



Campos de Trigo com Corvos - Van Gogh

Atuação do MP em defesa da sociedade

Revista do CNMP

nº 4, ano 2014



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO



REVISTA DO CNMP

Atuação do MP Brasileiro

Revista do CNMP	n.4	2014
------------------------	------------	-------------

Composição do CNMP:

Rodrigo Janot Monteiro de Barros (Presidente)
Alessandro Tramujas Assad (Corregedor Nacional)
Luiz Moreira Gomes Júnior
Jeferson Luiz Pereira Coelho
Jarbas Soares Júnior
Antônio Pereira Duarte
Marcelo Ferra de Carvalho
Cláudio Henrique Portela do Rego
Alexandre Berzosa Saliba
Esdras Dantas de Souza
Leonardo de Farias Duarte
Walter de Agra Júnior
Leonardo Henrique de Cavalcante Carvalho
Fábio George Cruz da Nóbrega

Secretaria-Geral:

Blal Yassine Dalloul
Wilson Rocha de Almeida Neto (Adjunto)

**Comissão de Acompanhamento Legislativo e
Jurisprudência:**

Esdras Dantas de Souza (Presidente)
Cláudio Henrique Portela do Rego (Conselheiro)
Jarbas Soares Júnior (Conselheiro)
Jeferson Luiz Pereira Coelho (Conselheiro)
Leonardo Henrique de Calvacante Carvalho (Conselheiro)
Marcelo Ferra de Carvalho (Conselheiro)
Walter de Agra Júnior (Conselheiro)
Antônio Pereira Duarte (Conselheiro)

Comissão Organizadora

Moacyr Rey Fiho (Membro Auxiliar)
Athayde Ribeiro Costa (Membro Auxiliar)
Sérgio Henrique Furtado Coelho (Membro Auxiliar)
Maria da Graça Peres Soares Amorim (Membro Colaborador)
José Renato Oliva de Mattos (Membro Colaborador)
Alberto Flores Camargo (Membro Colaborador)
Antônio Henrique Graciano Suxberger (Membro Colaborador)



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CDIJ - MPF)

Revista do Conselho Nacional do Ministério Público/ Comissão de Jurisprudência. Conselho Nacional do Ministério Público.

Brasília. CNMP, n. 4, 2014.

Publicação anual

ISSN 2236-2363

1. Atuação do Ministério Público. 2. Combate à Corrupção (Lei 12.846/2013).
3. Organizações Criminosas (Lei 12.850/13). 4. Democracia. 5. PEC 37. 6. Políticas Públicas.
7. Direitos fundamentais. 8. Segurança Pública. 9. Portal da Transparência. 10. Direito Penal.
I. Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público.

Biblioteca/CNMP

CDD – 340

Apresentação

A Revista do CNMP foi criada pela Resolução nº 41/2009, com o objetivo precípuo de publicar artigos e textos doutrinários, decisões judiciais ou administrativas relacionadas ao Ministério Público, ao Conselho Nacional ou à prestação jurisdicional.

A 1ª edição da revista trouxe como projeto editorial os “Modelos de Ministério Público: organização, estrutura e controle”. Os artigos abordaram, sob óticas distintas, modelos de Ministério Público, especialmente seus aspectos institucionais, organizacionais, políticos, bem como os mecanismos de controle idealizado a partir das peculiaridades de cada Estado.

Na 2ª edição, foi definido como linha editorial o tema “O Ministério Público e a Polícia no sistema de justiça criminal: interações, dinâmicas organizacionais e controle”. O objetivo foi incentivar o debate sobre o papel do Ministério Público na sociedade, bem como sua interação com as demais organizações do Estado, mormente as instituições policiais.

Por sua vez, a 3ª edição inovou ao trazer os principais julgados do Plenário do Conselho Nacional do Ministério Público entre os anos de 2005 a 2011, com a finalidade de colocar à disposição do público o resultado do árduo trabalho de quatro composições do Conselho Nacional desde a sua instituição.

Esta 4ª edição aborda os seguintes temas: a) 20 anos de vigência da Lei nº 8.625/93, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, e da Lei Complementar nº 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União; b) a atuação do Ministério Público na Copa do Mundo da FIFA-2014; c) a PEC nº 37, de 2011, que tramitou na Câmara dos Deputados; e d) a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais.

Em 2015, a Revista do CNMP trará nova mudança em seu projeto editorial, para se tornar, além de instrumento de difusão de artigos jurídicos sobre assuntos relacionados à atuação ministerial, veículo de divulgação das ações e projetos realizados pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Por fim, agradecemos a valiosa contribuição dos autores dos artigos, bem como dos conselheiros, membros auxiliares, membros colaboradores e servidores deste Conselho, da Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência e, em especial, da Assessoria de Comunicação Social, que cuidou da diagramação desta 4ª edição.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público

Introdução

A 4ª Edição da Revista do CNMP tem por objetivo precípuo divulgar artigos jurídicos relacionados com as atribuições do Ministério Público brasileiro, com ênfase nas seguintes áreas: a) 20 anos de vigência da Lei nº 8.625/93, que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e da Lei Complementar 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União; b) a atuação do Ministério Público na copa do mundo da FIFA-2014; c) a PEC nº 37, de 2011; e d) a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais.

O artigo “A atuação do Ministério Público no combate à corrupção na Lei 12.846/2013”, de **Eduardo Cambi**, Promotor de Justiça do Paraná, aborda a inserção da nova Lei no ordenamento jurídico, bem como os possíveis conflitos com as normas vigentes e reforça o papel do Ministério Público como instituição responsável pela proteção do patrimônio público.

O artigo de **Thiago André Pierobom de Ávila**, Promotor de Justiça do Distrito Federal, intitulado “A atuação do Ministério Público na concretização do direito fundamental à segurança pública”, afirma a existência de um direito fundamental à segurança pública, pela análise da estrutura normativa desse direito e pelo reconhecimento das áreas nas quais o Ministério Público age para assegurar sua realização. Essas áreas estão ligadas à promoção da persecução penal, à impugnação judicial das situações de grave desestrutura e à fiscalização continuada no âmbito do controle externo da atividade policial.

O artigo “A implementação e o controle das políticas públicas através do inquérito civil, recomendação, termo de ajustamento e da ação civil pública pelo Ministério Público do futuro”, de **Silvio Roberto Matos Euzébio**, Promotor de Justiça de Sergipe, traz a consideração de que o sistema normativo é integrado por normas (regras e princípios), procedimentos, e discurso argumentativo, bem como que as normas que prescrevem políticas públicas são dotadas de positividade concretizadora dos direitos metaindividuais. Por conseguinte, as políticas públicas estão sujeitas ao processo de exigibilidade e fiscalização ou controle quanto aos seus aspectos funcionais. Ao final, afirma que o Ministério Público tem papel fundamental na promoção dos instrumentos de defesa dos direitos metaindividuais, sem excluir outros órgãos, posto que dispõe de ampla

legitimação dos instrumentos de atuação , consoante estratégia inerente à atividade-fim do *Parquet*.

No artigo intitulado “Unidade de julgamento, igualdade de tratamento e o juiz natural: entre ponderações, acomodações e adequações constitucionais”, o Procurador da República de Minas Gerais, **Eugênio Pacelli**, analisa a Ação Penal 470, focando-se nas definições constitucionais do juiz natural ou de origem. Trata, ainda, da competência originária do Supremo Tribunal Federal, no caso de foro por prerrogativa de função, bem como os critérios constitucionais e legais para o desmembramento ou não do processo. Para tanto, leciona sobre as regras de alteração de competência previstas no Código de Processo Penal, a saber, conexão e continência.

O artigo “Derrotabilidade das normas-regras (*legal defeseability*) no direito das famílias: alvitando soluções para os *extrem cases* (casos extremos)”, do Promotor de Justiça da Bahia, **Cristiano Farias**, examina a propalada bipartição das normas jurídicas entre as regras e os princípios, bem como afirma a inexistência de hierarquia normativa entre elas. Avalia, ainda, os princípios e a ponderação de interesses (balanceamento) aplicada no Direito das Famílias. Por fim, investiga a aplicação das normas-regras e a excepcional possibilidade de derrotabilidade (*superabilidade* ou *defeseability*) nos *extreme cases* (casos extremos) caracterizados no âmbito das famílias, especialmente, nos casos de impedimento matrimonial com base no incesto; do direito real de habitação em favor do cônjuge ou companheiro sobrevivente; e da regra que estabelece a irrevogabilidade e irretroatividade da adoção.

O artigo do Promotor de Justiça de Santa Catarina, **Onofre José Carvalho Agostini, e dos servidores Marcos Dagoberto Cardoso Delavi e Guilherme Brito Laus Simas**, nomeado “Direitos fundamentais e a nova lei de organização criminosa (Lei 12. 850/13)”, delinea e explicita, embrionariamente, as principais inovações trazidas pela Lei n. 12.850/13, dentre elas, a evolução do conceito de organizações criminosas no ordenamento jurídico pátrio, a criação do crime autônomo, os meios de obtenção de provas e o procedimento criminal, fazendo uma leitura voltada aos direitos fundamentais.

No artigo “Estupro de vulnerável: uma abordagem à luz da prioridade absoluta da infância e juventude”, os Promotores de Justiça do Rio Grande do Norte, **Fausto Faustino de França Júnior e Wilmar Carlos de Paiva Leite Filho**, discutem o tema do estupro de vulnerável, como sucessor normativo do chamado estupro por violência presumida, especificamente no ponto em que trata da vulnerabilidade pela idade da vítima, inferior a

14 anos, conforme alterações promovidas pela Lei 12.015/2009, e buscam a fixação de marcos hermenêuticos que partam do princípio constitucional da prioridade absoluta da infância e juventude, da tutela coletiva para a prevenção da pedofilia e da violência sexual. Defendem, ainda, a necessidade de uma visão à luz da doutrina da efetividade das normas constitucionais e da proibição da insuficiência, com o desiderato de transformação do quadro, ainda fortemente presente, de impunidade e de tolerância cultural a esse tipo de violência contra crianças e adolescentes, abordando-se também o tema do erro de tipo.

O artigo do Promotor de Justiça de Minas Gerais, **Eduardo Machado**, denominado “Ministério Público, gestão social e os conselhos gestores de políticas públicas”, procura debater as interfaces entre a atuação do Ministério Público, responsável pela defesa do regime democrático, e os conselhos gestores de políticas públicas, buscando responder de que maneira aquela instituição pode contribuir para a efetividade desta. O autor parte da premissa de que o MP se encontra dividido em duas vertentes de atuação, uma demandista – mais tradicional e que busca soluções através de ações ajuizadas perante o Poder Judiciário – e outra resolutiva – que se refere à atuação eminentemente extrajudicial e de aproximação aos conflitos sociais. Sob tal perspectiva, elege-se a vertente resolutiva como a mais adequada ao cumprimento dos objetivos da República Federativa do Brasil e à efetivação dos direitos fundamentais. A partir de então, desenvolve-se uma revisão de literatura sobre o paradigma da gestão social e suas categorias teóricas, notadamente a democracia deliberativa e a esfera pública, e dos próprios conselhos gestores de políticas públicas. Em seguida, é realizada a correlação entre a atuação do MP resolutivo e as faces formal, substancial e institucional do funcionamento dos conselhos gestores, a partir das possibilidades e limites dos referidos entes.

No artigo “O novo conceito de democracia e o Ministério Público refundado: o Ministério Público como agente da democracia militante. A PEC 37 e as ameaças ao *Parquet* refundado. Novas posturas resolutivas do *Parquet*”, o Promotor de Justiça da Bahia, **Pablo Antonio Cordeiro de Almeida**, argumenta que o vocábulo “Democracia” é juridicamente polissêmico, o qual, hodiernamente, tem adquirido sentido mais amplo. Consequentemente, ampliando-se o conceito de democracia, avultam-se também as atribuições do Órgão incumbido de sua defesa: o *Parquet*. Expõe que a democracia substancial ou de três vértices, que somente se realiza com democracia formal e participativa (sem corrupção e com liberdade), com crescimento e desenvolvimento econômico-sustentável e com igualdade social (distribuição da riqueza), pressupõe instrumentos aptos e expeditos, além de agentes que possam induzir e fiscalizar a efetivação destes pilares.

Por fim, conclui que a Democracia é antes de tudo praxe (exercício), razão pela qual o MP, com seu agir, contribui para a consolidação da Democracia Militante.

O artigo “Pena e punição no Brasil no século XIX”, do Ministro do Superior Tribunal de Justiça, **Rogério Schietti**, explora as sanções penais dispostas nas Ordenações Filipinas, no Código Criminal de 1830 e, ainda, no Código Penal de 1890, fazendo, ao final, uma análise comparativa entre esses dois códigos, relativamente a algumas penas em espécie, tais como, a pena de morte, a pena de açoites, a de prisão perpétua e a de galés, dentre outras.

No artigo “Portais da transparência e gestão do conhecimento no Ministério Público”, dos Mestres em Engenharia e Gestão do Conhecimento, **Hélio Santiago Ramos Júnior, Jane Lúcia Silva Santos e Marcus de Melo Braga**, disserta-se sobre as iniciativas do CNMP em relação à regulamentação dos portais de transparência dos Ministérios Públicos, destacando-se a sua evolução histórica e normativa, além de contextualizarem o papel do Ministério Público neste cenário como defensor do regime democrático. Por fim, relatam algumas práticas iniciais de gestão do conhecimento que vêm sendo implantadas no Ministério Público.

No artigo “A persecução penal em juízo pelo Ministério Público e seu constante desafio de não fragmentar o *in dubio pro reo* no processo penal”, o Promotor de Justiça da Bahia, **Saulo Murilo de Oliveira Mattos**, analisando a doutrina e jurisprudência, verifica que há um permanente desafio a ser vivenciado pelo Ministério Público no sentido de, ao deduzir em juízo sua pretensão acusatória (art. 129, inciso I, da Constituição federal), não esquecer que, no processo penal, é também órgão tutor de direitos e garantias processuais penais fundamentais, estando limitada sua pretensão acusatória aos reflexos práticos impostos pelo princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade descrito no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, especificamente no campo probatório (*in dubio pro reo*).

Finalmente, mais uma vez, agradecemos a todos os membros e servidores do Ministério Público que, atendendo o chamado deste Conselho, enviaram seus artigos jurídicos para apreciação pela Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência.

Esdras Dantas de Souza
*Conselheiro e Presidente da Comissão de Acompanhamento
Legislativo e Jurisprudência*

Apresentação	3
Introdução	4
A Atuação do Ministério Público no Combate à Corrupção na Lei 12.846/2013	
<i>Eduardo Cambi</i>	11
Direitos Fundamentais e a Nova Lei de Organizações Criminosas N. 12.850/13	
<i>Onofre José Carvalho Agostini, Marcos Dagoberto Cardoso Delavi e Guilherme Brito Laus Simas</i>	45
O novo conceito de Democracia e o Ministério Público refundado: O Ministério Público como agente da Democracia Militante. A PEC 37 e as ameaças ao Parquet refundado. Novas posturas resolutivas do Parquet.	
<i>Pablo Antonio Cordeiro de Almeida</i>	79
Ministério Público, Gestão Social e os Conselhos Gestores de Políticas Públicas	
<i>Eduardo Machado</i>	111
A Implementação e o Controle das Políticas Públicas Através do Inquérito Civil, Recomendação, Termo de Ajustamento, e da Ação Civil Pública pelo Ministério Público do Futuro	
<i>Silvio Roberto Matos Euzébio</i>	141
A atuação do Ministério Público na concretização do direito fundamental à segurança pública	
<i>Thiago André Pierobom de Ávila</i>	159
Estupro de vulnerável: uma abordagem à luz da prioridade absoluta da infância e juventude	
<i>Fausto Faustino de França Júnior Wilmar Carlos de Paiva Leite Filho</i>	191
Portais de Transparência e Gestão do Conhecimento no Ministério Público	
<i>Hélio Santiago Ramos Júnior, Jane Lucia Silva Santos Marcus de Melo Braga</i>	211
Pena e Punição no Brasil do Século XIX	
<i>Rogério Schietti Machado Cruz</i>	223

Unidade de julgamento, igualdade de tratamento e o juiz natural: entre ponderações, acomodações e adequações constitucionais

Eugênio Pacelli

237

A Persecução Penal em Juízo pelo Ministério Público e seu Constante Desafio de não Fragmentar O *In Dubio Pro Reo* No Processo Penal

Saulo Murilo de Oliveira Mattos

259

Derrotabilidade das normas-regras (*legal defeseability*) no Direito das Famílias: alvitando soluções para os extreme cases (*casos extremos*)

Cristiano Chaves

295

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À CORRUPÇÃO NA LEI 12.846/2013

Eduardo Cambi¹

A corrupção é, conjuntamente com o crime organizado ligado sobretudo ao tráfico da droga e ao branqueamento do dinheiro, a grande criminalidade desse terceiro período (crise do estado-Providência) e coloca os tribunais no centro de um complexo problema de controle social.²

Resumo: Este artigo busca analisar o papel do Ministério Público diante das inovações implementadas no combate à corrupção com o advento da Lei nº 12.846/2013. A inserção da nova Lei dentro do ordenamento jurídico, bem como os possíveis conflitos com as normas vigentes, também são objeto deste estudo. A Lei Anticorrupção, como já vem sendo chamada, apresenta a possibilidade de responsabilização objetiva da pessoa jurídica pelos atos ilícitos praticados contra a Administração Pública. Também é reforçado o papel do Ministério Público como instituição responsável pela proteção do patrimônio público.

Palavras-chave: Ação Civil Pública, Administração Pública, Combate à Corrupção, Dinheiro Público, Inquérito Civil, Interesses Difusos, Lei nº 12.846/2013, Lei Anticorrupção, Ministério Público, Pessoa Jurídica, Responsabilidade Objetiva, Processo Administrativo, Processo Civil, Recursos Públicos.

¹ Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Paraná. Pós-Doutor pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (Unipar). Assessor de Pesquisa e Relações Interinstitucionais da Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça. Coordenador do Grupo de Trabalho de Combate à Corrupção, Transparência e Orçamento Participativo da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público.

² SANTOS, Boaventura de Souza, MARQUES; Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Revista brasileira de ciências sociais, vol. 30. Pág. 39.

Abstract: This article pursues to analyze the role of public prosecution in spite of innovations implemented in combating corruption with the enactment of Law No. 12.846/2013. The insertion of the new law within the legal framework as well as possible conflicts with existing regulations, are also the subject of this study. The Anti-Corruption Law, as has already been called, presents the possibility of objective liability of the corporation for unlawful acts committed against the public administration. Also be enhanced the role of the prosecutor as the institution responsible for the protection of public property.

Keywords: Public Civil Action, Public Administration, Combating Corruption, Public Money, Civil Survey, Diffuse Interests, Law No. 12.846/2013, Anticorruption Law, prosecution, Corporate, Responsibility Objective, Administrative Procedure, Civil Procedure, Public Resources.

Introdução

Estima-se, conforme dados da Federação das Indústrias de São Paulo (Fiesp), que o custo da corrupção, no Brasil, fica entre R\$ 41,5 e R\$ 69,1 bilhões por ano³. Isto representa entre 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB).

Dentre os 176 (cento e setenta e seis) países pesquisados pela Organização Não Governamental alemã, Transparência Internacional, no ano de 2012, o Brasil ficou na 69ª posição, com o Índice de Percepção da Corrupção em 43 (quarenta e três) pontos. Tal índice pontua os países em uma escala de 0 (muito corrupto) a 100 (muito íntegro). Embora o Brasil tenha a sétima maior economia do mundo, possui índices de corrupção piores que países como Uruguai e Chile (72 pontos) ou a Namíbia (48 pontos).

A corrupção prejudica o desenvolvimento nacional retirando da educação, da saúde e da segurança pública recursos indispensáveis para a melhoria da qualidade de vida do povo brasileiro.

A Lei 12.846/2013, também denominada de Lei Anticorrupção, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Busca sancionar a pessoa jurídica ou o grupo econômico que pratica atos lesivos ao patrimônio público, coibindo e desincentivando a prática da corrupção.

3 http://www.brasileconomico.com.br/noticias/corruptao-no-brasil-custa-ate-r-691-bilhoes-por-ano_82676.htm. Acesso em 09.08.2013.

A preocupação se mostra legítima frente à dificuldade da responsabilização das pessoas jurídicas por atos lesivos contra o erário público. Até o advento da Lei 12.846/2013, as punições às fraudes a licitações e contratos administrativos, o oferecimento de promessa a agentes públicos, a utilização de interposta pessoa para ocultar ou dissimular a identidade dos beneficiários dos atos praticados, a criação irregular de empresa para participar de licitações ou contratos administrativos, além de outros atos de corrupção, circunscreviam-se à responsabilização subjetiva do agente⁴. A necessidade da comprovação do dolo ou da culpa dificultava a produção da prova, tornava morosos os processos judiciais⁵ e, conseqüentemente, aumentava a impunidade dos corruptos⁶.

A nova lei busca com a aplicação da responsabilidade objetiva a correção da deficiência do velho conceito clássico da culpa⁷, nitidamente superado pelas novas necessidades do direito na sociedade globalizada e de massas.

A responsabilização civil e administrativa, objetiva das pessoas jurídicas por atos contrários à Administração Pública, independe da responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de quaisquer outras pessoas naturais que tenham concorrido ou participado da prática do ato ilícito.

Houve, também, a preocupação com a possibilidade da desconsideração administrativa da personalidade jurídica nos casos em que ela é utilizada para prática de atos lesivos tipificados em lei ou com abuso de direito ou confusão patrimonial.

O Ministério Público, por ser uma instituição voltada à proteção do patrimônio público, precisa compreender e bem aplicar a Lei 12.846/2013 para, juntamente com outros instrumentos jurídicos constantes em leis, que estimulam a proatividade - como a da improbidade administrativa (Lei 8.429/92), a das licitações e contratos da Administração Pública (Lei 8.666/93) e da ação civil pública (Lei 7.347/85) - minimizar os efeitos nocivos da corrupção na sociedade brasileira.

4 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14^a ed. São Paulo: Dialética, 2010. Pág. 901.

5 ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; ROCHA, Iggor Gomes; REIS, Felipe Andres Pizzato. *Combate à corrupção nas licitações e contratos públicos: questões centrais do projeto de lei nº 6.826/2010*. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles, GABARDO, Emerson (Coord.). *Direito da Infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Pág. 162

6 FERNANDES, Antonio Scarance; ESSADO, Thiago Cintra Essado. *Corrupção: aspectos processuais*. Revista brasileira de ciências criminais, vol. 89, Mar / 2011, pág. 471.

7 SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974. Pág.104.

1. Bem Jurídico protegido pela Lei 12.846/2013

A Lei 12.846/2013 procura proteger a noção de república e o patrimônio público. Define os atos lesivos à Administração Pública, nacional e estrangeira, as sanções correspondentes à responsabilidade administrativa e civil, bem como técnicas processuais e instrumentos para inibir e repreender os atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas infratoras.

A corrupção, como asseverado, resulta em sérios problemas para o país. Comportamentos ilegais culminam na redução do pagamento de tributos, não ingresso de receitas, má gestão e desperdício de dinheiro público. Com isto, torna mais difícil a proteção dos direitos fundamentais sociais⁸, com a redução de investimentos em políticas públicas, o que prejudica toda a população e, em especial, aquela mais vulnerável⁹.

A corrupção é causa determinante da pobreza brasileira, pois corrói a dignidade do cidadão, deteriora o convívio social, arruína os serviços públicos e compromete a vida das gerações atuais e futuras.¹⁰

De forma imediata, os bens econômicos atingidos pela corrupção pertencem ao Estado. Contudo, de forma mediata, é a coletividade – sobretudo, as comunidades carentes, por dependerem mais de serviços públicos de qualidade - que é efetivamente atingida.

Portanto, a corrupção atinge um bem jurídico difuso, na medida em que lesiona bens públicos de interesse geral, não se vinculando, especificamente, a uma vítima individualizada. Enfim, atinge toda a sociedade ao retirar recursos das políticas públicas indispensáveis à efetiva proteção dos direitos fundamentais sociais.^{11 12}

8 OLIVEIRA, Regis Fernandes. *A corrupção como desvio de recursos público* (A agressão da corrupção aos direitos humanos). Revista dos tribunais, vol. 820, fevereiro de 2004, pág.45.

9 “O fenômeno da corrupção (...) molesta o corpo e a alma de milhares de brasileiros, excluídos, sobreviventes do egoísmo. Segundo o BIRD, a corrupção mundial causa um prejuízo de 3 (três) trilhões de dólares por ano (...). No Brasil, um dos maiores responsáveis por grande parte desse desvio criminoso, a situação ganha conotações dramáticas. Uma estrutura de dominação patrimonial, ainda viva e sólida, privilegia a si própria, resultando na riqueza de poucos e na desgraça de muitos. Escolas desestruturadas, hospitais abandonados, trabalhos escravos, prisões domiciliares decretadas pelo medo e pela insegurança, enfim, a corrupção gera o caos social, a desestabilidade econômica e a insegurança política” (Affonso Ghizzo Neto. *Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. Pág. 181).

10 TREVISAN. Antoninho Marmo; CHIZZOTTI, Antonio; LANHEZ, João Alberto; CHIZZOTTI, José; VERILLO, Josmar. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. São Paulo: Uol, 2003. Pág. 17.

11 ARAUJO, Felipe Dantas. *Corrupção e novas concepções de direito punitivo*: rumo a um direito de intervenção anticorrupção? *Revista de direito internacional*, v.8, n.2, jul/dez 2011, pág. 211.

12 “os atos de improbidade administrativa violam interesse difuso da coletividade, eis que revelam condutas que, no plano concreto, atingem interesse do povo, na medida em que comprometem seriamente o bom funcionamento da Administração Pública e, conseqüentemente, a obrigação do Estado

2. A defesa dos interesses difusos pelo Ministério Público

A Constituição Federal, no artigo 127, *caput*, incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, e, no artigo 129, inc. III, afirma, expressamente, que lhe cabe a proteção dos interesses difusos¹³.

A Constituição Federal conferiu ao Ministério Público a função de garantidor dos direitos fundamentais, atribuindo-lhe um dever ético-político de agir para a defesa e a construção da democracia substantiva¹⁴.

O Ministério Público, como instituição garantidora do princípio constitucional da moralidade administrativa, deve combater à improbidade, investigando os corruptos e os corruptores, buscando a sua punição e zelando pela promoção do direito fundamental a governos honestos, como corolário do regime republicano¹⁵.

O Ministério Público possui instrumentos operacionais, como o inquérito civil e a ação civil pública, para defesa e garantia do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos.

Por meio do inquérito civil, pode promover a investigação dos atos de corrupção, tendo como finalidade a coleta de elementos seguros para demonstrar sua materialidade, assim como indícios de autoria. Já a ação civil pública constitui instrumento constitucional repressivo para defesa judicial dos direitos fundamentais.

Esses dois mecanismos possibilitam ao Ministério Público promover a investigação, buscar a responsabilização dos agentes corruptores e a reparação integral dos prejuízos causados.

no cumprimento das prestações sociais, fundamentais para a boa qualidade de vida da população" (MIRANDA, Gustavo Senna. *Princípio do juiz natural e sua aplicação na lei de improbidade administrativa*. São Paulo: RT, 2006. Pág. 195).

13 "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

14 GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 107-121.

15 "(...) o Ministério Público (na condição de instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado [art. 127, da CF 88] e com as prerrogativas que lhe foram conferidas pelo sistema constitucional vigente) constitui autêntica garantia institucional fundamental e, por esta razão, encontra-se protegido inclusive contra eventual supressão ou esvaziamento de suas garantias e atribuições por parte do poder de reforma constitucional" (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. Pág. 197). Verificar, ainda: MOURA, Angela Giovanini. A atuação do Ministério Público no combate à corrupção: oportunidade de resgate da cidadania. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v.12, n.23, jan/jun 2011; BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Corrupção política. Uma patologia social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Pág. 227-228.

Tal tese foi corroborada pelos Tribunais Superiores na Súmula 329/STJ¹⁶ e na orientação jurisprudencial reiterada do Supremo Tribunal Federal¹⁷.

A importância do Ministério Público no combate à corrupção ganha relevo na sociedade brasileira, tão carente de instituições capazes de defender a coisa pública contra atos reiterados de dilapidação do patrimônio público. Com efeito, cabe ao Ministério Público, como defensor do regime democrático, contribuir com o processo de emancipação da cidadania no Brasil, seja promovendo a educação para o exercício dos direitos e dos deveres - estimulando a formação e a atuação eficiente de Conselhos Sociais¹⁸, realizando audiências e consultas públicas, induzindo a formulação de políticas públicas, exigindo transparência do poder público e controlando a execução orçamentária – seja investigando e buscando a responsabilização daqueles que se beneficiam da corrupção, mas que não raro ficam impunes (alias, dados do Departamento Penitenciário Nacional, de maio de 2013, afirmam que menos de 1% da população carcerária brasileira cumpre pena por crimes contra a Administração Pública)¹⁹.

3. A Lei 12.846/2013 no contexto do sistema jurídico

3.1. A Lei 12.846/2013 e os Tratados e Convenções Internacionais

No âmbito internacional, a Lei 12.846/2013 está em perfeita harmonia com a com as diretrizes e propósitos dos Tratados e Convenções Internacionais promulgados pelo Brasil.

Destaca-se a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, que se preocupa em promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficientemente a corrupção, dispondo, em seu artigo 12.1., que os Estados Partes devem adotar medidas para prevenir a corrupção e

16 “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.

17 AI 748934 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 07-06-2013 PUBLIC 10-06-2013; AI 730619 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 14/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2013 PUBLIC 01-08-2013; AI 856962 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-073 DIVULG 18-04-2013 PUBLIC 19-04-2013; AI 837555 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-064 DIVULG 28-03-2012 PUBLIC 29-03-2012.

18 BERCLAZ, Márcio Soares. *A natureza político-jurídica dos Conselhos Sociais no Brasil: uma leitura a partir da política da libertação e do pluralismo jurídico*. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná em 08 de março de 2013. Pág. 316-329.

19 <http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,acoes-anticorruptao-aumentam-prisoas-por-crimes-contra-gestao-publica-no-pais,1028520,o.htm>. Acesso em 13.08.2013.

melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado, assim como prever sanções civis, administrativas e penais eficazes²⁰.

A Lei 12.846/2013 também está em sintonia com a Convenção Interamericana contra a Corrupção, cujo propósito é promover e fortalecer o desenvolvimento, por cada um dos Estados Partes, dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção²¹.

Ainda no âmbito internacional, a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais estabelece, no artigo 2º, que cada parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento das responsabilidades de pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, de acordo com seus princípios jurídicos²².

3.2. A Lei 12.846/2013 em face da Constituição Federal

Deve-se verificar se as regras trazidas pela Lei 12.846/2013 respeitam os direitos e as garantias consagradas na Constituição Federal.

Inicialmente, deve-se observar o conteúdo do artigo 5º, incisos XLV e XLVI da Constituição Federal, pelos quais nenhuma pena será passada da pessoa do condenado e de que cabe a lei individualizar a pena²³.

A Lei 12.846/2013 não viola tais direitos fundamentais que estão voltados precipuamente à responsabilização criminal. A nova lei não trata da responsabilidade penal da pessoa jurídica, não obstante tal tema não seja estranho ao direito brasileiro, pois a Constituição Federal, expressamente, permite tal responsabilização para crimes praticados contra a ordem econômica e financeira (art. 173, §. 5º) e para os crimes ambientais (art. 225, §. 3º). A nova lei anticorrupção responsabiliza objetivamente a pessoa

20 BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Entrou em vigor: 14 de dezembro de 2005.

21 BRASIL. Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002. Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI, parágrafo 1º, inciso “c”. | Entrou em vigor: 03 de junho de 1997.

22 BRASIL. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. | Entrou em vigor: 23 de outubro de 2000.

23 “Art. 5º 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, nos termos seguintes: (...) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; (...) XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”.

jurídica, independentemente da responsabilização subjetiva, isto é, sem a demonstração do dolo ou da culpa, dos dirigentes ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (art. 3º). Não se pode afirmar que a responsabilização objetiva da pessoa jurídica implicaria a penalização dos sócios, pois estes são atingidos apenas pelos efeitos fáticos e jurídicos da condenação²⁴. A responsabilização civil e administrativa objetiva da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual e seus dirigentes ou administradores que serão responsabilizados por atos ilícitos somente na medida de sua culpabilidade.

Além disso, a Lei 12.846/2013 admite a aplicação da teoria da descon sideração da personalidade jurídica quando a pessoa jurídica for utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios. Essa teoria está voltada a corrigir os desvios de finalidade da pessoa jurídica, permitindo que o Judiciário repare os atos emulativos causados por aqueles que se serviram da autonomia e da capacidade do ente moral para obter vantagens ilícitas²⁵.

A *disregard theory* ou *disregard of the legal entity* é amplamente difundida no ordenamento jurídico brasileiro (v.g., arts. 28 da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, 18 da Lei 8.884/94 – Lei Antitruste, 50 do Código Civil e 4º da Lei 9.605/98 – Lei de Crimes Ambientais) e tem sido aplicada extensivamente, mesmo para hipóteses não expressamente contempladas na legislação específica, como ocorre em relação à improbidade administrativa, onde os sócios das empresas também podem figurar no pólo passivo da relação processual, quando a pessoa jurídica for instrumento para a prática de ilícitos e os sócios verdadeiros responsáveis pela ilicitude, se beneficiarem, direta ou indiretamente, dos desvios dos recursos públicos. Também será possível, no campo da improbidade administrativa, a aplicação da teoria da *descon sideração inversa*, isto é, quando se descon sidera a personalidade jurídica da sociedade para alcançar bens da própria

24 “Nem se diga que a sanção contra a pessoa jurídica quebraria a personalidade da pena, na medida em que atingiria seus sócios. Trata-se de um raciocínio equivocado, porque os sócios só são atingidos pelos efeitos fáticos e jurídicos da condenação (...). Isso decorre da própria personalidade jurídica dos “entes morais” e da clara e inequívoca separação entre as figuras da pessoa jurídica e de seus integrantes. (...) O Direito Administrativo Sancionador não possui, portanto, um regime jurídico unitário para pessoas físicas e jurídicas, porque há uma clara ruptura dessa suposta unidade no requisito da culpabilidade (...)” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: RT, 2009. Pág. 380-381).

25 ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A descon sideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estudo de direito civil constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Pág. 243-278.

sociedade, em decorrência de atos praticados por terceiros (os sócios)²⁶. Isto pode ocorrer quando o sócio, responsável pela lesão ao erário, se utilizada da sociedade como escudo protetor, transferindo seus bens pessoais para a sociedade, para tornar ineficaz possível condenação judicial, ou quando o ato de improbidade é cometido por grandes conglomerados empresariais geridos pela mesma pessoa ou pelo mesmo grupo, quando a vontade da pessoa jurídica se confunde com a de seu controlador²⁷.

