a defesa sequer tem vista do que foi oficiado pelo Ministério Público – a não ser que requeira vista dos autos.²⁰ (Grifo nosso.)

O STF já se manifestou sobre o assunto por meio de sua segunda turma, negando *habeas corpus* impetrado por defensor público do Paraná, que pleiteava – legitimamente – em benefício do réu, igual tratamento ao dispensado à parte contrária. O Ministro Relator, Carlos Velloso, para denegar a ordem, louvou-se unicamente nos dispositivos do CPP (arts. 610 e 613 do CPP), deixando de lado a CF - cuja defesa cabe especificamente ao STF -, que consagra os princípios do contraditório e da ampla defesa no artigo 5º, inciso LV, alçados à categoria de direitos fundamentais²¹.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo trouxe novamente

19 *In A Atuação do Ministério Público no Julgamento de Recursos, em face da Lei 9.099/95*. Brasília, Clubjus, 29 abr. 2009. Disponível em: <<http://clujus.com.br/?content=2.23541>>. Acesso em: 5 set 2009.

20 CRUZ, Rogério Schiatti Machado. *Parecer do Ministério Público ante a isonomia e o contraditório*. Disponível em: <http://metajus.com.br/meus_artigos_artigos24.html>. Acesso em: 13 set 2009.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 70.283-0/PR, de 9/11/1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docIP=AC&docID=72329>. Acesso em: 19 out 2009.

a questão à tona e alguns de seus integrantes vêm sustentando, em preliminar de qualquer recurso ou *habeas corpus*, a necessidade de “abertura de vista dos autos após a juntada do parecer ministerial”. Em matéria publicada na página virtual da referida Defensoria, é proposta a seguinte súmula:

ABERTURA DE VISTA DOS AUTOS, EM SEGUNDA INSTÂNCIA, PARA A DEFENSORIA PÚBLICA APÓS A APRESENTAÇÃO DO PARECER PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - PARIDADE DE ARMAS - HOMENAGEM AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA - INOBSERVÂNCIA - NULIDADE DO JULGAMENTO.²²

Almir Alves Moreira, Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais, no artigo intitulado “Atuação do Procurador de Justiça nos processos em que o Ministério Público atuar como parte”, pontua que:

Promotor e Procurador de Justiça exercem as mesmas funções, porém em etapas processuais distintas, e essa relação de organicidade impede a intervenção simultânea de ambos os representantes do Ministério Público numa mesma fase do processo salvo se for outra a causa interventiva. Se os autos são remetidos ao Tribunal com manifestação do Ministério Público na qualidade de parte, não é lógico que a Instituição, através de um outro órgão de execução, pronuncie-se sobre a tese ministerial antes de apreciada e julgada pelo Judiciário, haja vista que o Procurador de Justiça não é órgão revisor ou censor dos trabalhos do Promotor de Justiça que officiar em primeira instância.²³ (Grifo nosso.)

O texto endossa, com peculiar clareza, a manifestação do Ministro Cezar Peluso, do STF, de 20 de fevereiro de 2008, na condição de relator do HC 87.926-8/SP, quando defende ser inviável a cisão da atuação do Ministério Público em fase de recurso do processo:

entendo difícil, senão ilógico, cindir a atuação do Ministério Público no campo recursal, em processo-crime: não há excogitar que, em primeira instância, seu representante atue apenas como parte formal e, em grau de recurso - que, frise-se, constitui mera fase do mesmo processo -, se dispa dessa função para entrar a agir como simples fiscal da lei.²⁴ (Grifo nosso)

22 Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Rpositorio/20/Documentos/Teses/Penal/11.doc>>. Acesso em: 19 out. 2009.

23 Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/3860>>. Acesso em: 24 out 2009.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/pesquisainteiroteor/.asp#>>>. Acesso em: 27 maio. 2008.

Intensa discussão tem sido travada entre os integrantes do STF acerca do momento processual adequado, em que o Ministério Público deve realizar sua sustentação oral na sessão de julgamento. Em especial no processo penal, ante o que determina a parte final do parágrafo único do art. 610 do CPP, o Ministério Público deve realizar sustentação, quando assim o pleitear, após a defesa. Reiteradamente, tem-se contrariado essa disposição, o que demonstra nitidamente que o CPP necessita ser reinterpretado segundo a CF, a fim de preservar o contraditório e a ampla defesa. É o que conclui o STF, por unanimidade, no HC 87.926-8/SP:

ACÇÃO PENAL. Recurso. Apelação exclusiva do Ministério Público. Sustentações orais. Inversão na ordem. Inadmissibilidade. Sustentação oral da defesa após a do representante do Ministério Público. Provimento ao recurso. Condenação do réu. Ofensa às regras do contraditório e da ampla defesa, elementares do devido processo legal. Nulidade reconhecida. HC concedido. Precedente. Inteligência dos arts. 5º, LIV e LV, da CF, 610, § único, do CPP, e 143, § 2º, do RI do TRF da 3ª Região. No processo criminal, a sustentação oral do representante do Ministério Público, sobretudo quando seja recorrente único, deve sempre preceder à da defesa, sob pena de nulidade do julgamento.²⁵ (Grifo nosso.)

Nesse mesmo julgamento, o Ministro Carlos Britto enfatiza que “em matéria penal, o Ministério Público não pode atuar binariamente como acusador e como *custas iuris*; os papéis não podem ser confundidos, porque as zonas de uma e de outra atuação são por demais tênues, imprecisas, vagas, e, portanto, perigosas”²⁶. Por último, brada que: “A defesa tem que falar por último, senão não é defesa”.²⁷ Para finalizar, cabe reproduzir parte do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no acórdão em discussão:

não é possível cindir o Ministério Público, que é uno, como nós sabemos. [...] De um lado considerá-lo como **dominus litis**, e, de outro, como **custos legis**. Em segundo lugar, verifico que o princípio do contraditório é absolutamente fundamental. E sem o contraditório não há que falar-se em devido processo legal, principalmente no que toca ao aspecto substantivo, que é matizado exatamente pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Em terceiro lugar, [...] o prejuízo é efetivo, porque a intervenção da defesa **a posteriori**, ou seja, a intervenção da defesa em

25 Idem. Ibidem.

26 Idem. Ibidem

27 Idem. Ibidem.

primeiro lugar e depois rebatendo o Ministério Público, claro fica configurado aí o prejuízo.²⁸

Portanto, embora o STF não diga que o Ministério Público deve atuar como parte nos tribunais no processo-crime, implicitamente o coloca na condição de autor, quando define que ele não pode se manifestar após a defesa para não ferir o princípio do contraditório, da ampla defesa, da razoabilidade ou da proporcionalidade.

Impõe-se, ainda, reiterar a advertência feita pelo jurista italiano Piero Calamandrei, lembrada pelo Subprocurador de Justiça Antonio Araldo Ferraz dal Pozzo:

Não se compreendia bem qual a contribuição prática para a exata decisão da causa que pudesse derivar dessa espécie de consulência oficial sobre a *quaestio júris*, confiada a um magistrado jurista a um colégio de magistrados juristas que de direito sabiam tanto quanto ele e que para interpretar bem a lei não tinham nenhuma necessidade de seu parecer.²⁹

Pelo exposto, fica demonstrada a crise de identidade que permeia a atuação do Ministério Público nos Tribunais – antevista por Calamandrei (1889/1956). É necessário enfrentá-la e dar-lhe um basta, pois somente assim poderá ser revitalizada sua atividade a fim de que possa contribuir, efetivamente, para a realização da justiça. Já é tempo de assumir uma posição firme a respeito, evitando que julgamentos sejam protelados com questionamentos do tipo: o parecer do Procurador de Justiça quando o Ministério Público é parte originariamente, sem oportunidade formal de manifestação da defesa, fere princípios constitucionais e processuais? É caso de nulidade processual? Deve o Ministério Público falar antes ou depois da defesa? São procedimentos que causam insegurança jurídica e, por vezes, prejuízos irreparáveis à sociedade que lhe incumbe defender e proteger.

A propósito, Berclaz, com peculiar propriedade, enfatiza que é preciso enfrentar essa situação, já que não se coaduna com as diretrizes constitucionais e prejudica a construção da unidade institucional:

Já passou a hora de se pensar a (re)construção do Ministério Público em segundo grau a partir da leitura clara e pedagógica das múltiplas funções conferidas pela Consti-

²⁸ Idem. *Ibidem*.

²⁹ *In Posição do Ministério Público de segunda instância noível. Justitia*. São Paulo a. 43, vol. 112, 1981, jan./mar. p. 120.

tução Cidadã, uma das quais o desempenho de atribuições extrajudiciais,

[...]

enquanto os membros de primeiro grau sempre devem concentrar atribuições extrajudiciais e judiciais, estas últimas tanto como órgão agente como interveniente, o mesmo não acontece com os Procuradores de Justiça que, via de regra, limitam suas atividades gerais, ao desempenho de atividades judiciais, a sua maior parte na condição de “fiscal da lei” como espectadores passivos de uma segmentada realidade processual. Dessa forma, também é pela impossibilidade de se exigir que Procuradores de Justiça, na sua atuação como *custos legis*, tenham que concordar sempre com as posições defendidas por Promotores de Justiça, o que se faz em nome da *independência funcional* tão cara a estes e que obviamente também se estende àqueles, que o melhor caminho e solução para este impasse que prejudica a construção da unidade é simplesmente eliminar a atuação como órgão interveniente nas situações em que o Ministério Público já ocupa papel de parte, tarefa que não só elimina este problema como, de outro lado, abre perspectiva e reserva de energia para que os órgãos de execução de segundo grau assumam funções mais condzidentes e próximas com a identidade constitucional do *Parquet*.³⁰ (Grifo nosso.)

A permanência desse sistema dual importará num distanciamento cada vez maior entre Promotor e Procurador de Justiça e descaracterizará a Instituição, gerando a ideia de que ascender ao segundo grau implica atingir, como diz Berclaz, uma zona de amortecimento e conforto, cuja função é a preparação para a aposentadoria e/ou vivência exclusiva de experiências de política institucional. Essa verdadeira patologia dificulta o exercício efetivo das missões constitucionais atribuídas ao Ministério Público, prejudicando sobremaneira a defesa e a promoção dos direitos da sociedade, além de contrapor-se ao princípio constitucional da unidade.

O Membro do Ministério Público de segundo grau não pode ser afastado – a não ser nas situações especificadas na LONMP -, nem se afastar da obrigação legal de atuar nas matérias de sua atribuição, submetendo-se unicamente ao comando da lei e ao seu convencimento pessoal. Tampouco tem autorização constitucional ou legal para posicionar-se processualmente em polo diverso ao originariamente assumido pelo Membro do Ministério Público de primeiro grau.

30 Opus cit., p. 256 e 261.

O casuísmo deve ser banido na fixação das atribuições dos Procuradores de Justiça que podem, perfeitamente, ser definidas administrativamente pelo Colégio de Procuradores de Justiça, como acontece com aquelas afetas aos Promotores de Justiça, sem que haja necessidade de lei específica para defini-las. São exemplos desse procedimento a Resolução n. 04/2001, do Ministério Público de Minas Gerais, que criou a Procuradoria de Justiça de Direitos Coletivos e Difusos com atribuição exclusiva para atuar como parte nos recursos interpostos em ações civis públicas e ações populares e o Ato n. 226/2007, CPJ, de 27 de junho de 2007, de Santa Catarina, que cria na Procuradoria de Justiça Cível o Núcleo Especial de Defesa das Ações Civis Públicas de autoria do Ministério Público e define sua estrutura e âmbito de atuação.

Defende-se que o Ministério Público Estadual brasileiro não pode mais se omitir de repensar a posição de *custos legis* assumida pelos Membros de seu segundo grau nas ações penais públicas condicionadas, ou não, permitindo-se o indevido exercício de parcela de seu múnus funcional e motivando o conflito de identidade que se instalou em seu meio. O comportamento provoca dúvidas sobre a necessidade de sua existência nos moldes atuais, tanto *interna corporis* como no mundo jurídico.

Este ensaio conclui que não há necessidade de alterar o arcabouço legal que organiza e disciplina o Ministério Público, já que é inconstitucional a intervenção do Ministério Público Estadual de segundo grau na condição de parecerista ou opinador em processos iniciados pelo Promotor de Justiça. Essa transmutação processual não corresponde à essência das funções nucleares enumeradas nos incisos do art. 129 da CF que encerram atribuições de caráter ativo: promover a ação penal pública; zelar pelo respeito aos Poderes Públicos, aos serviços de relevância pública e aos direitos assegurados na constituição promovendo as medidas necessárias a sua garantia; promover o inquérito civil e a ação civil pública; defender os direitos e interesses das populações indígenas; expedir notificações; requisitar documentos, diligências investigatórias e instauração de inquérito policial; exercer o controle externo da atividade policial a fim de verificar se ela se coaduna com a matriz constitucional de titular privativo da ação penal pública; e exercer outras funções que lhe forem conferidas, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. Portanto, a Constituição Federal não determina, em nenhum momento, que o Ministério Público seja um parecerista, um opinador.

Abandonando a opinião daqueles que entendem ser inaceitável, de consultoria dos juízes, subalterna ao judiciário ou cômoda a atitude em comento, é certo que, assumindo só parte da função ministerial (fiscal da lei), o Ministério Público de segundo grau descumpra também as missões que regem toda a Instituição, explicitadas no art. 127 da CF. E se descumpra suas missões constitucionais, frustra as expectativas da sociedade, pois deixa de atender à função social que lhe compete desenvolver, rompendo com o dever de direcionar sua atuação na defesa dos legítimos interesses sociais.

Ao abdicar de agir perante os tribunais como parte na esfera criminal, o Ministério Público descursa, indevidamente, do compromisso que motivou a provocação da tutela estatal que, em última análise, só pode ter sido de defender os direitos e interesses do povo. Deixa de dirigir “esforços para atingir o sucesso do caso, sucesso esse que não é do Procurador de Justiça e tampouco do Promotor de Justiça, mas da sociedade, que o Ministério uno e indivisível representa”.³¹

5 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SEGUNDO GRAU EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A constitucionalidade da atuação parecerista ou opinativa do Ministério Público nos Tribunais de Justiça, quando é transposta a posição de parte, assumida originariamente assumida pelo Ministério Público, para fiscal da lei, segundo o Procurador Regional da República e professor do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Paulo Queiroz

Parece insustentável a intervenção do Ministério Público em segundo grau como “custos legis”, posição inclusive que não raro ofende o contraditório e a amplitude de defesa: No futuro a atuação do MP como parecerista deve ser abolida, se é que de fato foi recepcionada na Constituição.³²

O doutrinador Paulo Vasconcelos Jacobina manifesta toda a sua revolta sobre a passividade dos membros do Ministério Público:

Que os juízes contratem assessores para lhes ajudar, e que

31 SALDANHA, Gisela Potério Santos. **Da função social do membro do Ministério Público**. Disponível em: <http://promotorjustica.bolgsport.com/2007/03/da-funo-social-do-membro-do-ministerio.h...> Acesso em: 30 jul 2009.

32 *In Sobre a Intervenção do Ministério Público em Segundo Grau*. Disponível em: <http://www.clubjus.com.br/print.php?content=2.16762> Acesso em: 4 dez. 2009.

o Ministério Público seja parte ativa em todas as lides, deixando o trabalho de dar opinião, de dar palpites à *assessoria dos juízes e tribunais*. [...] o Ministério Público não é órgão jurisdicional, nem muito menos – mesmo para a tristeza de muitos – órgão administrativo do judiciário. É falta de dignidade institucional deixarmos o judiciário regulamentar nossa atuação profissional por regimento interno. [...] O regimento pode convidar-nos a atuar, mas nós somos os únicos juízes da oportunidade, conveniência e do conteúdo da nossa manifestação. [...] Não podemos funcionar como consultores do juiz, em processo nenhum, por vedação constitucional.³³

Jacobina, no artigo em destaque, desenvolve um raciocínio interessante que visa a situar a função processual do Ministério Público em segundo grau. Para ele, o Ministério Público atua sob dois prismas: pode ser autor, quando promove uma ação ou dá início a uma demanda na busca de uma prestação jurisdicional e pode ser chamado a intervir, manifestar-se em ação proposta por terceiros com a finalidade de identificar a existência, ou não, de interesse social ou individual indisponível, como parte autônoma.

Não deixa, porém, de ser parte, vinculada a sua atuação à existência do interesse que motivou a sua intervenção ele não é autor nem réu, mas interveniente. Não está *psicologicamente atrelado* à pessoa de nenhuma das partes, mas está *juridicamente atrelado* ao interesse indisponível posto em juízo. [...] Identificado esse interesse, por ele próprio, ele não é mais imparcial. Pode apenas atuar na *defesa* desse interesse, e não como espectador distante, *proferidor de oráculos ou auxiliar pouco digno do juiz*. Na defesa do interesse identificado, ele *aduzirá razões jurídicas argumentativas*, requererá a produção e produzirá *provas* e, eventualmente, *recorrerá*. Não é, repita-se, *auxiliar do juiz*, mas *parte* – embora em posição diversa da parte autora e da parte ré – e *parte vinculada à defesa acirrada de um interesse*. Neste sentido o Ministério Público é sempre *parcial*, portanto.³⁴ (Grifo nosso.)

Parte desse entendimento, como frisado, é compartilhado pela Procuradora de Justiça Vera Lúcia Ferreira Copetti, como destacado, quando assevera que a manifestação em segundo grau tem a finalidade de “influenciar a decisão do Tribunal”, portanto não é imparcial. Compete ao Ministério Público, nos tribunais, a mesma e única missão que rege a atuação em primeira instância, a de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, limites

³³ *In O Ministério Público como fiscal da lei na ação penal pública*. Boletim dos Procuradores da República. Ano 1, n. 6 out.1998. p. 24.

³⁴ Idem, *ibidem*.

estabelecidos pelo art. 127 da CF, conforme adverte Paulo Bonavides:

O Ministério Público, por conseguinte, nem é governo, nem oposição. O Ministério Público é constitucional; é a Constituição em ação, em nome da Sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições.

Se há regra ou princípio de política jurídica que o rege, esta regra ou princípio é a norma que deve fazê-lo obediente aos fins institucionais insculpidos no art. 127, da Carta Magna. Descumpridos esses fins, o órgão se descaracteriza e se desfigura pelo falecimento de seus valores objetivos.³⁵ (Grifo nosso.)

Se o Ministério Público não pode desbordar das missões que a CF lhe reservou e tornar-se mero espectador da cena processual, não há legitimação para que officie nos tribunais diversamente da posição originária que assumiu, deixando a sociedade indefesa, insegura e o processo capenga, sem autor, como acontece na ação penal pública, nas ações civis públicas, nas ações de improbidade e em todas aquelas deflagradas por Promotores de Justiça.

Portanto, não se coaduna com a matriz constitucional a transposição processual de titular privativo da ação penal pública para a posição de parecerista ou de opinador atualmente desempenhada pelo Ministério Público nos tribunais. Essa mudança de posição processual fere o princípio do Promotor Natural que faz parte do devido processo legal previsto no art. 5º, inc. LIII, da CF, conforme assinalou Mazzilli.³⁶ Urge que os Procuradores de Justiça abandonem o comportamento confortável de assessoramento dos juízes, desembargadores e ministros, pois não é essa a função que a carreira lhes obriga, não é para tal atuação que são remunerados, muito menos é o que a sociedade deles espera.

O exercício das atribuições do Ministério Público em segundo grau encontra-se substancialmente alienado da missão constitucional que lhe exige a complexa sociedade brasileira pós-moderna nas suas carências, demandas e conflitos por efetivação de direitos humanos e fundamentais, especialmente quanto a sociedade livre e solidária estabelecida como objetivo da República (art. 3º, inc. I, da Constituição) ainda é projeto aberto em busca de concretização.³⁷

35 BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa** - por um direito constitucional de luta e resistência e uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 384.

36 *In A Defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. p. 77 e seguintes.

37 BERCLAZ, Márcio Soares, opus cit. p. 241-285.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

- a) a Constituição Federal de 1988 não estabelece qualquer diferença entre as atribuições do Membro do Ministério Público do primeiro grau e do segundo grau de jurisdição;
- b) o Procurador-Geral de Justiça e o Procurador de Justiça exercem a função de Promotor Natural nas ações penais públicas que tramitam em segundo grau de jurisdição;
- c) nas ações penais públicas não há previsão constitucional de intervenção do Ministério Público na condição de *custos legis*; e
- d) a postura processual assumida pelo Órgão de Execução do Segundo Grau do Ministério Público nas ações penais públicas, tanto dos Estados como da União, ofende a Constituição Federal e, conseqüentemente, é inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, José Galvani. **Parâmetros da atuação do Ministério Público no processo civil em face da nova ordem constitucional**. Atuação. Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense. Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Catarinense do Ministério Público, Florianópolis. n. 11, jan./abr. 2007.

_____. **Castração da República**. Disponível em <<http://www.aderbalmachado.com.br>>. Acesso em: 28 ago. 2009.

_____. **A Intervenção do Ministério Público frente à hipótese contemplada no art. 82, III, fine, do Código de Processo Civil**. Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense. Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Catarinense do Ministério Público. Florianópolis. n. 2, jan./abr. 2004.

ALEIXO, Celso Quintella. **Uma Nova perspectiva sobre a nomeação do Procurador-Geral de Justiça e o princípio do promotor natural**. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, n. 20, p. 52, jul./dez. 2005.

ARANTES, Rogério Bastos. **O Ministério Público e a política brasileira**. São Paulo: EDUC - Editora da PUC-SP, 2002.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BASTOS FILHO, Orlando; MARTINES JÚNIOR, Eduardo. **Aproximação das**

instâncias do Ministério Público e reformulação das Procuradorias de Justiça. Disponível em <<http://www.apmp.com.br/jurídico/artigos/docs/2002/09-27>>. Acesso em: 1 set. 2009.

BERCLAZ, Márcio Soares. **O Ministério Público em segundo grau diante do enigma da esfinge (e a Constituição da República): decifra-me ou devoro-te!** Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (organizador). São Paulo: Atlas S.A., 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. O Tempo da memória: de senectude e outros escritos autobiográficos. Tradução de Daniela Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997.

_____. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.

_____. MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política.** 4. ed. v. 2, Tradução Carmen C. Varrialle, Caetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa - por um direito constitucional de luta e resistência e uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS/DF n. 21.239, rel. Min. Sepúlveda Pertence. 5 de junho de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/interiroteor/pesquisarInteiroTeor.asp#resultado>>. Acesso em: 28 ago. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal.HC/PR n. 70.283-0, rel. Min. Carlos Velloso. 9.11.1993.<<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72329>>. Acesso em: 19 out 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula 601, de 17 de outubro de 1984. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(601.NUME.\)%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(601.NUME.)%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas)>. Acesso em: 1 set. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC/DF n. 98.0007033-8, rel. Min. Felix Fischer. 11 de maio de 1998. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=7233&b=ACOR>. Acesso em: 29 ago. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC/RN, rel. Min^a Ellen Gracie. 5 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia./listarJurisprudencia.asp?s1=HC%2091024%20RN&base=baseAcordaos>>. Acesso

em: 21 set. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS/SP n. 8026, rel. Min. Bueno de Souza. DJ de 12 de fevereiro de 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=1996007904188&dt_publicacao+12/02/2001>. Acesso em: 28 ago 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Correição Parcial, n. 200802639997/Goiania, rel^a Juíza Amélia N. Martins de Araújo. 8 de julho de 2008. Disponível em: <<http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/exclusividade>>. Acesso em: 29 ago. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Reclamação n. 2008.0007731-1/Lages, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. 25 de abril de 2008. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acpesquisa!pesquisar.action?qTodas=&qFrase=&qUma=&qNao=&qDataIni=&qDataFim=&qProcesso=2008007731-1&qEmenta=&qClasse=&qRelator=Moacyr+de+Moraes+Lima+Filho&qForo=&qOrgaoJulgador=&qCor=FF0000&qTipoOrdem=relevancia&pageCount=10>>. Acesso em: 21 set. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RE/SC n. 2006/0258071-3, rel. Min. Felix Fischer. 22 de maio de 2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=904422&b=ACOR>. Acesso em: 29 ago. 2009.

_____. Lei Complementar do Estado de Sergipe n. 02/1990, de 12 de novembro de 1990. Disponível em: <<http://www.mp.se.gov.br/3%20legisla%C3%A7%C3%A3o/Institucional/Lei%20Complementar%20n%C2%B0%20002-1990%20-%20Lei%20Org%C3%A2nica%20do%20MP%20Sergipe%20-%20Alterada%20e%20Consolidada.pdf>> Acesso em: 29 ago.2009.

_____. ATO n. 091/96/PGJ/SP, de 10 de junho de 1996. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/Page/portal/chefia_gabinete/atos/atos1996/448FF05CA>. Acesso em: 14 set. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE/PR n. 90.286-4, rel. Min. Djaci Falcão. 28 de setembro de 1979. LEX. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ano 2. Janeiro de 1980. n. 13, p. 207.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. AI/Joinville, rel. Amaral e Silva. 12 de maio de 1995. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=800> Acesso em: 16 out. 2009.

_____. Conselho Nacional de Corregedores-Gerais do Ministério Público. Disponível em: <http://200.189.113.44/cgmp/Carta_Ipojuca.html>. Acesso em: 6 maio 2008.

_____. ATO n. 103/2004 PGJ/SC, de 5 de outubro de 2004. Disponível em:

<http://www.mp.sc.gov.br/portal/portal_detalhe.asp?Campo=1931&secao_id>. Acesso em: 22 set. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 470135 AgR-ED/MT, rel. Min. Cezar Peluso. 22 de maio de 2007. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE%20470135\(“CEZAR%20PELUSO”.NORL.%20OU%20“CEZAR%20PELUSO”.NORV.%20OU%20“CEZAR%20PELUSO”.NORA.%20OU%20“CEZAR%20PELUSO”.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE%20470135(“CEZAR%20PELUSO”.NORL.%20OU%20“CEZAR%20PELUSO”.NORV.%20OU%20“CEZAR%20PELUSO”.NORA.%20OU%20“CEZAR%20PELUSO”.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 29 ago. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 282. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_201_300>. Acesso em: 15 out. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso em Sentido Estrito/SP n. 283.532-3/4, rel. Des. Luiz Pantaleão. 30 de julho de 2002. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1888635>>. Acesso em: 1º dez. 2009.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. AI/Florianópolis n. 2008.043965-2, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. Acesso em: 29 abr. 2009.

BULOS, Uadi Lâmega. *Constituição Federal anotada*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CÂMARA, Guilherme Costa. **O Poder ministerial**. Disponível em <http://www.datavenia.net/artigos/Direito_Constitucional/guilherme.html>. Acesso em: 24 set 2009.

CARMO, Glauber S. Tatagiba do. **Supremo Tribunal Federal e a revisão do princípio do promotor natural**. Revista do Ministério Público, Rio de Janeiro, n. 21, jan./jun. 2005.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Ministério Público no processo civil e penal: o promotor natural - atribuição e conflito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CRUZ, Rogério Schiatti Machado. **A Atuação do Ministério Público no julgamento de recursos, em face da Lei 9.099/95**. Clubjus: Brasília. Disponível em: <<http://clujus.com.br/?content=2.23541>>. Acesso em: 5 set. 2009.

_____. Parecer do Ministério Público ante a isonomia e o contraditório. Disponível em: <http://metajus.com.br/meus_artigos_artigos24.html>. Acesso em: 13 set. 2009.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. **Posição do Ministério Público de segunda instância no cível**. *Justitia*. São Paulo a. 43, vol. 112, jan./mar. 1981.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Comentários à lei orgânica nacional do Ministério Público: Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Florianópolis: Obra

Jurídica, 1996.

DROPA, Romualdo Flávio. **O Ministério Público: parceiro do controle social**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/4780/4350>. Acesso em: 27 ago. 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A Função social do Promotor de Justiça e a necessidade de residir na comarca**. Disponível em: <http://.raul.pro.br/artigos/pjresid.htm>. Acesso em: 28 ago. 2009.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. **O “Ombudsman” parlamentar e o Ministério Público**. Disponível em <http://www.justitia.com.br/revistas/4bdw45.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2010.

FLEURY, Luiz Antonio. **Força e independência são fundamentais**. Folha de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf>. Acesso em: 8 nov.2008.

FONTELES, Claudio Lemos. **Reflexões em torno do princípio do promotor natural**. Revista de Assuntos Criminais. Ministério Público Federal, Procuradoria Geral da República. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público organização, atribuições e regime jurídico**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **O Ministério Público como fiscal da lei na ação penal pública**. Boletim dos Procuradores da República. Ano 1, n. 6 out.1998.

JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

KERCHE, Fábio. **O Ministério Público e a constituinte de 1987/88**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 7, n. 26, abr./jun. 1999.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **O Novo Ministério Público brasileiro**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2000.

LYRA, Roberto. **Teoria e prática da promotoria pública**. 2. ed. Editores Sergio Antonio Fabris e Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: 1989.

MACHADO, Bruno Amaral. **Ministério Público: organização, representações e trajetórias**. Curitiba: Juruá, 2007.

MARQUES, José Frederico. **A Reforma do poder judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1979.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Regime jurídico do Ministério Público**. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Introdução ao Ministério Público**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **A Defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O art. 600, § 4º, do CPP e as contra-razões do Ministério Público – os princípios do promotor natural da independência funcional. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/2206>>. Acesso em: 5 set. 2009.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na construção do estado democrático de direito**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

QUEIROZ, Paulo. **Sobre a intervenção do Ministério Público em segundo grau**. Boletim dos Procuradores da República n. 75, jul./2007.

RODRIGUES, Eduardo Silveira Melo. **O excepcional arazoamento de recurso em segunda instância** (o artigo 600, parágrafo 4º, do Código de Processo Penal). Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/Revistas/5d266d.pdf>>. Acesso em: 8 set. 2009.

SALDANHA, Gisela Potério Santos. **Da função social do membro do Ministério Público**. Disponível em: <http://promotorjustica.bolgspot.com/2007/03/da-funo-social-do-membro-do-ministerio.h...> Acesso em 30 jul. 2009.

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

SILVA, Octacílio Paula. **Ministério Público: estudo pragmático da instituição: legislação, doutrina, jurisprudência**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário jurídico. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SIQUEIRA, Geraldo Batista de. **Promotor ad hoc e o princípio do promotor natural**. Ciência Jurídica – 67, p. 34, jan/.fev. 1996.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa. **Ministério Público: aspectos jurídicos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4867>>. Acesso em: 10 nov. 2008.

STASIAK, Vladimir. **O Princípio do promotor natural e sua relevância na administração da justiça**. Revista dos Tribunais. vol. 771, jan. 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A insolvência civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal comentado**. vol. 2. 9. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

ZIPPIN FILHO, Dálio. O Ministério Público. Disponível em: <<http://www.parana.online.com.br/canal/direito-e-justica/news/260167/?noticia>>. Acesso em: 10 set. 2009.

PENAL

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR A TRANSAÇÃO PENAL NAS AÇÕES PENAS PRIVADAS

Luiza Bonfante Keller

*Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola do MPSC*

Thiago Carriço de Oliveira

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI*

SUMÁRIO:

Introdução. 1 Ação penal privada. 1.1 Conceito. 1.2 Princípios 1.2.1 Princípio da oportunidade. 1.2.2 Princípio da disponibilidade. 1.2.3 Princípio da indivisibilidade. 1.2.4 Princípio da intranscendência. 1.3 O papel do Ministério Público na ação penal privada. 2 Transação penal. 2.1 Os Juizados Especiais. 2.1 A transação penal: conceito e natureza jurídica. 2.3 Cabimento da transação penal em ação penal privada. 2.4 Legitimidade do Ministério Público para propor transação penal em sede de ação penal pública. Considerações finais. Referências.

RESUMO

O trabalho possui como objeto de estudo a transação penal, trazida para o ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 9.099/95. Trata-se de medida despenalizadora, na qual o órgão acusador formula proposta de

Atuação	Florianópolis	V. 9	n. 20	p. 43 - 66	jan./jun. 2012
---------	---------------	------	-------	------------	----------------

imediate aplicação de pena que, caso aceita pelo suposto autor do fato, não implica reconhecimento de sua culpabilidade, sujeitando-o apenas ao cumprimento de pena não privativa de liberdade. Dentro do tema, especificamente, o artigo aborda a legitimidade do Ministério Público para oferecer a proposta de transação penal nas ações penais privadas, uma vez que, nos polos dessa, figuram o querelante e o querelado. Entretanto, salienta-se que o órgão ministerial, mesmo nas ações privadas, continua sendo o único detentor do *jus puniendi*, à medida que a vítima apenas atua como substituto processual. As técnicas de pesquisa utilizadas foram a documental e bibliográfica, desenvolvendo-se o artigo em três capítulos. Quanto à Metodologia, foi empregado o Método Indutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Transação Penal. Ação Penal Privada. Ministério Público. Legitimação. Princípios.

ABSTRACT

This work has as its object of study the criminal transaction, brought to the Brazilian legal system by Law n. 9.099/95. It is measured not penalizing, in which the accuser proposed immediate imposition of penalty that if accepted by the alleged perpetrator does not imply recognition of their culpability, subject only to compliance with the non-custodial sentence. Inside the issue, specifically, the article discusses the legitimacy of the prosecution to provide the proposed transaction in criminal prosecutions private, since the poles of this, the complainant and the Respondent appearing. However, it is noted that the Public Ministry, even in private actions, remains the sole holder of *jus puniendi*, to the extent that the victim acts only as a replacement procedures. The research techniques used were documents and literature, developing this article into three chapters. Regarding the methodology, we employed the Inductive Method.

KEYWORDS: Transaction Criminal. Criminal Private Action. Public Ministry. Legitimacy. Principles.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto o estudo do instituto da transação penal, trazida ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Sobre o tema, aborda-se com maior profundidade a possibilidade da realização da transação penal nas ações penais privadas e o papel do Ministério Público nesse tipo específico de lide.

O objetivo do trabalho é a realização de uma análise sobre a legitimidade do Órgão Ministerial para o oferecimento da proposta de transação penal diante da existência da figura do querelante no polo ativo da ação penal privada.

Para tanto, o trabalho inicia tratando do conceito e das características inerentes à ação penal privada e dos princípios a ela aplicáveis, para que sejam evidenciadas as diferenças dessa espécie de ação em relação às ações públicas.

A seguir, aborda-se o tema da transação penal. Para tal desiderato, realiza-se um estudo do instituto no seio do sistema dos Juizados Especiais Criminais, chegando à sua natureza jurídica e à discussão acerca da possibilidade do seu cabimento em sede de ação penal privada e da possibilidade da apresentação da proposta pelo Órgão Ministerial.

Por fim, são apresentadas as Considerações Finais, nas quais são expostos os pontos conclusivos do trabalho, obtidos por meio dos estudos e das reflexões realizadas sobre a transação penal e o campo de atuação do Ministério Público no bojo das ações penais privadas.

A escolha do tema baseia-se na necessidade prática de regulamentação da matéria, diante da ausência de consenso doutrinário e jurisprudencial sobre o alcance da atuação do Ministério Público nas ações penais privadas, principalmente no que tange à apresentação da transação penal, o que faz surgir uma gama de decisões conflitantes no Poder Judiciário.

A importância do assunto se assenta, principalmente, no fato de que a Lei n. 9.099/95 apresentou diversos institutos despenalizadores, como a composição civil dos danos e a transação penal, abrangendo medidas que têm por objetivo evitar que a pena privativa de liberdade, fim máximo do direito penal, seja aplicada. Assim, importou em

expressiva transformação do panorama penal vigente no País, pois fez surgir um novo modelo de justiça criminal, privilegiando a ampliação do espaço de consenso, adotando soluções fundadas na própria vontade dos integrantes da relação processual penal e ampliando, sobremaneira, o papel da vítima no processo.

Ocorre que parte da doutrina e jurisprudência pátrias ainda questionam o cabimento do instituto da transação dentro da ação penal privada, utilizando-se de argumentos como a ausência de previsão legal expressa no texto do art. 76 da Lei n. 9.099/95 e a troca da titularidade do polo ativo da ação penal, que passa a pertencer ao particular.

Diante do quadro que se apresenta, a discussão do presente artigo paira sobre o âmbito de atuação do Órgão Ministerial na ação penal privada e sobre a possibilidade de que, cabendo a transação, o Ministério Público apresente a proposta, mesmo que contrariando o intuito negativo do querelante.

1 AÇÃO PENAL PRIVADA

1.1 CONCEITO

A ação penal privada tem como característica principal a transferência do direito de ação para o particular, qual seja, a vítima ou seu representante legal. Nota-se que a distinção básica que se faz entre a ação penal privada e a ação penal pública, condicionada, ou não, reside na alteração da legitimidade ativa para o início da ação. Nessa, o Órgão Ministerial detêm a exclusividade, consoante dicção clara do art. 129 da Constituição da República de 1988 (CR), enquanto naquela a legitimidade é transferida ao ofendido ou a quem o represente por direito, conforme prescreve o art. 100, § 2º, do Código Penal (CP).

O fundamento para a alteração da legitimidade ativa do processo se assenta no temor de que o *streptus judicii* (escândalo do processo) provoque no ofendido um mal maior do que a impunidade do criminoso, decorrente da não propositura da ação penal.

A referida espécie de ação, como se observa, é fundada em imperativos de foro íntimo do ofendido e na existência de uma colisão entre

interesses coletivos e individuais, tomando-se por princípio a ideia de que o particular poderá preferir se afastar do *strepitus fori*, evitando a publicidade que a divulgação processual provocaria.

No mesmo sentido, Tourinho Filho menciona a tenuidade da lesão à sociedade e o caráter privado do bem jurídico tutelado, que se somariam às justificativas para natureza da ação penal.

O maior interesse é, portanto, na recomposição patrimonial (ainda que por dano moral), de modo que o manejo da ação privada é capaz de garantir ao ofendido maior controle sobre a apreciação judicial do caso.

1.2 PRINCÍPIOS

Vigoram na ação penal privada os princípios da oportunidade (ou conveniência), da disponibilidade, da indivisibilidade e da intranscendência.

1.2.1 Princípio da Oportunidade

No âmbito da ação penal privada, o princípio preponderante é o da oportunidade, que confere ao ofendido a faculdade de iniciar, ou não, a ação de acordo com a sua conveniência.

A oportunidade exprime o exercício facultativo da ação penal pelo seu titular, qual seja, o ofendido ou seu representante legal.

Segundo o princípio da obrigatoriedade, que vigora na ação penal pública, o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, desde que estejam satisfeitas as condições mínimas para que a ação se inicie. Por outro lado, consoante o princípio da oportunidade, que vigora na ação penal privada, o seu titular promove a ação penal apenas se quiser.

Como se destacou na “seção1.1” deste trabalho, nos crimes processados mediante ação penal privada, o Estado concede ao ofendido ou a quem legalmente o represente o direito de invocar a prestação jurisdicional e, se o interessado quiser fazer uso de tal direito, poderá intentar a ação judicial.

Os motivos que levam o particular lesionado a intentar a ação

penal privada, portanto, pertencem exclusivamente ao seu foro íntimo, à medida que possui uma faculdade e não uma obrigação.

1.2.2 Princípio da Disponibilidade

Seguindo a mesma linha traçada pelo princípio da oportunidade, o princípio da disponibilidade se manifesta na decisão do ofendido em prosseguir, ou não, até o final da ação penal. É, portanto, uma decorrência lógica do princípio da oportunidade.

Partindo do pressuposto que o particular é o exclusivo titular dessa espécie de ação penal, em decorrência de legítima transferência do Estado, é conferida a ele a prerrogativa de exercê-la, ou não, conforme suas conveniências. Ainda assim, caso dê início à ação penal, é possível que o particular disponha do conteúdo do processo até o trânsito em julgado da sentença condenatória, por meio do perdão ou da preempção, previstos nos arts. 51 e 60 do Código de Processo Penal (CPP), respectivamente.

Em oposição ao princípio da disponibilidade, apresenta-se o princípio da indisponibilidade, que reina nas ações penais públicas e é responsável por impedir que o Ministério Público realize uma análise dos pressupostos de conveniência para o início e continuidade da persecução penal, assim que for noticiada a ocorrência de determinado delito, consoante dicção do art. 42 do CPP.

1.2.3 Princípio da Indivisibilidade

O Princípio da Indivisibilidade encontra previsão legal no art. 48 do CPP, conforme se infere: “A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará o processo a todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade”.

Segundo o contido no dispositivo, o ofendido, ao ingressar com a competente ação penal, não poderá deixar de incluir todos os autores, coautores e partícipes do ilícito penal do qual foi vítima.

Diante do previsto no dispositivo da lei processual penal, entende-

-se que a exclusão constitui renúncia implícita ao direito de queixa que se comunica aos demais querelados, desde que a vítima não tenha deixado de enquadrá-lo em razão da ausência de elementos indiciários ou de identificação.

Há que se ressaltar, ademais, que o princípio em comento não se aplica exclusivamente à ação penal privada, em que pese tenha o legislador se referido, no art. 48 do CPP, à queixa-crime.

1.2.4 Princípio da Intranscendência

Trata-se, assim como o princípio da indivisibilidade, de uma regra comum a todas as espécies de ação penal.

O princípio se caracteriza pela limitação dos efeitos advindos do processo penal e da pena ao agente que produziu o ilícito penal, de modo que não sejam afetados os familiares e as pessoas estranhas à relação processual.

Ademais, no ordenamento jurídico vigente no País, não há previsão para a inclusão, no polo passivo da demanda criminal, do responsável pela indenização do ilícito, de modo que a ação penal irá ser intentada apenas em desfavor do autor do fato penalmente relevante.

1.3 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO PENAL PRIVADA

O Ministério Público, segundo o que prescreve o art. 127 da CR, 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.

Na dicção de Tourinho Filho¹, do disposto nos arts. 127 e 129, ambos da CR, pode-se dizer que é missão da Instituição, no bojo da ação penal privada, “não só a função de fiscal do princípio da indivisibilidade da ação, nos termos dos arts. 48, 75 e 76, § 2º, do CPP, como também a de *custus legis* (CPP, arts. 500, § 2º, e 600, § 2º)”.

1 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 353.

Isso porque o art. 257 do CPP atribui ao Ministério Público a função de fiscal da execução da lei, como se percebe: “Ao Ministério Público cabe: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e II - fiscalizar a execução da lei.”

Dessa forma, mesmo quando não promove a ação penal, o órgão não perde a sua posição de *custus legis*.

Nesse sentido é o que prescreve o art. 45 do CPP ao estabelecer que o Ministério Público atuará ativamente durante todo o deslinde da ação penal privada: “A queixa, ainda quando a ação penal for privativa do ofendido, poderá ser aditada pelo Ministério Público, a quem caberá intervir em todos os termos subsequentes do processo.”

A fim de cumprir o exposto no dispositivo mencionado é que, oferecida a queixa-crime, o Juiz dará vista dos autos ao Promotor de Justiça para manifestar-se a respeito, antes mesmo de recebê-la. Dessa forma, tratando-se de crime de exclusiva ação penal privada, o Promotor, em primeiro ato, na qualidade de fiscal do princípio da indivisibilidade da ação penal privada (art. 48 do CPP), observa a existência de outros autores do ilícito penal e, havendo, fará um aditamento no sentido de que sejam incluídos os novos querelados no polo passivo da demanda.

Caso o querelante, ciente do aditamento para a inclusão de um novo querelado, a isso se opuser, aplicar-se-á o disposto no art. 49 do CPP, entendendo-se a irresignação daquele como renúncia ao direito de ação, que se estenderá aos demais querelados.

O legislador constitucional, entretanto, não delegou ao Órgão Ministerial apenas a função de fiscalizar a indivisibilidade da ação penal mas também estabeleceu a ele a missão de atuar como *custus legis* em todos os feitos penais nos quais não seja o autor da ação.

Dessa forma, o art. 45 do CPP, à luz do ditame constitucional, reforça a atuação do Ministério Público no bojo das ações penais privadas, pois assevera que o Órgão intervirá em todos os atos do processo, e não apenas no seu início, realizando o aditamento, se necessário.

Note-se, portanto, que a natureza das ações penais deixa ao Órgão Ministerial a legitimidade para atuar até mesmo na ação penal privada, já que nesta o particular apenas detém o *jus perseguendi*, e não o direito de punir, que ainda pertence ao Estado.

Em razão da situação da substituição processual que ocorre nessa espécie de ação, como salientado na seção 1.1, é que o particular atua com maior independência. Ocorre que o Ministério Público também estará presente em todos os atos processuais, desde o início da ação, emitindo parecer sobre o recebimento da peça exordial, e, durante os demais trâmites, velando pelos princípios constitucionais e pela estreita execução da lei.

2 TRANSAÇÃO PENAL

2.1 OS JUIZADOS ESPECIAIS

Os Juizados Especiais foram apresentados à legislação pátria no art. 98 da CR, o qual prescreve que:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

A partir da previsão constitucional, foi sancionada a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que cuidou de dispor sobre a criação e organização dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

No que concerne aos Juizados Criminais, da leitura da lei supracitada, nota-se que o legislador constitucional incutiu naqueles o caráter da justiça consensual, quebrando com o rígido sistema que enaltecia o princípio da obrigatoriedade da ação penal, passando a admitir a discricionariedade regrada. Salienta-se, por oportuno, que não se trata de aplicação plena e irrestrita do princípio da oportunidade a todas as espécies de ação penal, mas de mitigação da obrigatoriedade por via procedimental.

Consoante Oriana Piske, o Ministério Público continua vinculado à legalidade, mas pode propor uma pena alternativa diversa da privativa

de liberdade².

Segundo as regras apresentadas na Lei n. 9.099/95, transposta a fase da tentativa de conciliação entre as partes e, diante de indícios de materialidade e autoria delitivas, o Órgão Ministerial não possui mais apenas uma saída, à medida que, cumpridos os requisitos legais, é possível o oferecimento da transação penal ao autor do fato, com a aplicação imediata da sanção penal, antes mesmo da apresentação da denúncia.

A implementação dos institutos da conciliação e transação penal no bojo das ações penais vai ao encontro dos objetivos máximos dos Juizados Especiais, quais sejam, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, com a finalidade de alcançar o escopo maior - a pacificação social. Ainda como esclarece Oriana Piske³, os intentos “demandam uma atenção especial dos operadores do direito visto que também são instrumentos necessários à concretização dos preceitos da Lei n. 9.099/95”.

Nesse sistema, as partes têm uma posição mais proeminente, à medida que são chamados pelo juízo a participarem da solução do conflito, já que grande parte dos crimes competência dos Juizados Especiais Criminais têm como vítimas um particular definido.

Trata-se, em verdade, de uma busca pelo resultado por meio de um método não adversarial, com ênfase na atuação conjunta e cooperativa das partes da demanda.

Procura-se compor o dano social resultante do ilícito penal, prevendo-se a sua reparação imediata, ao menos em parte, com a composição ou a transação, que são consideradas formas suficientes de responsabilização do autor de infrações de menor potencial ofensivo. Possibilitam elas, no bojo do procedimento, uma rápida solução do conflito de interesses, com a aquiescência dos envolvidos.

2 PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **A transação penal e a ação penal privada**. *Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília. Ano 4, n. 17, out./dez., p. 121-144, 2005. p. 128.

3 PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União**. p. 123.

2.2 A TRANSAÇÃO PENAL: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A transação penal se caracteriza como instituto despenalizador levado a efeito antes da dedução, em Juízo, da pretensão punitiva do Estado. A proposta transacional tem cabimento antes do oferecimento da peça exordial da ação penal condenatória, a fim de que aquele a quem é imputada a prática do fato criminoso possa, de imediato, sujeitar-se a uma pena não privativa de liberdade, em vez de se submeter às incertezas do processo.

Nesse sentido, Joel Dias de Figueira Júnior⁴ prescreve que “juntamente com o acordo civil extintivo da punibilidade (art. 75, parágrafo único), a transação penal do art. 76 é medida pré-processual, anterior ao oferecimento da denúncia”.

Por meio da transação penal, viabiliza-se uma rápida composição da lide, sem que, por outro lado, haja reconhecimento de culpa por parte do autor do ilícito, isto é, sem que a decisão homologatória da transação possa ser utilizada como título executivo no juízo cível.

O oferecimento da proposta de transação implica a cessão de algo por cada uma das partes. No caso, o Ministério Público abre mão do direito de propor a ação e pleitear a condenação do autor do fato à pena privativa de liberdade, e este, do direito ao processo, com todas as garantias que lhe são asseguradas no seu decorrer.

Muito se controverteu sobre a natureza jurídica da transação penal, principalmente em razão do entendimento pretérito de que o oferecimento da proposta se configurava um direito subjetivo do autor do fato.

Contudo, a apresentação da proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou de multa é um verdadeiro poder-dever pela lei imposto ao Ministério Público, de sorte que, sempre que satisfeitas as condições exigidas pela lei (art. 76 da Lei n. 9.099/95), exsurge para o representante do Órgão Ministerial, no caso concreto, o poder-dever de oferecer ao autor do fato a possibilidade de se sujeitar, de imediato, a uma pena não privativa de liberdade.

4 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais*: Lei n. 9.099, de 26/9/1995. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000. p. 615.

Nesse sentido, revelou-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, em julgamento no qual foi abordada a natureza jurídica da suspensão condicional do processo, afirmou que o referido instituto, como a transação penal, não se caracteriza um direito subjetivo do autor do fato, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (LEI N. 9.099/95, ART. 89). REQUISITO OBJETIVO E CONTINUIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA DO DIREITO SUBJETIVO À SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. SÚMULA 696. ORDEM DENEGADA. [...] 2. A suspensão condicional do processo tem natureza jurídica de transação processual, daí porque inexistente direito subjetivo do réu à sua aplicação.⁵

No mesmo voto, o Ministro relator ressaltou a existência do enunciado da Súmula n. 696 da Suprema Corte, com o seguinte teor:

Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

Em decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda sobre o enunciado da Súmula do Supremo Tribunal Federal, esclareceu-se que:

[...] o Magistrado não poderia se sobrepor à vontade do representante do Ministério Público e, assim, ele mesmo, sem a participação do Parquet, formular a proposta de transação ou de suspensão condicional do processo, a quem competiria a última palavra, na pessoa do Procurador-Geral.⁶

O contido na Súmula reafirma o caráter transacional da suspensão condicional do processo, de onde deriva o entendimento que em cada caso concreto o Ministério Público analisará o cabimento da medida. Cumpridos os requisitos previstos em Lei pelo autor do fato, o Órgão Ministerial tem o poder-dever de oferecer a proposta.

O disposto também se aplica à transação penal, que tem a mesma natureza transacional intrínseca à suspensão condicional do processo.

O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando as decisões da Suprema Corte, também caminha na linha contrária ao entendimento de que a transação penal, assim como a suspensão condicional do processo,

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Habeas Corpus 83.250-4**, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 25/11/2003

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, **Ação Penal 2010/0084218-7**, rel. Min. Feliz Fischer, j. 21/3/2012.

caracterize-se como direito subjetivo do autor do fato:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. RÉU DENUNCIADO POR CRIME DE ESTELIONATO. SURSIS PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO. BENEFÍCIO NEGADO EM RAZÃO DO PACIENTE NÃO PREENCHER OS REQUISITOS DO ARTIGO 77 DA LEI Nº 9.099/95. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Pacificou-se neste Tribunal o entendimento de que o sursis processual não configura um direito subjetivo do acusado, mas uma prerrogativa exclusiva do Ministério Público, que tem a atribuição de propor ou não a suspensão do processo, desde que o faça fundamentadamente. 2- No caso, o Juiz de primeiro grau entendeu acertadas as ponderações do Ministério Público Estadual, determinando o prosseguimento do feito, tendo o acórdão atacado se convencido de que o paciente não preenche os requisitos objetivos necessários para a concessão do aludido benefício, em razão da causa especial de aumento de pena prevista no artigo 171, § 3º, do Código Penal, denegando a ordem ali pleiteada. [...] 5. Ordem denegada.⁷

A natureza jurídica da transação penal é, portanto, de um poder-dever do Órgão Ministerial que, em cada caso concreto, irá analisar a possibilidade do seu cabimento. Diante do cumprimento de todos os requisitos previstos em lei, o Ministério Público oferecerá a transação penal. Caso contrário, fundamentadamente, irá se recusar a apresentar a oferta, hipótese em que apenas o mesmo Órgão Ministerial será capaz de elaborar nova análise do caso para a tomada de nova decisão.

Como salienta Carlos Alberto Dias Torres⁸, o sistema apresentado pela Lei n. 9.099/95 leva a crer que a vontade do legislador é de que o Ministério Público leve a efeito a transação penal sempre que cabível, à medida que os objetivos dos Juizados Especiais Criminais estão relacionados aos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia e celeridade processual, fundados em uma justiça do consenso, e não do conflito.

7 _____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 18.003, rel. Min. Paulo Gallotti, j. 24/11/2004.

8 TORRES, Carlos Alberto Dias... **Temas Contemporâneos de Direito Processual**. O instituto da transação penal. *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, p. 423- 487. 2004. p. 455.

2.3 CABIMENTO DA TRANSAÇÃO PENAL EM AÇÃO PENAL PRIVADA

Esclarecida a natureza jurídica da transação penal, cabe ainda a indagação sobre seu cabimento em ação penal privada.

Nos ditames do art. 76, *caput*, da Lei n. 9.099/95, a transação penal é aplicável aos crimes de ação penal pública condicionada ou incondicionada, nos casos em que não caiba o pedido de arquivamento pelo Órgão Ministerial, consoante se denota:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

O mais forte argumento daqueles que são contrários ao oferecimento da proposta de transação penal em sede de ação de iniciativa privada, reside na literalidade do mencionado dispositivo.

Entretanto, segundo Giova Pólo⁹, preenchidos os requisitos legais, não há nada que prive o autor de um crime do direito de receber uma proposta de transação penal.

No mesmo sentido, Tourinho Neto¹⁰ esclarece que “na ação penal vigora, sem restrição, o princípio da oportunidade, o que viabiliza melhor a transação”.

De fato, diante dos princípios atinentes ao sistema dos Juizados Especiais Criminais expostos no art. 2º da Lei n. 9.099/95, quais sejam, oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, não há motivos para excluir da ação penal privada a transação penal. A interpretação literal do disposto no *caput* do art. 76 do mencionado diploma legal vai de encontro à busca pela conciliação e transação, que são amplamente discutidas naquela lei.

O querelado ficaria prejudicado em relação ao autor do fato de ilícitos processados em ação penal pública incondicionada ou condicio-

9 PÓLO, Giovana. Transação penal e suspensão condicional do processo na ação penal privada. *Revista Jurídica*. Ano 48, n. 277, nov. p. 56-59. 2000. p. 57.

10 TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei n. 9.099/95*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 637.

nada, quando, em verdade, a legislação penal não cuidou de realizar tal distinção entre os tipos penais.

A Comissão Nacional de Interpretação da Lei n. 9.099, de 26/9/1995, sob a Coordenação da Escola Nacional da Magistratura, ademais, concluiu da mesma forma, no seu Enunciado n. 11: “11. O disposto no art. 76 abrange os casos de ação penal privada.”

Manifestando-se sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça exarou decisão na qual admitiu a aplicação do instituto mesmo em sede de ação penal privada, considerando-se os princípios que norteiam a Lei dos Juizados Especiais, como se verifica:

RHC. CRIME CONTRA O REGISTRO DE MARCAS E DE CONCORRÊNCIA DESLEAL. LEI Nº 9.279/96. LEI Nº 9.099/95. APLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. I. A Lei nº 9.099/95 aplica-se aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transação e a suspensão condicional do processo inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. II. Recurso provido para anular o feito desde o recebimento da queixa-crime, a fim de que seja observado o procedimento da Lei nº 9.099/95.¹¹

Ainda segundo o Ministro relator, “maiores restrições vêm sendo dispensadas, tendo em vista que o fim precípua da lei dos juizados especiais é justamente a negociação – o que faz com que se entenda que a sua aplicação deve ser a mais ampla possível”.

Dessa forma, deve-se ultrapassar eventuais contrariedades provocadas pela interpretação literal do dispositivo em prol dos fundamentos e princípios apresentados na própria lei.

2.4 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR TRANSAÇÃO PENAL EM SEDE DE AÇÃO PENAL PRIVADA

Considerando ser cabível a aplicação do instituto da transação penal nas ações penais privadas, questionamento surge com relação à legitimidade para a propositura da oferta.

No primeiro capítulo do trabalho, ressaltou-se que, nas ações penais privadas, o Estado transfere ao particular a legitimação para o

11 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso em *Habeas Corpus* 8480, rel. Min. Gilson Dipp, j. 21/10/1999.

início da persecução penal, ou seja, para o oferecimento da peça inicial da ação, que é a queixa-crime.

Ocorre que essa transferência de atribuição se dá apenas no campo superficial, à medida que o Estado abre mão somente do *jus perseguendi in judicio* e continua como detentor exclusivo do *jus puniendi*.

Diante da legitimidade exclusiva do órgão estatal de punir o autor do ilícito, Carlos Alberto Dias Torres entende que a função de apresentar a proposta de transação penal recai apenas sobre o Ministério Público, como se verifica:

Assim, entendemos que a proposta de transação penal, seja nos casos de ação pública ou ação privada, deve ser de titularidade exclusiva do Ministério Público, por este ser o defensor do interesse social. Como se diz atualmente, o Parquet é a própria sociedade em juízo. Nesse sentido, somente esta Instituição tem a legitimação necessária para iniciativa de tamanha importância.¹²

Assim também entende Giovana Pólo, que ressalta a atuação do Órgão Ministerial como detentor único do direito de ação:

O Ministério Público, até por força do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, é o *dominus litis* da ação penal, funcionamento o particular, na ação penal privada, como mero substituto processual. Nessa ação, o Promotor de Justiça, para validar o processo, deve funcionar, como *custus legis*, em todos os atos, sob pena de nulidade (artigo 564, inciso III, *d*, do Código de Processo Penal). A importância da atuação ministerial é manifesta nos dois tipos de ação.

Nada impede, portanto (ao contrário, o próprio texto legal determina), que o Ministério Público, tanto na ação penal pública quanto na privada, faça se cabível, a proposta de transação penal.

É que seria arriscado deixar nas mãos do ofendido a análise dos requisitos subjetivos e objetivos do artigo 76, §2º, bem como a posterior formulação de proposta de transação, que implica sua fixação de dias-multa e de seu valor ou de pena restritiva de direitos, e sua duração. Ora, para se proceder a tal análise, é indispensável que haja, no mínimo, bom senso - não se pode exigir que alguém que, *v.g.*, teve sua integridade física ofendida, atue como convém.¹³

12 TORRES, Carlos Alberto Dias. O instituto da transação penal. **Temas Contemporâneos de Direito Processual**. p. 139.

13 PÓLO, Giovana. **Transação penal e suspensão condicional do processo na ação penal privada**. Revista Jurídica. p. 57-58.

Note-se que aqueles que entendem ser o Órgão Ministerial o único possuidor da legitimidade para o oferecimento da proposta de transação se assentam no caráter público do qual toda ação penal está imbuída.

Por outro lado, há quem entenda que a oferta deva ser apresentada apenas pelo querelante, que possui, na ação penal privada, a legitimidade para dar início à persecução penal.

Entende Ada Pellegrini Grinover, segundo essa linha, que:

[...] a faculdade de transacionar, em matéria penal, se estende ao ofendido, titular da queixa-crime, isso porque, como somente deste é a legitimidade ativa à ação, ainda que a título de substituição processual, somente a ele caberia transacionar em matéria penal, devendo o Ministério Público, nesses casos, limitar-se a opinar.¹⁴

Cabe, todavia, uma consideração. Nas ações penais de iniciativa privada, como ressaltado no capítulo primeiro do presente artigo, imperam os princípios da discricionariedade e da disponibilidade. Sustentado por esses imperativos, o querelante poderia deixar de apresentar a proposta de transação ao querelado, sem motivo justificável ou aparente, gerando situações jurídicas diversas para autores de ilícitos penais semelhantes, apenas em decorrência da alternância de vontade do particular.

No voto proferido em decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura ressaltou que a situação acima destacada provocaria grave ofensa ao princípio da isonomia. Considerando o fato, a Ministra acabou por esclarecer que, diante do silêncio do querelante no oferecimento da transação penal, cabe ao Órgão Ministerial, incumbido do poder-dever de apresentar a proposta, realizar o ato:

De fato, a questão há de merecer melhor enquadramento em hipóteses como as tais, porque expõe eventual violação ao princípio da isonomia entender, como tem entendido a jurisprudência, que o ministério público deve realizar a proposta de transação ou justificar a sua não proposição, cabendo, inclusive, a utilização do art. 28 do CPP para o caso de recusa, e, no outro lado, por meio do mesmo instituto que o obriga, entender que o querelante não tem a mesma imposição.

14 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados especiais criminais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 142-143.

[...]

É certo que o querelante na ação penal privada é parte legitimada para dar início à *persecutio criminis* e detém, inclusive, a discricionariedade de fazê-lo. Ocorre que isso não lhe transfere o poder absoluto de, por ato unilateral, impedir a realização da proposta de transação penal, que tem cunho despenalizante, portanto, de política criminal.¹⁵

Ainda, na dicção do voto proferido pela Ministra, “o princípio da oportunidade (regrada) instituído pela Lei n. 9.099/95, entretanto, não chega a permitir ao Ministério Público deixar de atuar pura e simplesmente”.

No voto vencedor, por outro lado, o Ministro Felix Fischer ressaltou os princípios que regem a ação penal privada, afirmando que o Órgão Ministerial não possui legitimidade para atuar diante do silêncio do querelante no oferecimento da proposta de transação:

Isso porque, se ele é o legitimado, **na condição de substituto processual**, para ajuizar a ação penal e, assim, exercer o **ius persecuendi**, nada mais lógico que lhe transfira o encargo que, nas ações penais públicas, pertence ao **Ministério Público com exclusividade**. Neste caso (no âmbito da ação penal privada), aliás, o **Parquet** funciona tão somente como fiscal da lei, e **não** como parte.

[...]

Esse raciocínio, a meu juízo, adquire **maior propriedade e relevância** se transposto para a aplicação da transação penal na ação penal privada. É que nesta vigoram os **princípios da oportunidade e da disponibilidade**, o que significa que o ofendido pode optar entre propor ou não a ação penal, pode ainda renunciar ao direito de queixa, perdoar o ofensor e, ainda, abandonar o feito, dando azo à perempção, todas **causas de extinção da punibilidade** (ex vi do art. 107, incisos IV e V do CP), faculdades de que **não dispõe o Ministério Público** no âmbito da ação penal pública, justamente por aqui vigorar os princípios diametralmente opostos da **obrigatoriedade e da indisponibilidade**.

O Ministro Relator não considerou em seu voto, entretanto, que deixar, exclusivamente, nas mãos do particular a decisão sobre a apresentação da proposta de transação penal pode ocasionar grave quebra do princípio da isonomia. Ora, como poderiam dois querelados que cumprem os requisitos previstos no art. 76 da Lei n. 9.099/95 se sujei-

15 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Ação Penal 634, rel. Min. Feliz Fischer, j.21/3/2012.

tarem a tratamentos processuais diametralmente opostos apenas em razão da alternância de vontade do particular? Não ocorreria flagrante violação do princípio da isonomia?

Ao Ministério Público, detentor originário do direito de iniciar a ação penal, cabe intervir na hipótese, oferecendo a proposta de transação penal.

Ademais, cabe lembrar que o particular atua apenas como substituto processual nas ações penais privadas. O Órgão Ministerial não atua, portanto, como mero expectador dos procedimentos da lide privada, podendo intervir para exercer o seu poder-dever de oferecer a proposta de transação penal, assegurando a observância das normas legais.

Salienta-se, nesse ponto, a natureza jurídica da medida, qual seja, de poder-dever do Ministério Público. Assim, cumpridos os requisitos previstos na Lei dos Juizados Especiais, cumpre ao Órgão Ministerial assegurar que seja oferecida a proposta.

Em que pese o voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura ter sido suprimido pelo voto proferido pelo Ministro relator Felix Fischer no julgamento final do recurso, o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão no mesmo sentido do primeiro, em nova discussão sobre o tema:

RHC. JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. COMPETÊNCIA. CRIME DE DIFAMAÇÃO. AÇÃO PENAL DE INICIATIVA PRIVADA. PROPOSTA DE TRANSAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. 1 - A teor do disposto nos artigos 519 usque 523, do Código de Processo Penal, o crime de difamação, do art. 139 do Código Penal, para o qual não está previsto procedimento especial, submete-se à competência dos Juizados Especiais Criminais. 2 - Na ação penal de iniciativa privada, desde que não haja formal posição do querelante, o Ministério Público poderá, validamente, formular proposta de transação que, uma vez aceita pelo querelado e homologada pelo Juiz, é definitiva e irretratável. 3 - Recurso improvido.¹⁶

Considerando a ideia de que a transação penal se configura como um poder-dever do Ministério Público, este não a deixará de apresentar em sede de ação penal privada, quando o querelante, detentor do *jus persecuendi in judicio*, não se manifestar nesse sentido.

16 BRASIL. Recurso em *Habeas Corpus* 8123, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 16/4/1999.

André Stefam Araújo Lima¹⁷ bem ressalta que, “como se vê, o STJ admitiu a proposta de transação penal por parte do Ministério Público em não havendo formal oposição do querelante, donde concluir que este tem primazia na decisão pela proposta ou não”.

Tratando-se da aplicação da medida, o Órgão Ministerial mantém para si o poder-dever de apresentar a proposta, mesmo quando o legitimado, para dar início a ação penal, é o próprio particular. O Ministério Público não estará se sobrepondo à vontade do querelado, mas velando para que não ocorra uma situação de flagrante quebra da isonomia, que viria à tona se o querelante deixasse de apresentar a proposta mesmo que cumpridos os requisitos legais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou realizar uma análise da legitimidade e atuação do Ministério Público no bojo das ações penais privadas, especificamente com relação à possibilidade do oferecimento de proposta de transação penal.

Para isso, abordaram-se os princípios atinentes a essa espécie determinada de ação, quais sejam, os princípios da oportunidade, disponibilidade, indivisibilidade e intranscendência. Algumas das mencionadas regras aplicam-se também às ações penais públicas, como é o caso do princípio da indivisibilidade. Por outro lado, os princípios da oportunidade e disponibilidade são exclusivos da ação penal privada e se caracterizam como pontos marcantes da espécie.

Com as análises realizadas no primeiro capítulo, observou-se que a ação penal privada é norteadada pela vontade do particular, uma vez que este é o detentor do poder de dar início à persecução penal e, do mesmo modo, de desistir do andamento do processo, por meio do perdão judicial, por exemplo. A movimentação e continuação da espécie de ação, portanto, depende de motivações do foro íntimo da vítima, que tem a faculdade de exercer, ou não, o seu direito de ação.

O sistema dos Juizados Especiais Criminais, especificamente, trouxe a justiça consensual em oposição à justiça do conflito, de forma que a

¹⁷ LIMA, André Stefam Araújo. SOUZA, Luiz Antônio de. **Lei n. 9.099/95 e ação penal privada**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. p. 31.

composição civil dos danos e a transação penal se tornaram metas primordiais a serem alcançadas nos processos sujeitos a esse procedimento.

Nesse sentido, atendendo aos anseios expostos pela nova lei, entendeu-se possível o oferecimento da proposta de transação penal em sede de ação penal privada.

Em que pese o texto do *caput* do art. 76 da Lei n. 9.099/95 não mencionar expressamente que cabe a aplicação da medida nessa espécie de ação, a doutrina e os tribunais superiores têm entendido que não há razão jurídica para a exclusão da transação penal, considerando que a interpretação sistêmica deve ser adotada na leitura do mencionado dispositivo legal.

Diante da possibilidade de se oferecer a proposta nas ações penais privadas, na última seção do presente artigo se esclareceu que o Ministério Público possui legitimidade para a apresentação da transação penal quando o querelante se mostra silente no ato.

A tese se baseia na natureza jurídica da transação penal, explorada na seção 2.2, que é de poder-dever do Órgão Ministerial. Ora, se estiverem presentes os requisitos elencados na legislação (art. 76 da Lei n. 9.099/95), o Ministério Público não tem o condão de se eximir da apresentação da proposta, não poderia o querelante, por simples convicção interior, deixar de oferecer a oportunidade da transação penal ao querelado.

Como bem salientado em decisão do Superior Tribunal de Justiça, trazida no texto da seção mencionada, a manutenção da legitimidade do Ministério Público para o oferecimento da proposta evita a quebra do princípio da isonomia, que ocorreria inevitavelmente se o poder-dever do Órgão Ministerial fosse suprimido.

Assim, em que pese o particular figurar como substituto processual do Estado na persecução penal da ação privada, o Ministério Público ainda estará legitimado, nos casos determinados na Lei dos Juizados Especiais, a agir diante da inércia do ofendido.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. TÁVORA, Nestor. Transação penal: divergências sobre sua natureza jurídica. **Leituras Complementares de Processo Penal**. Jus Podivm: Salvador, p. 371-387, 2008.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. **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: 10 jul. 2013.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, **Ação Penal** n. 634, Relator Ministro. Felix Fischer, j. 21/3/2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000842187&dt_publicacao=03/04/2012>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus** n. 18.003, Relator Ministro Paulo Gallotti, j. 24/1/.2004. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200100973034&dt_publicacao=25/05/2009>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal de Justiça, **Recurso em Habeas Corpus** n. 8.123, Relator Ministro Fernando Gonçalves, j. 16/4/1999. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199800907696&dt_publicacao=21/06/1999>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Ordinário em Habeas Corpus** n. 8.480, Relator Ministro Gilson Dipp, j. 21/10/1999. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900219058&dt_publicacao=22/11/1999>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal Federal, **Habeas Corpus** n. 83.250-4, Relator Ministro Joaquim Barbosa, j. 25/11/2003. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79300>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à lei dos juizados especiais cíveis e criminais: Lei n. 9.099, de 26/9/1995**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Juizados especiais criminais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Transação penal: aspectos destacados da intervenção do Ministério Público. **Temas de direito penal e processual penal**. Curitiba, Juruá, 2002. p. 191-227.
- LIMA, André Stefam Araújo. SOUZA, Luiz Antônio de. Lei n. 9.099/95 e ação penal privada. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. v. 1, n. 1, abr./mai. 2000. p. 29-31.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. Atlas, São Paulo: 2012.
- PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. A transação penal e a ação penal privada. **Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília. Ano 4, n. 17, out./dez., 2005. p. 121-144.
- PÓLO, Giovana. Transação penal e suspensão condicional do processo na ação penal privada. **Revista Jurídica**. Ano 48, n. 277, nov. 2000. p. 56-59.
- TORRES, Carlos Alberto Dias. O instituto da transação penal. **Temas Contemporâneos de Direito Processual**. *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2004. p. 423-487.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de processo penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei n. 9.099/95**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PENAL

A NOVA LEI DO CRIME ORGANIZADO – LEI N. 12.850/2013. SUPERAÇÃO DO *DEFICIT* CONCEITUAL E SUA TIPOLOGIA

Sidney Eloy Dalabrida

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Doutor em Direito pela UNAV-ES*

RESUMO

A Lei n. 12.850/2013 apresenta mecanismos para enfrentamento do crime organizado, suprimindo *deficit* tipológico existente acerca do fenômeno. O novo corpo legal modificou indevidamente o conceito de organização criminosa, apresentando condicionantes que desprezam atividades ilícitas de alta nocividade social. A nova norma penal pune o agente que promove, constitui, financia ou integra organização criminosa. Também apresenta causas de aumento de pena e estabelece como efeito extrapenal automático da condenação a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo. Havendo indícios de participação de policial em organizações criminosas, determina que a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, previsão que não confere exclusividade à Polícia para investigação de policiais envolvidos com o crime organizado.

PALAVRAS-CHAVE: Organizações Criminosas. Conceito. Crime. Tipificação.

Atuação	Florianópolis	V. 9	n. 20	p. 67 - 86	jan./jun. 2012
---------	---------------	------	-------	------------	----------------

RESUMEN

La ley n. 12.859/2013 presenta instrumentos para hacer frente a la criminalidad organizada, eliminando *deficit* tipológico existente al alrededor del fenómeno. La nueva regulación modificó el concepto de criminalidad organizada, mostrando limitaciones que desprecian las actividades ilícitas de alta gravedad social. La nueva disposición penal castiga al agente que promueve, constituye, financia o integra la organización criminal. Igual presenta hipótesis de aumento y establece como automático efecto extrapenal de la condena la pérdida de la posición, la función o mandato electivo. Bajo el prisma de la regulación, en los supuestos de participación de policías en las organizaciones criminales, determina que la policía de asuntos internos iniciará una investigación policial e informará a la Fiscalía. Esa previsión no otorga exclusividad a la policía para la investigación de los involucrados con el crimen organizado.

PALABRAS-CLAVE: Organizaciones Criminales. Concepto. Delito. Tipificación.

INTRODUÇÃO

Entre nós, o crime organizado¹ passou a ganhar notoriedade principalmente a partir 1980, com o refinamento dos grupos envolvidos com contravenções penais relacionadas a jogos ilegais e o consequente incremento do seu poder econômico. A globalização da economia e a revolução tecnológica passaram a favorecer seu aperfeiçoamento e expansão, facilitados ainda pela completa ineficiência do sistema punitivo tradicional, assentado sobre base liberal-individualista. Com a atividade contravencional já fortalecida, capilarizou-se, então, de modo avassalador, dirigindo-se mais abertamente para o tráfico de substâncias entorpecentes, armas de fogo, exploração da prostituição, sonegação fiscal e corrupção de agentes públicos.

1 Acerca da distinção entre criminalidade organizada, organização criminoso e crime organizado, vide: PRADO, Luiz Régis. CASTRO, Bruna Azevedo de. **Crime organizado e sistema jurídico brasileiro: a questão da conformação típica.** In Revista dos Tribunais n. 98, p. 418-420.

Embora o esforço da comunidade internacional para enfrentar o fenômeno remonte há algumas décadas, e isso não só no plano legal como também no operacional, o legislador brasileiro, somente por meio da Lei n. 9.034/95, resolveu dar atenção ao tema.

Anunciava-se, com o referido corpo legal, a apresentação de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Contudo, nem sequer se prestou a fornecer a conceituação, os contornos jurídicos e os pressupostos fundantes do fenômeno que aspirava a combater.

A Lei n. 9.034/95, ao prescrever que “define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versarem sobre crime resultante de ações de quadrilha ou bando” (art. 1º), equiparou as ações praticadas por organizações criminosas àquelas resultantes de ações de quadrilha ou bando. Sucede que, embora o enunciado afirmasse que a Lei incidiria sobre organizações criminosas, o art. 1º reduziu seu objeto aos crimes praticados por quadrilha ou bando. Vinculou-se, assim, organização criminosa a tipo penal construído há mais de meio século (art. 288 do Código Penal), assentado sobre paradigma criminal completamente distinto e logicamente inapto a atingir a macrocriminalidade.

Depois de praticamente uma década daquele atrofiamento legal, foi editada a Lei n. 10.217/2001, que alterou o art. 1º da Lei n. 9.034/95, estabelecendo, então, como objetivo definir e regular “meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”.

Como se nota, a Lei estendeu o âmbito de sua incidência às organizações e associações criminosas de qualquer tipo, de modo que não mais se justificava a equiparação das primeiras ao crime de quadrilha ou bando. O Texto Legal (Lei n. 10.217/2001) distinguiu, assim, três institutos penais: a) quadrilha ou bando, previsto no art. 288 do Código Penal; b) associação criminosa, contemplada no art. 35 da Lei n. 11.343/06 e no art. 2º da Lei n. 2.889/56; e c) organização criminosa.

Entretanto, apesar da desvinculação ao art. 288 do Código Penal, a nova lei mais uma vez não clarificou o conceito de organização criminosa. Em poucas palavras, o legislador criou mecanismos para combater um ente em relação ao qual não conferiu adequação típica, cujo conteúdo

conceitual e elementos estruturais não especificou, limitando-se apenas a nomeá-lo.