Por outro lado, a previsão de outras sanções, como a dissolução compulsória da pessoa jurídica (art. 19, inc. III, da Lei 12.846/2013), não fere o disposto no artigo 5º, inc. XLVI, da Constituição Federal, que prevê a imposição de penas, para hipóteses criminosas, mas, ainda assim, em caráter exemplificativo. Ademais, tal instituto não é estranho ao Direito Empresarial (art. 1.033, inc. V, do Código Civil).

No entanto, é preciso testar a constitucionalidade do artigo 25 da Lei 12.846/2013, ao prever que prescrevem em cinco anos as infrações previstas nesta lei, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado. E o seu parágrafo único completa dizendo que, na esfera administrativa ou judicial, a prescrição será interrompida com a instauração de processo que tenha por objeto a apuração da infração.

Tal regra precisa ser interpretada à luz do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, que torna imprescritível as ações de ressarcimento para os ilícitos praticados por agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário²⁸. Este artigo 37, § 5º, da Constituição Federal constitui uma regra excepcional para a proteção do patrimônio público. Contudo, não se refere apenas a danos causados por pessoas físicas, utilizando-se da expressão “qualquer agente”, que deve abarcar as pessoas jurídicas que geram prejuízo ao erário público.

26 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. Pág. 645.

27 Idem. *Ibidem*.

28 DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. Pág. 392-403; FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Pág. 246. A propósito da exegese do artigo 37, § 5º, da CF, pacífica é a orientação do Supremo Tribunal Federal: RE 646741 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/10/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-207 DIVULG 19-10-2012 PUBLIC 22-10-2012; STF, AI 712435 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 13/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-071 DIVULG 11-04-2012 PUBLIC 12-04-2012 RT v. 101, n. 921, 2012, p. 670-674; STF, RE 578428 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 13/09/2011, DJe-216 DIVULG 11-11-2011 PUBLIC 14-11-2011 EMENT VOL-02625-02 PP-00177.

Logo, o artigo 25 da Lei Anticorrupção não pode ser aplicado para impedir a reparação integral dos danos causados, fazendo incidir a prescrição, tão-somente, sobre as demais sanções às pessoas jurídicas infratoras, contidas no artigo 19 (suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos)²⁹.

3.3. A interpretação sistemática da Lei 12.846/2013 com as leis 8.429/92, 8.666/93 e 12.462/2011

A Lei 12.846/2013 não gera antinomias jurídicas com as leis de improbidade administrativa e as que regem as licitações e os contratos administrativos, na medida em que seu artigo 30 assevera que a aplicação das sanções previstas nesta lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ato improbidade administrativa, nos termos da Lei n. 8.429/92, e dos atos ilícitos alcançados pela Lei 8.666/93 ou outras formas de licitações e contratos com a Administração Pública, inclusive no tocante ao regime diferenciado de contratações públicas - RDC, instituído pela Lei 12.462/2011.

Com a finalidade de harmonizar as diferentes leis que tratam de assuntos semelhantes, é indispensável se valer da *interpretação sistemática* das regras jurídicas de combate à corrupção. Este método interpretativo permite buscar o significado das normas jurídicas em sintonia com os demais princípios e regras que integram o ordenamento jurídico, o que torna possível ao exegeta extrair a *máxima unidade do sistema*³⁰, dando

29 *Mutatis mutandis*, essa tem sido a orientação do Superior Tribunal de Justiça em relação à interpretação do artigo 12 da Lei 8.429/92: “A aplicação das sanções previstas no art. 12 e incisos da Lei 8.429/92 se submetem ao prazo prescricional de 05 (cinco) anos, exceto a reparação do dano ao erário, em razão da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória (art. 37, § 5º, da Constituição Federal de 1988). Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1038103/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; REsp 1067561/AM, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ de 27/02/2009; REsp 801846/AM, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ de 12/02/2009; REsp 902.166/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ de 04/05/2009; e REsp 1107833/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJ de 18/09/2009” (EDcl no REsp 716.991/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 23/06/2010). Conferir, ainda: REsp 1312071/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 22/05/2013.

30 “A interpretação sistemática é fruto da ideia de unidade do ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas. Em bela passagem, registrou Capograssi que a interpretação não é senão a afirmação do todo, da unidade diante da particularidade e da fragmentaridade dos comandos singulares” (Luis Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. Pág. 128).

maior segurança e confiabilidade às normas, pois se evitam contradições e incongruências³¹.

Tanto a Lei 12.846/2013 quanto a Lei 8.429/92 se preocupam em tutelar a moralidade administrativa. Verifica-se, pelos artigos 1º e 2º desta legislação, que a intenção é punir os atos praticados por qualquer agente público. Todavia, o seu artigo 3º acrescenta que suas disposições são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie sobre qualquer forma direta ou indireta. Dessa maneira, tal regra admite que pessoas jurídicas figurem no polo passivo da ação civil pública por improbidade administrativa, bem como contempla – tal como está no artigo 942/CC – a responsabilidade civil solidária dos agentes públicos e de terceiros na obrigação de indenizar³². Assim sendo, por exemplo, se recursos públicos são incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica, por força do artigo 3º da Lei 8.429/92, o ente moral, quando induz, concorre ou se beneficia, pode ser sujeito ativo do ato de improbidade administrativa e responder a ação civil pública respectiva³³. Caso venha a ser condenada, serão aplicadas, no que couber, as sanções previstas no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, podendo as empresas ficarem sujeitas, isolada ou cumulativamente, além da obrigação de reparar os danos, à multa civil, proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios³⁴.

A diferença entre a Lei Anticorrupção e a Lei de Improbidade Administrativa é que a responsabilização civil da pessoa jurídica por danos decorrentes de atos de improbidade administrativa depende da demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para as

31 “Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeto a partir dele – do texto – até a Constituição. Por isso insisto em que o texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. As normas – afirma Bobbio – só têm existência em um contexto de normas, isto é, no sistema normativo” (Eros Roberto Grau. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2005. Pág. 128).

32 CERQUEIRA, Luís Otávio *et alli*. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo, RT, 2010. Pág. 59.

33 BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92*. São Paulo: RT, 2007. Pág. 258; SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa. Teoria e prática*. Leme: J. H. Mizuno, 2011. Pág. 677-679; SOUZA, Patrícia Verônica Nunes de Carvalho Sobral de. *Corrupção e improbidade. Críticas e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Pág. 84. Não destoa desse entendimento a orientação do Superior Tribunal de Justiça: REsp 970.393/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012; STJ, REsp 886.655/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 08/10/2010; STJ, REsp 1122177/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010, DJe 27/04/2011.

34 STJ, EDcl no AgRg no REsp 1314061/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 05/08/2013.

hipóteses previstas nos artigos 9º (enriquecimento ilícito) e 11 (violação de princípios administrativos), ou, pelo menos, pela culpa, para a caracterização dos atos de improbidade contidos no artigo 10 da Lei 8.429/92 (prejuízo ao erário público)³⁵.

Porém, ao prever tal forma de responsabilização objetiva, a Lei 12.846/2013 não destoa da técnica contemplada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal³⁶, quando trata da responsabilização das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos causados por seus agentes a terceiros, bem como no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil³⁷. Com efeito, nos casos de responsabilidade objetiva, o agente somente se exime da responsabilidade se não ficar caracterizado o nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o dano. Em outras palavras, não há responsabilidade objetiva quando o agente não produziu a lesão, que lhe é imputada, ou se a situação de risco inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a ocorrência do dano³⁸.

A Lei nº. 12.846/2013, ao tornar a responsabilidade civil e administrativa objetiva, facilita a responsabilização da pessoa jurídica, uma vez que basta ao autor demonstrar a prática do ato ilícito e do seu nexo de causalidade com os prejuízos causados. É, pois, ônus da prova do demandado comprovar as causas excludentes do nexo causal³⁹.

No entanto, com o intuito de evitar a violação do postulado do *non bis in idem*, a mesma sanção não poderá ser aplicada duas vezes para o mesmo fato, ainda que possa ter repercussões diversas. Assim, poderá restar prejudicada, total ou parcialmente, a ação civil pública de responsabilização civil da pessoa jurídica, se a sanção já tiver sido aplicada na decisão judicial

35 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Op. Cit. Pág. 222.

36 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

37 “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

38 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 829.

39 Assim, tem decidido o STJ, ao aplicar a teoria da responsabilidade objetiva, em relação ao Código de Defesa do Consumidor: REsp 1281742/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 05/12/2012; AgRg no Ag 1375928/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 21/08/2012; AgRg no REsp 1220998/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 21/08/2012; REsp 721.091/SP, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2005, DJ 01/02/2006, p. 567.

que reconhece definitivamente a prática de improbidade administrativa, ou vice-versa.

Ademais, a Lei Anticorrupção, como bem reconhece o seu artigo 30, inc. II, não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ilícitos alcançados pelas regras que versam sobre licitações e contratos da Administração Pública. Assim, as sanções administrativas e/ou criminais contidas no Capítulo IV da Lei 8.666/93 (Lei Geral de Licitações) ou da Seção V, do Capítulo I, da Lei 12.462/2011 (regime diferenciado de contratações públicas) não ficam excluídas. Por exemplo, o artigo 47, inciso V, da Lei 12.462/2011, preceitua que ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato. Por sua vez, o artigo 5º, inciso IV, letra “d”, da Lei 12.846/2013 conceitua como ato lesivo à Administração Pública, nacional ou estrangeira, fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente. Esta Lei Anticorrupção, ao tratar da responsabilização administrativa, no artigo 6º, prevê três sanções distintas, quais sejam: a aplicação de multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, a publicação extraordinária da decisão condenatória, e a obrigação de reparação integral do dano causado. Perceba-se que ambas as leis devem ser compatibilizadas, para que o valor da multa imposta observe os parâmetros dos artigos 6º, inc. I, e 7º da Lei 12.846/2013, mas também que incida o impedimento para licitar e contratar contido no artigo 47 da Lei 12.462/2011.

Apesar de a Lei nº 8.666/1993 e outras leis que versam sobre o tema das licitações e contratos administrativos, como a Lei 12.846/2013, já preverem sanções administrativas, a Lei Anticorrupção apresenta um complemento a esta previsão por meio de um novo rol de condutas passíveis de responsabilização objetiva, pela via administrativa, da pessoa jurídica. Assim, as empresas que atentarem contra o patrimônio público, nacional ou estrangeiro, ou os princípios da Administração Pública, ou, ainda, os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, passam a ser responsabilizadas civil e administrativamente, de forma objetiva, por seus atos. Isto sem prejuízo da aplicação de outras penalidades previstas nas demais leis que versam sobre o tema das licitações e contratos administrativos, embora nestas a aplicação das sanções dependa da comprovação do dolo ou da culpa.

Ainda que, nas sanções administrativas previstas no artigo 6º da Lei 12.846/2013 e nas sanções judiciais arroladas no artigo 19 da mesma lei, o legislador não tenha incluído a penalidade de impedimento da pessoa jurídica infratora de licitar e contratar com o Poder Público, por determinado prazo, tal efeito pode ser considerado natural e decorre de uma leitura mais atenta da Lei Anticorrupção que criou o Cadastro Nacional de Empresa Punidas – CNEP (art. 22) justamente para dar publicidade e inibir que essas empresas voltem a contratar com órgãos ou entidades públicos.

Entretanto, tal interpretação esbarra no princípio da estrita legalidade, pelo qual não se pode impor sanções sem a prévia previsão legal (*nullum crimen, nulla poena, sine previa lege*). Afirma o artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Não obstante o princípio da tipicidade esteja se referindo a “crimes”, nada impede que seja estendido ao Direito Administrativo, que está sujeito ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, CF), do qual decorre o da tipicidade. Este princípio também pode ser extraído do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, pelo qual os direitos e garantias constitucionalmente expressos não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados. A tipicidade é uma garantia para os administrados, porque permite que os cidadãos e as empresas saibam quais são as condutas proibidas e suas respectivas sanções. O princípio da tipicidade também impede que a Administração Pública atue de forma arbitrária, não podendo impor penas fora das hipóteses previstas na lei. Tal situação também viria a ferir os princípios da segurança e da confiança jurídicas, que exigem que a conduta proibida e a sanção pela sua não observância estejam descritas previamente na lei, para que a ação do poder público não cause surpresa aos administrados.

Dessa forma, a não previsão pela Lei 12.846/2013 do impedimento de licitar e contratar com o poder público, por prazo determinado, ou da declaração de idoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública não pode conduzir a imposição destas sanções no processo administrativo de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas infratoras. Porém, como a aplicação das sanções previstas na Lei 12.846/2013 não afeta os processos de responsabilização e aplicação das penalidades contidas nas Leis 8.666/93 (arts. 86-88) e 12.462/2011 (art. 47), a autoridade administrativa deve impô-las às pessoas jurídicas infratoras que praticarem os atos ilícitos ali descritos, embora tal responsabilização dependa da comprovação do dolo ou da culpa.

De qualquer forma, constatada omissão – total ou parcial – da

autoridade administrativa na imposição plena das sanções administrativas previstas em lei, caberá ao Ministério Público ajuizar ação civil pública para promover a responsabilização administrativa integral da pessoa jurídica infratora (interpretação conjunta dos artigos 20 e 30 da Lei 12.846/2013).

4. A atuação do Ministério Público na Lei 12.846/2013

4.1. Considerações iniciais

A Lei 12.846/2013 procurou facilitar a responsabilização dos agentes corruptores que causam ou concorrem com a prática de atos lesivos ao patrimônio público. Impede-se, desta forma, que as pessoas jurídicas se eximam de responsabilização civil e administrativa pelos atos praticados contra a Administração Pública.

Para tanto, a Lei 12.846/2013 procurou identificar, de modo abrangente, o conceito de pessoa jurídica responsável por atos de corrupção.

A lei é aplicável às sociedades empresárias e simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeira, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (art. 1º, parágrafo único).

A responsabilidade objetiva incide ainda que os atos lesivos tenham praticado em seu benefício exclusivo ou não (art. 2º).

Tal responsabilidade também persiste mesmo nas hipóteses de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária (art. 4º).

Por outro lado, a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (art. 3º). A responsabilidade da pessoa natural, contudo, é subjetiva, dependendo da comprovação do dolo ou da culpa (art. 3º, § 2º).

Após deixar claro quem pode ser responsabilizado, a Lei 12.846/2013 trata de conceituar, no artigo 5º, quais são os atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira.

Três são os parâmetros alternativos para que um ato seja considerado lesivo à Administração Pública: i) atentar contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro; ou ii) contra os princípios da Administração Pública; iii) contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Como tais parâmetros são amplos, ainda que o artigo 5º da Lei 12.846/2013 tenha descrito atos lesivos à Administração Pública, o rol previsto é exemplificativo, não taxativo. Mesmo que a técnica legislativa não tenha sido a melhor, pois, ao final do *caput* do artigo 5º o legislador se valeu da expressão “*assim definidos*”, ao invés de “*e notadamente*” como nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, o artigo 5º da Lei Anticorrupção merece ser interpretado teleologicamente. Isto é, todo ato que atentar contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, ou contra os princípios da Administração Pública, ou, ainda, contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil deve ser considerado lesivo à Administração Pública, ainda que não tenha sido expressamente descrito no elenco do artigo 5º da Lei 12.846/2013.

A exegese desta regra jurídica deve buscar atender às exigências sociais, econômicas e políticas, bem como estar em consonância com a ideia de justiça e bem comum. Aliás, deve prevalecer o cânone hermenêutico explícito no artigo 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.658/1942) que assevera: “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”.

Cabe a todos os intérpretes, não apenas aos juízes, construir o sentido da lei no contexto dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º/CF) e dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º/CF). Desse modo, é preciso afastar interpretações formalistas que estejam desvinculadas das noções éticas, sociais e políticas de justiça e bem comum. A corrupção é um câncer que corrói os recursos públicos indispensáveis à melhoria da qualidade de vida de milhões de brasileiros. Destarte, não é razoável que atos não descritos pelo legislador, mas que sejam notoriamente corruptos, na medida em que lesam o patrimônio público, deixem de ser punidos, pois a legislação não se valeu da melhor técnica legislativa até porque, se fosse assim, ficaria anulado o papel dos intérpretes, os quais devem analisar o direito legislado com o raciocínio voltado à Constituição e às demais leis, isto é, o conjunto dos princípios e das regras que integram o ordenamento jurídico.

A interpretação das normas jurídicas não devem produzir resultados injustos ou danosos ao bem comum, sendo responsabilidade do intérprete buscar o sentido que melhor concretize a proteção dos direitos fundamentais. A corrupção impede que os recursos públicos sejam destinados à implementação eficiente de políticas indispensáveis a realização de direitos fundamentais sociais – como a educação, a saúde e a segurança de qualidades – não podendo os agentes corruptores se beneficiar das brechas

da lei ou de legislações mal elaboradas, mas serem responsabilizados quando evidenciado o ato lesivo, após assegurado o devido processo legal.

Atente-se que nem sempre será necessária a existência de dano efetivo para a responsabilização objetiva da pessoa jurídica. Há situações, como as previstas no artigo 5º, inc. I (prometer ou oferecer vantagem ilícita) e no inc. IV (procurar afastar licitante), da Lei 12.846/2013, em que a responsabilidade administrativa e civil prescinde da ocorrência concreta do dano (lesão efetiva aos cofres públicos). Admite-se, pois, a punição apenas de um comportamento e determina-se a aplicação da pena, independentemente de um resultado específico. Tal conclusão é reforçada pelo artigo 7º da Lei Anticorrupção que, nos incisos II e III, dispõem que na aplicação das sanções deve ser considerada a vantagem auferida *ou pretendida* pelo infrator, mas também a consumação *ou não* da infração.

Dentre as hipóteses trazidas no artigo 5º, é importante destacar, a contida no inciso V, que considera ato lesivo dificultar a atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional. Não obstante o texto não faça expressa referência ao Ministério Público, pessoas jurídicas que praticam atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, quando dificultam as atividades de investigação ou de fiscalização do *parquet* também estão sujeitas à responsabilização objetiva, porque o artigo 19 da Lei 12.846/2013, ao tratar da legitimidade *ad causam* do Ministério Público, faz remissão ao artigo 5º da Lei Anticorrupção. Enfim, por ser uma instituição que tem o dever de proteger o patrimônio público, inclusive promovendo o inquérito civil e a ação civil pública (art. 129, inc. III, CF), atitudes como a sonegação de informações, a destruição de elementos de provas, a criação de obstáculos ao exame de documentos ou a realização de perícias atentam contra as prerrogativas do Ministério Público de investigar e fiscalizar os desvios contra o erário público (arts. 25, inc. IV, letra “a”, e 26, inc. I, da Lei 8.625/93 e artigos 5º, inc. III, letras “a” e “b”, e 6º, inc. VII, letra “b”, da Lei Complementar 75/1993). Eventual condenação em danos morais coletivos, deverá reverter em benefício do próprio Ministério Público, nos termos do artigo 24 da Lei 12.846/2013.

A Lei 12.846/2013 prevê a responsabilização dos atos lesivos descritos no artigo 5º em duas esferas, a administrativa e a judicial. Ambas as formas de responsabilização são independentes e complementares (exegese dos artigos 18 e 20 da Lei Anticorrupção).

O Ministério Público deve atuar, precipuamente, na esfera judicial, para a aplicação de sanções previstas no artigo 19. Mas também deve agir para buscar a imposição integral das sanções descritas no artigo 6º, se constatada omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa (art. 20). Além disso, deve atuar, no que couber, na resolução extrajudicial dos efeitos dos atos de corrupção, seja para prevenir, seja para obter a reparação dos atos lesivos praticados pelas pessoas jurídicas (interpretação do artigo 21 da Lei 12.846/2013).

4.2. Responsabilização na esfera administrativa

Quanto à responsabilização na esfera administrativa, a Lei 12.846/2013 disciplinou: i) as sanções e os critérios de aplicação das sanções administrativas; ii) o processo administrativo de responsabilização; e iii) o acordo de leniência.

Ao tratar das sanções, no artigo 6º, previu a possibilidade de aplicação da multa e da publicação extraordinária da decisão condenatória. As sanções administrativas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, conforme as peculiaridades do caso concreto e de acordo com a gravidade e a natureza das infrações (art. 6º, § 1º). Porém, em todas as hipóteses de atos lesivos à Administração Pública, caso apurado dano ao patrimônio público, é indispensável a reparação integral dos prejuízos causados (art. 6º, § 3º).

Interessante observar que o valor da multa, como forma de inibir atos de corrupção, nunca poderá ser inferior à vantagem auferida, quando for possível a sua estimação, devendo ser fixada entre 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos (art. 6º, inc. I). Se não for possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica, a multa será fixada entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) [art. 6º, § 4º].

A Presidente da República vetou o artigo 6º, § 6º, da Lei 12.846/2013 que limitava o valor da multa ao montante total do bem ou do serviço contratado ou previsto. Trata-se de decisão acertada, pois, do contrário, a penalidade poderia não ser suficiente para inibir o risco da prática de atos contrários à Administração Pública. A imposição de severas sanções econômicas se destina a punir efetivamente os infratores e a desestimular futuras infrações, até porque a vantagem buscada ou auferida pode ser superior ao próprio valor do contrato.

Por outro lado, as sanções pela prática de corrupção, por pessoas jurídicas, não se limitam ao artigo 6º da Lei 12.846/2013. Como já fora asseverado no item 3.3. *supra*, tal regra deve ser interpretada sistematicamente, para que, se a infração também se configurar em ato de improbidade administrativa ou outros ilícitos alcançados pela Lei 8.666/93 ou outras normas de licitações e contratos da Administração Pública, serem impostas as sanções previstas no artigo 12 da Lei 8.429/92, em especial a proibição de contratar com o poder público, bem como as constantes dos artigos 86 a 88 da Lei 8.666/93 ou do 47 da Lei 12.462/2011.

Quanto aos critérios de aplicação das sanções, contidos no artigo 7º da Lei 12.846/2013, devem ser destacados alguns pontos.

Primeiro, para a imposição das sanções descritas na Lei Anticorrupção, não é indispensável a ocorrência de dano efetivo ao patrimônio público, posto que, como afirmado no item anterior, os incisos II e III do artigo 7º punem o infrator pela mera pretensão de obter vantagem ilícita, além de penalizarem a tentativa de infração, não exigindo o resultado lesivo ou a sua consumação.

Segundo, o comportamento da pessoa jurídica, seja cooperando com a apuração das infrações (inc. VII) [inclusive com a atividade de investigação ou fiscalização do Ministério Público], seja prevendo mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta (inc. VIII), pode minimizar as penalidades.

Trata-se de técnica destinada a premiar a resolutividade na apuração dos ilícitos, evitando que a conduta de certos dirigentes ou administradores prejudique demasiadamente tanto a punição dos responsáveis quanto o conjunto da pessoa jurídica.

Entretanto, a existência de programa de *compliance*⁴⁰, definido no artigo 7º, inc. VIII, da Lei 12.846/2013, como mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, depende de regulamentação pelo Poder Executivo Federal (art. 7, parágrafo único).

Em outros países, já existem parâmetros para avaliar a efetividade de programas de *compliance*. Por exemplo, o Departamento de Justiça

40 Termo anglo-saxão que deriva da expressão “to comply”, cujo sentido é agir de acordo com uma regra.

Americano e a Comissão de Valores Mobiliários dos Estados Unidos lançou, no final do ano de 2012, um guia⁴¹ para orientar o cumprimento da legislação americana anticorrupção, a FCTA (*Foreign Corrupt Practices Act*). Este guia identificou, como fatores de eficiência de um programa de *compliance*, o compromisso de todos os níveis da gerência e política anticorrupção claramente articulada, a existência de um código de conduta, política e procedimentos de *compliance*, a fiscalização interna deste programa, a autonomia da área de *compliance* e recursos adequados, a avaliação dos riscos da empresa, treinamentos e aconselhamento contínuo, incentivos e medidas disciplinares, investigações de terceiros e de pagamentos, sistema interno de denúncias (possibilitando denúncias confidenciais) e de investigações, testes e revisões periódicas do programa de *compliance*, investigações de pré-fusões e aquisições e integrações pós-aquisições e fusões.

A aplicação do artigo 7º, inciso VIII, da Lei Anticorrupção ainda depende de regulamentação, mas essas diretrizes já podem servir de base para a implantação preventiva ou para a análise de eficiência de programas de *compliance* já existentes pelas empresas nacionais.

Ainda quanto aos critérios de aplicação das sanções, deve ser destacado o veto da Presidência da República ao inciso X do artigo 7º que afirmava que o grau de eventual contribuição da conduta de servidor público, para a ocorrência do dano, poderia influenciar na dosimetria das penalidades. O veto foi acertado, pois tanto o agente público quanto a pessoa jurídica praticaram atos contrários à Administração Pública. As infrações causadas pelo servidor público devem ser apuradas em procedimentos próprios e sua responsabilização buscada nos termos da lei. A manutenção da regra poderia facilitar a transferência da responsabilização da pessoa jurídica para o agente público, o que dificultaria a aplicação rigorosa de sanções, pois a conduta deste não seria objeto de apuração direta no processo administrativo de responsabilização da pessoa jurídica e a dúvida quanto ao seu grau de participação poderia minimizar os efeitos sancionatórios a que a Lei Anticorrupção pretende coibir.

A instauração e o julgamento do processo de para responsabilização administrativa da pessoa jurídica é competência da autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que devem agir de ofício ou mediante provocação, observadas as garantias inerentes ao devido processo legal.

41 A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, disponível em <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf>. Acesso em 12.08.2013.

Durante o processo administrativo, a comissão processante poderá, cautelarmente, propor à autoridade instauradora que suspenda os efeitos do ato ou do processo objeto de investigação (art. 10, § 2º). Ademais, o ente público, por meio de seu órgão de representação judicial, pode requerer as medidas judiciais necessárias para a investigação e o processamento das infrações, inclusive a busca e apreensão (art. 10, § 1º). Além disso, mesmo que não esteja expressamente previsto na Lei 12.846/2013, a representação judicial do ente público lesado poderá se valer de outras medidas cautelares, como a indisponibilidade dos bens da pessoa jurídica, e, na hipótese de configuração de ato de improbidade administrativa, também representar ao Ministério Público para que ajuíze as medidas necessárias à proteção do patrimônio público (art. 7º da Lei 8.429/92).

Após a conclusão do processo administrativo, a comissão processante deve informar ao Ministério Público sobre a sua existência, para que apure não apenas a ocorrência de crimes, como está expresso no artigo 15 da Lei 12846/2013, mas também se possa verificar eventuais omissões na condução do processo administrativo, promover ações civis públicas para aplicação das sanções judiciais (art. 19) e/ou para a complementação das sanções administrativas (art. 20), bem como investigar a prática de atos de improbidade administrativa e/ou atos ilícitos alcançados pela Lei 8.666/93 ou outras normas de licitações e contratos da Administração Pública.

Aliás, para que se evite a renovação da produção de provas, agilizando as investigações, a comissão processante não precisa comunicar o Ministério Público apenas após a conclusão do processo administrativo. Deve, a exemplo do que ocorre no artigo 15 da Lei de Improbidade Administrativa, comunicar o Ministério Público quanto a mera instauração do processo administrativo, para possibilitar que os membros do Ministério Público possam acompanhar a produção das provas no âmbito da administração. Isto poderá evitar omissões no processo administrativo, além de tornar mais ágil a apuração de delitos, atos de improbidade administrativa e até outros atos ilícitos conexos com os praticados pelos dirigentes ou administradores de pessoas jurídicas.

Também com o intuito de facilitar a obtenção de meios de prova para a comprovação de atos contra a Administração Pública, a Lei 12.846/2013 regulamenta, no Capítulo V (arts. 16 e 17), a possibilidade de celebração de acordo de leniência entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública com as pessoas jurídicas responsáveis.

A possibilidade de celebração de acordo de leniência também foi estendida às sanções administrativas previstas na Lei de Licitações

(Lei nº 8.666), nos artigos 86 a 88, que versam sobre atrasos injustificados e inexecução total ou parcial de contratos (art. 17 da Lei 12.846/2013).

O acordo de leniência se assemelha aos propósitos da delação premiada e busca facilitar a produção da prova, incentivando a pessoa jurídica que colabore efetivamente com a apuração do ato ilícito.

A delação premiada encontra previsão, na esfera criminal, em diversos dispositivos da legislação vigente. A Lei 9.807/99, que regulamenta a proteção aos réus colaboradores, permite que o juiz conceda o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal. Além dessas condições, é necessário que a colaboração do acusado resulte na identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa, na localização da vítima com a sua integridade física preservada, ou na recuperação total ou parcial do produto do crime. Na Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, Lei nº 7492/86, e na Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Lei nº 8137/90, nos crimes cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que revelar à autoridade policial ou judicial, por meio de confissão espontânea, a totalidade da trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços). Esta redução da pena também está prevista na Lei de Crimes Hediondos, Lei 8072; contudo, é necessário que a denúncia seja formulada pelo participante ou associado de quadrilha ou bando e que possibilite seu desmantelamento. Além dos exemplos citados, a delação premiada também está presente na Lei 9613/98 (Crimes de Lavagem de Dinheiro) e na Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas). Ademais, na recente Lei 12.850/2013, que define a organização criminosa, a colaboração premiada foi regulamentada nos artigos 4º a 7º.

Diferentemente da delação ou da colaboração premiadas, o acordo de leniência não exige a participação do Poder Judiciário, podendo ser celebrado entre a autoridade máxima de cada órgão ou entidade e a pessoa jurídica responsável pelos atos previstos na Lei 12.846/2013.

Exige-se que a pessoa jurídica seja a primeira a manifestar interesse na cooperação para apuração do ato lícito e cesse por completo o envolvimento com a infração investigada. Deve, ainda, além de admitir a participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecer, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento (art. 16, § 1º).

No entanto, caso a proposta de acordo de leniência seja rejeitada, não se imputará o reconhecimento da prática do ato (art. 16, § 7º).

Para que os benefícios do acordo sejam alcançados, é necessário que a colaboração prestada pela pessoa jurídica resulte, quando cabível, na identificação dos demais envolvidos na infração e na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito apurado (art. 16, inc. I e II).

A pessoa jurídica que celebrar o acordo de leniência estará isenta, na esfera administrativa, da publicação extraordinária da decisão condenatória. Na esfera judicial, não estará sujeita à proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público. A multa aplicável também poderá ser reduzida em até dois terços (art. 16, par. 2).

Além disso, a celebração do acordo de leniência interrompe o prazo prescricional dos atos ilícitos e, em nenhuma hipótese, isenta a pessoa jurídica do dever de reparar integralmente o dano causado (art. 16, par. 9º).

O descumprimento das condições estipuladas no acordo de leniência impede a celebração de novo acordo pelo prazo de três anos contados do conhecimento pela Administração Pública do descumprimento (art. 16, § 8º).

As autoridades competentes, como condição para a sua celebração, devem manter atualizadas as informações acerca dos acordos de leniência, no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), salvo se vier a causar prejuízo às investigações e ao processo administrativo, e registrar o seu descumprimento, inclusive para que se impeça que a pessoa jurídica seja beneficiada de novo acordo no prazo de três anos (art. 22, par. 3º e 4º).

O Ministério Público não participa da celebração dos acordos de leniência. Entretanto, os membros do Ministério Público, com atribuições na defesa civil e criminal do patrimônio público, devem ter acesso aos termos do acordo - ainda que sigilosos - para que possam desenvolver investigações, em conjunto ou em paralelo com os órgãos da administração (arts. 129, incs. VI e VIII, CF, art. 26, inc. I, “c”, da Lei 8.625/93 e 8º, inc. II, da Lei Complementar 75/93)⁴².

42 “(...) 4. O poder de investigação do Estado, dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário, não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37

O acesso a tais informações também permitirá verificar a legalidade, a moralidade e a efetividade dos acordos de leniência celebrados, inclusive para constatar eventualmente a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa, nos termos do artigo 20 da Lei 12.846/2013. Neste caso, o Ministério Público deverá ajuizar ação civil pública para a integral responsabilização objetiva das pessoas jurídicas infratoras.

Acresce-se que os acordos de leniência em desacordo com o ordenamento jurídico poderão ser objeto de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público, com o intuito de sua anulação pelo Poder Judiciário.

O Ministério Público também deverá apurar a responsabilidade penal, civil e administrativa das autoridades competentes que, tendo conhecimento das infrações previstas na Lei 12.846/2013, não adotarem as providências para a apuração dos fatos (art. 27 da Lei Anticorrupção), não aplicarem com rigor as sanções administrativas previstas ou se utilizarem indevidamente dos mecanismos de investigação dispostos na lei. Para tanto, qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção (art. 6º da Lei 7.347/85).

Evidentemente que o Ministério Público, de ofício, poderá instaurar o inquérito civil (art. 8º da Lei 7.347/85 e art. 2º, inc. I, e § 1º da Resolução 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP) ou, se já tiver elementos de convicção (*v.g.*, com cópia do processo administrativo que serviu para a imposição de sanções às pessoas jurídicas pela prática de atos previstos no art. 5º da Lei 12.846/2013), ajuizar ação civil pública, mesmo sem prévio inquérito civil. Tal inquérito serve, tão-somente, para a colheita de elementos informativos, não havendo, destarte, a obrigatoriedade da sua instauração para o ajuizamento de ação civil pública nem, tampouco, a indispensabilidade de reprodução integral dos elementos colhidos no inquérito civil na ação civil pública⁴³.

da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido" (MS 21729, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ 19-10-2001 PP-00033 EMENT VOL-02048-01 PP-00067 RTJ VOL-00179 PP-00225).

43"PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - OMISSÕES E CONTRADIÇÕES ARGUIDAS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: MULTA (ART. 18) 1. O inquérito civil é procedimento administrativo facultativo, inquisitorial e autoexecutório, o que desobriga o

Ademais, o conhecimento pelo Ministério Público por manifestação anônima também deve ensejar a instauração de inquérito civil ou de procedimento investigatório criminal se houver informações sobre o fato e seu provável autor, bem como a qualificação mínima que permita a sua identificação e localização (art. 2º, inc. II, e par. 2º, da Resolução 23/2007 do CNMP e art. 3º, *caput*, da Resolução 13/2006 do CNMP)⁴⁴.

4.3. Responsabilização na esfera judicial

A responsabilização judicial da pessoa jurídica é independente da responsabilidade administrativa (art. 18 da Lei 12.846/2013). Os atos lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira, previstos no artigo 5º da Lei Anticorrupção, geram tanto a responsabilização objetiva na esfera administrativa quanto na esfera judicial.

Aliás, a Presidente da República vetou o parágrafo 2º do artigo 19 da Lei 12.846/2013, que afirmava que, salvo o perdimento de bens, direitos ou valores decorrentes da infração, as demais sanções judiciais (suspensão ou interdição parcial, dissolução compulsória e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos) dependiam da comprovação do dolo ou da culpa (responsabilidade subjetiva). Foi acertado o veto presidencial, posto que a responsabilização objetiva da pessoa jurídica pelos atos lesivos à Administração Pública constitui-se o principal avanço da Lei Anticorrupção e a mensuração da culpabilidade da pessoa jurídica, além de não se mostrar pertinente, anularia os progressos alcançados com a nova legislação.

A responsabilização objetiva na esfera administrativa das pessoas jurídicas infratoras pode redundar na aplicação de multa e na publicação extraordinária da decisão condenatória, além da obrigação de reparação integral do dano, após o regular processo administrativo.

Todavia, as demais sanções previstas no artigo 19 da Lei 12.846/2013, isto é, o perdimento dos bens, direitos ou valores que representam

Ministério Público de instaurá-lo se dispõe dos elementos necessários à propositura da ação. 2. Como medida antecipativa com objetivo de angariar elementos que dêem sustentação à ação civil pública, pode o Ministério Público dispor de todos os elementos arrecadados no inquérito civil, ou de parte deles, quando assim entender pertinente. (...) (REsp 448.023/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2003, DJ 09/06/2003, p. 218).

⁴⁴ Essa também tem sido a orientação do Supremo Tribunal Federal que, em relação à persecução penal, tem decidido: “O Supremo Tribunal Federal assentou ser possível a deflagração da persecução penal pela chamada denúncia anônima, desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados antes da instauração do inquérito policial. Precedente” (HC 108147, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 11/12/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2013 PUBLIC 01-02-2013).

vantagem ou proveito, direta ou indiretamente, obtidos da infração, a suspensão ou interdição parcial das atividades, a dissolução compulsória da pessoa jurídica e a proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público não podem ser impostas administrativamente, estando reservadas à via judicial.

Observa-se, contudo, que perdimento de bens, direitos e valores que representam vantagem ou proveito, direta ou indiretamente, obtidos da infração não se confunde com a obrigação de reparação integral dos danos. O perdimento é uma espécie de sanção que decorre do não reconhecimento dos prejuízos causados pela pessoa jurídica ao patrimônio público.

Por outro lado, é possível que a pessoa jurídica infratora, para poder beneficiar-se de um acordo de leniência (art. 16, par. 3º, da Lei 12.846/2013) ou mesmo espontaneamente, resolva ressarcir aos cofres públicos os prejuízos causados.

Embora não exista previsão expressa, por força da interpretação teleológica do artigo 21 da Lei Anticorrupção, que remete ao rito da Lei 7.347/85, deve ser admitida a elaboração de compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais (art. 5º, par. 6º, da Lei de Ação Civil Pública), mediante cominações, com eficácia de título executivo extrajudicial, celebrados tanto pelo Ministério Público quanto pelos entes federativos legitimados para o ajuizamento da ação prevista no artigo 19 da Lei 12.846/2013. Tais compromissos de ajustamento de conduta poderão ter como objeto a reparação integral dos danos, sem a necessidade de ajuizamento de ação judicial⁴⁵. Isto torna mais rápido o ressarcimento dos prejuízos ao erário, porque prescinde do processo judicial, e serve de

45 Adotando esse posicionamento, inclusive em relação aos atos de improbidade administrativa, apesar da redação do artigo 17, par. 1º, da Lei 8.429/92, que veda a transação nas ações que versam sobre tais atos, corretamente leciona Ana Luiza de Andrade Nery, primando pela solução extrajudicial da reparação dos danos: “(...) *tem-se que o compromisso de ajustamento de conduta deve abarcar, prioritariamente, a recomposição do bem jurídico ao status quo ante, isto é, ao estado em que se encontrava antes de ter sofrido o efetivo dano. (...) Se a ação civil pública ajuizada ou passível de ajuizamento versar sobre atos de improbidade administrativa, regida, portanto, pela Lei 8.429/92, há vedação expressa à transação, ao que podemos imaginar ser incabível a celebração de ajustamento de conduta. Contudo, entendemos que a vedação legação de transação alcançaria os direitos protegidos pela Lei de Improbidade Administrativa, de modo que a vedação não se estenderia, por exemplo, à devolução da perda patrimonial sofrida pelo erário, decorrente de ação ou de omissão, dolosa ou culposa, do agente público. Isso porque a lei determina o integral ressarcimento do dano ao erário, o que, em nosso ver, poderia ser realizado por meio de compromisso de ajustamento de conduta. Assim, se o agente público que sofre ação civil pública ou contra si tem instaurado procedimento administrativo para investigar ato de improbidade administrativa, quer devolver o quantum relativo à perda do patrimônio público que sua conduta gerou, a vedação do art. 17 da Lei 8.429/92 não impede que a controvérsia seja solucionada mediante celebração de compromisso de ajustamento de conduta, pelo qual se poderia negociar a forma de devolução dessa quantia ao erário” (Compromisso de ajustamento de conduta. Teoria e análise de casos práticos. São Paulo: RT, 2010. Pág. 190-191).*

estímulo às pessoas jurídicas regularizarem a situação perante o erário, para poderem se beneficiar do acordo de leniência (arts. 16-17 da Lei 12.846/2013).

Ademais, *de lege ferenda*, é recomendável que outros meios de colaboração de prova, como a colaboração ou a delação premiada no âmbito criminal, possam ser estendidos para o âmbito civil. Facilitar o desmonte de complexos esquemas de corrupção, por empresas privadas, não deve ser prerrogativa da Administração Pública, quando da celebração de acordo de leniência, mas também ser objeto de disciplina, no âmbito das investigações civis do Ministério Público, ressalvado o controle judicial, para evitar discrepâncias.

Todavia, se durante a persecução penal, forem realizadas delações ou colaborações premiadas, ou, ainda, acordos de leniência, os elementos informativos obtidos poderão ser emprestados para o inquérito civil⁴⁶ e, depois, transportados para a ação civil pública. Tais elementos não servirão como provas unilaterais, mas se sujeitarão ao crivo do contraditório e da ampla defesa, inerentes ao devido processo legal (judicial), quando então constituem prova para eventual condenação das pessoas jurídicas, nos limites da persuasão motivada do juiz (art. 131/CPC).

Tanto o Ministério Público quanto os entes federativos poderão ajuizar ação para a aplicação das sanções, contidas no artigo 19 da Lei 12.846/2013, às pessoas jurídicas infratoras.

Essa legitimidade *ad causam* é concorrente e disjuntiva, isto é, qualquer um dos legitimados pode propor a ação, sem a autorização do outro, mas o ajuizamento da demanda por um não exclui o ingresso do outro no processo.

46 *Mutatis mutandis*, essa é a orientação do Supremo Tribunal Federal, em relação ao empréstimo de prova obtida em investigação criminal, para a sua utilização em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas: “PROVA EMPRESTADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos” (Inq 2424 QO, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00055 EMENT VOL-02286-01 PP-00109 RTJ VOL-00205-02 PP-00638). No mesmo sentido, é a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: RMS 33.628/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 12/04/2013; MS 14.140/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/09/2012, DJe 08/11/2012; MS 15.787/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/05/2012, DJe 06/08/2012. Quanto a comunicabilidade entre o juízo cível e o penal, para fins de empréstimo da prova, conferir: STJ, REsp 678.143/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 30/04/2013.

O Ministério Público, quando não tiver ajuizado a ação civil pública, atuará, obrigatoriamente, como fiscal da lei (art. 5º, par. 1º, da Lei 7.347/85), sob pena de nulidade (arts. 84 e 246 do CPC).

Por outro lado, quando o Ministério Público tiver ajuizado a ação, poderá o ente federativo legitimado habilitar-se como *litisconsorte* (art. 5º, par. 2º, da Lei 7.347/85).

O artigo 21 da Lei 12.846/85, ao submeter o procedimento da ação de responsabilização objetiva da pessoa jurídica ao procedimento da Lei 7.347/85, permitiu que técnicas processuais inerentes ao processo coletivo sejam aplicadas no combate à corrupção.

Vale destacar o artigo 2º da Lei 7.347/85 que traz regra de competência funcional absoluta, obrigando a propositura da ação no foro do local, onde acontecer ou deva ocorrer o dano. Ainda, torna prevento o juízo para processar e julgar as ações posteriores que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. Assim, ação civil pública de improbidade administrativa deverá ser analisada pelo mesmo órgão judicial que recebeu a ação de responsabilização objetiva da pessoa jurídica, o que torna mais fácil e rápida a compreensão dos fatos e, conseqüentemente, o julgamento da causa.

Não obstante o artigo 292, § 1º, do Código de Processo Civil afirmar que, para se admitir a cumulação de pedidos, é necessário o procedimento seja adequado a todos os pedidos, e que o artigo 17, § 7º, da Lei 8.429/92 exige a defesa preliminar antes do recebimento da petição inicial, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o cúmulo dos pedidos de ressarcimento dos danos ao erário com as demais sanções contidas no artigo 12 da Lei 8.429/92, considerando que, prescritas estas sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa, o processo pode prosseguir para o ressarcimento dos danos causados ao erário⁴⁷.

Nesse raciocínio, não parece inadequado admitir o cúmulo da ação civil pública de improbidade administrativa com a ação civil pública de responsabilização objetiva da pessoa jurídica, pelos atos praticados na Lei 12.846/2013, pois, ainda que tal lei não verse apenas sobre a obrigação de reparação integral dos danos ao erário público, está sujeito ao procedimento da lei de ação civil pública (art. 21). Nessa hipótese de cúmulo de ações,

47 STJ, REsp 1331203/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 11/04/2013; EREsp 1218202/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 28/09/2012; REsp 1089492/RO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 18/11/2010.

contudo, para não ser minimizada a garantia da defesa preliminar, há de ser respeitado, na fase inicial do procedimento, as regras contidas no artigo 17, § 7º, 8º e 9º da Lei 8.429/92.

Outras vantagens processuais da aplicação da Lei 7.347/85 à Lei 12.846/2013 são a concessão de liminar, sem a oitiva da parte contrária (*inaudita altera pars*), para tutelar a situação de urgência (art. 12 da Lei 7.347/85), a desnecessidade do recurso de apelação sujeitar-se ao efeito suspensivo do artigo 520 do Código de Processo Civil (art. 14 da Lei 7.347/85), a coisa julgada ser *erga omnes* (art. 16 da Lei 7.347/85), o Ministério Público estar isento do adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer despesas, nem sujeito aos ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé (art. 18 da Lei 7.347/85)⁴⁸, além de ser aplicável as disposições processuais constantes do Código de Defesa do Consumidor (art. 21 da Lei 7.347/85).

Além disso, o artigo 19, § 4º, da Lei 12.846/2013 assegura, ao Ministério Público e também à advocacia pública ou órgão de representação judicial ou equivalente, a possibilidade de ajuizar medida cautelar de indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado. Esta redação é melhor do que a constante no artigo 7º da Lei 8.429/92, a qual afirma que, quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável representar ao Ministério Público para a indisponibilidade dos bens do indiciado, pois permite que os órgãos da advocacia pública ou equivalente, sem perda de tempo, tomem as medidas judiciais necessárias para assegurar a reparação integral dos danos ao patrimônio público.

É importante observar que, para a concessão da medida judicial de indisponibilidade dos bens, a exemplo da exegese do artigo 7º da Lei 8.429/92, basta a existência de fortes indícios da prática dos atos contrários à Administração Pública, contemplados pela Lei 12.846/2013 (*fumus boni iuris*). Com efeito, é dispensável a prova da dilapidação patrimonial ou da sua iminência, pois o *periculum in mora* não decorre da intenção do agente de dissipar seu patrimônio, sendo inerente (implícito) a gravidade dos fatos e dos potenciais prejuízos causados ao erário público, que atinge toda a coletividade⁴⁹.

48 STJ, REsp 1177597/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 02/12/2010; EREsp 733.456/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 29/04/2011; EREsp 981.949/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/02/2010, DJe 15/08/2011; REsp 1065401/RS, Rel. Ministra ELLIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009.

49 STJ, REsp 1308865/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em

Por força do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e do artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública, aplicável aos atos da Lei 12.846/2003, nos termos do artigo 21, o Ministério Público poderá ajuizar todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela do patrimônio público. Nesse sentido, por exemplo, se a autoridade administrativa não tiver suspenso administrativamente os efeitos do ato objeto de investigação (art. 10, par. 2º, da Lei 12.846/2013) ou com a intervenção judicial, caberá ao Ministério Público ajuizar ação cautelar⁵⁰ para suprir tal omissão, até o ingresso da ação civil pública ou tomar as medidas de urgência, junto ou no curso desta ação, a fim de que a pessoa jurídica não continue a se beneficiar com os atos contrários à Administração Pública.

5. Conclusões

O enorme desvio de recursos públicos, pela prática de atos de corrupção, exigia, na esteira de Tratados e Convenções Internacionais assinados pelo Brasil, a elaboração de legislação que permitisse a aplicação de sanções rigorosas às pessoas jurídicas que, independentemente de seus dirigentes ou administradores, se beneficiavam, direta ou indiretamente, do dinheiro público.

A Lei 12.846/2013, ao disciplinar a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, tanto na esfera administrativa quanto na judicial, trouxe avanços importantes para o combate à corrupção no Brasil.

A nova Lei Anticorrupção reforça o papel do Ministério Público como agente de proteção do patrimônio público. Por isso, para que a defesa desse interesse difuso seja mais eficiente, a Lei 12.846/2013 deve ser interpretada no sentido de dar *maior efetividade* ao combate da corrupção no país.

Assim, o artigo 25 da Lei 12.846/2013 deve ser analisado à luz do artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, não podendo ser aplicado para impedir a reparação integral dos danos causados pelas pessoas jurídicas infratoras, devendo a prescrição quinquenal incidir apenas sobre as demais sanções contidas no artigo 19 da Lei Anticorrupção.

A Lei n. 12.846/2013 deve ser interpretada sistematicamente com as Leis 8.429/92 e 8.666/93, e as demais regras que versem sobre licitações

11/06/2013, DJe 25/06/2013; AgRg nos EREsp 1315092/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/05/2013, DJe 07/06/2013; REsp 1167776/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 24/05/2013.

50 Sobre as medidas cautelares de proteção ao patrimônio público, consultar, entre outros: MARQUES, Sílvio Antonio. *Improbidade administrativa. Ação civil e cooperação internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010. Pág. 161-180.

e contratos administrativos, podendo a pessoa jurídica ficar sujeita, no que couber, às sanções previstas nos artigos 12 da Lei de Improbidade Administrativa, 86-88 da Lei de Licitações e 47 da Lei 12.462/2013, embora a harmonização das sanções deva respeitar o critério adotado em cada legislação sobre a responsabilização objetiva ou subjetiva.

Verificada omissão da autoridade administrativa na imposição de sanções administrativas, o Ministério Público deverá ajuizar ação civil pública para promover a responsabilização administrativa integral da pessoa jurídica infratora (interpretação conjunta dos artigos 20 e 30 da Lei 12.846/2013).

O rol dos atos lesivos à Administração Pública, contido no artigo 5º da Lei 12.846/2013, é exemplificativo, devendo tal regra ser interpretada teleologicamente, para punir todo ato, praticado por pessoa jurídica, que atentar contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, ou contra os princípios da Administração Pública, ou, ainda, contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Não é indispensável a existência de dano efetivo para a responsabilização objetiva da pessoa jurídica, devendo cada hipótese ser analisada à luz do tipo descrito no artigo 5º da Lei 12.846/2013. Além disso, a obtenção, ou não, da vantagem, e a consumação, ou não, da infração são critérios para a aplicação das sanções (arts. 7º, inc. II e III, e 19, par. 4º, da Lei Anticorrupção).

São passíveis de responsabilização civil objetiva as ações das pessoas jurídicas que dificultarem as atividades de investigação ou de fiscalização do Ministério Público, no inquérito civil e na ação civil pública, como a sonegação indevida de informações, a destruição de elementos de provas, a criação de obstáculos ao exame de documentos ou a realização de perícias (exegese do artigo 5º, inc. V, combinado com o artigo 19 da Lei 12.846/2013). Se a pessoa jurídica infratora for condenada em danos morais coletivos, os valores deverão ser revertidos em benefício do próprio Ministério Público (art. 24 da Lei 12.846/2013).

O Ministério Público, apesar de não participar dos acordos de leniência, deve ter acesso aos termos do acordo - ainda que sigilosos - para que possa desenvolver investigações, em conjunto ou em paralelo com os órgãos da administração, verificar a legalidade, a moralidade e a efetividade dos acordos celebrados e, se constatar a omissão das autoridades competentes, ajuizar ação civil pública para promover a integral responsabilização da pessoa jurídica infratora ou, caso os acordos de leniência estiverem em desacordo com o ordenamento jurídico, buscar a sua anulação judicial.

É cabível o compromisso de ajustamento de conduta, por iniciativa do Ministério Público, para a reparação integral dos danos causados pela pessoa jurídica infratora, tornando, para este fim, prescindível o ajuizamento da ação prevista no artigo 19 da Lei 12.846/2013.

O artigo 21 da Lei 12.846/85, ao submeter o procedimento da ação de responsabilização objetiva da pessoa jurídica ao procedimento da Lei 7.347/85, possibilitou o emprego de técnicas processuais diferenciadas no combate à corrupção, como a obrigatoriedade do Ministério Público atuar como fiscal da lei, quando não for parte, sob pena de nulidade, a habilitação do ente público lesado como litisconsorte do Ministério Público, a regra de competência funcional absoluta do foro, onde acontecer ou deva ocorrer o dano, a prevenção do juízo para processar e julgar ações posteriores com a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, a possibilidade de ajuizamento todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela do patrimônio público, a concessão de liminar *inaudita altera pars*, a inexistência da regra do efeito suspensivo às apelações, a coisa julgada *erga omnes* e a isenção do pagamento, pelo Ministério Público, de custas e despesas processuais, salvo comprovada má-fé.

Referências bibliográficas

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. *Pressupostos da responsabilidade civil objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAÚJO, Felipe Dantas. *Corrupção e novas concepções de direito punitivo: rumo a um direito de intervenção anticorrupção?* *Revista de Direito Internacional*, v.8, n.2, jul/dez 2011.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERTONCINI, Mateus. *Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/92*. São Paulo: RT, 2007.

BERCLAZ, Márcio Soares. *A natureza político-jurídica dos Conselhos Sociais no Brasil: uma leitura a partir da política da libertação e do pluralismo jurídico*. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná em 08 de março de 2013.

BOTELHO, Ana Cristina Melo de Pontes. *Corrupção política. Uma patologia social*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CERQUEIRA, Luís Otávio *et alli*. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo, RT, 2010, p. 59.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

FERNANDES, Antonio Scarance; ESSADO, Thiago Cintra Essado, *Corrupção: Aspectos Processuais*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 89, Mar / 2011.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e*

legislação complementar. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

GOULART, Marcelo Pedrosa. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

GRAU, Eros Roberto *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GHIZZO NETO, Affonso. *Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética. 2010.

MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade administrativa*. Ação civil e cooperação internacional. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo, Malheiros, 2001.

MIRANDA, Gustavo Senna. *Princípio do Juiz Natural e sua Aplicação na Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2006.

MOURA, Angela Giovanini. *A atuação do Ministério Público no combate à corrupção: oportunidade de resgate da cidadania*. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v.12, n.23, jan/jun 2011.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta. Teoria e análise de casos práticos*. São Paulo: RT, 2010.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl; ROCHA; Iggor Gomes; REIS, Felipe Andres Pizzato. *Combate à corrupção nas licitações e contratos públicos: questões centrais do Projeto de Lei nº 6.826/2010*. In: GONÇALVES, Guilherme de Salles, GABARDO, Emerson (Coord.). *Direito da Infraestrutura: temas de organização do Estado, serviços públicos e intervenção administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *A corrupção como desvio de recursos público* (A agressão da corrupção aos direitos humanos). *Revista dos Tribunais*, vol. 820, fevereiro de 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 30, 11 de fevereiro de 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004.

SIMÃO, Calil. *Improbidade administrativa. Teoria e prática*. Leme: J. H. Mizuno, 2011.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes de Carvalho Sobral de. *Corrupção e improbidade. Críticas e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974.

TREVISAN, Antoninho Marmo; CHIZZOTTI, Antonio; LANHEZ, João Alberto; CHIZZOTTI, José; VERILLO, Josmar. *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*. São Paulo: Uol, 2003.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NOVA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS - N. 12.850/13

Onofre José Carvalho Agostini¹

Marcos Dagoberto Cardoso Delavi²

Guilherme Brito Laus Simas³

Resumo: O estudo em referência delinea e explicita, embrionariamente, as principais inovações trazidas pela Lei n. 12.850/13, dentre elas, a evolução do conceito de organizações criminosas no ordenamento jurídico pátrio, a criação do crime autônomo, os meios de obtenção de provas e o procedimento criminal, fazendo uma leitura voltada aos direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Organizações Criminosas. Novo Conceito. Crime Autônomo. Procedimento Criminal. Direitos Fundamentais.

Abstract: *The study in reference outlines and explains, in embryo, the main innovations brought by Law no. 12.850/13, among them the evolution of the concept of criminal organizations in the national legal system, the creation of autonomous crime, the means of obtaining evidence and criminal procedure, doing a reading dedicated to fundamental rights.*

Key-Words: *Criminal Organizations. New Concept. Autonomous Crime. Criminal Procedure. Fundamental Rights.*

1 Promotor de Justiça/Coordenador do Centro de Apoio Operacional Criminal – MPSC

2 Assessor Jurídico do Ministério Público – MPSC

3 Técnico do Ministério Público – MPSC

Introdução

Atualmente, no cenário mundial, estamos vivenciando a globalização da economia e do mercado, que trouxe consigo a expansão do crime organizado, sem o correspondente acompanhamento da justiça e dos direitos e garantias fundamentais. A fraqueza deste sistema jurídico internacional conduz a um cenário de regressão social, no qual vigora a “lei do mais forte”, sob o domínio do crime organizado (terrorismo interno ou internacional, máfias, narcotraficantes, exploração ilícita dos jogos etc).⁴

Em âmbito nacional, o legislador tenta aperfeiçoar os instrumentos para combater esse avanço da criminalidade, como ocorreu no caso da edição da Lei n. 12.850/13. Essa legislação introduz novidades no ordenamento jurídico pátrio, alterando conceitos e procedimentos antes positivados, com o intuito de trazer mais eficiência nas ações do Estado.

Em 1995, foi promulgada a Lei n. 9.034 (agora revogada), que dispunha sobre os meios de investigação e provas relacionadas a ações praticadas por organizações criminosas. No entanto, o referido texto legal foi omissivo ao não conceituar o que seria uma organização criminosa, restando esse trabalho para os intérpretes do direito.

Diante desse impasse, a doutrina dividiu-se em duas correntes a fim de preencher esta lacuna legislativa:

1ª Corrente: o conceito de organizações criminosas poderia ser extraído do artigo 2º, “a”, do Decreto n. 5.015/04, que incorporou ao ordenamento brasileiro a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo:

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.

Essa corrente foi encampada pelo Superior Tribunal de Justiça em 2008, conforme se observa no seguinte acórdão:

HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. INCISO VII DO Artigo 1.º DA LEI N.º 9.613/98. APLICABILIDADE. **ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONVENÇÃO DE PALERMO APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO N.º 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E**

4 GOMES, Luiz Flávio. <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada/> Acesso em 2/9/2013.

PROMULGADA PELO DECRETO N.º 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004.

AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL.

2. Capitulação da conduta no inciso VII do artigo 1.º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por **organização criminosa, sendo esta disciplinada no artigo 1.º da Lei n.º 9.034/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Precedente.**⁵

2ª Corrente: em contraposição ao entendimento anterior, esta corrente afirmava que o conceito de organizações criminosas não poderia ser extraído da Convenção de Palermo, como observamos dos comentários de Luiz Flávio Gomes:

1º) a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade (ou de certeza), que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade;

2º) a definição dada, caso seja superada a primeira censura acima exposta, vale para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno; de outro lado, é da essência dessa definição a natureza transnacional do delito (logo, delito interno, ainda que organizado, não se encaixa nessa definição). Note-se que a Convenção exige “(...) 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 Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Todas as infrações enunciadas na Convenção versam sobre a criminalidade transnacional. Logo, não é qualquer criminalidade organizada que se encaixa nessa definição. Sem a singularidade da transnacionalidade não há que se falar em adequação típica, do ponto de vista formal;

3º) definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito penal interno

⁵ STJ, HC 77.771/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 30/5/2008, DJe 22/9/2008.

em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*).⁶

O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o tema, no ano de 2012, filiou-se à segunda corrente, entendendo que o conceito de organização criminosa não poderia ser extraído da Convenção de Palermo, restando esta conduta atípica, conforme observamos na ementa do mencionado julgado:

TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. **O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria.**⁷

Diante dessa posição do STF, o Congresso Nacional apressou-se para apresentar uma solução a essa falta de definição normativa, o que resultou na Lei n. 12.694/12, que, enfim, conceituou organização criminosa como uma 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.

Ressalta-se, no entanto, que, apesar da Lei n. 12.694/12 conceituar organizações criminosas, ela não definiu um crime autônomo para a constituição/formação de organizações criminosas, como era o caso da quadrilha, hoje chamada de “associação criminosa”. Na realidade, ela apenas instituiu uma maneira de se praticar crimes, sujeita a meios de prova e procedimentos investigatórios diferenciados, que, por sua vez, também não foram detalhados, ficando indefinidos seus requisitos e limites.

Ferrajoli, ainda, delineou três grupos de crime organizado:

- **Criminalidade organizada estruturada por poderes criminais privados (organizações criminosas privadas):** são grupos violentos, agressivos, que se utilizam de ações armadas e também contam com substancial poder econômico, como, por exemplo, as organizações de tráfico de drogas;

6 Gomes, Luiz Flávio. Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo. Disponível em: <http://www.lfg.com.br> 6 de maio de 2009.

7 STF, HC 96.007, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 12/6/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07-02-2013 PUBLIC 08-02-2013.

- **Criminalidade organizada estruturada por poderes econômicos privados:** é uma derivação da primeira modalidade, tendo como características principais a utilização de grandes empresas para o cometimento de crimes e o não uso da violência, em regra. Ela nasce no mundo empresarial e depois se infiltra no poder público. Cita-se, como exemplo, cartéis de empreiteiras e demais corporações empresariais;
- **Criminalidade organizada estruturada por agentes públicos:** trata-se de uma forma de crime organizado que originalmente já nasce dentro dos poderes públicos, praticado por seus próprios agentes.⁸

1. Conceito

Atualmente, com a chegada da nova lei de organizações criminosas (Lei n. 12.850/13), oriunda do Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 150/2006, apresentado pela Senadora Serys Slhessarenko, houve uma alteração da definição de organização criminosa, ficando esta caracterizada por uma 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.

Portanto, as principais diferenças entre os conceitos podem ser melhor verificadas no seguinte quadro comparativo:

Lei n. 12.694/12	Lei n. 12.850/13
Associação de três ou mais pessoas	Associação de quatro ou mais pessoas
Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente	Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente
Objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza	Objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza

⁸ GOMES, Luiz Flávio. <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada/> apud FERRAJOLI, Luigi, em palestra ministrada na cidade de Tucuman, Argentina, em junho de 2012.

Lei n. 12.694/12	Lei n. 12.850/13
Mediante a prática de crimes	Mediante a prática de infrações penais
Pena máxima igual ou superior a 4 anos ou que seja de caráter transnacional	Pena máxima superior a 04 anos ou que seja de caráter transnacional

Em primeira análise, verifica-se que o número mínimo de agentes para a caracterização de uma organização criminosa aumentou de 3 (três) para 4 (quatro), alterou-se a expressão “crime” por “infrações penais”, e agora as infrações cometidas devem ter pena máxima superior a 4 (quatro) anos, afastando as com pena máxima igual ou inferior a 4 (quatro) anos, salvo se de caráter transnacional.

A exemplo do ocorrido com a modificação da lei de lavagem de capitais (Lei n. 12.683/12), o termo “crime” foi alterado por “infrações penais”. Apesar dessa expressão abranger as contravenções penais, o outro pressuposto de configuração é a pena máxima superior a 4 (quatro) anos, o que acaba por dificultar a possibilidade de ocorrência de contravenções, em virtude da elevada pena máxima, restando como eventual possibilidade de configuração do tipo apenas o caso de ter sido cometida a contravenção em caráter transnacional.

Todos os mencionados conceitos de organizações criminosas fazem referência à possibilidade de configuração desta no caso de infrações de caráter *transnacional*, por isso, faz-se necessário resgatarmos o artigo 3º da Convenção de Palermo, que considera infração de caráter transnacional quando:

- a) for cometida em mais de um Estado;
- b) for cometida num só Estado, mas uma parte substancial da sua preparação, planeamento, direção e controle tenha lugar em outro Estado;
- c) for cometida num só Estado, mas envolva a participação de um grupo criminoso organizado que pratique atividades criminosas em mais de um Estado; ou
- d) for cometida num só Estado, mas produza efeitos substanciais noutro Estado.

Em continuidade, a Lei n. 12.850/13 acabou por alargar ainda mais o âmbito de aplicação da norma, alcançando ainda as 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; bem como 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, além dos atos preparatórios ou de execução de atos terroristas, ocorram ou possam ocorrer em território nacional.

Portanto, verificam-se três principais requisitos para o reconhecimento da organização criminosa:

- **associação de 4 (quatro) ou mais pessoas:** percebe-se que há necessidade de uma reunião estável e permanente de, pelo menos, 4 (quatro) indivíduos, característica que a diferencia de um mero concurso de pessoas, que tem natureza efêmera e passageira;
- **estrutura ordenada que se caracteriza pela divisão de tarefas, ainda que informalmente:** geralmente, as organizações criminosas se caracterizam pela hierarquia estrutural, planejamento empresarial, uso de meios tecnológicos avançados, recrutamento de pessoas, divisão funcional das atividades, conexão estrutural ou funcional com o poder público ou com agente do poder público, oferta de prestações sociais, divisão territorial das atividades ilícitas, alto poder de intimidação, alta capacitação para a prática de fraude, conexão local, regional, nacional ou internacional com outras organizações;
- **finalidade de 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:** para a caracterização de uma organização criminosa, a associação deve ter por objetivo a obtenção de qualquer vantagem, seja ela patrimonial ou não, mediante a prática de infrações penais com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, ou que tenham caráter transnacional – nesse caso, pouco importa o quantum de pena cominado ao delito.⁹

Apesar de a Lei n. 12.850/13 ter dado novo conceito às organizações criminosas, Luiz Flávio Gomes, entre outros, entendem que o conceito de

9 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 558.

organização criminosa dado pela Lei n. 12.694/12 continua válido para os efeitos desta norma, havendo, então, dois conceitos concorrentes, que serão aplicados a depender do caso específico.¹⁰

De outro lado, temos Cezar Roberto Bitencourt¹¹ e Eugênio Pacelli de Oliveira, que afirmam ter havido uma revogação parcial da Lei n. 12.694/12:

Embora a Lei 12.850/13 não se refira à eventual revogação *parcial* da Lei 12.694/12, precisamente no que respeita à definição de organização criminosa, pensamos não ser mais possível aceitar a superposição de conceitos em tema de tamanha magnitude. Do contrário, teríamos que conviver com um conceito de organização criminosa *especificamente ligada à formação do Colegiado de primeiro grau* (Lei 12.694/12), e com outro, da Lei 12.850/13, aplicável às demais situações.

É certo que a Lei Complementar 95/98, alterada pela LC 107/01, exige que a cláusula de revogação de lei nova deve enumerar, expressamente, as leis e disposições revogadas (artigo 9º), o que não parece ter ocorrido na legislação objeto de nossas considerações (Lei 12.850/13). Nada obstante, o descuido legislativo quanto à respectiva técnica não poderá impor a convivência de normas jurídicas incompatíveis. Assim, e com o objetivo de unificarmos o conceito de organização criminal na ordem jurídica nacional, pensamos que deverá prevalecer, para quaisquer situações de sua aplicação, a definição constante do artigo 1º, da Lei 12.850/13.¹²

Com a devida vênia, coadunamos com o entendimento de Pacelli e Bitencourt no que diz respeito à não coexistência de dois conceitos distintos de organizações criminosas, devendo ser utilizado o mencionado na nova Lei n. 12.850/13, que revogou tacitamente o anterior conceito.

2. Crime autônomo

Em seu artigo 2º, por sua vez, a Lei n. 12.850/13 tipificou o crime autônomo de promover, constituir, financiar ou integrar organizações criminosas e ainda dispôs sobre causas de aumento e agravantes de pena:

Artigo 2 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.

Os núcleos do tipo legal são:

10 GOMES, Luiz Flávio. <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada/> Acesso em 02/09/2013.

11 BITENCOURT, Cezar Roberto. <http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa/> Acesso em 17/9/2013.

12 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em 26/08/2013.

- promover: significa estimular, impulsionar, dar força, facilitar ou fomentar a organização criminosa;
- constituir: significa criar, abrir, colocar em marcha ou em movimento, compor, estabelecer, dar vida à organização criminosa;
- financiar: significa arcar com seus custos, pagar suas despesas, dar ajuda financeira para a movimentação do grupo;
- integrar: significa fazer parte, associar-se, agregar, juntar-se (à organização criminosa).¹³

Ponto de grande discussão, na doutrina e na jurisprudência, certamente será a possibilidade, ou não, de punição cumulativa entre o crime autônomo do artigo 2º dessa lei com a causa de aumento prevista no artigo 1º, § 4º, da Lei de Lavagem de Capitais, que assim dispõe:

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

Ou seja, caso uma pessoa integre uma organização criminosa e, por intermédio desta, oculte ou dissimule a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, poderá ela ser punida pelo prática do crime previsto no artigo 2º da Lei n. 12.850/13 c/c artigo 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/98?

Uma primeira corrente já se apresenta entendendo que essa cumulação não é possível, por caracterizar *bis in idem*, como denota-se das palavras de Cezar Bitencourt:

Entendemos que não é admissível essa dupla punição, pois, nessa hipótese particular, estamos diante da valoração do mesmo fato para efeito de ampliação da sua punição que caracterizaria o ne bis in idem. De modo que se o agente já é punido mais severamente pelo fato de praticar o crime de lavagem de dinheiro na condição de integrante de organização criminosa, esse mesmo fato, isto é, sua participação em organização criminosa não poderá caracterizar de forma autônoma o novo crime do artigo 2º da Lei 12.850/2013. Esse nosso entendimento encontra respaldo no conflito aparente de normas, sob a ótica do princípio da especialidade, aplicando apenas uma das duas punições, ou seja, somente a lavagem de capitais com sua respectiva causa de aumento (§ 4º do artigo 1º da Lei 9.613), qual seja, cometida “por intermédio de organização criminosa”.