Como seria natural, por conta do subjetivismo conceitual que passou a imperar, instalou-se um estado de total insegurança jurídica em torno da aplicação dos meios operacionais para a repressão das ações praticadas por organizações criminosas.

Doutrina e jurisprudência procuraram, então, suprir aquele *deficit* tipológico em torno do fenômeno.

Assim, sustentou-se inicialmente que as organizações criminosas corresponderiam a um elemento normativo do tipo, cujo significado poderia ser obtido a partir de um juízo de valor sobre a situação fática retratada.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que, “Como não se trata de questão afeta a tipicidade, não há que se falar em taxatividade, anterioridade e reserva legal”, podendo ser aferida a existência de organização criminosa a partir da constatação das características doutrinariamente estabelecidas.²

A propósito das características conferidas às organizações criminosas pela doutrina, oportuno é invocar o magistério de Alberto Silva Franco:

O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características semelhantes em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão, compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinqüenciais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exhibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou flagilizar os Poderes do próprio Estado.³

2 HC n. 69.694/SP. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura.

3 FRANCO, Alberto Silva. **O difícil processo de tipificação**. In: Boletim IBCrim n. 21, p. 5. Ainda sobre as características do crime organizado, vide: CONSERINO, Carrio Roberto. **Crime Organizado e Institutos Correlatos** (Org. Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos e Levy Emanuel Magno). São Paulo: Atlas, 2011,

Buscou-se ainda extrair o seu conceito a partir de instrumentos internacionais devidamente internalizados pelo ordenamento jurídico, como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, denominado Tratado de Palermo⁴ que, ao dispor sobre a criminalidade para fins transnacionais, assim a conceituou, no art. 1º, letra a:

Grupo criminoso organizado - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

O tema passou a merecer especial atenção da jurisprudência em face da aplicação da Lei de Lavagem de Capitais, que estabeleceu como um dos crimes antecedentes aquele praticado por organização criminosa (Lei n. 9.613/98, art. 1º, inc. VII), circunstância que, mais tarde, com a entrada em vigor da Lei n. 12.683/2012, foi alçada à condição de causa de aumento de pena (art. 1º, § 4º).

Desde o julgamento da Ação Penal n. 460/RO, relatada pela Ministra Eliana Calmon, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento de que, embora não constitua tipo penal, o termo organização criminosa encontrava definição no ordenamento jurídico pátrio a partir da ratificação da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.⁵

Esse entendimento, porém, encontrou firme resistência no âmbito

p. 13-14; SZNICK, Valdir. **Crime Organizado: comentários**. São Paulo: Ed. LEUD, 1997, p. 17-25; GOMES, Luis Flávio Gomes e CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico e político-criminal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2. ed., 1997, p. 92-98; SEQUEIRA, Carlos Antônio Guimarães de. **Crime Organizado: aspectos nacionais e internacionais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 1996, p. 261-270; SILVA, Ivan Luiz da. **Crime Organizado: caracterização criminológica e jurídica**. Revistas dos Tribunais, 861/461-462; FERRO, Ana Luiza Almeida. **Reflexões sobre o crime organizado e as organizações criminosas**. Revista dos Tribunais 860/463-465; HASSEMER, Winfried. **Limites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada: tesis y razones**. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 23, p. 25-30; SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O Crime de Colarinho Branco (Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)**. In Boletim da Faculdade de Direito, Studia Jurídica 56. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, p. 85-86; RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. **Criminalidad Organizada, Derecho Penal Y Sociedad. Apuntes para el análisis**, in *El Desafío de la Criminalidad Organizada*, Org. Nieves Sanz Mulas, XVIII Congreso Universitario de Derecho Penal. Granada: Ed. Comares, 2006, p. 43. MONTALVO, José Antonio Choclán. **La Organización criminal - Tratamiento penal y procesual**, Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa". Madrid: Ed. Dykinson, 2000, p. 9; GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. **Do crime de "branqueamento" de capitais - Introdução e Tipicidade**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 34; VIRGOLINI, Julio E. S. e SLOKAR, Alejandro W. (orgs.). **Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia**. Buenos Aires: Depalma, 2001. p. 121-122.

4 Ratificado pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 231/2003, e inserida no ordenamento jurídico por meio do Decreto n. 5.015/2004.

5 Dentre outros: HC n. 163.422/MG, Rel. Min. Jorge Mussi; RHC n. 29.126/MS, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira; HC n. 162.957/MG, Rel. Min. OG Fernandes; HC n. 150.729/SP, Rel. Min. Laurita Vaz.

do Pretório Excelso. A Primeira Turma do Colendo Supremo Tribunal Federal, em decisão relatada pelo Ministro Marco Aurélio, decidiu que aquele raciocínio mostrava-se “discrepante da premissa de não existir crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º da Carta Federal”, de modo que “a concepção de crime, segundo o ordenamento jurídico constitucional brasileiro, pressupõe não só encontrar-se a tipologia prevista em norma legal, como também se ter, em relação a ela, pena a alcançar aquele que o cometa”.⁶

Assim, embora seja longeva a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer aos Tratados Internacionais devidamente internalizados no direito brasileiro o mesmo *status* conferido às leis ordinárias, a Corte Suprema repeliu a incorporação da definição contida no Tratado de Palermo para suprir a inércia do legislador penal, à medida que não se constitui em fonte normativa direta válida para efeito incriminador. Dito de outro modo, em que pese a incorporação pelo direito pátrio do Tratado de Palermo por meio do Decreto 5.015, de 12 de março de 2004, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 231, de 29 de maio de 2003, em face do princípio da reserva absoluta de lei formal, incidente no plano da repressão criminal, somente lei interna pode ser constitucionalmente qualificada como legítima para efeitos de tipificação de organização criminosa.

O primeiro conceito legal em torno do fenômeno surgiu somente com a Lei n. 12.694/12, que dispôs sobre o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas. Embora sem tipificá-la, o artigo 2º assim a definiu:

Para os efeitos desta lei, considera-se organização criminosa, a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

De acordo com o preceito legal reproduzido, constituem requisitos à caracterização da organização criminosa: a) associação, de 3 (três)

⁶ HC n. 96.007/SP, Rel. Min. Marco Aurélio. Registre-se que a matéria foi revolvida por ocasião do julgamento do rumoroso caso do “mensalão” (Ação Penal n. 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa) e, malgrado alguns votos discrepantes, confirmou-se o descabimento da internalização da Convenção de Palermo para fins de tipificação penal.

ou mais pessoas; b) estruturação ordenada; c) divisão de tarefas, ainda que informal; d) objetivo de obtenção, direta ou indireta, de vantagem de qualquer natureza; e e) prática de crimes que sejam de caráter transnacional ou, sendo nacional, que contemplem pena máxima igual ou superior a 4 (quatro) anos.

Recentemente, porém, foi editada a Lei n. 12.850/2013, redefinindo organização criminosa e dispondo sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal correspondente. Revogando expressamente a Lei n. 9.034/95, o novo corpo legal assim conceituou o fenômeno, no art. 1º, parágrafo único:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Já se especula, a nosso aviso, afoitamente, a existência de dois tipos de organização criminosa, uma prevista na Lei n. 12.694/2012 e outra, na Lei n. 12.850/2013.⁷ Como a nova Lei, de modo expresso, revogou tão somente a Lei n. 9.034/1995, omitindo-se em relação àquela, persistiria o conceito original, mas apenas para efeito de aplicação das disposições contidas na Lei n. 12.694/2012. O raciocínio, *data venia*, é juridicamente insustentável. Embora seja certo que os mecanismos instituídos pela Lei n. 12.694/2012 não foram revogados pela Lei n. 12.850/2013, nem sequer tacitamente, o mesmo não ocorre em relação ao conceito de crime organizado, agora totalmente reformulado. Operou-se, em relação ao instituto, revogação tácita, porquanto a nova lei tratou de oferecer um novo conceito de crime organizado, esgotando a matéria nesse particular. Noutra angulação, não há que se falar em revogação tácita de todo texto legal (Lei n. 12.694/2012), visto que o objeto da alteração foi unicamente o conceito de crime organizado, de modo que todos os demais dispositivos da Lei 12.694/2012 seguem em vigor. A incidência das regras neles contempladas, no entanto, está condicionada a crimes praticados por organizações criminosas, cujo conceito deve ser extraído inteiramente da Lei n. 12.850/2013.

7 MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A nova Lei de organização Criminosa – Lei n. 12.850/2013**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/08/12/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa--lei-no-12-8502013/>>

A respeito, com propriedade, observa Cezar Roberto Bitencourt que:

[...] admitir-se a existência de dois tipos de organização criminosa constituiria grave ameaça à segurança jurídica, além de uma discriminação injustificada, propiciando tratamento diferenciado incompatível com um Estado Democrático de Direito, na persecução dos casos que envolvam organizações criminosas.⁸

A conformação legal oferecida pela recente legislação, a par da manutenção dos demais elementos estruturais, promoveu uma modificação no conceito de organização criminosa em relação àquele oferecido pela Lei n. 12.694/12, não expressamente revogada: alterou-se o número mínimo de integrantes, que passou a ser de 4 (quatro), e não apenas 3 (três).

Note-se que o delito de associação para o tráfico, previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06, satisfaz-se com a reunião de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente, ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei de Tóxicos. Na figura típica correspondente ao delito de genocídio, a seu turno, alude-se a presença de mais de 3 (três) pessoas (art. 2º da Lei n. 2.889/56).

Na verdade, a exigência do concurso necessário de um mínimo de quatro integrantes para a caracterização do crime de organização criminosa não faz o menor sentido, revelando o legislador completo desconhecimento da realidade nacional.

Observe-se que nem mesmo a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado, instrumento internacional e multilateral que trata dos mecanismos para o enfrentamento de organizações criminosas para efeitos transnacionais, cogitou a exigência mínima de 4 (quatro) pessoas para sua caracterização, sendo possível concluir-se pela existência de um grupo criminoso organizado a partir da associação de apenas 3 (três) pessoas que atuem concertadamente com o propósito do cometimento de uma ou mais infrações graves.

Entre nós, no entanto, na hipótese de se ter uma associação de 3 (três) pessoas, ainda que presentes se encontrem todos os demais requisitos, como estruturação ordenada, divisão de tarefas, objetivo de obtenção

8 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Primeiras reflexões sobre organização criminosa**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa/>>

de vantagem ilícita, prática de infrações penais com penas máximas superiores a 4 (quatro) anos ou mesmo de caráter transnacional, não será possível cogitar-se tecnicamente de organização criminosa, estando, portanto, à margem dos meios operacionais de repressão previstos para o seu enfrentamento na Lei n. 12.850/2013. Nesse caso, somente será possível a subsunção da conduta ao tipo penal previsto no art. 288 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi oferecida pelo art. 24 da Lei n. 12.850/2013, assim vazado: “Associarem-se três ou mais pessoas, para o fim de cometer crimes. Parágrafo único: A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.”

Em verdade, sob o pretexto de compatibilizar o conceito de organização criminosa com a nova descrição típica contida no art. 288 do Código Penal, o legislador acabou por limitar-lhe significativamente o alcance, incorrendo em incompreensível deslize. Se é inquestionável que, em muitos casos, a associação de 3 (três) ou mais pessoas pode não assumir feições empresariais, sendo apenas rudimentar, amadora, sem as características de uma organização criminosa, não é menos correto que, mesmo com o mínimo de três pessoas, notadamente em nosso território, é possível a identificação daquele organismo, com todas as suas singularidades.

Com efeito, o número organizativo mínimo exigível ignora os traços característicos de muitas organizações criminosas. Seguramente, 3 (três), conforme previsto na Lei n. 12.694/12⁹, é um número que melhor expressa o fenômeno, sendo possível identificar, com esta quantidade de agentes, associações que reúnem todas as demais características apontadas agora legalmente (estruturação ordenada, divisão de tarefas, objetivo de vantagem ilícita) e que, de conseguinte, representam risco de alta danosidade social. Para o combate de organizações com menor número de pessoas, mas que nem por isso são menos perigosas, justamente em face do arranjo empresarial que as caracterizam, por força da definição legal oferecida, lamentavelmente são inacessíveis os novos mecanismos de repressão apresentados pela Lei n. 12.850/2013.

Aspecto que igualmente preocupa se refere ao âmbito de aplica-

9 É o que prevê a legislação criminal de países mais experientes no enfrentamento do fenômeno, como Itália (art. 416 bis Codice Penale) e Espanha. Esta última define organização criminosa como “*la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.*” (art. 570 bis - LO 5/2010, de 22/6/2010).

ção do novo conceito de crime organizado. Com a Lei n. 10.217/2001 foi possível entender pela existência do organismo também nos casos de atividade meramente contravencional, porquanto, ao conferir nova redação ao art. 1º da Lei n. 9.034/95, tratava de “ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”. Aparentemente, contornava-se o entrave existente em relação à descrição típica do crime de quadrilha ou bando, que exigia como elemento subjetivo específico que a associação se voltasse à prática de crimes, e não contravenções penais.

A Lei n. 12.694/2012, porém, eliminou aquela possibilidade, à medida que a existência da organização criminosa foi condicionada à “prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional” (art. 2º).

A nova Lei (12.850/2013), por um lado, parece haver reconhecido o equívoco cometido, uma vez que, ao tratar do meio de obtenção de vantagem de qualquer natureza para efeito de caracterização da organização criminosa, substituiu o termo “crime” por “infração penal”. Contudo, neutralizou totalmente o efeito positivo daquela mudança ao fixar como requisito constitutivo essencial “crime cuja pena máxima seja superior a 4 (quatro) anos”.

Assim o fazendo, deixou novamente de lado infrações penais que funcionam como verdadeiros ventres irradiadores de atividades ilícitas de alta nocividade social como, por exemplo, o jogo do bicho, a exploração dos jogos de azar (vídeos, bingos e caça-níqueis) e os crimes cuja pena máxima não ultrapasse 4 (quatro) anos (ex. fraude em licitações). Nesses casos, ainda que presentes todos os demais elementos constitutivos do conceito, não será possível enquadrar a associação como uma organização criminosa, estando seus integrantes, portanto, imunes à incidência dos novos instrumentos de combate referidos pela Lei e, logicamente, das penas previstas para o delito instituído pelo seu art. 2º. Dito de outro modo, tais organismos continuarão se aproveitando das fraquezas estruturais do sistema penal.

As exceções ao limite penológico previstas na Lei n. 12.850/2013 se restringem às infrações de caráter transnacional que, no entanto, pelo maior desvalor da conduta, naturalmente já são sancionadas com penas que ultrapassam aquele *quantum*. De qualquer modo, atento aos compromissos internacionais de repressão ao crime organizado, incluiu

o legislador expressamente no âmbito de aplicação da nova legislação: a) infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; e b) as organizações terroristas internacionais, reconhecidas segundo as normas de direito internacional, por foro do qual o Brasil faça parte, cujos atos de suporte ao terrorismo e os atos preparatórios ou de execução de atos terroristas ocorram ou possam ocorrer em território nacional¹⁰.

Não convence o argumento de que o limite fixado (pena máxima superior a 4 anos) se justifica em face do *quantum* estabelecido para o acesso à prisão preventiva (art. 313, inc. I, CPP), muito menos a circunstância de que a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado entende como “infração grave” aquela cuja pena privativa de liberdade tenha máximo não inferior a 4 (quatro) anos. Como afirmado alhures, o Tratado de Palermo se reporta exclusivamente a infrações penais de natureza transnacional, ou seja, que possuam um nexo de internacionalidade. Reportando-se a infrações cuja repercussão transcende as fronteiras nacionais, é natural que se tenha estabelecido aquele parâmetro, sem contar a presunção de que as leis locais obedeçam um critério mínimo de proporcionalidade, o que, sabemos, não é o nosso caso. Insista-se que o legislador nacional foi além, exigindo que a pena dos crimes ultrapasse 4 (quatro) anos. De manifesta improcedência também se apresenta o argumento de que o *quantum* foi obtido a fim de garantir-se a harmonia do sistema punitivo em decorrência do limite estabelecido como requisito de admissibilidade da prisão preventiva (art. 313, inc. I, CPP). Está-se a confundir a gravidade da infração penal, mensurada a partir da pena para ela prevista em tipo penal incriminador, com o desvalor dessa conduta e o grau de sua reprovabilidade, quando for utilizada como meio para o atingimento da finalidade específica de uma associação. Trata-se de fenômenos distintos, cujo *prius* lógico é inconfundível.

O *deficit* de proporcionalidade da exigência quantitativa mais se evidencia quando se lança um olhar sobre o art. 2º da Lei n. 12.850/2013, que tipificou o crime de organização criminosa, estabelecendo que a pena de reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos e a multa, serão aplicadas “sem

¹⁰ Nota-se, no entanto, que não se pode confundir crime organizado com terrorismo. Apesar da relação simbiótica entre estes dois fenômenos criminais, suas causas, objetivos e métodos necessários para sua repressão são distintos.

prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas”. Como se vê, para falar-se em organização criminosa, exige-se que tenha ela sido constituída com finalidade de obter vantagem de qualquer natureza “mediante a prática de infrações penais cujas penas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”, mas, uma vez formada, entende-se adequado, necessário e razoável que seus integrantes sofram, cumulativamente, a penalidade correspondente à contravenção penal ou crimes de pena inferior a 4 (quatro) anos.

Não é preciso maior esforço exegético, talvez só o “pé na realidade”, para se concluir que até mesmo as contravenções penais funcionam como verdadeiras molas propulsoras na construção de uma organização criminosa. Na prática, já se antevê que esse afrouxamento legal implicará na blindagem de grupos criminosos que possuem estrutura hierarquizada e apresentam divisão funcional de atividades, mas que são constituídos com o objetivo de obter vantagens ilícitas mediante a prática de contravenções penais ou crimes cuja pena máxima não sejam superiores a 4 (quatro) anos.

A propósito, prescreve o artigo 2º da Lei n. 12.850/2013:

Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

Cuida-se de crime que atenta contra a paz pública, a coletividade, tendo como interesse protegido ainda o sentimento de segurança pública. Uma vez que, como já observado, exige-se um mínimo de 4 (quatro) agentes para que se possa falar em organização criminosa, é crime de concurso necessário (coletivo, de convergência ou plurissubjetivo).

É crime de perigo comum, abstrato, de modo que não há necessidade de se provar, no caso concreto, que a coletividade ficou exposta a perigo com a organização criminosa, consumando-se independentemente da prática de qualquer delito. Em outros termos, são independentes do delito de organização criminosa as ações concretas realizadas pelos membros da organização criminosa. O desvalor da conduta se afere pela potencialidade lesiva a bens jurídicos protegidos. Também representa perigo para os bens jurídicos decorrentes das ofensas programadas que seus componentes propõem realizar e, neste particular, configuram delitos de perigo concreto. Podem ser qualificados como delitos de perigo

hipotético ou potencial, também chamados de perigo abstrato-concreto ou delitos de aptidão, nos quais não se tipifica em sentido próprio um resultado concreto de perigo, mas um comportamento idôneo para produzir perigo para o bem jurídico protegido. Nesses casos, a situação de perigo concreto não é elementar do tipo, mas sim a idoneidade do comportamento realizado para produzir o resultado.¹¹

O crime é vago, pois tem como sujeito passivo toda a coletividade, inclusive pelo fato de tutelar bens jurídicos de natureza difusa ou coletiva.

Uma vez formada a organização criminosa, consumado estará o delito, de modo que o abandono por algum de seus componentes não o exclui, muito menos constitui desistência voluntária. Ostenta ainda caráter permanente, uma vez que a consumação se potrai ao longo do tempo, isto é, a situação de ilicitude decorrente da sua formação se mantém a partir do ingresso do agente, renovando-se continuamente.

O elemento subjetivo é o dolo - vontade livre, consciente e dirigida a fim de promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa. Não há necessidade de contato pessoal nem unidade de lugar. Não se olvide, ainda, que à caracterização da organização criminosa exige-se o fim especial de agir consistente na obtenção de vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional. Logo, caso o objetivo visado pelo grupo seja concretizado por meio de outra forma que não a prática de infrações penais, não será possível cogitar-se de organização criminosa.

Trata-se de crime de conduta plurinuclear, de conteúdo variado ou tipo misto alternativo, sendo dotado de vários núcleos, em que o tipo penal faz referência a várias modalidades da ação. Delito de forma vinculada alternativa, cujas ações incriminadas são: promover, constituir, financiar ou integrar, direta ou indiretamente, organização criminosa. O agente, portanto, promove, constitui, financia ou integra

11 Trata-se de categoria que supera os problemas de legitimidade que os delitos abstratos puros vem enfrentando. Com a técnica dos delitos de perigo abstrato-concreto se consegue enriquecer materialmente os delitos de perigo abstrato e estabelecer certos filtros valorativos relacionados com a proteção de bens jurídicos. A respeito, vide: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Del Derecho abstracto al Derecho real. La pena estatal: significado y finalidad** (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez), Thomson-Civitas, Madrid, 2006; CERZO MIR José. **Los delitos de Peligro Abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo**. RDPC n. 10, 2002, p. 47-72. SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Seguridad Colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro**. Disponível em: <http://molins-silva.com/madrid/pubs/FEIJOO_5.pdf>

organização criminosa. O núcleo “Promover” tem o sentido de criar, impulsionar, ocasionar, realizar, levar a efeito, dar causa. “Constituir” significa estabelecer, formar, trazer à existência. “Financiar” é prover recursos, custear, fornecer fundos e, por fim, “integrar”, no sentido de incorporar-se, fazer parte, incluir-se. É de se ver que quaisquer dessas condutas podem ser realizadas de modo pessoal ou por interposta pessoa, direta ou indiretamente.

Evidentemente que a prática, em um mesmo contexto fático, de mais de um dos verbos do tipo não implica concurso de crimes, havendo, porém, pluralidade criminosa na hipótese de contextos distintos (ex.: o agente pertence a duas organizações criminosas).

O preceito secundário da norma penal incriminadora prevê pena de 3 (três) a 8 (oito) anos, além de multa, tudo sem prejuízo das penas correspondentes às infrações penais que forem praticadas. Na hipótese de emprego de arma de fogo na atuação da organização criminosa, as penas serão aumentadas até a metade, causa de aumento de pena que se justifica pela maior temibilidade e periculosidade apresentada pelos seus componentes. A utilização de arma de fogo por qualquer membro da organização criminosa evidencia a maior periculosidade da organização criminosa, justificando o acréscimo em relação à pena de todos os seus integrantes. O legislador ainda estabeleceu o agravamento da pena para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução (art. 2º, § 3º). Atento o legislador, nesse particular, para a característica das organizações criminosas, cuja estruturação é caracterizada pela divisão de tarefas, na qual cada integrante mantém vínculo constante e hierarquizado a partir da cúpula. Assim, obedecendo à ação de qualquer integrante, à uma verdadeira cadeia de comando, é natural que aquele que exerce a liderança, individual ou coletiva, deve ser mais gravemente responsabilizado.¹²

Estabeleceu, ainda, o legislador causa de aumento de pena (de 1/6 a 2/3) nas seguintes hipóteses: a) participação de criança ou adolescen-

12 Não obstante, oportuno é mencionar que as estruturas das organizações criminosas não obedecem a um padrão uniforme, homogêneo, mas variam de acordo com a origem, as atividades realizadas e, sobretudo, o grau de desenvolvimento alcançado. Dessa forma, há organizações que atingem um nível de hierarquização estrutural mais alto e de maior complexidade, com alta centralização de poder e gestão. Porém, modernamente, destacam-se as associações criminosas de estrutura mais flexível, de direção coletiva ou descentralizada, que buscam adaptar-se a esquemas corporativos horizontais (PRADO, Luiz Regis, e CASTRO, Bruna Azevedo de, ob. cit., p. 420).

te; b) concurso de funcionário público, valendo-se a organização dessa condição para a prática de infração penal; c) o produto ou proveito da infração penal destinar-se, no todo ou em parte, ao exterior; d) conexão com outras organizações criminosas independentes; e e) transnacionalidade da organização. Em todas, justifica-se o acréscimo legal em face da maior reprovabilidade da conduta.

Alusivamente ao concurso de funcionário público, contudo, pecou o legislador ao mencionar “valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal”. Ocorre que, ao mencionar expressamente, “para prática de infração penal”, certamente será sustentada que a sua incidência depende da efetiva prática de algum crime programado pela organização, não sendo suficiente para justificar o aumento de pena a imputação da prática do art. 2º da Lei n. 12.850/2012, ainda que haja comprovação de que o funcionário público tenha sido recrutado pela organização criminosa justamente em razão de sua condição funcional. Estaria a exigir-se, portanto, que a organização criminosa tenha se utilizado das facilidades decorrentes da sua função na prática de alguma infração penal específica.

Ainda a respeito da atuação do funcionário público na organização criminosa, estabeleceu a lei a possibilidade do juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

A suspensão do exercício de função pública durante o curso de investigação ou processo criminal já havia sido prevista pela Lei n. 12.403/2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal. Prevê o artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal, como medida alternativa à prisão nos casos em que a infração penal for prevista pena privativa de liberdade, a “suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”.

A nova Lei de Crime Organizado permite o afastamento cautelar do próprio cargo, emprego ou função pública, não tratando a medida como alternativa à prisão provisória. De fato, em relação à delinquência de menor nocividade, é comum que aquela medida seja capaz de afastar a necessidade da medida extrema. Porém, tratando-se de crime organi-

zado, raramente referida providência será apta a, uma só vez, garantir a aplicação da lei penal e debelar o risco de reiteração criminosa.

Desse modo, sendo possível, dentro de um juízo de cognição sumária e não exauriente, identificar indícios de que o funcionário público integra a organização criminosa, cabível será a aplicação da medida de afastamento cautelar prevista no art. 2º, § 5º, da Lei n. 12.850/2013, ainda que não se tenha elementos de convicção que permitam afirmar que a organização criminosa se aproveitou daquela condição para a prática de alguma infração, fator que condiciona o aumento de pena previsto no § 4º, inc. II. A medida, no entanto, somente poderá ser aviada diante da demonstração de sua necessidade para o desenrolar da investigação ou instrução criminal, exigindo-se, portanto, material empírico idôneo capaz de revelar a verossimilhança da alegação, sendo insuficiente simples especulação ou conjecturas.

Como efeito extrapenal da condenação definitiva, impõe-se-lhe a perda do cargo, da função, do emprego ou do mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena (art. 2º, § 6º).

Entendo que se trata de efeito genérico e automático, à medida que o dispositivo textualmente afirma “A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público [...]” Sendo assim, independe de manifestação expressa a respeito na sentença.¹³

Para tanto, tem-se como requisito tão somente que o funcionário público seja condenado pelo crime do art. 2º da Lei n. 12.850/2013, isto é, que tenha ele promovido, constituído, financiado ou integrado, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa. A incidência destes efeitos da condenação não está condicionada à aplicação da causa de aumento de pena prevista no § 4º, inc. II, daquele dispositivo legal. Portanto, enquanto não ficar provado que as facilidades decorrentes do cargo, da função, do emprego ou do mandato eletivo tenham sido aproveitadas pela organização criminosa, incidirá aquele efeito da sentença

13 A respeito do crime de tortura, a Lei n. 9.455/97 contempla disposição legal similar: “A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada” (art. 1º, § 5º). A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem sido enfática em proclamar que a condenação por crime de tortura acarreta, como efeito extrapenal automático da sentença condenatória, a perda do cargo, função ou emprego público, não sendo necessária fundamentação concreta para sua aplicação (HC n. 47.846/MG, Rel. Ministro Og Fernandes; HC n. 89752/SP, Rel. Min. OG Fernandes; HC n. 95.335/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima; HC n. 134.218/GO, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho).

condenatória transitada em julgado. É de se ver que, ao contrário do disposto no art. 92, inc. I, “a”, do Código Penal, que prevê similar efeito específico da condenação, o art. 2º, § 5º, da Lei n. 12.850/2013 não faz qualquer alusão expressa a que o crime tenha sido praticado com violação ao dever para com a administração pública. É suficiente que venha a ser condenado pelo crime de organização criminosa (art. 2º, *caput*).

Finalizando o primeiro Capítulo, prescreve o § 7º do art. 2º da Lei n. 12.850/2013 que, havendo indícios de participação de policial nos crimes de que trata essa Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão.

A condução de inquérito policial que apura crime envolvendo organização criminosa em relação a qual há indício de participação de policial civil deve, mesmo, ser instaurado, instruído e concluído, no âmbito da Corregedoria de Polícia. A medida é oportuna, uma vez que dificulta a interferência do investigado na apuração dos fatos. Sendo a investigação realizada na sua unidade policial ou mesmo em outra Delegacia de Polícia, dada a relação de subordinação dos agentes policiais envolvidos na operação ou no próprio inquérito policial, facilmente poderia obter informações privilegiadas, frustrar a obtenção de provas, embaraçando a investigação. Não seria lógico que o legislador, prevendo medidas operacionais que exigem grau elevadíssimo de sigilo, como a infiltração policial, permitisse que o inquérito policial fosse conduzido nos domínios do investigado.

Não se alegue, porém, que o dispositivo legal citado tenha conferido exclusividade à Polícia para a investigação de policiais envolvidos com o crime organizado. A norma deve ser interpretada pelo que nela se contém, sendo princípio elementar de hermenêutica jurídica aquele segundo o qual não se presumem, na lei, palavras inúteis - *verba cum effectu sunt accipienda*¹⁴. O dispositivo sob análise se refere expressamente a “inquérito policial”, e não à “investigação criminal”. Portanto, somente uma leitura comprometida com interesses corporativos pode sugerir a intelecção de que, nessas hipóteses, o inquérito policial figura como instrumento exclusivo de apuração.

14 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8. ed., Local: Forense, 1995. p. 250.

De mais a mais, fácil é perceber que essa leitura trairia o próprio sentido teleológico da norma, que se encontra inserida em sistema que implementa medidas de combate ao crime organizado. Portanto, não faz o menor sentido falar-se em exclusividade da investigação por meio do inquérito policial¹⁵. Embaraçar a investigação do Ministério Público em crimes desta natureza, campo seguramente mais fértil para a sua intervenção direta, a par de sua inconstitucionalidade, representaria não só um retrocesso inigualável, como um rasteiro golpe à força cidadã que, em nome da democracia, recentemente, sepultou a PEC 37.

É oportuno o expressivo dizer do Ministro Marco Aurélio, “Toda e qualquer interpretação consubstancia ato de vontade, devendo o intérprete considerar o objetivo da norma. Descabe a fixação de alcance de modo a prejudicar aquele que a norma almeja proteger.”¹⁶

Em suma, é louvável a cautela da lei em exigir que a instauração do inquérito policial nessas hipóteses deverá ficar a cargo da Corregedoria de Polícia, com a obrigatória cientificação do Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão, a fim de que possa exercer o controle sobre a atividade investigatória correspondente.

REFERÊNCIAS

PRADO, Luiz Regis. CASTRO, Bruna Azevedo de. **Crime organizado e sistema jurídico brasileiro: a questão da conformação típica**. Revista dos Tribunais n. 98.

FRANCO, Alberto Silva. **O difícil processo de tipificação**. Boletim IBCCrim n. 21.

CONSERINO, Carri Roberto. **Crime Organizado e Institutos Correlatos** (Org. Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos e Levy Emanuel Magno). São Paulo: Atlas, 2011.

15 É oportuno recordar as razões lançadas ao veto no § 3º do art. 2º da Lei n. 12.830/2013, que se referia à condução do inquérito policial pelo delegado de polícia “de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico”. A Mensagem n. 251, de 20 de junho de 2013, pontificou que a referência “poderia sugerir conflito com as atribuições investigativas de outras instituições, previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Desta forma, é preciso buscar uma solução redacional que assegure as prerrogativas funcionais dos delegados de polícias e a conveniência harmoniosa entre as instituições responsáveis pela persecução penal.”

16 Agr. Reg. Agr. Instr. n. 218668.

- SZNICK, Valdir. **Crime Organizado: comentários**. São Paulo: LEUD, 1997.
- GOMES, Luis Flávio Gomes e CERVINI, Raúl. **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico e político-criminal**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- SEQUEIRA, Carlos Antônio Guimarães de. **Crime Organizado: aspectos nacionais e internacionais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 1996
- SILVA, Ivan Luiz da. **Crime Organizado: caracterização criminológica e jurídica**. Revistas dos Tribunais 861.
- FERRO, Ana Luiza Almeida. **Reflexões sobre o crime organizado e as organizações criminosas**. Revista dos Tribunais 860.
- HASSEMER, Winfried. **Limites del estado de derecho para el combate contra la criminalidad organizada: tesis y razones**. Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 23.
- SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O Crime de Colarinho Branco (Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)**. In Boletim da Faculdade de Direito, Studia Jurídica 56. Coimbra: Coimbra, 2001.
- RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. **Criminalidad Organizada, Derecho Penal Y Sociedad. Apuntes para el análisis**, *El Desafío de la Criminalidad Organizada*, Org. Nieves Sanz Mulas, XVIII Congreso Universitario de Derecho Penal. Granada: Comares, 2006.
- MONTALVO, José Antonio Choclán. **La Organización criminal - Tratamiento penal y processual**, Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa". Madrid: Dykinson, 2000.
- GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. **Do crime de "branqueamento" de capitais - Introdução e Tipicidade**. Coimbra: Almedina, 2001.
- VIRGOLINI, Julio E. S. e SLOKAR, Alejandro W. (orgs.). **Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia**. Buenos Aires: Depalma, 2001.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A nova Lei de organização Criminosa - Lei n. 12.850/2013**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/08/12/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-no-12-8502013/>>
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Primeiras reflexões sobre organização criminosa**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa/>>
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Del Derecho abstracto al Derecho real. La pena estatal: significado y finalidad** (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez), Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

CEREZO MIR José. **Los delitos de Peligro Abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo**. RDPC n. 10, 2002.

SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. **Seguridad Colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro**. Disponible em: <http://molins-silva.com/madrid/pubs/FEIJOO_5.pdf>

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PENAL

INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO E A LEI 12.737/12: COMENTÁRIOS AO ART. 154-A DO CÓDIGO PENAL

Hélio Santiago Ramos Júnior

*Assistente de Procuradoria de Justiça do MPSC (2007/2011 e 2012/2014),
atualmente exerce funções de Assessor Jurídico no MPRS
Mestre em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela UFSC*

SUMÁRIO

Introdução. 1 A invasão de dispositivo informático antes da Lei 12.737/12. 2 Invasão de dispositivo informático (art. 154-A, *caput*, CP). 3 Produção, oferecimento, distribuição, venda ou difusão de dispositivo informático ou programa de computador (art. 154-A, § 1º, CP). 4 Causas de aumento de pena. 4.1 Invasão que resulta em prejuízo econômico (art. 154-A, § 2º, do CP). 4.2 Invasão que resulta na obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas ou controle remoto não autorizado (art. 154-A, § 3º, CP). 4.3 Divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos (art. 154-A, § 4º, CP). 4.4 Invasão praticada contra pessoas específicas (art. 154-A, § 5º, CP). 5 Dificuldades e perspectivas com a aplicação da nova lei penal. Considerações finais. Referências.

Atuação	Florianópolis	V. 9	n. 20	p. 87 - 112	jan./jun. 2012
---------	---------------	------	-------	-------------	----------------

RESUMO

Este trabalho aborda o crime de invasão de dispositivo informático no Brasil. Inicialmente, explica-se como a doutrina e jurisprudência costumavam lidar com este comportamento ilegal antes da existência da Lei Federal n. 12.737/12, conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, que incluiu o artigo 154-A no Código Penal para punir criminalmente a invasão de dispositivo informático. Em seguida, são apresentados os aspectos legais e criminais mais importantes relacionados a este novo crime, trazendo alguns conceitos de termos e expressões legais que não foram definidos pela lei, mas que são muito importantes e discute sobre algumas situações hipotéticas que podem acontecer na aplicação e prática da nova lei penal. Também se faz comentários relacionados ao comportamento criminoso de produção, oferta, distribuição, venda ou difusão de dispositivo ou programa de computador, cometido com o fim de permitir a prática do crime de invasão de dispositivo informático, logo após, são apresentadas as causas de aumento de pena para estes crimes, e, na sequência, aponta-se para algumas alternativas legais de interpretação para resolver as dificuldades de aplicação da nova lei.

PALAVRAS-CHAVE: Invasão de dispositivo informático. Privacidade de dados. Crime informático. Lei penal.

ABSTRACT

This paper research presents the violation of the data privacy on the internet by invasion of informatics device in Brazil. First, it explains how the native doctrine and jurisprudence used to deal with this illegal behavior before the existence of Federal Law number 12.737/12, known as “Carolina Dieckmann Law”, which included the article 154-A at the Brazilian Criminal Code to punish this invasion of informatics device as a crime. Then, it shows the most important legal and criminal aspects related to this new crime, bringing out some concepts of legal terms and expressions which were not defined by the law but are very important and discusses about some hypothetical situations that may happen in the application and practice of new criminal law. It also makes comments

related to the criminal behavior of producing, offering, distribution, sale or dissemination of device or computer program in order to allow the practice the crime of invasion of informatics device, after that, it shows the hypothesis of increased punishments for these crimes, and, finally it concludes this review by pointing to some legal alternatives of interpretation to solve the difficulties of applying the new law.

KEYWORDS: Invasion of informatics device. Data privacy. Cybercrime. Criminal law.

INTRODUÇÃO

Há uma década, já se dizia que a preocupação com a privacidade na *Internet* tenderia cada vez mais a se ampliar justamente em decorrência do desenvolvimento de processos acelerados e mais complexos de trocas de informações no ciberespaço (RAMOS JUNIOR, 2003).

Com efeito, é nesse contexto que se insere a Lei n. 12.737/12, conhecida como Lei Carolina Dieckmann, em referência à atriz de televisão que teve sua privacidade devassada, com a invasão de seu computador e divulgação de suas fotos íntimas na *Internet*, sendo vítima da conduta que se pretende reprimir criminalmente por meio dessa nova lei, com a inserção do artigo 154-A no Código Penal Brasileiro (CP).

O novo tipo penal consiste em invadir dispositivo informático alheio, conectado, ou não, à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Também configura esse delito a conduta de quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta acima descrita.

Diante desse novo cenário, no qual os delitos informáticos começam a incorporar o sistema jurídico-penal, sendo expressamente referidos no art. 1º da Lei n. 12.737/12, torna-se interessante a análise jurídica do crime de invasão de dispositivo informático.

Assim, inicia-se o presente estudo, apresentando uma retrospec-

tiva de como a doutrina e a jurisprudência pátria se esforçavam para encontrar algumas alternativas nas leis penais vigentes que permitissem a repressão criminal à invasão de dispositivo informático, ou seja, por meio de teses de equiparação do crime informático a outros delitos previsto no CP, como a subtração de dados ao crime de furto, a inutilização de dados do computador ao crime de dano e, até mesmo, a tentativa de aplicação de leis penais especiais à invasão de dispositivo informático alheio, como, por exemplo, a lei da interceptação de comunicação telefônica (Lei n. 9.629/96) e a legislação eleitoral no tocante à invasão aos sistemas informáticos eleitorais (Leis n. 9.100/95 e 9.504/97).

Na sequência, aborda-se o crime de invasão de dispositivo informático, previsto no *caput* do art. 154-A do CP, apresentando conceitos e classificações para esse delito e alguns dos principais aspectos jurídicos e criminais envolvendo esse novo crime, discutindo alguns casos hipotéticos que poderiam ocorrer e a análise sobre a possibilidade de aplicação, ou não, da Lei n. 12.737/12 às situações apresentadas.

Este artigo também fará comentários sobre o crime de produção, oferecimento, distribuição, venda e difusão de dispositivo ou programa de computador praticado com o intuito de permitir a prática do crime do *caput* do art. 154-A do CP, ocasião em que igualmente serão apresentadas algumas problemáticas, como, por exemplo, a situação das empresas de *software* que comercializem programas de análise forense.

Após essas explicações, são apresentadas as causas de aumento de pena do crime de invasão de dispositivo informático, previstas nos §§ 2º a 5º do art. 154-A do CP, examinando alguns casos para averiguar se ocorrerá, ou não, a sua incidência.

Ao final, são apresentadas algumas alternativas jurídicas para contornar as possíveis dificuldades na aplicação da lei, especialmente no que se refere à ausência de definição legal para muitos dos novos conceitos trazidos pela Lei n. 12.737/12 e a dificuldade de se identificar o autor do delito informático no caso concreto, trazendo perspectivas de possibilidade para solução desses problemas.

1 A INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO ANTES DA LEI N. 12.737/12

Antes do advento da Lei n. 12.737/12, muito se discutiu, do ponto de vista doutrinário, sobre a possibilidade de se considerar a invasão de dispositivo informático uma conduta típica com base na legislação penal então vigente.

As teses de equiparação foram: a) da subtração de dados de um computador ao crime de furto (BRANDÃO, 2006); e b) da inutilização de dados do computador ao crime de dano (VIANNA, 2003a), porém nenhuma delas obteve êxito quanto à sua aplicação nos tribunais.

É oportuno salientar que, a despeito de se caracterizar o crime de furto quando “o agente utiliza o acesso indevido, invadindo computadores de instituições bancárias e desviando dinheiro para outra conta” (RAMOS JÚNIOR, 2008), nesse caso, o agente responderia pelo furto de dinheiro, e não pelo “furto” de dados do computador, que seria conduta atípica.

Assim é que surge a diferença entre delitos informáticos puros ou próprios, que são aqueles em que o bem jurídico protegido pela norma penal é a inviolabilidade das informações automatizadas (dados); e os delitos informáticos impuros ou impróprios que “já se encontram devidamente tipificados no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que o manuseio do computador e da *Internet* é mero meio, simples codificação no *modus operandi* do delito, não implicando no delito” (MEIRA, 2007).

Também surgiu, na doutrina, uma discussão acerca da possibilidade de equiparação da invasão e obtenção de conteúdo das comunicações eletrônicas (*e-mails*) ao crime de violação de correspondência, entretanto predominou o entendimento de que o *e-mail* não pode ser considerado uma correspondência fechada, por ser vedado o uso de analogia no direito penal, inviabilizando, assim, a aplicação dessa norma penal (RAMOS JUNIOR, 2008).

Em relação à jurisprudência, equiparou-se a invasão de dispositivo informático ao crime de interceptação de comunicação, previsto no art. 10 da Lei 9.629/96.

Dispõe o art. 10 da Lei n. 9.629/96 que “Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática,

ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei”.

Com base nesse dispositivo de lei, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) considerou, em um de seus julgados, como sendo penalmente típica “a conduta de quem ‘invade’ provedor de *Internet*, apropriando-se dos *logins* e senhas de seus usuários e, assim, ‘invadindo’ seus computadores, os quais tinham livre e desimpedido acesso, podendo, inclusive apagar arquivos do sistema, como, de fato, o fez” (Apelação Criminal n. 2007.006842-9, Rel. Des. Irineu João da Silva, julgado em 22/5/2007).

Entretanto, era nítida a fragilidade dessa tese jurídica, uma vez que o conceito de interceptação pressupõe que sejam captados dados e informações de comunicação que estejam em curso, o que não é um requisito para a invasão de dispositivo informático, porque esta pode ocorrer de diversas formas, inclusive sem que haja interceptação.

A mídia já veiculou a informação de que seria possível a equiparação da invasão e modificação de páginas de órgãos públicos na *Internet* aos crimes de inserção de dados falsos em sistemas de informações (artigo 313-A do CP) e de modificação ou alteração não autorizada de sistemas de informações (artigo 313-B do CP).

Entretanto, tratou-se de informação errônea, porque ambos os tipos penais citados (arts. 313-A e 313-B do CP) consistem em crimes próprios, ou seja, delitos que somente podem ser praticados por funcionário público ou, no último caso, por terceiro em coautoria ou participação com aquele; pois, além de o terceiro invasor não ser equiparado a funcionário público, dificilmente o praticará em coautoria com este (RAMOS JÚNIOR, 2007).

Uma vez que as eleições no País são realizadas por meio da urna eletrônica, no que se refere à invasão de sistema informático eleitoral, houve a preocupação em se tipificar condutas que, porventura, pudessem prejudicar a sua realização, como foi o caso da Lei 9.100/95 que, em seu art. 67, VII, passou a dispor sobre o crime de acesso indevido ao sistema informático eleitoral para alterar o resultado das eleições, nos seguintes termos: “obter ou tentar obter, indevidamente, acesso a sistema de tratamento automático de dados utilizado pelo serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou contagem de votos”. A Lei 9.504/97

revogou, em parte, tacitamente, esse artigo, em seu art. 72, I, ao tipificar a conduta de “obter acesso a sistema de tratamento automático de dados usado pelo serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos”, sendo o art. 67, inc. VII, da Lei 9.100/95 aplicável somente aos casos de tentativa previstos nesta lei.

Acrescenta-se, ainda, no tocante à invasão e à instalação de vulnerabilidades no sistema eleitoral, a possibilidade de aplicação do art. 72, II, da Lei 9.504/97, que pune a conduta de “desenvolver ou introduzir comando, instrução, ou programa de computador capaz de destruir, apagar, eliminar, alterar, gravar ou transmitir dado, instrução ou programa ou provocar qualquer outro resultado diverso do esperado em sistema de tratamento automático de dados usados pelo serviço eleitoral”.

Desta forma, pode-se dizer que, em relação à invasão de dispositivo informático, apenas os sistemas eleitorais contavam com alguma tutela penal capaz de reprimir tais ilícitos informáticos, mesmo assim se desconhece a existência de algum caso concreto e prático em que houvesse a aplicação dessas normas a tais modalidades de crimes.

2 INVASÃO DE DISPOSITIVO INFORMÁTICO (ART. 154-A, CAPUT, CP)

Conforme acima demonstrado, mesmo antes do advento da tipificação do crime de invasão de dispositivo informático, a doutrina e a jurisprudência já consideravam reprovável e merecedora de reprimenda penal a conduta antiética do agente que invade computador alheio, sem autorização, para fins ilícitos.

A justificativa do projeto que deu origem a essa Lei esclarece que o seu objetivo é “oferecer à sociedade uma alternativa equilibrada de repressão a condutas socialmente consideradas como indesejáveis, sem no entanto operar a criminalização excessiva e demasiado aberta que permitiria considerar todo e qualquer cidadão como um potencial criminoso em seu uso cotidiano da rede mundial de computadores”.

A Lei n. 12.737/12 já se encontra em pleno vigor, desde o início do mês de abril do ano corrente (2013), porém não definiu o que se entende por “dispositivo informático” para efeitos penais, o que não deverá ser óbice algum à sua aplicação.

Pode-se, no entanto, conceituar dispositivo informático, para fins de aplicação da lei penal, como qualquer dispositivo capaz de armazenar dados, informações e documentos em meio digital, independentemente do modo de seu funcionamento, que pode ser utilizado para se conectar a um computador ou a uma rede, tais como: computadores, *notebooks*, *netbooks*, *laptops*, *tablets*, *smartphones*, *iphones*, *ipads* etc.

O crime previsto no *caput* do art. 154-A do CP consiste na conduta de invadir dispositivo informático alheio, conectado, ou não, à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. A pena cominada para esse delito é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Embora possa ser considerado como um delito de alta tecnologia, é crime de menor potencial ofensivo, pois, como se vê, a sua pena máxima é inferior a dois anos.

Trata-se de crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa, pois a lei não exige nenhuma qualidade ou condição especial do agente. Assim, não é preciso provar que o autor do delito seja um *hacker* invasor, detentor de habilidades especiais.

Um *hacker* pode ser definido como o indivíduo que detém certos conhecimentos, como a prática de invadir e acessar sistemas não autorizados, independentemente da finalidade, ou não, de causar um dano ou obter vantagem indevida. O fato de ter esses conhecimentos não significa necessariamente que irá utilizá-los para cometer delitos.

Assim, é possível fazer a distinção entre o *hacker* ético e o invasor (FOINA, 2004). *Hacker* ético, como o próprio nome sugere, é aquele que utiliza tais conhecimentos para fins lícitos, podendo auxiliar no trabalho da perícia forense ou na segurança dos sistemas de informações de empresas, fazendo testes de segurança, desde que sejam devidamente autorizados. Ao contrário, o *hacker* invasor é aquele que emprega as suas habilidades para fins ilícitos, como, por exemplo, para a prática do crime de invasão de dispositivo informático.

O delito em questão é crime formal, isso implica dizer que, mesmo que o agente não consiga obter, adulterar ou destruir dados ou informações com a invasão ou obter vantagem ilícita com a instalação de vul-

nerabilidades, ainda assim há consumação do delito, o qual independe de se alcançar, ou não, o resultado previsto no tipo penal.

Uma vez que se trata de crime doloso, somente é punível quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, pois não se admite a modalidade culposa.

Entretanto, para caracterizar o delito, necessária é a presença do dolo específico, ou seja, no caso da invasão de dispositivo informático alheio, a intenção do agente deve ser a obtenção, a adulteração ou a destruição de dados ou informações; e, em relação à instalação de vulnerabilidades, seu intuito deve ser a obtenção de vantagem ilícita.

A invasão de dispositivo informático é um crime instantâneo, tendo em vista que o delito se configura no exato momento em que o agente consegue invadir o sistema, sendo irrelevante que o dispositivo esteja, ou não, conectado à *Internet*.

A consumação do delito pode ocorrer nos casos de dispositivos que funcionem por computação em nuvem (*cloud computing*) quando, por exemplo, a intenção for a de obter acesso a dados e informações, pois o tipo penal não exige que os dados que se pretende obter se encontrem armazenados no disco rígido do computador do próprio usuário, sendo irrelevante que estejam em um computador remoto ou no *hardware* de terceiros.

Idêntico raciocínio pode ser aplicado em relação aos provedores de serviços de armazenamento *on-line* de dados, que também funcionam por computação em nuvem.

Assim, o que importa é que a invasão seja feita em um dispositivo informático alheio, sem autorização, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de se obter dados e informações, sendo suficiente o seu acesso, pois não é necessário fazer cópia ou *download* do arquivo para obter esses dados e informações.

Interessante questão é saber se seria típica, ou não, a conduta do *hacker* que invade dispositivo informático alheio, com violação indevida de mecanismo de segurança, sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo, com o único propósito de alertar o seu proprietário quanto às falhas de segurança.

Nesse caso, não seria possível qualificar o *hacker* como ético, pois,

ainda que a sua intenção não seja causar dano ou prejuízo a outrem, ele não estará utilizando os seus conhecimentos para fins lícitos, caso não possua autorização para invadir sistema ou dispositivo informático alheio, pois se a invasão é ilegal, a sua conduta é ilícita. Ao invadir o sistema sem autorização, o invasor assumiu o risco de produzir o resultado.

O simples fato de se invadir dispositivo informático alheio, com violação indevida de mecanismo de segurança e sem autorização já revela que o invasor tem a intenção de obter acesso não autorizado, o que, em tese, é suficiente para a consumação desse delito, mesmo porque é irrelevante que haja a obtenção, adulteração ou destruição de dados ou informações, justamente por se tratar de um crime formal.

Portanto, na hipótese acima apresentada, entende-se que o *hacker* é considerado um invasor e a sua conduta é penalmente típica, podendo ser responsabilizado pelo crime de invasão de dispositivo informático previsto no art. 154-A, *caput*, do CP.

Do ponto de vista jurídico, entende-se que a única forma de não responsabilizar o *hacker* invasor por esse delito informático seria demonstrar que ele tinha autorização do titular do dispositivo para realizá-la ou, então, provar que não houve invasão, mas sim acesso indevido ao dispositivo que não tinha nenhum mecanismo de segurança.

Por mecanismo de segurança, pode-se entender qualquer mecanismo, solução ou alternativa computacional destinada a proteger o dispositivo informático contra qualquer espécie de ameaça à segurança de dados e informações nele armazenadas.

Observa-se que nem sempre o acesso não autorizado a sistemas computacionais irá caracterizar o crime de invasão de dispositivo informático. Isso porque, para que haja a consumação desse delito, torna-se imprescindível que ocorra invasão ao dispositivo informático, com a violação indevida do mecanismo de segurança e sem autorização.

O crime de invasão do dispositivo informático pressupõe a violação indevida do seu mecanismo de segurança. Esse mecanismo pode ser perfeitamente uma senha, pois a lei não faz distinção entre os diferentes tipos de mecanismos de segurança e nem especifica qual o grau de proteção que o dispositivo deve ter.

A admissibilidade da senha como mecanismo de segurança não implica reconhecer que o dispositivo esteja totalmente protegido, basta

que tenha proteção e que esta seja justamente violável, pois se o dispositivo informático estivesse protegido a ponto de o seu mecanismo de segurança ser inviolável, seria impossível a consumação do delito.

O mecanismo de segurança do dispositivo informático também pode ser um antivírus, que detecta, bloqueia as ameaças e impede a instalação de códigos maliciosos.

Nota-se que o tipo penal não exige, como condição elementar para a sua consumação, que o mecanismo de segurança (no caso, o antivírus) seja atualizado e muito menos que a vítima utilize o mecanismo de segurança mais moderno e eficiente que existe.

Caso a vítima não mantenha o seu mecanismo de segurança atualizado, ela estará desprotegida do ponto de vista técnico, porém isso não significa dizer que o usuário se encontra desprovido da proteção jurídico-penal, prevista no art. 154-A, *caput*, do CP.

Assim, em tese, é possível que haja a consumação do delito ainda que o antivírus esteja desatualizado e não consiga detectar ou bloquear a invasão ao computador, pois a norma penal se refere apenas à violação indevida de mecanismo de segurança e não dispõe sobre a obrigatoriedade da vítima manter o seu sistema de proteção atualizado.

Em relação ao antivírus como mecanismo de segurança, é importante dizer que, mesmo que ele esteja atualizado, não consegue detectar todas as ameaças. Assim, o fato de não ter bloqueado uma invasão não significa dizer que ele não funcionou ou que não esteja funcionando, mas, simplesmente, não foi eficaz em bloquear o ataque.

Portanto, se durante uma invasão a dispositivo informático alheio, sem autorização, o mecanismo de segurança “não funcionar” no momento da invasão, isso só será relevante se o não funcionamento ocorreu porque o sistema de proteção não estava ativado, caso contrário haverá invasão, porque o *hacker* conseguiu invadir o sistema, mesmo com o mecanismo de segurança estando ativado, portanto, deve-se concluir que houve violação a esse sistema de proteção, caracterizando, assim, o delito.

Não se deve confundir, de forma alguma, a proteção jurídica com a proteção técnica, pois aquela pressupõe exatamente a falibilidade da técnica para a sua aplicação, já que os crimes informáticos ocorrem por erros humanos ou falhas na proteção do sistema, pois o *hacker* obtém

êxito na invasão porque explora as suas vulnerabilidades. Caso assim não o fosse, se esses fatores não existissem, a tecnologia certamente resolveria sozinha esse problema e não haveria necessidade de leis para punir delitos dessa natureza, os quais seriam considerados crimes informáticos impossíveis.

Reconhece-se que “a tecnologia pode contribuir para proporcionar uma maior eficácia da lei, na medida em que cria mecanismos técnicos que podem auxiliar na tarefa de coibir a prática de comportamentos proibidos pela legislação vigente” (RAMOS JÚNIOR, 2006).

Com a tipificação do crime de invasão de dispositivo informático, a criação de mecanismos de segurança é um exemplo desse tipo de contribuição da tecnologia para uma maior eficácia da lei, porém ela não supre a necessidade da proteção jurídica, de modo que se pode dizer que ambas as “espécies” de proteção se complementam.

É importante mencionar que, especialmente se tratando de crimes informáticos, toda análise da aplicação da lei penal deve ser feita com base no caso concreto, pois, na maioria das vezes, dependerá de um laudo pericial para constatar se houve invasão, portanto, as suas peculiaridades é que irão definir a tipicidade, ou não, do delito.

3 PRODUÇÃO, OFERECIMENTO, DISTRIBUIÇÃO, VENDA OU DIFUSÃO DE DISPOSITIVO OU PROGRAMA DE COMPUTADOR (ART. 154-A, § 1º, CP)

Conforme dispõe o art. 154-A, § 1º, do CP, o agente que produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no *caput* desse artigo, incorre na mesma pena prevista para esse delito, ou seja, detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Se o alcance do conceito de “dispositivo informático” para fins penais é algo que ainda não está perfeitamente delimitado, o mesmo não ocorre em relação ao “programa de computador”, cuja definição jurídica está expressamente prevista na lei.

Nos termos do art. 1º da Lei n. 9.609/98, tem-se o conceito legal de programa de computador: “é a expressão de um conjunto organizado

de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”.

A tipificação penal da conduta de quem produz, oferece, distribui e vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a invasão de dispositivo informático não se trata de hipótese de responsabilidade objetiva.

Em outras palavras, o produtor do dispositivo ou do programa de computador não será responsável pelo simples fato de produzi-lo, a não ser que o tenha feito com a intenção de permitir a prática do crime de invasão de dispositivo informático.

Somente haverá consumação desse delito quando estiver provado que a intenção daquele que produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador é permitir a prática do delito previsto no *caput* do art. 154-A do CP.

Assim, para a consumação desse crime, não basta a simples comprovação de que o dispositivo ou programa de computador permite a prática da conduta criminosa vedada, devendo demonstrar, por exemplo, que, ao produzi-lo, a sua intenção era que ele fosse utilizado para permitir a invasão de dispositivo alheio, mediante violação indevida de mecanismo de segurança, sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo, ou instalar vulnerabilidades, caso contrário não haverá crime.

O objetivo do tipo penal não é criminalizar a conduta das empresas de *software* que desenvolvem programas de computador para auxiliar no trabalho da perícia forense ou na segurança dos sistemas de informações de empresas, mas, ao contrário, é coibir a conduta daqueles que produzem, oferecem, distribuem, vendem ou difundem tais programas com o objetivo de permitir a prática da conduta criminosa ora combatida.

Ainda que o verbo “disponibilizar” não esteja previsto no § 1º do art. 154-A do CP, um *hacker* que disponibiliza em sua página na *Internet* esses programas que permitem a realização de testes de segurança por meio de invasão de computadores, poderá, em tese, estar cometendo o crime, na modalidade de “oferecer”, caso ali exponha e oferte o uso

dessas ferramentas e se possa concluir, pelo teor do próprio *site*, que a sua intenção seja a de permitir a prática do crime de invasão de dispositivo informático.

Se esse programa for um vírus de computador que seja hábil a invadir dispositivo informático alheio ou instalar vulnerabilidades, haverá presunção de que a intenção do agente é realmente a prática da conduta criminosa, admitindo-se a produção de prova em sentido contrário.

Registra-se que, embora já tipificada a conduta de “distribuir” dispositivo ou programa de computador com o fim de permitir a prática do crime de invasão de dispositivo informático, inseriu-se ainda o verbo “difundir” no tipo penal do § 1º do art. 154-A do CP. Logo, não há dúvidas quanto à tipicidade da conduta do agente que distribui ou difunde vírus de computador, *trojans* (cavalo de tróia) ou qualquer outro código malicioso capaz de permitir a prática do crime previsto no *caput* desse artigo.

4 CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

As causas de aumento de pena estão previstas nos §§ 2º a 5º do art. 154-A do CP e serão, a seguir, comentadas.

4.1 INVASÃO QUE RESULTA EM PREJUÍZO ECONÔMICO (ART. 154-A, § 2º, DO CP)

Caso a invasão resulte em prejuízo econômico, a pena será aumentada de um sexto a um terço, conforme prevê o §2º do art. 154-A do CP. Assim, para que haja o crime, não é necessário que ocorra dano patrimonial, mas se este ocorrer, a pena é majorada.

Não há dúvidas quanto aos prejuízos econômicos que a invasão de dispositivo informático poderá causar às vítimas. Em relação às empresas, estas, em geral, não divulgam a informação de que seus sistemas foram invadidos, porque sabem que isso repercute negativamente, pois prejudicará não só a sua imagem no mercado como também afastará a sua clientela, gerando-lhe prováveis problemas financeiros.

No caso acima mencionado, poder-se-ia argumentar que não teria sido a invasão que resultou no prejuízo econômico da empresa, mas sim a sua publicidade. Nesse aspecto, a causa de aumento incidiria ao se constatar que o invasor, com a simples prática do delito, deu publicidade a essa invasão, seja com a obtenção, adulteração ou destruição dos dados da empresa. Para que isso ocorra, deve haver prova do prejuízo econômico e do nexo de causalidade entre este e a invasão e a publicidade desta.

Essa causa de aumento de pena só tem aplicação quando o prejuízo econômico é consequência direta da invasão de dispositivo informático, e não quando a invasão for o meio utilizado pelo agente para praticar um crime contra o patrimônio por meio da *Internet*, hipótese em que poderá haver concurso material.

Assim, o prejuízo econômico decorre da própria invasão ao dispositivo informático, como, por exemplo, no caso de terem sido adulterados ou destruídos dados ou informações armazenados no computador da vítima, causando-lhe dano patrimonial.

Na hipótese do § 2º, o *hacker* invasor não age com a intenção de obter vantagem econômica indevida em prejuízo da vítima – embora, na prática, acabe causando lesão ao patrimônio desta –, mas, sim, atua com a finalidade de obter, adulterar ou destruir dados ou informações armazenadas no dispositivo informático alheio no caso de sua invasão ou, então, para obter vantagem ilícita no caso de instalação de vulnerabilidades, desde que esta vantagem não seja de natureza patrimonial.

Desta forma, cumpre frisar que a lei penal não teve a finalidade de punir de forma mais branda os crimes patrimoniais de furto e de estelionato cometidos por meio informático, ao contrário, eles continuarão, em tese, a ser punidos da mesma forma, pois o crime do art. 154-A do CP é crime contra a pessoa, e não contra o patrimônio.

Esse delito está inserido na Seção IV “Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos”, do Capítulo VI “Dos Crimes contra a liberdade individual”, do Título I “Dos crimes contra a pessoa”. Assim, a despeito de o art. 154-A do CP ser um delito informático, o bem jurídico tutelado não é o dispositivo informático, mas sim a inviolabilidade dos dados e informações pessoais armazenadas em meio informático.

Portanto, a única diferença agora é que o *hacker* que invadir compu-

tador alheio para obter dados e, em seguida, subtrair dinheiro de contas bancárias da vítima, poderá responder por dois delitos autônomos em concurso material, por atingir bens jurídicos diversos, não havendo de se falar em subsidiariedade, porque se faz presente o dolo de ambos os delitos, os quais, inclusive, são realizados em momentos distintos.

4.2 INVASÃO QUE RESULTA NA OBTENÇÃO DE CONTEÚDO DE COMUNICAÇÕES ELETRÔNICAS PRIVADAS, SEGREDOS COMERCIAIS OU INDUSTRIAIS, INFORMAÇÕES SIGILOSAS OU CONTROLE REMOTO NÃO AUTORIZADO (ART. 154-A, § 3º, CP)

Prevê o § 3º do art. 154-A do CP que, se a invasão resulta na obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas ou controle remoto não autorizado, a pena é de reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

Observa-se que, mesmo com a aplicação do dobro da pena para a hipótese do § 3º desse artigo, o crime continua sendo de menor potencial ofensivo, uma vez que a pena máxima do delito não é superior a dois anos, nos termos do art. 61 da Lei n. 9.099/95.

Para que haja a obtenção de dados e informações, especialmente no que se refere ao conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, não é necessário que esses dados sejam transferidos em meio digital para o computador do *hacker* invasor nem que sejam impressos em papel para materializá-los, desde que existam provas que revelem que o invasor leu o conteúdo dos *logs* ou que conseguiu acessar arquivos nos quais estavam armazenados os históricos das comunicações eletrônicas privadas da vítima.

No que se refere à obtenção de segredos comerciais ou industriais, aplica-se, em regra, o mesmo entendimento, basta acessar os dados, não sendo necessário copiá-los. Isso porque o simples acesso permite a obtenção do seu conteúdo com a sua leitura.

De qualquer forma, para aplicação desta causa de aumento, deverão haver provas de que o invasor obteve o conteúdo dos segredos comerciais ou industriais, por meio da invasão de dispositivo informático, com o acesso aos respectivos documentos.

O crime de invasão de dispositivo informático também terá a sua pena aumentada, caso o *hacker* invasor obtenha o controle remoto não autorizado do dispositivo informático invadido. Sobre essa forma de invasão, esclarece-se que “o acesso remoto é o método mais comum de invasão de sistemas computacionais. Não há qualquer contato físico do pirata com o computador invadido e o computador no qual o agente emite os comandos de acesso é diferente daquele em que os dados estão armazenados. O acesso se dá através de uma rede que, na maioria absoluta das vezes, é a Internet” (VIANNA, 2003b).

O tipo penal previsto no *caput* estabelece que há crime quando a invasão ocorre sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo, assim, cumpre analisar se estaria caracterizado o delito na hipótese em que é o próprio usuário quem acessa, por inadvertência, um *malware* (código malicioso) que libera o acesso ao seu dispositivo.

A despeito de já configurar o delito previsto no §1º do art. 154-A do CP, a simples conduta de distribuir e difundir dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no *caput* desse artigo, nas hipóteses em que o usuário é induzido em erro a acessar determinado código malicioso que permita o controle remoto do seu dispositivo, incide essa causa de aumento prevista no seu §3º.

Em regra, o crime de invasão de dispositivo informático é um delito comissivo, que pressupõe que haja uma ação por parte do agente. Entretanto, em tese, poderão ocorrer situações em que haja responsabilização penal do agente nos casos de omissão penalmente relevante do titular do dispositivo invadido que tem ciência dessa invasão e que, com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Entende-se que, se o *hacker* invasor, após a invasão, utilizar o controle remoto não autorizado de dispositivo informático para praticar novos delitos do art. 154-A, *caput*, do CP, o invasor responderá pelo crime, inclusive, em continuidade delitiva, dependendo do caso concreto.

Quanto ao titular do dispositivo informático invadido, ele não será responsabilizado criminalmente, exceto se for demonstrado que ele estava ciente da invasão e do controle remoto do seu computador, e não tomou nenhuma providência, aderindo à prática criminosa e assumindo o risco do resultado, por permitir ou tolerar que o seu dispositivo informático fizesse parte de uma *botnet* (IANELLI & HACKWORTH,

2006), comumente utilizada por esses invasores para praticar delitos informáticos.

4.3 DIVULGAÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO OU TRANSMISSÃO A TERCEIRO, A QUALQUER TÍTULO, DOS DADOS OU INFORMAÇÕES OBTIDOS (ART. 154-A, § 4º, CP)

A preocupação com a comercialização ilegal de dados e informações pessoais armazenadas em dispositivos informáticos não é algo recente, ela já existia há mais de dez anos. Alertava-se que seria “um fator de preocupação a possibilidade de se comercializar informações particulares do usuário que é obtida pela empresa que as solicita de modo que deve se ter o cuidado com o armazenamento dos dados como as informações pessoais dos clientes, seus perfis e endereços eletrônicos” (RAMOS JÚNIOR, 2003).

Caso o criminoso, após invadir o dispositivo informático alheio e obter o conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, de segredos comerciais ou industriais ou de informações sigilosas, realize a divulgação, a comercialização ou a transmissão a terceiros, a qualquer título, dos dados e informações obtidos, incidirá a causa de aumento de pena de um a dois terços, conforme previsto no § 4º do art. 154-A do CP.

A Lei n. 12.737/12 não revogou o §1º-A do art. 153 do CP, inserido pela Lei n. 9.983/00, de modo que continua em vigor esse delito, o qual consiste em “divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública”, hipótese em que a pena é de detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

A diferença é que, na hipótese do tipo penal previsto no art. 153, § 1º-A do CP, tutela-se apenas as informações sigilosas e reservadas da Administração Pública, que devem assim estar expressamente definidas em lei, enquanto que o art. 154-A, § 4º, do CP se aplica aos dados e informações armazenados em dispositivo, seja de órgãos públicos ou privados, aplicando-se a pessoas físicas ou jurídicas e, além de prever a sua divulgação, também considera crime a comercialização e a transmissão desses dados e informações, desde que a sua obtenção tenha ocorrido por meio do crime do *caput* do art. 154-A do CP, funcionando como causa de aumento de pena desse delito.

4.4 INVASÃO PRATICADA CONTRA PESSOAS ESPECÍFICAS (ART. 154-A, § 5º, CP)

Estabelece o § 5º do art. 154-A do CP que a pena será aumentada de um terço à metade se crime for praticado contra o Presidente da República, os governadores e os prefeitos (inciso I); contra o Presidente do Supremo Tribunal Federal (inciso II); contra o Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal (inciso III); ou contra o dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal (inciso IV).

5 DIFICULDADES E PERSPECTIVAS COM A APLICAÇÃO DA NOVA LEI PENAL

A ausência de definição legal de muitos termos e expressões utilizadas na norma penal certamente será o primeiro grande desafio a ser enfrentado na aplicação da lei, por haver a necessidade de esclarecer o que se entende por dispositivo informático, mecanismo de segurança, autorização tácita, invasão, vulnerabilidades etc.

Esses obstáculos serão superados com a jurisprudência. Enquanto isso não ocorre, para solucionar essas questões, pondera-se, em relação ao conceito de dispositivo informático para fins penais, que seja possível a sua abrangência aos dispositivos que funcionam por computação em nuvem; no que tange ao mecanismo de segurança, considera-se que o seu conceito não pode ser restrito a apenas algumas formas de proteção, devendo englobar todo mecanismo computacional, desde uma senha ou um antivírus até a tecnologia mais moderna de detecção de intrusões, invasões e ataques cibernéticos.

Também é importante afastar a ideia de que haveria autorização tácita no caso de o titular do dispositivo informático, induzido a erro por engenharia social, acessar dispositivo ou programa de computador que permita o acesso e controle remoto do seu computador, pois a manifestação de vontade nesse caso estará totalmente viciada e comprometida, uma vez que o usuário não pode autorizar algo do qual nem sequer tem conhecimento.

A autorização tácita ocorre na hipótese em que o silêncio importa em anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa, nos termos do art. 111 do Código Civil. Pode ocorrer, por exemplo, quando há contratação de profissional da segurança da informação para realizar testes de segurança na rede de computadores da empresa do titular do dispositivo e, embora não conste no contrato autorização expressa para “invadir” tais computadores, tal anuência seja presumida pela natureza do próprio contrato.

Outro aspecto importante diz respeito ao conceito de invasão, o qual não pode ficar adstrito às hipóteses em que ocorram um “ataque” ao dispositivo informático alheio.

Assim, para efeitos penais, deve-se entender que há invasão sempre que alguém tenta violar indevidamente e burlar o mecanismo de segurança do dispositivo informático.

Caso se entenda o contrário, que só há invasão se houver um ataque ao mecanismo de segurança e desde que o *hacker* invasor consiga obter dados e informações do dispositivo informático, não haverá possibilidade de punição do delito na sua forma tentada. Este não é o intuito da norma penal, uma vez que se trata de crime formal que se consuma independentemente do resultado de o agente obter os dados armazenados.

Dessa forma, para fins de consumação do delito, a invasão pode ocorrer mesmo nos casos em que não há “ataque” ao computador, como, por exemplo, quando o invasor induz o titular do dispositivo em erro, fazendo acessar algum código malicioso para ter acesso ao computador alheio, porque, nesse caso, o invasor se valeu da engenharia social como artifício fraudulento para burlar o mecanismo de segurança com o intuito de poder ter acesso aos dados e informações do dispositivo informático invadido.

Assim, o perito forense, ao ser nomeado para verificar a ocorrência da invasão ao dispositivo informático, deverá verificar não só se houve um “ataque” ao computador mas também se houve violação indevida ou burla a algum mecanismo de segurança, pois o fato de conseguir ultrapassar o mecanismo de segurança mediante o uso de algum artifício fraudulento implica inegavelmente a sua violação, ainda que para

isso tenha colaborado a ocorrência de erros humanos ou de falhas de segurança.

Nesse aspecto, enfatiza-se que o tipo penal, embora exija violação indevida ao mecanismo de segurança, não condiciona a tutela penal ao fato de se considerar o titular do dispositivo informático “protegido” ou “desprotegido”, basta apenas que tenha proteção (mecanismo de segurança) e que esta seja violada no caso concreto.

Isso porque ninguém está totalmente protegido na *Internet*, e a lei não estabeleceu nenhum grau de proteção que o mecanismo de segurança deve ter como condição para consumação do delito, mas, cumpre reforçar, exige a lei apenas que o dispositivo informático tenha algum mecanismo de segurança e que este seja violado.

Dessa forma, entende-se que, se o mecanismo de proteção for um antivírus, embora seja recomendável que este se mantenha atualizado, não faz sentido algum afastar a tipicidade do delito apenas porque a vítima não estava com o seu antivírus atualizado, pois em Direito Penal não existe compensação de culpas, assim, a culpa concorrente vítima não afasta a tipicidade do crime do art. 154-A, *caput*, do CP.

Enfatiza-se que o crime ocorre justamente porque o invasor explora as fragilidades do sistema, mesmo porque, conforme já mencionado, se o mecanismo de segurança do dispositivo informático fosse inviolável, o crime seria impossível.

Nem sempre o conceito jurídico coincidirá com o conceito computacional, porém, tratando-se de aplicação do direito ao caso concreto, deve prevalecer o conceito jurídico, como é o caso do programa de computador que é definido pela própria lei, não sendo necessário que tal conceito seja o mesmo dado pela ciência da computação.

É o que ocorre, por exemplo, em relação ao conceito de “vulnerabilidades”. Uma vez que a norma penal prevê como crime a conduta de instalar vulnerabilidades em dispositivo informático alheio com o fim de obter vantagem ilícita, não seria correto afirmar, exclusivamente sob o ponto de vista computacional, que o delito em questão seria crime impossível, porque as vulnerabilidades seriam *bugs* (erros ou falhas no sistema) que não foram instaladas pelo invasor e que seriam preexistentes à invasão.

Para efeitos de aplicação da norma penal, as vulnerabilidades

devem ser entendidas como qualquer código malicioso capaz de expor a risco a segurança dos dados e das informações armazenadas ou o próprio funcionamento do dispositivo informático, pois a lei penal deve ser interpretada teleologicamente, conforme os princípios jurídicos que lhe são próprios, buscando extrair o seu exato alcance e real significado por meio da busca da vontade da lei, atendendo à sua finalidade que está expressa no art. 1º da Lei n. 12.737/12, isto é, a tipificação criminal de delitos informáticos.

Assim, infere-se que poderão ser considerados como “vulnerabilidades” para fins de aplicação da lei penal os vírus de computador, *trojans*, *keyloggers* entre outros, pois, por questão de lógica, depreende-se ser esta a finalidade do legislador penal.

Em regra, não haverá crime nos casos de instalação de *cookies* no computador do usuário, pois estes geralmente são “instalados” automaticamente pelo computador quando se acessa a página na *Internet* e, embora possam conter dados da navegação e outros fornecidos pelo usuário, os *browsers* (programas de navegação na *Internet*) costumam fornecer ao internauta a opção de exclusão desses arquivos do computador.

Superando a questão da ausência de falta de definição de conceitos para os novos termos e expressões trazidos pela Lei 12.737/12, observa-se que, tratando-se de delitos informáticos, costuma-se haver o problema da identificação do autor do crime.

A navegação da *Internet* costuma deixar um rastro por meio do qual é possível fazer uma investigação a fim de identificar o criminoso. Assim, é possível descobrir qual é o endereço de IP (*Internet Protocol*) utilizado pelo agente, para identificar a hora e o local de onde o *hacker* invasor acessou a *Internet* para praticar o delito. No Brasil, com a pretensão de se regulamentar o uso da *Internet*, há uma tendência em se exigir dos estabelecimentos comerciais que forneçam serviços de acesso à *Internet*, como as *lan houses*, que realizam o cadastro dos dados de seus usuários, registrando a data e o horário da navegação, como alternativa para tornar viável a responsabilização penal de quem praticar o delito nesses estabelecimentos.

Em Santa Catarina, a Lei Estadual n. 14.890/09 disciplina o controle de usuários em estabelecimentos voltados à comercialização do acesso à *Internet* no âmbito estadual, inclusive determinando que os

referidos estabelecimentos deverão adotar sistema de monitoramento por câmeras de vigilância, em especial nos acessos aos computadores.