13 GOMES, Luiz Flávio. <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada/> Acesso em 2/9/2013.

Apesar da argumentação proposta pelo ilustre jurista, ousamos discordar, entendendo que os delitos em análise são autônomos e independentes, podendo ser aplicada cumulativamente a causa de aumento de pena prevista no artigo 1º, § 4º, da Lei 9.613/98 e o delito autônomo do artigo 2º, da Lei n.12.850/13.

O raciocínio da autonomia dos delitos aqui tratado é o mesmo aplicado à alegação de *bis in idem* entre o crime de associação criminosa (antiga quadrilha), previsto no artigo 288 do CP, e a causa de aumento em razão do concurso de agentes no crime de roubo, prevista no artigo 157, § 2º, II, CP.

Seguindo nesta esteira de pensamento, colacionamos o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, que já tratava da independência dos crimes:

EMENTA: Quadrilha (ou quadrilha armada) e roubo com majoração de pena pelo emprego de armas e pela prática em concurso de agentes: compatibilidade ou não: análise das variações da jurisprudência do STF: opção pela validade da cumulação da condenação por quadrilha armada, sem prejuízo do aumento da pena do roubo por ambas as causas especiais. **A condenação por quadrilha armada não absorve nenhuma das duas cláusulas especiais de aumento da pena de roubo previstas no artigo 157, § 2º, I e II, do C. Penal: tanto os membros de uma quadrilha armada podem cometer o roubo sem emprego de armas, quanto cada um deles pode praticá-lo em concurso com terceiros, todos estranhos ao bando.**¹⁴

Em julgados mais recentes, o Superior Tribunal de Justiça tem aplicado o mesmo entendimento aqui exposto:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. QUADRILHA OU BANDO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO Artigo 41 DO CPP. CONTRADIÇÕES TESTEMUNHAIS. DESCLASSIFICAÇÃO DELITIVA. AFASTAMENTO DE CONCURSO MATERIAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. QUESTÕES QUE DEMANDAM IMERSÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. INCOMPATIBILIDADE. APLICAÇÃO CUMULATIVA DA CIRCUNSTÂNCIA DE CONCURSO DE PESSOAS COM O DELITO DE QUADRILHA OU BANDO. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA STJ Nº 243. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. **III. Não se caracteriza *bis in idem* a condenação por crime de quadrilha armada e roubo qualificado pelo uso de armas e concurso de pessoas, tendo em vista a autonomia e independência dos delitos. Precedentes.**¹⁵

14 STF, HC 76213, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 14/04/1998, DJ 22-05-1998 PP-00003 EMENT VOL-01911-01 PP-00185

15 STJ, HC 179.182/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 14/02/2012.

O § 7º do artigo 2º da Lei n. 12.850/13, a seu turno, dispõe que, caso haja indícios de participação de policial nos crimes tratados nessa nova Lei, a Corregedoria da Polícia instaurará inquérito policial e comunicará o Ministério Público para que designe membro para acompanhar o feito. Trata-se de desdobramento lógico do controle externo da atividade policial, exercido pelo Ministério Público. No entanto, isto não impede que o *parquet* conduza a sua própria investigação, conforme interpretação resultante dos diversos debates acerca da PEC 37. Nesse sentido, Sidney Eloy Dalabrida:

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*. O dispositivo sob análise se refere expressamente à “*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.¹⁶

O Capítulo II trata da investigação e dos meios de obtenção da prova. A fim de estabelecer distinções entre essas duas expressões, utilizamos as palavras de Nucci:

Meios de prova: são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo. Podem ser lícitos – os admitidos pelo ordenamento jurídico – ou ilícitos – contrários ao ordenamento, logo, vedados pela Constituição Federal (artigo 5º, LVI). Os meios de prova lícitos devem ser ponderados pelo juiz na formação do seu livre convencimento (artigo 155, caput, do CPP, com nova redação determinada pela Lei 11.690/2008), embora sempre fundamentado (artigo 93, IX, CF).

Procedimentos Investigatórios: a expressão utilizada significa o método pelo qual a autoridade competente pode empreender as diligências necessárias para descobrir e apurar a prática da infração penal e sua autoria. Não há, pois, o sentido jurídico-processual específico de representar o modo de desenvolvimento do processo, nem tampouco o desencadear do inquérito policial (ato após ato, num conjunto único e harmônico, como se diz, por exemplo, quanto ao procedimento comum ou especial do processo penal). Pode haver *procedimento investigatório* (forma de busca da verdade dos fatos) em qualquer fase da persecução penal, que abrange tanto a fase do inquérito quanto a instauração em juízo.¹⁷

O artigo 3º estabelece como meios de obtenção de prova na investigação desse crime a colaboração premiada, a captação ambiental de

16 DALABRIDA, Sidney Eloy. <http://atualidadesdodireito.com.br/henriqueziesemer/2013/09/12/a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-n-12-8502013/> Acesso em 17/9/2013.

17 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 7. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 91.

sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a ação controlada, o acesso a dados cadastrais, a interceptação telefônica, a quebra dos sigilos bancário e fiscal, a infiltração em atividades de investigação e a cooperação entre os órgãos de instituições e órgãos federais, estaduais, municipais e distritais.

Além disso, o agente envolvido em organizações criminosas ainda fica sujeito a outros gravames:

- sujeição do preso provisório ou do condenado ao RDD (LEP, artigo 52, § 2º);
- realização de interrogatório por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (CPP, artigo 185, § 2º, I);
- impossibilidade de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado de drogas (Lei n. 11.343/06, artigo 33, § 4º);
- aumento da pena do crime de lavagem de capitais de um a dois terços se o crime for cometido por intermédio de organização criminosa (Lei n. 9.613, artigo 1º, § 4º, com redação dada pela Lei n. 12.683/12).¹⁸

3. Colaboração premiada

O instituto da colaboração ou delação premiada é um instrumento de investigação criminal que permite uma recompensa legalmente preestabelecida a ser concedida pelo Estado ao investigado/indiciado/acusado (e agora condenado) em troca da sua efetiva cooperação com os órgãos de persecução penal na elucidação das infrações penais, podendo resultar na redução de sua pena e até mesmo na extinção da punibilidade pelo perdão judicial. Na lição de Guilherme de Souza Nucci:

(...) delatar significa acusar, denunciar ou revelar. Processualmente, somente tem sentido falarmos em delação, quando alguém, admitindo a prática criminosa, revela que outra pessoa também o ajudou de qualquer forma. Esse é um testemunho qualificado, feito pelo indiciado ou acusado.¹⁹

A Lei n. 12.850/13 tratou o tema sob a denominação de “colaboração premiada”. A opção do Legislador por essa nomenclatura pode se justificar tanto pela controvérsia doutrinária em que se discute se “delação premiada” e “colaboração premiada” são expressões sinônimas ou institutos diversos,

18 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 559.

19 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 408

quanto pelas críticas que o instituto recebe também da doutrina ao argumento de se constituir um incentivo a valores antiéticos e contrários à moral, associados à ideia de traição. Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima pondera:

Nessa linha, segundo Luiz Flávio Gomes, delação premiada e colaboração à Justiça não são expressões sinônimas, sendo esta última dotada de mais larga abrangência. O imputado, no curso da *persecutio criminis*, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros, fornecendo, por exemplo, informações acerca da localização do produto do crime, caso em que é tido como mero colaborador. Pode, de outro lado, assumir a culpa (confessar) e delatar outras pessoas – nessa hipótese é que se fala em delação premiada (ou chamamento de corrêu). Só há falar em delação se o investigado ou acusado também confessa a autoria da infração penal. Do contrário, se a nega, imputando-a a terceiro, tem-se simples testemunho. A colaboração premiada funciona, portanto, como o gênero, do qual a delação premiada seria espécie.

É bem verdade que a referência à expressão *delação premiada* é muito mais comum na doutrina e na jurisprudência. No entanto, preferimos fazer uso da denominação *colaboração premiada*, quer pela carga simbólica carregada de preconceitos inerentes à *delação premiada*, que traz insita a ideia de traição, quer pela incapacidade de descrever toda a extensão do instituto, que nem sempre se limita ao mero chamamento de corrêu. Com efeito, a chamada “delação premiada” (ou chamamento de corrêu) é apenas uma das formas de colaboração que o agente revelador pode concretizar em proveito da persecução penal.²⁰

Independentemente da nomenclatura utilizada, o assunto já foi tratado em nosso ordenamento jurídico nas seguintes normas: Decreto-Lei n. 1.001/1969 (Código Penal Militar), no Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940), na hipótese do crime de extorsão mediante sequestro (§ 4º do artigo 159 – redação dada pela Lei n. 9.269/1996), bem como nas Leis n. 8.072/90 (Crimes Hediondos), n. 8.884/94 (Lei Antitruste), n. 8.137/90 (Crimes contra a Ordem tributária), n. 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), n. 9.034/95 (Organizações Criminosas), n. 9.613/98 (Lavagem de Capitais), n. 9.807/99 (Proteção a Vitimas e Testemunhas) e n. 11.343/06 (Drogas).

De igual modo, em que pesem as discussões referentes à sua compatibilidade com a Constituição da República, o instituto da delação premiada foi admitido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da famosa Ação Penal n. 470 (chamado julgamento do “mensalão”). Naquela oportunidade, o Plenário, ao fundamentar a dosimetria da pena do réu colaborador, sustentou que:

²⁰ *In*: Legislação criminal especial comentada. Niterói, RJ:Ímpetus, 2013. p. 3.

admitiu-se a delação premiada (Lei 9.807/99: “Artigo 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços”) para fins de redução da pena, à exceção do Revisor. O Min. Luiz Fux distinguiu a delação do instituto da confissão. Assinalou que a confissão seria pro domo sua, ou seja, quem o faria teria ciência da obtenção de atenuação da pena. Já a delação seria pro populo, em favor da sociedade, porquanto a colaboração serviria para todo e qualquer delito, de modo a beneficiar a coletividade.²¹

Esse precedente da Suprema Corte enfraqueceu substancialmente a corrente doutrinária que sustentava a inconstitucionalidade da colaboração premiada sob o argumento de se tratar de um instrumento de cunho moral duvidoso e repugnável na persecução penal.

A Lei n. 9.807/99 (Programa de Proteção a Testemunhas) foi pioneira ao permitir o perdão judicial ao acusado que tenha colaborado com a investigação criminal. Segundo o texto da Lei, quanto ao indiciado e ao acusado (não primário/reincidente), é possível apenas a redução de pena.

Artigo 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o **perdão judicial** e a conseqüente extinção da punibilidade **ao acusado** que, sendo **primário**, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Artigo 14. O **indiciado ou acusado** que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá **pena reduzida** de um a dois terços.

Observa-se que o perdão judicial não foi previsto para o acusado reincidente na Lei n. 9.807/99 e também que os benefícios são destinados apenas aos colaboradores “indiciados ou acusados”. A Lei n. 12.850/13,

21 STF: AP 470/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 28/11/2012. (Informativo 690 do STF)

por sua vez, expandiu a abrangência do instituto da colaboração premiada facultando o perdão judicial “àquele que tenha colaborado”, possibilitando, em tese, que uma pessoa que não seja o indiciado ou acusado possa ser beneficiado.

A concessão dos benefícios oriundos da colaboração prestada sempre levará em consideração a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e repercussão social do fato, além da eficácia dos resultados da colaboração previstos no artigo 4º da Lei n. 12.850/13, os quais estão dispostos na seguinte ordem:

- I. a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II. a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III. a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV. a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V. a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

É importante destacar que os benefícios previstos na Lei em referência possuem caráter pessoal e serão aplicados tão somente àqueles que colaborarem, efetiva e voluntariamente, com as investigações na medida²².

A nova Lei de Organizações Criminosas inovou ao permitir expressamente o benefício ao colaborador já condenado que ainda esteja cumprindo pena, possibilitando a este ter sua pena reduzida até a metade ou admitindo a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos, conforme artigo 4º, § 5º.²³

Antes da Lei, diante da ausência de previsão legal, caso houvesse a oportunidade de se obterem informações de uma pessoa já cumprindo pena definitiva, a única alternativa seria buscar, no juízo competente e na administração da unidade prisional, a possibilidade de oferecer ao condenado alguma espécie de regalia dentro do próprio ergástulo, dentro dos limites legais, é claro, em troca da sua efetiva colaboração.

22 LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação criminal especial comentada*. Niterói, RJ:Ímpetus, 2013. p. 16.

23 Se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Criou-se, também, mais uma hipótese de o Ministério Público deixar de oferecer denúncia, mitigando o princípio da obrigatoriedade, além da possibilidade de suspensão do prazo para oferecimento da peça acusatória, com a consequente suspensão do prazo prescricional (artigo 4º, §§ 3º e 4º).

A possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia já era aventada por parte da doutrina, sustentada por uma concepção de que o instituto da delação premiada se trata de um poder-dever do juiz, uma vez preenchidos todos os requisitos legais pelo colaborador. Nesse sentido:

Não obstante a lei utilizar-se da forma verbal *poderá*, no sentido semântico de mera faculdade, consolidou-se na doutrina e na jurisprudência o entendimento jurídico de se tratar de um *poder-dever*, que obriga o Magistrado a conceder o benefício sempre que as condições objetivas e subjetivas previstas no direito positivo estiverem presentes no caso concreto sob exame judicial. Nessa linha de raciocínio, o perdão judicial não deve ser entendido como um mero favor a ser concedido pelo Estado-Juiz, mas como um direito individual condicionado à satisfação de determinados requisitos legais. Presentes tais requisitos, indicadores de uma situação fática de perfeita correspondência com o quadro de exigência legal, é evidente que o Magistrado não poderá arbitrariamente negar a concessão do instituto despenalizador. Por isso mesmo, pode-se dizer que, no plano abstrato e genérico da lei positiva, trata-se de uma simples faculdade, que se transforma num verdadeiro *poder-dever* no momento em que o indivíduo-infrator atende plenamente às exigências estabelecidas na própria lei criadora do referido benefício penal.²⁴

Exemplificando, o indivíduo já indiciado, no momento do oferecimento da denúncia, identifica todos os coautores e partícipes, localiza a vítima com sua integridade física preservada e/ou colabora para a recuperação total do produto do crime. O promotor de justiça percebe que todos os requisitos do artigo 13 da Lei n. 9.807/99 foram atendidos, mas o indivíduo ainda não foi denunciado, como exige o dispositivo em questão. Dessa forma, considerando que se trata de um poder-dever do magistrado, uma vez cumpridos todos os requisitos para a concessão do perdão judicial, o membro do Ministério Público poderia deixar de denunciá-lo diante da certeza de que a pena deixaria de ser aplicada ao final da demanda.

Ou seja, considerando a tese de que o preenchimento de todos os requisitos do artigo 13 da Lei em referência já na fase policial não ensejaria uma mera expectativa, mas um direito subjetivo, o membro do Ministério Público, ciente de que a ação penal estaria inapta a ensejar uma condenação, deixaria de denunciá-lo pela ausência de interesse de agir, pois o objetivo final da ação penal já estaria fadado ao insucesso.

24 LEAL, João José. *A Lei 9.807/99 e a figura do acusado-colaborador ou prêmio à delação*. In: RT 782/00. p. 451.

Deve-se deixar bem claro, no entanto, que a Lei n. 12.850/13 limita essa possibilidade nas hipóteses em que o colaborador for o primeiro a prestar a efetiva colaboração nos termos da Lei, sendo vedada nos casos em que ele for o líder da organização criminosa.

Outro aspecto a se ressaltar é que o juiz não participará das negociações para formalização do acordo de colaboração. No entanto, tal qual ocorre na proposta de transação penal, o acordo de colaboração não terá eficácia se não se submeter à homologação do juiz, que verificará a regularidade e a legalidade dos termos propostos, bem como a voluntariedade do colaborador. Nesse último caso, o magistrado poderá verificar este requisito mediante a sua oitiva, em sigilo, na presença do seu defensor.

Caso o acordo de colaboração não preencher os requisitos legais, o juiz poderá rejeitá-lo ou, ainda, havendo possibilidade, adequá-lo ao caso concreto respeitando as normas constitucionais, penais e processuais penais vigentes.

Assim, não há como afastar o instituto da colaboração premiada do Poder Judiciário, até mesmo porque o prêmio dessa colaboração é atrelado à pena, ou seja, à prestação jurisdicional. Mesmo nas hipóteses do § 4º, I e II, do artigo 4º da Lei em referência, a questão deverá ser submetida ao Judiciário para a efetiva verificação da sua validade.

Nesse contexto, mostra-se oportuna a transcrição dos ensinamentos do Juiz Federal Fausto Martin de Sanctis:

Verifica-se que o espectro normativo é amplo e autorizativo de tal forma que é possível hoje concretizar um “acordo” entre o suspeito/acusado e o Ministério Público, com a participação do magistrado, embora a legislação, quanto a este último aspecto, não seja clara. Entretanto, seria letra morta garantir às partes a delação premiada e não lhe conferir eficácia, dada a ausência de participação do Judiciário. A participação do Judiciário não pode, porém, comprometer a necessária independência deste, que deve estar livre para decidir quanto a conveniência de aplicação do instituto excogitado diante de todo o espectro verificado durante o procedimento autorizativo da delação premiada.²⁵

A sentença condenatória, por sua vez, não poderá ser fundamentada apenas nas declarações do agente colaborador. Agiu com a prudência necessária o Legislador nesse aspecto, pois a colaboração premiada passa a ser uma estratégia de defesa sedutora, apta a diminuir a pena ou até mesmo torná-la inaplicável.

25 SANCTIS, Fausto Martin de. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas, SP: Milenium, 2008. p. 125.

A delação premiada, desde a sua inserção no plano jurídico pátrio, *passou a se constituir um instrumento processual importante para a apuração da verdade real*²⁶. No entanto, ela deve ser vista com cautela, servindo de base para a obtenção de outras provas a partir das informações nela obtidas. Não se poderia fixar um decreto condenatório amparado apenas nas informações prestadas por alguém que quer se ver livre de uma condenação a todo custo.

Por outro lado, a Lei permite ao colaborador retratar-se da proposta. Nesse caso, em respeito ao princípio da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*) inserido implicitamente na previsão do direito ao silêncio do artigo 5º, LIII, da Constituição da República, a Lei determina que as provas incriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor (artigo 4º, § 10).

A Lei n. 12.850/13 finalmente normatizou o procedimento a ser seguido na colaboração premiada. Até então, havia a previsão legal do instituto apenas no seu aspecto material. A sua forma de operacionalização, apesar da existência de uma padronização mínima no âmbito nacional aplicada pelos agentes do Direito, dependia da logística de atuação adotada pelo Judiciário e pelo Ministério Público.

O termo de colaboração premiada, agora, necessariamente, deverá conter o relato da colaboração e de seus resultados possíveis, as condições propostas pelo representante do Ministério Público ou pelo delegado de polícia, a declaração expressa de aceitação do colaborador e do seu defensor, as respectivas assinaturas dos envolvidos, além da especificação das medidas de proteção, quando existentes.

Como não poderia ser diferente, o Legislador demonstrou preocupação com a segurança do colaborador, prevendo expressamente, no artigo 5º, os seus direitos:

- I. usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;
- II. ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- III. ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV. participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V. não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;

26 Op. Cit. p. 124.

VI. cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

A norma em questão, assim como já disposto no artigo 15 da Lei n. 9.807/99²⁷, assegura a proteção do colaborador com relação aos demais corréus. Logo, no âmbito do Estado de Santa Catarina, muito embora a norma só se refira a vítimas e testemunhas protegidas, não haveria óbice à aplicação do procedimento previsto na Seção XI (artigo 360-D e seguintes) do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça, incluída pelo Provimento n. 5, de 5 de março de 2010, daquele Órgão (antigo Provimento 14), cuja constitucionalidade já foi assentada pela Corte catarinense²⁸.

O respeito incondicional a esses direitos, em conjunto com as demais regras procedimentais previstas nessa Lei, é que torna possível o dispositivo que determina que o acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, ou seja, o que deixa de ser sigiloso é o teor do acordo, permanecendo em segredo as informações referentes à qualificação do colaborador, direito resguardado no artigo 5º, II.

Em que pese a Lei n. 12.850/13 ter dedicado uma seção à colaboração premiada, corrigindo a falha das legislações anteriores ao normatizar o seu procedimento, não há dúvidas que ainda se torna um instituto muito difícil de se operacionalizar. Muito embora seja uma ferramenta bastante sedutora para a persecução penal, ao nosso ver, o Estado ainda não conseguiu criar uma fórmula eficaz, apta a dismantelar as organizações criminosas com a devida segurança do colaborador.

Isso porque, pela atual redação da Constituição da República, *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação* (artigo 93, IX).

27 Artigo 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no artigo 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.

28 “O Provimento n. 14/2003, da Corregedoria Geral da Justiça deste Tribunal, está em consonância com o disposto na Lei 9.807/99, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas. Tal legislação preconiza em seu artigo 7º.” (Recurso Criminal n. 2012.017645-4. Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil. Julgado em 10.7.2012.)

A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, alterou o artigo 93, IX, da Constituição da República, mitigando a publicidade dos atos processuais em determinadas hipóteses legais, mas a regra da fundamentação das decisões judiciais continua sendo absoluta.

Assim, surgirão inúmeras situações em que, mesmo respeitadas à risca as regras procedimentais previstas na Lei n. 12.850/13 e todo o sigilo permitido pela legislação processual penal vigente (informações pessoais preservadas, condução em juízo em separado dos demais réus etc), o réu colaborador será identificável por força da fundamentação da sentença penal condenatória.

Portanto, deve-se ter muita cautela no momento de se utilizar do instituto da colaboração premiada, ponderando todos os elementos que envolvem a situação fática apresentada, para não submeter indevidamente o colaborador e sua família a um risco irreparável.

Por fim, cabe fazer a ressalva da possível inconstitucionalidade do artigo 4º, § 14²⁹, onde se verifica uma imposição do legislador para que uma pessoa renuncie ao direito constitucional de permanecer em silêncio. O direito ao silêncio é renunciável, claro, mas de forma voluntária e espontânea, jamais imposta, por isto, deve-se analisar com cuidado este dispositivo.

4. Ação controlada

Ação controlada, segundo definição do artigo 8º da Lei n. 12.850/13, consiste em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações. Guilherme Nucci ainda enriquece esse conceito assim tratando a ação controlada:

Ação controlada é o retardamento da realização da prisão em flagrante, mesmo estando a autoridade policial diante da realização do crime praticado por organização criminosa, sob o fundamento de se aguardar o momento oportuno para tanto, colhendo-se mais provas e informações. Assim, quando, futuramente, a prisão se concretizar, será possível atingir um maior número de envolvidos, especialmente, se viável, a liderança do crime organizado.³⁰

29 Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

30 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 7. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 91.

Na realidade, a ação controlada funciona como uma mitigação ao flagrante obrigatório (prorrogado, retardado ou diferido). A prisão continua sendo obrigatória, porém em momento posterior.

O procedimento em análise também é mencionado na Lei de Drogas (Lei n. 11.343/11) e na Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613/98). Em ambos os casos, a ação controlada só é possível mediante prévia autorização judicial. No caso da nova Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/13), exigiu-se apenas uma *comunicação* ao Juiz, que, por sua vez, comunicará o Ministério Público (artigo 8º, § 1º).

A antiga Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 9.034/95), no entanto, não fazia qualquer menção à autorização ou comunicação judicial, tendo inclusive o STJ entendido que não era necessária prévia permissão da autoridade judicial para a efetivação da ação controlada.³¹

A inovação trazida pela nova Lei é a menção de retardamento da intervenção “administrativa”. Antes, a Lei referia-se apenas à intervenção policial. Portanto, ampliou-se a possibilidade de ação controlada, abrangendo agora os agentes do Estado ligados a centrais de colheita de dados e fiscalização, embora sem pertencerem à polícia.

Estas autoridades administrativas que presidem investigações fazem-no no exercício do respectivo *poder de polícia* e não para a apuração de ilicitudes *exclusivamente* penais, tal como ocorre nas hipóteses de procedimentos fiscais, tributários, nas ações do Banco Central, dos Tribunais de Contas etc. As Comissões Parlamentares de Inquérito, por sua vez, detêm autoridade para a promoção de investigações, com poderes, inclusive, mais amplos que as policiais, por força do disposto no artigo 58, § 3º, da Constituição da República.³²

A Lei n. 12.850/13 ainda trata da ação controlada quando envolver transposição de fronteiras, sendo que esta somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

Uma das mais tradicionais formas de ação controlada já tinha sido prevista na Convenção de Palermo, com a alcunha de “entrega vigiada”, conforme artigo 2º, i:

31 STJ, HC 119205/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 29/9/2009, DJe 16/11/2009.

32 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em 26/8/2013.

i) "Entrega vigiada" - a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática;

O mencionado texto da ONU ainda vai além, em seu artigo 20, 4., tratando da interceptação das mercadorias:

4. As entregas vigiadas a que se tenha decidido recorrer a nível internacional poderão incluir, com o consentimento dos Estados Partes envolvidos, métodos como a interceptação de mercadorias e a autorização de prosseguir o seu encaminhamento, sem alteração ou após subtração ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias.

Portanto, nessa forma de ação controlada, a autoridade pode interceptar a mercadoria e autorizar que ela prossiga, sem alteração do seu conteúdo (entrega vigiada suja), ou pode subtrair ou substituir o conteúdo por produto lícito (entrega vigiada limpa).³³

Cumpre-nos afastar a possível alegação de afronta ao direito à não autoincriminação, como inclusive observa-se nos comentários de Maria Elizabeth Queijo, pois, inicialmente, a inexistência de advertência quanto ao *nemo tenetur se detegere* poderia gerar uma ideia de violação ao citado direito fundamental, em razão de que os averiguados acabariam por produzir provas em seu desfavor. No entanto, prevalece aqui o interesse público na persecução penal dos delitos, que justifica a restrição ao referido princípio, preponderando o princípio da proporcionalidade.³⁴

5. Infiltração de agentes

Há pesquisas idôneas dando conta de que o antecedente histórico mais importante do *agente encoberto* seria o *agent provocateur*, associado a atividades de espionagens francesas, e que, entre nós, ficou conhecido como o agente provocador, presente em situações de flagrante realizados a partir de sua intervenção.³⁵

Infiltração de agentes consiste em uma introdução dissimulada de pessoas integrantes da estrutura dos órgãos policiais em uma organização criminosa, passando eles a agir como um de seus integrantes, ocultando-se

33 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Niterói: Impetus, 2013. p. 573.

34 QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 368.

35 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em 26/08/2013. *Apud* PEREIRA, Flávio Cardoso. *Agente encubierto y proceso penal garantista: limites y desafios*. LERNER Editora, 2012, p. 358/359.

sua verdadeira identidade, com o objetivo precípua de obter informações capazes de permitir a desarticulação da referida organização.³⁶

A Convenção de Palermo prevê expressamente a possibilidade de utilização de operações de infiltração entre as técnicas especiais de investigação (artigo 20.1.), no entanto, ela trata da matéria de forma genérica, configurando como uma mera recomendação.

A antiga Lei de Organizações Criminosas (Lei n. 9.034/95) fez a primeira abordagem da matéria em âmbito nacional, no seu artigo 2º, inciso V, seguida pela Lei n. 11.343/06, em seu artigo 53, inciso I. Agora, com a nova Lei n. 12.850/13, a medida foi melhor regulamentada pelos artigos 10 a 14 e veio com o escopo de suprir as lacunas antes existentes.

Preliminarmente, percebe-se que foi retirada a possibilidade de infiltração de agentes de inteligência, permitindo-se esta técnica apenas aos agentes de polícia (estadual ou federal) em tarefas de investigação. No entanto, manteve-se a proibição de infiltração de particulares, chamados de “gansos” ou “informantes”. Observa-se, ainda, a possibilidade de um dos integrantes da organização colaborar com a investigação a fim de ser beneficiado com a colaboração premiada.

O legislador deixou expresso no artigo 10, § 2º, que esta medida será utilizada apenas nos casos em que houver indícios de infração penal praticada por meio das organizações criminosas definidas no artigo 1º da Lei, e se a prova não puder ser produzida por outros meios disponíveis. Portanto, é uma medida subsidiária e complementar, a *ultima ratio* das medidas investigatórias.

Continua sendo indispensável a prévia, circunstanciada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites, e agora possui prazo determinado de até 6 meses, sem prejuízo de eventuais renovações. O legislador não estipulou a quantidade máxima de renovações, cabendo ao Juiz aferir o termo da infiltração baseado nos critérios da razoabilidade, de acordo com o caso concreto, a depender da complexidade da organização criminosa.

Com relação ainda ao tempo da infiltração, a doutrina costuma classificá-la em duas espécies: *Light Cover*, com duração de até 6 meses; *Deep Cover*, com duração de mais de 6 meses.³⁷

Importante mencionar que se trata de uma medida cautelar *inaudita altera parte*, com contraditório postergado (ou diferido), a fim de preservar

36 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Niterói: Impetus, 2013. p. 582.

37 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 588.

a eficácia da própria investigação. Nem o advogado de defesa deverá ser cientificado com antecedência desta operação, invocando-se, para isso, a Súmula Vinculante n. 14 do STF.

Conforme artigo 11 da nova lei, a infiltração será representada pelo Delegado de Polícia ou requerida pelo Ministério Público, com a demonstração da necessidade da medida, alcance das tarefas e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração. Manteve-se a proibição de determinar a infiltração de ofício, pelo juiz, a fim de se afastar a imagem de juiz inquisidor e resguardar o sistema acusatório.

Acerca dos fundamentos judiciais exigíveis para deferimento do pedido de infiltração de agentes, Eugênio Pacelli os estipula da seguinte forma:

- a presença de elementos indicativos da existência da estrutura da organização voltada para a prática de delitos, tal como definida no artigo 1º, §1º. Não se pode exigir a prova segura dessa realidade, até por que, se assim fosse, seria desnecessária a produção de quaisquer outros elementos informativos;
- a insuficiência de outros meios de prova para a coleta de material comprobatório da organização. Deve-se observar, no ponto, que, por vezes, a comprovação da autoria ou da participação em organização criminosa não seja suficiente para esclarecer as circunstâncias acerca de sua estrutura, da divisão de tarefas e do *modus operandi* então utilizado;
- pensamos, então, que a infiltração deve ser *precedida* de outros meios de prova ainda que igualmente invasivos, como as interceptações de comunicações telefônicas e de dados, eventuais buscas e apreensões, desde que também se atendam, em relação a eles, as exigências e demais requisitos legais. Nesse sentido é também a doutrina de Flávio Cardoso PEREIRA (*Agente encubierto y proceso penal garantista: límites y desafíos*. cit. p.778;
- nas hipóteses de ação controlada, evidentemente, a deflagração de alguns meios de prova, como a busca e apreensão, por exemplo, ou de outras medidas cautelares, patrimoniais ou pessoais, poderá reduzir a nada os possíveis êxitos da investigação. Tais circunstâncias deverão ser abarcadas pela decisão judicial que determine a infiltração de agentes;
- que seja fixado, desde logo o prazo para a realização da medida, atentando-se o magistrado para as necessidades apontadas na representação da autoridade e na manifestação do Ministério Público, quando não for dele próprio o requerimento (artigo 10, *caput*, §1º, §3º;
- observância das exigências do disposto no artigo 11.³⁸

38 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. <http://eugenioacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em 26/8/2013.

A lei confere ao delegado o poder de representar ao Juiz para deferimento da medida de infiltração de agentes, havendo a necessidade de prévia manifestação do Ministério Público. A dúvida que aqui surge é na hipótese do Ministério Público manifestar-se contrariamente à infiltração. Neste caso o Juiz estará vinculado a este parecer?

De um lado, temos que, em respeito à titularidade da ação penal pelo Ministério Público, esse parecer deve vincular o Juiz. Caso contrário, do que adiantaria uma medida de infiltração, com todos os seus riscos para os envolvidos, se ao final desta o membro do *parquet* entendesse que não é caso de oferecimento de denúncia. Justamente, por isso que o legislador explicitou a oportunidade do Ministério Público se manifestar, se não fosse assim, a lei não abriria margem para essa manifestação, como não o fez nos casos de pedido de medidas cautelares pela autoridade policial.

De outro lado, a Lei n. 12.830/13, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, menciona que a este agente, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal. Desse modo, ele não necessitaria de uma autorização do Ministério Público para requerer a infiltração de agentes, assim como ocorre nos casos de requerimento de interceptação telefônica, por exemplo, em que é prescindível manifestação favorável do *parquet*.

As duas correntes possuem fundamento, restando-nos aguardar o posicionamento a ser adotado pelos tribunais.

O artigo 13 da Lei n. 12.850/13, por sua vez, dispõe que o agente deve guardar, em sua atuação, a devida proporcionalidade com a finalidade da investigação, respondendo pelos excessos praticados. Não obstante, não é punível, no âmbito da infração, a prática de crime pelo agente infiltrado no curso da investigação, quando inexigível conduta diversa, que excluirá a culpabilidade e, por conseguinte, a existência de crime. Há quem entenda melhor ser mais técnico excluir a ilicitude do fato típico e culpável, em razão do estrito cumprimento do dever legal.³⁹

Críticas surgem sobre essa excludente prévia da culpabilidade, pois a infiltração de agentes *sempre* excluirá a existência de no mínimo um crime, qual seja o de “promover, constituir, financiar ou integrar organização criminosa” (artigo 2º da Lei n. 12.850/13), como podemos observar nas palavras de Eugênio Pacelli:

39 MOREIRA, Rômulo de Andrade. <http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/08/12/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-no-12-8502013/> (acessado em 12/08/2013).

Para que seja útil a infiltração, o agente, em regra (não sempre, é verdade) deverá contribuir na prática de infrações penais. E aí, a exclusão prévia e permanente da culpabilidade soa paradoxal (e necessária!): *quando inexigível conduta diversa*.

Ora, mas veja-se bem: a inexigibilidade de conduta diversa, como regra, pressupõe situação da necessidade de conduta contrária ao direito, desde que não tenha sido criada voluntariamente pelo agente (a situação de necessidade).

No modelo legal de infiltração, o que a lei afirma é o *dever* de comportamento indevido (participação em delitos), como inexigibilidade de conduta diversa! Se o agente tem o dever de contribuir na ação criminosa como lhe seria exigível outro comportamento?

Quanto ao cômputo do agente infiltrado para chegar-se ao número mínimo de pessoas exigido para a caracterização da associação criminosa ou mesmo da organização criminosa, Nucci entende ser possível, da mesma forma que se admite o cômputo do adolescente, que não é culpável, no número mínimo de agentes para configuração do crime do artigo 288 do CP.⁴⁰

A oitiva do agente infiltrado como testemunha é um ponto que merece destaque, devendo a ação de infiltração ser orientada no sentido de colheita de provas diversas da testemunhal, a fim de garantir a segurança do agente, evitando-se ao máximo a necessidade utilizá-lo como testemunha. No entanto, caso seja indispensável esta oitiva, será dado tratamento similar ao agente colaborador, a fim de resguardar a sua identidade.

Outro ponto que exige reflexão é o fato que o agente infiltrado não será denunciado pelo Ministério Público em razão dos delitos por ele praticados, desde que não atue em excesso. Muito cuidado deve existir nesta situação, pois a ausência deste agente na peça acusatória pode acabar revelando sua identidade para os demais membros da organização criminosa, causando um sério risco para a segurança do agente infiltrado.

Por fim, cabe destacar, ainda a diferenciação de agente infiltrado e agente provocador:

- agente infiltrado (*undercover agent*): agente de polícia; depende de prévia autorização judicial; deve agir de maneira passiva, não instigando os demais agentes a prática de eventual ilícito; eventual prisão a partir das informações por ele obtidas será um flagrante esperado.
- agente provocador (*entrapment doctrine* ou *teoria da armadilha*): pode ser qualquer pessoa; não há necessidade de autorização

40 NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas – 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 96.

judicial; caracteriza-se pela indução de alguém a prática de determinado ilícito; eventual prisão será hipótese de flagrante preparado, prisão ilegal, crime impossível, devendo ser relaxada.⁴¹

6. Acesso a dados cadastrais

Conforme artigo 3º, inciso IV da nova lei, é permitido, em qualquer fase da persecução penal, o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais.

A Lei n. 12.850/13 dispõe ainda, em seu artigo 15, que o delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, *apenas* aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito.

Esse dispositivo repete o contido no artigo 17-B da Lei 9.613/98 (Lavagem de Capitais) com redação dada pela Lei n. 12.683/12.

Quanto à restrição de acesso apenas aos dados cadastrais, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), da Câmara dos Deputados, ao analisar o texto do Projeto de Lei n. 150/2006, externou sua preocupação ao “abrir a porta para exceções e abusos”, ponderando dois pontos específicos:

- necessidade de prévia autorização judicial versus burocratização da investigação e do combate às organizações criminosas;
- ausência de definição legal para “dados cadastrais”.

Justificando a inserção do termo “apenas”, feita pela CCJ, por emenda, os Deputados citaram a seguinte jurisprudência:

DIREITO CONSTITUCIONAL. SIGILO TELEFÔNICO. INVOLABILIDADE, SALVO REQUISICÃO JUDICIAL. DADOS CADASTRAIS. EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE DE REQUISICÃO DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR N. 75/93, Artigo 8º, § 2º.

1. A **disposição do artigo 5º, XII, da Constituição – inviolabilidade do sigilo “de dados e das comunicações telefônicas” – não se estende aos dados cadastrais** dos assinantes do serviço de telefonia, em relação a requisições, especificamente justificáveis, feitas diretamente pelo Ministério Público Federal, em face do disposto no artigo 8º, § 2º, da Lei Complementar n. 75/93.

2. Parcial provimento à apelação.⁴²

41 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 590.

42 TRF-1, 5ª Turma, Apelação Cível 2007.33.00.0084184/BA, rel. Des. João Batista Gomes Moreira,

A lei não trata de acesso a dados de movimentações financeiras nem de valores ou gastos constantes nas contas bancárias ou telefônicas dos investigados. Na realidade, a permissão conferida ao delegado de polícia e ao Ministério Público diz respeito ao acesso a nome, estado civil, filiação e endereço da pessoa investigada. Desta forma, a maioria da doutrina entende pela constitucionalidade do dispositivo, sendo indispensável a existência de regular procedimento investigatório em curso.⁴³

Os argumentos da inconstitucionalidade deste acesso podem ser observados na doutrina de Guilherme Nucci:

Cadastros sigilosos, estejam onde estiverem, com qualquer conteúdo, somente podem ser acessados por ordem judicial. Há muito se consolidou tal entendimento pelo STF e demais tribunais pátrios. Não há razão alguma para se alterar essa posição. De tempos em tempos, por lei ordinária, surge alguma tentativa de violação da intimidade ou da privacidade do indivíduo por órgãos estranhos ao Judiciário, tais como a polícia e o Ministério Público. [...] Enfim, permitir o livre acesso, sem autorização judicial, é abrir perigoso precedente, incompatível com as garantias individuais básicas do cidadão.⁴⁴

Coadunando com o pensamento da constitucionalidade do acesso direto, sem necessidade de autorização judicial para o acesso aos dados cadastrais, Renato Brasileiro, ao comentar o dispositivo contido na Lei de Lavagem de Capitais, vai além, permitindo essa medida para a apuração de qualquer delito:

Embora inserido na Lei de Lavagem de Capitais, este dispositivo pode ser invocado para a apuração de qualquer delito, especialmente infrações penais antecedentes. Não teve o legislador a intenção de limitar seu escopo à lavagem de capitais e nem teria razão para fazê-lo, já que o tipo penal de branqueamento depende de uma infração antecedente.⁴⁵

Importante mencionar ainda que a recusa ou omissão desses dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo Juiz, Ministério Público ou Delegado de Polícia, no curso da investigação ou do processo configura o crime do artigo 21 da Lei n. 12.850/13.

j. Em 24/05/2010.

43 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2/>. Acesso em 26/08/2013.

44 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas* – 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 505.

45 LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Rio de Janeiro: 2013. Ed. Impetus. p. 539.

7. Crimes ocorridos na investigação e na obtenção de provas

A Lei n. 12.850/13 criou mais 4 crimes, estando eles localizados nos seguintes artigos da nova lei:

Artigo 18. Revelar a identidade, fotografar ou filmar o colaborador, sem sua prévia autorização por escrito:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Artigo 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Artigo 20. Descumprir determinação de sigilo das investigações que envolvam a ação controlada e a infiltração de agentes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Artigo 21. Recusar ou omitir dados cadastrais, registros, documentos e informações requisitadas pelo juiz, Ministério Público ou delegado de polícia, no curso de investigação ou do processo:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, de forma indevida, se apossa, propala, divulga ou faz uso dos dados cadastrais de que trata esta Lei.

Percebe-se, portanto, que o intuito do legislador foi o de preservar os objetivos da lei, protegendo o colaborador, penalizando o falso colaborador, tipificando a quebra de sigilo específico na ação controlada e infiltração de agentes, além de criminalizar a recusa no fornecimento de dados requisitados pelas autoridades competentes no curso da investigação ou do processo.

8. Disposições finais

O artigo 22 da recente norma prevê que os crimes nela previstos, bem como as infrações penais conexas, serão apurados em procedimento ordinário previsto no CPP. Já surgem vozes apontando a inconstitucionalidade deste dispositivo, por afronta à competência constitucional do Juizado Especial, visto que há crimes de menor potencial ofensivo no diploma legal.⁴⁶

Quanto ao tempo de duração do procedimento, a antiga Lei n. 9.034/95 previa um prazo para encerramento da instrução criminal de 81 dias, quando o réu estivesse preso, e de 120 dias, quando solto. Com a nova Lei,

46 MOREIRA, Rômulo de Andrade. <http://atualidadesdodireito.com.br/romulomoreira/2013/08/12/a-nova-lei-de-organizacao-criminosa-lei-no-12-8502013/> (acessado em 12/08/2013).

este prazo passa a ser de 120 dias quando o réu estiver preso, prorrogáveis em até igual período.

O crime de quadrilha ou bando, previsto no artigo 288, CP, teve seu *nomen juris* alterado para “associação criminosa”, tendo sido o requisito do número de agentes reduzido de mais de três (quatro) para apenas três agentes, que associam-se para o fim específico de cometer crimes.

A pena permaneceu a mesma, reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos. O parágrafo único foi alterado, antes a pena era aplicada em dobro se a quadrilha ou bando fosse armado, agora, a pena é aumentada até a metade se a associação é armada ou se houver participação de criança ou adolescente.

A modalidade qualificada prevista no artigo 8º da Lei n. 8.072/90 continua vigente, pois a remissão ao artigo 288 do CP, em caso de se tratarem de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo, continua válida.

A fim de elucidar as principais diferenças entre a associação criminosa e a organização criminosa, apresenta-se o seguinte quadro comparativo:

Associação Criminosa	Organização Criminosa
Associação de três ou mais pessoas	Associação de quatro ou mais pessoas
Reunião não eventual de pessoas, com caráter estável e permanente	Estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente
Finalidade específica de cometer crimes, independentemente da pena a eles aplicada	Objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza
-	Mediante prática de infrações penais
-	Pena máxima superior a 4 anos ou que seja de caráter transnacional

Percebe-se importantes diferenças entre os conceitos de associação criminosa e organização criminosa, sendo o primeiro mais genérico na descrição de sua conduta, não possuindo como número de agentes o seu fator de diferenciação, pois também poderá haver associação criminosa com 4 ou mais pessoas.

Característica importante é o objetivo de obter vantagem mediante a prática de infração penal cuja pena máxima seja superior a 4 anos ou que seja de caráter transnacional (ocasião em que não importará a quantidade

da pena), a fim de caracterizar a organização criminosa, exigência esta que não é feita ao delito de associação criminosa, pois este demanda apenas a finalidade de cometer crimes, independentemente da pena a eles aplicada.

Outro marco essencial é a forma de constituição do grupo, a organização criminosa caracteriza-se pela estrutura ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, enquanto a associação criminosa dispensa esta organização, considerando irrelevante a posição ocupada por cada agente.

Reforçando as distinções entre a organização criminosa e a associação criminosa, Adel el Tasse ressalta:

Há, ainda, no crime de organização criminosa os seguintes importantes elementos especializadores: a) ordem estrutural; b) divisão de tarefas; c) objetivo de obtenção de vantagem. Com isso, o campo que separa o crime de associação criminosa do de organização criminosa fica mais claro, pois somente se poderá cogitar da ocorrência deste delito se comprovada a existência de estruturação perfeitamente ordenada, com divisão interna de tarefas entre os participantes e objetivo de obtenção de vantagem diversa da inerente ao próprio delito meio, ou seja, deve se comprovar que a existência do grupo criminoso se faz em razão do atingimento de vantagens próprias, o que não pode ser, por exemplo, o lucro pela prática do roubo, pois esta vantagem é a inerente ao próprio delito de roubo, não se confundindo, portanto, com a vantagem objetivada para que se visualize a hipótese como consistente em organização criminosa.⁴⁷

O crime de falso testemunho ou falsa perícia teve seu preceito secundário alterado, aumentando-se esta pena que antes era de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa para reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa, afastando-se a possibilidade de suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei n. 9.099/95).

Foi revogada a Lei n. 9.034/95, permanece em vigor a Lei n. 12.694/2012, que trata da faculdade conferida ao Juiz para decidir pela formação de um órgão colegiado de primeiro grau para a prática de qualquer ato processual em processos ou procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, restando aqui a já mencionada discussão de qual definição de organização criminosa será utilizada.

A Lei n. 12.850/13 entra em vigor 45 dias de sua publicação oficial, ou seja, dia 19 de setembro de 2013.

47 TASSE, Adel el. Nova Lei de Crime Organizado. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br>> (acessado em 04/09/2013)

9. Conclusão

A nova lei de organizações criminosas tratou de instrumentos extremamente delicados, que atingem intensamente direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Esses direitos não são considerados absolutos e ilimitados, encontrando limites em outros direitos fundamentais, podendo, assim, sofrer restrições a fim de que um deles prevaleça sobre o outro, a depender do caso concreto, buscando atingir equilíbrio e harmonia.

O crime organizado possui grande força e potencial de causar danos à sociedade, por isso demanda um combate árduo e diferenciado pelo Estado. Essa incessante persecução aos grupos criminosos especializados exige uma série de duras e invasivas medidas a serem tomadas para que possa haver um resultado prático na proteção dos bens jurídicos tutelados e uma eficácia na realização da justiça, respeitando, assim, a proibição da proteção deficiente.

De outro lado, deve-se também atentar para não instaurar um Direito Penal de Emergência ou de Exceção, fadado ao reconhecimento de inconstitucionalidade pelos Tribunais. A medida proporcional deve ser encontrada para tratar de forma especial esses crimes que também atingem com especial severidade a sociedade, cuidando sempre para não incidir em excessos.

Os instrumentos jurídicos do direito penal clássico sempre estiveram em descompasso com a sofisticação dos atuais grupos criminosos organizados, e é neste contexto que surge a Lei n. 12.850/13, restringindo direitos e garantias fundamentais.

O direito à intimidade, imanente ao ser humano, cláusula pétrea, é flexibilizado com a possibilidade de realização de interceptação telefônica, ressalvada pelo artigo 5º, XII da Constituição Federal, bem como pelo afastamento do sigilo a registros financeiros, bancários e fiscais, previstos pela legislação.

A colaboração premiada, tratada por alguns como um fomento à traição, um incentivo a condutas que violam preceitos éticos e morais também não deixa de ser um sopesamento de valores e princípios feito pelo legislador e pelos atores nas investigações e processos judiciais.

A infiltração de agentes é outro ponto de grande discussão quando se contrapõe aos direitos e garantias fundamentais. Há quem diga que este agente receberia uma “carta branca” para praticar crimes, violando o imperativo da exemplariedade e até mesmo o princípio da moralidade em

sentido amplo. No entanto, o legislador preferiu permitir esta prática quando a prova não puder ser produzida por outro meio, justificado na eficiência do combate ao crime organizado e na proteção dos bens jurídicos.

A fim de proteger esses bens e garantir a fruição dos direitos previstos para a sociedade, o Estado deve tomar atitudes que restringirão em certa medida direitos e garantias de indivíduos, mas a pergunta que se faz é qual o grau de restrição aceitável em um estado democrático. Esta será a decisão a ser tomada pelos operadores do direito.

Referências bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Primeiras reflexões sobre organização criminosa*. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2013/09/05/primeiras-reflexoes-sobre-organizacao-criminosa>. Acesso em 17/9/2013.

DALABRIDA, Sidney Eloy. *A nova lei do crime organizado – Lei n. 12.850/13*. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/henriqueziesemer/2013/09/12/a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-n-12-8502013>. Acesso em 17/09/2013.

Gomes, Luiz Flávio. *Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 06 de maio de 2009.

_____. *Criminalidade econômica organizada*. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/08/29/criminalidade-economica-organizada>. Acesso em 02/09/2013.

LEAL, João José. *A Lei 9.807/99 e a figura do acusado-colaborador ou prêmio à delação*. In: RT 782/00.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

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>. Acesso em 12/8/2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 7. ed. rev. atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. – *Comentários ao CPP – 5. Ed. – Lei 12.850/13*. Disponível em: <http://eugeniopacelli.com.br/atualizacoes/curso-de-processo-penal-17a-edicao-comentarios-ao-cpp-5a-edicao-lei-12-85013-2>. Acesso em 26/8/2013.

QUELJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas, SP: Millenium Editora, 2008.

TASSE, Adel el. *Nova Lei de Crime Organizado*. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/adeleltasse/2013/08/22/nova-lei-de-crime-organizado>. Acesso em 4/9/2013.

O NOVO CONCEITO DE DEMOCRACIA E O MINISTÉRIO PÚBLICO REFUNDADO: O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AGENTE DA DEMOCRACIA MILITANTE. A PEC 37 E AS AMEAÇAS AO PARQUET REFUNDADO. NOVAS POSTURAS RESOLUTIVAS DO PARQUET.

Pablo Antonio Cordeiro de Almeida¹

Epígrafe - “(...) temos (...) a guarda da Sociedade por um corpo de membros do Ministério Público. São aqueles que nos termos de sua presente atuação se comportam como soldados da Lei Fundamental, sacerdotes do Estado de Direito, órgãos da democracia participativa, que eles fazem passar da região teórica às esferas da práxis e da realidade” – Paulo Bonavides.²

Resumo: O vocábulo “Democracia” é juridicamente polissêmico, o qual, hodiernamente, tem adquirido sentido mais amplo. Conseqüentemente, ampliando-se o conceito de democracia, avultam-se também as atribuições do Órgão incumbido de sua defesa: o *Parquet*. A democracia substancial ou de três vértices, que somente se realiza com democracia formal e participativa (sem corrupção e com liberdade), com crescimento e desenvolvimento econômico-sustentável e com igualdade social (distribuição da riqueza), pressupõe instrumentos aptos e expeditos e agentes que possam induzir e fiscalizar a efetivação destes pilares, os quais serão objetos deste artigo. Democracia é antes de tudo praxe (exercício), razão pela qual o MP, com seu agir, contribui para a consolidação da Democracia Militante.

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Especialista em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Pós-graduando em Direito Urbano e Ambiental pela Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul.

² BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*: por um Direito Constitucional de luta e resistência – por uma Nova Hermenêutica – por uma repolitização da legitimidade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 43.

Introdução

O Ministério Público brasileiro, desde o seu advento, tem passado por inúmeras transformações. A Constituição Federal de 1988, nesse diapasão, representou um marco histórico importantíssimo, ao qual o Ministério Público, ainda hoje, mais de vinte anos após a sua promulgação, vem se adaptando progressivamente. A Constituição de 1988 erigiu o Ministério Público, por exemplo, à categoria de instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, dentre outras atribuições, *da defesa do Regime Democrático*.

Em razão de se atribuir ao Ministério Público a função de defensor do regime democrático poder-se-ia dizer que ao *Parquet* fora deferido um verdadeiro poder-dever de controlar e fiscalizar todos os atos da Administração Pública, em todas as suas esferas, com o fito de esta última bem desempenhar os papéis que lhe foram arrogados pelo Constituinte de 1988, de acordo com a nova significação que se dá, hodiernamente, ao vocábulo democracia, além de tal mister se estender também aos próprios particulares, que de alguma forma possam interferir nos “processos” inerentes a uma democracia. Entretanto, antes de analisarmos à fundo as atribuições do Ministério Público na defesa do Regime Democrático, faz-se imperioso conceituar o que seja uma Democracia e também o que vem a ser um Regime Democrático, principalmente porque o vocábulo Democracia é juridicamente polissêmico, o qual, na atualidade, tem adquirido um sentido muito mais amplo do que o tradicional.

Consequentemente, ampliando-se o conceito de democracia, avultam-se também os misteres do Órgão incumbido de sua defesa, qual seja: o Ministério Público. Assim, a ampliação do conceito de democracia vem exigindo a adaptação do próprio Ministério Público, o qual não pode ficar inerte, sob pena de suas atribuições se tornarem anacrônicas.

Essa ampliação do conceito de democracia gera, ainda, a crescente demanda pela efetivação dos direitos coletivos, difusos e individuais indisponíveis, assegurados constitucionalmente, o que vem exigindo um Ministério Público cada vez mais eficiente e resolutivo, cujos membros atuem, em especial, como promotores de medidas judiciais e extrajudiciais, principalmente, de realização daqueles.

1. O Ministério Público e a defesa do Regime Democrático e da Democracia

1.1 O novo conceito de Democracia – Proposição – O MP como agente da Democracia Militante

Conceituar democracia, segundo o Professor Darcy Azambuja, nunca foi tarefa das mais fáceis. Vejamos:

Nenhum termo do vocabulário político é mais controverso que Democracia. Empregado pela primeira vez por Heródoto há quase dois mil e quinhentos anos, a significação do vocábulo tem variado e se transmutado; na prática, através dos períodos históricos, e em teoria nas obras de todos os autores. Atualmente, na filosofia e na ciência política, vivemos em tempo de democracia confusa, e na realidade de confusão democrática, como disse Sartori (...). A palavra e o conceito Democracia vieram da Grécia, e especialmente de Atenas. Significa literalmente 'poder do povo', expressão que era entendida como poder exercido pelo povo³.

Este mesmo autor, todavia, não se esquivava de fornecer o seu conceito de Democracia. Vejamos:

A democracia é, pois, o regime em que o povo se governa a si mesmo, quer diretamente, quer por meio de funcionários eleitos por ele para administrar os negócios públicos e fazer as leis de acordo com a opinião geral. Baseia-se em certas idéias, cujo reconhecimento e realização foi demorado e difícil, em reivindicações que foram causa, e ainda são, de lutas prolongadas, quase sempre sangrentas, entre o povo e os indivíduos que lhe queriam impor pela força sua autoridade e sua vontade. Baseia-se, em primeiro lugar, na idéia de que cada povo é senhor de seu destino (...). Uma definição rigorosamente jurídica de democracia seria considera-la apenas como o regime em que os governantes são periodicamente eleitos pelos governados. Mas, o conceito completo de democracia é mais amplo. Para que os governados realmente elejam, isto é, escolham os governantes, é preciso absolutamente que haja liberdade de eleger e igualdade entre os eleitores. (...) A democracia, pois, supõe a liberdade e a igualdade (...). A democracia de que tratamos é um regime político, uma forma de vida social, um método de coexistência e cooperação entre indivíduos membros de uma organização social⁴.

Vê-se, pois, que o conceito de democracia hodiernamente não se resume a descrever uma espécie de regime político em que os governantes são periodicamente eleitos pelos governados, sendo, ao revés, muito mais amplo.

3 AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado: A origem do Estado - Soberania, poder político, nação território, formas de governo*. 38^a ed. São Paulo: Editora Globo, 1998. pp. 215/216.

4 AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado: A origem do Estado - Soberania, poder político, nação território, formas de governo*. 38^a ed. São Paulo: Editora Globo, 1998. pp. 236/237/238.

Esta acepção restrita do conceito de democracia é denominada por Norberto Bobbio de “democracia formal”, a qual deveria coexistir com a chamada “democracia substancial”.

Norberto Bobbio, a esse respeito, assim leciona:

O discurso sobre o significado de democracia não pode ser considerado concluído se não se dá conta do fato de que, além da democracia como forma de governo de que se falou até agora, quer dizer, democracia como conjunto de instituições caracterizadas pelo tipo de resposta que é dada às perguntas ‘Quem governa?’ e ‘Como Governar?’, a linguagem política moderna conhece também o significado de democracia como regime caracterizado pelos fins ou valores em direção aos quais um determinado grupo político tende e opera. O princípio destes fins ou valores, adotado para distinguir não mais apenas formalmente mas também conteudisticamente um regime democrático de um regime não democrático, é a igualdade, não a igualdade jurídica introduzidas nas Constituições liberais mesmo quando estas não eram formalmente democráticas, **mas a igualdade social e econômica**⁵.

O Ex-presidente do STF, o Ministro Carlos Ayres Britto, sobre o tema, assim ministra:

(...) a Democracia ocidental dos dias correntes é a que constitui em inexecedível paradigma de mobilidade vertical nos campos, justamente: a) da política enquanto área específica do poder governamental; b) da economia enquanto fonte de toda riqueza material; c) da educação formal enquanto espaço de um saber direcionado ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania (...). Tudo isso de par com as citadas relações sociais de facilitado acesso à jurisdição, aos serviços públicos e à seguridade social, mais o pluralismo político e o social (...). Democracia que em Constituições como (...) a brasileira ostenta os seguintes traços fisionômicos: I – democracia procedimentalista, também conhecida por Estado Formal de Direito ou Estado Democrático de Direito, traduzida no modo popular eleitoral de construir o Poder Político, (...) assim como pela forma predominantemente representativa de produzir o Direito legislado. II – democracia substancialista ou material, a se operacionalizar: a) pela multiplicação dos núcleos decisórios de poder político, seja do lado de dentro do Estado (desconcentração orgânica), seja do lado de fora das instâncias estatais (... o plebiscito, o referendo, ...); b) por mecanismos de ações distributivistas no campo econômico social. Vínculo funcional esse entre democracia e a segurança social (...). III – democracia fraternal, caracterizada pela positividade dos mecanismos de defesa e preservação do meio ambiente, mais a consagração de um pluralismo concludido com o não-preconceito, especialmente servido por políticas públicas de ações afirmativas que operem como fórmula de compensação das desvantagens historicamente sofridas por certos grupos sociais⁶.

5 BOBBIO, Norberto. *Estado – Governo – Sociedade: para uma teoria geral da política*. 10ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2003. p. 157.

6 BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Editora

A preemente necessidade de se atribuir um sentido substancial ao conceito de democracia não é, todavia, uma percepção apenas dos teóricos, ao contrário, já que por todos os recônditos do globo terrestre já ecoam vozes que apregoam a imperatividade dessa mudança conceitual.

O advogado e ex-Presidente do Chile Ricardo Lagos Escobar, que presidiu o país entre os anos de 2000-2006, em obra literária recente, assim defende:

Un buen gobierno se basa en tres pilares. Para prosperar, todo país moderno necesita democracia, crecimiento económico e igualdad social. La ausencia de cualquiera de estos componentes hace muy probable que el aparato completo se desplome. Si se trabaja duro por los tres, se descubre que la suma es mayor a las partes. (...) Necesitamos democracia y crecimiento en partes iguales, y debemos asegurarnos de que las ganancias en ambas áreas alcancen a toda la sociedad⁷.

Entretanto, propomos neste artigo um conceito ainda mais abrangente, qual seja: o da Democracia militante.

Não podemos falar, pois, de democracia substancial, de uma democracia tridimensional, ou de três vértices, ou seja, de uma democracia que somente se realiza plenamente com democracia formal e participativa (sem corrupção e com liberdade), com crescimento e desenvolvimento econômico-sustentável e com igualdade social (distribuição da riqueza), sem falarmos dos instrumentos e agentes que podem induzir e fiscalizar a efetividade destes pilares.

Ora, afirmar a importância da efetividade dos direitos fundamentais e da consagração da democracia em seu sentido substancial sem estabelecer mecanismos e agentes para a fiscalização e realização daqueles é permitir que triunfem os inertes, nos dizeres de Bobbio⁸. É tornar a Democracia promessa constitucional inconsequente.

Assim, devem multiplicar-se na Constituição e, principalmente, fora dela instrumentos jurídicos diversos, aptos à correção de “rumos” equivocados, tendo ao norte, sempre, a Constituição Federal de 1988.

Além de existirem instrumentos, devem ser estes efetivos e capazes de motivarem resultados rapidamente.

Fórum, 2010. p. 32/35.

7 ESCOBAR, Ricardo Lagos. *Asílo Vivimos: la via chilena a la democracia*. Santiago de Chile: Taurus, 2012. p. 247 e ss.

8 “(...) não permaneçamos espectadores passivos e para que não encorajemos, com nossa passividade, os que dizem que ‘o mundo vai ser sempre como foi até hoje’; estes últimos – e torno a repetir Kant – ‘contribuem para fazer com que sua previsão se realize’, ou seja, para que o mundo permaneça assim como sempre foi. QUE NÃO TRIUNFEM OS INERTES!”. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 13a reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 128.

Ademais, é preciso consagrar e reforçar a legitimidade e operacionalidade dos agentes responsáveis por tais importantes *misteres*.

Por essa razão, não podemos concordar, por exemplo, *concessa maxima venia*, com assertiva já consignada em julgamento da lavra do Conselho Nacional do MP, de que limitações orçamentárias, por si somente, obstam o crescimento do MP, eis que obstar o crescimento do *Parquet* é permitir que a democracia não seja “militante”, não seja agente. É tolerar que os avanços constitucionais sofram estagnação por ausência de fiscalização adequada.

As limitações orçamentárias, invocadas pelo CNMP, quando da edição da Recomendação nº 16, de 28 de abril de 2010, que supostamente justificariam a racionalização das atividades na área cível, em nosso sentir, não podem ser consideradas como restrições intransponíveis ao crescimento do MP. Já começa a ganhar força no MP, por exemplo, a tese da necessidade de se majorar o percentual orçamentário de 2%, previsto em lei, para a manutenção das atividades ministeriais, com o que concordamos plenamente.

A respeito da questão orçamentária como elemento limitador do crescimento do MP, vejamos trecho do voto do ex-conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público, CNMP, Cláudio Barros Silva, no PROCESSO Nº 0.00.000.000935/2007-41 - APENSO PCA Nº 0.00.000.000818/2009-79:

Neste contexto, faz-se necessária a discussão sobre o tamanho do Ministério Público, onde estão incluídos os ramos do Ministério Público da União e o dos Estados. Os Ministérios Públicos dos Estados brasileiros estão limitados a 2% da receita corrente líquida para pagamento de pessoal, por disposição da Lei Complementar nº 101/01. Todavia, quem exerceu ou exerce cargo na administração da Instituição sabe que o percentual de comprometimento com pessoal, de fato, é de 1,80% da receita corrente líquida do Estado. Caso ultrapassado este percentual, deverá ocorrer a necessária adequação e ajustamento nos dois quadrimestres seguintes.

(...)

Não há maiores espaços, portanto, para o crescimento da Instituição, principalmente nos Ministérios Públicos dos Estados, que somente poderão avançar na medida em que o próprio Estado cresça. Impõe-se, por conseqüência, que tenhamos a noção clara e exata do limitado tamanho da Instituição e o que, necessariamente, deve ser feito pelos seus membros, a fim que o Ministério Público possa ser, realmente, essencial, não pela quantidade de suas *intervenções*, mas sim, e especialmente, pela qualidade da sua presença, em função da sua utilidade e da sua efetividade e, também, pela presença marcante na defesa dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis.

A identificação desta limitação, todavia, não necessariamente indica a prospecção de futuro *suso citada*. Ou seja, não concordamos, *concessa maxima venia*, com a afirmação de que “não há maiores espaços (...) para o crescimento da Instituição”, firmada pelo ex-conselheiro do CNMP o Insigne Cláudio Barros Silva, mesmo porque os cenários restantes seriam a estagnação ou o enfraquecimento da Instituição, os quais não seriam consentâneos com o postulado da vedação ao retrocesso, aplicável principalmente no âmbito dos direitos fundamentais.

O princípio da vedação ao retrocesso consagra a seguinte ideia:

as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combalidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares” (escólios de Cámen Lúcia Antunes Rocha)⁹.

A esse respeito, faz-se *mister* enaltecer os escólios do Professor Ingo Wolfgang Sarlet:

Que o princípio da proibição do retrocesso atua como relevante fator assecuratório também de um padrão mínimo de continuidade do ordenamento jurídico nos parece, portanto, mais um dado elementar a ser levado em conta (...). No embate entre o paradigma do Estado Social intervencionista e altamente regulador e a nefasta tentativa de implantar um Estado minimalista à feição dos projetos globalizantes do modelo econômico e da ideologia neoliberal, o correto manejo da proibição do retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais poderá constituir uma importante ferramenta jurídica para a afirmação do Estado necessário, do qual nos fala Juarez Freitas. E necessário será justamente o Estado apto a assegurar nunca menos do que uma vida com dignidade para cada indivíduo e, portanto, uma vida saudável para todos os integrantes (isolada e coletivamente considerados) do corpo social. Do contrário, tal qual com lucidez nos lembra Paulo Bonavides, estaremos cada vez mais próximos de uma lamentável, mas cada vez menos controlável e contornável transformação de muitos Estados democráticos de Direito em verdadeiros “estados neocoloniais”, onde estarão seguros (a exemplo dos “amigos do rei”) apenas os amigos e parceiros do “colonizador” ou mesmo de alguma ditadura de plantão ou maioria parlamentar ocasional, mas somente enquanto gozarem da privilegiada condição de amigos e parceiros!¹⁰.

Romeu Thomé é também bastante elucidativo quanto ao postulado em comento:

9 *Apud*. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 57, p. 5-48, out./dez. 2006.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 57, p. 5-48, out./dez. 2006.

Esse princípio tem por escopo obstar medidas legislativas e executivas que implementem em efeito *cliquet* (termo francês, com acepção de não retrocesso), ou um efeito catraca (...). Os poderes públicos devem atuar sempre no sentido e avançar progressivamente (...). A proibição de retrocesso diz respeito mais especificamente a uma garantia de proteção dos direitos fundamentais contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional quanto infraconstitucional, e também proteção em face da atuação da administração pública¹¹.

Ora, se no âmbito dos direitos fundamentais já se fala no postulado supracitado, porque não se cogitar da sua aplicabilidade às instituições imiscuídas da defesa daqueles¹². Seria a faceta orgânica do postulado da vedação ao retrocesso. Assim, um Ministério Público que não tenha condições de continuar avançando na realização de seus *misteres* constitucionais há de ser considerado como uma Instituição necessariamente fadada ao enfraquecimento, à estagnação. Não há como caminhar em direção ao futuro, ao progresso, estando parado. Além disso, se os próprios membros do MP considerarem que “não há maiores espaços (...) para o crescimento da Instituição” cria-se com isso um ambiente favorável aos “críticos de plantão”, proliferando-se propostas de Emendas Constitucionais e legais contrárias aos interesse ministeriais. Ademais, permitir que limitações orçamentárias obstem, por si somente, o bom exercício dos misteres ministeriais é tolerar atentado direto aos projetos constitucionais confiados ao *Parquet* pela CF de 88. Ora, façamos um paralelo: não basta garantir a liberdade de expressão, de manifestação, de peticionar aos órgãos públicos. Deve-se garantir também a liberdade de manifestação com poder de influência, garantindo-se, conseqüentemente, o direito a ter suas pretensões legítimas respeitadas e garantidas, acaso afrontadas. Não basta, pois, democracia formal, muito menos democracia formal de vontade eleitoral viciada, seja pelo poder econômico, dos meios de comunicação ou do poder político. Não basta também uma democracia substancial de caráter programático, de promessas legislativas e constitucionais inconsequentes.

A Constituição deve ser, portanto, organismo vivo, vivificada por instituições como o Ministério Público, que tem essa função expressamente consignada na Carta Magna de 1988, qual seja: a defesa do Regime Democrático. O Ministério Público é, pois, agente da democracia militante, o qual, portanto, não pode ficar estagnado, parado no tempo, muito menos devem ser tolhidas suas atribuições fundamentais, como se pretendia, por

11 THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 3a ed. Salvador: JusPODVIM, 2013, pp. 88/89.

12 “É o que se pode designar por constitucionalismo cumulativo. Um constitucionalismo crescente superavitário, como se dá com a ciência e a cultura, a ponto de autorizar a ilação de que, graças a ele, o Estado de Direito termina por desembocar num Estado de direitos”. BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. 1a reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 23.

exemplo, com a PEC n. 37/2011 (Proposta de Emenda Constitucional que, em última análise, pretendia retirar o imanente poder investigatório do MP na área penal).