O mesmo também já vem ocorrendo em diversos outros estados da federação.

Essa lei estadual prevê, em seu art. 2º, que os estabelecimentos deverão manter o cadastro de usuários pelo prazo de dois anos, contendo informações como o tipo e o número do documento de identidade com foto, o endereço e o telefone, o equipamento usado, os horários do início e do término de sua utilização e o Protocolo *Internet* (IP) do equipamento usado.

Finalmente, com a obtenção desses dados, torna-se possível a identificação da autoria do crime, que, associada à constatação da materialidade do delito, com o apoio da perícia forense, faz com que estejam presentes as condições para a instauração de inquérito policial destinado a apurar a responsabilidade criminal do autor do delito de invasão de dispositivo informático, previsto no art. 154-A do CP.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes da Lei n. 12.737/12, em relação à invasão de dispositivo informático, apenas os sistemas eleitorais contavam com alguma tutela penal capaz de reprimir tais condutas (artigos 67, VII, da Lei n. 9.100/95 e 72, I e II, da Lei n. 9.504/97), mesmo assim se desconhece algum caso concreto em que houve a aplicação dessas normas a tais modalidades de crimes.

A ausência de definição legal de muitos termos e expressões utilizadas na norma penal será um dos desafios a ser enfrentado na aplicação da Lei, por haver a necessidade de esclarecer o que se entende por dispositivo informático, mecanismo de segurança, invasão, vulnerabilidades etc.

Para fins de aplicação da lei penal, deve-se considerar dispositivo informático como qualquer dispositivo que possua dados, informações e documentos em meio digital, conectado, ou não, a um computador ou a uma rede, sendo irrelevante o modo de seu funcionamento ou a tecnologia nele utilizada. Assim, é possível a tipificação do delito do art.

154-A do CP mesmo na hipótese de a invasão ter ocorrido em dispositivo que utilize a tecnologia da computação em nuvem.

O mecanismo de segurança deve ser entendido como um mecanismo, uma solução ou uma alternativa computacional destinada a proteger o dispositivo informático contra qualquer espécie de ameaça à segurança de dados e informações que possam ser obtidas com o acesso indevido ou com a invasão.

A invasão, para efeitos penais, ocorrerá sempre que alguém violar indevidamente ou mesmo burlar o mecanismo de segurança do dispositivo informático para conseguir acessar os dados e informações disponíveis naquele.

As vulnerabilidades devem ser entendidas como qualquer código malicioso capaz de expor a risco a segurança dos dados e das informações disponíveis ou o próprio funcionamento do dispositivo informático, pois essa é a única possibilidade que pode ser extraída da interpretação teleológica da lei penal em busca do seu exato alcance e significado e da vontade da lei, atendendo à finalidade expressa no art. 1º da Lei n. 12.737/12, que é a tipificação de delitos informáticos.

Assim, com a definição desses termos, já é possível resolver várias questões referentes à materialidade do delito e afastar teses infundadas baseadas em hipóteses de atipicidade da conduta.

O *hacker* que invade dispositivo informático alheio, com violação indevida de mecanismo de segurança, sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo, não pode se escusar do delito sob a alegação de que a sua conduta teve o único propósito de alertar o seu proprietário quanto às falhas de segurança. No caso, ele apenas não seria responsabilizado por esse delito, caso demonstre que possuía autorização do titular do dispositivo, ou, então, provar que não houve invasão, mas sim acesso indevido ao dispositivo que não tinha nenhum mecanismo de segurança.

Não se pode falar em autorização tácita no caso de o titular do dispositivo informático, induzido a erro por engenharia social, acessar dispositivo ou programa de computador que permita o acesso e controle remoto do seu computador, pois, sendo ele induzido a erro, há vício de vontade, logo não pode haver autorização tácita de algo o qual o indivíduo nem sequer tem conhecimento.

Em relação ao mecanismo de segurança, a lei não faz distinção entre os diferentes tipos de mecanismos de segurança nem especifica qual o grau de proteção que o dispositivo deve ter. Assim, o seu conceito deve abranger todo mecanismo computacional, desde uma senha ou um antivírus até a tecnologia mais moderna de detecção de intrusões, invasões e ataques cibernéticos.

Não há necessidade de o titular do dispositivo alterar frequentemente a sua senha tampouco de manter o seu antivírus com as últimas atualizações para que a invasão seja reprimida, muito menos que o dispositivo informático esteja protegido, visto que se o mecanismo de segurança for inviolável, será impossível a consumação do delito e esta não é a finalidade da lei penal, pois o que se exige é um mecanismo de segurança, isto é, que tenha proteção, e não que esteja protegido.

É importante distinguir a proteção jurídica da proteção técnica, pois aquela pressupõe exatamente a falibilidade da técnica para a sua aplicação, já que os crimes informáticos ocorrem por erros humanos ou falhas na proteção do sistema, pois o *hacker* invasor obtém êxito na invasão porque explora as suas vulnerabilidades. Se esses fatores não existissem, a tecnologia certamente resolveria sozinha esse problema e não haveria necessidade de leis penais para punir delitos dessa natureza, os quais seriam considerados crimes informáticos impossíveis.

Portanto, uma vez que já existem dificuldades para a identificação da autoria do crime informático, não é razoável que ainda se criem obstáculos injustificáveis à materialidade do delito do art. 154-A do Código Penal, sob pena de torná-lo um crime impossível.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, E. A. A Invasão de Computadores no Brasil – Crime de Furto. In: Opice Blum, R.

M. S.; Bruno, M. G. S.; Abrusio, J. C. **Manual de Direito Eletrônico e Internet**. São Paulo: Lex Editora, 2006. p. 79-83.

FOINA, A. G. Uma sociologia dos *hackers*: aspectos relevantes para o combate aos delitos informáticos no contexto brasileiro. In: **Anais da I Conferência Internacional de Perícias em Crimes Cibernéticos**. Brasília: Departamento de Polícia Federal, 2004.

IANELLI, N; HACKWORTH, A. Botnet as a Vehicle for Online Crimes. In: **Proceeding of the International Conference of Forensic Computer Science**. Brasília: Departamento de Polícia Federal, 2006.

MEIRA, J. C. J. A tutela penal dos cybercrimes e o projeto de lei contra os crimes de informática. In: **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. Brasília, v. 15, p. 117-159, dez/2007.

RAMOS JÚNIOR, H. S. Considerações sobre a privacidade no espaço cibernético. In: **II Ciberética. Simpósio Internacional de Propriedade Intelectual**. Florianópolis, 2003.

_____. Crimes contra a Segurança dos Sistemas de Informações da Administração Pública. In: **Proceeding of the Second International Conference of Forensic Computer Science**. Guarujá: ABEAT, 2007. v. 2. p. 64-69.

_____. Estudo sobre a Aplicabilidade das Leis Penais aos Crimes Informáticos no Brasil. In: **Proceeding of the Third International Conference of Forensic Computer Science**. Rio de Janeiro: ABEAT, 2008. v. 3. p. 36-47. p. 41.

_____. Questões legais do uso da certificação digital na proteção dos direitos de autor de programa de computador. In: **Proceeding of the International Conference of Forensic Computer Science**. Brasília: Departamento de Polícia Federal, 2006. v. 1. p. 43-50.

VIANNA, T. L. Do delito de dano e de sua aplicação ao Direito Penal informático. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 92, n. 807, janeiro de 2003a. p. 486-492.

_____. **Fundamentos do Direito Penal Informático: do acesso não autorizado a sistemas computacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003b. p. 76.

PENAL

PUNIÇÃO AO CIDADÃO E LIBERDADE AO LADRÃO – A VERDADEIRA FACE DO NOVO CÓDIGO PENAL¹

Gilberto Callado de Oliveira

*Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade de Navarra*

RESUMO

As atuais correntes doutrinárias que definem a natureza jurídica do sistema penal são todas positivistas, e os seus teóricos de vanguarda, os que estão na linha de frente abrindo novos rumos teóricos nas cátedras e nos tribunais, apregoam os ideais do materialismo penal. Esse pensamento materialista vê apenas o fato criminoso em si, despido de qualquer outra consideração. Foi a partir dessa base teórica que os integrantes da Comissão de Redação do novo Código Penal construíram normas disparatas, incoerentes com o seu propósito pacificador, em detrimento da paz social e da defesa da segurança pública, normas que, por mais absurdo que pareça, ao invés de proibir, permitem piores iniquidades, como a eliminação injusta da vida humana. Assim é que a tipificação e a reprovação de crimes contra a pessoa e contra interesses metaindividuais produziram verdadeiros absurdos que deliram da natureza das coisas e da natureza humana. O crime de aborto está praticamente abolido, restando apenas a hipótese de não consentimento da gestante, efetivamente possível de punição; o crime de homicídio doloso por meio da eutanásia livrou-se da sanção penal sob a rubrica antinômica

¹ Conferência proferida no dia 13 de junho de 2013, no auditório do Instituto Plínio Corrêa de Oliveira (São Paulo).

Atuação	Florianópolis	V. 9	n. 20	p. 113 - 130	jan./jun. 2012
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

da piedade e o de infanticídio perdeu sua importância e gravidade a ponto de se transformar em uma banalidade de suspensão do processo. Também foram tratados com excessiva brandura outros crimes contra a pessoa, enquanto crimes contra a fauna e a flora receberam descomunal reprovação. Tomem-se, por exemplo, os crimes de omissão de socorro de criança abandonada ou de lesões corporais, cuja pena mínima é doze vezes inferior (um mês de prisão) à do crime de omissão de socorro de qualquer animal que esteja em grave e iminente perigo (um ano de prisão). Outros absurdos, ademais, são encontrados no corpo de normas do malsinado anteprojeto, como a banalização dos crimes políticos; a legitimação da prostituição infantil, com a redução da idade de consentimento nos crimes sexuais para 12 anos; e a permissividade do uso de drogas ilícitas e a desmedida intervenção penal do Estado nas relações entre pais e filhos. Todas essas absurdidades já mencionadas e tantas outras que o tempo não nos permite agora esmiuçar, altamente imorais e que espezinham os mandamentos da Lei de Deus e ferem o bom senso dos brasileiros refletem, na verdade, uma atitude ideologicamente marcada pelas recomendações governamentais do Plano Nacional de Direitos Humanos 3, o conhecido PNDH3.

Para entender ou, mais que isso, para empreender uma atitude crítica do projeto de código penal que está tramitando no Senado da República, não há outro método senão o da via epistemológica da transcendência, uma via ascendente muito pouco exercida pelos juristas, depois que o positivismo predominou como fundamentação teórica na filosofia do Direito.

Não podemos compreender, em toda a profundidade, o teorismo revolucionário do Projeto de Código Penal que está para ser aprovado no Parlamento brasileiro, se não formos além das delimitações da ordem jurídica penal positiva. Devemos transcender da esfera do Código Penal, dos seus cânones dogmáticos, para uma ordem superior e, então, compreendermos dois princípios fundamentais que devem reger qualquer sistema punitivo.

O primeiro é a base, o fundamento da Justiça Penal distributiva: punir os maus e premiar os bons ou, como dizia o grande orador sacro, o Padre Antonio Vieira, “sofrer os maus e aprovar os bons”. O mérito e

o demérito de nossas ações certamente terão a correspondente resposta no instante definitivo da confirmação ou da rejeição do amor a Deus.

O segundo princípio, corolário do primeiro, é mais amplo, porque atinge três ordens diferentes.

De um modo geral, os juristas tendem a considerar a vertente pública do crime, sem ultrapassar seus aspectos sensíveis e exteriores, embora muitas vezes possam eles conhecer o estado anímico do sujeito. Os pensadores do Direito Criminal jamais se lançam para o absoluto, para considerar uma ordem superior e transcendente, de uma Justiça perfeita. Seus estudos estão no plano especulativo da ciência penal e não têm outro alcance senão o estudo analítico das regras jurídicas para descobrir seus significados, seus dogmas.

Mas a lei penal positiva não é o bastante em si; há outros conceitos e outras realidades que ultrapassam o âmbito humano e jurídico e recebem a impressão natural do lume divino². É preciso transcender da dogmática para os conhecimentos superiores da filosofia e da teologia. Sem o cepticismo ilusório e a especulação vazia do materialismo histórico que marcam o pensamento penalista contemporâneo, com sua visão puramente privilegiadora do sistema de garantias do direito penal, o pensamento filosófico, seguro de sua consistência e de seus valores próprios e sem nenhuma inquietude com a sua identidade, pode aprofundar a natureza de seu objeto e abrir-se fundamentalmente à ciência da fé.

O homem, assim, não está apenas sujeito à Lei Penal positiva, ordenada ao bem comum da justiça e da paz mas também às leis de sua natureza e de seus fins. Como também está vinculado às leis que impõem suas relações com Deus, Autor da natureza. Essas três ordens estão intimamente entrelaçadas, vinculadas entre si, pela coexistência de violações da culpa penal. A partir dessas noções, podemos encontrar três ordens de violação do crime, que constituem o próprio fundamento do Direito Penal: a ordem própria da razão (fundamento moral), a ordem de quem governa as ações externas (fundamento jurídico) e a ordem universal do governo divino (fundamento metafísico). Se cada uma dessas ordens for perturbada pelo crime, obrando o seu autor contra a lei da razão, contra a lei humana e contra a lei divina, far-se-á ele

2 TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Summa Theologiae*, I-II, q. 91, a.2.

devedor de tríplice pena. A teologia penal de Santo Tomás de Aquino incorpora essa tríplice fundamentação:

O homem pode ser punido por uma tríplice pena, relativa à tríplice ordem a que está sujeita a vontade humana. Pois, primeiramente, a natureza humana está sujeita à ordem da própria razão; depois, à de quem nos governa as ações externas, espiritual ou temporalmente, política ou domesticamente; em terceiro lugar, à ordem universal do governo divino. Ora, quaisquer destas ordens fica pervertidas pelo pecado, porque o pecador encontra a razão, a lei humana e a divina. Daí o incorrer em tríplice pena: a proveniente de si mesmo, que é o remorso da consciência; a outra, proveniente do homem e, a terceira, de Deus³.

Se os nossos legisladores conhecerem bem essas três dimensões do ato criminoso, decididamente terão um adequado horizonte de projeção dos crimes e das penas.

As atuais correntes doutrinárias que definem a natureza jurídica do sistema penal são todas positivistas, e os seus teóricos de vanguarda, os que estão na linha de frente abrindo novos rumos teóricos nas cátedras e nos tribunais, apregoam os ideais do materialismo penal. Esse pensamento materialista vê apenas o fato criminoso em si, despido de qualquer outra consideração. Um fato que podia não ser punido, nada mais do que isso. Tanto é assim que base ética do futuro código penal brasileiro é o “direito penal do fato, e não do autor”, segundo declarações do seu relator geral, o Procurador da República Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, na audiência pública do dia 29 de agosto de 2012. Esse jurista e a maioria dos membros da Comissão adotaram as concepções neomarxistas do garantismo penal, uma doutrina evoluída ideologicamente do direito alternativo. Eles desejam construir o sistema penal sobre a base de um princípio insurrecional de Justiça Penal, em que os criminosos são as verdadeiras vítimas, e estas, os verdadeiros opressores. Daí porque sustentam que o direito penal não passa de um corpo de normas jurídicas voltadas à fixação dos limites do poder punitivo do Estado. Sua finalidade maior é impor freios ao Estado, menos ao poder destrutivo da criminalidade. O Direito Penal, para a ideologia garantista, tem um caráter de garantia do cidadão. Qual cidadão? Certamente, não somos nós ou qualquer pessoa de bem que, quando sair de casa ou mesmo na sua própria casa, pode ser assaltado ou sofrer coisa pior. O cidadão, para

3 TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Summa Theologiae*, I-II, 87, 1; v. também I-II, 72.

o garantismo, é o indivíduo que poderá vir ser denunciado e condenado pela prática de um crime, é o eventual criminoso.

Ora, essa concepção falsifica a natureza real do sistema punitivo e diminui a sua força e eficácia, porque responde às violações criminosas da lei apenas sob a ótica de garantias de defesa dos seus autores, uma visão embotada e infeliz pela equivocada aplicação do princípio da intervenção mínima do Estado na liberdade individual.

Procura-se reduzir, com isso, o direito de segurança dos indivíduos, expostos às progressivas investidas dos homens maus, sem levar em conta ou mesmo sonegar o fato irrefutável de que as maldades do mundo, da carne e dos infernos não dormem, não descansam e não dão trégua ao remotíssimo conflito entre o abismo da dor e a cidade do bem.

Procura-se, na verdade, inverter a natureza jurídica do mal da sanção penal, a sua finalidade mesma, ao abrigo de uma falsa ideia de que a maior ameaça não está nas más tendências dos criminosos, porém sim na desmesurada intervenção penal das autoridades públicas.

Com isso, a pretensão punitiva do Estado sofre séria limitação.

Foi a partir dessa base teórica que os integrantes da Comissão de Redação do novo Código Penal construíram normas disparatas, incoerentes com o seu propósito pacificador, em detrimento da paz social e da defesa da segurança pública, normas que, por mais absurdo que pareça, em vez de proibir, permitem piores iniquidades, como a eliminação injusta da vida humana.

Daí porque podemos designar o Projeto de Lei do Senado n. 236, de 2012, que alberga o Projeto de Código Penal, de “Código de Morte”.

Do ponto de vista do ordenamento jurídico, o Código Penal é, depois da Constituição, a lei mais importante de uma nação, porque, ao mesmo tempo que protege bens jurídicos mais caros ao homem e à sociedade, também interfere diretamente em alguns desses bens, para privar os criminosos de sua fruição. À luz dos Mandamentos da Lei de Deus, dos sagrados cânones do *ethos* social, é a lei mais importante, pelas correspondentes proibições contidas nos tipos penais. Ela existe para fomentar o reino da justiça e da paz, valorando os bens jurídicos hierarquicamente pelo grau de reprovabilidade da sua violação. Sua escala de valoração e proteção parte do preciosíssimo bem da vida,

desde o instante da concepção, com as rubricas dos crimes de homicídio e aborto, dentre outras, e alcança um dos mais banais, como a saúde pública em seu modo potencial, quando a lei pune, por exemplo, o crime de charlatanismo.

Mas, um projeto de código penal que não defende a vida, um projeto de lei que, ao contrário, reconhece, expressamente, a licitude de práticas abortivas e deixa de punir determinada forma de homicídio, como é o perdão para a eutanásia, i. é, o perdão para o assassinato chamado “piedoso”, além de tornar praticamente impune o crime de infanticídio, esse projeto só pode ser chamado de “Projeto de Código da Morte”.

No Código Penal em vigor, existe um tumor maligno que leva à morte, ao assassinato de seres humanos indefesos e sem mancha alguma de culpa penal. Sua única mancha, a culpa original, teria de ser borrada pela água do batismo, embora já potencialmente remida pelo divino sangue de Nosso Senhor Jesus Cristo. Sobredito tumor, a nosso ver, já deveria ter sido extirpado pelos juristas em face da atual Carta Constitucional, que resguarda o direito à vida desde o átimo da fecundação. Referimo-nos ao tumor da não punição do crime de aborto na hipótese de gravidez resultante de estupro. Há outro permissivo do chamado aborto terapêutico, que só estaria justificado como hipótese não desejada diretamente, conforme o magistério de Pio XI.

O nosso Código de 1940 traz, em sua exposição de motivos, uma justificativa simplória para o chamado aborto sentimental: “Militam em favor da exceção razões de ordem social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender”. Quais razões seriam essas? Clara está a ideologia dos seus revisores. Um deles, o consagrado penalista Nelson Hungria, não escondia seu agnosticismo penal ao declarar, em seus comentários, que o “Direito Penal nada tem a ver com religião, a não ser para garantir a liberdade de cultos”⁴. Isso é uma chaga que tem maculado o nosso sistema penal desde então. E aqui se dá uma aberração punitiva muito curiosa: em vez de punir somente o estupro, o Estado pune também a criança, com a pena de morte.

Pois bem: o Projeto que está para ser aprovado no Senado concebe outros tumores, transformados em metástases, uma das quais já foi

4 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, vol. V, p. 308.

sedimentada pelo STF, ao decidir pela liberação do aborto eugênico, na hipótese de fetos padecerem de anencefalia. E com uma agravante sumamente reprovável. Se, atualmente, o Código Penal deixa de punir duas condutas abortivas, para o futuro, a nova redação do Projeto potencializará a violação sistemática do 5º mandamento da Lei de Deus, não só ampliando o rol das condutas abortivas senão também considerando essas condutas causas de exclusão de crime.

Numa explicação mais simples, a diferença é a seguinte: o atual código traz implicitamente o enunciado de que é proibido abortar, mas em duas hipóteses o Estado deixa de punir; a norma proposta no Projeto é mais perversa; e ela proclama simplesmente que em tais e tais hipóteses está permitido abortar, não é mais crime. E com que direito, nós perguntamos, a mãe ou o médico podem matar o feto? A Constituição brasileira protege a vida humana desde a concepção, mas os garantistas só aproveitam aqueles princípios constitucionais que interessam à sua ideologia. O guru dessa seita jurídica, Luigi Ferrajoli, sustenta que o garantismo é a lei do mais fraco, mas ele defende, em suas obras, o aborto como um direito de gênero; ele é contra a pena de morte e, no entanto, incensa o seu deus Malcã. O mesmo incenso oferecido pelos redatores do projeto a quem os indicou, um incenso que representa não o sopro da vida ou do espírito, mas o sopro da morte.

A vida dos pequeninos, dos seres humanos em formação, sujeita-se, de acordo com o Projeto, a dois critérios ideológicos de política criminal execráveis: um deles leva à total impunidade, quando o nascituro é assassinado com a aquiescência da gestante em quatro hipóteses acrescentadas as duas já previstas na atual Lei Penal:

1ª hipótese: “aborto terapêutico”⁵ para preservar a saúde – não a vida – da gestante.

A nova fórmula idealizada por uma suposta elite de penalistas trata o aborto terapêutico como cômoda solução para os sintomas de uma gravidez de risco. Já não mais se questionará se não há outro meio de salvar a vida da gestante. Para ela ou para o médico, poderá ser mais cômodo eliminar o mais fraco do que levar até o fim uma gravidez complicada.

5 “Art. 128. Não há crime de aborto:

I - se houver risco à vida ou à saúde da gestante;

II - se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida”.

2ª hipótese: “aborto técnico”⁶, para remediar apenas o erro ou a fraude de uma concepção artificial não consentida.

Para remediar o engano ou o ardil praticado na reprodução, aplica-se um meio fraudulento e enganoso mais perverso, a destruição do feto.

3ª hipótese: “aborto eugênico ou seletivo”⁷, quando o feto padecer de grave e incurável anomalia que inviabilize a vida extrauterina.

Aqui, os redatores da nova política penal não toleram os “mal concebidos”. Tolerarão os “mal nascidos”? Nessa linha de raciocínio, quase não há diferença, para a mentalidade eugenista do Projeto, entre graves e incuráveis anomalias num e noutro caso, como não há diferença entre a eugenia penal e a eugenia nazista. O filho terá a morte antecipada, quando seu tempo de vida for previsivelmente curto. É como uma “eutanásia pré-natal”.

4ª hipótese: “aborto psicológico”⁸, quando o médico ou o psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Diante dessa regra de extermínio, não é de indagar-se se qualquer mulher chorosa, atormentada pelas tentações de fugir ao dever da maternidade, não logrará obter o documento necessário para a sentença de morte de seu filho. Por um simples atestado ou mesmo um laudo, tanto o médico como o psicólogo poderão declarar que a falta de condições psicológicas de a mãe assumir a maternidade só pode ser combatida com a terapia da morte. E de quem? Da pobre criança.

O outro critério foi a iníqua redução, pela metade, da pena do crime de aborto, transformando este nefando crime em infração de menor potencial ofensivo e punindo os seus autores com o ridículo pagamento de “cestas básicas” ou com a insignificante limitação de fim de semana. Quem já teve a infeliz oportunidade de conhecer os Juizados Especiais Criminais pôde observar que lá a Justiça Penal é um autêntico “faz de

6 “Art. 128. Não há crime de aborto:

[...]

II - se a gravidez resulta [...] do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida”.

7 “Art. 128. Não há crime de aborto:

[...]

III - se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos”.

8 “Art. 128. Não há crime de aborto:

[...]

IV - se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade”.

conta”, as prateleiras do Cartório se enchem de papéis e processos sem nenhuma ou quase nenhuma eficácia das medidas aplicadas.

Quando o aborto é rigorosamente punido, será para proteger a vontade da mãe, e não propriamente a vida da criança.

Quanto à defesa da vida dos recém-nascidos, o Projeto operou uma injustificável redução penal, diríamos até ridícula, porque o crime de infanticídio jamais será punido na prática. Com uma pena projetada de um a quatro anos de prisão – a pena atual é de dois a seis anos –, o processo da mãe assassina ficará suspenso de dois a quatro anos e, ao fim desse período, vai para o arquivo e a pena será declarada extinta.

Os adultos, isto é, os já nascidos, não estão livres de ser incluídos na categoria das vítimas de assassinatos não punidos. A eutanásia veio redigida como solução profilática, apesar de esconder-se nas dobras do manto impostor do assassinato piedoso. Determinada categoria de pessoas pode estar inscrita na macabra reciprocidade do “Código da Morte”: se aos pais é permitido eliminar os filhos, por causa de incômodos problemas de ordem psicológica ou patológica, os filhos também podem matar seus pais, quando estes padecerem doença grave, não menos incômoda. Haverá por certo algo em comum entre essas duas hediondas práticas, o fato de as vítimas levarem em sua alma o estigma indelével da inocência e de alguma maneira estiverem incomodando os seus algozes. E o que mais surpreende na concessão do perdão judicial, para a eutanásia, é a inexigibilidade de perícia médica para a avaliação do estado terminal e do sofrimento físico insuportável da vítima⁹. Quem decide o assassinato não é o médico, o que já seria abominável, mas o parente ou quem tiver laços de afeição com a vítima e ela própria, conforme a redação do artigo despenalizador. Nesse caso, há uma junção lúgubre de dois gravíssimos pecados: o pecado de homicídio do parente, travestido de compaixão, soma-se ao pecado de desesperação do paciente.

Também nos crimes que afetam de alguma maneira a vida e a saúde das pessoas, o projeto é deveras permissivo: deixa de punir o uso de drogas ilícitas, com reflexos na impunidade do pequeno tráfico.

⁹ “Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave:
Pena de prisão de dois a quatro anos.
§1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima”.

O governo brasileiro, todos sabemos, tem fracassado no combate às drogas. Ele está diante de uma verdadeira pandemia e pouco faz. Ou pior: planeja liberar sem nenhum pudor o uso de qualquer tipo de entorpecente para o consumo médio individual por cinco dias¹⁰. É o que prevê o projeto com a surpreendente inovação descriminalizadora da “tabelinha” dos viciados. Sim, porque deixa de ser crime ter a quantidade de drogas definida por futuro ato administrativo da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Quem quer que traga consigo, transporte, guarde, cultive ou pratique qualquer outra forma verbal definida no projeto a quantidade de drogas, prevista na tabela oficial, para consumo ou para venda, não terá cometido nenhum crime. Teremos, então, os traficantes da semana, que tomarão todo o cuidado para não ultrapassar o quinquídio legal. O Brasil, atualmente, é o maior consumidor de *Crack* do mundo. E o governo se dá por vencido nesse combate da criminalidade decorrente das drogas, por sua incapacidade de buscar soluções mais eficazes, ainda que recuse as fórmulas simplistas de aumentar as penas dos crimes de tráfico e de construir mais prisões.

Os drogados e pequenos traficantes não são os únicos privilegiados no rol de proteção do novo código. Quem admoestar gravemente uma pessoa, causando-lhe sofrimento mental, por sua perversa orientação sexual, poderá ser punido de quatro a dez anos de prisão pela prática do crime de tortura psicológica. Criminaliza-se, severamente, o neologismo cuidadosamente evitado pelos redatores dos crimes resultantes de discriminação e preconceito: a homofobia. Um sacerdote, um professor ou qualquer superior hierárquico estarão impedidos de censurar ou ameaçar gravemente a conduta reprovável de uma pessoa homossexual. Atos homicidas ou agressões considerados “homofóbicos” serão punidos com maior rigor, já que a pena terá o acréscimo de um terço a dois terços. Essa majorante altera a humanidade intrínseca da condição de vítima e a proteção dos bens naturais que integram o seu ser. Um exemplo dará a nota desproporcional: se um homossexual matar um militar por ódio à farda, sua pena vai de doze a trinta anos; se for o contrário,

10 . “Art. 212. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - prisão, de cinco a quinze anos e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa.

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a destinação da droga para uso pessoal quando a quantidade apreendida for suficiente para o consumo médio individual por cinco dias, conforme definido pela autoridade administrativa de saúde”.

o militar assassinar um homossexual por ódio à pederastia, sua pena irá para o patamar de dezesseis a quarenta anos de prisão. E vejam os Senhores que não se está medindo aqui a intensidade de fermentação da paixão da ira, somente a condição da vítima. O homossexual tem maior relevância penal que o militar.

Outro lance disparatado do Projeto é a banalização dos crimes políticos, “capazes de valer-se, como está justificado no Projeto, de indizível violência para o prevailecimento de seu ideário”. Apesar de a necessidade de tipificação do crime de terrorismo, como indica a Constituição Federal, ficar fora da qualificação de terroristas e livres de qualquer punição, os integrantes dos chamados “movimentos sociais”, isto é, aqueles indivíduos que praticarem atos de violência movidos por propósitos sociais ou reivindicatórios, desde que os objetivos e meios sejam compatíveis e adequados à sua finalidade¹¹.

Este é um grande engodo! Não podemos conceber atos terroristas sem finalidade, sem algum fim reivindicatório. Os juízes ideologicamente afinados com os movimentos sociais vão absolver, por exemplo, todos os membros do MST que causarem terror na população mediante condutas violentas, como sequestrar ou manter alguém em cárcere privado, incendiar, depredar, saquear, explodir ou invadir qualquer bem público ou privado. Vejam os senhores a armadilha ideológica desse projeto.

Mas, a nosso ver, há uma singular gravidade na tipificação de determinados crimes. Refiro-me aos crimes contra a família.

Nos crimes sexuais praticados contra crianças e adolescentes, a sua redação é deveras obscena, quando passa a detalhar determinados atos libidinosos. E os seus redatores tiveram a desfaçatez de reduzir a idade de consentimento em tais crimes para 12 anos¹². Quer isso dizer que qualquer indivíduo poderá praticar atos sexuais com maiores de

11 “Art. 239

[...]

§ 7º Não constitui crime de terrorismo a conduta individual ou coletiva de pessoas movidas por propósitos sociais ou reivindicatórios, desde que os objetivos e meios sejam compatíveis e adequados à sua finalidade”.

12 “Art. 186. Manter relação sexual vaginal, anal ou oral com pessoa que tenha até doze anos:

Pena – prisão, de oito a doze anos”.

“Art. 187. Realizar manipulação vaginal ou anal ou introduzir objetos em pessoa que tenha até doze anos:

Pena – prisão, de oito a doze anos”.

“Art. 188. Constranger alguém que tenha até doze anos à prática de ato libidinoso diverso do estupro vaginal, anal ou oral:

Pena – prisão, de quatro a oito anos”.

“Art. 189. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de doze anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para decidir:

Pena – prisão, de quatro a dez anos”.

12 anos sem nenhum pudor penal. A justificativa dos juristas é a de atualizar a Lei Penal à corrupção dos costumes, que eles chamam de “alterações de comportamento” dos pré-adolescentes, por iniciarem a vida afetiva (leia-se: vida sexual) aos 13 anos. Não sei com que critérios ou pesquisas firmou-se esse entendimento, mas a verdade é que, ao deixar de presumir a violência, o projeto proporcionará livre curso para os adultos incidirem e reincidirem na prática de atos sexuais com adolescentes a partir dos 13 anos de idade, legitimando, digamos assim, a “prostituição infantil”.

Dentro dessa legitimação, podemos encontrar um tipo penal que contrasta com o consentimento penalmente aceito dos menores de 13 anos: se alguém registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente, será punido com quatro a oito anos de prisão¹³.

Quer dizer: o Projeto combate a pornografia infantil enquanto for registrada, documentada; mas, quando praticada entre quatro paredes, sem nenhum registro ou anotação, ela é livre, deixa de ser crime. Um adulto pode pecar com uma menina de 13 anos, desde que esse pecado não seja alvo de imagens. Esse é o despautério, a hipocrisia, a contradição perversa que está para ser aprovada no Senado da República.

Também há outros disparates que merecem ser citados.

A intervenção penal do Estado nas relações entre pais e filhos ultrapassa todos os limites. A pedagogia do castigo está proibida. Os pais que castigarem os filhos menores de forma reiterada, provocando-lhes algum sofrimento físico ou psicológico serão punidos com até quatro anos de prisão¹⁴. E o lado perverso disso é que a ação penal somente pode ser exercida pelo Ministério Público mediante representação do ofendido. Como ele é incapaz processualmente, um dos pais terá de representar. Se o pai for o castigador, a mãe é quem pode representar e vice-versa; se o pai e a mãe forem os castigadores, o juiz nomeará um curador para representar o menor contra os pais. Também há uma

13 “Art. 493. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:
Pena - prisão, de quatro a oito anos”.

14 “Art. 148. Intimidar, constranger, ameaçar, assediar sexualmente, ofender, castigar, agredir, segregar a criança ou o adolescente, de forma intencional e reiterada, direta ou indiretamente, por qualquer meio, valendo-se de pretensa situação de superioridade e causando sofrimento físico, psicológico ou dano patrimonial:
Pena - prisão, de um a quatro anos.
Parágrafo único. Somente se procede mediante representação”.

intervenção perversa nas relações entre os irmãos: se o irmão maior praticar contra o irmão menor o que hoje é conhecido como *bullying*, isto é, alguma intimidação vexatória, receberá a mesma pena de um a quatro anos de prisão.

O lado oposto não é menos intervencionista. Se, em vez de castigar, os pais participarem de determinado entretenimento com os filhos, poderão ser punidos severamente. Assim, para a conduta de entregar à criança ou ao adolescente fogos de estampido – conhecidos como bombinhas de São João – a pena máxima sobe para seis anos de prisão¹⁵; e é reduzida pela metade, de um a três anos, para os pais que ajudarem a criança a soltar balões¹⁶.

Ao tratar dos crimes contra a fauna e a flora, os redatores do projeto revelam aquilo que Sua Alteza Dom Bertrand tem difundido em muitas cidades brasileiras no seu já consagrado livro “Psicose Ambientalista”. Psicose que adota uma forma extrema de igualitarismo, colocando no mesmo plano de proteção penal, ou até mesmo em plano inferior, os seres humanos em face dos seres irracionais.

São muitas as hipóteses de inversão de valores na hierarquia dos bens jurídicos protegidos. Alguns exemplos darão a noção exata disso.

O crime de homicídio terá a mesma pena que a conduta de um caçador profissional que matar animal silvestre¹⁷. Maus-tratos contra animais são punidos no mesmo patamar que maus-tratos contra pessoas. Se alguém abandonar animal doméstico na rua sofrerá a mesma pena se vier a abandonar, na mesma situação, uma pessoa idosa que necessita de cuidados.

Há situações, porém, em que os animais levam vantagem, grande vantagem, o que nos leva a pensar não mais em psicose ambientalista, mas em “demência ambientalista”. Alguns exemplos são sintomáticos.

15 “Art. 499. Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente arma, explosivo ou fogos de estampido ou de artifício:

Pena - prisão, de dois a seis anos”.

16 “Art. 405. Fabricar, vender, transportar ou soltar balões que possam provocar incêndios nas florestas e demais formas de vegetação, em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano.

Pena – prisão, de um a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente”.

17 “Art. 388. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

Pena – prisão, de dois a quatro anos.

[...]

§ 5º A pena é aumentada até o triplo se o crime decorre do exercício de caça profissional”.

O crime de molestar as pessoas em seu trabalho ou em seu sossego está punindo com prisão de seis meses a um ano¹⁸. Mas se os molestados, em vez de humanos, forem os cetáceos, como os conhecidos golfinhos, se for perturbado seu comportamento natural, em seu ambiente aquático, a pena máxima sobe para cinco anos de prisão¹⁹. Para o delito de deixar de prestar assistência ou socorro a qualquer animal – vejam bem, a qualquer animal, diz o texto do projeto: desde um ratinho até um cachorro vira-lata – que esteja em grave perigo, a pena é doze vezes – repito: doze vezes – superior a do crime de omissão de socorro de criança abandonada ou extraviada ou de pessoa ferida ou em grave e iminente perigo²⁰.

O corpo humano também sucumbe à divinização do reino animal. Numa rinha de galo ou de qualquer outro animal, se resultar mutilação, a pena máxima para os participantes ou organizadores é superior em dois anos à pena máxima aplicada ao crime de lesão corporal grave em terceiro grau, se resulta perda ou inutilização de membro, sentido ou função da vítima²¹. A dedução é desmedida, por ser menos relevante para a futura lei penal participar de uma briga e ferir gravemente um dos contendores do que participar de uma contenda entre animais de que resulte semelhante consequência.

Do ponto de vista da vida humana, se compararmos os crimes contra a flora com o holocausto dos não nascidos, a desproporção é assustadora. Pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais têm maior

18 “Art. 257. Perturbar o trabalho ou o sossego alheios:

[...]

Pena - prisão, de seis meses a um ano”.

19 “Art. 399. Pescar ou de qualquer forma molestar cetáceos em águas territoriais brasileiras.

Pena - prisão, de dois a cinco anos”.

20 “Art. 132. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - prisão, de um a seis meses, ou multa”.

“Art. 394. Deixar de prestar assistência ou socorro, quando possível fazê-lo, sem risco pessoal, a qualquer animal que esteja em grave e iminente perigo, ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública:

Pena - prisão, de um a quatro anos”.

21 “Art. 391. Praticar ato de abuso ou maus-tratos a animais domésticos, domesticados ou silvestres, nativos ou exóticos:

Pena - prisão, de um a quatro anos.

[...]

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre lesão grave permanente ou mutilação do animal”.

“Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

[...]

§ 3º Se resulta:

I - perda ou inutilização de membro, sentido ou função;

[...]

Pena - prisão, de três a sete anos”.

importância penal que um nascituro. O crime de aborto é punido com uma pena de seis meses a dois anos²², sujeita à transação com o assassino do feto, que terá de cumprir simples tarefas gratuitas em alguma entidade assistencial, enquanto o crime de extração daqueles minerais situados em área de preservação permanente traz a sanção em dobro, de um a quatro anos de prisão²³. Quer dizer: as pedrinhas dos rios valem mais, tem um duplo valor jurídico-penal sobre as criaturinhas de Deus. Preservam-se as árvores, os pássaros, as pedras, mas não há preservação possível nas hediondas excludentes de criminalidade do projeto em questão.

Todas essas absurdidades já mencionadas, e tantas outras que o tempo não nos permite agora esmiuçar, levam-nos à seguinte indagação: como se explica que uma classe de intelectuais, na posição de juristas ou de políticos do direito, tenha se dedicado, de maneira irracional, à construção de tipos penais com suas fórmulas materialistas, altamente imorais, que espezinham os mandamentos da Lei de Deus e ferem o bom senso dos brasileiros? Não é difícil encontrar a resposta: os membros da Comissão de Revisão simplesmente redigiram um “código de morte” como atitude ideologicamente marcada pelas recomendações governamentais do Plano Nacional de Direitos Humanos 3, o conhecido PNDH3. Esse plano macabro veio a lume nas vésperas da natividade do Senhor, em 2009, não para proteger as crianças, os pais, as mães, as famílias, as pessoas civilizadas, porém, sim, para privilegiar, a pretexto de defender os direitos humanos, os militantes da diversidade sexual, os sem-terra, os sem-teto, os indígenas, os ciganos, os presos, os despossuídos, os drogados, como está consignado em suas propostas programáticas.

A análise de cada conteúdo programático do PNHD3 e seus reflexos em diversos tipos penais do Projeto pediria demorada exposição. Já vimos algumas formas estereotipadas. Uma delas, por sua singular correspondência com o PNHD3, proíbe escarnecer do macabro e do horrendo. É que a figura delitiva de escarnecer tradição cultural indígena traz a marca de uma política de favorecimento da barbárie. Rituais homicidas – de crianças – são ainda hoje praticados por tribos indígenas

22 “Art. 125. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena – prisão, de seis meses a dois anos”.

23 “Art. 406. Extrair de florestas de domínio público ou situadas em áreas consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais. Pena - prisão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos”.

brasileiras. E a ordem legal será de permiti-los. Quem os atrapalhar irá para a cadeia, de seis meses a dois anos²⁴. Para os membros da Comissão de Redação do Projeto, qualquer constrangimento contra as cerimônias indígenas é muito mais grave do que a violação da sacralidade do culto católico, punida esta com ridículos trinta dias de prisão²⁵.

Certo é que o Plano e o Projeto têm, em comum, uma base inteiramente relativista e uma finalidade desconstrutivista da sociedade, de suas instituições políticas e jurídicas, e obedecem a objetivos estratégicos de um plano superior e oculto de destruição da Cristandade. E a desconstrução do Direito Penal é uma via revolucionária efficacíssima, já que esse ramo do Direito exerce importante função de formação dos juízos deônticos dos indivíduos. Os seus efeitos são devastadores: ao prescrever disparatadas tipologias, que desprezam a genuína dignidade da pessoa humana, da família e da união conjugal, como os permissivos do aborto e da eutanásia, o combate à homofobia, a hipervalorização da fauna e da flora, o novo código a ser aprovado atuará nas tendências e, depois, no juízo ético das pessoas.

A obra revolucionária dos membros da Comissão de Redação rompeu os compromissos éticos com a nação brasileira, já que suas proibições, antes apelativas para um dever ético absoluto e imutável, passarão a ser relativas em cada caso concreto ou até mesmo deixarão de existir, afetando decididamente a crença na justiça penal. Suas normas indulgentes, se forem aprovadas, potencializarão a maldade e a indiferença com o dom sagrado da vida humana e até mesmo com o direito de propriedade, levando a sociedade à apostasia cada vez maior do que ainda resta de justiça e de equidade no campo penal e a uma ineficácia crescente no combate ao crime. Não seria demais destacar que os crimes contra o patrimônio sofreram considerável redução penal, já que o furto poderá ter a pena extinta, se houver reparação, e o roubo, mero *sursis* processual, se o dano psicológico na vítima não for relevante. Quando passar a vigorar o novo código, considerável número de assaltantes já condenados serão beneficiados com a redução de suas penas e liberados do cárcere prematuramente, muitos dos quais para novas aventuras

24 “Art. 486. Escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendia-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática:
Pena - prisão, de seis meses a dois anos”.

25 “Art. 447. Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa, impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso, ou vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:
Pena - prisão, de um mês a um ano, ou multa”.

delitivas; os futuros assaltantes terão o benefício da prisão albergue, e suas vítimas, o dissabor de vê-los nas vizinhanças sem nenhuma fiscalização. Os efeitos disso já foram vaticinados por este Instituto: punição ao cidadão e liberdade ao ladrão.

Mas os brasileiros devem combater as injustiças, os horrores e as barbaridades já apontados no esboço legislativo do Senado. Como juristas, mais ainda. Disse o mesmo relator do anteprojeto numa audiência pública do IBCrim que o objetivo da Comissão era provocar a sociedade, testar mesmo as reações da sociedade. Pois bem. Podemos invocar aqui uma resoluta linha de ação do Instituto Plínio Corrêa de Oliveira (IPCO): “Não podemos e não queremos dobrar os joelhos diante desse novo ídolo de nossas sociedades falsamente democráticas: o homem divinizado que se atribui o poder de fixar a seu capricho os direitos que quer gozar nesta quadra histórica, mesmo quando tais ‘direitos’ se afastam dos Mandamentos da Lei de Deus e a eles até se opõem”.

Lutemos, lutemos e lutemos. Nosso combate não será em vão.

Contra a epígrafe que inaugura as imposturas da exposição de motivos das propostas efetuadas, contendo a afirmação do filósofo e jurista ateu Tobias Barreto de que o direito não é filho do céu, mas um produto cultural e histórico da evolução humana, nós, católicos apostólicos romanos, respondemos: do Céu virá a graça restauradora do direito e de todas as leis em Cristo, por meio Daquela que é a Destruidora e a ruína do demônio e suas heresias.

Peçamos a Nossa Senhora Aparecida, Padroeira e Rainha do Brasil, que o livre de um código penal insano e permissivo do mal do aborto e de outras práticas atentatórias contra os direitos naturais de seus filhos, para a Sua maior glória e para um futuro de paz em nossa Pátria.

RESÍDUOS SÓLIDOS: TÓPICOS ESSENCIAIS PARA COMPREENDER A LEI N. 12.305/2010

Luísa Bresolin de Oliveira

*Residente do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.
Especialista em Direito Ambiental e Urbanístico pela Universidade Anhanguera*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Cenário dos Resíduos Sólidos. 2 Classificação dos Resíduos Sólidos. 3 Política Nacional de Resíduos Sólidos. 3.1 Novos Princípios. 3.2 Princípio da Hierarquia. 3.3 Planos de Gestão e Planos de Gerenciamento. 3.4 Logística Reversa. 3.5 Incentivo à Inclusão de Catadores. 4 Atuação do Ministério Público de Santa Catarina. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

Este artigo tem por escopo salientar alguns tópicos no âmbito do Direito dos Resíduos Sólidos, considerados de suma importância para a compreensão da Política Nacional de Resíduos Sólidos. A fim de possibilitar ao leitor uma visão geral sobre a Lei n. 12.305/2010, objetiva-se, primeiramente, apresentar o contexto atual em que se insere a problemática dos resíduos sólidos e sua classificação legal e, em seguida, apontar os novos princípios e alguns instrumentos previstos nessa norma. Tem-se como hipótese principal a incorporação de normas

Atuação	Florianópolis	V. 9	n. 20	p. 131 - 152	jan./jun. 2012
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

de cunho preventivo que auxiliam o combate à poluição gerada pelo descarte inadequado de resíduos sólidos, de modo a superar a visão de gerenciamento, na persecução de uma gestão integrada. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, verifica-se que os novos instrumentos da Lei n.12.305/2010 auxiliam o Ministério Público na função institucional de proteção do meio ambiente, por exemplo, mediante a exigência de elaboração de Planos Municipais de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, o que o Ministério Público de Santa Catarina acompanha com a manutenção do Programa “Lixo Nosso de Cada Dia”.

PALAVRAS-CHAVE: Resíduos Sólidos. Política Nacional de Resíduos Sólidos. Lei n. 12.305/2010. Programa “Lixo Nosso de Cada Dia”.

ABSTRACT

This article has the purpose to highlight some topics under the Solid Waste Law, considered of paramount importance for the understanding of the National Solid Waste Law. In order to allow the reader an overview of the Law n.12.305/2010, the objective is, first, to present the current context in which it appears the problem of solid waste and its legal classification, and then point the new principles and some tools provided by Law n. 12.305/2010. It has as main hypothesis the incorporation of preventive nature standards that help to combat pollution generated by the improper disposal of solid waste, in order to overcome the view of mere proper disposal and pursue an integrated management. Through a literature review, it appears that the new instruments of Law n.12.305/2010 assist the prosecutor’s job in the institutional role to protect the environment, for example, by requiring the preparation of Municipal Plans for Integrated Solid Waste’s Management, which prosecutors of Santa Catarina keep up with by the maintenance of the program called “Lixo Nosso de Cada Dia” (“*Our Daily Trash*”).

KEYWORDS: Solid Waste. Law n. 12.305/2010. National Solid Waste Law. “Lixo Nosso de Cada Dia” Program.

INTRODUÇÃO

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição Federal, engloba uma série de mecanismos para garantir sua eficácia. A garantia de proteção ao meio ambiente é uma das funções institucionais do Ministério Público, Órgão legítimo para a propositura de ação civil pública no caso do descumprimento desse preceito fundamental (art. 129, II e III).

As normas relativas ao Direito dos Resíduos Sólidos servem de amparo para a atuação do *parquet*, em busca do constante combate às variadas formas de poluição, tal como a contaminação do solo, tão evidente ao se tratar desse tema. O advento da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n. 12.305/2010) consagrou alguns instrumentos cruciais para a adequação da destinação final de resíduos sólidos e outras medidas preventivas.

Neste artigo, buscar-se-á salientar alguns tópicos essenciais para uma visão geral sobre a Lei n. 12.305/2010, tais como: princípios, instrumentos e expressões utilizadas nessa norma, a fim de verificar a incorporação de normas de cunho preventivo ao ordenamento jurídico brasileiro que auxiliam o Ministério Público na função institucional de proteção do meio ambiente.

O texto está organizado da seguinte forma: primeiramente, a questão dos resíduos sólidos será contextualizada ressaltando-se a importância dessa abordagem na contemporaneidade. Em seguida, identificar-se-á a classificação dos resíduos sólidos, que já estava parcialmente contemplada em regulamentações da Associação Brasileira de Normas Técnicas, de acordo com os critérios de procedência, periculosidade e finalidade. Na sequência, passar-se-á à análise da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n. 12.305/2010), parte em que serão abordados princípios próprios do direito dos resíduos sólidos, a diferenciação de planos de gestão e planos de gerenciamento, o instituto da logística reversa e o incentivo à inclusão de catadores. Por fim, salientar-se-á a atuação do Ministério Público de Santa Catarina, que desenvolve um programa específico sobre o tema.

1 CENÁRIO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS

O Relatório “Planeta Vivo”, publicado pela *WorldWideFund for Nature* (WWF, 2012, p. 2) alertou para a pressão cumulativa exercida sobre a Terra, que está levando 1,5 ano para se regenerar do impacto humano anual, ou seja, estamos utilizando cerca de 50% a mais de recursos do que o limite, considerando a biocapacidade da Terra. Essa exploração visa a atender especialmente às necessidades em alimentação, água, energia e matérias primas (WWF, 2012, p. 13), o que mostra a perversidade do sistema de consumo e produção, que destrói sua própria fonte de recursos.

A consequência natural do alto nível de exploração de recursos naturais é o aumento exponencial de resíduos. Estes podem ser encontrados nos estados: líquido, gasoso ou sólido. O presente trabalho versa especificamente sobre os resíduos sólidos, motivo pelo qual se ressalta a seguinte definição de Paulo Affonso Leme Machado (1998, p. 462):

O termo “resíduo sólido”, como entendemos no Brasil, significa lixo, refugo e outras descargas de materiais sólidos, incluindo resíduos sólidos de materiais provenientes de operações industriais, comerciais e agrícolas e de atividades da comunidade [...]

“Em suma, numa perspectiva dinâmica, os resíduos são aquilo que surge na etapa terminal das torrentes de materiais que fluem da natureza para a sociedade humana e de novo para a natureza.” (ARAGÃO, 2006, p. 86).

Salienta-se que, na contemporaneidade, os bens de pós-consumo (resíduos sólidos) não possuem necessariamente um aspecto de coisa velha, uma vez que o conceito abrange até mesmo o penúltimo modelo de celular, enfeitado pela necessidade de consumir o último. Essa problemática deriva não somente do crescimento demográfico mas também da adoção de um padrão social de consumo exagerado, que leva alguns sociólogos, como Zygmunt Bauman (2008), a caracterizar a contemporaneidade a partir do fenômeno da descartabilidade e das relações de consumo.

O desenvolvimento das tecnologias desde a época da Revolução Industrial proporciona, progressivamente, mais conforto e inovações para a sociedade mas também a expõe a riscos nem sempre sabidos. O caminho da civilização pós-industrial é trilhado em meio a atividades e

produtos que, além dos riscos concretos, previsíveis e mensuráveis pelo conhecimento científico vigente, apresentam também riscos abstratos, constatados anos após o uso de novas tecnologias colocadas no mercado sem observar o “Princípio da Precaução”.

A contrapartida das descobertas tecnológicas e da implantação do modelo capitalista, de fundo individualista e mercantilista, completamente apartado de preocupações com o meio ambiente, é, indubitavelmente, a crise ambiental planetária.

O Estado de bem-estar marginalizou a questão social ambiental, pois, dirigido por políticas de pleno emprego e de maximização da utilização dos fatores da produção, ignorou e deixou de desenhar uma política ambiental com vistas à melhor qualidade de vida. (LEITE, 2003, p. 23).

A externalização de custos ambientais é uma prática intrínseca à Sociedade de Risco (BECK, 2010), o que demonstra a dissociação entre desenvolvimento tecnológico e bem-estar social. No âmbito dos resíduos sólidos, a externalização de custos pode ser verificada, por exemplo, no descarte inadequado e na perpetuação dos “lixões” (prática vedada pela PNRS), em vez da implantação de aterros sanitários que permitam a disposição final ambientalmente adequada. Se, por um lado, essa imprudência aparenta uma vantagem econômica, por outro, implica poluição ambiental, que, direta ou reflexamente, afeta a saúde humana e futuramente dependerá de investimentos públicos e privados para a recuperação, seja do ambiente, seja da saúde ou de ambos.

“Cada brasileiro produz 1,1 quilograma de lixo em média por dia. No País, são coletadas diariamente 188,8 toneladas de resíduos sólidos. Desse total, em 50,8% dos municípios, os resíduos ainda têm destino inadequado, pois vão para os 2.906 lixões que o Brasil possui” (BRASIL, 2013). A questão do espaço necessário para descartar tamanha quantidade de resíduos é somada à problemática da qualidade destes, que podem apresentar composições inflamáveis, corrosivas, carcinogênicas e outras, caracterizando-se como resíduos perigosos. A periculosidade é um dos critérios de classificação dos resíduos, indicando a necessidade de um tratamento diferenciado em decorrência dos maiores riscos que podem gerar.

A classificação dos resíduos já era estabelecida nas normas brasileiras, antes do advento da Política Nacional de Resíduos Sólidos, disciplinada pela Nota Técnica n. 10.004/2004 da Associação Brasileira

de Normas Técnicas (ABTN). Os critérios de origem e periculosidade foram mantidos, sendo acrescido o critério quanto à finalidade, entre reversos e rejeitos, conforme será definido a seguir.

2 CLASSIFICAÇÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS

As diferentes categorias quanto à origem, periculosidade e finalidade dos resíduos são essenciais, tendo em vista o objetivo de reaproveitamento máximo do material em vias de ser descartado, por exemplo, por meio da reciclagem de materiais. Dessa forma, passa-se à análise das três formas de classificação.

Quanto à origem, extrai-se da própria definição trazida pela NBR acima referida a possibilidade de diferenciar os resíduos sólidos de acordo com a sua procedência. No mesmo sentido, utilizando-se como critério a origem dos resíduos, a Política Nacional dos Resíduos Sólidos elenca no art. 13, I, as seguintes categorias: resíduos urbanos: englobam os resíduos domiciliares e de limpeza pública; resíduos de estabelecimentos comerciais; resíduos de serviços públicos de saneamento básico; resíduos industriais; resíduos de serviço de saúde, resíduos de construção civil; resíduos agrossilvopastoris; resíduos de serviços de transporte; e resíduos de mineração. Observa-se que os resíduos radioativos, por serem de alta periculosidade, não são tratados pela Política Nacional de Resíduos Sólidos, mas, sim, por lei específica, conforme expresso no § 2º do art. 1º da PNRS.

Afora a função de sistematização do conhecimento, a subdivisão e a diferenciação dessas categorias pode sofrer alterações, por exemplo, ao aglomerar atividades que reúnam características comuns entre si (como as atividades urbanas) ou distinguir alguma atividade das demais, levando-se em consideração a necessidade de destinação especial daquela. Exemplificativamente, os resíduos de saúde requerem um licenciamento específico para realização de sua destinação final, pelo fato de exigirem aparelhagem específica como a auto-clave, sendo vedado o descarte indiscriminado com os resíduos domiciliares em Aterro Sanitário.

Quanto à finalidade, apesar de a versão final da Política Nacional de Resíduos Sólidos ter suprimido esta classificação de modo expresso

(antes prevista no art. 11, inciso II, do PL 203/91), não deixou de adotá-la, à medida que diferenciou nos conceitos do art. 3º os termos “resíduos” de “rejeitos”:

XV - rejeitos: resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada;

XVI - resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível;

Esse critério de diferenciação de conceitos (salientados na citação acima) explicita a possibilidade de aproveitamento dos resíduos, que deve ser priorizada em relação ao descarte de rejeitos. Os resíduos sólidos, considerados reversos, caracterizam-se pela capacidade de reutilização, reemprego ou reciclagem e, inversamente, os rejeitos são aqueles inaproveitáveis, que serão eliminados e afastados por completo do fluxo de consumo.

Quanto à periculosidade, tal classificação encontra-se no art. 13, II, da PNRS e leva em consideração a natureza dos resíduos e os divide conforme seu potencial perigoso em moldes semelhantes aos outrora trazidos no item 4.2 da NBR 10.004/2004.

A Nota Técnica da ABNT os distingue em duas classes:

4.2 Classificação de Resíduos

Resíduos Classe I - Perigosos

Resíduos Classe II - Não Perigosos

II A - Não Inertes

II B - Inertes

Segundo a NBR, os resíduos perigosos são aqueles que apresentam risco à saúde pública ou ao meio ambiente, quando geridos de forma inadequada (item 3.2 da Norma Técnica), ou, ainda, aqueles inflamáveis, corrosivos, reativos, tóxicos ou patogênicos. Frise-se que, para se enquadrar nessa categoria, basta que apresente uma das 7 (sete)

características citadas.

O art. 13, II, a), da PNRS, inovou, ao agregar às possíveis características as hipóteses de carcinogenicidade (aparecimento de tumores malignos no organismo), teratogenicidade (má-formação do feto) e mutagenicidade (transformações ou danificação de moléculas de DNA):

a) resíduos perigosos: aqueles que, em razão de suas características de inflamabilidade, corrosividade, reatividade, toxicidade, patogenicidade, carcinogenicidade, teratogenicidade e mutagenicidade, apresentam significativo risco à saúde pública ou à qualidade ambiental, de acordo com lei, regulamento ou norma técnica.

Logo, com a nova Lei, 3 (três) novas hipóteses foram expressamente previstas, desde que apresentem risco à saúde pública ou à qualidade ambiental. Fica claro, ao final da alínea citada, que a Lei não abre mão dos parâmetros científicos já apresentados pela norma técnica e possibilita regulamentação suplementar.

Ainda quanto à classificação de periculosidade, há os não perigosos. A subdivisão dos resíduos não perigosos entre inertes e não inertes é presente somente na citada NBR. Os inertes não oferecem risco à saúde e ao meio ambiente se, submetidos a teste de solubilização em conformidade com a NBR 10.006, não obtiveram constituintes com concentrações superiores aos padrões de potabilidade da água. Já os não inertes são classificados residualmente, sendo aqueles que podem afetar a saúde ou o meio ambiente por conta de características de combustibilidade, biodegradabilidade ou solubilidade, todavia sem se enquadrar nas Classes I ou IIB.

Os resíduos sólidos são, portanto, os objetos enjeitados por seus detentores, ou seja, o lixo provindo de atividades humanas e podem ser classificados de acordo com sua procedência, periculosidade e destinação.

3 POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS (LEI N. 12.305/2010)

A esparsa regulamentação no Direito dos Resíduos Sólidos reproduzia a mesma fragmentariedade presente na legislação ambiental brasileira, de um modo geral, anterior à década de oitenta, quando ainda não havia o olhar sistêmico apresentado pela Política Nacional

do Meio Ambiente e pela Constituição Federal. Em vista de reunir essa tutela no corpo de uma lei que tratasse da questão dos resíduos no escopo de uma gestão integrada, além de abordar casos especiais que merecem tratamento diferenciado de disposição final, foi proposto, na Câmara de Deputados, o projeto de Lei n. 203/1991, que, na verdade, teve início com o Projeto de Lei n. 354/1989 (de autoria do Senador Francisco Rollemberg), cujo mote inicial era restrito à destinação final de resíduos de serviços de saúde. Anos se passaram e diversos projetos foram apensados ao original. O projeto de Lei n. 203/1991, relativo à gestão de resíduos sólidos, tramitou por quase vinte anos até a sua aprovação em 2010.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos apresentou uma nova racionalidade, que ultrapassa a mera preocupação com a disposição final de resíduos domiciliares, sob uma visão preventiva e programática, ensejando uma mudança paradigmática. Nela constam inovações como a logística reversa e a responsabilidade compartilhada tangente a alguns resíduos, o incentivo à integração dos catadores nos procedimentos de reutilização e de reciclagem, o reconhecimento dos resíduos sólidos reversos como bem econômico, a necessidade de implementação de planos (nacional, estaduais, municipais, de gerenciamento) além da consolidação de princípios estruturantes do Direito ambiental, tais como: o do Poluidor-Pagador, da Precaução, da Prevenção, da Cooperação e do direito à informação.

3.1 NOVOS PRINCÍPIOS

Princípios e objetivos introduzem a Lei n. 12.305/2010, proporcionando uma visão complexa e sistemática a ser considerada na aplicação das regras nela constantes. O espírito da lei mostra-se consoante aos princípios estruturantes clássicos do Direito Ambiental, acima citados, e, além disso, novos princípios são incorporados à Política Nacional de Resíduos Sólidos, em seu art. 6º, onde se lê:

Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos:

[...]

V - a ecoeficiência, mediante a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos, de bens e serviços qualificados que satisfaçam as necessidades humanas e tragam qualidade de vida e a redução do impacto am-

biental e do consumo de recursos naturais a um nível, no mínimo, equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta;

[...]

VII - a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;

VIII - o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania;

Esse recorte permite a identificação de Princípios atinentes especialmente à seara do Direito dos Resíduos Sólidos. A visão sistêmica na gestão dos resíduos rompe a racionalidade clássica linear e adota um pensamento complexo, altamente vinculado à noção de sustentabilidade. Se o resíduo fosse visto como uma externalidade do processo econômico, sob a visão utilitarista da Economia Clássica, ignorar-se-iam os impactos negativos sobre o meio ambiente, mediante o descarte inadequado, o que alastraria consequências não somente ao meio mas também à saúde dos seres humanos, e poderiam também influenciar atividades socioeconômicas, como a pesca, prejudicada pela poluição de um corpo d'água. Desse modo, os resíduos devem ser geridos com a melhor tecnologia disponível, a fim de onerar o mínimo possível a coletividade, o que decorre não apenas da sustentabilidade mas do princípio do poluidor-pagador (o poluidor deve evitar os danos), da prevenção e precaução (prioriza-se uma atitude precaucional e preventiva ao invés da reparação posterior) e da cooperação (cada ator social deve colaborar com o dever de manutenção do meio equilibrado).

O princípio da ecoeficiência relaciona-se ao moderno conceito de *ecodesign*, um *design* voltado à sustentabilidade, concernente à redução do impacto ambiental, o que pode se dar, por exemplo, pelo uso de menos substâncias tóxicas nos processos produtivos, tendo por consequência a redução de resíduos ou rejeitos perigosos. Esse princípio tem por finalidade a adequação do consumo ao nível “equivalente à capacidade de sustentação estimada do planeta”, o que caracteriza a limitação essencial para a mudança de padrões de consumo insustentáveis, meta crucial para a sustentabilidade.

O princípio da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos reúne dois conceitos importantes, definidos no art. 3º da PNRS:

XVII - responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos: conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos, nos termos desta Lei;

IV - ciclo de vida do produto: série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final;

A responsabilidade compartilhada denota o dever cooperativo previsto constitucionalmente no art. 225 da Constituição Federal, que, além de prever o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previu a imposição “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Trata-se de um reforço ao princípio da “cooperação entre as diferentes esferas do poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade” (art. 6º, VI, da PNRS); a parceria é outra das cinco características essenciais à sustentabilidade, de acordo com Capra (2012, p. 4): “Nas comunidades humanas, parceria significa democracia e poder pessoal, pois cada membro da comunidade desempenha um papel importante.”

A compreensão do ciclo de vida do produto é imprescindível no contexto da mudança de padrão de produção e consumo (um dos objetivos da Lei), pois elucida a intrínseca relação entre economia e ecologia, por meio da visualização do fluxo do processo produtivo. O desenvolvimento do produto requer matérias-primas oriundas da natureza; o processo produtivo gera externalidades, por exemplo, pela emissão de gases tóxicos à atmosfera; o consumo, se for alimentício, por exemplo, pode implicar ingestão de substâncias químicas maléficas que prejudicam a saúde do ser humano; e a disposição final do produto, impossibilitado o seu reaproveitamento, também pode gerar degradação ecológica. Um ciclo de vida do produto que se pretenda sustentável coaduna-se a todos os outros princípios e objetivos do Direito dos Resíduos, como a responsabilidade compartilhada e a cooperação, o *ecodesign*, a informação necessária ao consumidor para que faça sua parte de separar os resíduos dos rejeitos, e, sobretudo, a diminuição propriamente dita dos resíduos e rejeitos por meio da diminuição do consumo.

O reaproveitamento do resíduo como insumo não tem um efeito meramente ecológico mas também social e econômico. É o que afirma o economista da USP, Sabetai Calderoni (*apud* CAOP, 2009), maior especialista brasileiro em lixo e conselheiro da ONU no assunto e autor do livro “Os Bilhões Perdidos no Lixo”.

O outro motivo para incentivar essa indústria são os empregos que ela poderia gerar. O Brasil produz 280.000 toneladas de lixo por dia (veja gráfico ao lado). Descontando as 39.000 toneladas de alimento viável que poderiam ser facilmente extraídas desse lixo e disponibilizadas às populações carentes, ainda seria possível gerar 120.000 empregos só no processamento do resto, nos cálculos de Sabetai. Pois é. Lixo não existe. O que existe é ignorância, falta de vontade e ineficiência.

Apesar da vantagem social e econômica que se pode auferir pela gestão dos resíduos, e a possibilidade de reinserção no fluxo econômico, deve-se recordar do fenômeno da entropia, segundo o qual sempre há perda de matéria e energia, e inexistência, por enquanto, reciclagem infinita. Em algum momento futuro, o resíduo tornar-se-á rejeito e dependerá de tecnologia, espaço e tempo para ser reinserido no ciclo ecológico natural. Por esse motivo, deve buscar-se o aproveitamento máximo dos resíduos, como reversos, antes de sua disposição final em aterro sanitário ou outra medida de descarte ambientalmente adequada.

3.2 PRINCÍPIO DA HIERARQUIA

O descarte de resíduos deve seguir essencialmente o princípio da hierarquia, segundo o qual, antes da disposição final adequada, deve-se priorizar formas de reinserção da matéria no ciclo de produção e, se possível, de diminuição da geração do próprio resíduo. Objetiva-se minimizar a produção de resíduos e maximizar a durabilidade dos materiais. Essa ideia é essencial no escopo da prevenção, pois visa a lidar com a problemática da poluição dos resíduos a partir da fonte, observando-se, também, as perdas de recurso ao longo do ciclo de vida dos produtos.

O princípio da hierarquia fica evidente no art. 9º da Política Nacional de Resíduos Sólidos, segundo o qual:

Art.9º Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento

dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

A constante referência à reutilização e reciclagem remete ao referido princípio da hierarquia dos Resíduos, que se traduz na primazia da prevenção sobre a reparação. Nesse mote, cumpre lembrar o princípio do art. 6º, VIII, da PNRS, que reconhece o valor econômico, social e promotor de cidadania dos resíduos sólidos mediante sua reutilização e reciclagem.

O lema dos “3Rs” foi popularizado e tornou-se até mesmo letra de música do estadunidense Jack Johnson, com o refrão: “*Reduce, Reuse, Recycle*” (Reduza, reuse, recicle). Essa ordem de prioridade de ações reflete os níveis de prevenção de maior para menor escala.

Uma distinção importante para compreender esse princípio é relativa aos termos “gerenciamento” e “gestão”. O gerenciamento é marcado por uma aceção mais restrita do que a da gestão integrada, formado pelo “conjunto de ações exercidas, direta ou indiretamente, nas etapas de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada”, de acordo com o art. 3º, X. Ao passo que a gestão integrada (art. 3º, XI) refere-se às soluções sustentáveis relacionadas aos resíduos sólidos para além da destinação e disposição final ambientalmente adequada. Desse modo, a gestão abrange questões de educação ambiental, inclusão social de catadores, capacitação de técnicos, desenvolvimento de tecnologias menos poluentes e políticas voltadas à redução dos padrões de consumo e de produção.

Desse modo, mostra-se crucial, a fim de atender ao Princípio da Hierarquia e à elaboração de Planos de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, em todos os níveis da federação, para organizar metas e programas necessários para a prevenção na geração de resíduos.

3.3 PLANOS DE GESTÃO E PLANOS DE GERENCIAMENTO

A Política Nacional de Resíduos Sólidos instrumentaliza seus princípios e objetivos mediante os Planos Nacional, Estaduais, Microrregionais, Intermunicipais, Municipais e de Gerenciamento (art. 14). Neles, estarão contidos os demais instrumentos: coleta seletiva e logística reversa (art. 8º, III), incentivo às cooperativas e associações de catadores

(art. 8º, IV), educação ambiental (art. 8º, VIII) etc. Ressalte-se, principalmente, que os incentivos fiscais, financeiros e creditícios da União estão expressamente condicionados à elaboração dos Planos Municipais de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos (art. 8º, IX, e art. 18).

Os Planos seguem a orientação constitucional de competência concorrente, suplementar e de interesse local para a elaboração de normas ambientais. De modo que fica a cargo da União estabelecer diretrizes gerais, metas e programas (art. 15 da Lei n. 12.305/2010). Suplementarmente, Planos Estaduais podem determinar critérios mais rigorosos que os de nível federal e, além disso, prever o zoneamento ecológico-econômico e zoneamento costeiro de zonas favoráveis para o tratamento de resíduos e disposição final de rejeitos e das áreas degradadas a serem recuperadas (art.17, XI). Os Estados podem, também, elaborar planos microrregionais de resíduos sólidos com a participação dos Municípios envolvidos (art. 17, § 2º). Finalmente, os Planos Municipais propriamente ditos são muito mais específicos, por atingirem diretamente as mudanças locais necessárias para prestação das ações de gestão de resíduos sólidos.

Os Planos Municipais tem seu conteúdo mínimo disciplinado no art. 19 da Lei 12.305/2010 e deverão ser elaborados até 2014, conforme previsão no Plano Nacional de Resíduos Sólidos (versão final disponível no *site* do SINIR¹). Mister salientar que, mesmo quando seja elaborado junto do Plano de Saneamento Básico, deve atender aos incisos determinados pelo art. 19 da PNRS. Resumidamente, o Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos deve conter um diagnóstico da situação atual dos Resíduos Sólidos no Município, a identificação de passivos, geradores de resíduos, áreas adequadas à disposição final e soluções consorciadas, para poder criar as metas de redução e reaproveitamento e instituir os instrumentos necessários para tal.

Os principais instrumentos a cargo do Poder Público são as políticas públicas, a serem implementadas mediante programas de educação ambiental, capacitação técnica e incentivo à criação de cooperativas de catadores. Deverão, também, ser criadas regras sobre o transporte de resíduos perigosos, sobre o monitoramento das ações desempenhadas e controle das atividades sujeitas ao plano de gerenciamento.

1 Sistema Nacional de Informações sobre a gestão dos resíduos sólidos. Disponível em: <<http://www.sinir.gov.br/web/guest/plano-nacional-de-residuos-solidos>> Acesso em: 5 ago. 2013.

E, por parte do setor empresarial, a elaboração do plano de gerenciamento de resíduos sólidos, seja para pôr em prática a logística reversa, seja para garantir a destinação e disposição final de resíduos perigosos ou outros indicados no art. 20 da Política Nacional de Resíduos Sólidos.

O Plano de Gerenciamento passa a ser parte integrante do licenciamento ambiental e deve seguir as regras de competência determinadas pela Lei Complementar n. 140/2011, exceto pelas especificidades apresentadas na Lei n. 12.305/2010:

Art. 24. O plano de gerenciamento de resíduos sólidos é parte integrante do processo de licenciamento ambiental do empreendimento ou atividade pelo órgão competente do Sisnama.

§ 1º Nos empreendimentos e atividades não sujeitos a licenciamento ambiental, a aprovação do plano de gerenciamento de resíduos sólidos cabe à autoridade municipal competente.

§ 2º No processo de licenciamento ambiental referido no § 1º a cargo de órgão federal ou estadual do Sisnama, será assegurada oitiva do órgão municipal competente, em especial quanto à disposição final ambientalmente adequada de rejeitos.

Diante das referidas previsões, se a atividade geradora de resíduos que deva possuir o plano de gerenciamento não depender de licenciamento ambiental, a aprovação do plano de gerenciamento caberá ao órgão municipal ambiental.

A elaboração do Plano de Gerenciamento deverá ser realizada por responsável técnico devidamente habilitado, obrigatoriamente indicado no plano, a quem competirá a implementação e o monitoramento (art. 22). A ele caberá também a atualização de dados referentes à execução do plano de gerenciamento ao órgão ambiental competente, com periodicidade mínima anual, para que este repasse as informações ao Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão de Resíduos Sólidos (SINIR), nos termos do art. 23 e parágrafos. O conteúdo mínimo dos planos de gerenciamento consta no art. 21 da PNRS.

Os planos de gestão de competência do Poder Público não se confundem com os planos de gerenciamento, e a inexistência de um não afeta a elaboração do outro. Extrai-se do inciso III do art. 21 que a elaboração dos planos de gerenciamento tem aplicação imediata, mesmo diante da inexistência do plano municipal. O que é corroborado pelo §

2 do art. 21: “A inexistência do plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos não obsta a elaboração, a implementação ou a operacionalização do plano de gerenciamento de resíduos sólidos.”

Por fim, cumpre destacar os tipos de atividade que necessitam de tal instrumento. O dever de elaborar plano de gerenciamento incide sobre os geradores dos seguintes tipos de resíduos sólidos: resíduos perigosos, industriais, de serviços de saúde, de mineração, de atividades agrossilvopastoris, de construção civil; enfim, apesar de a lei ter feito menção expressa (nos incisos I a V do art. 20) a esses tipos de resíduos, de modo que não ficassem dúvidas acerca dos sujeitos, a regra geral revela-se no seguinte dispositivo: são passíveis de elaboração do plano de gerenciamento os responsáveis por resíduos que, “por sua natureza, composição ou volume, não sejam equiparados aos resíduos domiciliares pelo poder público municipal” (art. 20, II, “b”). Desse modo, apesar de não haver menção expressa no art. 20 referente aos resíduos submetidos à logística reversa, conclui-se pela sua necessidade diante da sua periculosidade.

3.4 LOGÍSTICA REVERSA

A Logística Reversa, definida no art. 3º, XII, da Lei n. 12.305/2010 é um dos instrumentos da PNRS (art. 8º, III) e tem seu conteúdo detalhado no art. 33 e seguintes. Trata-se de um exemplo claro da aplicação do Princípio do Poluidor-Pagador no Direito dos Resíduos Sólidos, à medida que visa a responsabilizar os geradores de determinados resíduos pela sua gestão e destinação final adequada, evitando que os custos dessas ações recaiam sobre a coletividade.

A PNRS reuniu, no art. 33, alguns tipos de resíduos já anteriormente regulados por Resoluções do CONAMA, por terem características peculiares e alto potencial poluidor (agrotóxicos, pneumáticos, pilhas e baterias, óleos lubrificantes e embalagens, lâmpadas fluorescentes) e acrescentou também os resíduos “eletroeletrônicos e seus componentes”, entre os tipos de resíduos que devem fazer uso da logística reversa, cuja definição consta no art. 3º, XII:

Instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em

seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada;

A logística reversa pode ser resumida no seguinte procedimento: o art. 33, § 4º, assenta o compromisso do consumidor em, ao decidir se desfazer de algum dos produtos listados acima, dever, em vez de jogá-lo no lixo comum, levá-lo até o comerciante ou fabricante ou ponto de coleta predeterminado. Por sua vez, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes ficam responsabilizados pela destinação adequada ao resíduo/rejeito, dependendo do seu estado. Essa obrigação se mostra consoante ao direito-dever fundamental do meio ambiente equilibrado. Se, por um lado, a pessoa tem o direito de manter ou aumentar sua qualidade de vida com o meio ambiente saudável, por outro, tem o dever de agir para sua preservação e não contribuir para sua degradação, conforme o art. 225 da Constituição Federal.