A PEC n.37, referida acima, e a PEC n. 33, que possibilita ao Congresso Nacional sustar decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, ainda em tramitação no legislativo federal, representariam, pois, a ruptura do Regime Democrático, da denominada democracia de três vértices, ou seja, de uma democracia que somente se realiza plenamente com democracia formal e participativa (*sem corrupção e com liberdade*), com crescimento e desenvolvimento econômico-sustentável e com igualdade social (e distribuição da riqueza), haja vista que democracia é antes de tudo praxe (exercício), e cada vez menos enunciação. Ora, se as Instituições agentes da Democracia Militante forem enfraquecidas, esvaziadas em suas atribuições e garantias fundamentais, amortizada e amainada será a própria Democracia Substancial. Ademais, a função de defender o Regime Democrático não torna o Ministério Público um *extraneus* do processo democrático, ao contrário, eis que o *Parquet*, em verdade, é agente da democracia em seu conceito ampliado e renovado, dela também fazendo parte. Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens, a respeito das atribuições do Ministério Público no Estado Democrático de Direito, assim defendem:

No marco do Estado Democrático de Direito, às funções ordenadora e promotora do direito, próprias das fases do Estado liberal e social respectivamente, agrega-se a função de potencial transformação social. A bem compreendermos este câmbio de paradigma, torna-se imperioso verificarmos como se alteram, paulatinamente, os papéis institucionais dos poderes do Estado. Atente-se: se no Estado liberal observávamos, na relação Estado-poder-sociedade, uma nítida proeminência do Poder Legislativo (do 'império da lei'), e no Estado Social verificávamos uma forte influência do Poder Executivo em face da necessidade de implementação de políticas públicas – o que acarretava um perfil autoritário a esta forma de Estado -, no Estado Democrático de Direito verifica-se uma nítida migração dessa esfera de tensão, a culminar com o seu deslocamento em direção ao Poder Judiciário, abrindo campo àquilo que hoje se entende por justiça constitucional. Parece-nos claro que é nesse contexto político-constitucional que se procura conceber o Ministério Público nos diversos países do mundo. Fortalecido fica o Ministério Público porque se fortalece o Poder Judiciário, enquanto possibilidade de realização dos direitos fundamentais sociais assumidos pelos textos constitucionais dirigentes e compromissários. A Constituição passa a figurar como remédio contra maiorias eventuais. No limite, políticas públicas arbitrariamente não implementadas pelos Poderes Legislativo e Executivo passam a ser exigíveis por intermédio de ações de índole prestacional. Nesse sentido, a principal instituição eleita pelo poder constituinte e autorizada a buscar essa intervenção da justiça constitucional é o Ministério Público, o

que resulta claramente perceptível a partir da leitura do art. 127 e imediatamente seguintes da Constituição brasileira”¹³.

Não se pode tolerar, portanto, que o MP seja tolhido em suas atribuições fundamentais, sob pena de se vulnerar a própria democracia, na sua acepção substancial.

1.2 – A nova democracia e o MP refundado – Necessidade de adequação do MP, maximizando-se a sua atuação

Ante o novo conceito de democracia fala-se, na atualidade, na refundação, na recriação, do Ministério Público, tanto enquanto Instituição, como no que pertine às suas atividades preponderantes. Além disso, temos sustentado a necessidade de maximização de suas atribuições – como contraponto à racionalização. Cássio Casagrande, nesse sentido, defende que a atuação do MP,

no quadro presente de judicialização da política representa no mínimo a presença institucional de um ‘contra-poder’, de modo que a atuação dos promotores e procuradores na defesa do interesse público e social acaba por lhes determinar (...) um papel de fiel da balança no sistema de freios e contrapesos entre os três poderes, sobretudo quando as ações da instituição resultam em implementação de políticas públicas ou efetivação de direitos sociais parcamente regulados pelo legislativo. (...) o Ministério Público foi ‘recriado’ ou transformado pela Carta de (...) 1988. (...) A mudança do papel do Ministério Público tem como ponto de partida a preocupação generalizada entre os constituintes de que a Carta (...) tivesse mecanismos que assegurassem a sua efetiva implementação, de modo a que o processo de redemocratização pudesse assegurar mais do que uma democracia formal, mas sim um regime em que os direitos civis, políticos e sociais ganhassem concretude material, na forma de bens juridicamente exigíveis perante os tribunais. Na organização dos trabalhos (...) instalou-se ‘uma Subcomissão de efetividade da Constituição’. Os debates (...) giravam em torno da idéia de criação de um sistema de ombudsman ou ouvidoria-geral dos cidadãos, a quem incumbiria (...) a implementação dos direitos previstos na Constituição. Essa ideia foi deixada de lado justamente por ter prevalecido o entendimento de que este papel deveria caber aos membros do Ministério Público, instituição que faria as vezes de filtro e motor para todas as espécies de queixas, petições e reclamações do público em geral, selecionando os órgãos dos Poderes do Estado que deveriam ser acionados¹⁴.

Verifica-se, do excerto doutrinário supra, que o intento da Constituição de 88 e dos constituintes originários foi alçar o MP à condição de Instituição

13 *Apud.* CALABRICH, Bruno. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*, 1.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 112.

14 CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a Judicialização da Política: estudos de casos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 102 e ss.

essencial ao Estado Democrático Social de Direito, aumentando, e muito, o plexo de suas atribuições, transformando-o em, verdadeiro, *ombudsman* ou numa ouvidoria-geral dos cidadãos. Ademais, segundo tem sustentado a doutrina, o MP deixou de ser somente o *custos iuris para ser também o custos societatis*. Gregório Assagra de Almeida¹⁵, a esse respeito, assim expende:

Na defesa dos interesses primaciais da sociedade, o Ministério Público deixou de ser o simples guardião da lei (*custos legis*). Assume agora, pelas razões já expostas, o papel de guardião da sociedade (*custos societatis*) e, fundamentalmente, o papel de guardião do próprio direito (*custos juris*), conforme ensinamento de Cláudio Souto. A respeito já assinalou Antônio Alberto Machado: “[...] Esse desafio de ruptura com o modelo tradicional da ciência e da praxis do direito, reproduzido pelo ensino jurídico brasileiro, essencialmente normativista e com evidentes traços ainda do modelo coimbrão, assume uma clara importância histórica que vai além da mera ampliação dos limites e possibilidades de atuação de um dos operadores jurídicos tradicionais. A existência de um ‘custos juris’ com possibilidade de empreender a defesa jurídico-prática da democracia e de um ‘custos societatis’ destinado a defender os direitos fundamentais da sociedade, representam não apenas uma conquista efetivamente democrática da sociedade brasileira, mas também uma autêntica possibilidade de ruptura com o positivismo do direito liberal que desde o século passado sustentou, ‘nos termos da lei’, as bases oligárquicas do poder social, econômico e político no País.

Por conta disso e tendo em vista a complexidade da tarefa sob a incumbência do MP, os membros do Ministério Público precisariam “ser educados” de maneira interdisciplinar, de modo que pudessem ser mediadores de conflitos, desenvolvendo também habilidades bastante específicas, deixando-se de priorizar, apenas e tão somente, a formação jurídica, mesmo porque o MP vem intervindo cada vez mais diretamente na sociedade, não necessariamente através do Poder Judiciário.

Os membros do MP precisam possuir, portanto, conhecimentos nas áreas da psicologia, do comportamento, dentre outras, de modo a atuar de maneira ainda mais resolutiva (os quais devem ser treinados para tanto). Tais conhecimentos, como regra, não são fornecidos na Faculdade de Direito, muito menos nos cursos de formação do MP, o que deve ser reavaliado. Sobre o tema, Gregório Assagra de Almeida verbera que:

4.11 Formação humanista, multidisciplinar e interdisciplinar dos membros e servidores do Ministério Público. Para que haja a concretização do novo Ministério Público, constitucionalmente delineado, faz-se necessária uma mudança cultural de

15 ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Ministério Público No Neoconstitucionalismo*: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. Fonte: www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/9990. Acesso em 01 de novembro de 2012.

mentalidade atrelada aos valores éticos e humanos que compõem o núcleo do direito no pós-positivismo jurídico. A vida e sua existência com dignidade, em todos os seus planos, devem ser fatores de direcionamento da atuação institucional do Ministério Público. Conforme bem ressaltou Jorge Alberto de Oliveira Marum: “[...] *democracia não significa apenas liberdade, requerendo também justiça social e busca da igualdade material, ou seja, condições de vida, saúde, moradia, educação e alimentação adequadas, o que se realiza mediante a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Daí a profunda ligação entre o regime democrático, que cabe ao Ministério Público defender, e os direitos humanos*”. (...) Os cursos de ingresso, de vitaliciamento, de promoção na carreira e outros cursos que visem ao aperfeiçoamento funcional dos membros e servidores do Ministério Público devem ser tratados a partir de uma visão humanística fundada na solidariedade coletiva e no direito à diferença. Os próprios editais dos concursos públicos para ingresso na Instituição devem exigir o conhecimento sobre direitos humanos. Por outro lado, a formação multidisciplinar e interdisciplinar é fundamental para que os membros e servidores do Ministério Público tenham uma visão mais holística da realidade social e das estratégias de atuação funcional da Instituição. Uma das características principais dos novos direitos, especialmente os de dimensão coletiva, é a sua extrema complexidade. (...) O operador do direito tem dificuldade para compreender e interpretar adequadamente os direitos coletivos somente com fundamento nas diretrizes estabelecidas pela ordem jurídica. Esses direitos, em geral, exigem um grau de conhecimento que se baseie em outras áreas de conhecimento, tais como a engenharia, a biologia, agronomia, sociologia, economia, ciência política, geologia etc. A interpretação fundada no diálogo multidisciplinar e interdisciplinar é o melhor caminho para a boa e adequada compreensão dos novos direitos de dimensão massificada. A tendência é no sentido de ampliação desse diálogo com outras áreas de conhecimento, caminho hoje imprescindível para a oxigenação e revigoramento do próprio Direito como instrumento de justiça e de transformação da realidade social. (...) Sustentando a necessidade de uma formação crítica e transdisciplinar do órgão do Ministério Público, afirma Antônio Alberto Machado: “*Pensamos que a atuação dos órgãos de execução do Ministério Público brasileiro, sobretudo a partir da Constituição de 1988 e legislação subsequente, institucionalizando conflitos coletivos e operando instrumentais com caráter jurídico-político, ‘na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais’, apesar de sua cultura formalista e unidimensional, está em condições de fazer do ‘Promotor de Justiça’ um operador do direito consciente de suas funções não só jurídicas, mas também políticas e sociais, pelo relacionamento transdisciplinar que doravante estará forçado a fazer entre a estrutura normativa do direito que aplica e as estruturas sociopolíticas que estão na gênese dos conflitos coletivos.*”

Paulo Valério Moraes e Márcia Moraes, no particular, assim lecionam:

De fato, os relacionamentos massificados, urbanizados e globalizados, paradigmas da chamada pós-modernidade, estão tornando obsoleta a atuação do Direito como mecanismo de real pacificação e harmonização social, porque o grande número de demandas gerado pelo grande número de relacionamentos em conflito não tem encontrado respostas adequadas nas estruturas judiciárias, nelas estando incluído não somente o Poder Judiciário, mas também o Ministério Público, a Defensoria Pública e as advocacias públicas e privadas em geral (...). Isto ocorre porque os procedimentos judiciais são extremamente burocráticos, formais e demorados, o que, igualmente, tem suas razões de ser, haja vista as necessidades de concretização dos supremos princípios da ampla defesa, do devido processo legal (...). Não bastasse isso, percebe-se, eventualmente, uma desestimulante inclinação de alguns profissionais do direito no sentido de estabelecer como foco sua atuação profissional, seus interesses pessoais, em detrimento da resolução eficaz da controvérsia, o que significa uma propensão à realização de bones arrazoados, repeltos de doutrina, de jurisprudência, com excepcionais relatórios que se repetem e cheios de erudição, mas sem objetividade e criatividade para, efetivamente, resolver o conflito posto. Pgs. 29/30. (...) Temas desta monta deveriam receber uma abordagem diferente, em que os vários envolvidos na solução pudessem sentar à mesa de negociação, sejam os representantes do Poder Judiciário de mais alto escalão e os responsáveis pelas ações administrativas específicas eventualmente impugnadas, a fim de concluir de maneira unitária pela resolução do problema, evitando que os foros fiquem entulhados de processos iguais. Infelizmente, ainda não temos um tribunal especial para solucionar as questões administrativas massificadas por intermédio da conciliação. Pg. 35. (...) Por isso, se impõe um olhar para outros horizontes, buscando agregar novas posturas tendentes à resolução dos conflitos, pois resolver seus problemas é o que a sociedade deseja, motivo pelo qual cabe, principalmente aos agentes públicos, encontrar alternativas para atender às legítimas expectativas daqueles que merecem ser atendidos em suas justas demandas. Impõe-se um olhar para outras vias de trabalho que, de maneira concreta, efetivem o princípio da eficiência, pois uma correta abordagem e utilização das técnicas de negociação tornará a atividade executada pelos agentes públicos mais objetiva e útil para o implemento das medidas esperadas pela comunidade. Pg. 46¹⁶.

Não só os membros do MP precisam ser preparados também para “gerir” as suas respectivas Promotoria e, em última análise, a própria Instituição. Ora, num país onde a eficiência foi erigida à categoria de postulado constitucional aplicável à Administração Pública, artigo. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público e seus membros não podem gerir suas unidades de atuação amadoristicamente. Imprescindível,

16 MORAES, Paulo Valério Dal Pi; MORAES, Márcia Amaral Corrêa de. *A negociação ética para agentes públicos e advogados: mediação, conciliação, arbitragem, princípios, técnicas, fases, estilos e ética da negociação*. Belo Horizonte: Forum, 2012. pp. 29/46.

pois, que o MP qualifique seus membros e servidores, de forma a garantir que estes atuem gerencialmente, fornecendo-lhes conhecimentos nas áreas de gestão de pessoas, administração pública, administração gerencial etc.

Além disso, os processos legais e constitucionais de escolha dos líderes institucionais não admitem que a Instituição seja dirigida por um *extraneus*, um CEO, por exemplo, o que exige uma formação continuada de todos os membros nas áreas supra, uma vez que, como citado a seguir, gerir uma Promotoria, ou o próprio MP, não é uma escolha, não é uma opção, uma vez que esta atividade necessariamente será realizada, mas gerir com “qualidade sim”.

Ou seja, ao mesmo tempo em que os membros do MP seriam qualificados para a gestão das suas respectivas Promotorias, ou Procuradorias, se qualificaria também o debate institucional interno, bem como seriam formados quadros aptos a gerir o MP não apenas de acordo com as malfadas correntes institucionais de política interna. Os processos de escolha dos líderes institucionais seriam, pois, qualificados, haja vista que disseminados conhecimentos na área de gestão, dentre outros. Conhecimento, por si somente, é poder e a sua disseminação é manifestação de democracia. Não é razoável que o MP fomente campanhas públicas de qualificação do voto do eleitor comum (cidadão), bem como atue de maneira a induzir boas práticas administrativas nos três Poderes da República, Executivo, Legislativo e Judiciário, e não o faça “em sua própria casa”, de maneira generalizada e inclusiva.

A não disseminação destes conhecimentos específicos, a um só tempo, inibe pessoas comprometidas, que por vezes não se acham habilitadas para o exercício de cargos superiores no MP, facilitando também a subsistência da escolha de líderes segundo as correntes institucionais de política interna. No prefácio do livro “Gestão de Promotorias de Justiça e seus Processos de negócios”, de autoria de Ana Cecília Gouvêa, Renan Evangelista e Renata Evangelista, o Juiz de Direito Haroldo Dutra Dias assim introduz o tema supracitado:

O século XXI consolidou profundas transformações, nas telecomunicações, na informática, na engenharia, na organização e gestão de empresas, e incorpora a cada dia mudanças avassaladoras (...).Nesse cenário conturbado e ao mesmo tempo promissor se movimenta o profissional do Direito (...).No âmbito do Ministério Público e do Judiciário, a questão é ainda mais desafiadora. Depositárias de competências constitucionais da mais alta relevância, ligadas à concretização da justiça na sociedade, essas instituições receberam da Carta Magna as prerrogativas da independência funcional, administrativa e financeira. Todavia, o exercício efetivo dessa

independência requer competências que extrapolam o saber jurídico, exigindo do membro do Ministério Público e da Magistratura o domínio de assuntos ligados à gestão, em suas múltiplas vertentes. Em síntese, o membro do Ministério Público e da Magistratura é um gestor na sua unidade de atuação. Portanto, exerce atividades jurídicas e administrativas, ainda que não queira e ainda que não tenha sido informado no momento da aprovação no concurso. A gestão não é opcional; a qualidade sim. Sabendo ou não, querendo ou não, todos somos forçados a gerir, nos limites das atribuições funcionais¹⁷.

O desenvolvimento destas habilidades específicas é fundamental para que o Ministério Público possa exercer, com amplitude e eficácia, o seu desiderato constitucional, de maneira resolutiva. Sobre o Ministério Público Resolutivo, vejamos os escólios de Gregório Assagra de Almeida¹⁸, auxiliado pelas lições de Marcelo Goulart:

Dentro do novo perfil constitucional do Ministério Público, Marcelo Pedroso Goulart sustenta que existem dois modelos de Ministério Público: o *demandista* e o *resolutivo*. O Ministério Público *demandista*, que ainda prevalece, é o que atua perante o Poder Judiciário como agente processual, transferindo a esse órgão a resolução de problemas sociais, o que de certa forma, afirma o autor, é desastroso, já que o Judiciário ainda responde muito mal às demandas que envolvam os direitos massificados. O Ministério Público *resolutivo* é o que atua no plano extrajurisdicional, como um grande intermediador e pacificador da conflituosidade social. Marcelo Goulart ainda ressalta que é imprescindível que se efetive o Ministério Público *resolutivo*, levando-se às últimas conseqüências o *princípio da autonomia funcional* com a atuação efetiva na tutela dos interesses ou direitos massificados. Para tanto, é imprescindível que o órgão de execução do Ministério Público tenha consciência dos instrumentos de atuação que estão à sua disposição, tais como o inquérito civil, o termo de ajustamento de conduta, as recomendações, audiências públicas, de sorte a fazer o seu uso efetivo e legítimo. Portanto, nesse contexto, a atuação extrajurisdicional da Instituição é fundamental para a proteção e efetivação dos direitos ou interesses sociais. A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas, da solução dos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade. Muitas vezes os juízes extinguem os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Essa situação tem mudado, mas de forma muito lenta e não retilínea. Não se nega aqui a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, ao contrário, o que se constata e deve ser ressaltado é o seu despreparo para a apreciação das questões sociais fundamentais. Um Judiciário preparado e consciente

17 *Apud.* GOUVÊA, Ana Cecília Gouvêa; EVANGELISTA, Renan; EVANGELISTA, Renata. *Gestão de Promotorias de Justiça e seus Processos de negócios*. 1ª ed. Belo Horizonte: Procuradoria Geral de Justiça, 2012.

18 ALMEIDA. Gregório Assagra de. *O Ministério Público No Neoconstitucionalismo*: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. Fonte: www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/9990. Acesso em 01 de novembro de 2012.

de seu papel é das instâncias mais legítimas e democráticas para conferir proteção e efetividade aos direitos e interesses primaciais da sociedade. Novamente, Marcelo Goulart propõe que o Ministério Público deve: *“[...] transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação; atuar integradamente e em rede, nos mais diversos níveis — local, regional, estatal, comunitário e global —, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas; (...); buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas de resolução das questões que lhe são postas (ter o judiciário como espaço excepcional de atuação)”*. O Ministério Público *resolutivo*, portanto, é um canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma *ordem jurídica realmente mais legítima e justa*. Os membros da Instituição devem encarar suas atribuições como verdadeiros *trabalhadores sociais*, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais.

Neste cenário, da pós-modernidade, é que o Ministério Público deve assumir funções ainda mais preponderantes, a fim de que contribua para efetivação de todos direitos fundamentais, inclusive os direitos fundamentais de acesso à jurisdição e à razoável duração do processo. Por essa razão, propomos também a maximização da atuação do MP, como contraponto à racionalização, com a necessária ampliação da legitimidade ministerial para ações coletivas.

Ampliar a legitimidade ministerial, por exemplo, para a atuação coletiva teria o condão, inclusive, de ajudar no combate à demora na prestação jurisdicional, já que inúmeras demandas individuais deixariam de ser propostas, sendo, no lugar destas, intentada uma única ação pelo MP, contribuindo-se, a um só tempo, com o respeito ao princípio da igualdade no tocante à distribuição da Jurisdição. Ou seja, o MP não auxiliaria a celeridade num processo específico (apenas), mas de maneira geral, como política judiciária e não como atividade endoprocessual, reafirmando, por outro lado, frise-se, o postulado da igualdade no exercício da jurisdição. Sobre o tema, vejamos os escólios de Márcia Regina Lusa Cadore:

(...) não encontra justificativa razoável o Estado, no exercício da função jurisdicional, proferir decisões distintas para situações semelhantes que lhe sejam submetidas. O critério da distinção não pode ser o sorteio para a distribuição dos feitos ou dos recursos no segundo grau de jurisdição. Não é critério razoável perante a Constituição. O problema das decisões distintas para casos semelhantes torna-se ainda mais grave quando da existência de demandas semelhantes em larga escala. Para a população, a ocorrência de julgamentos díspares em tais ações é mais chocante, chegando mesmo a comprometer a confiança dos jurisdicionados. Nos países do *common law*, a isonomia judiciária está assegurada pelo tratamento equânime conferido aos casos análogos e, assim, a premissa

do tratamento igualitário está na base do próprio sistema. [...]. Há que ser perseguida, pois, a uniformização. E, depois de discutida determinada tese jurídica, pacificada a orientação da jurisprudência em órgãos jurisdicionais colegiados, por meio de um dos instrumentos previstos a tanto no sistema, decisão divergente de tal orientação igualmente não se compadece com o princípio da isonomia¹⁹.

A legitimidade do Ministério Público nas demandas de massa se justificaria também em razão dessa circunstância específica, qual seja: necessidade de algum órgão velar pela observância do princípio da igualdade no exercício da jurisdição. A não observância do princípio da isonomia, neste particular, poderia ocasionar o descrédito do Judiciário perante a sociedade em geral e perante os demais Poderes Públicos e certo grau de insegurança jurídica, visto que possível a coexistência de decisões díspares a respeito de uma mesma questão, por tempo indeterminado.

Além disso, contribuiria o MP com a celeridade processual enquanto política judiciária. Assim, pouco importaria o “direito de fundo”, já que nestes casos a atuação do MP se justificaria por razões macroestruturais. De qualquer sorte, seja com exclusividade ou não, a atuação do Ministério Público passa a ser fundamental para a garantia desses novos direitos, principalmente numa sociedade como a brasileira onde a participação de organismos sociais ou da sociedade, diretamente, nas “decisões políticas fundamentais” nacionais ainda é incipiente²⁰. Vejamos um exemplo: a legitimidade ou não do Ministério Público para intentar Ações Cíveis Públicas em matéria tributária, por exemplo, apesar de o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça entenderem de maneira diversa, deveria ser interpretada levando-se em consideração as conclusões retro. Ou seja, a importância da atuação ministerial para garantir a aplicabilidade do princípio da igualdade no exercício da jurisdição, bem como a redução do número de demandas individuais, garantindo-se também o princípio da duração razoável dos processos, justificaria a atuação do MP, independentemente de qualquer consideração a respeito do “direito de fundo”²¹. As interpretações

19 CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula Vinculante e Uniformização de Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 34.

20 “Assim, é hoje público e notório que o Ministério Público é a Instituição que mais tem atuado para a defesa dos interesses e direitos massificados, seja no campo extrajurisdicional, seja no jurisdicional, especialmente por intermédio do inquérito civil e do ajuizamento de ações civis públicas. Antônio Augusto de Camargo Ferraz faz essa observação ao afirmar que mais de 90% (noventa por cento) dos casos de atuação jurisdicional na defesa dos interesses massificados no País decorrem da iniciativa do Ministério Público, o que para o autor é motivo de preocupação com essa tímida atuação dos demais legitimados ativos, já que tal situação seria efeito da *fragilidade de nossa democracia*”. *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Ministério Público No Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social*. Fonte: www.mp.mg.gov.br/portal/public/inter-no/arquivo/id/9990. Acesso em 01 de novembro de 2012.

21 STJ - REsp 883.690/SP - Rel. Ministro LUIZ FUX - PRIMEIRA TURMA - DJ 22/10/2007 - p. 204

supracitadas, do STJ e do STF, privilegiam as disposições das legislações infraconstitucionais existentes sobre o tema, como, por exemplo, a prescrição do artigo 1º, parágrafo único, da Lei Federal n. 7.347/85, em detrimento das normas constitucionais que, em nosso sentir, se sobrepõem àquelas. Aqui existiriam outros interesses sociais “mirados” pelo Ministério Público, quais sejam: a diminuição do número de demanda em trâmite no Poder Judiciário, a fim de que se consiga cumprir o postulado da duração razoável do processo, bem como a garantia do postulado da isonomia no exercício da jurisdição. Ou seja, o que o Ministério Público deve buscar em ações como estas não seria, necessariamente, e tão somente, a defesa dos contribuintes propriamente ditos, mas sim as nefastas consequências que a sua omissão poderia ocasionar. É preciso que se diga, ademais, que as ações relacionadas às contribuições para a iluminação pública, por exemplo, são conhecidas pelo seu diminuto valor individual, o que, como regra, desestimula a propositura de demandas individualmente, sendo este mais um fator a recomendar a atuação do MP, sob pena de se negar o efetivo acesso à Jurisdição à maioria da população. A esse respeito, vejamos o entendimento do Prof. Hugo de Brito Machado, *ad litteram*:

Realmente, no caso de tributos como a taxa de iluminação pública, diante de cobrança de valor diminuto, não se sentem motivados para a defesa de seu direito, até porque a despesa com essa defesa é consideravelmente maior do que o valor do tributo indevido (...). podem ocorrer situações nas quais o valor econômico do direito individual de cada contribuinte não justifique o ingresso em juízo, embora a repercussão do tributo ilegal ou inconstitucional seja de grande significado para a coletividade.²²

Retirar a legitimidade para a propositura de ações civis públicas em matéria tributária do Ministério Público seria, portanto, em casos como

- 1. O Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública com objetivos tributários, escopo visado na demanda com pedido pressuposto de declaração de inconstitucionalidade de lei municipal que instituiu a cobrança de taxas de limpeza, conservação de vias e logradouros e iluminação pública, assumindo a defesa dos interesses do contribuinte. (Precedentes: RESP 845034/DF, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, Data de julgamento: 14/02/2007; RESP 701913/DF, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, Data de Julgamento: 28/02/2007; AgRg no REsp 710.847/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 29.08.2005; AgRg no REsp 495.915/MG, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 04/04/2005; RESP 419.298/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 06/12/2004). STJ - REsp 82.461/MG - Rel. Ministro CASTRO MEIRA - SEGUNDA TURMA - DJ 06/09/2004 - p. 188 - PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ILEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. O Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública com o objetivo de impedir a cobrança de tributos na defesa de contribuintes, pois seus interesses são divisíveis, disponíveis e individualizáveis, oriundos de relações jurídicas assemelhadas, mas distintas entre si. Contribuintes não são consumidores, não havendo como se vislumbrar sua equiparação aos portadores de direitos difusos ou coletivos. STF - RE 559985 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU - Segunda Turma - PUBLIC 01-02-2008 - EMENT VOL-02305-12 PP-02613 - EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRIBUTÁRIO. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 2. O Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública que verse sobre tributos. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

22 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 473.

o sub examine, negar à coletividade prejudicada o direito à jurisdição, além de se verificar a vulneração dos princípios supracitados. Estas mesmas razões se aplicariam à defesa em juízo, ou fora dele, dos direitos individuais homogêneos. Em relação aos direitos individuais homogêneos e a legitimidade do MP, vejamos rápida compilação de entendimentos. Uma primeira corrente somente admite a atuação do MP quando os direitos individuais homogêneos forem também indisponíveis. A esse respeito, ver informativo n. 197/2004 - STJ ou Resp 146483. Uma segunda corrente sustenta que o MP estaria legitimado quando os direitos individuais homogêneos, apesar de disponíveis, fossem dotados de relevância social ou repercussão social. Além disso, os direitos deveriam ser compatíveis com a finalidade da instituição. Ver: Informativo 229/2004 ou STF RE 163 231 ou RE 472489 julgado em 2008. A terceira corrente, mais consentânea com os argumentos expendidos neste artigo, é a defendida pela ministra Nancy Andrighi, que “considera os interesses individuais homogêneos como socialmente relevantes de per si, porquanto supra-individuais e porque, de um modo ou de outro, a causa atingirá a coletividade, reduzindo-se o número de demandas postas em juízo”. Ver: RESP 635 807. A esse respeito, pertinente trazer a lume os escólios de Leonardo Barreto Moreira Alves e Marcelo Zenkner:

É que, considerados em seu conjunto, os direitos individuais homogêneos, mesmo disponíveis, passam a ter significado ampliado, de resultado maior que a simples soma de posições individuais, de modo que sua lesão compromete valores comunitários privilegiados pelo ordenamento jurídico por sua dimensão social. Por essa linha doutrinária, numa época de grande massificação, é conveniente obviar a proliferação de demandas múltiplas, prestigiando-se um tratamento molecularizado, a partir da identificação do seu interesse nuclear. Nesse sentido, o Ministério Público estaria legitimado para demandar em juízo em qualquer caso que envolvesse direito individual homogêneo, sem perquirir a relevância social ou a indisponibilidade dos interesses²³.

A legitimidade do MP, portanto, não dependeria, apenas e tão somente, da verificação da “pertinência temática” ou do “direito de fundo”, mas, principalmente, da relevância social da ação, com a análise de outras questões como as retro invocadas.

Além disso, o MP deve buscar a implementação de “políticas públicas” pelo Poder Judiciário, o que no Brasil já é uma realidade, a qual, todavia, enfrenta, ainda, muitas resistências. O direito à saúde, por exemplo, tem sido constantemente objeto de decisões pelo Poder Judiciário, o qual vem

23 ALVES, Leonardo Barreto Moreira e ZENKNER, Marcelo. Ministério Público. 1. Ed. Juspodivm. Salvador, 2009. p. 80 e ss.

tomando decisões alocativas. Em se tratando de direitos individuais e omissões do Poder Público a questão tem sido decidida de forma menos tormentosa. Em demandas coletivas, todavia, os Tribunais têm sido mais restritivos, principalmente no que concerne aos direitos difusos em sentido estrito. Todavia, necessário se faz a superação dessa barreira. Alguns autores chegam a afirmar, inclusive, que decisões alocativas prolatadas pelo Poder Judiciário em casos individuais não podem ser qualificadas como decisões tendentes a implementar políticas públicas. Ao contrário, tais decisões poderiam atrapalhar a implementação de políticas públicas coletivas. A esse respeito, vejamos os escólios de Têmis Limberger:

É sabido que o juiz não pode se furtar a decidir demandas que lhe são propostas, mas isto, por vezes, acaba por distorcer dispositivos orçamentários, fazendo com se atue mais na parte curativa do que preventiva, que remédios ainda não comprovados sejam prescritos e se privilegie as ações individuais em detrimento das ações coletivas (pg. 264). (...) Deste modo, quando há interposição de uma demanda individual, apesar da importância que isto significa para o proponente, não se trata efetivamente da fiscalização de política pública pelo poder judiciário, mas de apreciação de parte do processo (pg. 265). (...) O controle das políticas públicas está relegado com o processo na fase de estatuição, escolha e execução, bem como à transparência a respeito dos recursos utilizados. Não se trata de ação pontual a respeito de determinado assunto, mas uma atuação do Estado contendo início, meio e fim²⁴.

Por essa razão, o membro do MP deve ficar atento quando intentar uma ação para a defesa de direito individual indisponível, a qual pode e deve sim ser proposta, mas esta deve-se fazer acompanhar de investigação quanto à problemática coletiva. Recentemente, no exercício dos meus *misteres*, tive a oportunidade de compatibilizar essas exigências: individual e coletiva. Ao intentar ação para a defesa do direito à saúde e à vida de idoso específico, referente ao benefício do TFD, Tratamento Fora do Domicílio, busquei compatibilizar as exigências individuais daquele cidadão com a necessidade de se aprimorar o controle do programa de saúde retro no Município como um todo, haja vista que as informações colhidas davam conta do caráter coletivo do problema inicialmente relatado na Promotoria por uma única pessoa (não pagamento do valor referente ao TFD – inviabilização do tratamento médico visando combater neoplasia). Além de requerer que fosse concedida tutela individual, em favor do cidadão específico, fora pleiteada tutela definitiva coletiva. Outro passo para a resolução da questão coletiva foi verificar o motivo pelo qual o Município utilizava-se tanto do

24 LIMBERGER, Têmis. *O solipsismo jurídico e o (des)controle das políticas públicas*. In. Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Org. André Luís Callegari; Lenio Luiz Streck; Leionel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. pp. 264/265.

TFD. Ou seja, buscou-se reforçar a atenção básica municipal. O Ministério Público da Bahia, neste particular, desenvolveu interessante programa: o MP e os Objetivos do Milênio – Saúde e Educação de qualidade para todos, o qual, inclusive, fora premiado pelo CNMP, em 2013, como um dos melhores projetos do Parquet brasileiro. Ver site: <http://milenio.mp.ba.gov.br/>. Ou seja, em cada questão individual deve-se tentar buscar a raiz do problema, resolvendo-se, também, a questão coletiva, ou as questões coletivas subjacentes. Sobre a importância de se compreender o problema de maneira conglobante, vejamos os escólios da doutrina:

Alexandre Amaral Gavronski - (...) ainda mais difícil que reconhecer um direito próprio individual é ter a percepção de que ele pode assumir caráter coletivo e, assim, ser defendido para todos os interessados sem que o cidadão precise procurar um advogado e figurar como autor em um processo. (...) Os obstáculos (...), na perspectiva coletiva, são atenuados na medida em que para ela contam menos as experiências com advogados e (...) mais o contato com as associações, COM O MINISTÉRIO PÚBLICO (...), que receberão os pleitos e representações e os “converterão” em demandas jurídicas coletivas. Esses legitimados tendem a contar com uma maior penetração social (...)²⁵.

Geisa de Assis Rodrigues, sobre esta mesma questão, assim leciona:

(...) inclusive para a proteção plena do indivíduo fez-se mister considerá-lo também em suas relações organizacionais com os demais indivíduos. deveras, em determinadas situações só a proteção da comunidade pode ser medida da proteção de cada um de seus componentes. (...) em outras situações, como nos direitos individuais homogêneos, muito embora o direito esteja sob as mesmas vestes convencionais, podendo ser limitável a apenas um indivíduo, a sua proteção assume uma relevância tamanha que para garantir a viabilidade efetiva do direito deve ocorrer o tratamento coletivo da questão. pg. 30²⁶.

Ademais, por mais que seja o homem importante enquanto tal, ser individual, a sua dimensão coletiva não deve ser desprezada. Sobre tal questão, mister enaltecer os escólios de Carlos Ayres Britto:

(..) esse novo humanismo de necessária mão dupla absorve, sim, a referida máxima de que “o homem é a medida de todas as coisas” (Protágoras), porém, primeiro, o homem enquanto gênero; isto é, de sorte a abranger todos os exemplares masculinos e femininos sem nenhuma exceção.²⁷

Ou seja, garantir o direito de um e relegar todos os demais à própria sorte, os quais, na sua grande maioria, nunca acorrerão ao Ministério Público

25 GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 203.

26 RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e prática*. 3a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 30.

27 BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 52/53.

e ao Judiciário, porque ignorantes quanto aos seus direitos, significa analisar o direito de maneira parcial e não conglobante, permitindo-se, ainda, que o ente público “trabalhe” com o princípio da demanda, beneficiando-se da cifra oculta. Ora, muitos se prejudicam e poucos reclamam, principalmente em municípios pequenos, onde reclamações deste tipo são consideradas ofensas políticas imperdoáveis aos gestores públicos omissos (e autoritários). Enfim, seja de maneira individual, ou, preferencialmente, coletiva, o caráter prioritário dos direitos fundamentais impõe a intervenção fiscalizatória de um Poder sobre os demais, principalmente quando em discussão valores constitucionais caros, realizando-se, então, o que já deveria ter sido efetivado a bom termo pelo Ente competente, o qual, geralmente, permanece omissos na implementação dos direitos sociais. Atuação esta que deve ocorrer, preferencialmente, dando-se ênfase à questão coletiva. O ativismo judicial, com a implementação jurisdicional coercitiva de políticas públicas, já não é, pois, uma novidade, uma inovação, no direito ocidental, muito menos no Brasil, já que o STF não vem se furtando a fazê-lo quando provocado. Não mais se justifica, portanto, tamanha restrição e ojeriza ao ativismo judicial de implementação.

2. Posturas institucionais: novos métodos, fórmulas e fazeres

O Ministério Público como agente da Democracia militante é aquele que consegue reagir aos fenômenos pós-modernos supracitados de maneira eficiente, sendo capaz de adotar novas posturas institucionais, novos métodos, novas fórmulas e novéis fazeres, de forma a otimizar suas atribuições, agindo sempre com o intuito de realizar plenamente a democracia formal e participativa, fiscalizando os seus caminhos e descaminhos, atuando com seriedade e efetividade na área eleitoral, bem como no combate à improbidade administrativa e à corrupção, com vistas a incentivar o crescimento e o desenvolvimento econômico, eliminando-se, também, os custos sociais da corrupção, de maneira preferencialmente preventiva (haja vista o baixo percentual de recuperação de ativos públicos desviados por atos de corrupção), respeitando-se também o meio ambiente, no sentido de que o crescimento seja sustentável e limpo.

Além disso, deve o MP atuar de forma a incentivar a igualdade social e a distribuição de riqueza e benesses públicas de maneira imparcial, fiscalizando políticas públicas nas mais diversas áreas. O Ministério Público como agente da democracia militante deve encarnar a exortação feita por Paulo Bonavides, tornando-se o Ministério Público da Constituição e não um Ministério Público de governo.

O Ministério Público (...) 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. p. 384. (...) O Ministério Público da Constituição, a heróica casa que abraça sem temor, sem tergiversação, sem recuo, a causa da nação, e, no confronto com os poderosos, reprime o crime, a improbidade administrativa, as malversações do erário. Sentinela da coisa pública, é o Ministério Público da Sociedade, do cidadão, do povo, do governante constitucional; o Ministério Público que padece a animadversão de um executivo depravado porque nunca a corrupção do Poder foi alvo de investigações tão rentes às esferas mais elevadas da administração pública, quanto ora acontece. p. 386. (...) Sem embargos de quantos obstáculos lhe foram postos pelo Executivo ao legítimo exercício de seu papel essencial à conservação do sistema constitucional, a instituição vanguardista do combate à corrupção cresceu (...) na estima dos cidadãos, na opinião comum, na fé pública. Cresceu como nenhuma outra nesta País. Se governantes maculados com frequência a hostilizam, a Sociedade (...) constantemente lhe aplaude a vigilância, os atos, as investigações. (...) é de destacar (...) a importância social dos Membros do Ministério Público tocantes às funções jurídicas que lhe foram cometidas pelos constituintes da Nova República de 1988. Empenhados em reformar os costumes políticos, os autores da Constituição buscam assegurar a ética no emprego dos mecanismos de governo, concretizar direitos fundamentais (...). Tudo obraram eles na teoria e, sem embargo de haverem introduzido o nobre princípio da moralidade administrativa na região do direito constitucional positivo, em verdade, durante a vigência da Lei Maior, se viram atropelados e atraícoados por poderes que esmagam a Constituição. Contra estes, porém, porfia com dessassombro o Ministério Público da Constituição, leal ao feixe de atribuições constitucionais que lhe foram traçadas. Faz-se mister, por conseguinte, como já o fizemos, louvá-lo, e exortá-lo a não esmorecer, quando sustenta essa bandeira que outros, por pusilanimidade, descumprindo deveres constitucionais, deixaram arriar. (...) Com os seus quadros rejuvenecidos, a instituição forceja por ser fiel executora da missão posta no artigo 127 da Carta Magna. (...) Ele é, portanto, pedaço vivo da Constituição; órgão que o Executivo (...) desejará morto ou inibido para o desempenho de sua missão ética e saneadora das instituições²⁸.

A primeira mudança de postura institucional, aqui não necessariamente pessoal do membro do Ministério Público, mas sim da própria Administração Superior do MP, diz respeito à necessidade de se garantir ao Promotor um aparato técnico capacitado para fazer frente à essa crescente complexidade hodierna. Ora, se os direitos coletivos contemporâneos exigem um grau de conhecimento que se baseie em outras áreas de conhecimento, tais como a engenharia, a biologia, agronomia, sociologia, economia, ciência política, geologia etc, não se pode exigir que o Promotor, como uma ilha, tenha plenas

28 BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*: por um Direito Constitucional de luta e resistência – por uma Nova Hermenêutica – por uma repolitização da legitimidade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 384/388.

condições de atuar resolutivamente em especialidades tão distintas. Cada Promotoria deveria ser provida, portanto, de um corpo técnico específico, o que, todavia, revelar-se-ia extremamente custoso. Uma solução adequada, diante das limitações orçamentárias impostas legalmente ao MP, seria a regionalização dos serviços de apoio. Assim, os serviços especializados de engenharia, de biologia, de agronomia, de sociologia, de economia, de contabilidade etc, deveriam ser regionalizados, englobando no máximo 10 ou 15 cidades. Além da regionalização destes serviços especializados, indispensável também a atuação uniforme e interdisciplinar destes serviços especializados nas suas respectivas áreas de atuação, com a criação, por exemplo, de grupos de trabalho, v.g., grupo de trabalho de combate à corrupção e à improbidade administrativa, no qual atuariam Contadores, Assessores Jurídicos especialistas em licitações e contratos administrativos, engenheiros, Promotores especialistas em Improbidade Administrativa, etc, de forma a permitir uma análise profunda e célere da questão posta em discussão. Tais grupos acompanhariam, nas suas respectivas áreas de atuação, as publicações dos atos administrativos nos Diários Oficiais, os julgamentos dos Tribunais de Contas, as notícias publicadas na imprensa, as Auditorias realizadas pelos Ministérios e pelas Secretarias Estaduais etc, de forma a tentar identificar ilegalidades e desvios de padrão (indicativos de ilegalidade), bem como encaminhariam material de apoio aos Promotores que atuam nas respectivas áreas de execução, realizando também visitas técnicas, inspeções, auditorias etc, tudo isso de forma a atuar repressivamente, mas, principalmente, preventivamente, evitando-se a consumação de prejuízos ao erário, tanto patrimoniais como morais. Márcio Soares Berclaz e Millen Castro Medeiros de Moura advertem:

Nesta nova proposta de gestão, não se concebe a manutenção de situações hoje vivenciadas, nas quais o Promotor de Justiça – agente político que deveria ocupar-se da gestão e coordenação das atividades desenvolvidas pela Promotoria como órgão de execução – por força das circunstâncias, acaba obrigado a praticar atos materiais burocráticos e periféricos cuja realização deveria ser destinada a órgãos auxiliares oficiais. [...] Quando o *Parquet*, em vez de gerir, refletir e decidir a estratégia de atuação técnico-funcional, ocupa-se com atos materiais perfeitamente delegáveis, que são ‘atividades-meio’ distantes da previsão legal do artigo 129, §20, da CF, está colaborando para esse falido e ineficiente modelo de gestão. Corrigir tal situação exige uma racionalização tanto na ‘matéria’ objeto da intervenção como, sobretudo, na ‘forma’ de execução das atribuições. Ora, considerando que a única atividade efetivamente indelegável no exercício funcional do Ministério Público é a ‘tomada de decisão’, boa parte das tarefas atualmente integradas ao ofício do promotor de Justiça necessitam ser repassadas a serviços auxiliares oficiais de assessoramento. Contanto que haja efetiva fiscalização e orientação, tal distribuição de trabalho afigura-

se medida eficiente para canalizar as atenções e esforços dos membros àquilo que realmente importa ao planejamento estratégico-institucional. (BERCLAZ; MOURA, 2009, p. 25-27)²⁹.

Segundo Mazilli as condições ideais seriam as seguintes:

Precisamos de Promotores dotados de completa estrutura administrativa. Assim, por exemplo, numa Comarca, dependendo de seu porte, deveria haver uma Promotoria Cível, outra criminal, uma de *ombudsman*, uma de meio ambiente, outra do consumidor, etc. Cada qual dessas Promotorias corresponderia a um único Promotor e teria adequada estrutura própria, com assessores jurídicos, advogados, estagiários e demais funcionários, sob direção do Promotor; seria ele o agente político encarregado de tomar decisões sobre se investiga, se denuncia, se arquiva, se propõe ação civil, se recorre – o mais caberia aos seus funcionários executar, sempre sob sua supervisão, direção ou iniciativa direta ou por ele delegada. (MAZZILLI, 2000, p. 279)³⁰.

Importante também a proliferação de forças-tarefa. Sobre as forças-tarefa vejamos os escólios de Januário Paludo, Carlos Fernando dos Santos Lima e Vladimir Aras:

Do ponto de vista criminal, força-tarefa é a conjugação de meios materiais e recursos humanos voltada para o atendimento a necessidades temporárias, relacionada à persecução de delitos complexos, crimes graves ou infrações cometidas por organizações criminosas, sempre tendo em mira um objeto específico numa determinada área geográfica. Destina-se também um grupo-tarefa à atuação em causas criminais simples, embora expressivamente repetidas, e que, pelo seu volume, recomendem atuação conjunta e coordenada do Estado (...) – pg. 20. (...) O mesmo conceito e as mesmas observações se prestam às forças-tarefas cíveis, que, sendo também temporárias, destinam-se a permitir o enfrentamento de questões complexas ou de repercussão geral, na área da tutela coletiva do meio ambiente, do patrimônio público, da moralidade administrativa, da defesa do consumidor e da cidadania e nos demais direitos difusos e coletivos (pg. 21)³¹.

Forças-tarefas, todavia, como ressaltado acima, não devem se limitar à seara penal, ao contrário. Notícia publicada recentemente, informou da possível instituição no âmbito do MP de força-tarefa na seara do direito do consumidor, no rumoroso caso da Telexfree. Vejamos: “A liminar que suspende os pagamentos da Telexfree será analisada no dia 8 por

29 *Apud*. GOUVÊA, Ana Cecília Gouvêa; EVANGELISTA, Renan; EVANGELISTA, Renata. *Gestão de Promotorias de Justiça e seus Processos de negócios*. 1ª ed. Belo Horizonte: Procuradoria Geral de Justiça, 2012. p. 50.

30 *Apud*. GOUVÊA, Ana Cecília Gouvêa; EVANGELISTA, Renan; EVANGELISTA, Renata. *Gestão de Promotorias de Justiça e seus Processos de negócios*. 1ª ed. Belo Horizonte: Procuradoria Geral de Justiça, 2012. p. 51.

31 PALUDO, Januário; LIMA, Carlos Fernando dos Santos; ARAS, VLADMIR. Forças-tarefas: direito comparado e legislação aplicável. Disponível em: http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/coordenacao/eventos/ix-encontro/forca_tarefa_organizacoes_criminosas/manual_forcas_tarefa.pdf. Acesso em 06 de marco de 2013.

desembargadores do Acre (...). Mas, se a decisão for derrubada, promotorias do consumidor de outros estados entrarão com ações para reativar o bloqueio o mais rápido possível, diz o presidente da Associação do Ministério Público do Consumidor (MPCon), Murilo Moraes e Miranda. 'Caso haja qualquer retrocesso na decisão do Acre, os MPs de todos os Estados ingressarão [com ações] para garantir que não haja mais pessoas ludibriadas pela Telexfree e para que se garanta um mínimo de devolução [do dinheiro investido pelos consumidores]', diz Miranda, promotor de Goiás³². Assim, devem se proliferar forças-tarefas, tanto intraestaduais como interestaduais, para o enfrentamento de questões complexas ou de repercussão geral, na área da tutela coletiva do meio ambiente, do patrimônio público, da moralidade administrativa, da defesa do consumidor e da cidadania e nos demais direitos difusos e coletivos, bem como na área criminal.

O MP deve participar mais ativamente também do processo legislativo brasileiro, contribuindo para a edição de leis com mais frequência e com maior poder de influência, com a criação, inclusive, de Frentes Parlamentares do Ministério Público, tanto no Senado, como na Câmara dos Deputados e nas Assembléias Legislativas. Os Centros de Apoio devem também participar do processo legislativo de maneira permanente, acompanhando a tramitação de projetos de lei, com visitas regulares às Casas Legislativas, e encaminhando propostas de alterações legislativas através dos parlamentares integrantes das "Frentes" supracitadas. Os Centros de Apoio precisam achar formas de contribuir, ainda mais, para as atividades ministeriais, eis que o modelo atual já apresenta certo esgotamento. Sobre a participação mais incisiva do MP no processo legislativo, vejamos os escólios de Hugo Nigro Mazzilli:

Sugerimos, ainda, uma atitude ministerial mais criadora, na área de alterações legislativas. Por trabalhar com as leis, não raro os membros do Ministério Público podem bem apontar suas falhas. Congressos, seminários, grupos de estudos, iniciativas individuais – tudo isso pode e deve gerar anteprojatos de leis, que devem ser encaminhados aos Procuradores-Gerais, e, por estes, às autoridades competentes, para regular início do processo legislativo³³.

Em instigante artigo apresentado recentemente ao 5º Congresso Nacional Virtual do MP, o Procurador da República Alexandre Assunção e Silva apresenta importantes sugestões nesta área. Segundo ele o MP deveria: "8. 1 – propor leis de interesse público ou social, assim como propostas de emenda à Constituição com o mesmo teor; (...)8.4 – aplicar

32 Fonte: <<http://economia.ig.com.br/2013-07-05/caso-telexfree-mps-criam-forca-tarefa-para-evitar-desbloqueio-de-pagamentos.html>>. Acesso em: 5 de julho de 2013.

33 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Propostas de um Novo Ministério Público*. In: Temas Atuais do Ministério Público. Coords. Cristiano Chaves, Leonardo Barreto Moreira Alves e Nelson Rosenvald. 3ª ed. Salvador: JusPODVIM, 2012, p. 173.

multas para assegurar o exercício de suas funções”, eis que, nos dizeres dele, “a produção do direito pode dar-se de maneira ascendente, partindo da organização social, inclusive das ações do Ministério Público, e indo até o poder central. Essa forma de produção da norma jurídica, com participação do povo, representado por organizações sociais ou pelo Ministério Público, significa uma forma de exercício de democracia semi-direta que precisa ser ampliada. A combinação da representação política, eleitoral, com a funcional, legal, aumentará a influência da sociedade na política governamental e proporcionará um maior controle dos atos agentes públicos, evitando a prática de corrupção e favorecimentos pessoais”³⁴.

Uma experiência muito interessante que tem sido desenvolvida na Bahia, no âmbito dos Centros de Apoio, é a criação de Câmaras Temáticas, integradas por Promotores, mas principalmente por pessoas de outra áreas, com o objetivo de aprofundar os estudos técnicos-jurídicos em áreas do conhecimento específicas, com o fim de assessorar os promotores de Justiça e fortalecer o intercâmbio com as demais esferas da sociedade, em especial o Poder Executivo. As Câmaras Técnicas elaboram estudos e fundamentações técnicas relacionadas aos assuntos do seu tema, prestando assessoramento especializado aos Promotores de Justiça do Estado da Bahia, bem como promovem articulação e intercâmbio de conhecimentos técnicos com organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras e internacionais, com Universidades, tentando trazer o conhecimento acadêmico para a prática do dia a dia das Promotorias. As Câmaras Técnicas analisam, ainda, autos de infração, representações e demais peças oriundos de órgãos públicos federais, estaduais e municipais que iniciam ou levam a efeito uma ação ministerial. Objetivam também facilitar a integração e coordenação dos órgãos institucionais que atuam no tema de sua especialidade, observado o princípio da independência funcional, com o fornecimento de modelos de portarias, inquéritos civis, ofícios, termos de ajuste de conduta, ações civis públicas, constituindo verdadeiros “Kits de atuação”, uniformizando também a atuação da atividade fim. Não é o caso, pois, que se admita que conhecimentos técnicos tão especializados não sejam usados também para a confecção de projetos de leis, resoluções, decretos, pareceres técnicos sobre projetos de lei. Além disso, durante o processo legislativo o Centro de Apoio e as Câmaras Técnicas deveriam produzir matérias informativos, realizar palestra e reuniões com parlamentares, etc, tudo isso como forma de realizar uma atuação legislativa preventiva, evitando-se a edição de leis

34 SILVA, Alexandre Assunção e. *O Ministério Público como o Novo Tribunato*. Artigo apresentado ao 5º Congresso Nacional Virtual do MP. Acessível em <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/bc-27/0-ministerio-publico-como-o-novo-tribunato>. Acesso em: 13 de julho de 2013.

inconstitucionais, por exemplo, ou atos lesivos ao patrimônio público. É o caso, inclusive, de se repensar a retomada da capacidade eleitoral passiva por parte dos membros dos Ministérios Públicos, os quais hoje são cidadãos de segunda categoria, uma vez que não podem ser votados, como regra.

O MP precisa se organizar de forma a distribuir melhor as suas atribuições e cargos, apresentando maior independência da organização do Poder Judiciário (rompendo a velha divisão territorial “promotoria versus comarca”), criando Promotorias e Procuradorias Regionais especializadas por matérias, as quais realmente funcionem e sejam exemplos de estruturação e atuação. As atividades mais complexas do MP e predominantemente difusas devem ser destacadas das demais, colocando-se promotores apenas para aquelas, os quais teriam mais tempo para se dedicar aos “grandes temas sociais”. Márcio Berclaz e Millen Castro, a esse respeito, assim lecionam:

Com a regionalização, o desenvolvimento deste trabalho em grupo, além de permitir maior uniformidade da ação ministerial (...), traz a inexorável vantagem de potencializar e maximizar a excelência dos efeitos obtidos pela instituição, isto é, maior alcance e melhor resultado com menor esforço e menos despesa. Isto porque ela não só favorece a prioridade da atuação extrajudicial na defesa da tutela coletiva como, sobretudo, permite a criação de arejado ambiente institucional amplamente favorável à troca de informações e à estrutura de novos canais democráticos para discussão, deliberação e planejamento das ações ministeriais passíveis de serem implementadas (...). Idealiza-se a possibilidade de que as Promotorias de Justiça Regionais possuam uma estrutura humana e material mais completa, com peritos, servidores administrativos, veículos e equipamentos de apoio, os quais seriam utilizados pelos membros das comarcas circunvizinhas no suporte a suas atividades. Pgs. 219/220³⁵.

A forma de regionalizar, por seu turno, deve ser, entretanto, cada vez mais aprimorada.

3. Conclusões

Um Ministério Público que não tenha condições de continuar avançando na realização de seus misteres constitucionais há de ser considerado como uma Instituição necessariamente fadada ao enfraquecimento, à estagnação. O Ministério Público, nestes termos, deve assumir funções ainda mais preponderantes, a fim de, por exemplo, lutar pela efetivação de direitos

35 BERCLAZ, Márcio Soares; MOURA, Millen Castro Medeiros de. *Para onde caminha o Ministério Público? Um novo paradigma: Racionalizar, Regionalizar e Reestruturar para assumir a identidade constitucional*. In: *Temas atuais do Ministério Público*. Org. Cristiano Chaves, Leonardo Alves e Nelson Rosenvald. Salvador, JusPODVIM, 2013. pp. 214.220.

como o de acesso à jurisdição, à razoável duração do processo, do direito à igualdade no exercício da jurisdição, o direito de possuir uma legislação constitucionalmente adequada, dentre outros. Isto porque o conceito de democracia, hodiernamente, não se resume a descrever uma espécie de regime político em que os governantes são periodicamente eleitos pelos governados, sendo, ao revés, muito mais amplo. Fala-se, atualmente, em democracia substancial, ou democracia tridimensional, de três vértices. Segundo esses novos conceitos a democracia somente se realizaria plenamente com democracia formal e participativa (sem corrupção e com liberdade), com crescimento e desenvolvimento econômico-sustentável e com igualdade social (e distribuição da riqueza).

A proposta deste artigo é ampliar, ainda mais, esse conceito, uma vez que democracia substancial, ou democracia tridimensional, não pode se realizar sem que existam instrumentos e agentes que podem induzir e fiscalizar a efetividade destes pilares. É preciso consagrar e reforçar, pois, a legitimidade e operacionalidade dos agentes responsáveis por tais importantes misteres. Não basta, pois, democracia formal, muito menos democracia formal de vontade eleitoral viciada. Não basta também uma democracia substancial de caráter programático, de promessas legislativas e constitucionais inconsequentes. A Constituição deve ser, pois, organismo vivo, vivificada por instituições como o Ministério Público, que tem essa função expressamente consignada na Carta Magna de 1988, qual seja: a defesa do Regime Democrático (Regime Democrático este de conteúdo ampliado – se o conteúdo do conceito de democracia foi ampliado, se ampliaria também a atribuição Ministerial). O Ministério Público deve ser, pois, um dos agentes da democracia militante, conseguindo reagir aos fenômenos pós-modernos supracitados de maneira eficiente, sendo capaz de adotar novas posturas institucionais, novos métodos, novas fórmulas e novos fazeres.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Ministério Público No Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social*. Fonte: www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/9990. Acesso em 01 de novembro de 2012.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira e ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público*. 1. Ed. Juspodivm. Salvador, 2009.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado: A origem do Estado - Soberania, poder político, nação território, formas de governo*. 38ª ed. São Paulo: Editora Globo, 1998.

BERCLAZ, Márcio Soares; MOURA, Millen Castro Medeiros de. *Para onde caminha o Ministério Público? Um novo paradigma: Racionalizar, Regionalizar e Reestruturar para assumir a identidade constitucional*. In: *Temas atuais do Ministério Público*. Org. Cristiano Chaves, Leonardo Alves e Nelson Rosenvald. Salvador, JusPODVIM, 2013.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 13ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Estado – Governo – Sociedade: para uma teoria geral da política*. 10ª ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência – por uma Nova Hermenêutica – por uma repolitização da legitimidade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

CADORE, Márcia Regina Lusa. *Súmula Vinculante e Uniformização de Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

CALABRICH, Bruno, *Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*, 1.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a Judicialização da Política: estudos de casos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

ESCOBAR, Ricardo Lagos. *Asílo Vivimos: la via chilena a la democracia*. Santiago de Chile: Taurus, 2012.

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

GOUVÊA, Ana Cecília Gouvêa; EVANGELISTA, Renan; EVANGELISTA, Renata. *Gestão de Promotorias de Justiça e seus Processos de negócios*. 1ª ed. Belo Horizonte: Procuradoria Geral de Justiça, 2012.

LIMBERGER, Têmis. *O solipsismo jurídico e o (des)controle das políticas públicas*. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Org. André Luís Callegari; Lenio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAZZILI, Hugo Nigro. *Propostas de um Novo Ministério Público*. In: *Temas Atuais do Ministério Público*. Coords. Cristiano Chaves, Leonardo Barreto Moreira Alves e Nelson Rosenvald. 3ª ed. Salvador: JusPODVIM, 2012.

MORAES, Paulo Valério Dal Pi; MORAES, Márcia Amaral Corrêa de. *A negociação ética para agentes públicos e advogados: mediação, conciliação, arbitragem, princípios, técnicas, fases, estilos e ética da negociação*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

PALUDO, Januário; LIMA, Carlos Fernando dos Santos; ARAS, VLADMIR. Forças-tarefas: direito comparado e legislação aplicável. Disponível em: http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/coordenacao/eventos/ix-encontro/forca_tarefa_organizacoes_criminosas/manual_forcas_tarefa.pdf. Acesso em 06 de março de 2013.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e prática*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 57, p. 5-48, out./dez. 2006.

SILVA, Alexandre Assunção e. *O Ministério Público como o Novo Tribunato*. Artigo apresentado ao 5º Congresso Nacional Virtual do MP. Acessível em <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/bc-27/o-ministerio-publico-como-o-novo-tribunato>. Acesso em: 13 de julho de 2013.

THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 3ª ed. Salvador: JusPODVIM, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO, GESTÃO SOCIAL E OS CONSELHOS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Eduardo Machado¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo discutir as interfaces entre a atuação do Ministério Público, responsável pela defesa do regime democrático, e os conselhos gestores de políticas públicas e busca responder de que maneira aquela instituição pode contribuir para a efetividade desta.

Parte-se da premissa de que o MP se encontra dividido em duas vertentes de atuação, uma demandista – mais tradicional e que busca soluções através de ações ajuizadas perante o Poder Judiciário – e outra resolutiva – que se refere à atuação eminentemente extrajudicial e de aproximação aos conflitos sociais. Sob tal perspectiva, elege-se a vertente resolutiva como a mais adequada ao cumprimento dos objetivos da República Federativa do Brasil e à efetivação dos direitos fundamentais.

A partir de então, desenvolve-se uma revisão de literatura sobre o paradigma da gestão social e suas categorias teóricas, notadamente a democracia deliberativa e a esfera pública, e dos próprios conselhos gestores de políticas públicas.

Na sequência, é realizada a correlação entre a atuação do MP resolutivo e as faces formal, substancial e institucional do funcionamento dos conselhos gestores, a partir das possibilidades e limites dos referidos entes, conforme pesquisa de Oliveira (2009).

Ao término, foram feitas as considerações finais, que reforçam a interface entre o MP resolutivo, a gestão social e os conselhos gestores.

1 Promotor de Justiça de Lavras/MG. Atua nas áreas de defesa do Patrimônio Público, da Saúde e da Habitação e Urbanismo. Mestre em Administração Pública pela UFLA. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Autor de artigos sobre acessibilidade nos transportes coletivos e educação inclusiva. *Email* para correspondência: epmachado@mpmg.mp.br

Introdução

A efetivação dos direitos fundamentais figura como um importante item de pauta de atuação do Ministério Público (MP). Com efeito, a partir do momento em que a Constituição Federal (CF/88) estabelece que construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos são objetivos indeclináveis do Estado brasileiro, impõe-se o trabalho de todos para concretizá-los.

Contudo, por força das relações de poder historicamente estabelecidas, mormente a partir da formação da sociedade burguesa pós-Revolução Francesa e do modelo de colonização ocorrida no Brasil, o cumprimento das metas impostas no artigo 3.º da CF/88 é um trabalho árduo.

Neste contexto, a busca de soluções junto ao Poder Judiciário para a ausência de concretude da Constituição Federal tem sido objeto de críticas e, não raro, se revelado ineficaz. Diversos são os argumentos contrários àquilo que se passou a denominar de ativismo judicial, deles se destacando a perda de legitimidade democrática e a politização da justiça (BARROSO, 2009), a violação ao princípio da separação de poderes (PEIXINHO, 2008) e a necessidade de observância das regras orçamentárias (TORRES, 2003).

Diante deste quadro aflitivo, ou seja, de descumprimento de normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais por parte dos poderes constituídos, impõe-se ao MP o exercício da autocritica, sob pena de transformar-se em órgão meramente burocrático.

É neste sentido que o presente trabalho visa a confrontar duas diferentes visões sobre o Ministério Público - demandista e resolutiva - para alinhá-lo ao paradigma da gestão social, mais consentâneo ao princípio democrático previsto na Constituição Federal.

Em uma primeira abordagem, pode-se dizer que a gestão social consiste uma nova prática de gestão do Estado, segundo a qual a sociedade – e não o Estado e o mercado – deve ser protagonista na elaboração de políticas públicas.

De forma específica, enxerga-se nos conselhos gestores de políticas públicas, a exemplo dos conselhos dos direitos da criança e do adolescente, dos conselhos de saúde, dos conselhos de meio ambiente, possíveis espaços de prática de cidadania deliberativa, razão pela qual o MP deve envidar esforços para seu fortalecimento.

Todavia, a experiência cotidiana de Promotor de Justiça no exercício das atividades extrajudiciais revela grandes dificuldades para a consolidação de novas formas de partilha de poder político e efetivo direcionamento das decisões políticas para o interesse público.

Como, então, trabalhar para que os conselhos se tornem instâncias de democracia deliberativa, em que prevaleçam os argumentos racionais, decorrentes da fala entre iguais e livres de coação?

É neste contexto que se insere o presente artigo, que busca contribuir para o aprimoramento da atuação do MP voltada para uma maior efetividade dos conselhos gestores de políticas públicas e, portanto, para a emancipação do indivíduo e da sociedade na discussão dos problemas da comunidade.

1. O Ministério Público Brasileiro: entre os perfis demandista e resolutivo

O Ministério Público brasileiro é uma organização do Estado que, historicamente, encontrava-se ligado – e até mesmo subordinado – ao Poder Executivo (KERSCHKE, 2007).

Embora não exista unanimidade sobre sua origem, Garcia (2005) aponta principalmente a Ordenança francesa de 1303 como sua certidão de nascimento. Naquela época, a partir da existência de procuradores do rei Felipe, o Belo, moldou-se a existência de um corpo de agentes públicos incumbidos de defender os interesses do soberano perante as Cortes (ZENKNER, 2006).

Ainda de acordo com Garcia (2005), não mais detendo o Rei o exercício da função jurisdicional, fez-se necessária a criação de órgãos que defendessem os interesses do soberano perante o Poder Judiciário.

Neste sentido, uma das principais atribuições desse antepassado do MP consistia na acusação pública das pessoas que houvessem praticado crimes (GOULART, 1998). Tal aspecto deve ser destacado de forma enfática, na medida em que implicou o reconhecimento do evidente interesse público da ação penal pública em superação à acusação privada.

Contudo, apesar de a Revolução Francesa ter consolidado o MP enquanto agente do Estado (e não mais do soberano), a iniciativa de ações criminais foi repassada nesse período a agentes eleitos pelo povo (GOULART, 1998).

Poucas décadas após, ainda na França, o Código de Instrução Criminal de 1808 retomou a primazia do MP na condução das ações penais, o que logo

foi seguido por países como Itália e Portugal (ZENKNER, 2006; GOULART, 1998).

Este paradigma também norteou a própria formação do MP brasileiro. Ao longo dos períodos colonial e imperial, as funções do Ministério Público – acusação criminal pública e defesa dos interesses do monarca – eram atribuídas a pessoas diretamente designadas pelo exercente do Poder Executivo. O quadro acima descrito persistiu com a proclamação da República, quando a Constituição de 1891 silenciou sobre a organização do MP. Com a Constituição de 1934, foi destinado um capítulo próprio ao MP, distinto dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o que, segundo Goulart (1998), revela o início de sua autonomia e independência.

Ao longo do século XX, em paralelo à expansão dos centros urbanos, notadamente a partir de sua segunda metade, o MP brasileiro caminhou para uma mudança significativa de seu papel na organização do Estado. Esta mudança consistiu no deslocamento do Ministério Público da defesa judicial dos interesses do Poder Executivo – conforme expressamente previsto na Carta de 1946 – para a tutela dos interesses públicos não estatais.

Com efeito, durante o I Congresso Interamericano do Ministério Público foi aprovado, por unanimidade, o entendimento de que a “autonomia e a independência do Ministério Público, quando aja como representante da sociedade, constituem uma aspiração dos povos livres, em defesa da legalidade, e são uma garantia democrática para o cidadão.” (ZENKNER, 2006, p. 70).

Assim, se até então, a atuação do MP nas demandas cíveis mostrava-se ligada à tutela de direitos individuais, ainda que de extrema relevância², é a partir da década de 1980, a partir da Lei de Ação Civil Pública e da Constituição de 1988, que o Ministério Público alçou uma nova configuração (ARANTES, 1999).

No ano de 1985, foi promulgada a Lei 7.347 (Lei de Ação Civil Pública - LACP), que regula os processos judiciais civis que envolvem os direitos coletivos. Tais direitos são aqueles que extrapolam o patrimônio jurídico individual, a exemplo do meio ambiente saudável, do consumidor, dos valores históricos e culturais, da probidade administrativa, dentre outros tantos.

A partir da LACP, foram criados três mecanismos de atuação para o MP, os quais se tornaram emblemáticos do novo perfil desta instituição. O

² Cf. Código de Processo Civil, 1939, artigo 80, § 2.º e Código de Processo Civil, 1973, artigo 82.

primeiro deles consiste no inquérito civil (IC). A exemplo da ferramenta análoga no âmbito criminal, o inquérito policial, o IC é um procedimento administrativo vocacionado à apuração de violação dos direitos coletivos.

No corpo do IC, e essa é a segunda ferramenta trazida pela LACP, o MP poderá tomar do violador dos direitos coletivos – inclusive do próprio Estado – compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações e com força de título executivo extrajudicial.

Em terceiro lugar, a Lei 7.347/85 inovou a ordem jurídica com a criação da ação civil pública (ACP), através da qual a proteção judicial dos direitos coletivos deixou de ocorrer através de centenas de ações individuais, mas sim por intermédio de uma única ação, cuja sentença pode ostentar efeitos *erga omnes*.

Sem dúvida, a LACP conferiu um novo papel ao MP; mas foi a Constituição Federal de 1988 (CF/88), a “Constituição Cidadã”, que consagrou esta transição de defesa dos interesses do Poder Executivo para a defesa dos interesses da sociedade.

De acordo com o artigo 127 da CF/88, que inaugura um capítulo próprio dentro da organização do Estado, 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.

Deste quadro normativo é possível extrair três importantes características do MP brasileiro. A primeira delas consiste em seu caráter permanente, isto é, a impossibilidade de sua extinção – explícita ou de forma sub-reptícia – dentro da atual conformação constitucional. Outra marca relevante do Ministério Público consiste em seu posicionamento afastado dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Em derradeiro, a missão do MP foi explicitada como vinculada à defesa da democracia e dos interesses da sociedade.

Silva (2012, p. 157) bem resume esta nova organização do Estado, ao afirmar que o texto constitucional “repaginou o Ministério Público, conferindo-lhe atribuições que o tornaram instrumento essencial do estado democrático de direito, permitindo chamá-lo de defensor da sociedade e de seus interesses constitucionalmente assegurados”.

Dito de outra forma, se antes o MP exercia a função de defensor da lei, agora se tornou guardião da sociedade e do direito (ALMEIDA, 2008).

Em consequência, desde 1988 passou a competir ao MP exigir, por parte do Estado e também do mercado, o respeito aos direitos fundamentais, aqui incluídos os direitos individuais e coletivos, os sociais e os políticos. Porém, mais do que isso, incumbiu-se ao Ministério Público o fomento e a fiscalização de políticas públicas que garantam a concretização dos objetivos do Estado brasileiro, definidos em normas jurídicas constitucionais (CF/88, artigo 3.º).