O dever do consumidor, que se beneficiou com o produto, está em acondicioná-lo adequadamente (sem misturar com outros tipos de resíduos) e transportá-lo de volta ao comerciante, ou ao fabricante, ou à coleta seletiva (art. 35, I e II). O fabricante e os demais integrantes da responsabilidade compartilhada, que lucraram com a venda do produto, têm o dever de manejar os resíduos sólidos gerados e fornecer informações completas ao órgão municipal sobre as ações de sua responsabilidade, conforme dispõe o § 8º do art. 33, além de informar à população sobre outros pontos de coleta que forem implantados para tornar o descarte mais acessível a todos. Cabe a eles, consoante o previsto no § 3º do art. 33:

I - implantar procedimentos de compra de produtos ou embalagens usados;

II - disponibilizar postos de entrega de resíduos reutilizáveis e recicláveis;

III - atuar em parceria com cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, nos casos de que trata o § 1º. (o §1º refere-se a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e aos demais produtos e embalagens, considerando, prioritariamente, o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados.)

Esses deveres espelham nitidamente a aplicação do Princípio do Poluidor-Pagador (PPP), fundamentado na Lei n. 6.038/81, que estabelece no art. 4º, VII, como um dos objetivos da Política Nacional do Meio

Ambiente, a “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”. O Princípio n. 16 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento também apresenta o conteúdo desse princípio:

As autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.

Ante a complexidade proposta pelo mecanismo de logística reversa, conclui-se pela necessidade de elaboração do plano de gerenciamento, com a discriminação das ações de cada sujeito participante da responsabilidade compartilhada, informações sobre postos de entrega, identificação de soluções consorciadas com outros geradores que diminuam os custos dessa logística, ações preventivas que podem constituir até mesmo na adoção de *ecodesign* e tecnologias limpas por parte dos fabricantes, além do conteúdo mínimo obrigatório constante no art. 21. Frisa-se, ademais, o incentivo à instituição de cooperativas e associações de catadores para o processo de reutilização ou reciclagem de embalagens (art. 33, § 3º, III, da PNRS).

3.5 INCENTIVO À INCLUSÃO DE CATADORES

A “integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos” está prevista como um dos objetivos da Lei n. 12.305/2010 (art. 7º, XII), como também “o incentivo à criação e ao desenvolvimento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis” (art. 8º, IV), como um dos instrumentos da Lei.

No fito de promover a emancipação econômica dos catadores, meta obrigatória dos planos nacional e estaduais, são priorizados no acesso aos recursos da União os Municípios que firmarem a participação de cooperativas ou associações de catadores formadas por pessoas físicas de baixa renda (art. 18, § 1º, II). Além disso, entre os instrumentos econômicos da Lei, está prevista a possibilidade de instituição de medi-

das indutoras e linhas de financiamento para atender, prioritariamente, às iniciativas de “implantação de infraestrutura física e aquisição de equipamentos para cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda” (art. 42, III). No mesmo sentido, os entes federativos poderão conceder incentivos fiscais, financeiros ou creditícios às entidades dedicadas à reutilização, ao tratamento e à reciclagem de resíduos sólidos e projetos em parceria com cooperativas ou associações de catadores formadas por pessoas físicas de baixa renda (art. 44, I e II).

A atuação de cooperação com os catadores, também prevista no art. 33, § 3º, III, acima referido, estimula a implementação de melhores condições de trabalho a essa categoria de trabalhadores, tendo em vista a maior formalização dos procedimentos de reciclagem. É inegável que a contribuição de todos os cidadãos, ONGs, estudantes, empresas, catadores é bem-vinda, quando se trata de preservar o meio ambiente.

Trata-se, de fato, de o Estado passar a incentivar a emergência de um pluralismo jurídico comunitário participativo no viés ambiental, consubstanciado em um modelo democrático, que privilegia a participação dos sujeitos sociais na regulamentação das instituições-chave da sociedade. Wolkmer, ao fundamentar o pluralismo jurídico, destaca que “se constitui numa estratégia democrática de integração que procura promover e estimular a participação múltipla das massas populares e dos novos sujeitos coletivos de base.” (CANOTILHO; LEITE, 2007, p. 162).

A previsão de cooperação dos catadores na PNRS é válida e corrobora com o Princípio da Participação e Cooperação Ambiental, segundo o qual todos são responsáveis pela preservação do meio ambiente equilibrado, dever que não é restrito ao Estado, mas abrange todos os atores sociais. Ademais, é uma forma de inclusão social, concretizadora da sustentabilidade, que é baseada na harmonia entre os aspectos sociais, econômicos e ambientais.

4 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA

A Constituição Federal determinou como função institucional do Ministério Público a promoção de ação civil pública “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III). No mesmo sentido, a Lei n. 8.625/93

- Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (art. 25, inc. IV, alínea “a”) e a Lei Complementar Estadual n. 197/00 (art. 82, inc. VI, alínea “c”) dispõem sobre a incumbência do Ministério Público para tutelar os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Nesse norte, mostra-se crucial ao exercício de suas funções institucionais o conhecimento das leis, princípios embaixadores e instrumentos determinantes para a concretização da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei n. 12.305/2010), com o escopo de garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CRFB/88), haja vista os riscos que a gestão inadequada de resíduos sólidos pode causar.

Em Santa Catarina, até o ano de 2001, 56% dos Municípios possuíam lixão a céu aberto como local para disposição final de resíduos, motivo pelo qual o Ministério Público de Santa Catarina, por meio da então Coordenadoria de Defesa do Meio Ambiente, criou o Programa “Lixo Nosso de Cada Dia”. Esse programa, inicialmente com o fito de promover a adequada disposição final de resíduos domiciliares, também incentivou a recuperação de áreas degradadas, a realização de trabalhos de educação ambiental e a implementação de usinas de reciclagem.

Atualmente, os esforços do Programa voltam-se não somente à conferência da manutenção dos Aterros Sanitários em condições adequadas mas também à implantação de uma Política abrangente pela Gestão Integrada dos Resíduos Sólidos, que inclui a necessidade de conscientização acerca da questão dos resíduos e de estimular um comportamento parcimonioso, evitando a geração de resíduos e alternativamente aproveitando-os ao máximo. A adequação do Programa “Lixo Nosso de Cada Dia” à Lei n. 12.305/2010 tem sido efetuada mediante a solicitação de informações aos Municípios catarinenses acerca da elaboração dos Planos de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos pelo Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente, que deverão ser finalizados até 2014, conforme abordado em tópico anterior.

Mormente, o órgão tem buscado refinar possibilidades para melhorar a gestão de resíduos sólidos no âmbito interno, exemplificativamente com a disposição final separada de alguns resíduos perigosos, sujeitos à logística reversa, como as pilhas e as baterias, o que demonstra o compromisso do Ministério Público de Santa Catarina com a efetivação da Política Nacional de Resíduos Sólidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todo o exposto, percebeu-se a relevância do tema no Direito Ambiental, especialmente pelo contexto contemporâneo formado por uma Sociedade de Consumo, na qual o ritmo da produção reflete o exponencial aumento de resíduos.

Em relação à classificação dos resíduos, notou-se crucial o critério do nível de periculosidade que implica, exemplificativamente, a exigência de licenciamentos específicos, por exemplo no caso de tratamento de resíduos sólidos oriundos de serviço de saúde ou de resíduos industriais. É igualmente importante a diferenciação entre rejeitos e resíduos sólidos, a fim de possibilitar a aplicação do princípio da hierarquia.

Novos princípios foram apontados, próprios do Direito dos Resíduos Sólidos: a ecoeficiência, a responsabilidade compartilhada e o reconhecimento do resíduo sólido como bem econômico, de valor social e promotor de cidadania, além do princípio da hierarquia, que norteia a atuação preventiva sugerida pela Lei n. 12.305/2010.

Instrumentos característicos da Política Nacional de Resíduos Sólidos foram brevemente abordados, ficando clara a diferenciação entre os Planos de Gestão, a serem elaborados pelo Poder Público, e os Planos de Gerenciamento, pelo setor privado, como novo requisito de licenciamento. Tanto a elaboração dos planos quanto a instituição da logística reversa mostram-se providenciais para a prevenção da poluição decorrente do descarte inadequado de resíduos sólidos.

Auferiu-se a necessidade de elaboração de planos de gerenciamento para os geradores de resíduos sólidos sujeitos à logística reversa, ante a complexidade de operacionalização do retorno de bens pós-consumo ao setor industrial.

Explicitou-se o incentivo legal à inclusão de catadores no processo de reutilização e reciclagem de resíduos sólidos, mediante a criação de cooperativas e associações, o que corrobora o Princípio da Participação e Cooperação Ambiental.

Finalmente, foi salientada a necessária fiscalização sobre a gestão dos resíduos sólidos pelo Ministério Público, em razão de sua função institucional de proteção ao meio ambiente, o que tem ocorrido no Estado de Santa Catarina com a manutenção do Programa “Lixo Nosso

de Cada Dia". Concluiu-se, portanto, que os novos instrumentos da Lei n. 12.305/2010, tendo em vista seu caráter preventivo, auxiliam o Ministério Público nessa função institucional, por exemplo, mediante a exigência de elaboração de Planos Municipais de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, que devem ser elaborados até 2014.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **O princípio do nível elevado de proteção e a revogação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos**. Coimbra: Almedina, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. **Gestão do Lixo**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/meio-ambiente/gestao-do-lixo>>. Acesso em: 8 abr. 2013.

BRASIL. **Lei n.12.305**, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm>. Acesso em: 2 abr. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CENTRO DE APOIO DAS PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. **Os Bilhões Perdidos No Lixo - Material Orgânico**. Criado em: 2009. Disponível em: <<http://www.meioambiente.caop.mp.pr.gov.br/modules/noticias/makepdf.php?storyid=50>> Acesso em: 13 set. 2012.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo, extra-patrimonial / José Rubens Morato Leite. 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1998.

WWF. **Relatório Planeta Vivo 2012**: A caminho da Rio + 20. Disponível em: <http://d3nehc6y19qzo4.cloudfront.net/downloads/relatorio_planeta_vivo_sumario_rio20_final.pdf> Acesso em: 15 maio 2012.

A VALORIZAÇÃO DA FAMÍLIA NA ERRADICAÇÃO DO TRABALHO PRECOCE: UMA ALTERNATIVA PARA O ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO¹

Carmen Lúcia Matos

Servidora do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Bacharel em Economia pela UFSC

Bacharel em Direito pela Uniban

“A criança é o elo mais fraco e exposto da cadeia social. Se um país é uma árvore, a criança é um fruto. E está para o progresso social e econômico, como a semente para a plantação. Nenhuma nação conseguiu progredir sem investir na educação, o que significa investir na infância. Por um motivo bem simples: ninguém planta nada se não tiver uma semente.” (Gilberto Dimenstein).

SUMÁRIO

Introdução. 1 Aspectos Históricos. 2 O Conceito de Criança e Adolescente. 3 Definição e Caracterização de Trabalho Precoce. 3.1 As Causas do Trabalho Precoce. 3.1.1. As necessidades econômicas. 3.1.2 A reprodução cultural. 3.1.3 A ausência de políticas públicas. 4 Consequências do Trabalho Precoce. 4.1 Consequências Econômicas. 4.1.1 Consequências ao desenvolvimento físico e psicológico. 4.1.2 Consequências na educação. 5 A Proteção Jurídica da Criança e do Adolescente. 6 A Relação: Família e Trabalho Precoce. 6.1 A Desestruturação da Família. 6.2 A Ausência do Estado no Fortalecimento da Família. Considerações Finais. Referências.

¹ Artigo apresentado no 10º Congresso Internacional de Direito Alternativo em 2007 – Cesus.

RESUMO

Este artigo pretende apresentar alguns aspectos históricos do trabalho precoce, suas causas e consequências, bem como as dificuldades do Estado em erradicá-lo, e ao mesmo tempo buscar valorizar a família, entendendo-a como base fundamental para o futuro das crianças e adolescentes.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho Precoce. Estado Democrático. Família.

ABSTRACT

This paper presents some historical aspects of early labor, its causes and consequences, as well as the difficulties of the State in eradicating it, and at the same time seek to value family, understanding it as the foundation for the future of children and adolescents.

KEYWORDS: Early Work. Democratic State. Family.

INTRODUÇÃO

Quando o assunto é “trabalho precoce”, surge logo a ideia de que seria somente aquele trabalho braçal ou pesado, o qual as crianças e os adolescentes seriam obrigados a realizar. Mas o trabalho precoce é todo aquele trabalho em que a criança e/ou adolescente realiza e tem como causa principal a situação de extrema pobreza em que vivem as famílias e, como consequência, a não frequência à escola.

O trabalho precoce é uma consequência do passivo social criado ao longo dos anos, e o governo brasileiro, em pleno século XXI, teima em se dizer impotente para erradicá-lo. Alega que o volume da exploração e das desigualdades sociais é superior ao que arrecada o caixa da União e aos recursos criativos de toda a inteligência nacional.

No Brasil, o trabalho precoce reflete uma forma específica de ar-

ranjo familiar em que as crianças e os adolescentes trabalham para conseguir sobreviver e geralmente o fazem com prejuízo escolar. A criança e/ou o adolescente, por necessidade da família e em solidariedade a ela, ingressam no trabalho quase no mesmo tempo que na escola, mas, lentamente, a combinação de ambos fica inviabilizada. A escola fica em segundo lugar por volta dos quatorze anos, o trabalho se impõe como alternativa mais possível a ser seguida tendo um retorno imediato e, assim, o adolescente se desenvolve vendo suas perspectivas limitadas pela baixa escolaridade e falta de qualificação profissional.

Infelizmente, para um grande número de crianças e adolescentes, devido à pobreza familiar, não existe alternativa que não seja o ingresso precoce no mundo do trabalho. Pode-se considerar trabalho também aquela atividade doméstica em que muito cedo as crianças e/ou os adolescentes começam a realizar e que a família não considera trabalho, mesmo que exija esforço de quem a exerce.

Em razão disso, são mais de cinco milhões² de crianças (de cinco a dezessete anos) alistadas como trabalhadoras no País, isso apenas nas chamadas piores formas e excluindo-se as prostitutas-mirins, que não foram contadas pelos órgãos oficiais.

O trabalho precoce está ligado a esse processo, que resulta em um quadro social no qual as crianças e os adolescentes são estimulados a trabalhar desde muito cedo, pois o motivo maior é a possibilidade de alívio da miséria e a satisfação das necessidades essenciais. Por isso, qualquer remuneração, por mais baixa que seja, é recebida com muita satisfação, pois significa a possibilidade imediata de superar a fome. Nesse sentido, quanto maior for a pobreza da família, mais cedo esta se vê obrigada a colocar seus filhos mais novos para trabalhar e garantir a sobrevivência dela.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS

Na história da humanidade, pode-se perceber que o trabalho precoce existe desde as sociedades primitivas, nas quais a criança trabalhava com intuito de aprendizagem, de preparação para o futuro e colaborava

2 Segundo a PNAD/2006 sobre o Trabalho Infantil, feita pelo IBGE, são 5,1 milhões de crianças e adolescentes. Mais informações ver *site* do IBGE. www.ibge.gov.br.

na produção familiar. O trabalho era desenvolvido na agricultura, sem exploração e segundo a capacidade física do indivíduo, proporcionando a ele a convivência com os adultos, e adquirindo por consequência, conhecimento com gerações mais experientes. Porém, ainda assim, a criança era vista como um trabalhador.

A partir da Revolução Industrial, o trabalho feminino, de crianças e de adolescentes tornou-se mais amplo com o surgimento das máquinas. A mão de obra desses, era muito utilizada pelos donos de fábricas que pagavam um valor muito inferior ao que seria pago a um adulto. O trabalho das mulheres, de crianças e adolescentes era somente mão de obra barata, sendo um ótimo negócio aos proprietários das fábricas.

A maioria das crianças e dos adolescentes não tinha liberdade de escolher entre trabalhar ou não. Para aqueles que pertenciam às famílias bem sucedidas, o trabalho era visto como oportunidade, na qual, além de buscar uma forma de realização pessoal, também adquiriam mais vantagens econômicas, enquanto os filhos de operários encontravam no trabalho uma alternativa de auxílio de renda familiar.

No final do século XIX e começo do século XX, a história das condições de vida e a problemática que envolve a criança e o adolescente começam a despertar interesse em alguns setores da sociedade. Devido aos grandes contingentes populacionais que, após a abolição da escravidão e o início da industrialização, passaram a se deslocar para os principais centros urbanos à procura de melhores oportunidades, ocorre que as grandes metrópoles experimentam um intenso crescimento demográfico.³

No entanto, as cidades passaram a oferecer novas oportunidades de ascensão de trabalho para uns e a exclusão do mercado de trabalho para outros, restando-lhes trabalhos precários, esporádicos e a mendicância. O baixo rendimento familiar, a carestia dos alimentos e da habitação aliados a uma oferta de emprego preferencial para a mulher e a criança, sobretudo na indústria têxtil, leva famílias inteiras ao trabalho para o aumento de sua renda.

3 Conforme preceitua Cardoso (2001, p. 10): Este processo de urbanização acelerado em consequência do processo de industrialização trouxe consigo vários problemas sociais, tais como: falta de habitação; aglomeração de residências de trabalhadores próximos das fábricas; famílias inteiras e numerosas residindo em pequenos quartos de habitação coletiva, sem iluminação, sem ventilação e com falta de higiene; falta de água e saneamento; transporte insipiente e caro; alta taxa de mortalidade infantil; epidemia; subnutrição; falta de serviços públicos; mendicância; aumento de criminalidade.

2 O CONCEITO DE CRIANÇA E ADOLESCENTE

É importante ressaltar que, desde 1988, com a criação do Direito da Criança e do Adolescente como disciplina jurídica autônoma, houve a revogação total da doutrina da situação irregular e do Código de Menores, eliminando definitivamente a expressão menor do ordenamento jurídico brasileiro pelo seu caráter discriminatório e estigmatizante.

O Estatuto da Criança e do Adolescente precisou o alcance das novas categorias, definindo, em seu artigo 2º, como criança toda a pessoa com idade até doze anos e adolescente aquele com idade entre doze e dezoito anos incompletos.⁴

3 DEFINIÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DE TRABALHO PRECOCE

Embora a expressão trabalho infantil seja usual para caracterizar os trabalhos proibidos à criança e ao adolescente, tal conceito possibilita interpretação duvidosa e pode ocultar os trabalhos proibidos ao adolescente.

Desse modo, o conceito trabalho precoce é representativo das modalidades de trabalhos realizados antes do tempo necessário ao desenvolvimento ou provocadores de prejuízos físicos e psicológicos à criança e ao adolescente.

Segundo a Lei n. 10.097/2000, art. 1º, “é proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos catorze anos”. A Emenda Constitucional determina ainda que o trabalho noturno, perigoso ou insalubre é permitido apenas a maiores de 18 (dezoito) anos. (VADE MECUM, 2007, p. 12).

No entanto, é preciso refinar essa definição, contemplando certos aspectos culturais, pois o sentido de trabalhar varia de acordo com a cultura, com a sociedade, e também depende do momento histórico em que as crianças e adolescentes se encontram.⁵

4 “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.” (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990).

5 Carvalho *apud* Arregui (2000, p. 109) conceitua: “O trabalho condenado, proibitivo, é aquele que as crianças e adolescentes são forçados a realizá-lo para sobreviver, para contribuir na renda familiar; é o trabalho que os faz abandonar a escola e o brinqueado, que os faz renunciar ao desenvolvimento de suas

É preciso lembrar que o simples fato de trabalhar em casa ou com a família não descaracteriza o trabalho precoce. Mesmo no espaço do trabalho em família, sabe-se que muitas crianças são submetidas a estafantes jornadas de trabalho na lavoura familiar ou são responsabilizadas por todos os serviços domésticos e cuidados com os irmãos menores em casa, sem que lhes seja garantido, por exemplo, tempo para ir à escola ou para brincar.

3.1 AS CAUSAS DO TRABALHO PRECOCE

O fenômeno trabalho precoce no Brasil tem causas complexas, pois são variados os motivos que levam ao recurso da mão de obra infantojuvenil. No entanto, existem três causas especiais que predominam na decisão de incorporação de crianças e adolescentes em processo de desenvolvimento no mundo do trabalho: a necessidade econômica, a reprodução cultural e a ausência de políticas públicas.

3.1.1 As Necessidades Econômicas

O ingresso precoce de muitas crianças deve-se a uma decisão de sua família que, como estratégia para aumentar a renda familiar, consentem que seus filhos vendam as suas forças de trabalho, mesmo estando esses sujeitos a quaisquer riscos.

De acordo com Costa (2002, p. 197), “[...] os pais das crianças que trabalham sabem dos riscos que estas correm, contudo alegam ser necessária a mão-de-obra delas, pois segundo eles é esta mão-de-obra que garante a comida, a vestimenta e os remédios necessários”.

Há de se considerar que, para a família carente de recursos, a necessidade mais urgente é ganhar o suficiente para poder sobreviver e as demais necessidades serão satisfeitas à medida do possível.

potencialidades e, conseqüentemente, de participar de forma mais igualitária da riqueza social, cultural, econômica da sociedade a que pertence.”

3.1.2 A Reprodução Cultural

Apesar de os fatores econômicos apresentarem-se como os principais determinantes do ingresso precoce no mercado de trabalho, outro fator importante é a questão cultural e tradicional existente na família, seja com aspecto educativo ou moralizador.⁶

Um outro aspecto importante refere-se ao fato de que a própria sociedade acredita que, quando a criança e o adolescente trabalham, eles não correm o risco de cometerem delitos. Ora, se a ausência de trabalho determinasse a prática de delitos, os milhões de desempregados brasileiros estariam praticando furtos cotidianos e decisivamente não é o que ocorre no País.

3.1.3 A Ausência de Políticas Públicas

Além dos fatores econômicos e culturais, as crianças e adolescentes são frequentemente explorados no mundo do trabalho em decorrência da ausência de políticas públicas capazes de efetivar os direitos garantidos.

Os acessos à cultura, à arte, ao lazer e ao esporte são direitos fundamentais e devem ser disponibilizados por meio de políticas públicas, pois são necessários ao desenvolvimento integral da criança e do adolescente.

Com a sociedade e o Estado sem qualquer compromisso em garantir um desenvolvimento pleno e saudável às suas crianças e aos seus adolescentes por meio de políticas sociais públicas. Diante do vazio de alternativas, o trabalho será a resposta simples, pois é legitimado pela família e oculta as responsabilidades de atendimento e promoção dos direitos infantojuvenis.

Portanto, a incorporação de crianças e adolescentes no mercado de trabalho expressa, por um lado, deficiências das políticas para a

6 Custódio (2002, p. 22) registra que “Um outro fator que tem contribuído muito para o aumento da existência do trabalho infanto-juvenil é também a cultura, que valoriza o trabalho e ‘quanto mais cedo melhor’. Tanto os pais quanto os empregadores e gestores da rede pública, ainda possuem a visão antiga, mas que predomina ainda hoje, que o trabalho é importante para as crianças e jovens. Não percebem, com isso, da agressão que é submeter à criança ao trabalho precoce, pois a preocupação final, escamoteada por um discurso assistencialista é o lucro [...]”

educação, saúde, habitação, cultura, esportes e lazer, além da ineficácia da fiscalização do trabalho para cumprimento da lei e da vigência de certas crenças, mesmo entre os próprios pais. Expressa também os efeitos perversos da má distribuição de renda, do desemprego, dos baixos salários, ou seja, de um modelo econômico que não contempla as necessidades do desenvolvimento social.

4 CONSEQUÊNCIAS DO TRABALHO PRECOCE

Os principais motivos para a prevenção e a erradicação do trabalho precoce são suas consequências. O trabalho precoce tem efeitos em longo prazo e alguns dificilmente são perceptíveis imediatamente. Essa condição reforça mitos que trabalhar não faz mal a ninguém.

No entanto, o trabalho precoce tem efeitos complexos principalmente nas condições econômicas, sociais, educacionais e ao desenvolvimento de crianças e adolescentes.

4.1 CONSEQUÊNCIAS ECONÔMICAS

De acordo com Azevedo (2000, p. 32), os principais efeitos econômicos do trabalho precoce envolvem a precarização das relações de trabalho; a compressão dos salários para um patamar inferior dos que seriam pagos aos adultos; e a redução das oportunidades de emprego, ocupação e inserção profissional aos adultos, reforçando o círculo vicioso da transmissão intergeracional de exclusão social para crianças, adolescentes e famílias. Como é realizado à margem da lei, aumenta os índices de informalização no mercado de trabalho e provoca alto custo social nos sistemas de saúde, educação, previdência e assistência social.

Com base na PNAD de 2006 (IBGE, 2006), chega-se a números que quantificam e atestam a tese de que quanto mais tarde a pessoa entrar no círculo economicamente ativo maior será seu salário durante 35 anos de trabalho, tempo de recolhimento compulsório para aposentadoria.

4.1.1 Consequências para o Desenvolvimento Físico e Psicológico

O trabalho dignifica o homem e deve ser considerado um instrumento de realização. No entanto, o trabalho precoce priva a criança de seu direito à educação, ao convívio familiar, à saúde e ao lazer.

Os principais problemas que afetam as crianças e os adolescentes surgem geralmente da situação de vulnerabilidade em que vivem, e o trabalho precoce afeta diretamente o desenvolvimento físico, psíquico e biológico.⁷

De acordo com Custódio (2002, p. 34), o que fica evidente é que o trabalho precoce afeta os pequenos trabalhadores que geralmente não consomem calorias suficientes e apresentam deficiência de proteínas, cálcio e vitaminas. Com uma alimentação pobre, trabalhando em condições precárias e, uma vez desnutridos, eles não têm condições de desenvolvimento, porque “criança é um ser com menor força e resistência e com isso envelhece prematuramente, sem haver amadurecido como pessoa humana”.

4.1.2 Consequências na Educação

Ao ser inserida no mundo do trabalho, a criança é impedida de viver a infância e a adolescência sem ter assegurado os seus direitos de brincar e estudar, afastando-os por completo do convívio social com pessoas da sua idade. Sem ter como fugir dessa realidade, as crianças submetem-se a esse processo, deixando de lado os estudos e as brincadeiras, para realizarem atividades que inibem seus desejos naturais, principalmente o de se expressar, provocando baixa autoestima e desvio em suas personalidades, quando passam a se enxergar como incapazes.

No Brasil, o trabalho infantojuvenil representa um fator de não escolaridade, os investimentos em políticas de educação não são suficientes e é visível a falta de acesso à educação de muitas crianças e

7 Segundo o Ministério do Trabalho e Emprego (2000, p. 9): São constatados que os trabalhos realizados em ambientes externos como o trabalho rural, onde as crianças e adolescentes se expõem a difíceis condições climáticas existe o aumento de infecções, como: tétano, desidratação, queimaduras solares, entre outros. Somando-se a estes, outros riscos do trabalho precoce na agricultura são devidos ao uso de ferramentas cortantes; transporte em veículos sem segurança; possibilidade de picadas de animais peçonhentos; manuseio de máquinas e equipamentos em más condições; manipulação de agrotóxicos; exercícios físicos excessivos e inadequados e excesso de jornada de trabalho.

adolescentes. Embora tenham sido constatados avanços significativos nesses últimos anos, observam-se, ainda, graves problemas decorrentes da ineficiência do sistema educacional brasileiro, considerando as sérias dificuldades que ainda persistem.⁸

Dessa forma, a família carente e desprovida de recursos, decide por suprir as necessidades imediatas, não valorizando o que tem de perspectivas de mudança, que seria o investimento escolar.

5 A PROTEÇÃO JURÍDICA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A situação da infância no Brasil passou a ser motivo de atenção do Estado e também da sociedade a partir de 1980, onde foram organizados movimentos que exigiram transformações nas formas de atender às necessidades dessa parcela da população.⁹

Durante a elaboração da Constituição de 1988, diversos grupos de pressão e movimentos sociais organizados denunciaram a situação desumana e violenta a que estava submetido grande contingente da população de crianças e adolescentes pobres do País.¹⁰

A partir da regulamentação desse artigo, foi promulgado pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que introduz inovações importantes no tratamento da questão da infância e adolescência, revogando a legislação anterior, o Código de Menores e a Política Nacional do Bem Estar do Menor.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (2002, p. 22) incorpora uma nova concepção de criança e adolescente, à medida que passa a tratá-los como sujeitos de direitos e pessoa em condição peculiar em desenvolvimento, o que significa que, nessa fase da vida, necessitam

8 Pereira (1994, p. 19) afirma que “O desemprego estrutural e as novas demandas do mercado de trabalho deixam claro que o trabalhador hoje precisa de: formação educacional mínima de 1º grau completo, profissionalização versátil e polivalente, bem como socialização, requisitos capazes de instrumentalizar o indivíduo para as relações sociais, para a arte da negociação, para o pensamento flexível e criativo, enfim, para o domínio da cultura de seu tempo.”

9 Cardoso (2001, p. 13) afirma que “Surtem nessa década de luta pela democracia da sociedade brasileira vários movimentos sociais em defesa dos índios, mulheres, negros, sem terra, sem teto, contra a carestia, por melhoria nos bairros da periferia, pelas eleições diretas e pela instalação da Assembléia Constituinte.”

10 A Constituição Federal (2007, p. 61), em seu artigo 227, expressa claramente: [...] é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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 a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

de atendimento e cuidados especiais para se desenvolver plenamente.

O principal aspecto do Estatuto da Criança e do Adolescente é especificar os direitos da criança e do adolescente no que diz respeito à vida e à saúde, à liberdade, ao respeito e à dignidade, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, e à profissionalização e à proteção ao trabalho.

No que se refere ao trabalho, o Capítulo V do Estatuto da Criança e do Adolescente é inteiramente dedicado ao tema, e a determinação encontrada é a seguinte no art. 60: “é proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz”¹¹.

Para fazer valer os direitos previstos, o ECA (2002, p. 72) também criou os Conselhos Tutelares, que são órgãos permanentes e autônomos, não jurisdicionais, encarregados pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos das crianças e dos adolescentes, registrado em seu artigo 131.

Dessa forma, percebe-se que o Estatuto não descreve apenas os direitos mas também cria mecanismos para que eles possam ser assegurados na prática.

6 A RELAÇÃO FAMÍLIA E TRABALHO PRECOCE

A família é uma pequena sociedade humana, cujos membros têm contato direto, laços emocionais e uma história compartilhada. É ela uma estrutura social tão antiga quanto a própria humanidade. Falar sobre o tema família é uma tarefa complexa, uma vez que não existe mais um modelo específico de família.

Assim, de acordo com Szymanski (2002, p. 9), a família pode ser entendida como “uma associação de pessoas que escolhe conviver por razões afetivas e assume um compromisso de cuidado mútuo e, se houver, com crianças, adolescentes e adultos”.

Conforme Ribeiro Filho (2000, p. 9), por ser a família algo que se modifica e se transforma, constatou-se que, anteriormente à Revolução Industrial, as formas de relação familiar se caracterizavam como famílias de parentesco extenso, por serem formados por grandes grupos, compostos por outros membros que não fossem somente pai, mãe e filhos.

11 No texto promulgado em 1990, eram dezesseis anos, porém foi alterado pela Emenda Constitucional n. 20, em 16/12/98.

Faziam parte também da estrutura familiar, tios, avós e primos e todos trabalhavam, produziam e residiam juntos.

Porém, com as mudanças decorrentes da sociedade industrial, a família considerada de parentesco extenso sofre um processo de dissolução, dando lugar à família nuclear, composta por pai, mãe e filhos, sem a inclusão de parentes, e esse tipo de relação familiar é o que predomina nos dias de hoje.

Em geral, a família nuclear de décadas passadas apresentava suas funções bem definidas, nas quais o amor materno, a figura da mãe abnegada era dedicada ao lar, auxiliando e educando os filhos e esses se mantinham sob a guarda dos pais, estudando até completar maioridade, quando chegava o momento de seguirem em busca de seus ideais. O pai, como provedor, era encarregado por meio de seu trabalho de providenciar o sustento da casa.

6.1 A DESESTRUTURAÇÃO DA FAMÍLIA

Com as mudanças sociais ocorridas no século XX, houve uma transformação nas nossas instituições sociais e econômicas. Diversos autores, entre eles Ribeiro Filho¹², não entendendo que a instituição familiar irá acompanhar o movimento da sociedade, começam a prognosticar o caos e a crise sem precedentes da família.

A crise familiar é decorrente dos desgastes ocasionados por estratégias de sobrevivência, nas quais as famílias vêm sofrendo prejuízos que se refletem no ambiente doméstico, e dessa situação se originam os conflitos familiares, situação em que os membros mais atingidos são as crianças e os adolescentes. Sabe-se que o desenvolvimento da criança e do adolescente está diretamente influenciado pela somatória de condições internas e externas ao seu meio familiar e a uma série de acontecimentos. Existem crianças e adolescentes negligenciados no meio familiar e o prejuízo causado por essa situação influencia e pode interferir no seu desenvolvimento psicossocial.

12 Ribeiro Filho (2000, p. 12) aponta que “Os valores conjugais vão alterando-se. A falta do casamento religioso ou mesmo o casamento legal não são impeditivos para uma união estável. A união por toda a vida é apenas umas das possibilidades [...] a saída, da mulher do espaço privado, em decorrência de toda uma infra-estrutura construída socialmente (as creches, as escolas, as máquinas para facilitar os trabalhos domésticos). O movimento feminista, associado aos demais movimentos sociais das minorias raciais, evidenciam que o modelo de família conjugal moderno está em crise.”

6.2 A AUSÊNCIA DO ESTADO NO FORTALECIMENTO DA FAMÍLIA

No Brasil, a questão da família tem sido historicamente relegada a um plano secundário, na evolução das lutas sociais. Na década de 1980, por ocasião da Assembleia Constituinte, todos os movimentos sociais se mobilizaram para incluir no novo texto seus pleitos de reivindicações.

Porém, nenhuma força importante apresentou propostas em nome de um movimento de organizações familiares. Para Carvalho (*apud* Kaloustian, 2000, p. 21), “As conquistas que mudarem a face da questão familiar na Constituição foram apresentadas pelos movimentos em favor da mulher e a promoção e defesa dos direitos da criança e do adolescente”.

Mesmo com os avanços da Constituição, não é difícil perceber que a importância do trabalho com as famílias é considerada, na maioria das vezes, periférica e, quando existe, não é a família o alvo principal, mas, sim, a mulher, o trabalho, a criança.¹³

Pelas alterações significativas que estão ocorrendo nas esferas econômica, política e social, as famílias de hoje vêm sofrendo um processo de deterioração, que fatalmente poderia identificá-la como modelo único ou ideal. Pelo contrário, ela se manifesta como um conjunto de trajetórias individuais que se expressam em arranjos diversificados e em espaços e organizações domiciliares peculiares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Trabalho Precoce ocorre em nosso País como em diversos outros países do mundo, por diferentes razões. Entre esses motivos, a concentração de renda nas mãos de poucos, a pobreza que dela resulta e a necessidade de complementar a renda familiar constituem-se no mais importante e frequente fator, conforme explicitados no presente trabalho.

Essa estrutura econômica levou o Brasil a ser reconhecido mundialmente como um dos países com os maiores índices de desigualdade

13 Ferrari e Kaloustian (1994, p. 13) salientam que “Por detrás da criança excluída da escola, nas favelas, no trabalho precoce urbano e rural e em situação de risco, está a família desassistida ou inatingida pela política oficial. Quando esta existe, é inadequada, pois não corresponde às necessidades e demandas para oferecer o suporte básico para que a família cumpra, de forma integral, suas funções enquanto principal agente de socialização dos seus membros, crianças e adolescentes principalmente [...]”

social, expressos na concentração de renda nas classes economicamente protegidas. Em geral, a sociedade tem optado por subordinar a área social ao setor econômico. Há um consenso de que, não havendo crescimento econômico, não há como sustentar e desenvolver o social, para, com isso, fortalecer a estrutura familiar. No entanto, possivelmente, se a área social fosse priorizada, seria construída uma base sólida, um lastro social com capacidade para desenvolver e sustentar a dimensão econômica. Faz parte da nossa mentalidade dizer que sem o econômico não se pode atender ao social. O agir econométrico erra ao pensar que, se a economia cresce, automaticamente o social se desenvolve.

Muitas lacunas sobre a situação do trabalho infantil permanecem não preenchidas, além de não se ter conhecimento completo sobre as cadeias produtivas nas quais as ocupações das crianças são requeridas, também não se conhece em detalhe a participação da mão-de-obra infantil na estrutura de renda familiar, nem os impactos da supressão desses rendimentos.

Não resta dúvida de que o bem-estar das crianças e dos adolescentes se encontra diretamente relacionada à possibilidade de manterem um vínculo familiar estável. A promoção das famílias, o apoio a elas, sobretudo àquelas em situação mais vulnerável e o reconhecimento delas como objeto de políticas públicas constituem-se em fatores decisivos na busca de objetivos prioritários do desenvolvimento humano, tais como: eliminação da pobreza, o acesso à saúde, a educação e a alimentação, e, certamente, a erradicação efetiva do trabalho infantil.

Para que sejam concretizados esses objetivos, é indispensável a atenção à família, por meio de políticas públicas adequadas, sendo um dos fatores condicionantes das transformações às quais a sociedade brasileira aspira e um dos eixos fundamentais da política para a criança e o adolescente.

As ações de fortalecimento das famílias oferecem somente transferência de renda e/ou programas de geração de emprego e renda, não incorporam as dimensões de promoção social, emancipação financeira e inclusão social.

Sem delegar às crianças um cotidiano de estudo, esporte, cultura, brincadeira e afeto, o trabalho infantil continuará sendo um tema em evidência no País, merecendo todos os esforços possíveis para sua erradicação.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, J. S. G.; MENEZES, W. F.; FERNANDES, C. M. **Fora de Lugar: Crianças e Adolescentes no Mercado de Trabalho**. São Paulo: Associação Brasileira de Estudos do Trabalho – ABET, Coleção Teses e Pesquisa Vol. 2, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n. 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n. 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

CARDOSO, M. M. **O cenário do trabalho de crianças e adolescentes no Brasil: uma realidade histórica**. ANAIS DO SEMINÁRIO DA REGIÃO SUL. Proteção integral para crianças e adolescentes: fiscalização do trabalho, saúde e aprendizagem. Florianópolis: DRT/SC, 2001.

CARVALHO, M. C. B. de. **A priorização da família na agenda da política social**. In: KALOUSTIAN, S. M. (Org.). Família brasileira a base de tudo. 4. ed. São Paulo: Cortez. Brasília: UNICEF, 2000.

_____. **O combate ao trabalho infantil na voz e na agenda da sociedade e do estado brasileiro**. In: ARREGUI, Carola Carbajal. Erradicação do trabalho infantil: dimensionando as experiências de Pernambuco. Mato Grosso do Sul/ Bahia/São Paulo: EDUC: IEE: PUC-SP: FINEP. 2000.

COSTA, A. A. da. **Trabalho infantil: algumas reflexões**. In: **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, n. 17, jan./jun. 2002. p. 185-206.

CUSTÓDIO, A. V. **O trabalho da criança e do adolescente no Brasil: uma análise de sua dimensão sócio-jurídica**. Dissertação – Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **Lei n. 8.069/90**. Realização: Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do adolescente – CONANDA. Execução: Movimento Nacional de Meninos e Meninos de Rua – MNMMR. Brasília/DF: Intertexto, 2002.

FERRARI, M. & KALOUSTIAN, S. M. **A importância da Família**. In: Família brasileira, a base de tudo. Silvio Manong Kaloustian (Org.). São Paulo: Cortez. Brasília, DF: UNICEF, 1994.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE, **Síntese dos Indicadores Sociais 2006**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 13 out./ 2007.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **Proteção Integral para crianças e adolescentes**, fiscalização do trabalho, saúde e aprendizagem. Florianópolis.

2000. 128p.

PEREIRA, I. [et al]. **Trabalho do adolescente: mitos e dilemas**. São Paulo: IEE PUC/SP. Série Defesa dos direitos da Criança e do Adolescente, 1994.

RIBEIRO FILHO, A. C. **Impacto das condições de vida na saúde de crianças e adolescentes**. *In*: Seminário da Região Sul, Proteção Integral para Crianças e Adolescentes. Florianópolis/SC. 2000.

SZYMANSKI, H. **Viver em família como experiência de cuidado mútuo**: desafio de um mundo de mudanças. *Revista Serviço Social & Sociedade Familiar*. São Paulo: Cortez. Ano XXIII, n. 71, São Paulo. 2002. p. 09.

VADE MECUM. **Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva** com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

O CONTROLE JURISDICIONAL DAS OMISSÕES ADMINISTRATIVAS E O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Cristina Nakos

*Pós-graduada em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera (Uniderp)
Assistente de Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Evolução dos direitos da criança e do adolescente, princípio da prioridade absoluta e implementação de políticas públicas. 1.1 Advento do estatuto da criança e do adolescente. 1.2 Princípio da prioridade absoluta: conceito e dispositivos legais que o garantem. 1.3 Necessidade de implementação de políticas públicas que assegurem os direitos da criança e do adolescente. 2 Controle jurisdicional dos atos administrativos. 2.1 Princípio da juridicidade e a diferença entre a discricionariedade administrativa e o mérito do ato administrativo. 2.2 O Princípio da prioridade absoluta como norma de eficácia plena e aplicação imediata. 2.3 (Des)cabimento da teoria da reserva do possível. Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar que os direitos das crianças e dos adolescentes devem ser efetivamente garantidos e tratados pela Administração Pública com absoluta prioridade, cabendo, em caso

Atuação	Florianópolis	V. 9	n. 20	p. 169 - 206	jan./jun. 2012
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

contrário, a intervenção do Poder Judiciário. Explicar que este Poder, ao efetuar o controle dos atos administrativos, quando configurada omissão, não se imiscui da função administrativa e não fere o princípio da separação dos poderes. Esclarecer a diferença entre a discricionariedade administrativa e o mérito administrativo e que o princípio da prioridade absoluta deve ser entendido como uma norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, e não como norma programática. Expor o descabimento da invocação da “teoria da reserva do possível” e analisar a não pertinência de grande parte da jurisprudência relacionada ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Jurisdicional. Princípio da Prioridade Absoluta. Políticas Públicas. Discricionariedade Administrativa. Mérito Administrativo. Norma Programática. Reserva do Possível.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate that the children and adolescents’s rights should be effectively secured and processed by the Public Administration with absolute priority, fitting, otherwise, the intervention of the Judiciary. Explain that this power, to effect the control of administrative acts, when configured default is not to meddle in administrative function and does not violate the principle of separation of powers. Clarify the difference between administrative discretion and administrative merit, as well as the principle of absolute priority must be understood as a rule fully effective and ready to be apply, not as a programmatic norm. Exposing that the invocation of the “theory of the possible reserves” does not apply, and also analyze the irrelevance of majority of the jurisprudence related to the theme.

KEYWORDS: Jurisdictional Control. Absolute Priority Principle. Public Policy. Administrative discretion. Administrative Merit. Norma Programática. Programmatic Norm. Possible Reserve.

INTRODUÇÃO

Em que pese a existência de preceitos constitucionais e infraconstitucionais determinando que os direitos das crianças e dos adolescentes sejam assegurados com prioridade absoluta, estes são diuturnamente violados por omissão da Administração Pública e do Poder Judiciário.

A Administração sustenta sua omissão no tocante à garantia dos direitos fundamentais dos infantes, sobretudo na ausência de dotação orçamentária. Por seu turno, o Poder Judiciário, ao ser buscado seu amparo, muitas vezes se mostra igualmente omissos em relação à efetivação dos direitos da população infantojuvenil. Em tais casos, os Tribunais de Justiça pátrios se consideram impossibilitados de compelir o Poder Executivo a executar políticas públicas para proporcionar essa efetivação por entender que, ao agir dessa forma, estariam se imiscuindo da função administrativa, pois invadiriam a discricionariedade do respectivo ato. Entendem, ainda, que se trata de norma programática e não de aplicação imediata, devendo, assim, ser efetivada de acordo com as possibilidades da Administração.

Em vista disso, viu-se a necessidade de demonstrar que é dever do Poder Judiciário assegurar o cumprimento dos preceitos constitucionais no que se refere à garantia dos direitos infantojuvenis, com prioridade absoluta.

1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, RESPONSABILIDADE ESTATAL, PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

1.1 ADVENTO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Com intuito de compreender os motivos da existência e da necessidade de cumprimento de preceitos normativos e principiológicos, garantindo proteção especial à infância, especialmente com o advento da Carta Constitucional de 1988 e da Lei n. 8.069/90, que consagrou o Estatuto da Criança e do Adolescente, impende invocar elementos históricos que contribuíram para a significativa evolução dos direitos da criança e do adolescente.

Até poucas décadas, as crianças e os adolescentes não eram reconhecidos como sujeitos de direitos. Considerava-se que essas pessoas eram apenas objetos de direito, cujos interesses confundiam-se com os interesses das pessoas adultas. Paulo Afonso Garrido de Paula¹ afirma que os infantes eram “elementos de uma simbiose, haja vista que os benefícios da união estariam contemplados pela proteção jurídica destinada” às pessoas adultas. As crianças representavam meras crias dos pais, submetendo-se exclusivamente às prerrogativas dessas pessoas adultas.

No Brasil, o problema das crianças abandonadas – as quais eram taxadas “desvalidas” ou “expostas” – começou a ser uma preocupação concernente à sociedade somente no final do século XVII. O amparo a esses infantes efetivou-se por iniciativa da Igreja, por meio de hospitais e instituições, subsidiados, unicamente, pela caridade pública, tendo em vista a suposta ausência de recursos alegada pelo Estado.

Em 1738, a partir da doação realizada pelo cidadão Romão de Mattos Duarte, foi criada a Santa Casa de Misericórdia, destinada a acolher os órfãos abandonados. Contudo, o número de mortes nessa Instituição era bastante elevado, uma vez que se submetia a criança a péssimas condições de instalação e a maus-tratos².

As crianças e os adolescentes daquela época eram considerados “culpados” por se encontrarem naquela situação de abandono. Como explicitam Selma Regina Aragão e Ângelo Luis de Sousa Vargas³, “a ‘caridade cristã’ era exercida a nível de castigo, já que as crianças eram ‘frutos do pecado’ (‘monstros’ ou ‘pródigos’, diria um romano) e podiam ser consideradas como uma espécie de ‘lixo social’”.

Em 1823, José Bonifácio apresentou a primeira proposta legislativa demonstrando preocupação em relação à criança brasileira, mais especificamente ao menor escravo. Contudo, mesmo estando o interesse mais voltado à manutenção da mão de obra, do que a real preocupação pelos direitos da criança, foi esta desconsiderada por D. Pedro I, quando outorgou a Carta Política de 1824⁴.

1 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 11.

2 ARAGÃO, Selma Regina; VARGAS, Angelo Luis de Sousa. *O estatuto da criança e do adolescente em face do novo Código Civil: cenários da infância e juventude brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 3.

3 Idem.

4 VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999. p. 11.

As casas legislativas voltaram a discutir os direitos das crianças apenas a partir de 1860, com a revolução abolicionista. Em 1862, o Senado aprovou lei que vedava a “venda de escravos sob pregação e exposição pública, bem como a proibição de, em qualquer venda, separar o filho do pai e o marido da mulher”⁵.

Da mesma forma, a Lei do Ventre Livre ou Lei Rio Branco (Lei n. 2.040, de 28 de setembro de 1871), visando à extinção da escravidão infantil, concedeu liberdade às crianças nascidas de mães escravas. Na prática, entretanto, essa liberdade era bastante questionável, porquanto as crianças “livres” continuavam submetidas à condição de servidão – visto que residiam com seus pais escravos –, eram abandonadas ou eram mortas.

Com a abolição da escravatura, os negros, ante a impossibilidade de se manterem na área rural, deixavam o campo para irem às cidades, de sorte que a urbanização decorrente do êxodo rural dos negros e da grande quantidade de imigrantes europeus que chegavam ao Brasil veio a agravar os problemas de abandono e de rejeição das crianças⁶.

Selma Regina Aragão e Ângelo Luis de Sousa Vargas⁷ afirmam ainda que “a Lei libertou o escravo, mas não lhe propiciou nenhum meio para exercer sua liberdade e nem para reivindicar os seus direitos. Livre, o escravo, diante da lei, ganhou o ‘*status*’ de ‘cidadão sem cidadania’, de ‘pessoa’, mas sem direitos e obrigações”.

Nesse ínterim, objetivando o recolhimento das crianças abandonadas, foi criada, em 1896, a Casa dos Expostos em São Paulo. Porém, assim como na Santa Casa de Misericórdia – e outras instituições destinadas ao mesmo fim –, em razão da escassez de recursos materiais e humanos, além das precárias condições a que as crianças eram expostas, o índice de mortalidade era bastante elevado⁸.

A precariedade dos abrigos públicos resultou na proliferação de instituições de caridade, não resolvendo, todavia, os problemas sofridos pelos infantes. Segundo Josiane Rose Petry Veronese⁹, “o tipo de assistên-

5 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 7.

6 VERONESE, Josiane Rose Petry; RODRIGUES, Walkíria Machado. **Infância e adolescência, o conflito com a lei: algumas discussões**. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2001. p. 27.

7 ARAGÃO, Selma Regina; VARGAS, Angelo Luis de Sousa. **O estatuto da criança e do adolescente em face do novo Código Civil: cenários da infância e juventude brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 5.

8 VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999. p. 15-16.

9 Idem. *Ibidem*, p. 18.

cia que era de iniciativa filantrópica, realizada por associações privadas ou por particulares, limitava-se, via de regra, a um só tipo de serviço como o de assistência médica, educacional ou simplesmente alimentar”.

Em 1924, a Declaração de Genebra cogitou a necessidade de proteção especial às pessoas em fase de desenvolvimento. Nesse mesmo ano, foi criado, pelo jurista Mello Mattos, o primeiro Juizado de Menores do Brasil, na cidade do Rio de Janeiro, com intuito de abrigar meninos e meninas, em seções subdivididas em “abandonados” e “delinquentes” (Veronese, 1999, p. 23).

Três anos após, elaborou-se o Código de Menores, também denominado “Código de Mello Mattos”, por meio do Decreto n. 17.943, de 12 de janeiro de 1927, sendo o primeiro a vigorar na América Latina, o qual, nas palavras de Josiane Rose Petry Veronese¹⁰, “veio alterar e substituir concepções obsoletas como as de discernimento, culpabilidade, penalidade, responsabilidade, pátrio poder, passando a assumir a assistência ao menor de idade, sob a perspectiva educacional”.

A força política da época com a consequente ausência de recursos e de autonomia das instituições inviabilizou a concretização das propostas apresentadas por esse Código. Em vista disso, com o fito de centralização de política nacional de assistência aos “menores desvalidos e infratores”, organizou-se, em 1941, o Serviço de Assistência a Menores (SAM), por meio do Decreto-Lei n. 3.779. Contudo, pelos mesmos motivos do Código de Menores – escassez de recursos e de autonomia –, o SAM não conseguiu cumprir as finalidades previstas¹¹.

Em 1943, por meio do Decreto-Lei n. 6.026, foi determinado que expressões da nomenclatura penal como “delinquente”, “cúmplice”, “pena” e “autor” fossem removidas do Código. Definiu-se, ainda, a abolição de medidas repressivas e de procedimentos judiciais tendentes a marginalizar a criança sem a intenção de sua efetiva recuperação¹².

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi um marco na história no que toca aos direitos e às liberdades da pessoa humana, ao determinar o direito a cuidados e assistências especiais à criança¹³.

10 Idem. *Ibidem*, p. 27-28.

11 VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999. p. 31-32.

12 ARAGÃO, Selma Regina; VARGAS, Angelo Luis de Sousa. **O estatuto da criança e do adolescente em face do novo Código Civil**: cenários da infância e juventude brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 7.

13 VARALDA, Renato Barão. Responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das normas gerais

Passada uma década, a Declaração dos Direitos da Criança (1959) inovou, ao afirmar a necessidade de ser a criança beneficiada com atenções e com cuidados especiais, em virtude de sua falta de maturidade física e intelectual. Primava-se pelo interesse superior da criança e a responsabilidade para solução dos problemas desta passou a ser dos pais e de todos os países. Os ditames dessa Declaração não foram efetivados, razão pela qual seria aprovada em 1989 a Convenção sobre os Direitos da Criança.

Em 1964, atribuindo-se à sociedade o problema do menor carente, foi inaugurada a Fundação do Bem Estar do Menor (FUNABEM) (Lei n. 4.513), cuja função era fiscalizar a Política Nacional do Bem Estar do Menor (PNBEM). Na prática, não havia grandes conquistas em comparação com as demais instituições já vistas. A liberdade e a cidadania da criança, assim como dos demais cidadãos, eram mitigadas, haja vista que o Brasil se encontrava no período de ditadura militar.

Em 1979, aprovou-se o novo Código de Menores, o qual adotou a Doutrina da Proteção ao Menor em Situação Irregular. Fundamentada no Direito do Menor, a proteção era limitada “ao menor em situação irregular”.

Esse Código foi o instrumento mais poderoso na consolidação da “doutrina da situação irregular”. Pressupunha foco estigmatizante ao refletir as questões afetas à situação de desajuste familiar vivida pela criança e pelo adolescente, decorrentes muitas vezes de problemas econômicos, “alcançando notadamente meninas e meninos habitantes de rua, adictos ou de qualquer forma excluídos, privando-os ainda mais do gozo dos direitos e garantias que teriam, se fossem adultos”¹⁴.

Observa-se que, não obstante já vigorasse a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Código propunha uma espécie de diagnóstico da criança, não a considerando efetivamente uma pessoa com direitos.

Selma Regina Aragão e Ângelo Luis de Sousa Vargas¹⁵ sustentam que o Código, malgrado buscasse a integração do “menor” à sociedade, ainda não tratava a criança ou o adolescente como um ser integral.

do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v.7, n. 26, p. 11-63, jan./mar.2008. p. 18.

14 MARQUES, Márcio Thadeu Silva. *Sistema de Garantia de Direitos da Infância e da Juventude*. In: Wilson Donizeti Liberati (org.). *Direito à Educação: uma questão de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 49.

15 ARAGÃO, Selma Regina; VARGAS, Ângelo Luis de Sousa. *O estatuto da criança e do adolescente em face do novo Código Civil: cenários da infância e juventude brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 9.

Ressaltam que a definição do “menor em situação irregular” pode representar a confirmação do estigma e da marginalização e criticam:

Na palavra “menor” podiam ser lidas outras palavras, tais como “pivete”, “delinquente”, “trombadinha”, “pixote”, “monstro”, “não-pessoa”, “coisa”, enfim, uma classificação negativa e anti-social. E a expressão “situação irregular” está carregada de conotações tais como “anormalidade”, “aberração”, “patologia”, “marginalidade”, etc. O certo é que o sujeito desta ação (a criança real, o futuro cidadão, a futura pessoa consciente de seus deveres e direitos) continua oculto. Por trás da criança, está a má distribuição de justiça e de rendas e, em nenhum momento, o verdadeiro problema é sequer mencionado na letra da lei.

O Professor Wilson Donizeti Liberati¹⁶ vai além ao afirmar que as medidas de proteção serviam apenas de camuflagem às sanções aplicadas aos menores em situação irregular: “Na verdade, em situação irregular estão a família, que não tem estrutura e que abandona a criança; os pais, que descumprem os deveres do poder familiar; o Estado, que não cumpre as suas políticas sociais básicas; nunca a criança ou o jovem”.

No sentido jurídico, as críticas ao Código de Menores não se mostram mais favoráveis. Prevalencia a “teoria do ‘direito tutelar’, que olhava a criança e o adolescente simplesmente como objetos de medidas judiciais quando estivessem em situação irregular”¹⁷.

Nessa época, o juiz tinha um papel significativo na vida dos “menores em situação irregular”, uma vez que se apresentava como uma figura paterna. Nas lições de Márcio Thadeu Silva Marques¹⁸, como um “bom pai”, ele não precisava justificar suas decisões ou ter legitimidade para exercer sua autoridade; esta legitimidade vinha de forma natural ao provedor e disciplinador do ambiente doméstico.

No contexto, a criança era submetida a um processo inquisitorial, configurando mero objeto de uma análise investigatória, sem restrições para invasão da sua privacidade. O direito constitucional do contraditório era uma prerrogativa apenas da pessoa adulta, visto que, em relação ao infante, não era obrigatória sequer a participação de um defensor¹⁹.

16 LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 13-14.

17 UBALDO, Edson. Responsabilidade do Estado pela Saúde da Criança. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, ano 4, vol. 5, p. 311-324, 1998. p. 311.

18 MARQUES, Márcio Thadeu Silva. *Sistema de Garantia de Direitos da Infância e da Juventude*. In: Wilson Donizeti Liberati (org.). *Direito à Educação: uma questão de Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 50.

19 VERONESE, Josiane Rose Petry. *Os direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1999. p. 38.

O processo para reeducação das crianças e dos adolescentes também não era eficiente. Essas pessoas eram enclausuradas e aglomeradas nas instituições de educação e de reclusão, não havendo processo de socialização. Pelo contrário, os “menores em situação irregular” eram definitivamente afastados da vida comunitária. Somente no final da década de 1980, houve um movimento em prol da população infantojuvenil, que enfim daria a proteção a ela devida, sem estar mascarado em outros preceitos que nunca se importaram de fato com seu bem-estar²⁰.

No Brasil, a garantia da proteção integral à infância e à juventude ocorreu apenas, em 1988, com o artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, fortalecido, em 1990, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90).

Contudo, não obstante uma luta de aproximadamente trezentos anos para garantir aos infantes a proteção devida, o governo ainda reluta para pôr em prática a legislação em vigor²¹.

1.2 PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA: CONCEITO E DISPOSITIVOS LEGAIS QUE O GARANTEM

Após tantos anos de luta para proteção dos direitos infantojuvenis, no final da década de 1980, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e o Estatuto da Criança e do Adolescente garantiram tratamento especial à criança e ao adolescente, ao adotarem a doutrina da proteção integral, que veio para substituir a tão criticada doutrina da situação irregular.

Nesse momento, a criança e o adolescente deixaram de ser notados apenas quando do cometimento de infrações ou em situação irregular; passaram a ser sujeitos de direitos fundamentais, ao Estado atribuiu-se a responsabilidade para a garantia desses direitos.

A esse respeito, vale destacar as lições de Edson Ubaldo²²:

Através dessa nova visão a criança e o adolescente passam

20 VERONESE, Josiane Rose Petry. **Interesses Difusos da Criança e do Adolescente**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 96.

21 ARAGÃO, Selma Regina; VARGAS, Angelo Luis de Sousa. **O estatuto da criança e do adolescente em face do novo Código Civil**: cenários da infância e juventude brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 12.

22 UBALDO, Edson. Responsabilidade do Estado pela Saúde da Criança. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, ano 4, vol. 5, p. 311-324, 1998. p. 312.

a ser sujeitos dos direitos fundamentais, a começar pela vida e pela saúde, criando-se para o Estado o dever de assegurá-los, garanti-los e torná-los efetivos e atuantes. O menor não é mais alguém a ser lembrado somente quando comete infrações ou quando se acha em situação irregular. Muito ao contrário, a moderna teoria da **proteção integral** dá-lhe o *status* de cidadão privilegiado, cujos direitos são prioritários em relação ao cidadão comum.

A proteção integral é resultado de diversas conquistas históricas. Ao contrário do que ocorria antes do advento dos aludidos diplomas, quando os interesses dos infantojuvenis dependiam dos interesses das pessoas adultas, a situação, ao menos em tese, inverteu-se. Os direitos e as garantias das crianças e dos adolescentes foram colocados em condição privilegiada em relação aos direitos dos adultos²³.

Objetivando garantir a efetiva proteção à criança e ao adolescente, a Carta Constitucional de 1988 ainda incorporou à doutrina da proteção integral o princípio da prioridade absoluta. O princípio da prioridade absoluta consiste na garantia de tratamento prioritário aos direitos da criança e do adolescente, responsabilizando-se expressamente a família, a sociedade e o Estado pela efetivação e pela garantia desses direitos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garantiu a prioridade absoluta aos direitos infantojuvenis no *caput* do seu artigo 227²⁴. A respeito, Márcio Thadeu Silva Marques²⁵ afirma que, influenciado pela nova normativa internacional, o novo modelo legal, que ampara a visão estatal da criança e do adolescente, “desjurisdionalizou o problema”, ao instituir um regime de prioridade absoluta. Assim, impôs à sociedade, à família e ao Estado simultânea responsabilidade no que toca à garantia da proteção integral dos direitos infantojuvenis, “pugnando pela concreção de seus direitos e colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

É imperioso observar que, ao se falar em obrigação da família, da sociedade e do Estado, não se está permitindo a omissão do ente público. Em outras palavras, o Estado não pode deixar de efetivar suas obrigações em relação aos infantes esperando que a família ou a sociedade o

23 PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23.

24 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 jul. 2013.

25 MARQUES, Márcio Thadeu Silva. Sistema de Garantia de Direitos da Infância e da Juventude. In: Wilson Donizeti Liberati (org.). **Direito à Educação: uma questão de Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 46.

façam. O “princípio é de parceria e não de divisão”²⁶.

Em 1990, com base no novo quadro constitucional e na união de milhões de brasileiros em torno de uma ideia de nação, começou a vigorar o Estatuto da Criança e do Adolescente, engendrando “um paradigma jurídico-institucional, que rechaçou qualquer tipo de resquício autoritário e ameaças aos direitos básicos da **cidadania integral**”²⁷.

O artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁸ fortaleceu o artigo 227 da CRFB/88. Com redação quase idêntica ao preceito constitucional, o referido Estatuto acrescentou parágrafo único com importantes disposições visando à efetiva garantia da prioridade absoluta.

O mencionado parágrafo infraconstitucional impõe a obrigação de priorizar o atendimento da criança e do adolescente. Nesse sentido, impende salientar que, ao se falar em prioridade absoluta de atendimento, não se está dizendo que, de forma irrestrita, os interesses da criança e do adolescente devem se sobrepôr aos interesses das pessoas adultas. Não faria sentido deixar de atender a uma pessoa adulta com grave estado de saúde para priorizar as mínimas necessidades dos infantes. Agora, se ambos – uma criança e um adulto – apresentarem necessidades com a mesma gravidade, deve ser atendida prioritariamente a criança.

Ademais, como afirma Ana Maria Moreira Marchesan²⁹, não obstante o artigo 4º do Estatuto e o artigo 227 da Carta Constitucional correspondam à norma clara, passível de exegese meramente gramatical, que exige do intérprete o mínimo esforço racional, visando a garantir a correta aplicação do dispositivo legal, ante a importância da prioridade do interesse da criança e do adolescente, o legislador do Estatuto ainda deu bases hermenêuticas para sua aplicação, notadamente no artigo 6º: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento”³⁰.

26 MOREIRA, Adailson Silva. A responsabilidade do Estado frente à vítima de violência doméstica contra criança e adolescente. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, ano 3, n. 5, p. 5-20, 2000. p. 11.

27 ARAGÃO, Selma Regina; VARGAS, Angelo Luis de Sousa. *O estatuto da criança e do adolescente em face do novo Código Civil: cenários da infância e juventude brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 11.

28 BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 15 jul. 2013.

29 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.749, p. 82-103, mar. 1998. p. 94.

30 BRASIL. *Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/

A doutrina da proteção integral, que substituiu a tão criticada doutrina da situação irregular, está intimamente ligada ao princípio do melhor interesse da criança e ao princípio da condição especial de pessoa em desenvolvimento.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente surgiu com o instituto do *parens patriae* britânico no século XIV. Esse instituto consistiu inicialmente em uma prerrogativa real de proteger todas as crianças, os loucos e os débeis. A partir do século XIV, houve uma prevalência das atribuições do *parens patriae* em relação à proteção infantil, observando-se a importância da criança como sujeito de direitos³¹.

Invocando as lições de Miguel Cillero Bruñol, Renato Barão Varalda³² afirma que o princípio do interesse superior da criança representa uma limitação, uma obrigação ou uma prescrição de caráter imperativo não somente ao legislador mas também aos pais e a todas as autoridades privadas e públicas.

A necessidade da proteção integral decorre justamente da situação peculiar em que se encontra a população infantojuvenil. A criança e o adolescente encontram-se em fase de desenvolvimento e não têm capacidade ou aptidão para fazer valer seus direitos, tornando-os frágeis e expostos a mais riscos.

Martha de Toledo Machado³³, sustentando que a criança e o adolescente ainda não desenvolveram completamente sua personalidade, acrescenta que, na essência, a possibilidade de desenvolver a personalidade humana é pré-requisito da própria noção jurídica de personalidade.

É em vista disso que, a partir do surgimento da Carta Constitucional de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, em favor das crianças e dos adolescentes, foram previstos direitos equiparados aos direitos de uma pessoa adulta, mas somados à prerrogativa de proteção em nível de prioridade absoluta, são a eles garantidos ainda que não tenham noção desses direitos.

l8069.htm> Acesso em: 15 jul. 2013.

31 VARALDA, Renato Barão. Responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das normas gerais do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v.7, n.26, p. 11-63, jan./mar.2008. p. 22.

32 Idem. *Ibidem*, p. 23-24.

33 MACHADO, Martha de Toledo. *A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. São Paulo: Manole, 2003. p. 110.

Wilson Donizeti Liberati³⁴ faz um destaque especial ao conceito de prioridade absoluta:

Por *absoluta prioridade* devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescente, pois “o maior patrimônio de uma nação é o seu povo, e o maior patrimônio de seu povo são suas crianças e jovens” (Gomes da Costa, A.C.).

Por *absoluta prioridade* entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas de moradia e trabalho, não se deveriam asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos, etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.

No entanto, para serem efetivados os direitos infantojuvenis e verdadeiramente aplicado o princípio da prioridade absoluta previsto constitucionalmente, é imprescindível a atuação positiva estatal.

1.3 A NECESSIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE ASSEGUREM OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Os direitos previstos no artigo 227 da Carta Cidadã, que dispõe a respeito da doutrina integral, para serem implementados, na sua inteireza e eficácia, carecem da ação positiva estatal³⁵.

Maria Paula Dallari Bucci³⁶ (2002, p. 252) avalia as políticas como instrumentos da ação de governos. A função de governar, ou seja, o uso do poder coativo estatal a serviço da coesão social, consiste “no núcleo da ideia de política pública, redirecionando o eixo da organização do governo da lei para as políticas”. Considerando que as políticas correspondem à evolução da ideia de lei em sentido de forma, “o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder po-

34 LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 16-17.

35 FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 17.

36 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 252.

lítico caberá justamente às políticas públicas”.

Renato Barão Varalda³⁷ explicita ainda que o conceito de políticas públicas é mais amplo que a mera prestação de serviço público, haja vista que também possui as atribuições de coordenação e de fiscalização dos agentes públicos e privados. Abrange, outrossim, os programas de ação estatal, que são elaborados a partir de processo de escolhas políticas decorrentes de atos do Poder Legislativo, como representante do povo, ou do Poder Executivo, *eleito para administrar a coisa pública e atingir metas e fins previamente determinados*.

Maria Paula Dallari Bucci³⁸ adverte que as políticas públicas não podem ser confundidas com os direitos sociais. É em vista disso que a Constituição não trata, em princípio, de políticas públicas, mas sim acerca de direitos, cuja implementação depende de políticas públicas, conforme o caso. Na realidade, os direitos sociais correspondem a direitos fundamentais, para sua integral efetivação, são necessários programas, recursos públicos, que, quando escassos, devem ser alocados com fulcro na dinâmica política, baseada nas prioridades e num espaço certo de tempo.

Conforme salienta Barão Renato Varalda³⁹, fazendo menção a Alessandro Baratta, as políticas públicas relacionadas ao atendimento dos direitos da criança e do adolescente começaram a adquirir sentido e relevância na medida em que a população infantojuvenil foi vista como parte integrante da democracia, juntamente com a maneira pela qual passaram a ser entendidas as relações entre as crianças e os adultos.

Renato Barão Varalda⁴⁰ também mencionou Emílio García Mendez ao afirmar que as políticas públicas relacionadas à proteção às crianças, prevista na Convenção, devem ser distribuídas em quatro níveis, estruturados na forma de uma pirâmide: as políticas sociais básicas, como saúde e educação, representariam a base da pirâmide; em seguida, viriam as políticas de ajuda social; acima, as políticas correcionais, como as medidas socioeducativas; e, por fim, as políticas institucionais, consubstanciadas na organização administrativa e judicial.

37 VARALDA, Renato Barão. Responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das normas gerais do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v.7, n.26, p. 11-63, jan./mar.2008. p. 27.

38 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 11-12.

39 VARALDA, Renato Barão. Responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das normas gerais do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v.7, n.26, p. 11-63, jan./mar.2008. p. 28.

40 Idem. *Ibidem*, p. 28-29.

Assim, arremata com as lições de Alessandro Baratta afirmando que “o princípio central para a proteção integral da criança é o restabelecimento da prioridade na implantação das políticas básicas, sendo que as demais políticas devem ser subsidiárias e residuais”⁴¹.

No tocante à seara nacional, a política de atendimento está prevista no parágrafo primeiro do artigo 227 da Magna Carta⁴² e no Título I da Parte Especial do Estatuto da Criança e do Adolescente, que dispõe sobre Políticas de Atendimento, em especial os artigos 86 e 87. Observa-se que a Constituição estabeleceu a obrigação de priorizar as políticas públicas, em seu artigo 227, ao determinar que os direitos da criança e do adolescente fossem garantidos com prioridade absoluta. O legislador infraconstitucional também se preocupou em especificar serviços especiais para o atendimento dos direitos infantojuvenis.

Josiane Rose Petry Veronese⁴³ alerta ainda que a sociedade deve ter ciência desses serviços, como funcionam e, caso inexistam ou funcionem mal, exigir sua implementação por parte da municipalidade, que, por sua vez, deve exigir os recursos necessários do Estado e da União. Discorrendo a respeito da questão da violência doméstica sofrida pela criança, conclui a autora:

Nesse sentido faz-se imperiosa uma proposta clara com vistas a obter as informações sobre a violência doméstica, junto à polícia, Conselho Tutelar, Justiça da Infância, entidades governamentais e não-governamentais secretaria de saúde... Analisar dados e propor ações e programas que objetivem pôr um fim ao pacto do silêncio, que sufoca, oculta os gritos de dor, fruto de toda sorte de medo, de falta de espaço, de liberdade.

Da mesma forma, o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁴ obriga o administrador à observância dos fins sociais a que se dirige, das exigências do bem comum, dos direitos e dos deveres individuais e coletivos e também da condição peculiar, da criança e do adolescente, pessoas em desenvolvimento.

Os direitos das crianças e dos adolescentes à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização e à cultura, assim como

41 Idem. *Ibidem*, p. 29.

42 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 jul. 2013.

43 VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999. p. 198.

44 BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 15 jul. 2013.

os direitos à vida, à liberdade e à proteção contra negligência e contra violência necessitam de uma ampla e complexa gama de programas governamentais e políticas públicas para serem concretizados⁴⁵.

Renato Barão Varalda⁴⁶, citando Frischeisen, destaca que essas normas de ordem social constitucional vinculam o administrador, ou seja, é dever da Administração Pública implementar políticas públicas visando à concretização dos direitos sociais, sob pena de incidir em omissão administrativa.

Observa-se, todavia, que, constantemente, a Administração omite-se em relação à efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes, sustentada na pretensa ausência de dotação orçamentária. Por sua vez, o Poder Judiciário, muitas vezes, apresenta-se igualmente omissa ao negar assistência às pessoas em fase de desenvolvimento, acolhendo arguições administrativas de impossibilidade jurídica do pedido, com fulcro em alegações, como a violação do princípio da separação dos poderes, em razão da, em tese, invasão da discricionariedade administrativa.

2 CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O desacatamento da Administração Pública aos tratados e convenções internacionais e às normas constitucionais e infraconstitucionais em relação aos direitos da infância e da juventude que declaram direitos fundamentais é evidente. Destarte, é necessário o controle pelo Poder Judiciário dos atos administrativos referentes às prestações positivas obrigatórias da Administração, “seja para obrigar o Poder Público a realizá-las, seja para corrigir os atos praticados com desvio do real interesse superior da criança”⁴⁷.

Ocorre que, ao serem eleitas as vias judiciais por órgãos legitimados para compelir a Administração Pública a garantir efetivamente os direitos infantojuvenis, o Poder Judiciário tem insistido no entendimento de que, ao proferir decisão em tal sentido, estar-se-ia imiscuindo da fun-

45 FREITAS, Maria Helena Ramos de. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e o controle jurisdicional das omissões administrativas. **Porto Alegre: Juizado da Infância e da Juventude**, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, v.6/7, p. 15-21, maio 2005. p. 17.

46 VARALDA, Renato Barão. Responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das normas gerais do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v.7, n.26, p. 11-63, jan./mar.2008. p. 49.

47 Idem. *Ibidem*, p. 31-32.

ção administrativa, pois invadiria o âmbito de sua discricionariedade. Verifica-se, assim, que o Judiciário vem se sustentando em doutrinas “clássicas, como a tripartição dos poderes, sem atentar para a necessidade de redefini-las e adequá-las à nova era do Estado Social”⁴⁸.

Assim, a fim de destacar o descabimento de equivocadas decisões, pretende-se analisar neste capítulo a discricionariedade administrativa, a reserva do possível e o princípio da prioridade absoluta como norma de aplicação imediata.

2.1 O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE E A DIFERENÇA ENTRE A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

A Administração Pública, para que possa exercer a função estatal e atingir os devidos fins, possui prerrogativas que lhe garantem posição de supremacia em relação aos administrados. Essa supremacia, contudo, está limitada pelo princípio da legalidade, a fim de que sejam evitados abusos e arbitrariedades das autoridades⁴⁹.

Convém lembrar que a função estatal ou função administrativa é manifestada por meio da prática de atos administrativos. Caracteriza-se, assim, a função, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁰, pelo exercício de um poder relacionado à satisfação do dever de implementar, no interesse de outrem, uma finalidade preestabelecida na regra de direito.

Ana Maria Moreira Marchesan⁵¹ cita Montesquieu, em sua famosa obra conhecida como “O Espírito das Leis”, o qual já falava que quem detém o poder tende dele abusar, até onde encontrar limites. Para que isso seja evitado, é necessário um poder que freie o poder. São de Montesquieu as seguintes palavras:

A liberdade política somente existe nos governos moderados. Mas nem sempre ela existe nos governos moderados. Só existe quando não se abusa do poder, pois é uma ex-

48 Idem. *Ibidem*, p. 32.

49 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 196.

50 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Judicial**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 97.

51 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v.749, p. 82-103, mar. 1998. p. 84.

periência eterna que todo homem que detém do poder é levado a dele abusar; e vai até onde encontra limites. Quem diria? A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.

Em vista disso, por força do princípio da legalidade, à Administração Pública só é permitido agir nos termos dispostos em lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinaladas na ordenação normativa. Dessa forma, para que um ato seja considerado legítimo, não se faz suficiente o fato de não ser ofensivo à lei; é necessário que seja praticado com base em norma permissiva que lhe sirva de supedâneo⁵².

É mister que a discricionariedade administrativa esteja apresentada sob a nova ótica do Estado Democrático de Direito. Tendo em vista a impossibilidade de a lei abarcar todas as situações da vida e de o legislador regular todas as ações administrativas necessárias ao exercício do poder, vai haver momentos em que subsistirá a discricionariedade. Destarte, a discricionariedade deve ser entendida sob a ideia de dever, e não mais de poder⁵³.

Sendo assim, não se pode conceituar a discricionariedade administrativa como a possibilidade de eleger, de forma livre, quaisquer das opções estabelecidas em lei, mas, sim, o dever de atingir estritamente e com excelência a finalidade legal, naquele caso concreto, sofrer a intervenção judicial.

Por outro lado, ao se propor o controle jurisdicional dos atos administrativos, é comum haver confusão doutrinária e jurisprudencial entre a discricionariedade administrativa e o mérito dos atos administrativos.

A respeito do mérito do ato administrativo, convém apresentar o conceito formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁴:

Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibili-

52 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 944.

53 VARALDA, Renato Barão. Responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das normas gerais do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, v.7, n.26, p. 11-63, jan./mar.2008. p. 35.

54 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 949.

dade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.

Germana de Oliveira Moraes⁵⁵ complementa que o mérito do ato administrativo consiste nos processos de valoração dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo, cujos parâmetros não estão positivados. Encontra-se, portanto, limitado ao núcleo da discricionariedade e apenas nessa situação não há controle judicial, isto é, unicamente em relação aos critérios não positivados é possível falar em conveniência e em oportunidade para prática do ato administrativo.

Somente quando a dúvida pairar em relação a diversas soluções que se apresentam razoáveis e cabíveis para resolução de determinado caso concreto, é que se estará diante de uma opção de mérito, e a decisão do administrador será considerada inatacável. Em outras palavras, estar-se-á diante de uma opção a uma escolha não só comportada abstratamente pela norma mas também compatível com a situação empírica, porque está sintonizada com a própria razão de ser das alternativas abertas pela regra aplicada⁵⁶.

Adverte, ainda, Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁷ que não pode o Estado de Direito aceitar que a discricção administrativa seja vista como um salvo conduto que permita a atuação incoerente, ilógica, desarrazoada da Administração, fazendo-o a título de cumprimento da finalidade legal. Caso seja constatado qualquer tipo de demasia, de excesso, de providência que ultrapasse o necessário para atendimento do fim legal, configurar-se-á uma extralimitação de competência e, portanto, uma invalidade, revelada na desproporção entre os motivos e o comportamento que nele se queira apoiar.

Do mesmo modo, o administrador não pode simplesmente alegar que operou no exercício da discricionariedade administrativa, ou seja, dentro das alternativas estabelecidas em lei. É preciso o controle judicial para verificar, por meio da razoabilidade, se o agente adotou no caso concreto a finalidade da norma aplicada. Assim, o Judiciário pode constatar se, naquele caso específico submetido ao seu crivo, a providência adotada pelo administrador é inadequada, tendo em vista

55 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 45.

56 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Judicial*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 40.

57 Idem. *Ibidem*, p. 96-97.

as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada, ou seja, o mero fato de a lei, em tese, indicar o comportamento profligado em juízo não seria razão bastante para assegurar-lhe legitimidade e imunizá-lo da censura judicial⁵⁸.

Da mesma forma,

nos assuntos relacionados com a implementação de políticas públicas destinadas à infância e à juventude, torna-se impossível ao administrador o exercício da discricionariedade, sobretudo quando já omissão na concretude de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados⁵⁹.

O princípio constitucional da prioridade absoluta vincula o Poder Legislativo e o Poder Executivo ao acatamento da preferência estabelecida pelos dispositivos legais referente à formulação e à execução das políticas públicas, devendo ser destinados recursos públicos de forma privilegiada às áreas concernentes à proteção da infância e da juventude. Sendo assim, a possibilidade de cobrança judicial dessas políticas públicas ultrapassa o “mínimo existencial”, abrangendo, ainda, todos os direitos sociais⁶⁰.

2.2 O PRINCÍPIO DA PRIORIDADE ABSOLUTA COMO NORMA DE EFICÁCIA PLENA E APLICAÇÃO IMEDIATA

Além da alegação de invasão da discricionariedade administrativa, o Poder Executivo comumente aduz a impossibilidade de controle judicial, ao argumento de que o princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente previsto na Constituição não se trata de norma de eficácia plena e aplicação imediata, mas, sim, de norma programática, não podendo, portanto, sofrer interferência judicial, uma vez que depende das possibilidades da Administração.

O acórdão, cuja ementa está abaixo colacionada, consubstancia-se em apenas um exemplo das reiteradas decisões que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina proferiu a respeito da efetivação dos direitos dos infantes:

58 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 947-948.

59 VARALDA, Renato Barão. Responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das normas gerais do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v.7, n. 26, p. 11-63, jan./mar.2008. p. 51.

60 Idem. *Ibidem*, p. 52.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - REPRESENTAÇÃO - ECA - ATENDIMENTO EM PROGRAMA SOCIAL - DEVER DO PODER PÚBLICO NA MEDIDA DE SUAS POSSIBILIDADES

1 O atendimento social à criança ou adolescente em programas públicos assistenciais decorre de meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades, sendo, portanto, desejável, e não, exigível, a imediata assistência a todos que necessitam.

O fato de o Município não estar conseguindo atender a demanda de crianças e adolescentes que precisam de assistência não significa, por si só, que a prioridade absoluta estatuída no art. 227 da Constituição Federal, e pormenorizada no Estatuto da Criança e do Adolescente, esteja sendo desconsiderada. Afinal essa priorização se estende a todos os campos das necessidades humanas, v.g. a saúde, a educação, o lazer, a proteção dos órfãos e abandonados etc.

2 O estabelecimento de políticas sociais derivadas de normas programáticas situa-se no âmbito do poder discricionário do Administrador Público, sendo vedado ao Poder Judiciário interferir nos critérios de conveniência e oportunidade que balizam as prioridades elencadas pelo Poder Executivo⁶¹

Consoante relatório desse julgado, o Conselho Tutelar de Florianópolis/SC, amparado no artigo 136, III, “b”, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ofereceu representação em face do Município de Florianópolis, objetivando atendimento, no “Programa Sentinela”, de dois irmãos menores de idade, vítimas de violência física e sexual. A demanda foi julgada procedente pelo Magistrado de 1º grau e, cominando-se multa mensal, foi determinada a inserção dos infantes no Programa, no prazo de 60 (sessenta) dias. Porém, ao sofrer apreciação do Tribunal de Justiça, por força do recurso de apelação interposto pelo Município e do reexame necessário, a decisão monocrática foi cassada e o pedido julgado improcedente.

O argumento foi a impossibilidade jurídica do pedido, não podendo sofrer interferência judicial, haja vista se tratar de norma programática. Extraí-se do corpo do acórdão em comento:

Ao contrário do que restou decidido na sentença, o aten-

61 BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Apelação Cível n. 2007.055697-9 proferido pela Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Desembargador Relator: Luiz César Medeiros. Partes: Recorrente: Município de Florianópolis; Recorrido: Conselho Tutelar de Florianópolis - Setor Ilha. Data do julgado: 26 mar. 2008. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAAbmQAABAAE5nmAAE&categoria=acordao> Acesso em: 13 jul. 2013.

dimento social de crianças e adolescentes em programas assistenciais não se traduz em obrigação compulsória dos Municípios. **Trata-se mais da disciplina constitucional de uma norma programática que tem de ser concretizada em parceria com a União e os Estados Federados.** Todas as esferas da Administração Pública têm o dever de implementar políticas visando o pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes. No entanto, **à falta de norma imperativa** e ante a reconhecida impossibilidade de se concretizar plenamente o desiderato constitucional, **incumbe aos governantes, e não ao Poder Judiciário,** traçar metas e estabelecer critérios para atender a crescente demanda por acompanhamento assistencial das crianças e adolescentes sofreadores de violência física ou sexual.

É verdade que a garantia de assistência a crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual deve ser efetivada prioritariamente pelo Município; entretanto, por não se tratar de imposição intangenciável - direito público subjetivo - e sim de meta programática que o Poder Público tem o dever de implementar na medida de suas possibilidades, é inexigível o pronto atendimento à totalidade da demanda existente (grifou-se)⁶².

Urge, contudo, discordar do supracitado entendimento jurisprudencial. O artigo 227 da Magna Carta que estabelece a prioridade absoluta aos direitos das crianças e dos adolescentes não pode ser visto como norma programática, mas sim de eficácia plena e aplicação imediata.

Maria Helena Diniz⁶³ afirma que as normas programáticas são dotadas de eficácia jurídica, pois, entre outros motivos, impedem o legislador de editar normas de forma contrária ao direito constitucionalmente assegurado e condicionam a atividade discricionária da administração e do Judiciário.

Verifica-se, pois, que, tratando-se de previsão constitucional, as normas programáticas previstas em tal diploma não divergem de outras normas contidas no mesmo plano da Lei máxima, pois são normas jurídicas dotadas da mesma hierarquia⁶⁴.

Dito isso, cabe registrar a concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello,⁶⁵ que afirma que Leis Fundamentais são resultados da expressão

⁶² Idem

⁶³ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 118.

⁶⁴ SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. As normas programáticas - "uma análise político-constitucional". **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, ano 4, n. 16, p. 119-135, jul./set. 1996. p. 120.

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo:

do ideário da época, estampando versículos prestigiadores dos nobres objetivos sociais e humanitários que integram o ideário avalizado pela cultura da época. Definindo a Constituição como um corpo de normas jurídicas ou em um plexo de regras de Direito, adverte o mencionado jurista, incisivamente, que possuem caráter imperativo:

A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos.

[...] Mesmo quando a norma faculta uma conduta, isto é, permite – ao invés de exigí-la –, há, subjacente a esta permissão, um comando obrigatório e coercitivamente assegurável: o obrigatório impedimento a terceiros de obstarem ao comportamento facultado a outrem e a sujeição ao poder que lhes haja sido deferido, na medida e condições do deferimento do feito.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, citados por Ana Maria Moreira Marchesan⁶⁶, ao tratarem de princípios constitucionais, criticam as classificações que colocam disposições constitucionalmente previstas como princípios meramente programáticos. Aduzem que a doutrina que os trata como simples princípios programáticos deve ser impugnada, já que pressupõe valores normativos carentes de aplicação possível; esses valores não representam pura retórica, correspondem na realidade à base inteira do ordenamento, devendo presidir toda sua interpretação e aplicação.

Quando uma norma dispõe a respeito da realização da Justiça Social, mesmo se tratando das ditas normas programáticas, significa que os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo possuem o dever jurídico de realizá-la. A desobediência à norma jurídica é configurada não somente nos casos em que se faz o que ela proíbe mas também naqueles em que se omite fazer o que ela propõe; em caso de omissão, configurada estará a inconstitucionalidade⁶⁷.

Destarte, o princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente, tendo em vista que traz em seu bojo todos os elementos imprescindíveis à possibilidade de produção imediata dos efeitos

Malheiros, 2009. p. 9-10.

66 Idem, p. 95.

67 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 12-13.

previstos, não contém conteúdo meramente programático, consistindo, na realidade, em norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata⁶⁸.

Ana Maria Moreira Marchesan⁶⁹, da mesma forma, não concorda com aqueles que insistem em catalogar a premissa de que a norma do artigo 227 contém conteúdo meramente programático, tratando-se de norma de eficácia plena, à medida que consiste em mais um fato a limitar o campo de atuação discricionária do administrador. Argúi que pensar de outra maneira é converter o art. 227 e o microsistema do ECA em meras cartas de intenções, desvirtuando-os de seu sentido evolutivo, de sua virtual condução a uma utopia concreta. E vai além:

É também ignorar que diversas normas constitucionais, como bem ensina o juspublicista Iuso Gomes Canotilho, destinam-se a formular roteiros de ação que os poderes públicos devem concretizar, os quais adquirem especial relevância nos programas de governo.

A partir do momento em que se tem visão nítida do sistema, do qual ressalta o princípio em foco, certamente que nenhum magistrado ousará denegar Justiça sob o argumento da inviabilidade de exame de agir discricionário do administrador.

O caráter de supernorma do disposto no artigo 227 permite a execução e a aplicação das leis. Destarte, a elaboração dos diplomas infraconstitucionais ocorre em virtude de o princípio da prioridade absoluta estar previsto no texto constitucional. Assim, ao ser discutida a implementação dos direitos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente, a prestação jurisdicional não poderá ser recusada alegando-se o “poder” discricionário do administrador para eleger as prioridades e estabelecer oportunidades. O mencionado dispositivo da Carta Constitucional e o artigo 4º do Estatuto não estabelecem qualquer hierarquia entre os direitos reconhecidos como prioritários⁷⁰.

Ana Maria Moreira Marchesan⁷¹ critica decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, que, em julgamento do Recurso Especial

68 FREITAS, Maria Helena Ramos de. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e o controle jurisdicional das omissões administrativas. Porto Alegre: Juizado da Infância e da Juventude, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, v.6/7, p. 15-21, maio 2005. p. 16-17.

69 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.749, p. 82-103, mar. 1998. p. 95.

70 Idem. Ibidem, p. 102.

71 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v.749, p. 82-103, mar. 1998. p. 96.

n. 63.128-9, interposto em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de Goiás, entende que as normas que estabelecem o princípio da prioridade absoluta são de cunho programático. Assim, uma vez que as normas maiores não estabeleceram a escalada de prioridades, não há como obrigar o Estado a cumpri-las. Afirma a Promotora de Justiça que o relator laborou em erro ao entender imprescindível uma definição de “escalada de prioridades”, já que, ou a questão é prioritária, com nota de absoluta, ou não é. Tratando de Estado Constitucional, a Constituição deve servir de ordem jurídico-normativa fundamental, vinculando todas as esferas do poder público.

Nesse sentido, afirma o Desembargador do Tribunal de Justiça Vanderlei Romer, em decisão enunciada em sede da Apelação Cível n. 2006.002596-9⁷²:

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrito no artigo 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Ana Maria Moreira Marchesan⁷³ pontua as consequências de ser entendido o artigo 227 da Carta Constitucional como norma de caráter programático: “Oprimir a eficácia do princípio da prioridade absoluta é condenar seus destinatários à marginalidade, à opressão, ao descaso. É fazer de um diploma que se pretende revolucionário, o Estatuto da Criança e do Adolescente, instrumento de acomodação”.

Em vista do exposto, observa-se que o princípio da prioridade absoluta aos direitos infantojuvenis, assim como outros princípios constitucionalmente previstos, correspondem à norma de eficácia plena,

72 BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Apelação Cível n. 2006.002596-9 proferido pela Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Desembargador Relator: Vanderlei Romer. Partes: Recorrente: Estado de Santa Catarina; Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Data do julgado: 22 mar. 2006. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAE5HwAAF&categoria=acordao> Acesso em: 13 jul. 2013.

73 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v.749, p. 82-103, mar. 1998.

devendo ser aplicados de forma imediata. Em caso diverso, à criança e ao adolescente deve ser garantido o amparo do Poder Judiciário, a fim de que seja cumprida a legislação vigente.

2.3 (DES)CABIMENTO DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Outro pretexto adotado pela Administração Pública para se esquivar de suas obrigações em relação à garantia aos direitos das crianças e dos adolescentes é a ausência de dotação orçamentária.

Conforme visto, a alegação estatal de ausência de dotação orçamentária para se eximir do amparo aos infantes é invocada há séculos, tendo em vista que os interesses das elites brasileiras sempre se sobrepujaram aos interesses das crianças⁷⁴. Exemplificando, vale mencionar que, no Século XVII, El-Rei, alertado pelo então Governador da Bahia Antonio Paes de Sande a respeito do problema das crianças “desvalidas” ou “expostas”, ordenou, mediante a Carta Régia de 12 de dezembro de 1693, que as crianças fossem alimentadas pelos bens do Conselho do Reino. Entretanto, sua ordem não foi cumprida ao argumento de ausência de recursos⁷⁵.

Inobstante mais de três séculos passados, o desamparo pelo Poder Judiciário aos direitos prestacionais se mantém com fulcro na conhecida “teoria da reserva do possível”.

Segundo tal teoria, a intervenção judicial, na concretização das políticas públicas, é impossibilitada pela falta de recursos financeiros estatais disponíveis para atender as necessidades sociais, ainda que fundada na prevalência dos direitos fundamentais e princípios constitucionais⁷⁶.

A “teoria da reserva do possível” surgiu, na Alemanha, por meio de um julgamento proferido por aquela Corte Constitucional, na qual, em análise à invocação do direito de acesso às vagas em estabelecimentos oficiais de ensino superior, entendeu que a determinação de direitos subjetivos às prestações positivas estatais está sujeita à disponibilidade

74 ARAGÃO, Selma Regina; VARGAS, Angelo Luis de Sousa. **O estatuto da criança e do adolescente em face do novo Código Civil**: cenários da infância e juventude brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 3.

75 Idem.

76 BORGES, Alice Gonzalez. Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público* – RBDP, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 9-44, abr./jun. 2009. p. 20.

de recurso, ou seja, àquilo que, razoavelmente, o indivíduo pode esperar da sociedade⁷⁷.

Essa teoria, portanto, corresponde à razoabilidade da pretensão deduzida objetivando a efetivação do direito social, e não apenas à existência de recursos materiais necessários à respectiva concretização. Todavia, é interpretada, no Brasil, como a “teoria da reserva do financeiramente possível”, uma vez que, para efetivação desses direitos fundamentais, tem-se como limite absoluto a suficiência de recursos públicos e a previsão orçamentária⁷⁸.

Como observa a Professora Ana Paula de Barcellos⁷⁹, toda e qualquer ação estatal – inclusive a concernente às políticas públicas – envolve gasto de dinheiro público e, como é sabido, os respectivos recursos são limitados. Assim, é preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público será investido. Contudo, essas escolhas não dependem meramente da discricionariedade do administrador, de sua deliberação política; é necessário que estejam embasadas nas estritas opções constitucionais no tocante aos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Trata-se, portanto, de escolhas vinculadas ao texto constitucional.

Nesse ínterim, resume Ana Paula de Barcellos⁸⁰:

Visualiza-se novamente a relação existente entre os vários elementos que se acaba de expor: (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; *logo* (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos.

No tocante à efetivação dos direitos da criança e do adolescente, os tribunais comumente acolhem a suposta ausência de orçamento para justificar a negativa no atendimento jurisdicional, conforme se depreende da decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁸¹,

77 Idem.

78 MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007. p. 181.

79 BARCELOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 90-91.

80 Idem. *Ibidem*, p. 93.

81 BRASIL. *Tribunal de Justiça de Santa Catarina*. Apelação Cível n. 2007.056906-2 proferido pela Terceira Câ-

com a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPLANTAÇÃO DE SISTEMA DE ATENDIMENTO MÉDICO-PSIQUIÁTRICO A CRIANÇAS E ADOLESCENTES INTERNADOS NO HOSPITAL INFANTIL JOANA DE GUSMÃO E CONTRATAÇÃO DE PESSOAL ESPECIALIZADO - ATO DISCRICIONÁRIO - CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL - VEDAÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO DE INTROMISSÃO NO MÉRITO DE AÇÕES POLÍTICO-GOVERNAMENTAIS - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - IMPOSSIBILIDADE DE DESTINAÇÃO DE VERBAS COM FINALIDADE ESPECÍFICA EM ORÇAMENTO PÚBLICO - PRECEDENTES - RECURSO PROVIDO.

A criação e manutenção pelo Estado de área de internação psiquiátrica destinada a crianças e adolescentes em hospital, bem como a contratação de pessoal especializado advêm de critérios exclusivamente político-governamentais, adotados pelos Poderes Executivo e Legislativo, que refogem do exame do Judiciário, **por referirem-se ao exercício de poderes discricionários, nos quais são analisados os critérios de conveniência e oportunidades administrativos.**

O Poder Judiciário não pode intervir e determinar a inclusão de verba para a realização de determinada obra ou contratação de pessoal especializado, pois, além de invadir a esfera da conveniência e competência administrativas, é vedada qualquer vinculação de receita à despesa, salvo as exceções previstas no art. 123, V, segunda parte, da CE.

Observa-se do aludido julgado que, ante a necessidade de uma ala de internação psiquiátrica infantojuvenil no Hospital Infantil Joana de Gusmão, o Ministério Público Estadual promoveu ação civil pública em face do Estado de Santa Catarina, tendo em vista a ausência de tal serviço na rede pública de saúde deste Estado. O juízo monocrático julgou procedente essa demanda, condenando o réu à implementação do atendimento. Inconformado, o Estado interpôs recurso de apelação, ao qual foi dado provimento, derrubando-se a decisão de 1º grau.

Extrai-se, ainda, do corpo do acórdão⁸²:

As leis orçamentárias são propostas pelo Poder Executivo

mara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Desembargador Relator: Vanderlei Romer. Partes: Recorrente: Estado de Santa Catarina; Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Data do julgado: 2 set. 2008. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAAbmQAABAAE5HwAAF&categoria=acordao> Acesso em: 15 jul. 2013.

e votadas pelo Legislativo (arts. 120 e 122, CE). Cabe a estes poderes a decisão sobre qual será a destinação dada aos recursos públicos. Não pode o Judiciário intervir e determinar a inclusão de verba para a realização de uma determinada obra ou contratação de pessoal especializado, pois, além de invadir a esfera da conveniência e competência administrativas, é vedada qualquer vinculação de receita a despesa, a não ser as expressas exceções (art. 123, V, segunda parte, CE).

Muitas são as necessidades existentes num Estado e as verbas são sempre inferiores a tantas pretensões, por isso, a sua destinação deve ser feita pelo ente gerenciador, sob pena de se onerar excessivamente a Administração.

Na ocasião, o julgador chegou à ilação de que é louvável a pretensão do Ministério Público por tratar a matéria de interesse à proteção da criança e do adolescente, desde que seja ofertado ao órgão público prazo razoável para a sua implementação, sem prejuízo à receita orçamentária.

Referente ao julgado em tela, é importante, ainda, expor trecho da “Declaração de voto vencedor do Exmo. Senhor Desembargador Pedro Manoel Abreu”:

A situação é bastante crítica à medida que nem mesmo um primeiro atendimento pode ser realizado, visto que todas as instituições de saúde deste município e de áreas de entorno (Instituto Psiquiátrico - IPQ ou Instituto São José) não realizam atendimento psiquiátrico para crianças e adolescentes com menos de 16 anos.

Desde o início deste ano, o Conselho Tutelar de Florianópolis tenta garantir o direito violado, sem obter êxito em suas requisições, seja para o Poder Executivo Municipal ou Estadual. Além disso, as Instituições Hospitalares de Saúde de cunho Federal (Hospital Universitário) também não realizam o atendimento descrito acima.

Atualmente este órgão encontra-se com uma demanda de crianças e adolescentes que embora necessitem com urgência de avaliação e atendimento, ainda não conseguiram a garantia de seus direitos fundamentais, na intenção de conseguirem diminuir o seu sofrimento mental, visto que alguns possuem inclusive diagnóstico psiquiátrico, mas sem atendimento, continuam colocando em risco o seu bem-estar e o de suas famílias.

Essa advertência torna-se tanto mais relevante quando é fato notório que há no Estado crianças que apresentam comportamento muito distante do desejado, que não têm uma estrutura familiar em que se amparar, e que sofrem com o vício do consumo de drogas entorpecentes, ou com

a prostituição infantil, ou mesmo que apresentam um histórico de prática de crimes violentos. Tais fatos, tanto podem resultar de distúrbios psiquiátricos como podem ser causa dos mesmos.

Não fornecer adequado tratamento a estes jovens pode significar relegá-los a uma vida não-funcional, de sofrimento e condutas censuráveis, em prejuízo deles próprios e de toda a sociedade ao seu redor, especialmente a de seus familiares.

Contudo, apesar do reconhecimento da necessidade de tratamento psiquiátrico, o julgador afirmou que se trata de questões de interesse acadêmico, mas que poderão vir a ser analisadas futuramente por aquela Corte. *In casu*, entretanto, é de se reconhecer a invasão judicial na esfera do Executivo e de se reformar a sentença.

A supracitada decisão não condiz com a legislação em vigor no que afeta aos direitos das crianças e dos adolescentes.

Na esfera internacional, o artigo 4º da Convenção sobre os Direitos das Crianças dispõe que os Estados Partes adotarão as medidas administrativas, legislativas e de outras naturezas, com vistas à implementação dos direitos das crianças, utilizando ao máximo os recursos disponíveis. Embora possa esse artigo ser interpretado de forma a permitir que o Estado se exima de suas obrigações, invocando a teoria da reserva do possível, não se estaria diante de interpretação válida.

A referida teoria só pode ser invocada quando forem esgotadas todas as possibilidades de cumprimento da obrigação, conforme alerta Renato Barão Varalda⁸³, nas palavras de Alessandro Baratta: “Em geral, a reserva não deveria aplicar-se, se o Estado não realiza sérios esforços para regular o sistema de produção e de distribuição social da riqueza assim como para racionalizar tecnicamente e controlar juridicamente o emprego dos recursos disponíveis”.

Em sede nacional, o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina a previsão constitucional de prioridade absoluta aos direitos infantojuvenis e determina a necessidade de privilégio na formulação e na execução de políticas públicas, assim como na destinação prioritária de recursos públicos nas áreas concernentes aos direitos das crianças

83 VARALDA, Renato Barão. Responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das normas gerais do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. *Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v.7, n.26, p. 11-63, jan./mar.2008. p. 30.

e dos adolescentes⁸⁴. Por força do princípio da unidade, não há norma hierarquicamente superior ao dispositivo 227 da Carta Magna a ensejar o adiamento de investimentos para sua implementação, em virtude de despesas com pagamento de dívida pública, por exemplo, ou quaisquer outros investimentos⁸⁵.

Salienta, ainda, Marcos Maselli Gouvêa⁸⁶ que a prioridade absoluta garantida pela Carta Constitucional determina que, quando há duas prestações a serem exercitadas, mas os recursos financeiros só permitem a execução de apenas uma, deverá ser satisfeita a que disser respeito ao atendimento da criança e do adolescente.

Ora, se há previsão constitucional de normas jurídicas contendo fins públicos prioritários, as quais são dotadas de superioridade hierárquica e de centralidade no sistema, não é razoável o entendimento de que a atividade de definição das políticas públicas está isenta do controle jurídico. Nesse caso, não se poderia falar em absorção do político pelo jurídico, mas apenas em limitação do político pelo jurídico⁸⁷.

É necessário, ainda, fazer uma correlação com o item primeiro deste capítulo, quando foram expostos os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, no que tange à importância dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico. Ao dispor a Constituição da República, por meio do princípio da prioridade absoluta, que os direitos da criança e do adolescente devem ser pautados de forma prioritária, não se pode obstar a execução desse princípio, com base na lei orçamentária, haja vista que, conforme dito anteriormente, o desrespeito a um princípio constitucional implica ofensa a todo o sistema de comandos.

Ademais, a escassez orçamentária não pode ser considerada como argumento suficiente para justificar a ausência de implementação dos direitos fundamentais sociais. Embora os recursos sejam limitados, ao Judiciário é permitido compelir o Estado para que se proceda à alocação de verbas orçamentárias específicas para o cumprimento desses direitos. Em vista disso, quando provocado, o Poder Judiciário pode e

84 Idem.

85 FREITAS, Maria Helena Ramos de. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e o controle jurisdicional das omissões administrativas. Porto Alegre: **Juizado da Infância e da Juventude**, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, v.6/7, p. 15-21, maio 2005. p. 19.

86 GOUVÊA, Marcos Maselli. O Controle das Omissões Administrativas - Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 85.

87 BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005. p. 92.

deve garantir a efetivação dos direitos fundamentais sociais, inclusive estipulando um prazo razoável para tanto, não havendo que falar em afronta ao princípio da separação dos poderes ou em desequilíbrio orçamentário⁸⁸.

Nesse íterim, são as importantes conclusões de Marcos Maselli Gouvêa⁸⁹ (2003, p. 88), cujas palavras merecem ser explanadas:

Ora, de nada adiantariam tantos cuidados se os direitos das crianças e dos adolescentes permanecessem dependentes da discricionariedade da Administração, no momento de definir onde se dará a alocação dos recursos financeiros de que dispõe. A cláusula da prioridade absoluta objetiva, precisamente, restringir a discricionariedade do administrador, evitando eu se tornem inócuas todas as prerrogativas e garantias listadas acima.

Dessa feita, é cediço que os recursos são escassos, já que não há o suficiente para satisfazer toda a população e que cabe ao Legislativo e ao Executivo sua alocação. Contudo, não obstante as metas discricionárias, há metas obrigatórias impostas pela Constituição Federal, como os gastos a serem efetuados em prol da população infantojuvenil. Faz-se necessária, portanto, a ponderação dos bens jurídicos e direitos atendidos pelas políticas públicas, ficando o administrador vinculado aos objetivos constitucionais, ante o caráter dirigente e vinculante da Constituição, especialmente, no tocante aos direitos fundamentais⁹⁰.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, verifica-se que o controle jurisdicional dos atos administrativos para a garantia dos direitos da criança e do adolescente, com vistas ao princípio da prioridade absoluta, é possível e estritamente necessário.

As crianças e os adolescentes, durante muitos séculos, não eram pessoas dotadas de direitos. Não eram considerados sujeitos de direi-

88 CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O controle jurisdicional das políticas públicas. *Revista Zênite*, ano IV, n. 41, p. 452-462, dez. 2004. p. 461.

89 GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle das Omissões Administrativas - Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 88.

90 PALADINO, Carolina de Freitas. Políticas públicas: considerações gerais e possibilidade de controle judicial. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 219-140, abr./jun. 2008. p. 223.

tos, mas, sim, objetos de direitos, cujos interesses eram confundidos com os interesses de seus pais ou de outras pessoas adultas. Muitos diplomas legais foram criados para camuflar a proteção aos direitos infantojuvenis, como os Códigos de Menores, mas os integrantes da população infantojuvenil ainda não eram vistos como seres integrais, que pudessem ter necessidades a serem amparadas pela família, pela sociedade e pelo Estado.

Somente com o advento da Carta Constitucional de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente é que a realidade dessas pessoas, ao menos no papel, sofreu as mudanças apropriadas. Esses diplomas passaram a garantir que o Estado, a família e a sociedade assegurassem os direitos infantojuvenis, com prioridade absoluta, estando nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, ao lazer, à dignidade, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração e crueldade. Para isso, determina a Constituição da República (art. 227) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 4º) que o Estado deve garantir a preferência na formulação e na execução das políticas sociais, assim como na destinação de recursos públicos nas áreas afetas à proteção à infância e à juventude.

Infelizmente, passadas mais de duas décadas do nascimento desses dispositivos legais, a população infantojuvenil ainda tem diariamente seus direitos desrespeitados com evidente afronta à legislação em vigor.

A Administração Pública insiste em agir de encontro com o ordenamento jurídico ao se apresentar de forma omissa no tocante aos direitos da criança e do adolescente. O argumento continua o mesmo: ausência de dotação orçamentária.

Por outro lado, o Poder Judiciário também, muitas vezes, fecha os olhos aos problemas enfrentados pela infância e pela juventude. Ao ser provocado, ressalvadas louváveis decisões, nega assistência, sem muitas vezes sequer adentrar no mérito da questão, acolhendo as alegações administrativas relacionadas: a) à impossibilidade de intervenção judicial nos atos administrativos; b) ao entendimento de se tratar o tão importante princípio da prioridade absoluta de norma programática, dependendo da vontade do administrador; ou, ainda, c) à ausência de recursos para execução de políticas públicas a fim de resguardar os direitos da criança e do adolescente.

Há constante equívoco entre os juristas no que diz respeito à discricionariedade administrativa e ao mérito administrativo. Como visto, não se pode entender a discricionariedade administrativa como a liberdade dada ao administrador para agir de acordo com seu entendimento. Uma vez que a atuação da Administração não pode se distanciar da finalidade da lei, o administrador detém de discricionariedade vinculada.

Trata-se, portanto, de dever discricionário, e não de poder discricionário, tendo em vista que é dever da Administração, por força do princípio da legalidade, tomar a decisão que contemple, de forma mais satisfatória, a finalidade da lei. O mérito administrativo, por sua vez, corresponde aos casos em que o legislador proporcionou, em um caso concreto, várias opções que contemplam de forma plausível a finalidade legal. Somente nesses casos, quando envolver puramente o mérito administrativo, é que será vedada a atuação jurisdicional.

Destarte, as decisões judiciais que acolhem as arguições administrativas de impossibilidade de intervenção judicial ao entendimento de estar-se diante de norma programática, que depende da conveniência e da oportunidade da Administração, não comportam guarida. O princípio da prioridade absoluta que garante tratamento prioritário aos direitos *infantojuvenis* está consagrado pela Magna Carta e contém todos os elementos capazes para sua imediata aplicação, não se tratando de valores puramente retóricos. Assim, tratando-se de dispositivo expressamente previsto pela Constituição, possui eficácia plena e deve ser aplicado de forma imediata; em caso contrário, a questão deve ser submetida ao crivo do Poder Judiciário.

Ademais, o argumento de ausência de dotação orçamentária também não se faz suficiente para afastar a atuação judicial. Viu-se que se trata da alegação mais antiga, utilizada pelo Estado para se esquivar de suas obrigações referentes à criança e ao adolescente e ainda é acolhida por muitos tribunais. Não basta a simples alegação de ausência de recursos orçamentários para ensejar a exclusão da obrigação da Administração de implementar políticas públicas em prol dos infantes. Especialmente vivendo em um país em que a corrupção financeira é praticada descaradamente por parte dos governantes, é imprescindível a apresentação de robustos elementos probatórios para tanto.

Não se pode permitir que uma legislação tão importante como o Estatuto da Criança e do Adolescente se torne inutilizada, em virtude

da infindável desídia dos governantes. Diante de um País marcado pela miséria e pela violência, é imperioso que se proceda ao amparo das crianças desde cedo. É preciso ter em vista que as crianças e os adolescentes são os responsáveis pelo mundo de amanhã e este será o reflexo do tratamento dado a eles.

Se o Estado, a família e a sociedade sabem do dano sofrido pela criança e não fazem nada para alterar essa realidade, estão sendo coniventes com a violência sofrida pelo infante. E é justamente o que vem acontecendo. O Município está ciente, por exemplo, que constantemente é negado, por falta de estrutura, auxílio a grande parte das crianças e dos adolescentes que sofrem violência física e sexual, na maioria das vezes, perpetradas na própria residência, por aqueles que deveriam ser os mais diretos protetores.

Ao descobrir essa situação, o Conselho Tutelar e/ou o Ministério Público, visando ao atendimento, levam a questão a juízo. O Poder Judiciário - especialmente em segunda instância, salvo determinados casos - nega o amparo à criança ou ao adolescente, com fulcro nos argumentos reiteradamente expostos nesse estudo. Diante dessa realidade, como fica a situação da criança? Simplesmente não se altera, permanece o infante vítima dos abusos sofridos, aguardando a oportunidade e conveniência da Administração Pública.

Em vista de todo exposto, é imperioso ter a cautela para que os direitos das crianças e dos adolescentes, adquiridos por meio de tamanhas conquistas, não continuem sendo desrespeitados, com base em formalismos e meras alegações administrativas. O Poder Judiciário não pode ser conivente com crianças e adolescentes tendo seus direitos diariamente violados, enquanto aguardam em filas de espera para atendimento, sem que lhes seja propiciado o devido amparo necessário ao seu bom desenvolvimento. Quando provocado, é dever do Judiciário compelir a Administração ao estrito cumprimento da lei, em prol dos direitos da população infantojuvenil.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Selma Regina; VARGAS, Angelo Luis de Sousa. **O estatuto da criança e do adolescente em face do novo Código Civil**: cenários da infância e juventude brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARCELOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BORGES, Alice Gonzalez. Reflexões sobre a judicialização de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)**, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, p. 9-44, abr./jun. 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 jul. 2013.

BRASIL. **Lei n. 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm> Acesso em: 10 jul. 2013.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 15 jul. 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Apelação Cível n. 2006.002596-9 proferido pela Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Desembargador Relator: Vanderlei Romer. Partes: Recorrente: Estado de Santa Catarina; Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Data do julgado: 22 mar. 2006. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABA AE5HwAAF&categoria=acordao> Acesso em: 13 jul. 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Apelação Cível n. 2007.055697-9 proferido pela Terceira Câmara de Dreito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Desembargador Relator: Luiz César Medeiros. Partes: Recorrente: Município de Florianópolis; Recorrido: Conselho Tutelar de Florianópolis - Setor Ilha. Data do julgado: 26 mar. 2008. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABA AE5nmAAF&categoria=acordao> Acesso em: 13 jul. 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Apelação Cível n. 2007.056906-2 proferido pela Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Desembargador Relator: Vanderlei Romer. Partes: Recorrente: Estado de Santa Catarina; Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Data do julgado: 2 set. 2008. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABA AE5HwAAF&categoria=acordao> Acesso em: 15 jul. 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Apelação Cível n. 2007.064123-0 proferido pela Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Desembargador Relator: Cid Goulart. Partes: Recorrente: Município de Florianópolis; Recorrido: Conselho Tutelar de Florianópolis. Data do julgado: 29 abr. 2008. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAAAAAOM3+AAB&cate>

goria=acordao> Acesso em: 16 jul. 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O controle jurisdicional das políticas públicas. **Revista Zênite**, ano IV, n. 41, p. 452-462, dez. 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Maria Helena Ramos de. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e o controle jurisdicional das omissões administrativas. Porto Alegre: **Juizado da Infância e da Juventude**, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, v.6/7, p. 15-21, maio 2005.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle das Omissões Administrativas – Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. O princípio da prioridade absoluta aos direitos da criança e do adolescente e a discricionariedade administrativa. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, v.749, p. 82-103, mar. 1998.

MARQUES, Márcio Thadeu Silva. Sistema de Garantia de Direitos da Infância e da Juventude. In: Wilson Donizeti Liberati (Org.). **Direito à Educação: uma questão de Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Discricionariedade e Controle Judicial**. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração**

Pública. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA, Adailson Silva. A responsabilidade do Estado frente à vítima de violência doméstica contra criança e adolescente. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, ano 3, n. 5, 2000. p. 5-20.

PALADINO, Carolina de Freitas. Políticas públicas: considerações gerais e possibilidade de controle judicial. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 219-140, abr./jun. 2008.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo. As normas programáticas – “uma análise político-constitucional”. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, ano 4, n. 16, p. 119-135, jul./set. 1996.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, José de Farias. **Direito da infância e da juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VARALDA, Renato Barão. Responsabilidade do Estado pela omissão do cumprimento das normas gerais do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Boletim Científico - Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília**, v.7, n.26, p. 11-63, jan./mar.2008.

_____. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: LTr, 1999.

VERONESE, Josiane Rose Petry; RODRIGUES, Walkíria Machado. **Infância e adolescência, o conflito com a lei: algumas discussões**. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2001.

UBALDO, Edson. Responsabilidade do Estado pela Saúde da Criança. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, ano 4, vol. 5, 1998. p. 311-324.

TRÁFICO DE RECÉM-NASCIDOS: A NECESSIDADE DA CONCEPÇÃO DE NOVOS INSTRUMENTOS PARA COMBATER O COMÉRCIO DE VIDAS

Nicolle Mattos Corrêa

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Analista do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

SUMÁRIO

Introdução. 1 O tráfico de recém-nascidos: conceito, circunstâncias e normas que tipificam essa conduta no ordenamento brasileiro. 1.1 Conceito e circunstâncias. 1.2 Atual regulação normativa do tema no ordenamento jurídico brasileiro. 2 A profissionalização do crime e sua estreita ligação com a inobservância do cadastro de pretensos adotantes. 2.1 O fortalecimento de organizações criminosas especializadas na comercialização de vidas. 2.2 O desrespeito ao cadastro de pretensos adotantes como fonte de sustento do tráfico de recém-nascidos. 3 A necessidade de conceber alternativas aptas a reprimir o comércio de recém-nascidos. 3.1 A conscientização da sociedade e o pleito por uma punição mais severa como instrumento de intimidação dessa repugnante prática criminosa. 3.2 A concessão de uma maior celeridade aos processos de adoção como meio de reprimir a propagação do tráfico de recém-nascidos. Considerações finais. Referências.

RESUMO

A mera elucidação do significado semântico do ato de traficar vidas humanas já causa repugnância e, quanto mais investigamos a operação das redes criminosas que investem no insidioso comércio de recém-nascidos, deparamo-nos com um panorama de crueldade e desrespeito ao ser humano. Este artigo pretende fazer uma abordagem acerca dessa atividade criminosa, sob o viés dos diplomas que disciplinam esse tema no ordenamento jurídico brasileiro. Também, visa a demonstrar os gravames desse crime, que se desenvolve e se dissemina de modo cada vez mais voraz e organizado, assim como estudar o mercado que abastece essa rentável rede criminosa, como o extenso lapso temporal a ser aguardado por aqueles que desejam realizar uma adoção de modo regular. Por fim, serão sugeridas alternativas que poderão ser adotadas para prevenir e reprimir a propagação dessa prática ilícita, bem assim, a conscientização popular e a celeridade dos processos de destituição do poder familiar e, por conseguinte, das adoções realizadas em território brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Tráfico. Recém-Nascidos. Adoção. Crime. Profissionalização. Cadastro. Adotantes.

ABSTRACT

The simple elucidation of the semantic meaning of the act of trafficking human lives already causing revulsion, and the more we investigate the operation of criminal networks that invest in insidious trade of newborns, we are faced with an overview of cruelty and disrespect to human. This article aims to approach about this criminal activity under the bias of diplomas that regulate this issue in Brazilian legal. It also aims to demonstrate the encumbrance of that crime, which develops and spreads in an ever more voracious and organized, as well as studying the market that fuels this profitable criminal network, such as the extensive time span to wait for those who wish to make an adoption regularly. Finally, it will be suggested alternatives that can be adopted to prevent and suppress the spread of this practice unlawfully, as well

as the popular awareness and speed the process of removal from family power and therefore of adoptions made in Brazilian territory.

KEYWORDS: Traffic. Newborn. Adoption. Crime. Professional. Registration. Adopters.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar o nefasto comércio de recém-nascidos, um dos segmentos pelos quais se externa o tráfico criminoso de seres humanos.

O objetivo é elucidar pontos elementares dessa infração penal, como seu conceito, as normas que o regulamentam no ordenamento brasileiro, o seu aparelhamento e, por fim, a necessidade de combater a profusão com que ele vem se disseminando por todo o mundo. Nessa senda, a finalidade maior do trabalho é, num primeiro momento, abordar o tema sob o viés conceitual e normativo, além de expor as razões que ensejam sua difusão para, por último, apresentar alternativas que poderão servir de instrumentos para o combate dessa prática crimiosa.

Para tanto, o Capítulo 1 inicia tratando do conceito semântico da expressão “traficar”, a fim de que fique demonstrado o forte teor comercial embuído nesse verbete, usado para definir o crime de comércio de vidas humanas. Sobremais, aborda-se as normas que disciplinam esse ilícito penal no Brasil, transitando-se pelos principais diplomas nacionais e internacionais que se ocupam de regulamentar essa temática.

O Capítulo 2 tem por objetivo adentrar no estudo do crime de comércio de recém-nascidos, abarcando a profissionalização desse crime, bem assim, abordar a ligação entre o descumprimento ao cadastro de pretensos adotantes e a existência de um mercado cada vez mais crescente de “compradores” de recém-nascidos.

No Capítulo 3, cuida-se de elencar quais instrumentos poderiam ao menos mitigar o crescimento das redes criminosas, ocupadas com o tráfico de menores. O presente trabalho termina com as conclusões, nas quais são apresentados os pontos de maior destaque, e estimula-se a continuidade dos estudos e das reflexões sobre esse tema.

1 O TRÁFICO DE RECÉM-NASCIDOS: CONCEITO, CIRCUNSTÂNCIAS E NORMAS QUE TIPIFICAM ESSA CONDUTA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

1.1 CONCEITO E CIRCUNSTÂNCIAS

A conduta de negociar a vida de recém-nascidos é tipificada como crime em diversas passagens normativas, tal como se vê consubstanciada de modo próprio em diplomas do ordenamento jurídico nacional.

Alguns deles retrataram essa prática de modo genérico e evasivo, enquanto outros tomaram a cautela de criminalizar a conduta de forma contundente e específica, visando a não deixar margem a dúvidas interpretações.

Antes de tudo, a par das considerações sobre as disposições normativas que regulamentam esse tema em solo brasileiro, importa determinar o marco conceitual da expressão comumente utilizada para designar o crime que serve de objeto ao presente estudo: o “tráfico de recém-nascidos”.

Segundo o consagrado dicionário Aurélio¹, a palavra *traficar* traz a seguinte conotação:

Comerciar, negociar, mercadejar, trafegar./ Realizar operações comerciais clandestinas e ilegais./ Usar da própria influência para obter do poder público uma vantagem qualquer em favor de terceiro, mediante remuneração.

Observa-se daí o caráter comercial externado nesse conceito, de modo que a associação de um verbo com significado tal a algo de inestimável valor, como a vida humana de um neonato, induz, de antemão, ao desprezo que se tem à prática de crimes dessa natureza.

Partindo desse pressuposto, sabendo-se que o comércio de vidas humanas vem se profissionalizando e se difundindo numa assustadora velocidade a conta dos sedutores lucros propiciados ao seu autor, cabe destacar que, diante dos diversos formatos em que esse crime se materializa, será dada uma ênfase maior para o tráfico de recém-nascidos.

Diferentemente de outros crimes semelhantes, como o tráfico de

¹ Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com/>>. Acesso em: 10 jul. de 2013.

mulheres, que alicia pessoas para fins de exploração sexual, o tráfico de recém-nascidos detém algumas peculiaridades, dado que dispõe de faces diametralmente distintas.

Um dos propósitos verificados pelos criminosos que se dedicam ao tráfico de infantes é dos mais cruéis, pois têm em mira obter seus órgãos para vendê-los para o também nefasto mercado ilegal de órgãos, atendendo à demanda daqueles que se dispõem a pagar, sempre de modo ilícito, por um transplante.

Por outro lado, há redes criminosas que se especializam em capturar crianças recém-nascidas para atender ao desejo de pessoas solteiras, ou casais que, sem querer submeter-se ao tempo demandado para uma adoção regular, aliam-se a essas organizações com o propósito de “comprar” infantes de acordo com suas especificações.

Visto desse modo, o presente artigo trata especificamente desse tema, que causa maior indignação não apenas pelo fato de abordar o comércio de crianças indefesas mas também porque termina por modificar seus destinos com o intuito único de obter alguma vantagem econômica.

1.2 ATUAL REGULAÇÃO NORMATIVA DO TEMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No tocante à normatização da matéria, o Brasil ainda está longe de discipliná-la com o rigor exigido para crimes de tamanha gravidade.

Contudo, é possível dizer que houve preocupação em inserir esse tema em diplomas normativos de especial importância, tal qual o Estatuto da Criança e do Adolescente e mesmo o Código Penal Brasileiro.

Em âmbito internacional, cita-se a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, adotada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1994 e ratificada pelo Brasil em 1997, inserida definitivamente em nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto n. 2.740, de 20 de agosto de 1998.

O referido documento, que consiste na norma mais recente e atual sobre o assunto em vigor em nosso País, teve o mérito de elucidar uma série de questões afetas ao tema, além de contribuir para o combate ao

tráfico de menores, não apenas em sua forma internacional, como dentro do território brasileiro.

E assim se entende porque a sobredita Convenção alargou o entendimento sobre a tipicidade desse crime e logrou ampliar a sua repressão, além de marcar sua diretriz normativa para todo o trabalho de combate havido nos territórios dos países pactuantes.

Dentre as normas que foram ínsitas na Convenção Interamericana destaca-se o artigo 2^o, preocupado em definir aqueles que se enquadrariam como vítimas do crime de tráfico de menores, as condutas dignas de tipificação criminal e as circunstâncias elementares integrantes do tipo penal por ela consubstanciadas.

Além do referido documento, mencionam-se os diplomas de origem nacional que serviram para o mesmo propósito.

Anota-se, primeiro, as normas que integram o Código Penal e tiveram o objetivo de tipificar de modo específico o crime de tráfico de crianças e também fixar as respectivas sanções penais aplicáveis a essa infração, em que pese haver crimes de maior abrangência que poderão se adequar a condutas específicas de sequestro de recém-nascidos, por exemplo. Nessa seara, os artigos 245³ e 249⁴ do diploma penal apresentam-se como as normas que consubstanciam a repressão normativa ao comércio de recém-nascidos.

2 Artigo 2^o: Esta Convenção aplicar-se-á a qualquer menor que resida habitualmente em um Estado parte ou nele se encontre no momento em que ocorra um ato de tráfico internacional de menores que o afete. Para os efeitos desta Convenção, entende-se: a) por "menor", todo ser humano menor de 18 anos de idade; b) por "tráfico internacional de menores", a subtração, transferência ou retenção, ou a tentativa de subtração, transferência ou retenção de um menor, com propósitos ou por meios ilícitos; c) por "propósitos ilícitos", entre outros, prostituição, exploração sexual, servidão ou qualquer outro propósito ilícito, seja no Estado em que o menor resida habitualmente, ou no Estado parte em que este se encontre; e d) por "meios ilícitos", entre outros, o sequestro, o consentimento mediante coação ou fraude, a entrega ou recebimento de pagamento ou benefícios ilícitos com vistas a obter o consentimento dos pais, das pessoas ou da instituição responsáveis pelo menor, ou qualquer outro meio ilícito utilizado seja no Estado de residência habitual do menor ou no Estado Parte em que este se encontre.

3 Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo: Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. § 1^o - A pena é de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão, se o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior. § 2^o - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro.

4 Art. 249 - Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial: Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

§ 1^o - O fato de ser o agente pai ou tutor do menor ou curador do interdito não o exime de pena, se destituído ou temporariamente privado do pátrio poder, tutela, curatela ou guarda.

§ 2^o - No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.

A ausência do artigo 231-A⁵ nesse rol deve-se ao fato de ser esse dispositivo destinado a tutelar restritamente os casos de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual. A especificidade externada pela redação desse dispositivo é, vale dizer, lamentável, tendo em vista que ao limitar a sua aplicação apenas ao tráfico para fins sexuais, perdeu a oportunidade de reprimir condutas semelhantes, tal quais aquelas que, se destinam ao tráfico de órgãos ou alimentam o comércio de infantes para adoção ilícita, tema maior deste estudo.

Essa abrangência maior entregue pelo sobredito dispositivo deve-se também ao fato de ter sido o artigo 245 inconclusivo e incapaz de contemplar o tema de modo mais contundente, porquanto tais normas ocupam-se de penalizar os genitores que entregam seus filhos a pessoas de caráter inidôneo ou de parcas condições materiais. A norma também cuida da conduta daqueles que prestam apoio para o envio do infante ao exterior, mas se furto de mencionar aqueles que efetivamente lideram tais práticas. Desse modo, a conduta dos articuladores do comércio de recém-nascidos, como os indivíduos que convencem os pais a entregar seus filhos e os negociam com pessoas interessadas em adotá-los à margem da lei, ou para fazer uso de seus órgãos, acabam não sendo criminalmente responsabilizadas.

O mesmo equívoco aparece no artigo 249/CP, dado que ele somente criminaliza o comportamento de quem subtrai o menor de sua família de origem ou daquele que detém a guarda ou tutela do infante. Dúvidas não há de que essa é apenas uma das diversas atividades executadas por integrantes de redes criminosas especializadas nesse tipo de delito, de modo que essa norma em muito se distancia do rigor que se espera para combater o bem da vida que serve de objeto à tutela do Estado. Tanto é assim que a pena prevista é ínfima e totalmente desproporcional se comparada à gravidade do crime, desde que é razoável exigir-se que a sanção aplicada seja superior a simples detenção de dois meses a dois anos, como prevê o prefalado dispositivo.

5 Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual; Pena - reclusão, de 2(dois) a 6(seis) anos. §1º - Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la. §2º - A pena é aumentada da metade se: I- a vítima é menor de 18(dezoito) anos; II- a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; III- se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou IV- há emprego de violência, grave ameaça ou fraude. § 3º - Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por seu turno, logrou em ampliar a criminalização dessa conduta ao elencar, em seus artigos 238⁶ e 239⁷, o crime de comércio de filho biológico e o envio de criança ou adolescente ao exterior, de modo irregular, ou com o propósito de obter vantagem financeira. Daí se depreende que elas abarcam de modo mais abrangente uma série de condutas cometidas por integrantes de organizações especializadas na venda de recém-nascidos, e não apenas os atos cometidos pelos genitores que consentem em entregar seus filhos a pessoas estranhas ao seu convívio, com o fim de obter uma contraprestação pecuniária.

Destaque-se que o ECA superou positivamente as normas consignadas pela lei penal substantiva, ao tempo em que se ateu a questões de real importância, como o comércio e o tráfico de recém-nascidos, desvinculando-as das características pessoais apresentadas pelos participantes dessa espécie de crime. Nesse ponto, apresentou um notável avanço em relação ao Código Penal, pois a experiência demonstra que é irrelevante, num primeiro momento, os valores morais ou os bens materiais apresentados pela pessoa para quem é entregue a criança, uma vez que a conduta patrocinada pelos dois indivíduos que participam dessa prática já é razão mais que suficiente para dar cabo à reprovabilidade da conduta e, por ilação, à imposição do sancionamento previsto em lei. Tanto é assim que o ECA comina a mesma pena para os dois sujeitos que participam do ato negocial, por entender ser de igual reprovabilidade o comportamento de cada um deles para a consumação do crime.

Sobre isso, valem as lições de Maria Auxiliadora Minahim⁸:

O tipo penal disciplinado pelo art. 238 do Estatuto diz respeito a conduta dos pais ou do tutor que, almejando benefício – seja ele financeiro ou não –, abdica da tutela ou do poder familiar. Independe a circunstância que se segue a suposta troca, o que é reprovado pelo Estatuto e a circunstância de negociar a criança ou o adolescente por qualquer tipo de recompensa.

6 Art. 238. Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa: Pena – reclusão de um a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.

7 Art. 239. Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro: Pena – reclusão de quatro a seis anos, e multa. Parágrafo único. SE há emprego de violência, grave ameaça ou fraude: Pena – reclusão, de 6(seis) a 8(oito) anos, além de pena correspondente à violência.

8 MINAHIM, Maria Auxiliadora. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: doutrina e jurisprudência**. Sao Paulo: Modelo, 2011. p. 505.

Acerca da diferença de tratamento para situações que se assemelham, tal como foi disciplinado nestes dois diplomas legais – Código Penal e ECA –, é oportuno citar a posição externada pela doutrina de Mayra Silveira e Josiane Petry Veronese⁹:

Não há que se confundir, entretanto, o crime do art. 238 com o tipificado pelo Código Penal no art. 245 – naquele os pais ou tutores almejam barganha com a entrega da criança e do adolescente; neste, apesar de serem deixados aos cuidados de pessoa que possa colocar em risco sua integridade moral e material, não é auferido qualquer benefício.

De tudo o que foi visto até aqui, chega-se à seguinte reflexão: não há nada mais lamentável num sistema jurídico penal de um País, do que deparar-se com um conjunto de normas incapaz de punir com o necessário rigor o seu bem mais precioso, especialmente quando se tem em conta que a vida humana é tratada sob os auspícios do mercado de consumo: maior a demanda, maior a riqueza auferida, maiores os interesses negociais que alimentam o crime, patrocinado por organizações que se disseminam em redes que atuam dentro e fora do território brasileiro.

2 A PROFISSIONALIZAÇÃO DO CRIME E SUA ESTREITA LIGAÇÃO COM A INOBSERVÂNCIA DO CADASTRO DE PRETENSOS ADOTANTES

2.1 O FORTALECIMENTO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS ESPECIALIZADAS NA COMERCIALIZAÇÃO DE VIDAS

Assim como em outras associações criminosas, cuja profissionalização desafia até mesmo os mais modernos serviços investigatórios, as organizações que elegem o comércio de recém-nascidos como sua atividade-fim vêm se desenvolvendo de modo cada vez mais articulado.

Diferentemente de seus formatos iniciais, constituídos basicamente de alguns cúmplices aliciados em maternidades, os quais, com o objetivo de obter lucro, convenciam com falsas promessas os genitores de recém-nascidos a entregar-lhes seus filhos ou mesmo os sequestravam

⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Modelo, 2011. p. 505.

para negociá-los posteriormente. Hoje, a venda de recém-nascidos se dá de modo cada vez mais ousado.

Isso porque as facilidades de comunicação, como aquela propiciada pela rede mundial de computadores, tem aproximado interessados na compra de crianças, seja para a adoção ilícita ou mesmo para o uso de seus órgãos para fins de transplante.

Tanto é assim que, nas últimas semanas, tornou-se pública a utilização de redes sociais como sede de negociações envolvendo interessados em comprar recém-nascidos e mulheres grávidas dispostas a “vender” seus filhos por altos montantes pecuniários¹⁰.

O relatado caso, originado no Estado de Pernambuco e que atualmente difundiu-se para outros Estados brasileiros, como Santa Catarina¹¹, bem ilustra o grau de profissionalização alcançado pelos comerciantes de “recém-nascidos”, a ponto de, flagrantemente, fazerem uso da rede mundial de computadores para cometerem um crime desta monta, sem se preocuparem com as sanções passíveis de lhes serem aplicadas ante a descoberta desse ilícito.

A partir da leitura das reportagens veiculadas nos meios de imprensa para noticiar essa repugnante prática, nota-se que a vida de nascituros é negociada como um mero objeto, passível de mensuração econômica, apto a ser entregue para aquele que ofertar a quantia financeiramente mais vantajosa.

Aliado a isso, os casos de tráfico de recém-nascidos perpassam as portas das maternidades, atingindo fóruns, casas de famílias carentes e até mesmo entidades de acolhimento.

Os integrantes dessas organizações criminosas nunca descumram de seus propósitos: procuram suas vítimas em variados lugares, desde que sejam favoráveis ao desenvolvimento de transações financeiras, que são consumadas como se fora a vida humana um bem de mercado, como qualquer outro.

Prova disso pode ser demonstrada por um dos casos investigados pela Polícia Federal na cidade de Itajaí, no Estado de Santa Catarina,

10 CELESTINO, Samuel. *Bahia Notícias*, 2013. Disponível em: <<http://www.bahianoticias.com.br/principal/noticia/141471-pagina-no-facebook-vende-bebes-por-ate-r-10-mil-suspeita-policia.html>>. Acesso em: 27 jul. 2013.

11 LUDWIG, Amanda Garcia. *Engeplus Telecom*, 2013. Disponível em: <<http://www.engeplus.com.br/0,,64756,,html>>. Acesso em: 29 jul.2013.

oportunidade em que se apurou a existência de uma quadrilha com suporte semelhante ao de uma empresa multinacional¹².

Liderada por um advogado, essa rede criminosa contava com um verdadeiro exército de enfermeiros, médicos, parteiras, servidores do Judiciário e da imigração, motorista e compradores aptos a pagar elevadas quantias pela posse dos recém-nascidos, com atuação disseminada nos três estados da região sul do Brasil. É no extremo-sul, inclusive, que as quadrilhas especializadas no comércio de menores têm sua filial mais lucrativa, devido ao expressivo número de descendentes europeus concentrados nessa parte do País.

Além de um amplo quadro de funcionários, essas associações contam ainda com algumas sedes, cujo propósito, além de reunir seus integrantes para planejar suas ações, visam a servir de contato entre compradores e os produtos de seu interesse, a fim de que seja possibilitado verificar, dentre as crianças que são capturadas, qual delas atendem as exigências do mercado e qual delas haverão que ser devolvidas, como bem ilustra o caso supramencionado¹³.

Aliado ao já lucrativo comércio de recém-nascidos para fins de adoção, soma-se o tráfico de crianças para retirada de seus órgãos para transplante. Por possuírem órgãos saudáveis e, à conta de sua conhecida vulnerabilidade, infantes são as principais vítimas que servem para alimentar esse rentável e desprezível mercado.

A articulação dessas redes criminosas se mostra ainda mais organizada e transcende fronteiras, principalmente em direção a países que apresentam um panorama de maior miserabilidade. Isso se deve à maior vulnerabilidade dessas populações que, por falta de instrução ou condições econômicas, entregam seus filhos de forma pacífica sem suspeitar do cruel destino que lhes será dado.

Outro modo de agir dessas quadrilhas, que inclusive já foi retratado em produções cinematográficas, dá-se por meio da atração de vítimas moradores de rua ou em favelas, principalmente aquelas que

12 IAB. Tráfico Internacional de Crianças. **Blog - Rosa ou Espinho - Acontece**, São Paulo, julho de 2011. Disponível em <http://rosaouespinho.blogspot.com.br/p/trafico-internacional-de-criancas.html>. Acesso em: 7 jul. 2013.

13 IAB. Tráfico Internacional de Crianças. **Blog - Rosa ou Espinho - Acontece**, São Paulo, julho de 2011. Disponível em: <http://rosaouespinho.blogspot.com.br/p/trafico-internacional-de-criancas.html>. Acesso em: 7 jul. 2013.

não possuem nenhum parente conhecido, pois assim se garante que as investigações de suas mortes e desaparecimentos, caso cheguem ao conhecimento das autoridades, dificilmente cheguem a termo.

A profissionalização das associações criminosas voltadas à captura e ao comércio de recém-nascidos em muito lembra os tempos da escravidão, quando seres humanos eram levados ao comércio para satisfazer o lucro de seus senhores.

Infelizmente, o tráfico de menores, em que pese a semelhança com a escravidão, em nada recorda a precariedade daquela época, porquanto os negociadores de hoje contam com uma logística e com um profissionalismo de causar inveja aos senhores de escravos.

2.2 O DESRESPEITO AO CADASTRO DE PRETENSOS ADOTANTES COMO FONTE DE ABASTECIMENTO DO TRÁFICO DE RECÉM-NASCIDOS

Dúvidas não há sobre a estreita ligação que vincula o tráfico de recém-nascidos com as práticas de violação ao cadastro de futuros adotantes, o qual foi criado no intuito de disciplinar, por meio de um cadastro cronologicamente organizado, a realização de adoções no Brasil e, por conseguinte, reprimir a comercialização de recém-nascidos.

A respeito da obrigatoriedade da observância do Cadastro, Galdino Bordallo¹⁴ ensina:

Com a existência do cadastro de pessoas habilitadas a adotar, é obrigatório o respeito ao mesmo. Surgindo uma criança para ser adotada, devem ser chamadas as pessoas previamente cadastradas e não qualquer outra que surja interessada na criança.

Esse elo entre as condutas se dá da seguinte forma: pessoas solteiras ou casais, os quais nutrem a vontade de efetivar uma adoção, e indispostos a aguardar o largo período que não raro é demandado para que a adoção sob os moldes da lei se concretize, acabam por optar pela ilícita e tentadora alternativa de negociar a compra do menor a ser adotado. Por vezes, essa teia criminoso se desenvolve de modo espontâneo, por meio do natural conhecimento da existência de mães que não tem

¹⁴ BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia R.F.L.A. (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 290.

interesse na criação do filho ou porque são parte integrante de famílias numerosas, que, em face da precária situação econômica, dispõem-se a entregar os filhos em troca de valores financeiros.

Cientes disso, os adotantes interessados acabam por negociar a compra dessas crianças; com isso, logram abreviar o tempo de espera que é exigido para que a adoção legalmente feita se concretize.

Há ainda os casos, também comuns, em que o conhecimento dessas famílias, dispostas a negociar a venda do recém-nascido, é intermediado por integrantes da organização criminosa.

O que se observa nessas situações é que esses casos se caracterizam por uma tênue ligação entre duas práticas censuráveis: o desrespeito ao cadastro de pretensos adotantes e o comércio de recém-nascidos. Por estarem estreitamente ligadas, essas duas condutas devem ser igualmente reprimidas de modo severo, possibilitando que se faça o combate à proliferação do tráfico e a sua disseminação por todos os rincões do País.

Ao estudar a relação havida entre essas duas condutas, é possível identificar algumas das origens do propagado aumento no número de casos de crimes de comércio de recém-nascidos. Uma delas pode ser observada na leve sanção cominada pelo artigo 238 do ECA àqueles que fazem uso dessa prática, sejam eles vendedores ou compradores, visto que, comparativamente a outros ilícitos penais, a pena de reclusão de um a quatro anos se mostra dissociada das graves consequências que este tipo de crime produz para a vida dos infantes, de modo particular, e para toda a sociedade, de modo geral.

Não fora isso o bastante, são muitos os subterfúgios utilizados pelos adotantes que se envolvem nessa vereda de crimes, mantendo-os afastados dos “olhos da lei”. Quando descobertos, além da difícil tarefa de se produzir prova acerca da transação comercial havida entre as partes, no mais das vezes, o lapso temporal decorrido termina favorecendo a manutenção do infante na família adotiva, às custas da relação socioafetiva formada entre eles.

Nessa toada, imposta a trazer à colação a posição firmada sobre o tema, segundo o escólio de Luciano Rossato, Paulo Lepore e Rogério Sanches Cunha¹⁵:

¹⁵ ROSSATO, Luciano Alves; LEPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogerio Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo**. 4. ed. Sao Paulo: Revista Dos Tribunais, 2012. p. 562.

O tipo penal foi instituído com a finalidade de evitar e punir, não tão severamente quanto deveria, o comércio de crianças ou adolescentes. Apesar da tipificação da conduta, é comum o fato de famílias desprovidas de recursos, iludidos pelo dinheiro ou pela obtenção de outros bens materiais, entregarem jovens (quase sempre de tenra idade) a terceiros. Pelo mesmo motivo, ocorre a situação popularmente conhecida como “barriga de aluguel”, em que a gestante promete a entrega da criança mediante pagamento.

Em igual sentir, destaco a opinião de Guilherme de Barros¹⁶, em suas ponderações sobre o crime do artigo 238 do ECA:

Embora não se trate de crime de menor potencial ofensivo, e cabível a suspensão condicional do processo em razão de a pena mínima ser de apenas um ano (Lei n. 9.099/95, art. 89).

Diante da proliferação dos casos de tráfico de bebês, motivados pelo interesse em que a adoção se consuma em curto prazo, há muitos, inclusive no meio jurídico, como Galdino Augusto Bordallo¹⁷, que defendem a extinção do cadastro de adotantes, pois acreditam ser a adoção *intuitu personae*, um direito dos pais biológicos, inerente ao poder familiar, de zelar pelo bem-estar do seu filho, por meio da escolha da família substituta que irá criá-lo.

Segundo essa corrente, a partir do momento em que não existisse mais cadastro e o ato de adoção pudesse ser concretizado como um contrato, ou seja, contando somente com o ato de vontade dos contratantes, sem a necessidade de atendimento a requisitos legais e temporais (como já ocorre em países como os Estados Unidos), as organizações que se alimentam desse crime estariam fadadas ao desaparecimento.

Contudo, creio ser equivocado pensar na extinção desse que se mostra como um instrumento essencial na defesa dos interesses infanto-juvenis, como ocorre com o Cadastro de Adotantes, desde que ele veio disciplinar uma situação que até ali era desprovida de qualquer regulamentação.

É de se ver que o objetivo da adoção é o de salvaguardar os interesses dos adotados, crianças e adolescentes que, não raras vezes, sujeitam-

16 BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 278.

17 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia R.F.L.A. (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 249-348.

-se à rejeição e aos maus-tratos da família biológica, concedendo-lhes a oportunidade de serem criados por uma família que lhes garanta apoio moral e material, sobretudo o amor e o afeto que se afiguram como elementos intrínsecos da dignidade da pessoa.

Visto por esse ângulo, ao contrário de servir como instrumento de combate à adoção ilícita, a supressão do cadastro terá natureza facilitadora, atalhando o caminho para que as organizações criminosas alcancem seu desiderato maior, qual seja o de obter vantagem econômica às custas da adoção e do comércio de recém-nascidos

O lapso temporal exigido para que a adoção se concretize tem na origem da pretensão a sua razão de ser. Por vezes, ele está pautado pelo restrito perfil de interesse dos adotantes, pela necessidade de prova sobre a plena capacidade dos candidatos, pelo tratamento a ser entregue à criança que será adotada, sem o risco dos revezes de um eventual descontentamento tardio, consumado pela devolução do adotado à entidade de acolhimento ou para a família de origem.

Ressalta-se, por suposto, que o Cadastro de Adotantes deve ser cada vez mais fortalecido, à medida que representa mais um entre os instrumentos de combate ao comércio de vidas, à adoção negociada e ao enriquecimento ilícito de organizações criminosas.

3 A NECESSIDADE DE CONCEBER ALTERNATIVAS APTAS A REPRIMIR O COMÉRCIO DE RECÉM-NASCIDOS

3.1 A CONSCIENTIZAÇÃO DA SOCIEDADE E O PLEITO POR UMA PUNIÇÃO MAIS SEVERA COMO INSTRUMENTO DE INTIMIDAÇÃO DESSA REPUGNANTE PRÁTICA CRIMINOSA

A partir dos entendimentos doutrinários e reflexões consignadas neste trabalho, não há dúvidas de que o arcabouço normativo e sancionatório destinados a punir os crimes de tráfico de seres humanos ficou muito aquém de sua gravidade, desconectado da importância do bem jurídico tutelado, tal qual a vida de pessoas vulneráveis e indefesas.

Diante da organização e da profusão cada vez maior dessa espécie de crime, as normas atualmente inseridas em nosso ordenamento

mostram-se ineficazes como instrumentos de prevenção e de repressão a essa repugnante conduta. Em que pese a valiosa contribuição trazida pelas diretrizes da Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, mormente aquelas previstas em seu artigo 7º¹⁸, o Brasil não materializou seus ditames por meio de dispositivos legais que tivessem em mira a punição rigorosa pelos atos cometidos por aqueles envolvidos em redes ou organizações especializadas no comércio de recém-nascidos.

Nesse cenário, valendo-se da exposição havida nos mais diversos meios de comunicação sobre o tema e do momento de engajamento popular experimentado pelo povo brasileiro, o pleito por uma norma que comine sanções harmonizadas à magnitude desse crime deve figurar entre as reivindicações buscadas a partir daí. Não apenas por meio de leis efetivas e específicas para tratar desse crime, à semelhança do que ocorreu com a Lei Maria da Penha, mas também por meio de um árduo trabalho de educação e conscientização das pessoas, gestantes e famílias das gestantes, tudo intimamente ligado à temática do tráfico, dados que se apresentam, de modo indubitável, como alternativas aptas a reprimir a mercantilização da vida humana.

Não podemos olvidar que a realização de constantes campanhas institucionais de conscientização, com enfoque na reprimenda, na denúncia de casos de tráfico de crianças, no desrespeito ao Cadastro de Futuros Adotantes, mostram-se como uma valiosa e efetiva ferramenta de combate, ainda que de longo prazo, a essa prática criminoso.

3.2 A CONCESSÃO DE UMA MAIOR CELERIDADE AOS PROCESSOS DE ADOÇÃO COMO MEIO DE REPRIMIR A PROPAGAÇÃO DO TRÁFICO DE RECÉM-NASCIDOS

Consoante foi explanado alhures, um dos elementos motivadores para o fortalecimento do crime de tráfico de recém-nascidos reside no largo tempo de espera entre a inscrição dos interessados no cadastro de futuros adotantes e a concretização, definitivamente, do regular processo de adoção.

18 Artigo 7º Os Estados Partes comprometem-se a adotar, em conformidade com seu direito interno, medidas eficazes para prevenir e sancionar severamente a ocorrência de tráfico internacional de menores definido nesta Convenção.

Por diversas vezes, essa demora se deve ao restrito perfil escolhido pelos postulantes à adoção, que, na sua ampla maioria, optam por adotar crianças menores de 2 anos, brancas, desprovidas de quaisquer moléstias físicas ou mentais. No entanto, há casos em que o responsável pela lentidão pertence ao próprio sistema de justiça. Isso porque os processos de destituição de poder familiar, os quais devem ser finalizados para permitir que crianças e adolescentes fiquem disponíveis para serem adotados, estendem-se por longos meses ou mesmo anos a fio. Embora tais procedimentos devam ser dotados de absoluta prioridade, segundo o que dispõe o artigo 227¹⁹ da Carta Magna, a realidade verificada nos fóruns e tribunais se distancia do comando constitucional.

Luiz Figueirêdo²⁰ aduz acerca do assunto:

[...] a maior dificuldade enfrentada pela adoção decorre da burocracia do Judiciário, com lentidão no decidir da causa, implicando, por decorrência, na elevação da idade das crianças, e, como tal, diminuindo o número de candidatos interessados em sua adoção. Pior ainda, mesmo em casos julgados, as secretarias das varas não expediam os mandados de averbações nas ações de decretação de perda do poder familiar e muito menos tomavam, as providências para cadastramento das crianças e adolescentes como disponíveis á adoção.

Diante dessa realidade, em que os maiores prejudicados são os infantes e adolescentes que aguardam, no mais das vezes, com presumida ansiedade pela conclusão de seu desligamento da família originária, para terem a oportunidade de viver em um lar substituto, é inarredável que se estabeleçam mecanismos capazes de empregar maior celeridade processual, de modo a servir de instrumento para a harmonização de seus procedimentos em todo o território nacional.

Essa celeridade, a par de enfraquecer uma importante parcela do mercado que hoje alimenta a rede de tráfico de menores, produzirá um benefício imensurável aos maiores interessados e beneficiários da adoção, quais sejam, as crianças e os adolescentes que pugnam por um novo existir, um recomeço de vida que lhes devolva a dignidade perdida entre o abandono familiar e o descaso que permeia as políticas de Governo.

19 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.

20 FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Comentários à Nova Lei Nacional da Adoção**: Lei 12.010 de 2009. Curitiba, Juruá Editora, 2010. p. 49.

No Estado de Santa Catarina, órgãos integrantes do sistema de justiça, como o Poder Judiciário, o Ministério Público e o Poder Legislativo, conscientizaram-se da importância de empreender iniciativas nesse sentido, a ponto de aliarem-se numa nobre campanha intitulada “Laços de Amor”, cujo principal objetivo é a celerização dos processos de destituição do poder familiar e das adoções que deles dependem. O êxito dessa iniciativa pode ser verificado a partir de seus resultados, atento ao grande número de adoções havidas a partir desse trabalho.

A iniciativa observada no Estado de Santa Catarina bem ilustra que é plenamente possível enfrentar mazelas sociais intrinsecamente relacionadas como aquelas trabalhadas no presente estudo, e produzir exitosos resultados, quando representantes da sociedade a ela se unem na construção das mudanças que almejam concretizar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do trabalho apresentado, várias conclusões podem ser tecidas. Uma delas consiste em que o crime de comercializar vidas distingue-se de todos os outros. Isso porque, em que pese a repugnância causada por outros ilícitos, como estupro, homicídio, latrocínio, o ato de negociar algo inestimável, impassível de valor econômico, como a vida humana, é algo lastimável.

A frieza demonstrada por pessoas que, cegas pela ganância de obter altos montantes pecuniários para, friamente, sequestrar crianças vulneráveis e indefesas e modificar suas vidas de modo drástico, sensibiliza até o mais frio dos seres humanos.

Devido à crueldade desse crime que vem se disseminando e se aparelhando de modo avassalador, demanda-se uma atenção a esse tema. Os próprios meios de comunicação midiática retrataram esse assunto em novelas e filmes recentemente lançados que também escolheram esse enredo, ante a necessidade de discutir esse tema que, infelizmente, não figura no passado, mas habita a mais atual das realidades.

Diante disso, o objetivo deste trabalho foi o de apresentar esse tema sob um enfoque científico, ao tempo que buscou elucidar suas características essenciais, sua regulamentação jurídica e algumas intrigantes peculiaridades que pairam sobre ele, como sua estreita ligação

com o desrespeito ao Cadastro de pretensos adotantes, que funciona como um dos principais abastecedores de mercado consumerista das organizações criminosas voltadas a esse fim. No entanto, mais do que apresentar esse tema, o objetivo crucial deste trabalho foi o de, ao fim dele, demonstrar, de forma otimista, que é possível combatê-lo, e o momento de engajamento social que hoje vivenciamos pode, inclusive, ser um dos fortes aliados à repressão de um dos mais cruéis e repugnantes crimes que a Humanidade pôde conceber.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2013.

_____. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 25 abr. 2013.

_____. **Decreto 2.740, de 20 de agosto de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2740.htm>. Acesso em: 25 abr. 2013.

_____. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 25 abr. 2013.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm/BA .2012.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia R.F.L.A. (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 249-348.

CELESTINO, Samuel. **Bahia Notícias**, 2013. Disponível em: < <http://www.bahianoticias.com.br/principal/noticia/141471-pagina-no-facebook-vende-bebes-por-ate-r-10-mil-suspeita-policia.html> >. Acesso em: 27 jul. 2013 .

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos de Barros. **Comentários à Nova Lei Nacional da Adoção: Lei 12.010 de 2009**. Curitiba, Juruá Editora, 2010. p. 49.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Dicionário do Aurélio On-line**, 2013. Disponível em: < <http://www.dicionariodoaurelio.com/> .> Acesso em: 10 jul. 2013.

IAB. Tráfico Internacional de Crianças. **Blog - Rosa ou Espinho - Acontece**, São Paulo, julho de 2011. Disponível em: <<http://rosaouespinho.blogspot.com.br/p/trafico-internacional-de-criancas.html>>. Acesso em: 7 jul. 2013.

LUDWIG, Amanda Garcia. **Engeplus Telecom**, 2013. Disponível em: < <http://>

www.engeplus.com.br/0,,64756,.html. > Acesso em: 29 jul. 2013.

MINAHIM, 2003, p. 786 *apud* SILVEIRA, Mayra. VERONESE, Josiane Petry. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Editora Conceito Editorial, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROSSATO, Luciano Alves. LEPORE, Paulo Eduardo. CUNHA, Rogerio Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado artigo por artigo**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2012.

SILVEIRA, Mayra. VERONESE, Josiane Petry. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

A INEFICÁCIA DA RENÚNCIA A CARGO DETENTOR DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO PARA FINS DE DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PENAL

Maria Fernanda Steffen da Luz Fontes

*Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí, em
parceira com a Escola do Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Estagiária de Pós-Graduação no Ministério Público do Estado de Santa Catarina*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Jurisdição e competência. 1.1 Jurisdição. 1.2 Competência como medida da jurisdição. 2 Competência por prerrogativa de função. 2.1 Conceitos e princípios. 2.2 Breve histórico legislativo. 3 A renúncia ao cargo eletivo como forma de abuso de direito. 3.1 Abuso de direito na renúncia ao cargo eletivo. 3.2 Questão de Ordem na AP 333/PB. 3.3 Questão de ordem na AP 396/RO. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

O presente artigo objetiva, à luz do Estado Democrático de Direito, analisar a ineficácia da renúncia a cargo detentor de foro por prerrogativa de função para fins de deslocamento da competência penal. Para alcançar o objetivo proposto e melhor elucidar o entendimento acerca

do assunto, a abordagem permeia os conceitos de jurisdição e competência penal. Em seguida, será conduzida uma breve exposição sobre o aspecto histórico e os princípios relativos à competência por prerrogativa de função. Por fim, será feita a análise do conceito de abuso de direito no processo penal e a contraposição de julgados do Supremo Tribunal Federal relativos ao tema, visando à obtenção de uma melhor compreensão em relação ao assunto abordado.

PALAVRAS-CHAVE: Competência. Prerrogativa de função. Abuso de direito. Renúncia.

ABSTRACT

Based on the Democratic State of Law, this article intends to analyze the inefficiency of the resignation to a public office that has forum by function prerogative intentionally done for the displacement of criminal trial competence. To achieve the proposed objective and better elucidate the understanding of the subject, the approach permeates the concepts of criminal jurisdiction and competence. Also, a brief presentation will be conducted on the historical aspect and the principles related to the competence by function prerogative. Lastly, there will an analysis of the concept of abuse of rights in the criminal trial and a contraposition of the Supreme Court's judgments relating to the subject in order to obtain a better understanding about the subject matter.

KEYWORDS: Competence. Function prerogative. Abuse of rights. Resignation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a análise da ineficácia da renúncia a cargo detentor de foro por prerrogativa de função para fins de deslocamento da competência penal.

O objetivo é aprofundar a discussão acerca do assunto, analisando

do os argumentos de doutrinadores, juristas e demais interessados no assunto, a fim de demonstrar, ou não, que a renúncia de cargo eletivo consiste em uma forma de abuso de direito, não surtindo efeitos para fins de deslocamento da competência penal.

A pesquisa mostra-se relevante no atual cenário do ordenamento jurídico, pois será uma oportunidade para examinar tema relevante e ainda com discussão não esgotada na doutrina e jurisprudência.

Para melhor abordagem do tema, este trabalho será dividido em três capítulos.

Para tanto, principiar-se-á tratando da jurisdição, do princípio do juiz natural como garantidor do próprio exercício jurisdicional e da noção de competência, como delimitação da jurisdição.

A seguir, tratar-se-á da competência por prerrogativa de função (*ratione personae*), por meio da análise do seu conceito, confrontando-a com o denominado foro privilegiado e fazendo um breve estudo histórico sobre tal forma de competência.

Para finalizar, será abordado o abuso de direito no processo penal, analisando os julgados que enfrentaram a renúncia de parlamentares com o escopo de esquivar-se da aplicação da lei penal.

O presente artigo encerrar-se-á com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o tema proposto.

Quanto à metodologia empregada, foi utilizado o método de abordagem dedutivo. Nas diversas fases da pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

1 JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

1.1 JURISDIÇÃO

Função estatal soberana, a jurisdição, derivada etimologicamente da palavra *jurisdictio* – *jus* e *dictio* –, traduz-se na ideia da ação de dizer

o direito. Fernando da Costa Tourinho Filho assim define a jurisdição:

A jurisdição, pois, é aquela atividade desenvolvida pelos seus órgãos jurisdicionais visando a solucionar as lides, aplicando, para tanto, o direito objetivo a uma situação litigiosa concreta. Como *poder*, a jurisdição é uma emanção da soberania nacional. Como *função*, a jurisdição é aquela incumbência afeta ao Juiz de, por meio do processo, aplicar a lei aos casos concretos. Finalmente, como *atividade*, a jurisdição é toda aquela diligência do Juiz dentro no processo objetivando a dar a cada um o que é seu.¹

Nesse sentido, a jurisdição consiste no poder, na função e na atividade de aplicar o direito a um determinado fato, exercida pelos órgãos públicos para a obtenção da justa composição da lide.

A jurisdição é una em todo território nacional, ou seja, não há que falar em jurisdição civil, penal ou trabalhista e, conseqüentemente, em conflito de jurisdição, mas em conflito de competência.

Desse modo, todos os membros do Poder Judiciário, ao lado do Senado Federal (Art. 52, I e II, da CF)², embora atuantes em matérias e assuntos de naturezas distintas, possuem a função de aplicar a lei ao caso concreto, não desnaturando a unidade da jurisdição.

Outra importante característica é a indeclinabilidade da jurisdição, consubstanciada no poder-dever do juiz, o qual não poderá recursar-se a proferir decisão, em decorrência lógica do dispositivo constitucional previsto no art. 5º, XXV³: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Em tais casos, a parte possui o direito público subjetivo de exigir do magistrado a aplicação da lei ao caso concreto.

Ao lado da indeclinabilidade da função jurisdicional, tem-se o princípio da indelegabilidade, conceituado nos seguintes termos por Paulo Rangel:

1 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 279.

2 Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:
I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;
II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. 1988).

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

A função jurisdicional não pode ser delegada a outro órgão que não tenha o poder de julgar, isto é, que não seja investido do poder de decidir o caso concreto, através de uma decisão judicial, salvo nos casos expressamente previstos na Constituição da República (art. 52, parágrafo único).⁴

Por sua vez, a improrrogabilidade da jurisdição, também denominada de princípio da aderência, preceitua que “o juiz não pode invadir jurisdição alheia, seja qual for o pretexto. Nem mesmo as partes podem escolher um juiz distinto daquele previamente disposto por lei”.⁵

Nesse sentido, tem-se o juiz natural⁶ como princípio inerente à jurisdição, sendo aquele previamente estabelecido nas normas legais para julgamento de um fato. Tal princípio encontra-se expressamente previsto no art. 5º, XXXVII e LIII, da Constituição Federal:

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

[...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Figueiredo Dias enuncia que o princípio do juiz natural nada mais é do que o “direito fundamental dos cidadãos a que uma causa seja julgada por um tribunal previsto como competente por lei anterior, e não *ad hoc* criado ou tido como competente”.⁷

No mesmo sentido, retira-se da lição de Fernando da Costa Tourinho Filho:

Constitui a expressão mais alta dos princípios fundamentais da administração pública. Juiz natural, ou Juiz constitucional, ou que outra denominação tenha, é aquele cuja competência resulta, no momento do fato, das normas legais abstratas. É, enfim, o órgão previsto explícita ou implicitamente no texto da Carta Magna e investido do poder de julgar.⁸

Acerca do princípio do juiz natural e o exercício da jurisdição, Maria Lúcia Karam ensina:

O princípio do juiz natural se desdobra, assim, em três aspectos, que dão o teor de seu conteúdo legitimador do exercício da jurisdição: em primeiro lugar, só são órgãos

4 RANGEL, Paulo. *A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 104.

5 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. II. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 62.

6 Também denominado “Juiz competente” na Espanha e “Juiz legal” na Alemanha.

7 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 1974. p. 322.

8 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 33. ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 65.

jurisdicionais aqueles instituídos pela Constituição Federal; além disso, tais órgãos devem ser pré-constituídos, ninguém podendo ser processado e julgado por órgão instituído após a ocorrência do fato ou especialmente escolhido para conhecer e decidir sobre determinada causa; e, terceiro, a jurisdição só pode ser exercida pelo juiz pré-constituído em âmbito previamente delimitado pela distribuição de competências constitucionalmente estabelecida.⁹

Além de consistir em um direito fundamental do indivíduo – ser julgado por um órgão jurisdicional preestabelecido e imparcial –, o princípio do juiz natural, nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover¹⁰, “é garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualidade substancial. Sem juiz natural, não há função jurisdicional possível”.

Nesse contexto, Antônio Fernando Scarance¹¹ desdobra o princípio do juiz natural em 3 (três) regras de proteção: a) só podem exercer Jurisdição os órgãos instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgado por órgão jurisdicional criado após a prática do delito; e c) entre os juízos pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências, que impede qualquer discricionariedade na escolha do juiz.

Acerca da vedação da escolha do julgador, igualmente leciona Vicente Greco Filho:

Não se admite a escolha de magistrado para determinado caso, nem a exclusão ou afastamento do magistrado competente; quando ocorre determinado fato, as regras de competência já apontam o juízo adequado, utilizando-se, até, o sistema aleatório de sorteio para que não haja interferência na escolha.¹²

Uma das violações ao princípio do juiz natural, especificamente em sua vertente ligada à proibição dos tribunais de exceção, são os foros privilegiados, os quais são criados como favor pessoal. Todavia, entende-se que a competência por prerrogativa de função, em que se leva em consideração apenas a função desempenhada pelo réu, não violaria o citado princípio, por inexistir, nesse caso, favorecimento ou discriminação.

9 KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 67.

10 GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 41.

11 FERNANDES SCARANCE, Antônio. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 284-285.

12 GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

1.2 COMPETÊNCIA COMO MEDIDA DA JURISDIÇÃO

Fixada, e prevista, no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Constituição Federal, a competência consiste na delimitação do exercício da jurisdição que, embora uma, não pode ser exercida de forma ilimitada por qualquer órgão jurisdicional.

Nos dizeres de Vicente Greco Filho, a competência, decorrente de uma prévia delimitação constitucional e legal, “é o poder de fazer atuar a jurisdição que tem um órgão jurisdicional diante de um caso concreto”.¹³

Celso Antônio Bandeira de Mello enumera quatro características da competência:

As competências são: a) de exercício obrigatório para os órgãos e agentes públicos. Vale dizer: exercitá-las não é questão entregue à livre decisão de quem as titularize. Não está em pauta um problema pessoal do sujeito, ao qual ele possa dar a solução que mais lhe apraz. Está sotoposto ao dever jurídico de atender à finalidade legal e, pois, de deflagrar os poderes requeridos para tanto sempre que presentes os pressupostos de seu desencadeamento; b) irrenunciáveis [...] c) intransferíveis [...] d) imodificáveis pela vontade do próprio titular [...].¹⁴

Acerca do tema, assevera Alberto M. Binder:

É muito difícil que, em qualquer Estado, um juiz exerça uma jurisdição ilimitada em todas as matérias possíveis. A forma de limitar a jurisdição é o que se denomina “competência”. Esta é uma limitação da jurisdição do juiz, que somente a terá sobre determinados tipos de casos. Isto corresponde a motivos práticos: a necessidade de dividir o trabalho dentro de um determinado Estado por motivos territoriais, materiais e funcionais.¹⁵

Essa delimitação do poder jurisdicional, no âmbito penal, leva em consideração critérios relativos ao local em que foi consumado ou praticado o crime ou da residência do agente (*ratione loci*), à natureza do crime (*ratione materiae*) e à qualidade das pessoas incriminadas (*ratione personae*), sendo estas duas últimas hipóteses de competência absoluta, a qual é inafastável pela vontade das partes e revela a natureza pública do interesse em disputa.

13 FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processual Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 133.

14 MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 141-142.

15 BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 248.

Sobre os casos de competência determinada segundo o interesse público, como a prerrogativa de função, Ada Pellegrini Grinover assinala:

[...] o sistema jurídico-processual não tolera modificações nos critérios estabelecidos, muito menos em virtude da vontade das partes. Trata-se aí de competência absoluta, isto é, que não pode ser modificada.¹⁶

Eugênio Pacelli de Oliveira ensina em igual sentido acerca da inafastabilidade da competência absoluta pela vontade das partes:

Como se vê, o princípio do *juiz natural*, instituído *ratione materiae* e *ratione personae*, configura hipótese de competência absoluta, inafastável por vontade das partes processuais, revelando a natureza pública do interesse em disputa, somente se admitindo a sua flexibilização por oportunidade da aplicação de norma da mesma estatura, ou seja, de norma ou princípio igualmente constitucionais. [...] ¹⁷

É também a conclusão de Fernando Capez:

Nos casos de competência *ratione materiae* e *personae* e competência funcional, cumpre observar que é o interesse público que dita a distribuição da competência [...] Trata-se, aí, de competência absoluta, que não pode ser prorrogada, nem modificada pelas partes, sob pena de implicar em nulidade absoluta.¹⁸

Assim, conclui-se que a competência pela prerrogativa de função, definida pelo critério *ratione personae*, em razão do interesse público, possui natureza absoluta, sendo improrrogável, inafastável e imodificável pela vontade das partes.

2 COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

2.1 CONCEITOS E PRINCÍPIOS

A competência por prerrogativa de função (*ratione personae*) trata-se de competência privativa para o processo e o julgamento de infrações penais praticadas por pessoas ocupantes de determinados cargos ou funções públicas.

16 GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 40.

17 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 182.

18 CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 273-274.

Sobre a competência *ratione personae*, pontua Edilson Mougenot Bonfim:

De acordo com uma qualidade (característica circunstancial) das pessoas envolvidas no litígio, a competência pode ser de um ou outro órgão jurisdicional. Por questões de política criminal, entende-se que determinadas pessoas, ao desempenhar certas funções ou ocupar certos cargos, devem ser julgados por órgãos diferentes daqueles que ordinariamente julgariam os demais infratores.¹⁹

Presidente da República, Governadores de Estados, Prefeitos, Deputados, Senadores, Ministros, membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, além de outras autoridades, gozam do foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal e nas Cartas Estaduais, as quais atribuem, originariamente, a competência para processar e julgar tais agentes públicos aos órgãos colegiados, suprimindo a primeira instância.

Acerca do tema, colhem-se os ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira:

Tendo em vista a relevância de determinados cargos ou funções públicas, cuidou o constituinte brasileiro de fixar *foros privativos* para o processo e julgamento de infrações penais praticadas pelos seus ocupantes, atentando-se para as graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões judiciais.²⁰

Tal opção deu-se em razão de os órgãos colegiados do Poder Judiciário serem, em tese, menos suscetíveis às pressões externas existentes e pela maior experiência profissional dos integrantes dos tribunais, fatores que contribuiriam para o julgamento imparcial da ação penal com competência penal fixada em razão da prerrogativa de função.

Márcia Aguiar Arend esclarece as supostas razões doutrinárias e jurisprudenciais que justificariam a existência da competência fixada pela prerrogativa de função:

A doutrina e a jurisprudência nacionais foram construindo os pressupostos discursivos de que certos agentes políticos devem ter a garantia de desempenhar suas funções sem sujeição a pressões, admitindo, assim, que aos agentes políticos fosse conferida a garantia do foro por prerrogativa de função, isto é, pela relevância do cargo, privilégio

19 BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de processo penal anotado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 181.

20 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 182.

que os garantiria o julgamento pelos órgãos colegiados de instância superior. Este entendimento firmou-se na premissa de que os Tribunais de maior categoria têm “mais isenção” para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, pela capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que recaem contra ele.²¹

Muito se questiona, no entanto, a validade do foro por prerrogativa de função em face do princípio da igualdade jurídica²², conforme assevera Antonio Scarance Fernandes:

Se, por um lado, justifica-se o tratamento especial aos doentes mentais, aos necessitados, discutível é o foro privilegiado para determinadas autoridades e agentes públicos. Questiona-se, assim, se a Constituição deveria ter aumentado os casos de competência originária por prerrogativa de função (julgamento de prefeito, por exemplo). Trata-se de competência especial e só pode ser aceita quando, em virtude da profissão exercida ou do cargo político ocupado pelo agente, seja necessária para garantia de correta aplicação de justiça.²³

Ressalta-se, no entanto, que a doutrina majoritária entende que a competência do foro por prerrogativa de função não se trata propriamente de um privilégio da parte, mas de uma opção política do constituinte de 1988, pois a competência dos órgãos superiores subsiste apenas enquanto o agente está no exercício da função do cargo eletivo.

2.2 BREVE HISTÓRICO LEGISLATIVO

Paralelamente ao princípio do juiz natural, a Súmula n. 394 do Supremo Tribunal Federal disciplinava que “cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”. Todavia, quando do julgamento do Inquérito n. 687/SP²⁴, na sessão plenária de 25 de agosto de 1999, o STF

21 AREND, Márcia Aguiar; CUNHA, Renato Guilherme Gomes. **Para Conhecer e Reconhecer a Inconstitucionalidade da Lei Federal n. 10.628/2002**. Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, v. 2, n. 2, jan./abr. 2004. Florianópolis: PGJ: ACMP, 2003. p. 156.

22 Art. 5º, *caput*, da CF: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

23 FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 48.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq n. 687/SP**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Sydney Sanches. Julgamento:

cancelou o citado preceito sumular, com efeito *ex nunc*.

Naquela oportunidade, prevaleceu o entendimento de que o enunciado ampliava a competência sem respaldo constitucional, além de violar o princípio da isonomia e ofender o duplo grau de jurisdição. Ainda, os ministros alegaram, na linha da “jurisprudência defensiva”, que a referida súmula dificultava o exercício das competências daquele tribunal e afastaram a hipótese de que os órgãos judiciais de menor grau não teriam isenção suficiente para julgarem ex-autoridades.

Destacam-se os dizeres do Ministro Sydney Sanches, o qual distingue foro por prerrogativa de função e foro privilegiado e manifesta-se, ao final, pelo cancelamento da Súmula n. 394:

Não se pode negar a relevância dessa argumentação, que, por tantos anos, foi aceita nesta Corte.

Mas também não se pode, por outro lado, deixar de admitir que a prerrogativa de foro visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato, e não proteger quem o exerce. Menos ainda quem deixa de exercê-lo.

Aliás, a prerrogativa de foro perante a Corte Suprema, como expressa a Constituição brasileira, mesmo para os que se encontram no exercício do cargo ou mandato, não é contraditória no Direito Constitucional Comparado. Menos, ainda, para ex-exercentes de cargos ou mandatos.

Ademais, as prerrogativas de foro, pelo privilégio, que, de certa forma, conferem, não devem ser interpretadas ampliativamente, numa Constituição que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, como são, também, os ex-exercentes de tais cargos ou mandatos.

Na oportunidade, o Ministro Sepúlveda Pertence, preocupado com os efeitos decorrentes do cancelamento da citada Súmula, advertiu seus demais colegas:

E quando não interessar ao acusado o julgamento pelo tribunal que a Constituição a tanto reservou, mais precária será a competência desse, pois aí, para subtrair-se dela - cancelada a Súmula 394 -, bastaria a vontade exclusiva do próprio réu, já pela exoneração, já pela renúncia, já pela aposentadoria. Dispensa demonstração, porém, que, segundo os princípios, assim como ao acusado se dá a garantia de não ser subtraído do seu juiz natural, também é certo que a ele não é dado o poder de subtrair-se da sua competência por ato unilateral de vontade.

Posteriormente, por meio do art. 84, § 1º, do Código de Processo Penal, conforme redação dada pela Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002²⁵, a competência por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevaleceria ainda que cessado o exercício funcional. Nesse sentido, assim previa o já revogado artigo:

Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.

§ 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

Todavia, o Supremo Tribunal declarou, em 15/9/2005, a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º, ambos do art. 89 do CPP, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.797²⁶ e n. 2.860, pois a lei ordinária não poderia alterar a competência da Suprema Corte.

O antigo § 1º do art. 84 do Código de Processo Penal tinha como objetivo estender o foro por prerrogativa de função para momento posterior ao exercício do cargo ou função em relação às condutas ilícitas praticadas por agentes públicos, no exercício de função ou cargo público, que caracterizassem improbidade administrativas mas também que correspondessem a ilícitos de natureza penal.

Acerca da denominada tentativa de reprivatização parcial, Eugênio Pacelli de Oliveira assevera:

Como se vê, o legislador da nova redação do art. 84 do CPP notabiliza-se também pela incomum capacidade de ressuscitação do que já não mais se encontrava entre nós. Primeiro, foi com a escolha do art. 84 como morada da

25 BRASIL. Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10628.htm. Acesso em: 20 jan. 2013.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2797/DF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 15/9/2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acesso em: 20 jan. 2013.

imposição de extensão do foro privativo. Esse dispositivo já não ostentava qualquer aplicabilidade, tendo em vista a superveniência do texto constitucional de 1988, em que se estabeleceram as competências de jurisdição. E, depois, com a repriminção (parcial, porque limitada aos atos administrativos praticados pelos agentes) da antiga jurisprudência da Suprema Corte (Súmula n. 394), cujo cancelamento ocorrera há não muito tempo.²⁷

Com isso, atualmente, entende-se que, findo o exercício funcional, cessa a competência especial por prerrogativa de função, podendo tornar-se, no entanto, um “processo-oiô, o que ‘sobe e desce’, às vezes ao gosto do freguês”.²⁸

3 A RENÚNCIA AO CARGO ELETIVO COMO FORMA DE ABUSO DE DIREITO

3.1 ABUSO DE DIREITO NA RENÚNCIA AO CARGO ELETIVO

Muitas são as hipóteses que podem ocasionar, em tese, o deslocamento da competência em virtude do término do exercício de cargo detentor de foro por prerrogativa de função, entre elas, encontra-se a renúncia de mandato parlamentar.

Por meio da renúncia, o agente público, em ato jurídico unilateral, abandona a titularidade do cargo pelo qual foi eleito e empossado. Contudo, quando estiver na condição de réu em uma ação penal, é necessária a análise dos motivos e dos fins do ato de renúncia, além das consequências jurídicas de tal ato, sob pena de caracterização de abuso de direito.

Sobre o abuso de direito, pontua Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

[...] o abuso de direito compreende todas as hipóteses de exercício de direito em que seu titular excede os limites morais mínimos que o fundamentam, os princípios que informam a categoria jurídica de que participa, contrariando o interesse social que a norma jurídica teve em

27 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 199.

28 ARAS, Vladimir. **O sobe-desce do foro privilegiado**. Disponível em <http://blogdovladimir.files.wordpress.com/2010/01/o-sobe-desce-do-foro-privilegiado.pdf>. Acesso em: 17 out. 2012.

mira ao qualificar esses tipos de situações jurídicas, em que se verifica seu exercício de maneira anormal, além do razoável, segundo uma concepção objetiva de justiça, de proporcionalidade admissível entre o poder jurídico do titular do direito e do terceiro a ele vinculado.²⁹

O abuso de direito no campo processual penal, tem raízes na conhecida teoria do abuso de direito, do Direito Civil. Para a constatação da ocorrência do abuso processual, adota-se o critério objetivo funcional, o qual, segundo Alexander Araujo de Souza, independe da intenção dolosa ou culposa do agente, mas se verifica “quando o ato se desvie da finalidade que lhe foi reconhecida pelo ordenamento jurídico, causando um dano processual”³⁰

Todavia, alerta Alexander Araujo de Souza que, em muitos casos, o ato abusivo é praticado mediante fraude, dolo, malícia ou culpa, violando os deveres de lealdade e boa-fé da relação processual. Não bastasse, no plano processual, a conduta abusiva tem como consequência um dano de natureza processual, gerando prejuízo ao devido processo legal, perante a inadequada utilização dos meios e instrumentos processuais, com objetivo de burlar os fins da norma ou do sistema normativo.

Acerca do abuso de direito e do dever de as partes da relação processual penal procederem com lealdade e boa-fé, leciona Alexander Araujo de Souza:

No processo penal, o imputado exerce pessoalmente a autodefesa, também chamada de defesa material. Advirta-se, porém, que neste exercício nem sempre o acusado atua em juízo com *fair play*. Não é incomum o réu utilizar-se de todas as armas, lícitas ou não, para arredar a possível condenação. Contudo, existe uma necessidade, que por vezes se assemelha a um verdadeiro desafio, de conciliar a garantia do direito de defesa com a proscrição ao abuso e à má-fé processuais, de modo a que quaisquer dos valores mencionados não resultem demasiadamente sacrificados.³¹

Em análise sobre a renúncia a cargos eletivos e o deslocamento da competência, colhe-se a análise de Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer:

29 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 496.

30 SOUZA, Alexander Araujo de. **O abuso de direito no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 56.

31 SOUZA, Alexander Araujo de. **O abuso de direito no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 73.

Em vários casos de competência originária pela prerrogativa de função, se pode verificar que os então *detentores* da prerrogativa acabaram *renunciando* aos cargos que ocupavam com a finalidade (única) de evitar o julgamento feito [...] Atenta a estas *manobras* procedimentais, a Corte Suprema vem reconhecendo atualmente que o ato importa em abuso de direito, de modo que, malgrado não mais detentor da prerrogativa, a competência da Corte Constitucional – por esta excepcionalidade – se mantém. Não se trata, propriamente, de uma *perpetuatio jurisdictionis* pela *perda do mandato* (tanto que cancelada a Súmula 394, STF, e declarados inconstitucionais os §§ 1º e 2º do art. 84 do CPP – vide ADI 2.797), mas sim de uma interpretação a evitar que o deslocamento da competência (especialmente quando na iminência do início do julgamento) seja utilizada de forma a burlar as regras constitucionais, além de retirar a disponibilidade de *escolha* do juízo competente daquele que está sendo processado [...]³².

O Supremo Tribunal Federal enfrentou, pelo menos por duas vezes, o abuso de direito por meio da renúncia ao cargo eletivo, com intuito de modificação da competência penal, destinado a procrastinar o regular andamento do processo para alcançar posteriormente a extinção da punibilidade pelo reconhecimento, por exemplo, da prescrição.

3.2 QUESTÃO DE ORDEM NA AP N. 333/PB

Denunciado pelo crime de tentativa de homicídio qualificado, ocorrido em novembro de 1993, Ronaldo José da Cunha Lima, Governador da Paraíba, à época dos fatos, respondia à ação penal perante o Superior Tribunal de Justiça, conforme disposto no art. 105, I, “a”, da Constituição Federal.

Posteriormente, eleito Deputado Federal, subiram os autos ao Supremo Tribunal Federal, em virtude da competência especial de foro por prerrogativa de função, prevista no art. 102, I, “b”, da Constituição Federal.

Após longa instrução, colocado o processo em pauta, para julgamento, em 5 de novembro de 2007, cerca de 14 (quatorze) anos depois da ocorrência do crime, o réu, até então membro do Congresso Nacional,

³² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 198-199.

renunciou, 5 (cinco) dias antes do seu julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, proferindo o seguinte pronunciamento:

Venho através desta formalizar minha renúncia definitiva e irretratável ao mandato [sic] de Deputado Federal pelo Estado da Paraíba. Quero, com esse gesto extremo, despir-me de quaisquer prerrogativas para assumir, apenas como cidadão, episódios particularmente dolorosos de um passado já remoto no tempo, mas ainda muito presente em minha vida e minha consciência, por seus desdobramentos de sofrimento e de dor.

Não é a primeira vez que, no enfrentamento desse episódio, abro mão de prerrogativas. Ainda no Senado, eu o pedi formalmente e de público a todos os meus pares, ao defender o que para mim é princípio fundamental: a imunidade parlamentar deve cingir-se exclusivamente a fatos ligados ao exercício do mandato. Pedia para ser processado e julgado. Queria enfrentar o Júri Popular, sem quaisquer imunidades. Serei julgado não por atos da função pública, mas por gestos de cidadão. Como mero cidadão é que terei de ser tratado.

Por esses gestos já me penitenciei junto aos que fiz sofrer. Deus me permitiu receber do adversário de outras épocas o gesto de perdão, que nos permitiu estabelecer a paz entre dois corações e vencer as atribulações de duas histórias. A reconciliação muitas vezes desejada, sinceramente querida com toda a força de meu coração, e felizmente alcançada, não me tornou menos responsável por meus atos.

O povo da Paraíba, em repetidas ocasiões, distinguiu, com clareza inequívoca, a dramaticidade de um gesto e a história de uma vida, entre o momento esparso e isolado de um minuto e a prática consolidada de uma existência. Mas até para me reconciliar comigo mesmo e com minha história devo enfrentar, diante de meu próprio povo, toda a dor dessa circunstância. À Paraíba, a que dediquei toda a minha vida, entrego meu destino. A Paraíba me julgará, soberanamente, através de seu Tribunal do Júri.

Agradeço aos paraibanos a confiança de mais um mandato, do qual me despeço com a proclamação explícita de homenagem à Justiça e ao Tribunal do Júri Popular. Em todas as tribunas que a vida me permitir, continuarei entoando meu mais profundo respeito ao Parlamento brasileiro e a minha mais profunda convicção de que a imunidade parlamentar, com todos os seus desdobramentos, deve resguardar exclusivamente atos relativos ao exercício do mandato.

Com os meus mais sinceros agradecimentos, e em sinal de

coerência, Ronaldo Cunha Lima, agora apenas brasileiro com muita esperança. E paraibano, com muito orgulho.³³

Diante da renúncia apresentada, o Relator da Ação Penal n. 333, da Paraíba³⁴, Ministro Joaquim Barbosa, propôs questão de ordem relativa à possibilidade, ou não, de julgamento do feito por aquele Tribunal.

Segundo o Ministro Relator, considerando que a ação penal já estava em pauta quando da renúncia, houve manifesto abuso de direito, dado o desvio de finalidade, tornando o ato ineficaz ao menos para fins de mudança de competência da Corte.

Fundamentando seu voto no disposto no § 4º do art. 55 da Constituição Federal e no art. 1º do Decreto Legislativo n. 16, de 24 de março de 1994, o Ministro asseverou que a renúncia possuía ilícita e espúria finalidade de evitar o julgamento do Supremo Tribunal Federal e impedir o exercício da prestação jurisdicional.

Ao final, pugnando pela manutenção da competência, com base nos princípios da boa-fé, moralidade e supremacia do interesse público, o Ministro Joaquim Barbosa assim declarou:

Ao meu ver, o intuito de fraude do ato de renúncia em comento **é cristalino**, razão pela qual **não pode atingir os fins escusos que pretende alcançar**. Do contrário, seremos cúmplices de uma clara afronta ao nosso ordenamento jurídico-constitucional, pois um ato de todo repugnado pelo Direito Positivo e pelos princípios maiores da boa-fé, da moralidade e da preponderância do interesse público sobre o particular surtirá plenos efeitos impunemente.

Contudo, apesar do voto do Relator, a Suprema Corte, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Carlos Britto e Cármen Lúcia, assim decidiu:

ACÇÃO PENAL. QUESTÕES DE ORDEM. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA IMPUTADO A PARLAMENTAR FEDERAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL VERSUS COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. NORMA CONSTITUCIONAL ESPECIAL. PREVALÊNCIA. RENÚNCIA AO MANDATO. ABUSO DE DIREITO. NÃO RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF PARA JULGAMENTO. REMES-

33 Disponível em <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL165113-5601,00-POR+CARTA+CUNHA+LIMA+DIZ+QUE+SOFRE+APOS+TER+BALEADO+RIVAL.html>. Acesso em: 18 jan. 2013.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP n. 333/PB**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 5/12/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=519979>. Acesso em: 20 jan. 2013.

SA DOS AUTOS AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. 1. O réu, na qualidade de detentor do mandato de parlamentar federal, detém prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, onde deve ser julgado pela imputação da prática de crime doloso contra a vida. 2. A norma contida no art. 5º, XXXVIII, da Constituição da República, que garante a instituição do júri, cede diante do disposto no art. 102, I, b, da Lei Maior, definidor da competência do Supremo Tribunal Federal, dada a especialidade deste último. Os crimes dolosos contra a vida estão abarcados pelo conceito de crimes comuns. Precedentes da Corte. **3. A renúncia do réu produz plenos efeitos no plano processual, o que implica a declinação da competência do Supremo Tribunal Federal para o juízo criminal de primeiro grau. Ausente o abuso de direito que os votos vencidos vislumbraram no ato.** 4. Autos encaminhados ao juízo atualmente competente. (sem grifos no original).

Assim, declinou-se a competência para o juízo criminal de primeiro grau que, de forma inevitável, pronunciará a extinção da punibilidade do acusado em razão do seu falecimento, ocorrido em 8 de julho de 2012, pois, até então, não havia o submetido ao julgamento do Tribunal do Júri.

3.3 QUESTÃO DE ORDEM NA AP N. 396/RO

Menos de 3 (três) anos após o julgamento da Ação Penal n. 333, da Paraíba, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de rever seu posicionamento e enfrentar novamente a matéria por ocasião do julgamento da Ação Penal n. 396, de Rondônia³⁵.

Trata-se da Ação Penal em que Natan Donadon, Deputado Federal à época do julgamento, foi denunciado pela prática dos crimes de peculato e formação de quadrilha, diante do desvio de mais de R\$ 1,6 milhão em verbas públicas da Assembleia Legislativa de Rondônia.

No entanto, assim como seu colega Ronaldo José da Cunha Lima, após 14 (quatorze) anos de tramitação do processo, renunciou ao seu mandato parlamentar, em 27 de outubro de 2010 – 1 (um) dia antes do seu julgamento perante o plenário do Supremo Tribunal Federal.

Por ocasião da votação da questão de ordem, a Relatora Ministra

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP n. 396/RO. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 28/10/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622288>. Acesso em: 20 jan. 2013.

Cármen Lúcia afirmou que a renúncia na véspera do julgamento consistia “fraude processual inaceitável”, com objetivo de esquivar-se da responsabilização penal pelo crime de formação de quadrilha (art. 288 do CP), o qual estava prestes a prescrever (4/11/2010).

Assim narrou a Relatora Ministra Cármen Lúcia:

Renúncia de mandato é ato legítimo, porém não se presta a ser subterfúgio para se deslocarem competências constitucionalmente definidas e que não podem ser objeto de escolha pessoal, menos ainda ato de vontade válida a impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à fixação de penas.

A maioria dos Ministros acompanhou a Relatora, tendo Dias Toffoli entendido que o intento único do réu era se “furtar à ação penal”, Cezar Peluzo tachado tal conduta de “abuso de direito”, Lewandowski – mudando seu voto em relação à AP n. 333/PB – e Gilmar Mendes considerando a renúncia como fraude à lei, enquanto Ellen Gracie denominou a renúncia de “manipulação de instâncias”. Ayres Britto, por sua vez, alertou que seria inadmissível a mudança da competência, sob pena de que o réu tirasse proveito da própria torpeza, atingindo a impunidade por meio da prescrição da pretensão punitiva.

Assim, pelo placar de 8 x 1, vencido apenas o Ministro Marco Aurélio – que não demonstrou abuso do exercício de direito –, decidiu a maioria dos Ministros pela manutenção da competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento da Ação Penal n. 396, culminando na pena de mais de 13 (treze) anos de reclusão ao réu.

Assim, vejamos a ementa do paradigmático julgado:

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. DEPUTADO FEDERAL. RENÚNCIA AO MANDATO. ABUSO DE DIREITO: RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA CONTINUIDADE DO JULGAMENTO DA PRESENTE AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. ALEGAÇÕES DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL, DE INVESTIGAÇÃO PROMOVIDA POR ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU, DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL, DE CRIME POLÍTICO, DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, DE CONEXÃO E DE CONTINÊNCIA: VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. PRELIMINARES REJEITADAS. PRECEDENTES. CONFIGURAÇÃO DOS CRIMES DE PECULATO E DE QUADRILHA. AÇÃO PENAL JULGADA PROCEDENTE.

1. Renúncia de mandato: ato legítimo. Não se presta, porém, a ser utilizada como subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas, que não podem ser objeto de escolha pessoal. Impossibilidade de ser aproveitada como expediente para impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à definição de penas. 2. No caso, a renúncia do mandato foi apresentada à Casa Legislativa em 27 de outubro de 2010, véspera do julgamento da presente ação penal pelo Plenário do Supremo Tribunal: pretensões nitidamente incompatíveis com os princípios e as regras constitucionais porque exclui a aplicação da regra de competência deste Supremo Tribunal. 3. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal de que o Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquéritos civis, instaurados para a apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbra suposta prática de ilícitos penais. Precedentes. 4. O processo e o julgamento de causas de natureza civil não estão inscritas no texto constitucional, mesmo quando instauradas contra Deputado Estadual ou contra qualquer autoridade, que, em matéria penal, dispõem de prerrogativa de foro. 5. O inquérito civil instaurado pelo Ministério Público estadual não se volta à investigação de crime político, sendo inviável a caracterização de qualquer dos fatos investigados como crime político. 6. É apta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. 7. A pluralidade de réus e a necessidade de tramitação mais célere do processo justificam o desmembramento do processo. 8. As provas documentais e testemunhais revelam que o réu, no cargo de diretor financeiro da Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, praticou os crimes de peculato, na forma continuada, e de quadrilha narrados na denúncia, o que impõe a sua condenação. 9. Questão de ordem resolvida no sentido de reconhecer a subsistência da competência deste Supremo Tribunal Federal para continuidade do julgamento. 10. Preliminares rejeitadas. 11. Ação penal julgada procedente.

Portanto, com relevante mudança de posicionamento diante do tema, entendeu-se pela ineficácia da renúncia para fins de deslocamento da competência, em razão da existência de abuso de direito e fraude processual, com pretensão incompatível com as regras e os princípios constitucionais.

Há que ressaltar que o ato de renúncia não se coaduna com o princípio da ampla defesa, o qual, assim como qualquer outro princípio de ordem constitucional, não possui natureza absoluta, encontrando limites no ordenamento jurídico e nos preceitos ligados à ética e à moral.³⁶ Não há como se admitir chicanas³⁷ quanto às regras do processo penal brasileiro, não se podendo desconsiderar “as exigências éticas e sociais inerentes à significação do processo como instrumento de função essencial do Estado”.³⁸

Por fim, como já ressaltado anteriormente, a competência por prerrogativa de função não se trata de um privilégio do acusado, mas de uma prerrogativa atribuída ao cargo ou à função por ele exercido. Assim, não poderá o agente dispor de tal competência, de natureza absoluta e, portanto, imodificável pela vontade das partes, para favorecimento pessoal, sob pena de transformar a competência por prerrogativa de função no execrável instituto do foro privilegiado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O enfoque principal deste trabalho científico foi a realização de uma análise doutrinária e jurisprudencial, com o fim de melhor compreender a polêmica existente sobre a possibilidade de deslocamento da competência penal pelo ato de renúncia ao cargo eletivo detentor de foro por prerrogativa de função.

Diante de todo o contexto abordado, é possível considerar que a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Ação Penal n. 396, de Rondônia, possui argumentos amparados na doutrina e na Constituição Federal capazes de sustentar a inviabilidade de deslocamento da competência.

Por outro lado, a insegurança jurídica gerada pelo julgamento das Ações Penais n. 333/PB e 396/RO pelo Supremo Tribunal Federal, em sentidos diametralmente antagônicos, em menos de 3 (três) anos,

36 SOUZA, Alexander Araujo de. **O abuso de direito no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 74.

37 Colhe-se do voto do Ministro Joaquim Barbosa acerca de Ronaldo José da Cunha Lima: “Esse homem manobrou e usou de todas as chicanas processuais por 14 anos para fugir do julgamento. O ato dele é um escárnio para com a Justiça brasileira em geral e para com o Supremo em particular” (STF, AP 333/PB)

38 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro**. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 16.

salienta a necessidade de elaboração de Emenda Constitucional ou de nova Súmula para fixação de parâmetros seguros e determinados, abordando a presente problemática.

De qualquer forma, apesar da ausência de regulamentação expressa e sistemática sobre o tema, ficou evidente a incompatibilidade de modificação da competência penal, de ordem absoluta, por vontade das partes, especialmente pelo ato de renúncia do cargo eletivo, diante de evidente abuso de direito, fraude e má-fé processual.

Dessa forma, admitir a modificação da competência por vontade unilateral do acusado acarretaria, além de ofensa direta ao princípio da igualdade, prejuízo incalculável à justiça e ao sistema processual penal nacional, contribuindo para a instauração da impunidade dos, aí sim, privilegiados brasileiros.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **O sobe-desce do foro privilegiado**. Disponível em <http://blogdovladimir.files.wordpress.com/2010/01/o-sobe-desce-do-foro-privilegiado.pdf>. Acesso em: 17 out. 2012.

AREND, Márcia Aguiar; CUNHA, Renato Guilherme Gomes. **Para Conhecer e Reconhecer a Inconstitucionalidade da Lei Federal n. 10.628/2002**. Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, v. 2, n. 2, jan./abr. 2004. Florianópolis: PGJ: ACMP, 2003.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal anotado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

BRASIL. **Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10628.html. Acesso em: 20 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 2797/DF**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 15/9/2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395710>. Acesso em: 20 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP n. 333/PB**. Tribunal Pleno. Rel. Min.

Joaquim Barbosa. Julgamento: 5/12/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=519979>. Acesso em: 20 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP n. 396/RO**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 28/10/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622288>. Acesso em: 20 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inq n. 687/SP**. Tribunal Pleno. Rel. Min. Sydney Sanches. Julgamento: 25/8/1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80757>. Acesso em: 20 jan. 2013.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FILHO, Vicente Greco. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

FILHO, Vicente Greco. **Manual de Processual Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **As nulidades no processo penal**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro**. Temas de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. **A coisa julgada no processo penal brasileiro como instrumento de garantia**. São Paulo: Atlas, 2012.

SOUZA, Alexander Araújo de. **O abuso de direito no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, v. I. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, v. II. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E GOVERNO ELETRÔNICO: O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO CIDADÃO

Hélio Santiago Ramos Júnior

*Assistente de Procuradoria de Justiça do MPSC (2007/2011 e 2012/2014),
atualmente exerce funções de Assessor Jurídico no MPRS,
Especialista em Direito Processual Civil pela UNISUL*

SUMÁRIO

Introdução. 1 A eficiência administrativa antes da Emenda Constitucional n. 19/98. 2 A eficiência administrativa a partir da Emenda Constitucional n. 19/98. 3 O princípio da eficiência na era do governo eletrônico. 4 A contribuição da gestão do conhecimento para a eficiência do governo eletrônico: o *Balanced Scorecard* na Administração Pública brasileira. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

Este trabalho pretende dissertar sobre o sentido do princípio da eficiência na Administração Pública do Brasil, refletindo sobre a eficiência administrativa antes e depois da Emenda Constitucional n. 19/98, pretende estudar este princípio na sociedade da informação, uma sociedade complexa e cada vez mais informatizada, procura identificar

Atuação	Florianópolis	V. 9	n. 20	p. 251 - 266	jan./jun. 2012
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

também a relação da eficiência administrativa com o governo eletrônico e ao final comentar de que forma as práticas de gestão do conhecimento podem contribuir para uma maior eficiência do governo eletrônico e maior controle da Administração Pública pelo cidadão.

PALAVRAS-CHAVE: Eficiência. Governo Eletrônico. Gestão do conhecimento.

ABSTRACT

The aim of this work is to discuss on the meaning of the efficiency's principle in the Public Administration in Brazil, reflecting on administrative efficiency before and after the Constitutional Amendment No. 19/98, intend to study this principle in the scope of the information society, a complex society and increasingly computerized, it also identifies the relation between administrative efficiency and e-government. Then, it explains how the practices of knowledge management can contribute to greater efficiency of e-Government and Public Administration control by the citizen.

KEYWORDS: Efficiency. E-government. Knowledge management.

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional n. 19/98 inseriu a eficiência como um princípio constitucional da Administração Pública, a partir de então, iniciou-se uma discussão na doutrina sobre o significado de sua posituação no *caput* do art. 37 da Carta Magna no sentido de verificar se trouxe efetivamente alguma mudança na forma de atuação do administrador público.

De início, o objetivo do presente trabalho é dissertar sobre o significado do princípio da eficiência para compreender o que mudou a partir de sua inserção no texto constitucional e se a sua elevação à categoria de princípio possui, ou não, relevância jurídica a ser observada na prática

de atos administrativos.

Pretende-se abordar o princípio da eficiência antes da Emenda Constitucional n. 19/98, com a finalidade de verificar se esse princípio já estava previsto na Constituição Federal de 1988 e qual a sua importância para a Administração Pública. Em seguida, há a pretensão de analisar a eficiência administrativa após a emenda constitucional, refletindo sobre diversos conceitos doutrinários, visando a extrair o verdadeiro significado desse princípio dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Entretanto, este estudo não se limita a apresentar um conceito ou significado para o princípio da eficiência na atualidade, mas, sim, contextualizá-lo diante de uma sociedade complexa, cada vez mais informatizada, na qual novos direitos surgem, o que justifica a necessidade de adoção de políticas de inclusão digital em razão do conseqüente e inevitável desenvolvimento do governo eletrônico.

Discute-se a relação entre o princípio da eficiência administrativa e o governo eletrônico, trazendo comentários sobre de que forma as práticas de gestão do conhecimento podem contribuir para uma maior eficiência do governo eletrônico.

A eficiência como princípio da Administração Pública na Constituição Federal adquire grande relevância jurídica, no contexto atual, por se caracterizar como um princípio revolucionário que impõe a modernização da máquina administrativa para prestação de serviços públicos com qualidade e eficiência, visando à satisfação das necessidades individuais e coletivas dos administrados.

1 A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19/98

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 74, inciso II, que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”.

O exame desse dispositivo constitucional permite a constatação de que a eficiência é considerada como sendo uma finalidade da Administração Pública, ou seja, um dever de boa administração que consiste na aplicação adequada dos recursos públicos.

Mesmo antes da Emenda Constitucional n. 19/98, a eficiência administrativa já tinha sido instituída pelo Poder Constituinte originário e não estava relacionada apenas com a finalidade de aplicar adequadamente os recursos públicos disponíveis, mas havia também, implicitamente, o dever da busca pela eficiência em toda e qualquer atividade e serviços prestados por órgãos da Administração Pública.

Neste sentido, percebe-se, por exemplo, a preocupação do Poder Constituinte originário com a eficiência das atividades realizadas pelos órgãos responsáveis pela segurança pública, em razão da previsão constitucional de norma programática com esta finalidade específica, prevista no art. 144, § 7º, da CF/88, que assim dispõe: “a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”.

Em 1996, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a eficiência como um princípio recepcionado pela Constituição Federal: “A administração pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (const., Art. 37). Outros também se evidenciam na carta política. Entre eles, o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público” (RMS n. 5590/DF, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 1995/0016776-0, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, Data do julgado: 16/4/1996. Publicado no DJ de 10/6/1996, p. 20395).

Essa concepção de eficiência administrativa, entendida como uma finalidade a ser alcançada pela Administração Pública, representa, certamente, uma das principais razões pela qual alguns doutrinadores, mesmo após essa decisão do STJ, continuarão enfatizando que a eficiência não poderia ser compreendida como um princípio em sentido amplo pela dificuldade de controle, ou seja, de avaliar os seus resultados.

Naquela época, o princípio da eficiência estava se tornando mais expresso dentro do ordenamento jurídico brasileiro principalmente em virtude da constatação de que não basta ao administrador atuar dentro

da legalidade, era preciso atender também às necessidades individuais e coletivas dos administrados.

2 A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA A PARTIR DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19/98

A positivação da eficiência como um princípio constitucional da Administração Pública pode ser entendida como o resultado de uma reforma administrativa que pretendia solucionar o problema da insatisfação e do descontentamento da sociedade brasileira com as falhas, omissões e deficiências na prestação dos serviços públicos.

Para Maurício Antônio Ribeiro Lopes, a inserção da eficiência ao lado dos demais princípios constitucionais administrativos não possuía nenhuma relevância jurídica e se tratava de um princípio retórico. Nesse sentido, argumenta que “a eficiência, ao contrário do que são capazes de supor os próceres do Poder Executivo federal, jamais será princípio da Administração Pública, mas sempre terá sido - salvo se deixou de ser em recente gestão política - finalidade da mesma Administração Pública” (LOPES, 1998, p. 108).

Uma parte da doutrina considera que a inserção da eficiência administrativa como princípio pela Emenda Constitucional n. 19/98 não implicou nenhuma mudança efetiva na forma de atuação do administrador público, pois a Administração Pública sempre coube agir com eficiência.

Nesse sentido, “a inclusão do princípio da eficiência no caput do art. 37 da CF/88 não inova o ordenamento jurídico pátrio, senão explicita e concentra sob a forma de princípio uma diretriz que se espalhava, até então, por mais de um dispositivo” (COSTODIO FILHO, 1998, p. 216).

Paulo Modesto (2000) argumenta que “a positivação da eficiência era desnecessária e redundante, pois a própria Constituição Federal, antes da Emenda Constitucional n. 19/98, já previa de forma explícita e implícita o princípio da eficiência no texto constitucional”.

A respeito da eficiência administrativa, comenta-se que esse princípio “é juridicamente tão fluido e de difícil controle ao lume do Direito,

que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto” (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 60).

Entretanto, conforme será aprofundado no tópico seguinte, é possível entender que a positivação da eficiência no *caput* do art. 37 da Constituição Federal trouxe um novo significado para a Administração Pública, expandindo a ideia de eficiência a qual já estava implícita na Carta Magna.

A elevação da eficiência ao nível de princípio constitucional da Administração Pública implica a possibilidade de anulação de ato administrativo pelo Poder Judiciário quando houver violação a esse princípio.

O princípio da eficiência, de modo geral, pode ser mensurado, além de avaliados os seus resultados, por exemplo, por meio da observação se foram aplicados adequadamente os recursos públicos disponíveis, tendo em vista as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto.

Acerca do princípio da eficiência, “o atendimento desse princípio, cremos, vai mais além. De fato, certas situações não devem ser mantidas se o contrariarem. O agente público, em tais casos, deve tomar as medidas necessárias para pôr fim a certa situação tida, em termos de resultado, por desastrosa para o Estado” (GASPARINI, 2006, p. 22).

Dalton Santos Morais salienta que, sendo o princípio da eficiência inserto na Carta Magna, a Administração Pública deverá desempenhar as atividades administrativas objetivando produzir os resultados os mais satisfatórios possíveis e visando ao atendimento das necessidades coletivas e da própria máquina administrativa utilizando o mínimo possível de recursos públicos.

Para atingir esses resultados, “deverá o administrador público, no exercício *ex lege* da atividade administrativa, interpretar as normas a que está sujeito pelo prisma da legalidade material, em detrimento de um exacerbado formalismo que eventualmente seja exigido pela legislação vigente” (MORAIS, 2004, p. 189).

No que se refere aos riscos de flexibilização da Constituição Federal e eventual violação à ordem jurídica em virtude da aplicação desse princípio, tem-se que “o princípio da eficiência vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade será sacrificada. Os dois princípios constitucionais da Administração

devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade” (MEDAUAR, 2004, p. 151).

Assim, “todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado, se, ex vi do Princípio da Eficiência (art. 37, *caput*, CF), for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos objetivos fixados pelo ordenamento jurídico” (ARAGÃO, 2004, p. 3).

Dessa forma, a eficiência visa a atingir os melhores resultados para a Administração Pública dentro da legalidade e o princípio da razoabilidade ajuda nessa tarefa, pois orienta o administrador público no sentido de verificar se a opção escolhida efetivamente é adequada para atingir a finalidade para a qual se destina.

3 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ERA DO GOVERNO ELETRÔNICO

O princípio constitucional da eficiência impõe a modernização da Administração Pública para a prestação de serviços públicos com garantia de qualidade e de maior eficácia. Isso significa que “a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las” (CARVALHO FILHO, 2004, p. 20).

Na sociedade da informação, pode-se dizer que “um administrador eficiente, é, antes de tudo, um cidadão que deve estar preparado intelectualmente e em constante sintonia com as ininterruptas evoluções metodológicas e tecnológicas, típicas de um mundo extremamente complexo” (CEREJIDO, 2001, p. 232).

Para Sandra Pires Barbosa, o princípio da eficiência tem o poder de direcionar o Direito Administrativo e suas normas, e a referida autora adota o mesmo entendimento do jurista Alexandre de Moraes, considerando que a eficiência apresenta as seguintes características: “o direcionamento dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca

da qualidade” (BARBOSA, 2001, p. 207).

O direcionamento dos serviços públicos à efetividade do bem comum está relacionado a um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previsto no art. 3º, inc. IV, da Constituição Federal que consiste em promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Outra característica do princípio da eficiência é a sua relação com o princípio da imparcialidade no sentido de afastar qualquer influência de interesses que sejam contrários ao interesse público.

A Administração Pública tem o dever de boa administração, o dever da busca pela eficiência nas atividades e nos serviços prestados por órgãos da Administração Pública, pois na medida que privilegia interesses particulares em detrimento do interesse público, a ausência de imparcialidade pode comprometer a eficiência administrativa.

A eficiência também estaria, segundo os autores supra mencionados, relacionada com a ideia de neutralidade, neste caso, trata-se do dever do Estado em se abster de valorar possíveis interesses em conflito entre os administrados, devendo dar tratamento igualitário aos mesmos.

O princípio da eficiência exige também transparência na Administração Pública, para que se tenha maior controle da máquina administrativa, combate à ineficiência formal, para que seja possível uma maior participação do cidadão na Administração Pública, inclusive, criando condições para que a sociedade possa avaliar os serviços públicos e denunciar possíveis irregularidades.

Para Vladimir da Rocha França, a transparência estaria vinculada ao princípio da publicidade e não seria uma característica do princípio da eficiência. Entretanto, nada impede que a transparência também seja exigida pela eficiência administrativa, além disso, o próprio autor reconhece que, “sem transparência, não há controle jurisdicional viável da administração pública, constituindo uma exigência da cidadania” (FRANÇA, 2000, p. 171).

É possível perceber que a participação e aproximação dos serviços públicos da população constituem uma outra característica do princípio da eficiência. Nesse sentido, dispõe o artigo 37, § 3º, da Constituição Federal que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta. Entre as matérias que deverão

ser regulamentadas especificamente por esta lei, estão previstas, por exemplo, as reclamações relativas à prestação de serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e à avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços.

A aproximação entre o cidadão e a Administração Pública é fundamental para o exercício da cidadania e para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, há previsão constitucional de regulamentação também no que concerne ao acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, além da possibilidade de representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Conforme se verificou ao longo deste estudo, a desburocratização se apresenta como uma das principais razões para a positivação da eficiência como princípio no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, objetivando a adequação da máquina administrativa para melhor atender às necessidades dos administrados.

A busca da qualidade é outra característica essencial do princípio da eficiência e sua importância está refletida na necessidade de modernização da Administração Pública, visando a prestar serviços públicos com maior qualidade aos cidadãos.

Esta ideia pela busca da qualidade e melhoria permanente dos serviços públicos está consubstanciada no § 7º do art. 39 da Carta Magna, introduzido pela Emenda Constitucional n. 19/98, que dispõe que lei da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização dos serviços públicos.

O princípio da eficiência está relacionado também com o exercício da cidadania à medida que todo o indivíduo tem o direito de receber informações dos órgãos públicos, o direito de participar da Administração Pública e de denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas. Dessa forma, “incluído em mandamento constitucional, o princípio pelo menos prevê para o futuro maior oportunidade para os indivíduos exercerem sua real cidadania contra tamanhas falhas e omissões do Estado” (CARVALHO FILHO, 2004, p. 19). No mesmo

sentido, tem-se que “a eficiência guarda, pois, vínculo direto com o respeito à cidadania. A Administração age para a consecução das finalidades legais, devendo, nesse atuar, ser absolutamente eficiente, por respeito à delegação que lhe foi outorgada pelos cidadãos” (COELHO, 2004, p. 53).

A eficiência administrativa é, portanto, uma conseqüência lógica do princípio democrático do Estado de Direito. Por essa perspectiva, o princípio da eficiência permite adequar a Administração Pública à realidade social brasileira, com a finalidade de “revigorar o movimento de atualização do direito público, para mantê-lo dominante no Estado Democrático e Social, exigindo que este último cumpra efetivamente a tarefa de oferecer utilidades concretas ao cidadão, conjugando equidade e eficiência” (MODESTO, 2000, p. 75).

Diante desse contexto, é preciso assegurar a todos o acesso à informação pública governamental e a efetiva participação do cidadão na Administração Pública visto que estes são pressupostos para a concretização de um Estado Democrático de Direito. Em decorrência disso, surge a necessidade da adoção de políticas de inclusão digital bem como da implementação do governo eletrônico para atender às novas demandas da realidade social.

Nesse contexto, o uso da informática poderá contribuir significativamente para o fortalecimento da democracia, contribuir para uma maior transparência na Administração e propiciar uma participação mais efetiva do cidadão no controle do Poder Público ao garantir a todos o acesso à informação e às novas tecnologias.

O governo eletrônico pode ser conceituado como sendo “a contínua otimização da prestação de serviços do governo, da participação dos cidadãos e da administração pública pela transformação das relações internas e externas através da tecnologia, da *Internet* e dos novos meios de comunicação” (FERGUSON, 2002, p. 104). Segundo Rover (2006), “a realidade do chamado governo eletrônico avança na mesma medida em que ocorre uma reforma silenciosa do próprio Estado em decorrência das demandas da sociedade” (ROVER, 2006, p. 75).

Percebe-se que existe uma forte relação entre governo eletrônico e eficiência administrativa de tal forma que, na sociedade contemporânea, informatizada e, cada vez mais, exigente, o desenvolvimento do governo

eletrônico é inevitável para atender às necessidades do indivíduo e da coletividade.

O princípio da eficiência é dotado de características revolucionárias à medida que permite à Administração Pública acompanhar as novas tendências do Direito Administrativo, ou seja, adaptando-o, dentro da legalidade, ao contexto da realidade brasileira.

Existe uma grande resistência por parte da doutrina mais conservadora tanto em admitir a eficiência como princípio constitucional quanto em reconhecer o caráter revolucionário que é atribuído ao princípio da eficiência.

A eficiência se consolida definitivamente como um direito constitucional fundamental do cidadão a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, que assim dispõe: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Assim, “a duração do processo que não se revelar razoável afronta esse direito constitucional, ensejando a apuração da responsabilidade do servidor que lhe deu causa” (MEIRELLES, 2006, p. 97).

Embora a eficiência administrativa se caracterize como um princípio de caráter revolucionário já que exerce forte influência na aplicação dos demais princípios administrativos, não se pode olvidar que a busca pela eficiência está limitada à observância do princípio da legalidade.

Pode-se dizer que o princípio da eficiência é norteador da atuação administrativa e influencia o princípio da legalidade, por exemplo, ante a constatação de que a eficiência passa a exigir a atualização da Administração Pública e até mesmo a elaboração de leis que contribuam para a redução de custos e para satisfazer plenamente as necessidades dos administrados.

O princípio da eficiência, portanto, contribui para a modernização da Administração Pública à medida que cria novas perspectivas e direitos para os administrados que poderão exercer a sua cidadania de forma plena desde que lhes sejam garantidos instrumentos de participação e controle da máquina administrativa. Além disso, “é necessário criar novas formas de colaboração entre os cidadãos e o governo porque diante do efeito da globalização se necessitam novas ferramentas de expressão

da democracia que satisfaçam as necessidades variáveis da sociedade e confirmam à mesma a possibilidade de participação ativa nos processos de governança do país” (PETRAUSKAS, 2006, p. 88).

4 A CONTRIBUIÇÃO DA GESTÃO DO CONHECIMENTO PARA A EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O *BALANCED SCORECARD*

Neste tópico, pretende-se refletir sobre como as práticas de gestão do conhecimento, mais especificamente, as aplicações de *Balanced Scorecard* (BSC) podem ser utilizadas para uma maior eficiência administrativa a partir do controle da Administração Pública pelo cidadão.

Pode-se dizer que a prestação de serviços públicos ao cidadão é uma das ações onde mais se observa a qualidade na Administração Pública, pois “as pessoas cada vez têm pouco tempo disponível, necessitando de maiores conveniências e melhores serviços públicos, exigindo serviços eficazes. O próprio Governo Federal editou o Decreto n. 3.507, de 13 de junho de 2000, que estabelece um padrão de qualidade na prestação de serviços aos cidadãos pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta, indireta e fundacional” (LOUREIRO, 2003, p. 31).

Robert Kaplan e David Norton (1997) apresentaram, em sua obra “A estratégia em ação: *Balanced Scorecard*”, um modelo para medir o desempenho e a produtividade de empresas por meio de indicadores e vetores para se ter um maior controle das atividades realizadas dentro das organizações e para que se tenha um *feedback* em relação aos resultados.

Segundo os autores, “o *Balanced Scorecard* complementa as medidas financeiras do desempenho anterior com medidas dos vetores que impulsionam o desempenho futuro. Os objetivos e medidas do *scorecard* derivam da visão estratégica da empresa. Os objetivos e medidas se centralizam no desempenho organizacional sob quatro perspectivas: financeira, cliente, processos internos e de aprendizagem e crescimento. As quatro perspectivas formam a estrutura do *Balanced Scorecard*” (KAPLAN & NORTON, 1997, p. 8).

O *Balanced Scorecard* permite que se tenha uma representação de

uma visão mais ampla da organização pública ou privada por meio dos seus objetivos e medidas que permitem uma melhor observação da organização por todos os funcionários.

A princípio, o modelo estratégico *Balanced Scorecard* (BSC) foi criado para ser utilizado em empresas do setor privado. Entretanto, algumas organizações públicas começaram a utilizar indicadores de desempenho com base no modelo BSC, no Brasil, por exemplo, a Empresa Brasileira de Pesquisa Avançada (Embrapa).

No que se refere à aplicação do *Balanced Scorecard* na Administração Pública, a perspectiva do cliente é muito importante e corresponde à busca pela satisfação do cidadão com as atividades e os serviços prestados pelos agentes administrativos.

Em uma matéria publicada no jornal *Gazeta Mercantil* (1998) sobre esse assunto, observa-se a preocupação da Administração Pública brasileira na prestação de serviços públicos mais eficientes para melhor atender ao cidadão: “Com o BSC, a Embrapa – segundo seu presidente, Alberto Portugal – pretende ganhar, cada vez mais, eficiência e prestar serviços de qualidade dentro da moderna visão de empresa estatal, que é centralizar suas ações no cliente. A idéia chave é conscientizar o empregado de que a Embrapa está em um negócio como qualquer outro, precisa ter bons produtos, boa rede de distribuição e saber promover estes produtos”.

O Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial do Brasil (Inmetro) criou o Grupo de Ação Transversal (GAT) com o objetivo de conduzir a revisão do planejamento estratégico daquela autarquia por meio da Portaria n. 102, de 13 de abril de 2006, objetivando a posterior utilização do *Balanced Scorecard* (BSC).

Em uma pesquisa sobre Gestão do Conhecimento na Administração Pública brasileira realizada, em junho de 2005, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) do Ministério do Planejamento do Brasil se constatou que muitas empresas estatais possuem processos avançados de gestão de conhecimento em relação à administração direta.

Em relação ao uso do *Balanced Scorecard*, segundo a mesma pesquisa, foi possível observar que cerca de 10% de todas as organizações da Administração Pública pesquisadas têm um modelo de *Balanced Scorecard* implantado e que cerca de 40% das organizações estão com

projeto de implantação do BSC.

Para Kaplan y Norton (1997), é possível construir um modelo de *Balanced Scorecard* em pouco tempo, nesse sentido, dizem que o primeiro *Balanced Scorecard* de uma organização pode ser criado em 16 semanas e que o “processo de construção de um *Balanced Scorecard* esclarece os objetivos estratégicos e identifica um pequeno número de vetores críticos que determinam os objetivos estratégicos” (1997, p. 12).

De acordo com Rogério Santana dos Santos, “numa sociedade impulsionada pelas tecnologias da informação, portanto, é preciso pensar a Gestão do Conhecimento de uma forma ampla. É vital que criemos um fluxo contínuo de informação no governo e, para que isso aconteça, o governo tem que gerir melhor os seus saberes e conhecimentos” (2006, p. 322).

O *Balanced Scorecard* é apenas um exemplo de como as práticas de gestão do conhecimento podem contribuir para uma maior eficiência do governo eletrônico, objetivando uma melhor organização das informações do governo e divulgação das que sejam de interesse dos cidadãos.

Não obstante, o governo tem que promover políticas de inclusão digital para que a sociedade brasileira tenha acesso à informação de seu interesse, disponibilizando-a em *sites* oficiais dos órgãos do governo, e que os cidadãos possam participar do governo e exercer o seu controle sobre a Administração Pública.

Uma vez que todos os órgãos da Administração Pública utilizem o BSC, por exemplo, e que venham a publicar informações de interesse dos cidadãos e os resultados da administração na rede, permitindo a participação e controle da Administração, os cidadãos poderão exercer a sua cidadania de forma mais efetiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da eficiência contribui para a modernização da Administração Pública à medida que cria novas perspectivas e direitos para os administrados que poderão exercer a sua cidadania de forma plena desde que lhes sejam garantidos instrumentos de participação e controle da máquina administrativa.

Políticas de inclusão digital podem contribuir para o fortalecimento da cidadania, incentivando a participação do indivíduo no controle da Administração Pública, promover o desenvolvimento nacional e proporcionar diversos outros benefícios para a sociedade.

As práticas de gestão do conhecimento são muito importantes para a eficiência do governo eletrônico, pois permitem uma melhor organização das informações do governo e da Administração Pública.

O uso do *Balanced Scorecard*, em todos os órgãos públicos, e a publicidade de seus resultados para a população na *Internet* poderá permitir que seja possível realizar os objetivos estabelecidos pelo princípio da eficiência, principalmente no que se refere ao efetivo controle da Administração Pública pelos cidadãos.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, A. S. de. O princípio da eficiência. *In: Revista de Direito Administrativo*. n. 237. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-6.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARBOSA, S. P. Impacto da globalização sobre o princípio da eficiência. *In: Revista de Direito Administrativo*. n. 224. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun., 2001. p. 197-210.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 1002 p.

CEREJIDO, J. H. da C. O princípio constitucional da eficiência na Administração Pública. *In: Revista de Direito Administrativo*. n. 226. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez., 2001.

COELHO, P. M. da C. **Manual de direito administrativo**. São Paulo, Saraiva, 2004. 501 p.

COSTODIO, U. A Emenda Constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública. *In: Revista dos Tribunais: Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano VII. n. 27. abr./jun. São Paulo: RT, 1999. p. 209-217.

DUMONT, D. M.; RIBEIRO, J. A.; RODRIGUES, L. A. **Inteligência Pública na Era do Conhecimento**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. 332 p.

FERGUSON, M. Estratégias de governo eletrônico: o cenário internacional em

desenvolvimento. In: EISENBERG, J.; CEPIK, M. (Org.). **Internet e Política: Teoria e Prática da Democracia Eletrônica**. Belo Horizonte: UFMG (2002). p. 103-140.

FRANÇA, V. da R. A Emenda Constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública. In: **Revista dos Tribunais: Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**. Ano VII. n. 27. abr./jun. São Paulo: RT, 1999. p. 209-217.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1022 p.

LOPES, M. A. R. **Comentários à reforma administrativa**. São Paulo: RT, 1998.

KAPLAN, R. S.; NORTON, D. P. **A estratégia em ação: balanced scorecard**. Tradução Luiz Euclides Trindade Frazão Filho. 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997. 344 p.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. São Paulo: RJ, 2004. 512 p.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 826 p.

MODESTO, P. Notas para um debate sobre o Princípio da Eficiência. In: **Revista Interesse Público**. n. 7 jul/set. São Paulo: Notadez, 2000. p. 67-75.

MORAIS, D. S. Os custos da atividade administrativa e o princípio da eficiência. In: **Revista de Direito Administrativo**. n. 237. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set., 2004. p. 165-196.

PETRAUSKAS, R. *Los principios y la implementación de la democracia electrónica*. In: GALINDO, F. (Coord.). **Gobierno, Derechos y Tecnología: Las actividades de los poderes públicos**. Thomson Civitas, Universidad de Zaragoza (Espanha), 2006. p. 85-113.

ROVER, Aires José. Democracia digital: problema o solución. In: GALINDO, Fernando (Coord.). **Gobierno, Derechos y Tecnología: Las actividades de los poderes públicos**. Thomson Civitas, Universidad de Zaragoza (Espanha), 2006. p. 67-83.

SANTOS, R. S. dos. As práticas de gestão do conhecimento são centrais para a eficiência do governo eletrônico. In: CARVALHO, I. M. de; MENDES, S. P.; VERAS, V. M. (orgs.). **Gestão do conhecimento: uma estratégia empresarial**. Brasília: J. J. Gráfica e Comunicação Ltda., 2006. p. 320-335.

PRÓ-ATIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOBRE A MODALIDADE DE LICITAÇÃO CONVITE COMO INSTRUMENTO INIBIDOR DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

André Teixeira Milioli

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Especialista em Direito Processual Penal pela UNIVALI*

SUMÁRIO

Introdução. 1 A Modalidade de Licitação Convite e a Sua Estreita Relação com os Atos de Improbidade Administrativa. 1.1 A Administração Pública e a sua Sujeição ao Processo Licitatório. 1.2 Conceito de Licitação, sua Disciplina Legal e seus Princípios. 1.3 Peculiaridades da Modalidade Convite. 1.4 Os Atos de Improbidade e a Fragilidade da Modalidade Convite. 2 O Ministério Público e o Combate à Corrupção. 2.1 A Legitimidade do Ministério Público. 2.2 O Combate Repressivo. 2.3 A Necessidade de uma Postura Pró-Ativa para o Combate Preventivo. 2.4 Mecanismos e Propostas de Combate à Corrupção em Licitações na Modalidade Convite. 2.4.1 Alteração Legislativa. 2.4.2 Monitoramento Estratégico. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

A modalidade de licitação convite é alvo frequente de agentes ímprobos e corruptos que pretendem se locupletar ou mesmo apenas se beneficiar ilicitamente do dinheiro público. Algumas peculiaridades dessa espécie de procedimento a torna mais frágil se comparada com as demais modalidades, motivo pelo qual o Ministério Público, legítimo guardião constitucional da moralidade administrativa, precisa intensificar o combate repressivo, porém, sobretudo, assumir uma postura pró-ativa e otimizar a sua atuação preventiva nessa seara, como forma de inibir os atos de improbidade administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação. Convite. Improbidade Administrativa. Ministério Público. Pró-Atividade.

ABSTRACT

The modality of bid invitation is a frequent target of unrighteous and corrupt agents who intend to indulge themselves or even just to get benefits from the public money illegally. Some peculiarities of this kind of procedure make it more fragile if compared with the other modalities, which is the reason why the Public Prosecution – legitimate constitutional guardian of the administrative morality – must increase the repressive combat, but especially take a proactive posture and optimize its preventive action in this endeavor, as a way to inhibit the actions of administrative misconduct.

KEYWORDS: Bidding. Invitation. Administrative Misconduct. Prosecution. Proactivity.

INTRODUÇÃO

O presente Artigo tem como objeto a atuação do Ministério Público no combate aos atos de improbidade administrativa.

Como é sabido, os procedimentos licitatórios são alvos rotineiros de agentes ímprobos, que almejam vilipendiar o patrimônio público e se locupletar ilicitamente, sobretudo quando efetuados na modalidade de convite, justamente porque nessa categoria a Administração não é obrigada a publicar o extrato ou resumo do instrumento convocatório que realmente asseguraria a sua publicidade. Por consequência, o desconhecimento público da existência do procedimento facilita sobremodo a ocorrência de irregularidades e desvios durante o seu trâmite, inclusive com a prática de atos de improbidade.

Assim, a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento das ações contra atos de improbidade administrativa previstos na Lei n. 8.429/92 e das ações penais públicas por crimes previstos no Código Penal e na legislação penal esparsa, além das suas demais incumbências constitucionais, impingem-lhe a adoção de uma postura diferenciada no combate a essa espécie de corrupção que assola historicamente o País.

Portanto, a busca por uma postura adequada do Ministério Público nesse enfrentamento motivou a presente pesquisa, que é de extrema relevância para a inibição de tais práticas.

Para tanto, principia-se abordando a Administração Pública e sua sujeição aos procedimentos licitatórios, passando, na sequência, ao conceito propriamente de licitação, ao seu enquadramento legal e aos princípios que lhe são afetos.

A seguir, serão tratadas algumas das peculiaridades inerentes à modalidade convite, o que lhes acarreta relevantes fragilidades perante os agentes acostumados a trilhar os caminhos da improbidade administrativa.

Para finalizar, será tangenciada a legitimidade do Ministério Público como guardião da moralidade administrativa e de que forma pode se dar o combate repressivo à corrupção. Além disso, procurar-se-á avaliar a necessidade de uma postura pró-ativa do Órgão Ministerial nesse embate, inclusive apresentando propostas preventivas de controle.

O presente artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre como se deve dar a atuação do Ministério Público no combate à improbidade administrativa existente no seio das licitações.

Para o presente artigo, foi levantada a seguinte hipótese: uma postura pró-ativa do Ministério Público sobre os procedimentos licitatórios municipais, na modalidade de convite, inibiria a prática constante dos agentes ímprobos na malversação do patrimônio público?

Quanto à metodologia empregada foi utilizado o Método dedutivo. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

1 A MODALIDADE DE LICITAÇÃO CONVITE E A SUA ESTREITA RELAÇÃO COM OS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

1.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SUA SUJEIÇÃO AO PROCESSO LICITATÓRIO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tratou, no seu Título III, sobre a “Organização do Estado”, destinando um Capítulo desse Título para tratar especificamente sobre a “Administração Pública”, qual seja, o seu Capítulo VII.

Esse Capítulo inicia com o artigo 37, no qual o Poder Constituinte estabeleceu que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.¹

Não obstante, é de longa data a dificuldade de se conceituar com precisão a expressão “administração pública”. Conforme ensina, aliás, Odete Medauar, “diz-se mesmo que a Administração se deixa descrever, mas não se deixa definir, sobretudo ante sua complexidade e o caráter multiforme de suas atuações”.²

A despeito desse óbice, pondera José dos Santos Carvalho Filho que os doutrinadores acordam ao menos em um aspecto com o fato, qual seja, de que a expressão “administração pública” é duvidosa, exprimindo

1 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 nov. 2012.

2 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 45.

mais de um sentido. Um desses motivos seria a extensa gama de tarefas e atividades que compõem o objetivo do Estado, outro seria o próprio número de órgãos e agentes públicos incumbidos dessa execução.³

Sendo assim, distingue José dos Santos Carvalho Filho o sentido objetivo de administração pública do seu sentido subjetivo:

O sentido objetivo, pois, da expressão – que aqui deve ser grafada com iniciais minúsculas – deve consistir na própria atividade administrativa exercida pelo Estado, por seus órgãos e agentes, caracterizando, enfim, a função administrativa [...]. Trata-se da própria gestão dos interesses públicos executada pelo Estado, seja através da prestação de serviços públicos, seja por sua organização interna, ou ainda pela intervenção no campo privado, algumas vezes até de forma restritiva (poder de polícia). Seja qual for a hipótese da administração da coisa pública (*res publica*), é inafastável a conclusão de que a destinatária última dessa gestão há de ser a própria sociedade, ainda que a atividade beneficie, de forma imediata, o Estado. É que não se pode conceber o destino da função pública que não seja voltado aos indivíduos, com vistas a sua proteção, segurança e bem-estar.⁴

Na visão do referido Autor, a expressão “administração pública”, em seu sentido subjetivo, poderia significar:

[...] o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas. Toma-se aqui em consideração o sujeito da função administrativa, ou seja, quem a exerce de fato. Para diferenciar este sentido da noção anterior, deve a expressão conter as iniciais maiúsculas: Administração Pública.⁵

E, de fato, quando a Constituição Federal de 1988, proclamou a expressão “Administração Pública”, concebeu também a estruturação de órgãos, o que lhes possibilitou a concretização de suas tarefas “políticas, institucionais, materiais, financeiras, sociais e humanas”.⁶

Dessa forma, nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos, a Constituição Federal “previu o complexo de operações propulsoras da função de ad-

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 10.

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 10.

5 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 10-11.

6 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 988.

ministrar o Estado, ou seja, a arte de governar e gerir a coisa pública".⁷

Com perspicácia, todavia, alerta o mencionado Autor:

Mas exercer a função administrativa é tarefa para homens honestos, dignos, probos, de formação humanística humanitária, atributos que não se presumem, pois têm de ser, concretamente, demonstrados.

O múnus administrativo, público ou particular, é missão de quem não é dono, de quem abre mão de suas ambições e vaidades pessoais para pensar no próximo.⁸

Nessa linha de raciocínio e considerando, sobretudo, as naturais imperfeições éticas dos seres humanos, imprescindível se mostrou na história a imposição de limites e restrições no trato da coisa pública, a fim de que estivesse resguardada da melhor forma possível a coletividade.

Joel de Menezes Niebuhr, a propósito, escreve que:

A Administração Pública é dotada de poderes, atua, o mais das vezes, de modo unilateral, gozando de privilégios que a colocam em posição de superioridade em relação a terceiros. Todavia, noutro plano, incide sobre ela uma série de limitações, de sujeições mais rigorosas do que as incidentes sobre os particulares, tudo para que se imprima ao gerenciamento do interesse público postura impessoal que não sirva para beneficiar afilhados, nem para desfavorecer desafetos.⁹

E a Administração Pública, no exercício de sua complexa atividade, sempre focada no interesse público, precisa se valer de serviços e bens fornecidos por terceiros, em virtude do que é impelida a formalizar contratos para a realização de obras, fornecimento de bens, prestação de serviços, locação e aquisição de imóveis, execução de serviços públicos, entre tantas outras atividades.¹⁰

Consoante já se alinhavou anteriormente, não poderia também, nesse particular, deixar-se ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas e empresas a serem contratadas, porque, conforme ensina José dos Santos Carvalho Filho:

7 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 988.

8 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 988.

9 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 31.

10 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 217.

[...] fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos.¹¹

E, com efeito, o Poder Constituinte originário prescreveu, no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, que a Administração Pública – além da obediência aos consagrados princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência –, quando da contratação de obras, serviços, compras e alienações, excetuadas as hipóteses legais, deve também obedecer ao processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

1.2 CONCEITO DE LICITAÇÃO, SUA DISCIPLINA LEGAL E SEUS PRINCÍPIOS

É praticamente impossível tratar de licitações, sem antes discorrer sobre o seu conceito, ainda que de forma passageira.

E, conceituando licitação, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

Pode-se conceituar licitação da seguinte maneira: é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convida interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.¹²

Por sua vez, porém sem contradições com o conceito anteriormente transcrito, José de Menezes Niebuhr conceitua dizendo que:

[...] a licitação pública é o procedimento administrativo condicional à celebração de contrato administrativo mediante o qual a Administração Pública expõe a sua intenção de firmá-lo, esperando que, com isso, terceiros se interessem e lhe ofereçam propostas, a fim de selecionar a mais vantajosa ao interesse público.¹³

11 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 217.

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 530.

13 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte:

Havendo, então, a imposição constitucional à Administração Pública de licitar para a celebração de seus contratos (art. 37, XXI, da CF/99) e diante da competência atribuída à União, pelo artigo 22, inciso XXVII, também do texto constitucional, para legislar privativamente sobre “normas gerais de licitação e contratação”, produziu-se a Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

Após as suas inúmeras alterações e, ainda, com o auxílio da Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002 (responsável pela introdução no cenário brasileiro da licitação na modalidade pregão), a Lei n. 8.666/93 é a norma básica e disciplinadora das licitações e dos contratos administrativos.

Como é sabido, por se tratar a licitação de um ato da Administração Pública, por óbvio, deve se submeter aos princípios gerais prescritos no artigo 37 da Constituição Federal, quais sejam, da “legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Contudo, a fim de que não houvesse qualquer dúvida, o legislador ordinário tratou de disciplinar, já no artigo 3º da Lei n. 8.666/93, aqueles que seriam os seus princípios específicos:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e **será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.**¹⁴ (grifado)

Como o objetivo do presente estudo não é o aprofundamento dos princípios afetos à licitação, mas, considerando que não há como se tratar de licitações sem abordar as linhas mestras desse microsistema, ainda que superficialmente, passa-se, na sequência, a breves comentários individualizados sobre os princípios anteriormente destacados do texto legal.

Nesse particular, mostra-se pertinente destacar que, a despeito de alguns doutrinadores arrolarem e, até mesmo, inovarem em termos de princípios, mantém-se neste trabalho a abordagem sobre os princípios trazidos pelo legislador ordinário.

Fórum, 2011, p. 33-34.

14 Redação final dada pela Lei n. 12.349/2010.

Sendo assim, o primeiro princípio inserido na norma em questão foi o da “legalidade”, o qual, nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho, “[...] é talvez o princípio basilar de toda a atividade administrativa. Significa que o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal; sua atuação tem que se cingir ao que a lei impõe”. Sem dúvidas, segundo o autor, é essa limitação que garante os administrados contra abusos de conduta e desvios de objetivos.¹⁵

O princípio da “igualdade”, também denominado por princípio da “isonomia”, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar.”¹⁶

O princípio da “publicidade” revela a transparência, ou seja, o direito de se ter acesso aos elementos do processo licitatório, tais como: editais, decisões e demais atos de seu procedimento, com exceção, por suposto, do conteúdo das propostas até a respectiva abertura dos seus envelopes em algumas modalidades de licitação.¹⁷

O princípio da “impessoalidade”, por sua vez, aparece deveras conectado aos princípios da igualdade/isonomia e do julgamento objetivo, já que, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório.¹⁸

Em consonância com a doutrina de Joel de Menezes Niebuhr, o princípio da “moralidade” guarda estreita relação com condutas reputadas honestas e virtuosas pela coletividade.¹⁹

Nos dizeres do mencionado Autor:

A moralidade posta no meio administrativo quer agregar

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 224.

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 295.

17 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 182.

18 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 297.

19 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 45.

força ao princípio da legalidade, evitando que agentes administrativos deturpem as competências que lhes foram atribuídas por lei para a prática de atos incompatíveis com os valores que a sociedade considera acertados. Sobremaneira, para o Direito Administrativo, a moralidade significa harmonia com o interesse público, vetor máximo de todos os princípios e regras que o informam, revelando-se intimamente ligada à legitimidade.

Nas licitações públicas e nos contratos administrativos, o princípio da moralidade é bastante abrangente, opondo-se, por exemplo, a contratos superfaturados, ao direcionamento da contratação, à contratação com pessoas ligadas à Administração Pública, mesmo que indiretamente, etc [...].

Outrossim, o princípio da moralidade exige que os agentes administrativos envolvidos em licitação pública atuem de boa-fé, de maneira proba e honesta, sem esconder dados ou informações, sem pretender receber vantagens indevidas, ainda que favoráveis à Administração. O princípio impõe tratar licitantes e outros com honestidade, sem pretender prejudicá-los.²⁰

No princípio da “probidade”, para Odete Medauar, em linhas similares, estaria inserido o comando no sentido de que os administradores que detenham contato com o procedimento licitatório devem atuar com retidão, sem visar ao proveito próprio ou enriquecimento de outrem.²¹

Por seu turno, o princípio da “vinculação ao instrumento convocatório” resguarda tanto a Administração como os administrados. Significa dizer que as regras previstas para o procedimento devem ser estritamente observadas por todos, sob pena de sua invalidade. Evita-se, por intermédio dele, que os critérios de julgamento se modifiquem ao longo do procedimento, dificultando-se, por conseguinte, ofensas aos princípios da moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.²²

Por fim, segundo José dos Santos Carvalho Filho, o princípio do “julgamento objetivo” é consequência do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Seu propósito é garantir que os critérios e fatores seletivos sejam respeitados na íntegra, evitando-se surpresas

20 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 45.

21 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 182.

22 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 226.

aos interessados.²³

Abordados os princípios específicos da licitação, passa-se às modalidades de licitação.

A Lei n. 8.666/93, em seu artigo 22, estabeleceu cinco modalidades de licitação, quais sejam, concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.²⁴ Não se pode olvidar, consoante já alertado, que a Lei n. 10.520/2002 institui ainda a modalidade pregão, perfazendo, hoje, seis modalidades de licitação.

Tendo em vista que o concurso e o leilão têm objetivos bem diferenciados das demais modalidades e ressalvada a modalidade de pregão – regulada em lei própria –, as três modalidades utilizadas para o objetivo comum de contratar obras, serviços e fornecimento são a concorrência, a tomada de preços e o convite.²⁵

Em linhas gerais, pode-se dizer que a modalidade concorrência é destinada a contratações de maior vulto, exigindo-se, portanto, maior formalismo; a modalidade tomada de preços é destinada a contratações de vulto médio, logo, contendo menos exigências que a concorrência; por fim, a modalidade convite, destinada a contratações de vulto menor (obras e serviços de engenharia até R\$ 150.000,00 e compras e outros serviços até R\$ 80.000,00) e, por consequência, a modalidade que comporta inferior formalismo.

23 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 227.

24 Art. 22. São modalidade de licitação:
[...]

§ 1º **Concorrência** é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

§ 2º **Tomada de preços** é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º **Convite** é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º **Concurso** é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

§ 5º **Leilão** é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. (grifou-se)

25 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 252.

1.3 PECULIARIDADES DA MODALIDADE CONVITE

Uma das peculiaridades mais marcantes da modalidade convite é a inexistência de edital. O instrumento convocatório, nesse caso, denomina-se carta-convite, local em que estarão sucintamente as regras do certame e que será encaminhado a, no mínimo, três supostos interessados no ramo relativo ao objetivo do contrato.²⁶

A escolha, no momento do envio, é de exclusiva liberdade do administrador que, inclusive, pode obter entre cadastrados ou não.

Outro destaque que precisa ser feito nessa modalidade é de que a Administração Pública, enviando as cartas-convite aos seus três escolhidos do ramo objeto do contrato (cadastrados ou não) e afixando o instrumento convocatório em “local apropriado” (art. 22, § 3º, da Lei n. 8.666/93), para que seja estendido aos demais cadastrados, está desobrigada a publicá-lo em jornal impresso ou lhe dar qualquer outra forma de publicidade.

1.4 OS ATOS DE IMPROBIDADE E A FRAGILIDADE DA MODALIDADE CONVITE

A Lei n. 8.429/92, conhecida no meio jurídico como lei de improbidade administrativa, sem sombra de dúvidas, configura-se um importante e avançado instrumento de controle externo sobre a Administração Pública, em complemento ao trabalho já desenvolvido pelos Tribunais de Contas.

Além de trazer expressamente no seu artigo 10, inciso VIII, que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário “frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente”, também prescreveu a lei em questão - como fórmula de reserva em seu artigo 11 -, que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública os atos que violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Ocorre, entretanto, que os procedimentos licitatórios, em virtude

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 225.

de autorizarem, ao seu final, a saída de recursos públicos, ainda que mediante contraprestação, continuam sendo alvos corriqueiros de agentes corruptos.

Sobre as consequências e a proliferação desses desvios comportamentais dos agentes, registra Emerson Garcia que:

Os desvios comportamentais que redundam em estímulo à proliferação da corrupção, na medida em que se apresentam como práticas rotineiras, ainda possuem uma dimensão mais deletéria e maléfica à organização estatal: ensejam o surgimento de um código paralelo de conduta, à margem da lei e da razão, que paulatinamente se incorpora ao *standard* de normalidade do *homo medius*. Uma vez iniciado esse processo, difícil será a reversão ao *status quo*, fundado na pureza normativa de um dever ser direcionado à consecução do bem de todos.²⁷

Não obstante ser deveras relevante o combate a essa espécie de conduta por intermédio da legislação mencionada, não se pode deixar de registrar que a batalha mostra-se, amiúde, inglória, visto que os atos de improbidade ganham terreno fértil nas licitações sob a modalidade de convite, dadas as suas peculiaridades.

Nesse aspecto, conforme já destacado, vale frisar que a Administração não é obrigada a publicar o extrato ou resumo do instrumento convocatório, o que realmente asseguraria a sua publicidade, princípio este afeto à Administração Pública e, principalmente, à Constituição Federal. Por consequência, o desconhecimento público da existência dessa espécie de procedimento facilita sobremaneira a ocorrência de irregularidades e desvios durante o seu trâmite, inclusive com a prática de atos de improbidade.

José dos Santos Carvalho Filho, apesar de elogiar a maior mobilidade e celeridade nessa forma de seleção, adverte que:

O *modus procedendi* do convite, sem a menor dúvida, rende maior ensejo a atos de improbidade de alguns maus administradores. Por isso, alguns órgãos têm exercido maior controle sobre essa modalidade, quando não a substituem pela tomada de preços, na qual a publicidade é mais ampla e menos dirigida.²⁸

27 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 10.

28 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 225.

Aliás, também assevera Joel de Menezes Niebuhr que:

Esse procedimento é bastante problemático, porque, em primeiro lugar, como a Lei não exige a publicação de resumo da carta-convite em jornal impresso, apenas a expedição dela aos convidados e a fixação no quadro de avisos do órgão licitante, não há a mais tênue garantia de publicidade. Se o agente administrativo responsável pela carta-convite não o fixar no quadro de avisos, será fortemente improvável que alguém que se sinta prejudicado, ao cabo do procedimento, oportunidade em que terá condições de saber da existência dele, consiga reunir provas de que a carta-convite realmente não fora posta no lugar devido. Só terá meios de reuni-las, se for todos os dias à sede do órgão licitante acompanhado de testemunhas ou pedir certidões diárias a respeito da publicação ou não publicação da carta-convite, o que é bastante improvável que ocorra.²⁹

Dessa forma, não havendo controle rígido sobre a publicidade do procedimento, surge espaço para a imoralidade e inúmeras negociatas dos agentes públicos e interessados na contratação que pretendem malversar o erário e auferir riquezas indevidas.

Alerta, ainda, o mencionado doutrinador que a afronta ao princípio da publicidade referida acaba por gerar automaticamente outra afronta, agora, contudo, ao princípio da isonomia:

[...] o procedimento da modalidade convite fere de morte também o princípio da isonomia, haja vista que três pretendentes interessados recebem cartas-convite em suas próprias sedes, convidando-os a participar da licitação, enquanto, por outro lado, outros tantos possíveis interessados, mercedores do mesmo tratamento por força de referido princípio, nem sequer têm condições razoáveis de tomar ciência da existência da licitação pública. [...] Pois bem, se alguns sabem da existência do convite, porque recebem as respectivas cartas em suas próprias sedes, e se outros nem sequer têm condições razoáveis de tomar ciência dele, notadamente se constata tratamento desigual, ofensivo ao princípio da isonomia.³⁰

Portanto, na visão de Joel de Menezes Niebuhr, o convite é inconstitucional porque ofende os princípios constitucionais da publicidade

29 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 210-211.

30 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 211.

e o da isonomia, os quais foram também tratados como princípios específicos das licitações pelo legislador ordinário. O primeiro, porque a legislação hoje não exige a publicação da carta-convite em jornais impressos, podendo ser apenas fixada no mural de avisos do órgão licitante, e o segundo, porque, enquanto três interessados ao bel-prazer do administrador são convidados para participar da licitação, todos os demais que também teriam direito a serem tratados de idêntica forma nem sequer dispõem de meios razoáveis para tomar conhecimento da existência do trâmite do procedimento.³¹

Diante desses afrontamentos constitucionais, seja pela própria legislação ordinária que dispensa a publicação efetiva, seja pelas condutas dos agentes ímprobos, é imprescindível a adoção de condutas que otimizem o combate da corrupção nessa esfera da atividade pública.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO E O COMBATE À CORRUPÇÃO

2.1 A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Consoante o artigo 127 da Constituição Federal, “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”.

O artigo 129, complementado por seu inciso III, também da Constituição Federal prescreve, por sua vez, que entre as funções institucionais do Ministério Público está a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Não obstante facilmente brote desses comandos constitucionais a legitimidade do Ministério Público para a investigação e o combate da corrupção, por óbvio, não se pode esquecer que discussões existiram em torno desse tema.

Todavia, tendo em vista que o cerne deste trabalho não é a legitimidade do Ministério Público no combate à corrupção e aos atos de

31 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 212.

improbidade administrativa, até mesmo porque se trata de discussão já ultrapassada pela legislação, doutrina e jurisprudência, limita-se aqui à menção dos dispositivos infraconstitucionais que também conferem atribuição ao Ministério Público para tal desiderato na hipótese de eventual interesse do leitor em aprofundar o estudo.

E, a título de exemplificação, importante a referência: **a)** à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/93), mais especificamente ao seu artigo 25, IV, “b”; **b)** à Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar n. 75/93), particularmente ao seu artigo 6º, inciso VII, “b”; **c)** aos artigos 1º, 5º e 8º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85); e **d)** aos próprios artigos 17 e 22 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92).

Analisando o conteúdo desses dispositivos, infere-se, sem a necessidade de maiores digressões, a legitimidade do Ministério Público tanto para a investigação, por intermédio do inquérito civil público, quanto para a propositura da ação de improbidade administrativa e, via de consequência, para o combate à corrupção.

É justamente com base nesses dispositivos que Rogério Pacheco Alves assevera que:

[...] ação civil pública e inquérito civil são instrumentos que se relacionam com grande intimidade, servindo este último à identificação da hipótese legitimadora da atuação do *Parquet*, possibilitando-lhe detectar, em última análise, a existência, ou não, do interesse de agir. Apresentam-se, deste modo, como mecanismos indissociáveis no cumprimento dos misteres constitucionalmente conferidos à Instituição, vocacionados, ambos, à proteção do patrimônio público e social.³²

A propósito da importância do Ministério Público e de sua legitimidade na missão em questão, alerta Affonso Ghizzo Neto que é:

Irrefratável a legitimidade do Ministério Público para promover as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis, para o cumprimento das promessas sociais, difusas e coletivas previstas na Constituição e, em especial, no combate efetivo contra a corrupção institucionalizada. A razão dessa legitimação encontra-se edificada no interesse público primário, servindo como importante garantia para efetivação dos próprios direitos fundamentais.³³

32 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 548.

33 GHIZZO NETO, Affonso. **Corrupção, estado democrático de direito e educação**. Disponível em:

E é exatamente por intermédio da concepção de um Ministério Público instrumental do Estado Democrático de Direito e, ainda, da efetiva compreensão de suas atribuições constitucionais de defensor do princípio da moralidade administrativa que se faz imperioso operacionalizar o combate à corrupção, investigando e também punindo corruptos e corruptores.

2.2 O COMBATE REPRESSIVO

A partir da concepção de Ministério Público trazida pela Constituição Federal em 1988, importante que sejam utilizados todos os mecanismos e instrumentos que estão ao seu dispor nesse relevante mister, qual seja, combater a improbidade administrativa em todas as esferas e áreas de atuação dos agentes ímprobos.

Assim, considerando que o tema específico deste estudo são as práticas ilícitas corriqueiras na seara da licitação pública, imprescindível que a atuação do Ministério Público tenha também a sua marca neste particular.

Dos instrumentos ao alcance do Ministério Público no combate repressivo, pode-se primeiramente destacar a ação penal pública. Isso porque, ao efetuar o agente manobras impellido do propósito de se beneficiar ou fraudar o procedimento licitatório, certamente estará ele invadindo o campo do Direito Penal.

De fato, do artigo 89 ao artigo 98 da Lei n. 8.666/93, há pelo menos dez tipos penais definidores de crimes que podem ocorrer no universo das licitações.

A par disso, o artigo 100 da referida Lei prescreve que a ação penal para tais crimes é pública incondicionada e cabe ao Ministério Público promovê-la, sendo que, segundo o artigo 101, também do mesmo diploma legal, qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe informações sobre o fato e sua autoria, além das circunstâncias em que se deu a ocorrência.

Logo, quando o membro do Ministério Público se deparar ou for

provocado a agir em decorrência da prática de conduta que importe na configuração de crime definido na Lei de Licitações – seja em quaisquer de suas modalidades –, ou mesmo que definido o delito no Código Penal ou em outras leis esparsas, compete ao Ministério Público o ajuizamento da ação penal com o intuito de punir os agentes corruptos.

Além disso, constatando o Ministério Público ato no contexto de procedimento licitatório que importe em dano moral ou patrimonial a qualquer interesse difuso ou coletivo, compreendido neste conceito, a própria moralidade administrativa, cabe ao Ministério Público a propositura da respectiva ação civil pública visando a sua anulação ou a sua correção, nos termos da Lei n. 7.347/85.

Não fosse apenas isso, conforme já alinhavado anteriormente, cabe ao Ministério Público – além da pessoa jurídica interessada – o ajuizamento de ação contra ato que configure improbidade administrativa, nos termos dos artigos 9º, 10, 11 e 17 da Lei n. 8.429/92.

Vale destacar que a Lei n. 8.429/92 também dispõe a respeito das cautelares inerentes à ação judicial de improbidade, mas que, já no curso de uma investigação (por intermédio, por exemplo, do inquérito civil público), pode ser utilizada como mecanismo de garantir a posterior reparação do patrimônio público lesado pelo ato ímprobo.

Nesse ponto, tem-se prevista no artigo 7º da mencionada Lei a figura cautelar da indisponibilidade de bens, além do que, tem-se no seu artigo 16, outras duas figuras cautelares: a) o sequestro de bens do investigado ou do terceiro beneficiado; e b) o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras do investigado.

Não se pode olvidar, por óbvio, que esses três instrumentos não afastam as demais regras gerais do processo cautelar contido no Código de Processo Civil, mais especificamente em seu Livro III. Dessa forma, dependendo da hipótese concreta, todas as demais medidas cautelares previstas no sistema processual (arrolamento, arresto, busca e apreensão, produção antecipada de provas etc.), assim como aquelas derivadas do próprio poder geral de cautela do magistrado (art. 798 do CPC) podem, e devem, ser utilizadas, desde que presentes os seus respectivos requisitos legais.³⁴

34 GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Comentários à lei de improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 258.

Ainda no que concerne à Lei n. 8.429/92, de importante valia as inúmeras possibilidades de sanções que agente e o terceiro beneficiado com o ato podem sofrer, conforme a espécie de improbidade praticada (perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios). De se lembrar, contudo, que essas sanções não guardam qualquer dependência com as demais sanções de natureza penal, civil e administrativa previstas na legislação específica, podendo ser elas aplicadas cumulativamente, sem receio de *bis in idem*.³⁵

Percebe-se facilmente, então, que inúmeros são os instrumentos de repressão à improbidade administrativa e, via de consequência, aos atos ímprobos ligados à licitação.

Em contrapartida, segundo os resultados das pesquisas realizadas, em 2012, pela organização não governamental *Transparency Internacional* acerca do índice de percepção da corrupção em 176 países e territórios do mundo, o Brasil atingiu apenas 43 pontos (dos 100 pontos possíveis), o que lhe garantiu somente a 69º posição na classificação geral, perdendo até mesmo para Uruguai e Chile.³⁶

Não obstante a melhora verificada, na classificação, em relação ao ano de 2011 (saltou de 73º para 69º), interessante observar que a pontuação obtida pelo Brasil aumentou de forma deveras modesta (de 38 para 43 pontos), o que indica que a percepção da corrupção no Brasil ainda está muito alta, sobretudo se comparado com países como Dinamarca, Nova Zelândia e Finlândia, os quais obtiveram 90 pontos, ocupando eles – simultaneamente – o topo da classificação.

Conclui-se, portanto, que o combate à corrupção pelo Ministério Público não se mostra tão efetivo assim e que a atuação do Promotor de Justiça, no interior de seu gabinete, aguardando o recebimento de uma notícia de fraude em determinada licitação ou mesmo uma representação de um munícipe, nesse sentido, não são meios hábeis para o combate desejado à corrupção.

É que as artimanhas da corrupção, amiúde, nem mesmo chegam

35 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 293.

36 Resultados da pesquisa disponíveis em: <<http://cpi.transparency.org/cpi2012/results/>> Acesso em 18 junho 2013.

aos ouvidos dos Promotores de Justiça.

Sem dúvida, a inexistência de regra impondo à Administração Pública a ampla divulgação de sua carta-convite impede que outros eventuais interessados tenham ciência do procedimento licitatório em andamento e possam acompanhá-lo, auxiliando na própria fiscalização de sua lisura.

Não fosse apenas isso, algumas vezes, os próprios participantes do convite estabelecem regras de parcerias ímprobas, seja entre participantes, seja entre participantes e Administração Pública, com o propósito de que cada uma das empresas interessadas saia vitoriosa nas distintas licitações que a Administração Pública precisa efetuar ao longo de um ano, havendo, dessa forma, nítida divisão de fatias do dinheiro público.

Nesses dois exemplos, apesar da existência de fraudes na licitação, não haverá pessoas interessadas em representar ao Ministério Público, o qual permanecerá inerte no combate pretendido.

É imprescindível, portanto, a adoção de outras medidas.

2.3 A NECESSIDADE DE UMA POSTURA PRÓ-ATIVA PARA O COMBATE PREVENTIVO

De acordo com o que foi trabalhado no subtítulo 2.1, o Ministério Público assume extrema importância no labor direcionado ao combate da corrupção, sobretudo em razão dos comandos prescritos nos artigos 127 e 129 da Constituição Federal.

O que se constata, contudo, na prática, é que a atuação repressiva do Ministério Público ganha mais relevância, até obtendo alguns resultados positivos, porém ainda distantes do ideal contra a corrupção, uma vez que prevalece na instituição uma postura por enquanto direcionada irracionalmente à repressão punitiva.³⁷

Então, não se pode olvidar que o combate à corrupção é uma tarefa árdua e não surtirá efeitos positivos se não estiver atrelado a uma conduta repressiva constante, mas principalmente a um planejamento

37 GHIZZO NETO, Affonso. *Corrupção, estado democrático de direito e educação*. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/91468/260981.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 29 nov. 2012. p. 233.

estratégico de prevenção, como, aliás, muito bem registra Affonso Ghizzo Neto:

Conforme determina a Constituição da República (art. 127, *caput*, e art. 129, inciso III), o Ministério Público é órgão primordial para o efetivo combate ao fenômeno da corrupção. Engana-se, todavia, quem julga ser fácil a missão de dar operatividade ao princípio constitucional da moralidade administrativa, e, por consequência, combater efetivamente a corrupção. Em sentido oposto, será uma jornada infrutífera e sem validade se permanecer orientada por discursos demagógicos e por ações tecnocratas ineficientes, sendo determinante, portanto, a revitalização das funções institucionais do Ministério Público a partir do estabelecimento planejado de estratégias de prevenção e de controle repressivo à prática nefasta e constante dos atos de corrupção; estratégias estas que deverão sempre ser orientadas pelo comando constitucional e pela relação inabalável com a reserva dos direitos fundamentais.³⁸

E justamente com o objetivo de se afastar do discurso demagógico e das ações tecnocratas, partindo-se para uma postura pró-ativa do Ministério Público e com foco principalmente na prevenção de atos de improbidade administrativa que estejam ligados às licitações na modalidade convite é que se passará, no próximo tópico, a tentar identificar quais condutas podem ser adotadas pelos Promotores de Justiça e pela Instituição em si para a obtenção de resultados mais eficientes.

2.4 MECANISMOS E PROPOSTAS DE COMBATE À CORRUPÇÃO EM LICITAÇÕES NA MODALIDADE CONVITE

Neste tópico, longe de se pretender esgotar o assunto ou apontarem-se, definitivamente, fórmulas mágicas para a extinção dos atos de improbidade nas licitações sob a modalidade convite, almeja-se, todavia, sugerir mecanismos de controle e combate a tais condutas, além de uma postura pró-ativa e preventiva do Ministério Público.

38 GHIZZO NETO, Affonso. **Corrupção, estado democrático de direito e educação**. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/91468/260981.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 29 nov. 2012. p. 230-231.

2.4.1 Alteração Legislativa

Uma das propostas mais prementes e, por outro lado, também mais simples de ser efetivada é a alteração legislativa no que concerne ao convite, de modo a obrigar o administrador a dar efetiva publicidade à existência do procedimento.

Nesse particular, é de se ressaltar que sempre existirão os defensores da manutenção do sistema atual, sob o argumento de que a modalidade convite já foi escolhida pelo legislador para ter esse formato mais singelo em face de trabalhar com valores não tão expressivos. Argumentar-se-á, ainda, que a publicidade, em jornais oficiais ou de circulação local/regional, acarretará gastos injustificados para a Administração Pública, exatamente o que o Legislador Ordinário pretendeu evitar, homenageando os princípios da eficiência e da economicidade.

Soa, entretanto, como argumento falacioso, haja vista que, atualmente, há a possibilidade de se dar ampla divulgação à existência da tramitação de um procedimento licitatório, sem a necessidade do emprego de altos recursos públicos.

A título de exemplo, é mais que sabido que praticamente todas as Prefeituras do Brasil dispõem, hodiernamente, de sítios na *Internet*. As que deles não dispõem, podem certamente passar a dispor, sem despenderem custos elevados na construção desse espaço próprio.

Com efeito, se esses sítios mantiverem, de forma confiável, todas as informações relativas às licitações, sobremaneira as concernentes à modalidade convite, já estaria garantida a ampla divulgação da carta-convite, possibilitando, conseqüentemente, que qualquer cadastrado na Administração possa dela participar.³⁹

Nessa linha de raciocínio, a participação de outros cadastrados, por si só, já forneceria mais transparência ao procedimento, o qual ganharia uma fiscalização natural dos próprios concorrentes. Ora, e não há também como negar que quanto mais concorrentes na competição mais difícil fica o estabelecimento de acordos ilícitos entre os participantes para repartir o dinheiro público em fatias ao longo do ano e dos diversos procedimentos licitatórios inerentes à Administração Pública.

³⁹ Proposta semelhante de publicação de informações em espaço da *Internet*, inclusive com certificação digital, encontra-se hoje inserida no Projeto de Lei n. 7.709/07, porém com longa tramitação pelas casas legislativas.

Contudo, como o Ministério Público pode assumir uma postura pró-ativa para tentar promover essa alteração legislativa?

Entre as atribuições previstas aos Procuradores-Gerais de Justiça no artigo 10 da Lei n. 8.625/93, assim como entre aquelas previstas para o Procurador-Geral da República no artigo 26 da Lei Complementar Federal n. 75/1993, não há previsão para a formulação e o encaminhamento de projeto de lei que pudesse alterar a Norma n. 8.666/93.

No entanto, se após 20 anos de existência da Lei em comento, ainda não houve por parte dos legisladores a intenção de impor aos Administradores a obrigatoriedade de dar publicidade efetiva às cartas-convite, não pode o Ministério Público, enquanto defensor da moralidade administrativa, quedar-se silente diante dessa inércia, amiúde, mal intencionada.

Então, nesse contexto, somente resta aos Procuradores-Gerais dos Estados e ao Procurador-Geral da República uma marcha, como agentes políticos e chefes das respectivas instituições que são, no sentido de elaborar campanhas – se assim for necessário – e provocar publicamente o Poder Legislativo, a fim de que seus membros comprem a ideia ou não tenham como se furtar da obrigação moral de elaborarem projeto de lei com o propósito anteriormente referido.

Além disso, é possível idêntica abordagem ao Chefe do Poder Executivo, seja para iniciar processo legislativo, ou mesmo para sancionar projetos de leis elaborados e aprovados pelas respectivas casas legiferantes, que contenham essa mesma tendência.

Essa função, aliás, poderia ser extraída da redação genérica contida no inciso IX do artigo 129 da Constituição Federal, que prevê entre as funções institucionais do Ministério Público a de “[...] exercer outras funções que lhes forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade [...]”.

É mais do que chegado o momento de os membros do Ministério Público, por intermédio de sua chefia, assumirem a função de agentes políticos que lhes foi conferida, para auxiliarem na mudança do País, utilizando-se, para tanto, de todas as ferramentas que dispõem.

Não há dúvidas que a imposição da efetiva publicidade ao convite assumirá importante papel preventivo aos atos de improbidade nas licitações, até mesmo diminuindo as futuras demandas extrajudiciais e

judiciais nas quais o Ministério Público atua.

E se mostra imprescindível registrar que, diante de um momento histórico no qual o povo brasileiro sai às ruas em inúmeras cidades (tanto em solo pátrio quanto no exterior) clamando por menos corrupção e mais realização dos direitos fundamentais⁴⁰, cabe, sim, ao Ministério Público a sua parcela de cooperação nessa mudança paradigmática de consciência coletiva.

Aliás, como forma de demonstrar que a pressão política – como a que agora se vislumbra nas ruas do Brasil – pode, sim, auxiliar na mudança do País, com a reformulação da Lei n. 8.666/93 ou mesmo com a criação de novo diploma legal que atenda aos anseios populares, extrai-se do “Portal O Senado”, às vésperas da finalização do presente ensaio (25 de junho de 2013), declaração de Renan Calheiros, atual Presidente do Senado Federal, no sentido de que:

O Brasil exige que as regras de contratação pública sejam revistas e modernizadas para entrar em compasso com a necessidade urgente de dar mais transparência aos atos da administração pública, do mais elementar aos mais complexos. Nesses novos tempos, permitir livre o acesso às informações sobre todas as decisões governamentais é imperativo, inadiável. É vital. A população exige informações e temos que fornecê-las.⁴¹

Não fosse pela pecha que recai sobre autor da declaração e pelos longos anos de esquecimento de inúmeros projetos de lei que pretendiam alterar as regras da Lei de Licitações, mas que permaneceram nos escaninhos das casas legislativas, poder-se-ia ficar tranquilo, agora, sim, à espera da transformação.

Todavia, não pode o Ministério Público recuar nessa empreitada, enquanto não perfectibilizadas as alterações imprescindíveis para o bom andamento dos procedimentos licitatórios.

40 UCHOA, Pablo. Protestos são oportunidade para “Obama brasileiro”, diz analista. **BBC Brasil Online**, Washington, 21 jun. 2013. Folha Brasil. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/06/130620_protestos_brasilianista_pu_cc.shtml>. Acesso em: 24 jun. 2013.

41 Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/presidencia/detalha_noticia.asp?data=25/06/2013&codigo=115675&tipo=12>. Acesso em 25 junho 2013.

2.4.2 Monitoramento Estratégico

Primeiramente, não se pode ter certeza que a alteração legislativa tratada no item anterior seja conquistada com facilidade e em tempo exíguo. De outro vértice, ainda que essa alteração seja obtida, difícil de se imaginar que todas as hipóteses de fraudes sejam extirpadas da licitação convite.

Destarte, interessante que outros mecanismos de controle estejam à disposição do Ministério Público para tomar conhecimento das fraudes e, por via oblíqua, prevenir a imoralidade indesejada.

Uma alternativa que se pode sugerir é a intensificação da fiscalização por parte do Ministério Público sobre os procedimentos licitatórios, entretanto, uma fiscalização simultânea, e não *a posteriori*, como ocorre na maioria das vezes e somente quando surge a notícia de fraude.

Quando se fiscaliza *a posteriori* para a constatação de uma suposta fraude, já se está trabalhando na área do combate repressivo, ou seja, sobre o efeito e não sobre a causa. Logo, diante da constatação de procedimento fraudulento e/ou ato de improbidade, inevitavelmente o caminho é a via judicial e, por conseguinte, longos anos de embates jurídicos e recursais no tramitar dos feitos até a sua chegada ao Supremo Tribunal Federal, com um julgamento final político-jurídico, nessa ordem de preferência.

Do contrário, o acompanhamento, simultâneo (ou quase simultâneo) e intensificado, do Ministério Público sobre os procedimentos licitatórios, mesmo sem a presença da notícia de fraude, pode, sim, trazer respeito e transparência aos atos, inibindo o agente ímprobo das práticas ilícitas.

Por certo que essa fiscalização seria perfeita se pudesse ser efetivada pelo Ministério Público sobre todas as modalidades de licitação. Contudo, é mais do que sabido que as estruturas dos Órgãos Ministeriais não suportariam essa espécie de estratégia.

Nessa linha de pensamento, é preciso, então, a otimização de forças na fiscalização da modalidade convite, já que se mostra como uma área bastante visada pelos agentes ímprobos em razão de suas peculiaridades, conforme destacado na primeira parte deste trabalho.

Frise-se que a efetiva publicidade exigida pela legislação em relação às demais modalidades já implica uma maior concorrência entre os participantes e, por desdobramento lógico, uma maior fiscalização pelos próprios interessados que, se lesados, podem representar ao Ministério Público para a adoção das medidas pertinentes.

Logo, com esforços direcionados e potencializados na modalidade convite, lograr-se-ia a obtenção de melhores resultados do que se pretendesse fiscalizar diretamente todos as áreas de licitações sem uma estrutura adequada para tanto. Não se está aqui dizendo que não se deva fiscalizar as demais modalidades, mas, sim, que, em relação às demais, o membro do Ministério Público poder-se-ia manter à espreita de uma provocação da comunidade para agir, enquanto que, em relação ao convite, envidaria maior empenho na batalha contra a corrupção.

Admitida a possibilidade de algum sucesso nesta empreitada, primordial definir a sua operacionalização.

Certamente que seria inviável a presença de um membro do Ministério Público em tempo integral em cada unidade da Administração Pública, a fim de acompanhar todos os procedimentos de licitação convite.

Não se pode negar também que a operacionalização seria diferente para cada Ministério Público, a depender de suas respectivas estruturas físicas e de pessoal, além das características regionais de cada Administração Pública.

Portanto, acredita-se que competiria a cada instituição, por intermédio de seus setores técnicos, traçar o seu planejamento e as vias adequadas para esta espécie de postura pró-ativa.

Entretanto, pensa-se que a criação de uma estrutura estadual ou estruturas regionalizadas de acompanhamento, contando com membros especializados do Ministério Público e com servidores técnicos especificamente capacitados, poderia remediar a problemática.

O imprescindível é que esse corpo mantivesse uma espécie de monitoramento simultâneo de todas as licitações sob a modalidade em tela, com o armazenamento, a análise e o cruzamento das informações.

Dessa forma, poder-se-ia observar se, em determinados Municípios, saem vencedoras dos certames sempre as mesmas empresas e, diante da constatação, a averiguação se a ocasião retrata mera ausência

de concorrência no local ou se pode haver algum direcionamento nos convites formulados.

Também seria possível observar se há fumaça de alguma forma de conluio entre determinadas empresas que se revezam entre os vencedores, configurando, ou ao menos denotando, um loteamento do dinheiro público.

Destaca-se que a manutenção de um simples banco de dados de nada adiantaria, mas, sim, a sua leitura e análise inteligente, de modo a extrair as informações que os membros do Ministério Público, lotados em cada unidade de atuação e com a sua estrutura restrita, necessitam para solucionar questões que permanecem à margem dos seus conhecimentos.

Essas estruturas (estaduais ou regionais) não podem se configurar como ilhas, portanto precisam estar em contato direto na troca de informações com os Órgãos de Execução do Ministério Público, perfazendo uma via de mão dupla de integração.

Eventualmente, em virtude da necessidade ou simplesmente por amostragem, representantes dessas estruturas, na companhia do respectivo membro do Ministério Público natural, poder-se-ia fazer presente em determinados procedimentos licitatórios, não para criar constrangimento, mas para acompanhá-lo⁴². Nessas oportunidades, dúvidas poderiam ser sanadas e equívocos já poderiam ser solucionados antes da finalização do ato.

Ainda se pensando estrategicamente, poder-se-ia solicitar cópias de procedimentos licitatórios convite por amostragem, com o propósito de que tais estruturas especializadas em licitações e atos de improbidade realizassem exames, utilizando-se também do cruzamento de dados.

O investimento nessa esfera, assim como se fez de forma bem sucedida com os Grupos de Atuação Especial no Combate ao Crime Organizado (GAECOs) ou simplesmente adaptações nessas estruturas já existentes, sem dúvidas, trariam ótimos resultados para os Ministérios Públicos, inclusive com a diminuição da sua atuação nos feitos extrajudiciais e judiciais.

42 O artigo 4º da Lei n. 8.666/93 prescreve que: “Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, **podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.**” (grifado)

É claro que a atuação do Ministério Público de forma pró-ativa direcionada para a modalidade convite inevitavelmente inibiria inúmeras condutas ímprobos. Inevitavelmente, também se observaria, com o passar do tempo, uma migração dessas condutas para as demais espécies fiscalizadas em menor intensidade. Porém, difícil pensar-se hoje qual o caminho então a ser trilhado. Somente a análise da nova realidade é que poderia fornecer novos estudos, padrões e propostas a serem implementadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou verificar se a adoção de uma postura pró-ativa por parte do Ministério Público sobre as licitações na modalidade convite poderia inibir a prática de atos de improbidade administrativa.

Assim, primeiramente se analisou a estrutura da Administração Pública e a sua constitucional obrigação de realizar os procedimentos licitatórios durante o seu agir. Tratou-se, ainda, do conceito de licitação, sua norma primordial, seus princípios, além das peculiaridades e fragilidades da modalidade convite diante dos agentes ímprobos.

Na segunda etapa do estudo, examinaram-se as formas repressivas de combate aos atos de corrupção e que estão à disposição do Ministério Público, mas, também, a necessidade da tomada de consciência pela instituição e por seus integrantes de que se mostra inevitável a adoção de uma postura pró-ativa e estratégica, inclusive se fazendo uso da condição de agentes políticos que lhes foi outorgada na busca da transformação social.

Por fim, sem compromisso com uma solução perfeita, buscou-se sugerir condutas para se intensificar o combate aos atos de improbidade, entretanto, diante das estruturas existentes nos Órgãos Ministeriais, sugerir ainda a adoção de estratégias que permitissem uma otimização dos trabalhos, sobretudo no que concerne ao controle e à prevenção da improbidade.

Não há dúvidas de que a assunção desse novo perfil, como guardião da moralidade administrativa, inibiria os atos de improbidade que hoje se multiplicam na esfera das licitações, assim como futuramente

outras estratégias necessitariam ser pensadas pelo Ministério Público.

Logo, importante que outros estudos sejam realizados nessa área, frise-se, de extrema relevância para o futuro da nação brasileira, notadamente em virtude da insatisfação coletiva com a corrupção existente e que ficou escancarada, nos veículos de comunicação nacionais e internacionais, durante o mês de junho de 2013.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 nov. 2012.

BRASIL. Lei Complementar Federal n. 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 22 jun. 2013.

BRASIL. Lei Federal n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 29 nov. 2012.

BRASIL. Lei Federal n. 10.520, 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 11 maio 2013.

BRASIL. Lei Federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 8 jun. 2013.

BRASIL. Lei Federal n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em: 8 jun. 2013.

BRASIL. Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 11 maio 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 1667p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 1157 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ESTADO DE SANTA CATARINA. Lei Complementar Estadual n. 197, de 13 de julho de 2000. Disponível em: <<http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=197%20mpsc&source=web&cd=2&cad=rja&ved=0CD>>

IQFjAB&url=http%3A%2F%2F200.192.66.20%2Falesc%2Fdocs%2F2000%2F197_2000_lei_complementar.doc&ei=b_XFUa7qNcSQ0QHfr4DABQ&usg=AFQjCNH6QoFZJSFST5x128b6QXnvPI2Kzg&bvm=bv.48293060,d.dmQ>. Acesso em: 22 jun. 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Comentários à lei de improbidade administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 432 p.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. 981 p.

GHIZZO NETO, Affonso. **Corrupção, estado democrático de direito e educação**. Disponível em: <<http://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/91468/260981.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 29 nov. 2012.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001. 372 p.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 432 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. 1127 p.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 1030 p.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11. ed. rev. e atual. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium, 2008.

UCHOA, Pablo. Protestos são oportunidade para “Obama brasileiro”, diz analista. **BBC Brasil Online**, Washington, 21 jun. 2013. Folha Brasil. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/06/130620_protestos_brasilianista_pu_cc.shtml>. Acesso em: 24 jun. 2013.

SOBRE O DEVER DE PROBIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS

Davi do Espírito Santo

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

Samuel Dal-Farra Naspolini

*Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina*

Eduardo Varella Vieceli

*Assessor de Gabinete no Ministério Público de Santa Catarina
Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí*

SUMÁRIO

Introdução. 1 A Definição de Agentes Públicos. 2 Princípios Constitucionais que Devem Orientar os Agentes Públicos. 3 Relação entre Probidade e Moralidade. 4 Sanções Cabíveis ao Agente Público pela Prática de Ato de Improbidade Administrativa. Considerações Finais. Referências.

RESUMO

A Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA), dispôs sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos que cometerem atos de improbidade administrativa. A Lei não trouxe expressamente em seu bojo um conceito operacional para a categoria “probidade administrativa”, tendo, no entanto, lançado bases

Atuação	Florianópolis	V. 9	n. 20	p. 297 - 312	jan./jun. 2012
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

para acepções doutrinárias a respeito daquela. Neste artigo, a partir da compreensão dos textos da Constituição da República Federativa do Brasil e da LIA, propõe-se uma concepção de probidade administrativa fundada na relação de coerência que deve existir entre o comportamento de todo agente público e os princípios constitucionais afetos à administração pública.

PALAVRAS-CHAVE: Probidade administrativa. Agente público. Princípios da Administração Pública.

RÉSUMÉ

La loi n. 8.429 du 2 juin 1992 (Loi de l'inconduite administrative - LIA) a prévu les sanctions qui sont imposées aux fonctionnaires qui commettent des actes de mauvaise conduite administrative. La loi n'a pas emporté, expressément, dans son corps un concept opérationnel pour la « probité administrative ». Toutefois, elle a rendu base doctrinale pour ce sujet. Dans cet article, à partir de la compréhension des textes de la Constitution de la République Fédérative du Brésil et de la LIA, on propose un concept de probité administrative fondée dans la cohérence qu'il faut exister entre le comportement de chaque agent public et des principes constitutionnels en ce qui concerne à l'administration publique.

MOTS-CLÉS: Probité administrative. Fonctionnaire. Principes de l'Administration Publique.

INTRODUÇÃO

Probidade, em língua portuguesa, é “qualidade do que é probó; integridade, honestidade, retidão” (HOUASIS, 2009, p. 1553). “*Probitas (probitatis)*”, em latim, indica “honradez” e “probidade”, mas também significa “modéstia”. O radical de *probitas* é *probus*: “crescer reto” ou, ainda, “o que é bom, bem feito, sólido; louvável; legítimo (*vinum probum*:

vinho genuíno); moralmente bom, de bons costumes, honesto, honrado, virtuoso; modesto.” (KOEHLER, p. 245).

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves trazem à colação a seguinte definição de Probidade:

A probidade encontra sua origem mais remota no latim *probus*, que significa aquilo que brota bem (pro + bho - da raiz *bhu*, nascer, brotar), denotando o que é bom, o que tem boa qualidade. De forma correlata ao sentido etimológico, teve-se uma contínua utilização do vocábulo em uma concepção figurada, sendo frequentemente empregado para caracterizar o indivíduo honrado, íntegro, reto, leal, que tem bons costumes e é honesto, casto e virtuoso. Este uso terminou por relegar a pureza linguística a plano secundário, tendo sido consagrada a linguagem figurada. Como derivação do designativo individual (*probus*) tem-se a variante caracterizadora de tal qualidade, papel desempenhado pelos vocábulos *probitas* ou *probitatis*, os quais, em vernáculo, espelham a probidade.

Probidade, assim, significa retidão de conduta, honradez, lealdade, integridade, virtude e honestidade. (GARCIA, 2011, p. 124-125).

No âmbito da Administração Pública, Probidade é, sobretudo, um signo de coerência. Deve existir entre os comportamentos dos agentes públicos e as expectativas que deles tem a Sociedade uma indissociável conexão. Não se cuida, portanto, de uma Probidade em seu sentido moral, e, sim, em sua conotação ética. Enquanto a acepção moral leva em conta “[...] uma disposição subjetiva de determinação do que é correto e do que é incorreto [...]” a definição ética parte de uma “[...] atribuição [também subjetiva] de valor ou importância a pessoas, condições e comportamentos e, sob tal dimensão [...]” permite que se estabeleça “[...] uma noção específica de Bem a ser alcançado em determinadas realidades concretas, sejam as institucionais ou sejam as históricas.” (PASOLD, 2008, p. 26).

Sob esse aspecto, indaga-se: que comportamentos deve ter o agente público relativamente ao trato da coisa pública? Que condutas poderiam ser consideradas “*probas*” e que procedimentos, sem contraste, deveriam ser tachados de “*improbos*”?

Situações há em que o mais “casto” dos agentes públicos - aquele pelo qual alguém poderia, do dizer comum, “pôr a mão no fogo - é descoberto envolvido em ilícitos contra a Administração Pública. Por

outro lado, há ocasiões em que o funcionário público, embora tachado de “imoral” em sua vida pessoal, demonstra impecável cuidado com os bens públicos e se afigura um respeitador dos princípios da Administração Pública.

Quer-se dizer, com esse enfoque, que Probidade é um modelo qualificado de coerência, isto é, que ela configura um ajuste entre as ações do agente público e as expectativas (provenientes do pacto constitucional e leis do Estado) que se tem com relação a esses deveres. Nas palavras de Wallace Paiva Martins Júnior, a “probidade administrativa estabelece-se internamente como dever funcional inserido na relação jurídica que liga o agente público à Administração Pública”. (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 103).

Para Fábio Medina Osório, o limite do dever de Probidade está no Regime Jurídico de Direito Público que vincula os comportamentos. Ele diz:

Há quem veja a improbidade administrativa do ponto de vista da moral privada: eis o problema do indevido controle da vida privada dos agentes públicos e a distorção fundamental do conceito de probidade no campo ético-normativo. O direito disciplinar é pródigo em criar tipos sancionadores da falta de probidade moral. E, não raro, o povo confunde esses conceitos, imaginando que probo seria o sujeito moralmente correto do ponto de vista de seus deveres privados, v.g., fidelidade num matrimônio, pagamento de uma dívida junto ao vizinho, cumprimento de deveres religiosos, ou mesmo frequência à Igreja, ajuda aos pobres que pedem esmolas etc.

[...]

É certo, no entanto, que não se pode esquecer que os agentes públicos estão submetidos a um regime jurídico de direito público, mais severo e rigoroso que outros. Trata-se de um regime estatutário, em que, naturalmente, a vida privada desses funcionárias se reduz consideravelmente, em medidas variáveis. Daí que haja um desaparecimento da vida privada dos agentes públicos, todavia, vai uma longa distância, até mesmo porque isso é inviável. Por tal razão, a improbidade não se identifica com a mera imoralidade, mas requer, isto sim, uma imoralidade qualificada pelo direito administrativo.

Os agentes públicos gozam de direitos fundamentais, entre os quais está, é óbvio, o direito à intimidade, à privacidade, ao desenvolvimento livre de seus privados estilos de vida e personalidades. Em todo caso, os agentes públicos têm,

sem lugar a dúvidas, espaços privados nos quais podem praticar atos imorais, desde que esses atos não transcendam os estreitos limites da ética privada, não afetem bens jurídicos de terceiros. Os direitos humanos, fundamentais, do homem e do cidadão, protegem o indivíduo contra atuações abusivas, ilícitas, desnecessárias, do Estado. (MEDINA OSÓRIO, 2007, p. 86-87)

Os agentes públicos devem manter um “estilo de vida” público que não se balize pela simples aparência de honestidade, mas que, efetivamente, represente respeito (lealdade) às instituições públicas e aos anseios da Sociedade.

O art. 37 da Constituição Federal de 1988 impõe que a Administração Pública, ou seja, seus órgãos, deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. São princípios os quais os agentes públicos igualmente devem observar, apesar de destinados, e vinculados, aos órgãos públicos, como instituições. (BRASIL, 2013a, art. 37).

A Lei n. 8.429/92, mais conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, não versa apenas sobre os casos de enriquecimento ilícito e de prejuízo ao erário. O referido diploma trata, além desses dois tipos de improbidade, de outro que, apesar de ser considerado um cavalo de reserva, é o que efetivamente fornece o que verdadeiramente se busca com a lei, ou seja, a proteção e obediência aos princípios da administração pública e aos deveres exigidos dos agentes públicos. (BRASIL, 2013b).

O art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa é que mais se aproxima, mais se alinha, do conceito etimológico de probidade. Assim o referido artigo considera que pratica ato de improbidade administrativa o agente público que, mediante qualquer conduta, omissiva ou comissiva, viole os deveres da honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Ou seja, os atos são praticados contra, em desfavor das instituições públicas. (BRASIL, 2013b, art. 11).

A Lei trata como dever, obrigação, de todo agente público, agir com honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade. Esse é um conceito de probidade do servidor público que se extrai do presente diploma legal.

Mas, para começar a entender o dever de Probidade, é preciso, antes de tudo, compreender quem são esses agentes públicos. Por isso, no item seguinte, serão apresentados alguns lineamentos acerca da definição de “agente público”.

1 A DEFINIÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS

O seguinte conceito de agente público é apresentado por Hely Lopes Meirelles:

São todas as pessoas físicas incumbidas, definitivamente ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo. (MEIRELLES, 2009, p. 75).

Mais adiante, o mesmo autor classifica os agentes públicos segundo categorias, *in verbis*:

Os agentes públicos, gênero que acima conceituamos, repartem-se inicialmente em cinco espécies ou categorias bem diferentes, a saber: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados [...]. (MEIRELLES, 2009, p. 76).

Em linhas gerais, para o Direito Administrativo, agente público é toda e qualquer pessoa física que, de alguma forma, atua e age em nome da administração pública (*lato sensu*), exercendo, de alguma forma, parcela da função estatal.

A Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa)¹, em seu art. 2º, assim define:

Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior. (BRASIL, 2013b, art. 2º).

O conceito aqui trazido não se confunde com o conceito de “funcionário público” para fins penais. Segundo o art. 327 do Código Penal,

considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública, equiparando-se

¹ Observe-se que é possível a responsabilização de alguém por atos de improbidade previstos na Lei nº 8.429/92, mesmo que esta pessoa não seja um “agente público”. Não apenas o agente público responde pela prática de improbidade. O terceiro que tenha participação, seja direta ou indireta, também responde, segundo o art. 3º: “As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.” Sujeito ativo de ato de improbidade é não só apenas o agente público, como também terceiro que induza, concorra ou se beneficie, bem como aquele que pratique ato contra entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, na forma prevista no art. 1º, caput e parágrafo único da Lei de Improbidade.

a este quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. (BRASIL, 2013c).

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE DEVEM ORIENTAR OS AGENTES PÚBLICOS

São por demais conhecidas as noções básicas dos princípios constitucionais da Administração explicitadas no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Rememoram-se aqui apenas algumas definições elementares, de modo que seja possível cotejar alguns princípios implícitos da Administração com as diretrizes gerais expressas na cabeça do Capítulo VII, Título III, da Carta Política e traçar paralelo entre esses e os atos de improbidade administrativa.

O princípio da legalidade, basilar em diversos outros ramos do Direito Público, como o Direito Penal e o Direito Tributário, de conteúdo, na verdade, quase que intuitivo, significa, na lição de Diógenes Gasparini:

[...] estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. (GASPARINI, 2009, p. 07).

Intuitiva, da mesma forma, a percepção quanto à violação do princípio da legalidade, materializada, assim, na atuação administrativa contrária à norma legal, seja no tocante à competência legal do autor do ato, seja em relação ao próprio conteúdo do provimento administrativo. Houvesse univocidade entre o princípio da legalidade e a noção de proibidade administrativa, o ato ímprobo seria, simplesmente, o ato praticado ao arrepio de normas legais. Tal visão reducionista, como se sabe, é rechaçada pelos tribunais pátrios, que distinguem a improbidade como forma “qualificada” de ilegalidade, à qual, a desconsideração à norma legal, soma-se a intenção ilícita do agente.

O princípio da impessoalidade, em primeira aproximação, advoga

a premissa republicana básica da distinção entre a pessoa do governante e a entidade estatal por ele dirigida, representativa, esta última, da esfera de interesses coletivos indisponíveis, a *res publica*, cuja gestão, temporária, é conferida a representantes políticos eleitos. Ofende a impessoalidade a prática administrativa que associa realizações e programas de Estado, por exemplo, à pessoa de seus dirigentes, como está explícito, por exemplo, no § 1º do art. 37 da Carta Política. Como consequência, o agir impessoal da Administração exige que as iniciativas e os programas públicos sejam pautados pelo bem comum, sem distinção de caráter pessoal entre os beneficiários ou eventuais prejudicados pelas ações coletivas. (BRASIL, 2013a, art. 37).

A dupla face do princípio da impessoalidade é explicada por Maria Sylvia Zanella di Pietro:

Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. [...] No segundo sentido, o princípio significa, segundo José Afonso da Silva (2003:647), [...] “as realizações governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas da entidade pública em nome de quem as produzira. A própria Constituição dá uma consequência expressa a essa regra, quando, no §1º do artigo 37, proíbe que conste nome, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos”. (DI PIETRO, 2004, p. 71).

Exemplo da revalorização de preceitos éticos e morais no âmbito do Direito Positivo, estranha ao positivismo tradicional, o princípio da moralidade sustenta a atuação do agente administrativo não apenas pautada pela lei, mas orientada por princípios de conduta de cunho ético, de modo que a ação administrativa não se afaste dos valores vigentes no âmbito social. O princípio da moralidade vai de encontro aos antigos postulados da “razão de Estado”, segundo os quais o governante deveria se afastar, em nome dos interesses do Estado, de seus pudores morais.

Fica evidente, portanto, que, para fins de identificação do ato de improbidade, o princípio da moralidade desempenha função paralela ao princípio da legalidade. Com efeito, enquanto atos ilegais podem ser eventualmente legítimos, quando perseguirem finalidade pública e, dessa forma, não atentarem contra a probidade administrativa, é comum

que ações administrativas balizadas por regras legais despontem como claramente imorais, sobretudo em razão dos fins a que se destinam. Sobre o princípio da moralidade administrativa, lícito recorrer à lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito os princípios da lealdade e boa-fé [...]. Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos. (MELLO, 2011, p. 122-123).

O conteúdo do princípio da moralidade administrativa ganhou contornos mais nítidos com a Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) que, ao definir as categorias dos atos de improbidade administrativa e as sanções aplicáveis judicialmente, classificou como ilícitos atos que, sem importarem enriquecimento ilícito de agentes públicos (art. 9º) e lesão ao Erário (art. 10), representam, no entanto, atentado aos princípios da Administração Pública, mormente ações ou omissões que violem deveres de “honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições” (art. 11). (BRASIL, 2013b).

Legatário dos princípios democrático e republicano, a publicidade dos atos e das ações administrativas é indispensável para o controle político, a cargo da sociedade e do cidadão, do exercício do poder por seus representantes e agentes. Exige-se a publicidade não apenas dos atos administrativos que traduzam emanções de poder, mas, principalmente, daqueles atos e procedimentos que intercalam interesses da Administração com interesses particulares dos cidadãos, como as licitações e os concursos públicos. Para Carlos Ari Sunfeld:

[...] a Administração jamais maneja interesse, poderes ou direitos pessoais seus, surge o dever da absoluta transparência. “Todo o poder emana do povo, e em seu nome será exercido” (CF, art. 1º, §1º). É óbvio então, que o povo, titular do poder, tem direito de conhecer tudo o que concerne à Administração, de controlar passo a passo o exercício do poder. (SUNDFELD, p. 54).

Não por acaso, figura como regra explícita da Lei 8.429/92 a configuração de ato de improbidade quando negada “publicidade aos atos oficiais” (art. 11, IV). No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, é pródiga a jurisprudência no sentido da invalidade de procedimentos administrativos por deficiência na publicidade. (BRASIL, 2013b).

Por último, inserido no Texto Constitucional pela Emenda Constitucional n. 19/98 e, segundo alguns críticos, derivado não de outros princípios jurídicos mas de postulados da Ciência da Administração, o princípio da eficiência preconiza a reavaliação das práticas administrativas com base nos resultados alcançados. Não se perquire, aqui, a legitimidade dos fins da Administração, indagação mais afeita aos princípios da impessoalidade e da moralidade, mas compara-se os resultados obtidos com os recursos empregados, submetendo a atuação administrativa à ponderação entre custos e benefícios. No escólio de Alexandre de Moraes:

O princípio da eficiência compõe-se, portanto, das seguintes características básicas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade [...] (MORAES, 2002).

3 RELAÇÃO ENTRE PROBIDADE E MORALIDADE

A doutrina ainda é um tanto quanto confusa quanto à relação entre probidade e moralidade. Alguns dizem que são sinônimos. Outros defendem que um engloba o outro, sendo um gênero e a outra espécie, mas igualmente sem chegarem a uma conclusão sobre qual seria a espécie e qual o gênero. O que se pode afirmar é que probidade, moralidade, boa-fé, lealdade, formam uma espécie de microsistema do qual o agente público não pode se esquivar, ou melhor dizendo, tem o dever de observar. Sua inobservância, como visto, pode caracterizar, em tese, ato de improbidade administrativa, previsto na Lei n. 8.429/92, cujas sanções estão descritas no mesmo diploma legal, em seu art. 12.

O dever de probidade dos agentes públicos no tratamento da coisa pública, na prestação de serviços ou, mais genericamente, no exercício das funções públicas está plasmado no sistema constitucional que tutela a Administração

Pública brasileira, projetando diretrizes fundamentais do Estado Democrático de Direito, orientando o tratamento da res publica como um todo, alcançando frontalmente os agentes públicos. (OSÓRIO, 2007, p. 88).

Segundo Fábio Medina Osório, improbidade é uma imoralidade administrativa qualificada, sendo a probidade espécie do gênero moralidade administrativa. Toda improbidade deriva de uma imoralidade, mas nem toda imoralidade constitui uma improbidade administrativa. (OSÓRIO, 2007, p. 89).

Nesse mesmo sentido, segue Wallace Paiva Martins Júnior, ao afirmar que contida no princípio da moralidade administrativa está a probidade e, citando Marcello Caetano, explica o dever de probidade como aquele pelo qual

o funcionário deve servir à Administração como honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer. (MARTINS JÚNIOR, 2009, p. 101).

4 SANÇÕES CABÍVEIS AO AGENTE PÚBLICO PELA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A falta de Probidade é considerada Improbidade e esta, por seu turno, pode ser punida, conforme os seus contornos fáticos, no âmbito político-constitucional, civil, penal, administrativo e político-administrativo.

No campo político constitucional, os atos de improbidade são punidos segundo o que se acha estabelecido na Lei n. 8.429/92, que diz:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. (BRASIL, 2013b, art. 1º).

Em espécie, os atos de improbidade estão previstos no art. 9º (Atos

de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito), no art. 10 (Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário) e no art. 11 (Atos de Improbidade Administrativa que atentam Contra os Princípios da Administração Pública).

A Lei de Improbidade Administrativa, em seu art. 12 e incisos, explicita as sanções às quais estão sujeitos aqueles que praticam atos de improbidade administrativa. Entretanto, já em seu *caput*, deixa claro que as referidas sanções independem de outras de ordem civil, penal e administrativas:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. (BRASIL, 2013b, art. 12).

A própria Constituição Federal de 1988 prevê, no § 4º do art. 37, que a prática de ato de improbidade administrativa importará, além das sanções ali referidas, em responsabilidade criminal:

Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (BRASIL, 2013a, art. 37).

O ato de improbidade administrativa, independentemente de ter causado prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito, ou afrontado os princípios da administração pública, pode, de igual modo, configurar conduta típica prevista em ordenamento criminal, e os que mais se amoldam são aqueles previstos no Código Penal, praticados contra a Administração Pública, como outros previstos em legislação especial, e exemplo dos crimes previstos na Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei n. 8.666/93.

Por outro lado, de forma transversa, um crime praticado por agente público pode gerar não apenas uma responsabilização penal como sanção civil, enquadrada como ato de improbidade. Mesmo o agente público que comete um crime contra o patrimônio de terceiro, um furto por exemplo, está sujeito a sofrer as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, especificamente por afronta aos princípios e deveres expressos na cabeça do art. 11 da Lei n. 8.429/92. (BRASIL, 2013b, art. 11)

Visto que as sanções previstas na Lei de Improbidade devem ser aplicadas de forma modulada ao caso, pode o agente públicos sofrer sanções de ordem administrativa que, por si só, tornem desnecessárias as sanções de ordem civil. No exemplo acima, em caso do cometimento de um crime contra o patrimônio de terceiro por parte de um agente público, a própria condenação penal, pode fazer com que este perca seu cargo ou sua função pública, na forma prevista no art. 92, I, do Código Penal, sendo necessário, nesse caso, expressa justificação na sentença condenatória. Não obstante isso, deixando de perder o cargo/a função em razão de eventual condenação criminal, pode o agente público responder a Processo Administrativo Disciplinar, previsto em legislação específica, e sujeito às sanções ali previstas, inclusive a perda do cargo.

Voltando para o ato de improbidade administrativa propriamen-

te dito e a responsabilização pela sua prática, já vimos que as sanções podem ser de ordem civil, penal e administrativa. As de ordem civil se perfectibilizam pela própria aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade. As de ordem penal quando o ato de improbidade igualmente tipificar conduta penalmente prevista. E a responsabilização administrativa fica na órbita do Procedimento Administrativo Disciplinar, o qual deve ser obrigatoriamente instaurado assim que a autoridade administrativa, a qual detiver a devida competência, tomar conhecimento da prática de qualquer ato de improbidade praticado por agente público.

Afora essas responsabilizações, existe ainda uma quarta forma, que é a político-administrativa, a qual determinados agentes políticos estão sujeitos, e cuja sanção é a cassação do mandato do cargo para o qual foram eleitos. Como exemplo podemos fazer referência ao previsto no art. 4º do Decreto-Lei n. 201/67, que trata dos crimes de responsabilidade praticados por Prefeitos Municipais:

Art. 4º São infrações político-administrativas dos Prefeitos Municipais sujeitas ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionadas com a cassação do mandato:

I - Impedir o funcionamento regular da Câmara;

II - Impedir o exame de livros, folhas de pagamento e demais documentos que devam constar dos arquivos da Prefeitura, bem como a verificação de obras e serviços municipais, por comissão de investigação da Câmara ou auditoria, regularmente instituída;

III - Desatender, sem motivo justo, as convocações ou os pedidos de informações da Câmara, quando feitos a tempo e em forma regular;

IV - Retardar a publicação ou deixar de publicar as leis e atos sujeitos a essa formalidade;

V - Deixar de apresentar à Câmara, no devido tempo, e em forma regular, a proposta orçamentária;

VI - Descumprir o orçamento aprovado para o exercício financeiro,

VII - Praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou emitir-se na sua prática;

VIII - Omitir-se ou negligenciar na defesa de bens, rendas, direitos ou interesses do Município sujeito à administração da Prefeitura;

IX - Ausentar-se do Município, por tempo superior ao per-

mitido em lei, ou afastar-se da Prefeitura, sem autorização da Câmara dos Vereadores;

X - Proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo. (BRASIL, 2013d).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os agentes públicos devem ser probos não por razões morais, mas, sim, por imperativos éticos. Uma Sociedade bem ordenada só existe se houver uma predisposição desses agentes à promoção do bem comum e se estiver regulada de modo efetivo por uma concepção pública de justiça. A Probidade é a justiça em seu aspecto mais concreto. As “condutas públicas” devem fundar-se em Princípios Públicos (Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, como bem determina do art. 37 da Constituição Federal) e no Direito vigente. Não há necessidade de recorrer a doutrinas morais ou religiosas para sustentar a validade desses princípios nem se deve imaginar que eles sejam provenientes de algum tipo de “justiça ideal”. Eles existem porque estão consolidados no plano constitucional como anseios sociais. Por outro lado, eles provêm das necessidades concretas de justiça no âmbito do viver comum. Uma concepção de Probidade é tanto mais estável quanto mais forte for a sua capacidade de anular as inclinações dos agentes públicos ao descumprimento daqueles princípios. Essa anulação se dá pelo cultivo de um senso de Probidade voltado à materialização do que foi estabelecido no Preâmbulo da Carta Maior brasileira: a instituição de

[...] um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...].

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 30 abr. 2013a.

_____. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em: <<http://www.pla->

nalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilado.htm>. Acesso em 30 abr. 2013b.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 30 abr. 2013c.

_____. **Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201compilado.htm>. Acesso em 30 abr. 2013d.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 71.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 6 ed. rev. e ampl. e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 124-125

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. p. 1553 (verbete: probidade).

KOEHLER, Henrique. **Pequeno dicionário latino-português**. p. 245.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 122-123.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 26.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Princípio da publicidade. Direito de certidão, vista e intimação**. Revista de Direito Público. v. 82. p. 54.

PORTAIS DE TRANSPARÊNCIA E GESTÃO DO CONHECIMENTO NO MINISTÉRIO PÚBLICO

Hélio Santiago Ramos Júnior

*Assistente de Procuradoria de Justiça do MPSC (2007/2011 e 2012/2014),
atualmente exerce funções de Assessor Jurídico no MPRS
Mestre em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela UFSC*

Jane Lucia Silva Santos

Doutora em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC)

Marcus de Melo Braga

*Professor do Instituto de Computação da UFAL
Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC)*

SUMÁRIO

Introdução. 1 Portais de Transparência: as resoluções do CNMP sobre a matéria. 2 O Ministério Público como defensor do regime democrático. 3 A gestão do conhecimento no âmbito do Ministério Público: identificação de suas práticas iniciais. Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente artigo pretende dissertar sobre as iniciativas do CNMP em relação à regulamentação dos portais de transparência dos Ministérios Públicos, destacando a sua evolução histórica e normativa, além de contextualizar o papel do Ministério Público neste cenário como

Atuação	Florianópolis	V. 9	n. 20	p. 313 - 326	jan./jun. 2012
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

defensor do regime democrático, e, por fim, comentar algumas práticas iniciais de gestão do conhecimento que vêm sendo implantadas no Ministério Público.

PALAVRAS-CHAVE: Portais de transparência, Ministério Público, Gestão do Conhecimento.

ABSTRACT

The aim of this work is presenting some initiatives of CNMP related to the regulation of the Ministry Public's transparency portals, highlighting its historical and normative evolution. It contextualizes the role of the Public Ministry in this scenario as a defender of democracy. Finally, we discuss some initial practical of knowledge management which has been implemented in the Public Ministry in Brazil.

KEYWORDS: Transparency portals, Public Ministry, Knowledge Management.

INTRODUÇÃO

O advento da criação de sítios oficiais na *Internet* por parte dos órgãos públicos para divulgação de notícias, atos e informações relacionadas às suas respectivas atribuições, associada à propagação do uso da rede mundial de computadores e à facilidade do seu acesso pela população, fez com que surgissem as condições propícias ao reconhecimento de “novos” direitos do cidadão, a partir das perspectivas de uma democracia digital.

Houve muitas iniciativas do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) voltadas ao atendimento dessa nova demanda social, por meio da edição de várias resoluções, para disciplinar as informações que devem constar nos portais de transparência dos órgãos ministeriais, tanto em razão da Lei da Transparência (LC n. 131/09) como também em virtude da necessidade de adequação à Lei de Acesso à Informação

(Lei n. 12.527/11).

Este artigo pretende destacar, na primeira seção, breves comentários sobre os portais de transparência dos Ministérios Públicos com ênfase na evolução histórica e normativa das Resoluções do CNMP que trataram da obrigatoriedade de criação de portais de transparência até o presente, além de outras iniciativas importantes do CNMP no que se refere a essa matéria.

Na segunda seção, disserta-se sobre o papel do Ministério Público como defensor do regime democrático, com ênfase na premissa de que a transparência é uma forte aliada em favor da credibilidade e da confiança nas instituições. Essa atribuição constitucional do Ministério Público adquire uma significativa relevância quando se está diante da criação de condições para o exercício da cidadania por meio do controle social da Administração Pública.

Em seguida, na terceira seção, serão apresentadas algumas práticas iniciais de gestão do conhecimento que vêm sendo utilizadas nos Ministérios Públicos e que poderão contribuir para o seu aperfeiçoamento institucional.

Por fim, o artigo encerra a presente reflexão, apresentando algumas considerações sobre os assuntos discutidos, quais sejam, a constatação da evolução normativa dos portais de transparência dos Ministérios Públicos com base nas resoluções do CNMP, a importância da atuação do Ministério Público como defensor do regime democrático e a identificação de algumas práticas iniciais de gestão do conhecimento nos Ministérios Públicos.

1 PORTAIS DE TRANSPARÊNCIA: AS RESOLUÇÕES DO CNMP SOBRE A MATÉRIA

O Portal de Transparência, no âmbito do Ministério Público, foi originalmente instituído pela Resolução n. 38/2009 do CNMP, que estabelecia, em seu artigo 1º, que o Conselho Nacional do Ministério Público e cada unidade do Ministério Público dos Estados e da União viabilizariam, em seus *sites* ou suas páginas eletrônicas, de acesso universal à disposição da rede mundial de computadores, um portal que possibilite a transparência de dados públicos, não cobertos pelo sigilo

legal ou constitucional, em destaque e com fácil acesso pelos usuários do sistema de informática.

A Resolução n. 38/2009 previa a disponibilização, no portal da transparência, de dados institucionais relativos às receitas arrecadadas e às despesas pagas, recursos e despesas dos fundos de reaparelhamento, despesas com membros e servidores ativos e inativos, repasses aos fundos ou institutos previdenciários, custo com diárias e cartões corporativos, despesa líquida com pessoal em cada quadrimestre, gastos mensais com investimento e custeio, rol de licitações e contratos em andamento, convênios firmados, relação dos nomes de servidores da instituição, entre outros.

Com o intuito de promover avanços ainda mais significativos que os obtidos com a Resolução n. 38/2009, o CNMP editou a Resolução n. 66/2011, que ampliou a transparência da gestão administrativa e financeira do Ministério Público, ao disciplinar um maior detalhamento das informações a serem divulgadas ao público por meio dos portais de transparência.

Chama a atenção o fato de que a Resolução n. 66/2011 faz menção expressa, em seu artigo primeiro, ao fato de que o referido portal de transparência se trata de um instrumento de controle social da execução orçamentária, financeira e administrativa dos Ministérios Públicos, ou seja, o CNMP reconhece que essa iniciativa contribui para o exercício da cidadania.

Assim, a transparência passa a ser algo de grande importância para o Ministério Público que busca ser o mais transparente possível, tendo plena legitimidade para exigir dos demais órgãos públicos que também o sejam.

Com o advento da Lei n. 12.527/2011, que regulamentou o dever de o Estado assegurar o direito fundamental de acesso à informação, o CNMP editou duas novas resoluções para melhor se adequar às novas diretrizes.

A primeira é a Resolução n. 86/2012, que estabeleceu que o acesso à página da Transparência do Ministério Público dar-se-á, necessariamente, por meio de atalho inserido na página inicial do sítio eletrônico do CNMP, dos Ministérios Públicos dos Estados e dos ramos do Ministério Público da União. Além disso, criou uma comissão para verificar

periodicamente o cumprimento da referida Resolução, acompanhada de especificações das informações mínimas que deverão ser disponibilizadas nos referidos portais.

A outra é a Resolução n. 89/2012, que regulamenta a Lei de Acesso à Informação no âmbito do Ministério Público, reconhecendo expressamente que a referida Lei é de vital importância para a concretização do direito constitucional de acesso à informação, pelo qual deve zelar o Ministério Público, no cumprimento de seu dever de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis; sem olvidar a necessidade de se instituírem regras e procedimentos uniformes nos diversos ramos do Ministério Público para a fiel execução da Lei n. 12.527/2011.

Nesse contexto, os portais de transparência desempenham um importante papel à medida que servem de instrumento para o controle social dos órgãos públicos, ou seja, possibilitam o exercício da cidadania. Além disso, as avaliações aos portais de transparência do Ministério Público são importantes para que a própria instituição possa conhecer a si mesma e, nesse sentido, a gestão do conhecimento pode contribuir significativamente com esta tarefa.

Acerca dessa matéria, é relevante destacar a seguinte observação:

O crescimento das informações em rede leva ao aumento da transparência e à diminuição da burocracia estatal. Com isso, há um maior controle social sobre o Estado que contribui para a democratização do processo decisório e para uma maior efetividade da ação governamental.

Numa sociedade impulsionada pelas tecnologias da informação, portanto, é preciso pensar a Gestão do Conhecimento de uma forma ampla. É vital que criemos um fluxo contínuo de informação no governo, e, para que isso aconteça, o governo tem que gerir melhor os seus saberes e conhecimentos.

[...]

Se o governo não sabe o que sabe, como ele vai poder disponibilizar essas informações para a sociedade de forma organizada, inteligível e numa linguagem que a população entenda? A Gestão do Conhecimento é vital para o desenvolvimento da sociedade como um todo. (SANTOS, 2006, p. 332 e 335).

No âmbito do Ministério Público, para resolver a problemática acima mencionada, o CNMP elaborou importantes documentos, como

o relatório “Ministério Público: um retrato”, que permite traçar o seu perfil e conhecer melhor a própria instituição a partir de dados estatísticos referentes à sua atuação.

E, quanto à facilitação das condições de acessibilidade do cidadão às informações, outra iniciativa do CNMP que poderá contribuir para os fins da Lei de Acesso à Informação, trata-se da elaboração do “Manual do Portal da Transparência do Ministério Público”, que possui a finalidade de padronizar o símbolo, o caminho (ou hierarquia de navegação) e a forma de apresentação das informações dos Portais de Transparência do Ministério Público, além de orientar os técnicos dos setores responsáveis em manter o conteúdo atualizado e em conformidade com a Resolução n. 86/2012.

Portanto, observa-se que as Resoluções do CNMP acima referidas e as demais iniciativas desse órgão contribuem para o cumprimento dos objetivos da Lei de Transparência e da Lei de Acesso à Informação.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO DEFENSOR DO REGIME DEMOCRÁTICO

O Ministério Público desempenha uma importante função como defensor do regime democrático, e essa atribuição constitucional adquire uma significativa relevância quando se está diante da criação de condições para o exercício da cidadania por meio do controle social da Administração Pública.

Pode-se dizer que “o Regime Democrático configura o norte magnético da produção, compreensão (interpretação) e aplicação do direito” (ESPÍRITO SANTO, 2013, p. 422) e que a atividade do Ministério Público está ligada, entre outras ações, “ao trabalho incessante de efetivação (concretização) dos direitos fundamentais” (ESPÍRITO SANTO, 2013, p. 422).

Uma vez que o CNMP reconhece que os portais de transparência são instrumentos de controle social e, conseqüentemente, um direito fundamental do cidadão, torna-se igualmente relevante que os demais órgãos públicos divulguem, em seus sítios, oficiais na rede mundial de computadores as informações necessárias ao exercício da cidadania.

Além das iniciativas do CNMP na atualização de suas resoluções sobre os portais de transparência e na elaboração de documentos para permitir o conhecimento da própria instituição e definir critérios destinados a facilitar o acesso à informação por meio da padronização do conteúdo dos referidos portais, também é importante a sua aproximação da sociedade.

No Ministério Público de Santa Catarina (MPSC), por exemplo, quanto ao critério da transparência, existem disponíveis vídeos institucionais que permitem ao cidadão conhecer bem seus direitos e as funções exercidas pelo Promotor de Justiça (RIBEIRO, 2010). O MPSC é um dos pioneiros entre as Promotorias a usar a blogosfera como espaço digital para interagir com a coletividade, conferindo maior transparência de suas ações em defesa do interesse público.

Também é possível apontar a iniciativa do Ministério Público de São Paulo (MPSP), que, por meio da Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital (SP), instaurou um inquérito civil para apurar os problemas de superlotação relatados por usuários de transportes coletivos e criou o “Blog do Ônibus” (<http://www.onibus.blog.br>) a fim de coletar informações e reclamações da população sobre o transporte coletivo da capital paulista, recebendo reclamações dos cidadãos.

É oportuno mencionar, ainda, a campanha “O que você tem a ver com a corrupção?”, que se trata de uma ação iniciada no Ministério Público Catarinense, que atingiu nível nacional e vem mobilizando todo o País. Essa ação tem por finalidade contribuir para eliminar a corrupção em todos os seus níveis, estimulando o exercício da cidadania e a cultura da honestidade, em busca de uma sociedade mais justa, estando em plena consonância com os atuais anseios da população. (GHIZZO NETO, 2008).

Uma das primeiras iniciativas de transparência pública foi promovida pelo Tribunal de Contas da União com a criação da página na *Internet* “Contas Públicas”, em 1998, entretanto o reconhecimento da obrigatoriedade da divulgação das contas públicas nos sítios oficiais na *Internet* só ocorreu há mais de uma década depois, com o advento da Lei Complementar n. 131/09.

A criação dessas páginas pelos órgãos públicos com informações de interesse do cidadão fizeram com que se reconhecesse tal prática como

um dever imposto ao Estado em divulgá-las, em seus sítios oficiais, na *Internet*, e, por outro lado, como um direito fundamental do cidadão à informação pública.

Em 2010, em uma pesquisa feita por pesquisadores pós-graduados na área de Engenharia e Gestão do Conhecimento (EGC), da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), e sob a orientação do Prof. Aires Rover, foram analisados os portais de transparência dos Ministérios Públicos Estaduais e Distritais, com base na Resolução n. 38/09 (já revogada), e verificou-se que um dos principais problemas refere-se à falta de atualização e padronização das informações, o que dificultava o seu acesso ao cidadão:

Não há dúvida alguma do importante papel exercido pelo Ministério Público como responsável pela defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses difusos e que a abertura da instituição através da divulgação de dados institucionais em seus portais de transparência tende a torná-la uma instituição ainda mais forte.

Examinando o resultado das análises dos portais de transparência dos Ministérios Públicos pesquisados, identificou-se que um dos principais problemas encontrados é justamente a atualização dos dados institucionais. Nota-se que vários órgãos atendem às exigências da Resolução nº 38/09 quanto às informações que devem constar nos portais de transparência, porém poucos mantêm essas informações constantemente atualizadas, além de que, constatou-se que, muitas informações, embora estivessem disponíveis, estavam incompletas ou, então, dispersas no site de forma a dificultar o seu acesso. (RAMOS JÚNIOR *et al*, 2010, p. 2.071).

Dessa forma, justifica-se a iniciativa do CNMP em elaborar o “Manual da Transparência do Ministério Público”, com a finalidade de padronizar o símbolo, o caminho (ou hierarquia de navegação) e a forma de apresentação das informações dos Portais de Transparência do Ministério Público, além de orientar sobre a importância de manter o conteúdo dos portais atualizado, em conformidade com as suas resoluções e as leis que regulamentam a matéria.

Existem diversas pesquisas que avaliam os portais de transparência, inclusive do Ministério Público, como, por exemplo, um estudo realizado por pesquisadores da área de Ciências Contábeis por meio do qual foram identificadas várias práticas de transparência que o MPSC realiza sobre as suas contas públicas (MATTEI & PLATT JÚNIOR, 2011).

O mencionado trabalho apresentou a seguinte conclusão:

Verificou-se que o Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC) atende requisitos citados na Carta Magna de 1988, disponibilizando as informações sobre orçamentos, receitas, despesas, diárias, repasses previdenciários, comprometimento com a Lei de Responsabilidade Fiscal, licitações em andamento, contratos, convênios e quadro de membros e servidores da Instituição. O chamado Portal Transparência.

Percebe-se que há um comprometimento do MPSC no cumprimento da Carta Maior de 1988, principalmente quanto aos princípios da publicidade e da eficiência. (MATTEI & PLATT JÚNIOR, 2011).

Observa-se que o controle social do Estado pelo cidadão é inevitável e que, com base na constatação de que os órgãos públicos já possuem sítios oficiais na *Internet* e que a legislação vigente obriga a disponibilização das informações de interesse público e de condições de sua acessibilidade, nota-se que os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, incluindo o Tribunal de Contas e também o Ministério Público, estão sujeitos a essa nova realidade.

A partir de iniciativas como a campanha “O que você tem a ver com a corrupção?” e outras ações e programas institucionais, constata-se que o Ministério Público está exercendo o papel de defensor do regime democrático ao incentivar o exercício da cidadania por meio da participação da sociedade.

3 A GESTÃO DO CONHECIMENTO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: IDENTIFICAÇÃO DE SUAS PRÁTICAS INICIAIS

A Gestão do Conhecimento, como ferramenta organizacional, pode contribuir efetivamente nas ações relacionadas à transparência e à acessibilidade e permitir que o Ministério Público conheça melhor a si próprio, além de proporcionar inúmeros outros benefícios com a sua adoção.

Na análise dos portais de transparência dos Ministérios Públicos realizada em 2010 (RAMOS JÚNIOR *et al*, 2010), verificou-se que o principal problema de acessibilidade era a falta de padronização das informações. Além de buscar padronizar essas informações por meio

do “Manual dos Portais de Transparência do Ministério Público”, outra ação do CNMP, dessa vez voltada à padronização das informações processuais, foi a edição da Resolução n. 63/2010, que criou as “Tabelas Unificadas do Ministério Público”, permitindo a consulta pública ao Sistema de Gestão de Tabelas Processuais Unificadas e, na sequência, a elaboração de um manual contendo orientações aos Ministérios Públicos.

A Resolução n. 63/2010 do CNMP foi editada com a finalidade de obter a padronização e a uniformização taxonômica e terminológica de todas as atividades das unidades do Ministério Público, em razão da necessidade de extração de dados estatísticos mais detalhados e precisos de cada uma das unidades dos Ministérios Públicos para a produção de diagnósticos e estudos essenciais à gestão estratégica da instituição, em nível nacional.

Além da evolução normativa da transparência e da acessibilidade por meio das resoluções editadas pelo CNMP, observa-se que os Ministérios Públicos, aos poucos, vêm incorporando em seus planejamentos estratégicos práticas de gestão de conhecimento para a consecução de seus objetivos.

Em 2007, um estudo feito por pesquisadores da UFMG analisou a gestão do conhecimento no Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), no qual se concluiu que a referida instituição “apresenta boas condições e busca mecanismos para aplicar as práticas da gestão do conhecimento de modo satisfatório” (RESENDE *et al*, 2007), recomendando-se “uma maior utilização e divulgação da gestão do conhecimento em todas as áreas de apoio administrativo, para que todos os servidores possam usufruir adequadamente dos benefícios que a administração do conhecimento pode oferecer em termos de eficiência e bons resultados”. (RESENDE *et al*, 2007)

Em 2008, outro estudo propôs a institucionalização de reuniões periódicas regionalizadas como mecanismo para a melhoria da gestão do conhecimento do Ministério Público do Estado de Pernambuco, visando à “identificação de ações prioritárias a serem desenvolvidas de forma conjunta, a fixação de metas a serem atingidas, o acompanhamento de atividades iniciadas, a avaliação contínua dos resultados, bem como para a criação e transmissão do conhecimento” (MORAIS & STRIEDER, 2008, p. 47).

Destaca-se, ainda, o Sistema de Informação e Gestão (SIG), implantado pelo MPSC, que funciona não apenas como uma ferramenta de tecnologia da informação, mas, sim, como instrumento de apoio à Gestão do Conhecimento, já que permite ao *software*, por exemplo, fazer vinculação das atividades cadastradas aos programas do Centros de Apoio e, a partir daí, coletar dados e estatísticas referentes à atuação das Promotorias de Justiça a fim de identificar os problemas para melhor auxiliar os órgãos de execução.

Assim,

no caso do Sistema de Informatização e Gestão do Ministério Público de Santa Catarina, está-se diante de um modelo de gestão do conhecimento, pois os dados e informações que este sistema é capaz de armazenar e disponibilizar não são utilizados somente para automatizar as tarefas, mas também para tomar decisões operacionais e estratégicas, valorizando o conteúdo das informações. (SILVEIRA, 2009, p. 75).

De modo geral, com base nas informações divulgadas, nos próprios sítios oficiais dos órgãos ministeriais, na *Internet*, observa-se que muitos Ministérios Públicos passaram a utilizar práticas de gestão do conhecimento como *Balanced Scorecard* (BSC), *workflow* (fluxo de trabalho), entre outros, além do incentivo do CNMP, para o aperfeiçoamento dos órgãos ministeriais, em seus planejamentos estratégicos, com a difusão das melhores práticas.

Assim, respeitando a independência funcional, o CNMP elaborou um projeto “Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público” (PEN-MP), que conta com o apoio de todos os Ministérios Públicos Estaduais e pelos ramos do Ministério Público da União, o qual “já tem contribuído para o aperfeiçoamento do MP, disseminando a importância da gestão estratégica e da integração, para uma atuação mais efetiva”. (CHAGAS *et al*, 2012).

Conforme os exemplos apresentados anteriormente, percebe-se que as práticas de gestão do conhecimento nos Ministérios Públicos são ações iniciais que, por um lado, têm recebido o incentivo do CNMP quanto à sua adoção e, por outro, têm despertado o interesse dos próprios órgãos institucionais em aperfeiçoarem os seus planejamentos estratégicos a fim de ampliar o conhecimento sobre a própria instituição, com a finalidade de desempenhar com efetividade o seu papel e as suas funções na sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o breve estudo sobre as resoluções do CNMP sobre portais de transparência, sobre o papel do Ministério Público como defensor do regime democrático e do direito fundamental de acesso à informação e sobre a identificação das práticas iniciais de Gestão do Conhecimento pelo Ministério Público, considera-se que esses três assuntos estão interligados em razão do inevitável controle social que implica a busca constante pela transparência e pelo aperfeiçoamento de todos os órgãos públicos, inclusive do Ministério Público.

Os demais órgãos públicos também devem ter a consciência de que os seus portais de transparência são instrumentos de controle social e que a criação e atualização desses portais contribui para o exercício da cidadania.

O Ministério Público desempenha uma importante função como defensor do regime democrático e essa atribuição constitucional adquire uma grande relevância quando se está diante da criação de condições para o exercício da cidadania por meio do controle social da Administração Pública.

Várias iniciativas do CNMP têm contribuído para os objetivos propostos na Lei de Acesso à Informação, por meio da edição de diversas resoluções para disciplinar as informações que devem constar nos portais de transparência dos órgãos ministeriais, tanto em razão da Lei da Transparência (LC n. 131/09) como também em virtude da necessidade de adequação à Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/11).

Destaca-se, entre essas iniciativas, também o Manual do Portal de Transparência do Ministério Público, o qual busca a padronização da forma de apresentação de diversas informações dos Portais de Transparência, facilitando a sua implementação e orientando as equipes técnicas especializadas na manutenção dessas informações. Essa padronização vem justamente para solucionar um dos problemas apontados nas pesquisas de avaliação dos Portais de Transparência: a falta de padrão de acessibilidade às informações a ser seguido pelos órgãos públicos.

Em relação à padronização das buscas referentes às informações processuais no âmbito do Ministério Público, outra iniciativa do CNMP foi a criação das Tabelas Unificadas do Ministério Público, que permite

a consulta pública ao Sistema de Gestão de Tabelas Processuais Unificadas, além da elaboração de um manual contendo orientações aos Ministérios Públicos.

Observa-se que o projeto de Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público (PEN-MP) proposto pelo CNMP e que conta com o apoio dos demais Ministérios Públicos tem contribuído para o seu aperfeiçoamento, ao incentivar os Ministérios Públicos a adotarem, para o exercício de suas funções, práticas de gestão do conhecimento para a sua maior efetividade.

Mesmo constatando-se que as práticas de gestão do conhecimento, nos Ministérios Públicos, ainda estejam nos seus estágios iniciais, percebe-se que as iniciativas do CNMP visando a sua adoção já estão colhendo bons frutos, uma vez que, em algumas unidades da federação, os Ministérios Públicos iniciaram algumas ações nessa área do conhecimento, o que pode servir de exemplo para os demais órgãos públicos, contribuindo para um melhor desempenho das suas atividades fins.

REFERÊNCIAS

CHAGAS, Claudia Maria de Freitas; QUINTANS, Fernando Celestino Ferreira; HECKERT, Cristiano Rocha; DOSTLER, Peter Matthias Gerhard. O Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público (PEN-MP) e sua formulação. In: **V Congresso CONSAD de Gestão Pública**. Brasília, 2012.

ESPÍRITO SANTO, Davi do. Estado Constitucional Democrático, Ministério Público e função acusatória. In: ESPÍRITO SANTO, Davi do; PASOLD, Cesar (Org.). **Reflexões sobre Teoria da Constituição e do Estado**. Florianópolis: Insular, 2013. p. 389-434.

GHIZZO NETO, Affonso. **Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação**. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2008.

MATTEL, Rejane Esther Vieira; PLATT NETO, Orion Augusto. As práticas de transparência governamental sobre as contas públicas do Ministério Público de Santa Catarina (MPSC). In: **Anais do 4º Congresso UFSC de Controladoria e Finanças e Iniciação Científica em Contabilidade**. Florianópolis, 2011.

MORAIS, Alice de Oliveira; STRIEDER, Rejane. **A institucionalização de reuniões periódicas entre os Promotores de Justiça como mecanismo para a melhoria da gestão do Ministério Público do Estado de Pernambuco**. Pós-

-Graduação – MBA Especialista em Gestão do Ministério Público. Faculdade de Ciências da Administração de Pernambuco. Universidade de Pernambuco. Recife, 2008. 49 p.

RAMOS JÚNIOR, Hélio Santiago; BRAGA, Marcus de Melo; SANTOS, Jane Lúcia Silva; ROVER, Aires José. Análise dos Portais de Transparência dos Ministérios Públicos Brasileiros Estaduais e Distrital. In: **Simposio Informática y Derecho - 39ª Jornadas Argentinas de Informática (39 JAIIO)**. Buenos Aires: SADIO, 2010. p. 2058-2072.

RESENDE, Ricardo Antônio Moraes; COLAUTO, Romualdo Douglas; AVELINO, Bruna Camargos. Avaliação da Gestão do Conhecimento no Ministério Público Estadual: um Estudo na Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais. In: **IV Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia**. Rio de Janeiro: AEDB, 2007.

RIBEIRO, Ângelo Augusto. **Produção e distribuição de vídeos institucionais para disseminar o conhecimento**: a experiência do Ministério Público de Santa Catarina no *Youtube*. (Tese de Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Engenharia e Gestão do Conhecimento da UFSC. Florianópolis, 2010. 243 p.

SANTOS, Rogério Santanna dos. As práticas de gestão do conhecimento são centrais para a eficiência do governo eletrônico. In: CARVALHO, Isamir Machado de; MENDES, Sérgio Peixoto; VERAS, Viviane Muniz (Org.). **Gestão do Conhecimento**: uma estratégia empresarial. Brasília: J. J. Gráfica e Comunicação Ltda, 2006. p. 320-335.

SILVEIRA, André Edésio da. **Gestão do Conhecimento no Ministério Público de Santa Catarina**: o caso do Sistema de Informatização e Gestão. Monografia. (Graduação em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009. 85 p.

DIFUSOS

O ACESSO À JUSTIÇA E O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: AS INTERFACES DO SERVIÇO SOCIAL NO MINISTÉRIO PÚBLICO

Mayara de Abreu Stuepp

Estagiária em Serviço Social Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Letícia Soares Nunes

*Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina
Professora do Curso Serviço Social da Universidade Federal de Santa Catarina*

SUMÁRIO

Introdução. 1 O acesso aos direitos e a realidade brasileira. 2 O sistema de Justiça e o processo de judicialização. 3 A inserção do assistente social no Ministério Público de Santa Catarina. 3.1 A judicialização da questão social: desafios e tensões na garantia dos direitos e no exercício profissional do assistente social na Comarca de Palhoça/SC. Considerações finais. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar as implicações do processo de judicialização e a categoria acesso à Justiça para a garantia dos direitos sociais a partir da inserção no Serviço Social do Ministério

Atuação	Florianópolis	V. 9	n. 20	p. 327 - 353	jan./jun. 2012
---------	---------------	------	-------	--------------	----------------

Público Estadual da Comarca de Palhoça/SC. Expressando parte dos resultados da pesquisa bibliográfica e documental realizada pelas autoras em 2013, afirma-se que, por um lado, o processo de judicialização implica o acesso à Justiça, podendo contribuir para com a satisfação das necessidades dos cidadãos que acessam essa esfera e, por outro lado, por privilegiar a via judicial, pode implicar uma desresponsabilização do Estado no trato da questão social. Essa conjuntura de judicialização da questão social desafia os Assistentes Sociais para que estes atuem em consonância com os pressupostos do seu projeto ético-político, mediante uma perspectiva ampliada de acesso e garantia de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Direitos sociais. Judicialização. Serviço Social. Ministério Público.

ABSTRACT

This article aims to analyze the implications of the process of legalization and category access to justice for the guarantee of social rights from the insertion of the Social Service State Prosecutor of the District of Palhoça / SC. Expressing the results of bibliographic and documentary research conducted by the authors in 2013, states that, on the one hand, the process of judicialization imply access to justice and can contribute to the satisfaction of the needs of people who access this sphere and on the other hand, by privileging the courts may imply a disengagement of the state in dealing with social issues. This conjuncture of judicialization of social question challenges social workers so that they act in accordance with the assumptions of his ethical-political project, through an expanded perspective of access and guarantee rights.

KEYWORDS: Access to justice. Social rights. Judicialization. Social Services. Public Ministry.

INTRODUÇÃO

Com base em um recorte da pesquisa bibliográfica e documental realizada em 2013, o presente artigo tem por objetivo analisar as implicações do processo de judicialização e a categoria acesso à Justiça para a garantia dos direitos sociais a partir da inserção no Serviço Social do Ministério Público Estadual da Comarca de Palhoça/SC.

Para alcançar o objetivo proposto, em um primeiro momento, trata-se da contextualização e conceituação de direitos na realidade brasileira, explanando questões referentes aos direitos civis, políticos e sociais, considerando este último uma conquista fruto de movimentos e lutas sociais.

Posteriormente, objetiva-se apresentar e conceituar o campo sociojurídico, como campo de intervenção do Assistente Social e enquanto Sistema de Justiça, dentro do ornamento jurídico estabelecido, abordando a questão do acesso à Justiça e da judicialização da questão social, dentro da configuração do Sistema de Justiça no Brasil, na sua conformação dentro do poder judiciário e nas demais instituições.

A partir da inserção do Serviço Social no Ministério Público, pretende-se destacar as implicações da judicialização para a efetivação dos direitos sociais e analisar os principais aspectos das categorias acesso à Justiça e judicialização.

1 O ACESSO AOS DIREITOS E A REALIDADE BRASILEIRA

Inicia-se esta discussão partindo-se do pressuposto de que os direitos são frutos de construções históricas, determinadas por condições econômicas, sociais e culturais da sociedade. Os direitos são, ainda, resultantes de lutas e conjunturas de embates dos seres humanos em busca de condições de vida e suprimento de suas necessidades, podendo ser compreendidas por gerações (COUTO, 2010).

São considerados direitos de primeira geração os direitos civis e políticos. Trata-se dos direitos individuais, pautados nos princípios da autonomia, liberdade do homem, igualdade, propriedade, direito ao voto. Os direitos de primeira geração são vinculados ao pensamento

liberal clássico e pautados nos princípios da individualidade – tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis –, em detrimento da intervenção do Estado.

Os direitos civis, constituídos a partir do século XVIII, são os direitos inerentes ao indivíduo enquanto ser social, vivendo em sociedade. “São considerados direitos civis: o direito à vida, à liberdade de pensamento e fé, o direito de ir e vir, à propriedade privada”, entre outros, considerados como direitos naturais do homem (COUTO, 2010, p. 47).

Os direitos políticos, como conquistas efetivadas no século XIX, são direitos individuais, de “poder” participar, de alguma forma, das decisões do Estado. Podem ser traduzidos “pelo direito de votar e ser votado, direito à associação e à organização, presentes na sociedade a partir do século XIX” (COUTO, 2010, p. 47).

Posteriormente, essa conformação foi se invertendo e passou-se a pensar a ideia dos direitos com a participação do Estado, ou seja, com a participação da classe operária no cenário de lutas, surgem os direitos de segunda geração que objetivam romper com as ideias liberais nos quais os direitos são proclamados a partir da liberdade e da autonomia, sem qualquer forma de intervenção estatal (COUTO, 2010).

Assim, os direitos de segunda geração, considerados como direitos sociais, são fundamentados na ideia de igualdade e, segundo Couto (2010), sua concretização depende da intervenção do Estado, estando atrelados às condições econômicas e à base fiscal estatal para ser garantidos. Sua materialidade dá-se por meio de políticas sociais públicas, executadas na órbita do Estado.

Há, ainda, os direitos de terceira geração, que, fundados na ideia de solidariedade, estão relacionados ao direito à paz, ao meio ambiente, ao desenvolvimento e à autodeterminação dos povos. Conforme Couto (2010), os direitos de terceira geração se apresentam como de natureza difusa e coletiva, sendo os titulares desses direitos as famílias, os povos e as nações que o requerem. Os direitos de terceira geração são resultados de pactos da sociedade, como acordos políticos, por exemplo.

Na construção histórica dos direitos e na sua afirmação por meio da conformação de um Estado de direitos, com aparatos jurídicos, nos âmbitos civis, políticos ou sociais, percebe-se que o Estado passa a desenvolver políticas sociais, para prestar serviços e distribuir bens à

população, como instrumento para se efetivar perante seu “atrelamento” ao sistema capitalista.

Nesse contexto, ressalta-se o conceito de política social como processo histórico/social de embates entre sujeitos sociais, na construção e efetivação dos direitos sociais. Esclarece-se, ainda, que a política social, não é apenas uma estratégia do capital sobre o trabalho, mas, também, fruto da reivindicação de direitos das classes trabalhadoras (SPOSATI, 2011).

Da mesma forma que Sposati (2011), Faleiros (2006, p. 59) destaca que:

A análise da política social implica metodologicamente a consideração do momento do capital e, ao mesmo tempo, dos movimentos sociais concretos que o *obrigam* a cuidar da saúde, da duração da vida do trabalhador, da sua reprodução imediata e a longo prazo. [...] As políticas sociais do Estado não são instrumentos de realização de um bem-estar abstrato, não são medidas boas em si mesmas, como soem apresentá-las os representantes das classes dominantes e os tecnocratas estatais. Não são, também, medidas más em si mesmas, como alguns apologetas de esquerda soem dizer, afirmando que as políticas sociais são instrumentos de manipulação e de pura escamoteação da realidade da exploração da classe operária.

Um dos desafios postos às políticas sociais é confrontar as desigualdades sociais e econômicas de forma a garantir a universalidade e equidade dos direitos humanos e sociais, tornando-os acessíveis aos que permanecem precarizados em suas condições de vida (SPOSATI, 2011).

Com relação à conformação dos direitos na realidade brasileira, citam-se os autores Aguinsky e Alencastro (2006, p. 20) que afirmam que “com o advento das constituições brasileiras, a partir de 1824, o Estado de Direito vai sendo conformado, incorporando, ainda, as grandes convenções internacionais”. As referidas convenções de que se trata são a Declaração de Direitos Humanos Universal de 1948 e Declaração de Viena de 1993. Nessa perspectiva, os direitos humanos, na concepção contemporânea, devem afirmar a universalidade, a interdependência e a inter-relação, como princípios fundamentais.

Na formação sócio-histórica brasileira, conformaram, primeiramente, como forma de proteção social, os direitos trabalhistas na década de 1930. Conforme mencionado anteriormente, a materialidade dos

direitos sociais dá-se por meio de políticas sociais públicas, contudo, como descreve Couto (2010, p. 103):

O perfil das políticas sociais do período de 1937 a 1945 foi marcado pelos traços de autoritarismo e centralização técnico-burocrático, pois emanavam do poder central e sustentavam-se em medidas autoritárias. Também era composto por traços paternalistas, baseava-se na legislação trabalhista ofertada como concessão e numa estrutura burocrática e corporativa, criando um aparato institucional e estimulando o corporativismo na classe trabalhadora.

O processo de colonização do Brasil, além dos resquícios de sua formação sócio-histórica, atravessou as questões centrais no terreno das políticas sociais. Nesse contexto, os direitos foram, por vezes, compreendidos como concessão e benesse do Estado, entretanto considera-se, assim como Couto (2010, p. 183), que “o direito social é um produto histórico, construído pelas lutas da classe trabalhadora, no conjunto das relações de institucionalidade da sociedade de mercado, para incorporar o atendimento de suas necessidades sociais à vida cotidiana”. Pastor (2007, p. 1) descreve que:

No caso da conjuntura brasileira, pode-se enfatizar que a Constituição Federal de 1988 representou um avanço ao ampliar os direitos de cidadania. Porém, no mesmo instante que esta Constituição era promulgada e indicava tentativas de efetivação dos direitos sociais juridicamente estabelecidos, o país passou a aderir às normativas internacionais de retração estatal e de desregulamentação dos direitos recém-inaugurados, em especial, no campo dos direitos sociais.

Nesse sentido, corrobora o Pastor (2007, p. 1):

As lutas empreendidas visando à efetivação dos direitos sociais não se limitaram à inserção destes no texto constitucional de 1988, mas continuam sendo protagonizadas pelas classes dominadas e por setores progressistas, num período marcado pela imposição das diretrizes neoliberais que promoveu a destituição dos direitos trabalhistas; impôs medidas provisórias restringindo direitos sociais e reduziu o já precário sistema de proteção social brasileiro.

Assim, os reflexos da inserção dessas diretrizes advindas com os governos FHC, Lula e permanecendo no governo Dilma, são sentidos também no mundo do trabalho, com a precarização das relações de trabalho, leia-se terceirização, e das condições de trabalho. Tais normativas neoliberais refletem de modo substancial no campo das políticas

de proteção social, onde o Estado se retrai cada vez mais, realizando contrarreformas principalmente nas políticas que compõem o tripé da seguridade social (Saúde, Assistência Social e Previdência Social). No mesmo viés, também se percebe um retrocesso nas políticas, sendo, cada vez mais, fragmentadas e focalizadas.

Nesse cenário, uma vez que os direitos declarados não são, necessariamente, direitos consagrados (LONARDONI; OLIVEIRA, s/d), o acesso a direitos passa a ser uma questão, muitas vezes, de acesso à Justiça. Como nos coloca Motta (2007, p. 34):

[...] o acesso à Justiça tornou-se um princípio constitucional, e as instituições jurídicas estatais, como a Magistratura, o Ministério Público e a Defensoria Pública, conseguiram ampliar sua legitimidade ao serem reconhecidos como instituições essenciais à Justiça pela Carta Constitucional e, desse modo, desvinculando-se do Estado autoritário do qual estiveram sob controle (em especial o Ministério Público).

Esse elemento incita a Carta Constitucional de 1988, na qual o direito ao acesso à Justiça, retrata-se, no inciso LXXIV do artigo 5º, “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988) e também no artigo 134, instituindo a Defensoria Pública, sendo esta “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados” (BRASIL, 1988).

A partir do estudo de Cappelletti e Garth (1988, apud MOTTA, 2007), compartilha-se das três ondas de acesso à Justiça, sendo a primeira vista como a expansão da oferta de atendimento jurídico, nos mecanismos de defensoria gratuita, o segundo, na revisão das noções de processo civil, esmiuçando os juizados especiais, e a terceira onda, a qual será aprofundada no âmbito desse trabalho, de acesso à Justiça.

Considera-se como acesso à Justiça não apenas o ingresso no poder judiciário com ações processuais mas, também, o acesso ao sistema de Justiça como um todo, e o acesso à informação. O acesso à informação é aqui descrito como a socialização das informações sobre direitos, políticas, serviços e outros. Para melhor compreensão da categoria acesso à Justiça, parte-se da mesma perspectiva de Kosmann (2006, p. 101), pautando-se “[...] na compreensão de que tal acessibilidade não pressupõe somente a possibilidade de proposição de demandas jurídi-

cas e tribunais, mas, sim, a possibilidade dos cidadãos terem direito à informação, aos direitos vigentes e suas formas de pleito”.

2 O SISTEMA DE JUSTIÇA E O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO

O Sistema de Justiça pode ser definido como um conjunto de mecanismos e instituições fundamentais ao funcionamento do Estado Democrático de Direito. As instituições que compõem tal sistema, em diferentes perspectivas, podem, por um lado, ser fundamentais à manutenção da ordem social ou, por outro lado, importantes mecanismos de garantia e efetivação de direitos. Tais instituições são descritas por Manfrini (2007, p. 45):

O sistema sócio-jurídico é o campo constituído pelo conjunto de áreas que se articula com as ações de natureza jurídica e social, fazendo parte dele o sistema judiciário, o MP, o sistema penitenciário, sistema de segurança, sistema de cumprimento de medidas sócio-educativas e de proteção como abrigos, entre outros. Cada instituição, de acordo com sua função, deve produzir mecanismos de atuação que possibilitem alcançar seus objetivos com reflexos ao acesso à Justiça.

Além de Manfrini (2007), outros renomados autores, como Fávero (2011), corroboram a compreensão de sistema sociojurídico, sendo umas das principais autoras a abordar a temática:

Campo (ou sistema) sócio-jurídico diz respeito ao conjunto de áreas em que a ação do Serviço Social articula-se a ações de natureza jurídica, como o sistema judiciário, o sistema penitenciário, o sistema de segurança, os sistemas de proteção e acolhimento como abrigos, internatos, conselhos de direitos, dentre outros. O tema sócio-jurídico, enquanto síntese destas áreas, tem sido disseminado no meio profissional do Serviço Social, em especial com a sua escolha como tema central da Revista Serviço Social e Sociedade n. 67 (Cortez Editora), elo comitê que a organizou, tendo sido incorporado, a seguir, como uma das sessões temáticas do X CBAS – Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais/2001 (FÁVERO, 2011, p. 10).

Basicamente, as áreas afetas ao campo sociojurídico supracitadas são as instituições que compõem o Sistema de Justiça no Brasil. Entre as instituições que compõem o referido Sistema, destaca-se, primeiramente, o Poder Judiciário e as instituições que o integram. O Poder

Judiciário é um dos três poderes da República Federativa do Brasil, em sua conformação como Estado Democrático de Direitos, juntamente com os Poderes Legislativo e Executivo.

Conforme mencionado, outras importantes instituições que fazem parte do Sistema de Justiça são os Ministérios Públicos, que, além de atuarem na fiscalização das leis, resguardando o interesse público quando lesado em seus direitos, atuam na perspectiva de fiscalizar o correto cumprimento das funções do Poder Executivo, junto com o Poder Legislativo. O Ministério Público (MP) é uma instituição permanente e autônoma, imprescindível para o funcionamento da Justiça. De acordo com o art. 127 da Carta Constitucional de 1988, o MP é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (BRASIL, 1988). É oportuno mencionar que o MP é uma instituição independente do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, contudo, conforme o Guia MP/SC (2009, p. 08):

É comum a confusão entre o Ministério Público e o Poder Judiciário, pois ambos fazem parte do sistema de Justiça do Brasil. Atuam no Ministério Público os Promotores de Justiça e os Procuradores de Justiça. Já, no Poder Judiciário atuam Juizes de Direito e Desembargadores. Os Promotores e Procuradores de Justiça propõem ações e emitem pareceres em processos judiciais. Os Juizes de Direito e Desembargadores apreciam e julgam as ações. Para o Ministério Público agir, basta que tome conhecimento do fato, enquanto o Poder Judiciário precisa ser provocado pelo Ministério Público ou por alguém que proponha uma ação.

A instituição MP atua na fiscalização do poder público e das políticas sociais, nesse sentido, articula-se com todas as políticas em prol seu correto funcionamento.

Diante das compreensões anteriores sobre o sistema de Justiça, elucida-se a categoria da judicialização aqui concebida como o processo de garantia de direitos pela via do acesso à Justiça. Para tanto, pretendemos categorizar e sinalizar o que pode levar à judicialização, e o poder judiciário nesse contexto.

Primeiramente, parte-se da compreensão de que a questão social não é apenas resultado do confronto entre os detentores do capital e o seguimento operário. A questão social, nas configurações atuais, é atravessada por atenuantes das metamorfoses da própria reestruturação

do capital.

A questão social é aqui compreendida como:

[...] o conjunto das expressões das desigualdades da sociedade capitalista madura, que tem uma raiz comum: a produção social é cada vez mais coletiva, o trabalho torna-se mais amplamente social, enquanto a apropriação dos seus frutos mantém-se privada, monopolizada por uma parte da sociedade (IAMAMOTO, 2007, p. 27).

Feitas determinadas considerações sobre a compreensão da questão social, atrelada ao pensamento social crítico, e a matriz teórica crítica dialética, passará a se estudar a categoria judicialização. A judicialização pode ser definida, segundo Neto (2012, p. 28), “- como ação mais restrita - refere-se ao levar determinadas questões interpessoais, conflitos, demandas concretas e determinadas ao Poder Judiciário, tendo como baliza a Lei e o Direito”. Entretanto, para fins deste artigo, considera-se não somente as demandas levadas ao Poder Judiciário mas também aquelas cujo objeto caracteriza-se como atuação dos Ministérios Públicos, por meio de procedimentos internos, que visam a garantir direitos, administrativamente, por meio de diligências, ofícios e Termos de Ajustamento de Conduta (TACs¹). Dessa maneira, tais procedimentos também podem vir a servir de subsídio para proposição de ações judiciais, por parte ministerial.

Ainda conforme Neto (2012) pode ser diferenciada outra categoria, a jurisdicalização ou justicialização, que seria a forma ampliada das demandas levadas à judicialização ou, em outros termos, seria o enfrentamento de questões pontuais no campo da normativa jurídica, pela via do direito e da Justiça.

A judicialização da questão social pode ser considerada uma forma de acesso à Justiça, entretanto, de acordo com Aguiresky e Alencastro (2006, p. 19), “esta forma de acesso à Justiça, dá-se, via de regra, de forma individual, e por um seguimento seletivo de sujeitos - os que conhecem ou conseguem acessar este canal jurídico”. Parafraçando os mesmos autores, o fenômeno da judicialização caracteriza-se pela transferência ao poder judiciário de enfrentar os desdobramentos da questão social,

1 Os Termos de Ajustamento de Conduta são termos lavrados de acordos extrajudiciais entre o Ministério Público e as demais instituições públicas diretas e indiretas, que prestam serviços públicos. Esses acordos propostos pelo MP visam a garantir que medidas sejam tomadas, pelos órgãos públicos, para garantir melhorias nos respectivos serviços e efetivar direitos.

como forma de garantir e efetivar direitos.

Tejadas (2012) corrobora a discussão acerca da judicialização na perspectiva da proteção social, conforme discorre:

O debate em torno da judicialização da proteção social é mais amplo do que a materialização ou não do direito. Ele remete à judicialização da política e à transferência da esfera pública para o judiciário. Nesse entendimento, pensar a judicialização a partir do pressuposto da consolidação da democracia no Brasil conduz a que se analise com muita cautela a iniciativa da judicialização de direitos coletivos (TEJADAS, 2012, p. 9).

Entende-se, ainda, que a judicialização da questão social é apenas um dos caminhos estratégicos para o seu enfrentamento. De acordo com Neto (2012), no desenrolar da luta de classe, na questão social, no desenrolar de uma práxis revolucionária e libertária, a judicialização pode ser, por um lado, um mecanismo estratégico de alcançar determinados objetivos. Por outro lado, para o mesmo autor, a judicialização de determinadas demandas e determinados conflitos de interesses, necessidades e desejos têm sentido e validade para se impactar o amplo embate político, mas não seria sempre necessário levar esses processos para o campo judicial, pois não seria este o único espaço de se garantir e concretizar direitos.

Toma-se como exemplo o Conselho Tutelar, criado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, como um espaço de acesso à Justiça, acesso a direitos que, em tese, poderiam garantir e concretizar direitos pela via não judicial. Contudo, esses mecanismos, em prática, são apenas instâncias da velha e retrógrada triagem servindo de equipes técnicas das Varas e Promotorias da Infância (NETO, 2012).

A imediata judicialização dos conflitos e das demandas, sem uma mediação ou investida na rede de proteção e serviços básicos pode contribuir para morosidade da Justiça e afirmar a falta de resolutividade da referida rede. Tejadas (2012, p. 8) destaca que:

No que concerne às relações do Ministério Público na esfera pública, evidenciou-se, ainda, significativo debate interno quanto à judicialização (ou não) das demandas por direitos. As posições majoritárias são de que os meios extrajudiciais, ou seja, negociados fora da esfera judicial,

são mais efetivos.

A judicialização da questão social pode ser vista como uma tendência, como resposta às desigualdades sociais e à efetivação de direitos humanos, em que o Poder Judiciário é visto como instituição privilegiada em detrimento de um compromisso mais efetivo por parte do Estado e da esfera pública (AGUINSKY; ALENCASTRO, 2006).

Percebe-se que boa parte das demandas trazidas ao bojo do Sistema de Justiça decorrem de demandas básicas, que deveriam ser supridas pelo Estado, como executor direto de serviços públicos (STUEPP, 2013). Nessa perspectiva, Manfrini (2007, p. 32) discorre que “o MP tem atuação política intervindo em políticas públicas de acordo com os direitos e garantias legais que as pautam”.

Manfrini (2007, p. 30) ainda corrobora tal assertiva:

Os interesses sociais são, através de simples definição, os interesses da sociedade ou coletividade, das quais, decorrem os valores da educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, especificados no art. 6º da Carta Magna. Ao MP cabe a atribuição de intervenção ativa na busca de prestações positivas do Poder Público em favor destes interesses sociais.

Mediante tais considerações, pode-se refletir acerca da relação do sistema de Justiça com as políticas públicas, nas quais os aparatos jurídicos servem de fiscalizador e requisitor de direitos, de forma individualizada, o que sobrecarrega tal sistema. O acesso ao Sistema de Justiça ocorre de forma isolada e individualizada, de modo que o cidadão de direito busca individualmente efetivar suas necessidades nos diversos âmbitos da vida, principalmente no que diz respeito ao acesso à saúde e à educação.

De acordo com Chuairi (2001, p. 127), o direito de acesso à Justiça é parte integrante da cidadania. Somente diante da possibilidade de o indivíduo ter seus direitos assegurados pelos princípios da Justiça e de suas instituições é que se torna efetivo o exercício de cidadania.

E ainda aponta que:

O acesso à Justiça apresenta duas finalidades básicas: a primeira é que os sujeitos podem reivindicar seus direitos e buscar solução de seus problemas sob o patrocínio e a proteção do Estado, e, portanto, o sistema jurídico deve

produzir resultados que sejam individual e socialmente justos; e a segunda corresponde ao fim último do sistema jurídico no Estado Democrático de Direitos, que é o de garantir o acesso à Justiça igualmente a todos (CHUAIRI, 2001, p. 127).

Por outro viés, os aparatos jurídicos, como Ministério Público e o Poder Judiciário, podem propor e determinar, respectivamente, implementação de novos serviços para ampliação e consolidação da cidadania, de forma coletiva e na perspectiva de totalidade, por meio de TACs ou Ações Judiciais com aplicação de multas.

Notam-se dois vieses de atuação do Poder Judiciário, sendo o primeiro relacionado com a função desse poder em julgar e controlar as leis, e o segundo em garantir aos cidadãos a prestação de serviços legalmente instituídos. Ao contrário do Judiciário, o MP atua em duas vias, a primeira por fiscalização e a segunda, em esfera não judicial, podendo propor ações judiciais, diante do efeito não esperado à aplicação de suas “requisições não judiciais”.

De acordo com Motta (2007, p. 4):

Com a efetivação legal do acesso à Justiça e o crescimento do papel das instituições jurídicas, a cidadania deixa de ser uma mera abstração teórica, tornando-se, assim, materializada pelos canais de representação do direito. [...] A cidadania é, aqui, descrita como um resultado de um longo conflito histórico/social, e que tem no sistema democrático o seu principal espaço da criação e na afirmação de novos direitos, abrangendo as conquistas não apenas das classes sociais desfavorecidas em termos de provimento e prerrogativas, mas também dos novos atores sociais como as mulheres, meio ambientalistas, negros, entre outros.

Garantir direitos, em uma democracia, em disputa significa, por vezes, exigir a intervenção de mecanismos de Justiça. “Estas lutas podem ser exigidas por meio de procedimentos extrajudiciais, desenvolvidos pelo Ministério Público ou, ainda, em última instância, pelo Poder Judiciário” (TEJADAS, 2012, p. 4).

Com base nessas considerações, analisa-se que a categoria judicialização é comumente associada ao ingresso no Poder Judiciário, com demandas e conflitos de cunho social, para sua resolutividade, contudo, considerando o estudo feito, a judicialização é um dos vieses de se garantir direitos, mediante recorrência às instituições do Sistema de Justiça, tanto para encaminhamentos na esfera extrajudicial, como é

o caso do Ministério Público, quanto no direito à informação, no sentido de fortalecer os sujeitos. Tal assertiva aponta para outra consideração: a de que o acesso à Justiça também não ocorre apenas na esfera judicial, mas da informação instrutiva.

3 A INSERÇÃO DO ASSISTENTE SOCIAL NO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA

Discorrendo sobre o Serviço Social no Ministério Público Estadual Catarinense (MPSC), Manfrini (2007, p. 37) afirma que “O Serviço Social, profissão inscrita no quadro profissional do MPSC, como serviço técnico de apoio especializado tem como função primordial a assessoria técnica às Promotorias de Justiça na comarca a qual está lotado”.

A atuação do assistente social no Ministério Público é, em termos históricos, recente, pois sua inserção ocorreu a partir do ano 1995. Nesse caso, o “profissional é reconhecido como assessor técnico e os documentos produzidos são relatórios de avaliação social que subsidiam intervenções extrajudiciais do MP, ou fundamentam Ações Judiciais postuladas ao Judiciário pelo Promotor” (REY; GASPERIN, 2006, *apud* MANFRINI, 2007, p. 52).

O MPSC é, na mesma direção, um campo de atuação relativamente novo para o profissional de Serviço Social. Até 2005, eram apenas cinco profissionais² que exerciam o cargo de Assistente Social³. No mesmo ano, com a realização de concurso público do ano anterior, mais quatro profissionais foram empossadas em Palhoça, Tubarão, São Miguel do Oeste e Rio do Sul. Atualmente, há dezesseis profissionais de Serviço Social atuando no MPSC, distribuídas nas Comarcas⁴, onde há Promotorias instaladas (RODRIGUES, 2005).

Assim, corrobora Rodrigues (2005, p. 7), quando esta afirma que “O Ministério Público Estadual de Catarinense coloca-se para o serviço social na condição de campo de atuação emergente, trazendo em si a

2 Sendo três na Comarca da Capital, duas em disfunção e uma cedida de outro órgão estadual extinto. Uma em Lages e uma em Itajaí.

3 O cargo de Assistente Social foi extinto e, atualmente as profissionais exercem o cargo de Analista em Serviço Social.

4 As dezesseis profissionais estão lotadas nas Comarcas: Capital, São José, Palhoça, Lajes, Chapecó, Criciúma, Blumenau, Joinville, Laguna, Tubarão, São Bento do Sul, Rio do Sul, Balneário Camboriú e Itajaí. Na Capital há três profissionais atuando.

constituição de um espaço profissional relativamente novo, tanto para a instituição quanto para os profissionais”.

A atuação do Serviço Social no MP tem como objeto de intervenção profissional os direitos violados que levam a situações de vulnerabilidade. Nesse sentido, o profissional não realiza uma intervenção direta sobre as demandas apresentadas, mas, sim, analisa criticamente as situações apresentadas, refletindo e apresentando possíveis encaminhamentos aos Promotores de Justiça⁵. Buscando, assim, respostas às demandas no campo das políticas sociais.

Embora o MP disponha de diferentes órgãos de execução⁶ e tenha atribuições para atuar nas mais diversas áreas⁷, a atuação do Serviço Social está vinculada principalmente aos Procedimentos Preparatórios (PP) correspondentes à Promotoria da Infância e Juventude e à Promotoria da Justiça e da Cidadania – Curadoria dos Direitos Humanos. Nesse sentido, a intervenção desenvolvida envolve a garantia e preservação de direitos, principalmente dos segmentos sociais mais vulneráveis, como idosos, pessoas com deficiência, crianças e adolescentes. Para tanto, articula-se com as Políticas e os Programas Sociais, no que tange à promoção e preservação de direitos, buscando garantir a Proteção Social Básica, ou quando há violação de direitos, articular-se no que diz respeito às Políticas e aos Programas Sociais de média e alta complexidade, disponíveis no âmbito da Política de Assistência Social.

O Serviço Social do Ministério Público na Comarca de Palhoça atua prioritariamente, intervindo e analisando, em Procedimentos Preparatórios (PP), ou seja, atua em Procedimentos Administrativos instaurados pelas Promotorias de Justiça para requisitar informações e diligências a fim de instruí-los. Além da atuação nos procedimentos e processos, o Serviço Social também é a porta de entrada da instituição,

5 “O Promotor de Justiça é o contato direto do Ministério Público com a sociedade. Tem o dever funcional de atender ao cidadão. Realiza reuniões com a comunidade, participa de audiências públicas, solicita informações, coleta dados, investiga e ouve testemunhas para apurar a ocorrência de irregularidades e crimes nas suas diversas áreas de atuação. Além disso, faz recomendações, propõe a celebração de termos de ajustamento de conduta (TACs) e ações judiciais nos fóruns das comarcas. E ainda propõe a ação direta de inconstitucionalidade, única peça que pode ajuizar no Segundo Grau (Tribunal de Justiça do Estado). Se não concordar com a decisão do Juiz de Direito (Primeiro Grau), pode recorrer ao Tribunal de Justiça. Está presente em todas as 110 comarcas do Estado e, na maioria delas, atende à população de mais de um município” (GUIA DO MPSC, 2009, p. 17).

6 “O Ministério Público de cada Estado é organizado conforme a realidade local. O Ministério Público de Santa Catarina é dividido em órgãos de execução - que ajuízam ações, propõem acordos e se manifestam nos processos - e órgãos administrativos” (GUIA DO MPSC, 2009, p. 17).

7 Áreas de Atuação do MPSC: Constitucional, Criminal, Cível e Defesa da Coletividade.

ou seja, estima-se que 90% dos atendimentos de demanda espontânea acessam o setor de Serviço Social. Nos atendimentos provenientes de demanda espontânea, o setor de Serviço Social, compreendido pela Assistente Social e por duas estagiárias de Serviço Social, é responsável por prestar orientações diversas. Nesse sentido, é preciso conhecer a rede de atendimento, principalmente da Comarca de Palhoça/SC, e as principais políticas sociais com que se trabalha, como a política de educação e de assistência social e de saúde.

Em 2009, foi instituído pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina o Ato n. 187/2009/PGJ, que, entre outros, define as atribuições do Assistente Social no quadro funcional do MPSC, a saber:

1. realizar estudo social;
2. orientar indivíduos e grupos de diferentes segmentos sociais no sentido de identificar recursos e de fazer uso desses no atendimento e na defesa de seus direitos;
3. propor, elaborar e/ou participar de projetos que atendam a necessidade do indivíduo que procura os serviços prestados pela instituição;
4. planejar, executar e avaliar as pesquisas que possam contribuir para a análise da realidade social e para subsidiar ações profissionais em consonância com os objetivos da instituição;
5. encaminhar providências e prestar orientação social a indivíduos, grupos e à população considerando a função social da instituição;
6. buscar dinamizar os recursos do estado, por meio de parcerias com órgãos da administração direta e indireta;
7. buscar parcerias com entidades não governamentais no sentido de viabilizar o atendimento de crianças, adolescentes, portadores de necessidades especiais e idosos;
8. auxiliar os órgãos do Ministério Público com funções sociais, na supervisão das entidades de atendimento;
9. participar de programas de treinamento de pessoal técnico e auxiliar para o desenvolvimento das ações pertinentes à instituição;
10. supervisionar, treinar e avaliar estagiários do curso de serviço social; e
11. executar outras atividades compatíveis com o cargo. (PJG, 2009).

A atuação do assistente social, na área da infância e juventude, dá-se vinculada à Promotoria da Infância e Juventude e consiste em

acompanhar as entidades de atendimento às crianças e aos adolescentes, apurações de ato infracional, situações encaminhadas pelo Conselho Tutelar, entre outras atribuições (MANFRINI; PORT; RODRIGUES, 2006).

A atuação relacionada à área da cidadania e fundações, proteção à saúde, proteção às pessoas com deficiência, proteção aos idosos, ocorre vinculada à Promotoria da Justiça e da Cidadania - Curadoria dos Direitos Humanos - e prevê o acompanhamento de situações afetas à saúde, previdência, educação especial, proteção dos segmentos sociais mencionados anteriormente, e outros.

No que tange ao atendimento ao público, prestam-se orientações/esclarecimentos, quanto a direitos e/ou deveres, saúde (medicamentos, exames, tratamento), família, guarda, interdição, idoso, pessoas com necessidades especiais, dependência química (adolescentes e adultos), alcoolismo, meio ambiente, educação, mediação familiar, entre outros. Nesse sentido, a intervenção ocorre na receptiva das demandas e quando implica violação de direitos difusos e coletivos afetos a sua área de atribuição, confecção de relatórios de atendimentos, com possíveis encaminhamentos às Promotorias competentes, subsidiando com dados e informações necessárias às ações dos Promotores de Justiça (MANFRINI; PORT; RODRIGUES, 2006).

Diante das inúmeras expressões e atenuantes da questão social no contexto atual, o profissional de Serviço Social nos órgãos do MP é de suma relevância tanto institucional, para assessorar e subsidiar ações propositivas, tanto para a população que encontra no profissional orientações e direcionamentos quanto seus direitos, para efetivação no âmbito das políticas e dos serviços disponíveis ou via Sistema de Justiça.

3.1 A JUDICIALIZAÇÃO DA QUESTÃO SOCIAL: DESAFIOS E TENSÕES NA GARANTIA DOS DIREITOS E NO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DO ASSISTENTE SOCIAL NA COMARCA DE PALHOÇA/SC

Diante das demandas complexas que perpassam o campo de atuação do assistente social no campo sociojurídico, o principal objetivo profissional está relacionado ao caráter educativo da profissão, ao modo que presta orientações aos usuários, informando-os sobre seus direitos

e como acessá-los. Nessa perspectiva, garantir o acesso às informações significa garantir a própria cidadania dos sujeitos.

Com base na pesquisa documental realizada, menciona-se que, na Comarca de Palhoça/SC, muitos dos atendimentos, demandando orientação, estão relacionados ao direito de família, como orientações relacionadas à guarda de fato, à guarda legal, à tutela, ao direito de visita e à pensão alimentícia, orientações quanto ações de alimentos para idosos, orientações sobre curatela, Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPI), entre outros. Outra demanda percebida refere-se à busca dos usuários por orientações e informações sobre seus processos ou procedimentos em andamento na PJ ou nas ações judiciais.

A esse respeito, acresce-se que o direito à informação não se restringe apenas ao acesso a ela, mas pressupõe-se pela compreensão do que é repassado, possibilitando aos sujeitos, no seu cotidiano, o uso de tais informações (MIOTO, 2012).

Muitas demandas trazidas ao bojo das requisições ao Serviço Social constituem-se em relações sociais e familiares em busca de uma mediação profissional para resolução de seus conflitos. Nessa perspectiva Kosmann (2006, p. 44), aponta que outra forma de acesso à Justiça seria “[...] a implantação de serviços de mediação familiar junto aos órgãos estatais, enquanto meio de atendimento desburocratizado e acessível a populações menos favorecidas”.

Nesse sentido, Kosmann (2006, p. 39) corrobora tal análise:

Há de se ponderar que a falta de um serviço público de informação prévia de direitos redundava num nível muito alto de litigiosidade formal, vez que, diante da falta de informação, a população desfavorecida se vê desorientada, adotando procedimentos, por conta própria, problematizando ainda mais as suas relações e sobrecarregando o próprio Judiciário.

Garapon (2001, apud SILVA E SILVA, 2010, p. 4), apesar de não realizar uma análise que proponha a ultrapassagem da ordem burguesa, em se tratando da judicialização das relações sociais, afirma que “o enfraquecimento dos poderes executivo e legislativo, vem provocando, nas sociedades democráticas, um constante recurso ao Poder Judiciário”, para atendimento de demandas complexas.

Na atuação em processos e procedimentos, cabe salientar que o

Serviço Social, ao participar desses processos, sugere encaminhamentos conforme o estudo da realidade sociofamiliar contribuindo para a consolidação de direitos. Assim, o profissional pode ir além do cumprimento do objetivo institucional, que, por vezes, está relacionado à lógica do controle, da fiscalização, e efetivar direitos aos usuários, afirmando seu compromisso ético-político-profissional.

Nesse sentido, vale destacar que as instituições que compõem a área sociojurídica, consolidadas no que chamamos Estado Democrático de Direitos, têm sua raiz numa concepção burguesa de democracia, e, ao incorporarem os valores dominantes na aplicação de normas, realizam funções de controle de comportamentos e atitudes “desviantes” em favor daqueles valores (SILVA E SILVA 2010, p. 2).

Silva e Silva (2010) ainda consideram que, na lógica das instituições que primam pelo controle e disciplinamento, os profissionais de Serviço Social têm o desafio de garantir direitos em um contexto de recorrentes violações, sem “cair” na lógica investigativa e policialesca, verificando situações familiares com a prática de inquérito.

Desse modo, quando o profissional de Serviço Social proporciona, através de sua atuação técnica, acesso aos cidadãos, à Justiça e aos seus direitos, garante direitos que muitas vezes transcendem o objeto da ação processual, quer possibilitando o conhecimento e a informação de tais direitos, quer auxiliando quando intervém nos processos, através do seu parecer (KOSMANN, 2006, p. 127).

Em resumo, concluiu-se que, na realidade apresentada na Comarca de Palhoça/SC, o assistente social tem a possibilidade, diante de sua relativa autonomia, ao emitir pareceres e encaminhamentos, e o compromisso ético-profissional, de garantir o acesso a direitos.

As ações de requisição de direitos via sistema de Justiça, tendem a ser morosas devido à burocratização das relações, postergando a materialização do direito, por outro lado, ao levar ao conhecimento do sistema de Justiça demandas e necessidades sociais, tem-se a garantia de um respaldo por parte dos órgãos de execução, que atendem à demanda sobre “pressão” do sistema de Justiça.

Tejadas (2012, p. 9), ao mencionar o debate interno no MP, quanto à judicialização, ou não, das demandas, colabora com tal assertiva:

Nesse sentido, a judicialização de demandas por políticas públicas componentes da proteção social apresenta-se entressachada por contradições, pois se por um lado a

judicialização pode vir a resultar na satisfação de uma demanda, por outro pode postergar a efetivação do direito e, mais, pode contribuir para o enfraquecimento e o desempoderamento da sociedade civil.

Tal discussão é relevante, pois à medida que as demandas individuais são judicializadas, seja pela instauração de procedimentos internos do MP, proposição de ações civis públicas, ou o ingresso com ações por meio de mecanismos como as defensorias públicas, os direitos são alcançados isoladamente, sem um efeito na esfera da execução das políticas e programas. Porém, sem esses mecanismos do sistema de Justiça, por vezes, os cidadãos não conseguem o efetivo acesso aos seus direitos.

Na conjuntura de sociedade atual com a precarização das políticas públicas, o avanço do neoliberalismo e o aprimoramento das formas de exploração do trabalhador, entende-se que não há um alcance pleno dos direitos, pois, mesmo que o cidadão consiga o efetivo acesso a alguns direitos e serviços públicos, não há uma efetivação plena de direitos, há sempre uma luta e uma conquista pelo acesso aos bens e serviços.

Ainda sobre a tendência da judicialização da questão social e suas expressões, Aguinisky e Alencastro (2006, p. 25) fazem a seguinte consideração:

[...] ao transferir para um poder estatal, no caso o Judiciário, a responsabilidade de atendimento, via de regra individual, das demandas populares – coletivas e estruturais, nas quais se retratam as mudanças do mundo do trabalho e as expressões do agravamento da questão social – invés de fortalecer a perspectiva de garantia de direitos positivados, pode contribuir para a desresponsabilização do Estado, sobretudo dos Poderes Legislativo e Executivo, com a efetivação destes direitos, através das políticas públicas.

Entretanto, há de se considerar outra perspectiva possível para atuação do Ministério Público, a formulação de TACs no âmbito dos Municípios, para o comprometimento da esfera pública com a qualidade dos serviços prestados. Nesse sentido, o profissional de Serviço Social, inserido nesses espaços, tecendo reflexões sobre suas práticas e demandas, pode apontar propostas interventivas às Promotorias de Justiça correspondentes, na perspectiva coletiva e universalizante da materialização do direito.

Para Santos et al. (2007, p. 3):

O Serviço Social, enquanto profissão inserida nas relações

sociais, desempenhando um papel preponderante na efetivação das políticas públicas e serviços sociais, atua desenvolvendo ações, estudos e pesquisas em relação às questões sociais⁸ do campo jurídico, com a finalidade de também oferecer subsídios que venham respaldar a proposição das ações judiciais ou mesmo facilitando Operadores de Direito e usuários no momento processual.

Acerca do Assistente Social, tendo com uma de suas funções a materialização do direito, Iamamoto (1995, apud KOSMANN, 2006, p. 115) sustenta que:

Implica, portanto, ultrapassar a mera demanda institucional, ampliando e adensando o espaço ocupacional com propostas de trabalho que potencializem as possibilidades da prática do Serviço Social, redirecionando-a prioritariamente (ainda que não exclusivamente, pelos seus limites sociais) no sentido de torná-la um reforço no atendimento das reais necessidades sociais e estratégias de sobrevivência – materiais e sócio-políticas – dos grupos trabalhadores atendidos pelo Serviço Social.

Com base no estudo feito em Neto (2012), destaca-se que nem sempre a judicialização da questão social vai se configurar como melhor estratégia, conforme já exposto anteriormente. No que tange às relações familiares, por exemplo, Neto (2012) aponta que, por vezes, mecanismos como os Conselhos Tutelares podem atuar para mediar conflitos, e servir de mecanismos para o aprofundamento dos níveis de participação da população. O referido autor complementa afirmando que algo mais eficaz que a judicialização está no acompanhamento, avaliação e correção do Estado, centrado na ampliação do controle social da sociedade civil. Tal afirmativa é apontada aqui apenas como uma consideração com base no autor, não sendo objeto de aprofundamento deste estudo, a discussão do controle social das políticas públicas.

Contudo, Tejadas (2012, p. 9) faz uma ressalva que “o debate em torno da judicialização da proteção social é mais amplo do que a materialização ou não do direito. Ele remete à judicialização da política e à transferência de esfera pública para o Judiciário”.

Tal afirmação tem duas possibilidades de análise, uma que, quando se judicializa a política, tem-se a “garantia” de um respaldo por

⁸ Ressalta-se, que o entendimento desta autora vai de encontro à perspectiva de que a Questão Social não é nova e plural, apenas suas expressões são emergentes à medida que o capitalismo se reestrutura.

parte dos executores dela; outra, enquanto há a transferência da esfera pública para a Judiciária, um reflexo na burocratização e complexificação da política, visto a morosidade presente nas práticas e nos trâmites do Judiciário. É importante não perder de vista que o processo de judicialização traz, também, implicações ao conjunto de profissionais, entre eles, o assistente social, que estão inseridos nesse espaço sócio-ocupacional.

No caso específico do assistente social que busca a garantia dos direitos dos usuários dos seus serviços, o processo de judicialização pode implicar uma sobrecarga com o aumento de sua demanda de trabalho, conforme expõe Aginsky e Alencastro (2006, p. 24):

Neste sentido, cabe ao profissional de Serviço Social procurar desvelar o cenário em que está inserido e o conjunto de projetos societários que estão em jogo, desenvolvendo uma postura e uma práxis que supere a tendência, resultado do acúmulo de demandas, da adoção de um “tarefismo” burocrático, moralizante e que não enfrenta as condições que originam os processos judiciais.

Nessa ótica, embora a judicialização possa caracterizar-se como um acúmulo de demanda, conforme exposto pelas autoras citadas anteriormente, entende-se que tal processo consiste numa possibilidade de intervenção do assistente social para que este articule as “demandas dos usuários dos serviços jurídicos às políticas públicas e à universalização de direitos em oposição ao que a reprodução do cotidiano como particularidade tende a transformar em problemas morais, defeitos individuais ou ‘casos de boa vontade [...]’” (AGUINSKY, 2003, p. 275), ou seja, é importante que o assistente social, mediante investigação e análise da realidade que se apresenta no cotidiano de seu exercício profissional, atue em consonância com os pressupostos do seu projeto ético-político, mediante uma perspectiva ampliada de acesso e garantia de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática “acesso à Justiça” é recorrente ao Serviço Social, à medida que se discute a profissão no campo ocupacional sociojurídico. A vinculação da profissão com a classe trabalhadora, na perspectiva do compromisso de efetivar direitos por meio de políticas sociais, remete ao estudo de mecanismo de materialização dos direitos sociais conquistados historicamente. Nesse sentido, com a realização deste estudo, buscou-se

fomentar reflexões acerca da categoria acesso à Justiça e da judicialização dos direitos sociais, na interface do campo de atuação sociojurídico, em especial o Ministério Público.

Como resultado da pesquisa realizada, chegou-se ao entendimento de que a categoria judicialização não se refere apenas ao ingresso com ações no Poder Judiciário, mas, sim, toda demanda proveniente da questão social, levada ao bojo das instituições que compõem o sistema de Justiça. Ou, em outros termos, a judicialização é o processo de garantia de direitos pela via do acesso à Justiça. Nesse contexto, a judicialização da questão social pode ser considerada uma forma de acesso à Justiça. Tal discussão também fomentou análises posteriores sobre a pertinência, ou não, em se judicializar demandas sociais, e suas implicações.

Em se tratando da categoria acesso à Justiça, apontou-se que tal mecanismo é também um direito: o direito de acesso à Justiça, e uma forma de acesso às informações e orientações, para que os cidadãos possam acessar seus direitos de alguma forma, seja por políticas e serviços, seja por meio do processo de judicialização.

Diante das reflexões realizadas, considera-se que o processo de judicialização é um elemento importante para a efetivação dos direitos conquistados. Os autores estudados e referenciados neste artigo pensam a judicialização por seus dois lados, ou seja, por um lado, como uma estratégia para consolidação das necessidades humanas, não alcançadas no âmbito público estatal, ou, por outro lado, sobrecarregando o Judiciário e postergando modificações mais coletivas e universalizantes. Os vieses da judicialização não são descartados, entretanto conclui-se que não se pode desprezar tal mecanismo, que acaba sendo, muitas vezes, o único meio de acesso aos direitos da classe trabalhadora.

Sobre a questão do acesso à Justiça, aponta-se conclusivamente que tal categoria não se restringe ao ingresso com requisições e ações no sistema de Justiça, mas se amplia para a questão do acesso à informação, como meio de compreensão de leis e direitos, além de formas de mediatizá-los sem a judicialização.

No que concerne ao assistente social, avaliou-se como uma das implicações da judicialização, a exacerbação de processos de trabalho daquele profissional e o acúmulo destes pela via institucional. Nesse sentido, há de se ponderar que a judicialização nem sempre é a melhor

estratégia para a materialização dos direitos, considerando que a questão da burocratização das relações, pois, ao se judicializar os conflitos e as demandas, não há de se ignorar os trâmites burocráticos da Justiça que podem postergar a materialização do direito. Contudo, em resumo, o processo de judicialização dos direitos sociais e das demandas trazidas ao sistema de Justiça, ou seja, das expressões da questão social, presentes na rotina institucional, é um importante mecanismo de efetivação dos direitos, no compromisso com a consolidação da cidadania.

REFERÊNCIAS

AGUINSKY, Beatriz Gershenson; ALENCASTRO, Ecleria Huff de. **Judicialização da questão social: rebatimentos** nos processos de trabalho dos assistentes sociais no Poder Judiciário. In: KATÁLYSIS V. 9, n. 1. jan/jun. Florianópolis, 2006. p. 19-26.

AGUINSKY, Beatriz Gershenson. **Eticidades discursivas do Serviço Social no campo jurídico: gestos de leitura do cotidiano no claro-escuro da legalidade da moral**. 2003. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2003.

ALAPANIAN, Silvia. **Serviço Social e Poder Judiciário: reflexões sobre Serviço Social no Poder Judiciário**: volume 2. São Paulo: Veras Editora, 2008.

ALMEIDA, Ney Luiz Teixeira. **Retomando a temática da “sistematização da prática em Serviço Social”**. In: MOTA, Ana Elizabeth. et al. Serviço Social e Saúde: formação e trabalho profissional. São Paulo, 2006.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Conselho Nacional de Assistência Social. **Tipificação nacional de serviços socioassistenciais**: texto da Resolução n. 109, de 11 de novembro de 2009, publicada no Diário Oficial da União em 25 de novembro de 2009. Brasília, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

CHUAIRI, Sílvia Helena. **Assistência jurídica e Serviço Social: Reflexões interdisciplinares**. In: Serviço Social e Sociedade n. 67. Especial, Temas Sócio-Jurídicos. São Paulo: Cortez, 2001. p. 124-144.

CORREIA, MVC. **Controle social na saúde**. In: Mota, AE. et al. (orgs). Serviço social e saúde. São Paulo: Cortez, 2007. p.111-138.

CRUS, José. **Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais – documento didático de capacitação**. Departamento de Gestão do SUAS. Secretaria Nacio-

nal de Assistência Social. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Brasília, 2010.

COUTO, Berenice Rojas. **Direito social e a assistência social na sociedade brasileira: uma questão possível?** 4. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

FALEIROS, Vicente de Paula. **A política social do Estado capitalista: as funções da previdência e assistência social.** 9. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

FÁVERO, Eunice Teresinha. **O estudo social: fundamentos e particularidades de sua construção na área judiciária.** In: O estudo social em perícias, laudos e pareceres técnicos. São Paulo: Cortez Editora/CFESS (org.), 2011.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. - São Paulo: Atlas, 2002.

GUIA DO MPSC. **Um Manual para a Imprensa e Sociedade.** Disponível em: http://portal.mp.sc.gov.br/portal/conteudo/guia_web.pdf. Acesso em: maio de 2013.

IAMAMOTO, Marilda Villela. **A “questão social” no capitalismo monopolista e o significado da assistência.** In: Renovação e Conservadorismo no Serviço Social: ensaios críticos. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

IAMAMOTO, Marilda Villela. **O Serviço Social na Contemporaneidade: trabalho e formação profissional.** 13. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

KOSMANN, Cilene. **Serviço Social no judiciário: a utilização de procedimentos profissionais e processuais como garantia de acesso à Justiça.** Florianópolis, 2006. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Sócio-Econômico. Programa de Pós-Graduação em Serviço Social.

Lei Complementar n. 197/13/7/2000. Institui a Lei Orgânica do Ministério Público.

LEONARDONI, Eliana; OLIVEIRA, Juliene Aglio de. **Serviço Social e Direitos Sociais: ENTRE A GARANTIA LEGAL E O ACESSO.** (s/d).

MANFRINI, Daniele Beatriz. **A intervenção profissional do serviço social no Ministério Público de Santa Catarina e as questões de gênero.** Florianópolis, 2007. 1 v. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro Sócio-Econômico. Programa de Pós-Graduação em Serviço Social.

MIOTO, Regina Célia. **Perícia social: proposta de um percurso operativo.** In: Serviço Social e Sociedade n. 67. Especial, Temas Sócio-Jurídicos. São Paulo: Cortez, 2001. p.145-158.

MIOTO, Regina Célia. **Orientação e acompanhamento social a indivíduos, grupos e famílias.** In: Serviço Social, Direitos Sociais e Competências Profissionais. CFESS, Brasília, 2012.

MOTTA, Luiz Eduardo. **Acesso à Justiça, cidadania e judicialização no Brasil**. Acheegas.net, v. 36, 2007. p. 1-38.

NETO, Wanderlino Nogueira. **A judicialização da questão social** – desafios e tensões na garantia dos direitos. In: CFESS. II Seminário Nacional: O Serviço Social no Campo Sociojurídico na Perspectiva da concretização de Direitos. Brasília: CFESS, 2012.

NUNES, Letícia Soares. **A implementação da Política de Educação Ambiental do município de Florianópolis**: novas demandas ao Serviço Social. 2012. 228f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

_____, Daniele Beatriz; RODRIGUES, Gizelly; PORT, Grasiela Semann. **O Serviço Social no Ministério Público de Santa Catarina: aspectos históricos, normativos e técnicos-operativos**. In: Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público. Florianópolis: PGJ, 2006. p. 213-225.

PASTOR, Márcia. **Efetivação dos direitos sociais**: indicações a partir da política de assistência social. In: III Jornada Internacional de Políticas Públicas. São Luís (MA), 28 a 30 de agosto 2007.

PLANO GERAL DE ATUAÇÃO. Florianópolis: Procuradoria Geral de Justiça, 2012, 92 p. Disponível em: http://portal.mp.sc.gov.br/portal/conteudo/pga_2012_web.pdf. Acesso em dez de 2012.

PORTAL DO MPSC. Ato n. 187/2009/PGJ. Disponível em: http://portal.mp.sc.gov.br/portal/webforms/normas/detalhes.aspx?cd_norma=270 – Acesso em maio de 2013.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa social**: métodos e técnicas. São Paulo: Atlas, 1989.

RODRIGUES, Gizelly. Projeto de Intervenção: (Obra não publicada).

RODRIGUES, Filipe Wingeter. **O Serviço Social no campo sócio jurídico**: produção de conhecimento da categoria profissional como tema em debate. Trabalho de Conclusão de Curso em Serviço Social. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011. 111 p.

SANTOS, Irenilda Angela. et al. **Serviço Social no campo jurídico**: possibilidades, desafios e limites no cenário mato-grossense. In: III JORNADA INTERNACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. São Luis (MA), 28 a 30 de agosto 2007.

SILVA, Charlene Souza da. **A trajetória do Serviço Social no Ministério Público de Sergipe**. In: Revista Eletrônica da Faculdade José Augusto Vieira. Ano V, n. 7, setembro. 2012.

SILVA, Anália dos Santos; SILVA, Márcia Nogueira. **Serviço Social no Ministério Público**: Os dilemas e desafios do trabalho profissional no século

XXI. In: III Encontro Nacional do Serviço Social no Ministério Público. Belo Horizonte, 2010.

SILVEIRA, M. e VERONESE J. R. P. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Doutrina e Jurisprudência. SP: Grupo Conceito, 2011.

SPOSATI, Aldaiza. **Tendências latino-americanas da política social pública no século 21**. In: KATÁLYSIS V.14, n. 1. jan/jun. Florianópolis, 2011. p. 104-115.

STUEPP, Mayara de Abreu. **As Interfaces do Serviço Social no Ministério Público: o acesso à Justiça e as implicações da judicialização dos direitos sociais**. Trabalho de Conclusão de Curso em Serviço Social. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013.

TEJADAS, Silvia da Silva. **O Ministério Público e a exigibilidade da proteção social no Brasil**. In: IV Encontro Nacional do Serviço Social no Ministério Público. Rio de Janeiro, 2012.