A toda evidência, a partir da reconfiguração do MP pós-1988, passou-se a observar o embate de duas diferentes vertentes de atuação, a demandista e a resolutiva, o que foi observado de forma pioneira por Goulart (1998).

Segundo este autor, no **modelo demandista**, “o membro do Ministério Público tem como horizonte a atuação perante o Poder Judiciário. É um mero agente processual.” (GOULART, 1998, p. 119). Desta forma, a atuação demandista do MP transfere ao Poder Judiciário a responsabilidade da solução dos problemas sociais o que nem sempre se mostra satisfatório, em especial no âmbito dos direitos coletivos (ALMEIDA, 2008).

Pior do que isso, este modelo é pouco eficaz e eficiente para a realização do projeto político contido na Constituição de 1988, ou seja, de ampla transformação social.

Importa anotar, ainda, que a vertente demandista está ligada à atuação tradicional do MP, isto é, à necessária provocação do Poder Judiciário, a exemplo das ações criminais e da proteção de direitos individuais.

Por outro lado, o **modelo resolutivo** tem por ideia central a necessidade de levar o princípio da autonomia funcional às últimas consequências, de forma a politizar e desjurisdicionar sua atuação. Assim, deve o membro do MP “transformar-se em efetivo agente político, superando a perspectiva meramente processual da sua atuação” e “atuar integralmente em rede, nos mais diversos níveis – local, regional, estatal, comunitário e global -, ocupando novos espaços e habilitando-se como negociador e formulador de políticas públicas” (GOULART, 1998, p. 122).

Nesta linha, Berclaz e Moura (2009) afirmam que a ampliação dos canais de diálogos entre o MP e a sociedade, notadamente através de audiências públicas, conferências, participação nas reuniões dos conselhos gestores, também assumem a importante tarefa de legitimar a atuação dos Promotores de Justiça.

De maneira semelhante, Tarin (2009) destaca dois aspectos sobre o modelo resolutivo de atuação do MP. Segundo a autora:

Em complementação a esta atuação administrativa, que paralelamente à propositura de ações civis públicas vem dotando de efetividade a legislação brasileira, entendemos ser emergencial a participação direta dos membros do Ministério Público perante os cidadãos, que pode dar-se de duas formas:

1 - educando-os, sensibilizando-os e conscientizando-os de seus direitos civis, políticos e sociais, por meio dos veículos de comunicação de massa, cartilhas, vídeos, peças de teatro e palestras; 2 - atuando como produtor social em processo de mobilização social, com fins à formulação de políticas públicas e implementação de direitos. (TARIN, 2009, p. 66).

Ocorre que o MP em sua formatação contemporânea é uma organização relativamente nova, visto que conta com menos de vinte e cinco anos de existência. Portanto, é natural – e até mesmo compreensível – a existência ainda presente de uma nítida tensão entre os modelos demandista e resolutivo.

Neste sentido, o modelo demandista, ainda muito presente enquanto cultura organizacional do MP, subtrai da sociedade a possibilidade de efetiva participação em questões de interesse público a serem decididas pelo Poder Judiciário, conforme se observa na pesquisa qualitativa promovida por Arantes (1999).

Aliás, boa parcela dos membros do Ministério Público pesquisados no final da década de 1990, adotam um viés demandista. É o que se percebe da assertiva da afirmação de que o “Ministério Público deve ser canal de demandas sociais com vistas ao alargamento do acesso à Justiça, transformando o Judiciário em um lugar privilegiado para a solução de conflitos coletivos”, cuja concordância atingiu o índice de 86% (ARANTES, 1999, p. 95).

Por via de consequência, na tentativa de fazer frente às novas atribuições conquistadas a partir da CF/88 e à expansão das demandas levadas ao Poder Judiciário, o Ministério Público brasileiro, experimentaram nas últimas duas décadas uma grande expansão orçamentária, de pessoal e de estrutura de trabalho.

Não obstante, os resultados obtidos pelo MP em todo o país, apesar de importantes avanços (ARANTES, 1999), ainda não são capazes de indicar o atendimento dos objetivos da República Federativa do Brasil (CF/88, artigo 3.º).

Em síntese, de acordo com Goulart (2008, p. 10), o Ministério Público “vive uma situação de crise imperceptível aos olhos da maioria de seus membros e de seus dirigentes, uma vez que o velho Ministério Público (pré-

88) morreu, mas o novo Ministério Público, projetado na Constituição de 1988, ainda não se afirmou.”

Neste sentido, para que o projeto político da Constituição Federal não naufrague, impõe-se ao Ministério Público inserir-se no contexto da gestão social.

2. Gestão Social: uma tentativa de superação da Administração Pública tradicional

As sucessivas modificações da relação existente entre o Estado, a sociedade e o mercado ao longo da história talvez sejam parte das principais fontes de indagação nas ciências sociais, na medida em que se busca explicar diferentes relações de poder.

Sob este prisma, a literatura sobre administração pública é profícua na discussão sobre distintos modelos de gestão, notadamente a patrimonialista, a burocrática, a gerencial e a social.

Historicamente, um dos produtos da herança colonial portuguesa recaiu justamente sobre a visão que os gestores têm dos assuntos públicos. De acordo com Faoro (2001):

A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo — assim é porque sempre foi. (FAORO, 2001, p. 865).

A partir da segunda metade do século XIX, ainda sob forte influxo iluminista, Max Weber propõe um novo modelo de Estado, o Estado racional-legal. Nele, a administração pública é pautada na profissionalização da burocracia, em que os agentes públicos sujeitam-se a uma relação vertical de poder, sendo suas atribuições fixas e claramente definidas em lei (MALISKA, 2006).

Este modelo, embora nunca tenha superado a cultura patrimonialista, até por se tratar de um tipo ideal, com ela se misturou, marcando o Brasil que atravessou a segunda metade do século XX (CARDOSO JR., 2011).

Mais recentemente, diante das próprias limitações do modelo burocrático, principalmente ligadas à sua lentidão e ineficiência, aliadas a uma nova mudança de paradigma de Estado – de executor das atividades econômicas para seu regulador –, países como Estados Unidos e Inglaterra

passaram desenvolver um novo modelo de administração: o gerencial (MEDEIROS, 2006).

A proposta central do gerencialismo consiste em resgatar a eficiência do Estado por meio da retomada de valores como o empreendedorismo e a competitividade através da concentração de esforços em áreas estratégicas (PAES DE PAULA, 2005).

Em nosso país, a reforma gerencial fez-se presente a partir de meados da década de 1990, quando, por intermédio do Ministério da Administração e Reforma do Estado, comandado por Bresser-Pereira, moldou-se o Estado brasileiro em três compartimentos. O primeiro seria destinado às atividades exclusivas do Estado, como a legislação, a regulação, a fiscalização, o fomento e a formulação de políticas públicas, consistentes em seu núcleo estratégico. O segundo compartimento diria respeito às atividades não exclusivas do Estado, tais como os serviços de caráter social (saúde, educação, assistência social), a serem geridos pelo terceiro setor. Por fim, as atividades auxiliares ou de apoio, como limpeza, vigilância, transporte, entre outros, deveriam ser concedidas ao setor privado via licitação pública (PAES DE PAULA, 2005; ABRUCIO, 2007; BRESSER-PEREIRA, 2008).

Contudo, a opção por uma gestão estratégica centralizada no Estado em detrimento da sociedade e o completo descolamento entre a atividade política, as decisões legais-rationais colocam-se em choque com o próprio modelo democrático erigido na CF/88.

Além disso, a reforma do Estado promovida nos anos 1990 não foi capaz de concretizar o plano político contido no artigo 3.º da Constituição Federal, de caráter impositivo, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos.

Neste sentido, a gestão social consiste em um novo olhar – ainda em construção – sobre a administração focada na busca de transformar o papel da sociedade no ciclo das políticas públicas, tornando-a protagonista de sua própria história (TENÓRIO et al, 2011).

O ponto de partida que parece ser comum na literatura (CANÇADO; TENÓRIO; PEREIRA, 2011, OLIVEIRA; PEREIRA e OLIVEIRA, 2010) recai sobre o pensamento de Fernando G. Tenório. Segundo Tenório (2005), segundo quem a discussão sobre a gestão social envolve quatro conjuntos de palavras-chave: Estado-sociedade, capital-trabalho, gestão estratégica e gestão social.

Preliminarmente, Tenório (2005) propõe a inversão dos dois primeiros pares de palavras para enfatizar que a gestão social deve atender aos interesses da sociedade e não aos do Estado e do mercado. Já em relação à gestão estratégica, ela é afastada na medida em que a gestão social não está ligada à competitividade e à razão instrumental, mas sim à solidariedade e à razão comunicativa.

Em acréscimo, o referido autor inclui em sua conceituação o par sociedade-mercado, para sustentar a tese de que a gestão social também envolve as relações entre o terceiro e o segundo setores. Contudo, diferentemente do que ocorre nas gestões privada e pública, na gestão social a sociedade não é mera destinatária de políticas públicas mas sim sua fonte.

De forma semelhante, França Filho (2008) afirma que a gestão social consiste em um modelo específico de gestão, distinto tanto da gestão privada quanto da gestão pública tradicional. Ou seja, na gestão social o fim econômico “aparece apenas como um meio para a realização dos fins sociais, que podem definir-se também em termos culturais (de promoção, resgate ou afirmação identitária etc), políticos (no plano de uma luta por direitos etc) ou ecológicos (em termos de preservação e educação ambiental etc)” (FRANÇA FILHO, 2008, p.32).

Seguindo-se adiante, a interação entre os cinco conjuntos de palavras deve ocorrer por meio da cidadania deliberativa, consistente em um processo dialógico, com igualdade de participação, autonomia e busca do bem comum (TENÓRIO, 2008b, IIZUKA; GONÇALVES-DIAS; AGUERRE, 2011).

Em sentido análogo, Cançado; Tenório; Pereira (2011) debatem o conceito de gestão social a partir da premissa de que este campo do conhecimento opõe-se ao da gestão estratégica, na medida em que busca o envolvimento de todos no processo de tomada de decisão coletiva. Para os referidos autores, o campo científico da gestão social é delineado pelas categorias teóricas do interesse público, da esfera pública, da democracia deliberativa e da dialogicidade.

Neste ponto, Botrel; Araújo; Pereira (2011) reforçam a tese de que a gestão social se opõe à gestão estratégica, na medida em que busca a solidariedade através da dualidade coletividade-diálogo.

É possível, portanto, reconhecer que a legitimação das ações do Estado deixe de se impor pela força – física ou representada pelo patrimonialismo – para decorrer de processos de negociação que possibilitem a partilha do poder (PEREIRA; RIGATO, 2011).

Esta exige que “a legitimidade das decisões deve ter origem em processos de discussão, orientados pelos princípios da inclusão, do pluralismo, da igualdade participativa, da autonomia e do bem comum.” (TENÓRIO, 2005, p. 105).

Desta forma, a gestão social – que ainda é um conceito em construção – procura substituir o Estado na posição de detentor do monopólio das políticas públicas, ou, ao menos, de seu ator principal, para inserir a sociedade como o berço da formação do interesse público.

Conforme Tenório (2005), esta negociação está assentada na categoria da democracia deliberativa, que ocupa um papel de mediação entre a autonomia privada e a política, colocando-se o indivíduo nem acima e nem abaixo da coletividade; isso permitiria a criação de uma democracia que leva em conta a pluralidade de formas de comunicação e, portanto, criaria garantias de participação.

Em consequência, a prática da cidadania deliberativa levará à emancipação do indivíduo e da coletividade, definida por Vizeu; Meneghetti; Seifert (2012, p. 573) como “refletir criticamente sobre a realidade em que os sujeitos estão inseridos, não se limitando, portanto, ao simples ato de pensar a realidade, mas de transformá-la por meio da práxis”.

Importa, ainda, salientar que a democracia deliberativa não se confunde com a noção ampla de participação popular. Conforme observam Allebrandt et al (2010), existem cinco níveis para mensurar o grau de participação: informação, comunicação, consulta, deliberação e decisão. Destes, somente a participação em que exista igualdade de fala, livre de qualquer coação e baseada na argumentação racional é que se encaixaria na proposta da gestão social, visto que é na esfera pública que a cidadania se desenvolve.

De forma coerente, a literatura sustenta que o conceito de democracia deliberativa, “significa que a legitimidade das decisões políticas deve ter origem em processos de discussão, orientados pelos princípios da inclusão, do pluralismo, da igualdade participativa, da autonomia e do bem comum (TENÓRIO, 2005, p. 105)”.

Outra categoria teórica que funda a gestão social é a esfera pública, trabalhada especialmente por Jürgen Habermas.

Segundo ele:

A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões;

nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos (HABERMAS, 1997, p. 92).

O caminho, porém, para a formação de uma esfera pública politicamente influente é tortuoso. De acordo com Silva (2001), a transição da Idade Média para a Idade Moderna, pós Revolução Francesa, implicou a ruptura do poder da nobreza e da Igreja com a formação da esfera pública burguesa. Naquele período, a burguesia passou a discutir publicamente, em cafés e praças, questões de domínio privado, diretamente ligadas aos seus próprios interesses, a exemplo das regras que versavam sobre troca de bens e trabalho, ou seja, que regulam o mercado.

Assim, embora privatista, aquelas discussões públicas permitiram à sociedade burguesa – já detentora do poder econômico – influenciar a redefinição das políticas públicas a seu favor. Portanto, conforme a crítica de Marx, mencionado por Silva (2001), aquele período era de defesa pública do caráter privado da sociedade.

Nestas condições, a esfera pública burguesa não oportuniza uma verdadeira transformação da realidade social. Ao contrário, ela visa à manutenção das então –mas ainda atuais – relações de poder e dominação.

Contudo, hoje em dia, o fenômeno da crítica pública da gestão começa a contar com a participação das demais camadas sociais, notadamente as desprovidas de poder político e econômico, pertencentes à base da pirâmide social.

Esta parcela da coletividade, consistente na maior parte da população brasileira, cada vez mais ganha acesso às discussões travadas nos centros de poder, em especial com a ajuda das novas tecnologias de comunicação instantânea, a exemplo das redes sociais via internet. Paralelamente, a voz das ruas tem mostrado capacidade de ser ouvida, no sentido de influenciar o ciclo das políticas públicas³. É o que se viu, por exemplo, no nascimento da chamada “Lei da Ficha Limpa” e nos movimentos sociais de junho de 2013, que questionaram, dentre outras questões, a priorização na construção de estádios de futebol em detrimento da qualidade na prestação de serviços públicos (GRZYBOWSKI, 2013).

De forma semelhante, cada vez mais a literatura trabalha o conceito de governança⁴, aqui tomado “como um modelo horizontal de relação

3 Merece destaque a expressão de Botrel; Araújo; Pereira (2011, p. 651), segundo quem “a opinião pública equivale a um poderoso tribunal.”

4 Embora o conceito de governança não seja unívoco, há consenso na literatura de que, uma de suas

entre atores públicos e privados no processo de elaboração de políticas públicas” (SECCHI, 2009, p. 358). Dito de outra forma, o conceito de governança trazido para a administração pública diz respeito ao pluralismo de atores sociais responsáveis pela discussão e decisão das ações do governo (AZEVEDO, 2000).

Em linha igualmente parecida, diversos autores identificam a ampliação da participação da sociedade civil na elaboração das políticas públicas como uma das dimensões do desenvolvimento sustentável. A partir do final dos anos 1990, a literatura passa a enxergar a sustentabilidade social como um valor em si considerada, relativo a processos abertos, transparentes e participativos (FOLLADORI, 2002; ALVES, DENARDINI, SILVA, 2011).

Assim, se no liberalismo político há uma acentuada tentativa de afastamento do Estado em relação à sociedade, atualmente a tendência é de que esta separação seja “substituída por uma influência progressiva da sociedade sobre o Estado e por uma estatização crescente da sociedade” (AVRITZER; COSTA, 2004, p. 707). Idêntico posicionamento é adotado por Silva Neto (2008).

Justamente por isso, a formação de novas esferas públicas, que se entrelaçam e buscam influir nos rumos do Estado, baseia-se na “dialogicidade entre sociedade e Estado; formação da opinião pública pela sociedade civil organizada e espaços públicos compartilhados entre sociedade e Estado, com poder de decisão sobre os ‘negócios públicos’.” (OLIVEIRA; CANÇADO; PEREIRA, 2010, p. 09).

Necessário, ainda, anotar que um dos pressupostos da esfera pública consiste no estabelecimento de uma ação gerencial dialógica, na qual as pessoas interagem a partir de bases racionais; em decorrência, “nenhuma das partes – superiores e subordinados – pode impor suas pretensões de validade sem que haja um acordo alcançado comunicativamente, por meio do qual todos os participantes expõem os seus argumentos em busca do entendimento” (TENÓRIO, 2008b, p. 156).

premissas propõe uma alteração sensível na gestão pública, justamente para reconhecer a necessidade de articulação entre o Estado, o mercado e a sociedade civil no ciclo das políticas públicas, em especial no que se refere ao aumento da participação popular em todas as suas etapas (RONCONI, 2011). Não por outro motivo, Oliveira e Schwanka (2008) falam em uma administração de consenso, a substituir a relação hierarquizada entre Estado e sociedade civil tradicionalmente existente na administração pública. Necessário, porém, atentar para o discurso fácil de redução do papel do Estado, visto como incapaz de prover os serviços sociais dos quais a população necessita, através de sua substituição pela sociedade civil. Não é este o sentido a ser dado para a governança pública, a qual pretende fortalecer o próprio Estado através do processo de legitimação de suas ações pela ampliação do rol de participantes das decisões (MACHADO CARRION; DE ALMEIDA COSTA, 2010).

Esta característica reforça a ideia de igualdade – no sentido de ser possível argumentar racionalmente, sem reservas, e ser, por isso, ouvido (PEREIRA, RIGATO, 2011) –, de forma a conformar o conceito de esfera pública como uma rede de comunicação adequada para a tomada de opiniões e posições. (BOTREL, ARAÚJO, PEREIRA, 2011)

Em decorrência, Botrel; Araújo; Pereira (2011) afirmam que a esfera pública serve à formação de uma estrutura intermediária entre o sistema político e os setores privados; em outras palavras, formam-se várias esferas públicas que se entrelaçam em uma rede complexa de interesses e valores.

Enfim, pode-se dizer que a gestão social consiste em um novo paradigma de gestão pública pautado na transferência do centro de decisões das políticas públicas do Estado para a sociedade civil (FRANÇA FILHO, 2008), de forma a se voltar para o bem comum através da solidariedade (TENÓRIO, 2005) por intermédio de processos dialógicos em que prevaleça a argumentação racional (CANÇADO; TENÓRIO; PEREIRA, 2011) e com a criação de mecanismos de transparência e de responsabilização do poder público (ABRUCIO, 2007).

Isto poderá ocorrer através do exercício da cidadania deliberativa, ou seja, de processos dialógicos entre iguais, os quais, no âmbito da esfera pública, serão capazes de influenciar o ciclo das políticas públicas. É o que se torna possível, por exemplo, através dos conselhos gestores de políticas públicas.

3. Os Conselhos Gestores de Políticas Públicas

Tomando-se por premissa de que há razoável consenso sobre os propósitos e as categorias teóricas que cercam a gestão social enquanto novo desenho organizacional do Estado⁵, a questão que deve ser respondida se refere a como torná-la concreta, em específico no Brasil.

Conforme já dito anteriormente, a participação cidadã não é uma característica do brasileiro. Ao contrário, o apego ao individualismo e a forte influência patrimonialista parecem ser as características que melhor definem nossa interação com os assuntos públicos.

E, para agravar este quadro, a centralização das decisões políticas em um grupo limitado de atores, notadamente as camadas superiores das

⁵ Pinho (2010) sustenta exatamente o oposto do que ora se afirma, isto é, de que a gestão social tem se consolidado empiricamente sem que exista um consenso acadêmico do que ela realmente consiste. Mais adiante este assunto será retomado, quando será apresentado o conceito de gestão social.

elites de poder, em especial as grandes corporações econômicas (ROMANO, 2009), parece ser algo insuscetível de rompimento.

A propósito, de acordo com Boneti (2011), a ordem capitalista globalizada é outro fator impeditivo à construção da esfera pública, uma vez que as políticas públicas são ditadas pelas elites econômicas, detentoras do poder político, o que se choca com a busca da pulverização do poder local entre diversos atores sociais.

Some-se a isso a insuficiência da democracia representativa, caracterizada principalmente pela perda de legitimidade decorrente do sentimento de não representação, ensejou a criação de diferentes arranjos ao longo dos tempos, tendentes a proporcionar à sociedade uma efetiva participação nos atos de governo.

Neste sentido, um dos caminhos possíveis, a exemplo do defendido por Brasil (2007), consiste na ocupação de espaços decisórios não tradicionais por parte da sociedade civil, a exemplo do orçamento participativo, das audiências públicas, dos conselhos gestores e das conferências temáticas, dentre outros.

Historicamente, a busca por soluções colegiadas sobre os destinos da coisa pública não é nova e tão pouco criação nacional.

Neste sentido, Gohn (2011) aponta a Comuna de Paris e os Conselhos Operários russo e alemão como possíveis origens remotas dos movimentos sociais que se baseiam no exercício da autogestão, rompendo com o protagonismo do Estado. No Brasil, durante a década de 1960, procurou-se criar alternativas à administração pública tradicional, notadamente através de práticas de participação social, tais como as Comunidades Eclesiais de Base, os Centros Populares e as ONGs (PAES DE PAULA, 2005).

Já nos anos 70, Gohn (2011) identifica o surgimento de conselhos criados pela própria administração para servirem de interlocutores com os movimentos e organizações populares.

Posteriormente, nos anos 1980, surgiram os conselhos populares, nascidos diretamente da sociedade civil, outrora fragmentada, com o propósito de efetivamente participar dos rumos da administração.

Para os movimentos sociais, a construção e participação em conselhos poderia significar um momento de organização e de direção das lutas políticas dispersas e fragmentadas. As conquistas parciais poderiam acumular-se em posições de poder e explicitar-se no conjunto do tecido social. (GOHN, 2011, p. 79).

Assim, apesar de a sociedade civil, durante a década de 80 do século passado, organizar-se em novas formas de participação política, foi nos anos 1990 que os conselhos gestores de políticas públicas se consolidaram (BARROS, 2010; AVRITZER; PEREIRA, 2005; TONELLA, 2004).

Com o advento da Constituição de 1988, houve uma profunda modificação no modelo de democracia brasileiro, a exigir uma postura mais ativa da sociedade. De acordo com Tenório et al (2011, p. 61), “a participação social deixa de ser um privilégio para transformar-se em uma ação importante e de certa maneira necessária.”

Enfim, a criação de diferentes arranjos de participação política, a exemplo dos conselhos gestores, das conferências de políticas públicas e do orçamento participativo, consistiram em avanço democrático qualitativo, especialmente pela formulação do interesse público não estatal (OLIVEIRA; PEREIRA; OLIVEIRA, 2010).

Neste contexto, liderados pelo fortalecimento dos conselhos ligados à área de saúde, outros tantos conselhos gestores se expandiram para todo o país, nos três níveis da federação (FUKS, 2004).

Embora exista um maior interesse da academia pelo funcionamento dos orçamentos participativos (OLIVEIRA, 2009), as pesquisas do IBGE (2008, 2009) demonstram que alguns conselhos gestores encontram-se presentes quase que na totalidade dos municípios brasileiros, enquanto que outros funcionam em expressivo número de municípios. É o que demonstra a tabela abaixo:

Tabela 01 – Distribuição dos conselhos gestores por Município.

Conselho	Total de Municípios pesquisados	Total de Municípios com conselho criado	% de Municípios com conselho criado
Conselho Municipal de Saúde	5565	5553	99,78 %
Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente	5565	5084	91,35 %
Conselho Municipal de Educação	5565	4781	85,91 %
Conselho Municipal de Habitação	5565	3240	58,22 %
Conselho Municipal de Meio Ambiente	5564	2650	47,62 %

Fonte: adaptado de IBGE (2008, 2009)

De acordo com Avritzer e Pereira (2005), os conselhos gestores consistem em instituições híbridas de participação política, na medida em que “elas envolvem um partilhamento de processos deliberativos entre atores estatais e atores sociais ou associações da sociedade civil” (AVRITZER e PEREIRA, 2005, p. 17).

Estas organizações, como regra, são dotadas de atribuições decisórias sobre políticas públicas e não meramente consultivas. Vale dizer, o potencial deliberativo dos conselhos gestores, isto é, o caráter vinculativo das decisões tomadas pelo colegiado, os distingue de outros arranjos democráticos.

Desta forma, sua roupagem legal lhes garante razoável desvinculação do Poder Executivo, de modo que devem ser percebidos como novos agentes deliberativos, com enfoque de gestão descentralizada e participativa.

Guardam eles, portanto, uma relação muito próxima ao ideal de democracia deliberativa, uma vez que podem servir de espaço ao debate racional e livre de coação. Porém, mais do que a potencialidade de formação da esfera pública capaz de influenciar a tomada das decisões políticas, os conselhos gestores consistem o locus da formação da agenda e da formulação de políticas públicas.

Este aspecto é de relevância ímpar, na medida em que a própria Constituição de 1988 criou um grave desequilíbrio na distribuição da força política entre os poderes da República, com franca supremacia do Poder Executivo sobre a sociedade e as demais organizações do Estado⁶.

Por tais razões, os conselhos gestores precisam ocupar espaço de destaque em estudos científicos e, principalmente, enquanto práticas diárias de democracia.

Todavia, apesar do potencial democrático acima descrito, os conselhos gestores em âmbito municipal parecem não ter desabrochado. A literatura aponta uma série de limitações à atuação dos conselhos.

De acordo com Oliveira, Pereira e Oliveira (2010), há:

[...] três conjuntos de fatores que interferem em sua condição de instrumento da democracia deliberativa local. São estes: a) a garantia de procedimentos democráticos de atuação; b) a promoção da cidadania deliberativa; e c) a compreensão das nuances da participação e o estímulo à sua forma política. (OLIVEIRA, PEREIRA E OLIVEIRA, 2010, p. 431).

⁶ A temática não é nova, sendo possível destacar os trabalhos de Pereira e Mueller (2000), Limongi e Figueiredo (2000) e, mais recentemente, Da Ros (2008) como representantes unânimes da dominação do Poder Executivo sobre o Legislativo.

A estas três ordens de limitações, podemos somar outras quatro apontadas por Papadoulos e Warin (2007): abertura e acesso, qualidade das deliberações, eficiência e efetividade e publicidade e *accountability*.

Outro questionamento pertinente é abordado por Abers e Keck (2008). Segundo as autoras, a expressiva presença do Estado na composição dos conselhos e a representatividade indireta dos conselheiros acabam por desnaturar sua principal qualidade, qual seja a tomada de decisões como resultado de uma atuação direta da população. Apesar de as autoras concluírem pela importância da interação entre os diversos atores políticos, suas críticas servem de partida para duvidar da conexão entre os conselhos e as teorias da democracia.

De forma semelhante, Pinho (2010) realiza uma severa crítica à representatividade governamental existente nos conselhos. Segundo ele, existe a prática de indicação de agentes públicos de baixo escalão no governo para comporem os conselhos gestores. Em consequência, os conselheiros governamentais não gozam de qualquer autonomia ou poder de decisão, o que acaba por esvaziar as funções dos conselhos. Além disso, esta implica o afastamento do conselheiro daquele que lhe outorgou o mandato, o que sugere que aquele tome decisões conforme suas convicções pessoais e não de acordo com as orientações governamentais.

Já Fuks (2004) é enfático ao demonstrar o perfil de elite dos conselheiros, de sorte a ocorrer um hiato entre os representantes e aqueles que por eles são representados. Haveria, portanto, a repetição de um dos fatores de crise da democracia representativa - a perda da legitimidade.

Por fim, um último problema a ser apontado neste momento recai sobre a falta de força política para fazer cumprir suas próprias decisões. Conforme observa Gohn (2011, p. 116), os conselhos gestores “devem ter capacidade e poderes normativos de decisão, e não se implantar como mera instância consultiva e opinativa”.

Até mesmo a análise de senso comum sobre o funcionamento dos conselhos municipais indica algumas de suas carências. É perceptível, por exemplo, que há pouca divulgação da pauta de debates, que a participação social estranha ao colegiado é quase nula e que o discurso tecnocrata é utilizado para obstar maiores questionamentos internos.

Além disso, e o que é mais grave, percebe-se, claramente, a falta de uma maior desenvoltura no que tange à definição de quais assuntos devem ser discutidos com prioridade e, também, quanto à imperatividade das decisões dos conselhos e dos destinos dos fundos que por eles são administrados (OLIVEIRA, 2009).

Novamente, recai-se no problema do expansionismo do Poder Executivo, agora em âmbito local. Avritzer e Pereira (2005) também assim observam ao assinalarem que “quanto à influência nas deliberações, para este Conselho em particular, vemos que a dos técnicos representantes do executivo municipal é muito grande, o que parece ser verdadeiro para o conjunto dos Conselhos” (AVRITZER e PEREIRA, 2005, p. 31).

Assim, naqueles municípios em que não há uma forte tradição organizativo-associativa, os conselhos gestores, apesar de terem origem nas lutas e demandas populares e de pressões da sociedade civil pela redemocratização do país (GOHN, 2011), constituem apenas uma realidade formal decorrente de imposição legal.

Em síntese, ao que parece, falta uma visão por parte do Poder Executivo dos conselhos como “parceiros” (DOUGHERTY e EASTON, 2011) na construção de objetivos estratégicos e de políticas públicas que reflitam o sentimento do bem comum. Como os próprios Daugherty e Easton (2011) ao estudarem 274 conselhos da região sudoeste do Estado da Pennsylvania/EUA, afirmam, “o funcionamento efetivo dos conselhos conferem aos governos maior representatividade e credibilidade, bem como lhes oferece uma perspectiva diferente através da experiência das comunidades” (DOUGHERTY e EASTON, 2011, p. 536, tradução livre).

Assim, ao se realizar um balanço entre as potencialidades e as limitações dos conselhos gestores tem-se que estas “instituições híbridas” apresentam um saldo bastante positivo na medida em que podem servir à retomada de um protagonismo há muito perdido pela sociedade. Daí porque se mostra importante discutir em que medida o MP devem atuar para fortalecer os conselhos, tornando-os instrumentos efetivos da democracia deliberativa.

4. A relação entre o MP e os Conselhos Gestores

A partir do diagnóstico feito pela literatura sobre os conselhos gestores, é possível afirmar que o MP em sua vertente resolutiva, portanto inserido no paradigma da gestão social, deve atuar para auxiliar a sociedade a posicionar-se no rumo dos objetivos traçados pela Constituição Federal.

De fato, a insuficiência dos modelos tradicionais de democracia, em especial a representativa e a necessidade de busca da “emancipação social”⁷ conduzem à necessidade de fomento a novas práticas, a exemplo da democracia deliberativa.

No Brasil, esta preocupação ganha contornos ainda maiores. Conforme anotado por José Murilo de Carvalho, existe uma sobreposição

⁷ A reinvenção da emancipação social é uma das propostas de Boaventura de Souza Santos (2002) na luta contra a dominação da globalização hegemônica eurocentrada.

histórica dos direitos políticos sobre os direitos civis em nosso país, sem que ocorra um desenvolvimento “da convicção cívica, da liberdade individual e dos limites do poder do Estado” (CARVALHO, 1998, p. 281), o que implica uma cidadania fraca.

Ora, é necessário romper a lógica reinante de dominação pela alienação, pois, do contrário, o Brasil nunca se desenvolverá como nação e sua população mais pobre permanecerá nesta condição eternamente, tal como observado por Dahl (2001). Segundo ele, a democracia ideal pressupõe, como um de seus requisitos, o entendimento esclarecido, definido como a possibilidade, dentre de limites razoáveis, de cada membro da sociedade “ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências.” (DAHL, 2001, p. 49).

Este problema, aliás, foi detectado por Faoro, ao afirmar que a nação brasileira, formada pelo povo, de quem defluiu genuinamente o poder, não se desenvolveu plenamente tornando-se Estado. Isso em virtude de uma relação simbiótica em que “o povo quer a proteção do Estado, parasitando-o, enquanto o Estado mantém a menoridade popular, sobre ele imperando” (FAORO, 2000, p. 376)⁸.

E é justamente neste espírito que Bobbio (2004) observa que a:

[...] participação democrática deveria ser eficiente, direta e livre: a participação popular, mesmo nas democracias mais evoluídas, não é nem eficiente, nem direta, nem livre. Da soma desses três déficits de participação popular nasce a razão mais grave de crise, ou seja, a apatia política, o fenômeno tantas vezes observado e lamentado, da despolitização das massas nos Estados dominados pelos grandes aparelhos partidários. (BOBBIO, 2004, p. 159).

Assim, entende-se que o MP tem relevante papel não apenas para garantir a estabilidade formal da democracia, mas também para resgatar a noção de civismo, qualidade que Araújo (2000) destaca como sendo atrelada ao conceito clássico de República e que impõe a colocação do interesse público acima do privado.

Partindo-se desta premissa, é possível analisar a atuação dos conselheiros gestores a partir de três dimensões definidas por Oliveira; Pereira; Oliveira (2010), quais sejam, a formal, a substancial e a institucional.

⁸ A título ilustrativo, pode-se citar o uso da educação de qualidade como instrumento alavancador da cidadania. De acordo com o *ranking* PISA da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD), elaborado em 2009, o Brasil ocupa a vexatória 53.^a posição entre os sessenta e cinco países analisados. Em termos comparativos, está posicionado abaixo de Colômbia e Sérvia e imediatamente acima de Montenegro. Disponível em <<http://www.oecd.org/dataoecd/54/12/46643496.pdf>>, acessado em 31.05.2011.

De acordo com os mencionados autores, estes três critérios podem assim ser resumidos:

O primeiro concentrará elementos relativos à organização formal dos órgãos: procedimentos internos e desenho institucional. O segundo reunirá aspectos ligados à sua dinâmica deliberativa, abarcando a participação e rotinas de argumentação e pactuação. Questões referentes ao elo institucional dos conselhos com segmentos sociais e poderes constituídos integram a última categoria. (OLIVEIRA; PEREIRA; OLIVEIRA, p. 430, 2010).

Dito de outra forma, a dimensão formal se refere aos pressupostos essenciais para a própria democracia deliberativa, isto é, dizem respeito à estrutura de formação de decisões por meio do diálogo e a igualdade política. Já a dimensão substancial diz respeito aos aspectos da dinâmica deliberativa, abarcando a participação e as rotinas de argumentação. De acordo com Oliveira, Pereira, Oliveira (2010), as condições substantivas encaixam-se em três eixos: a) a garantia de procedimentos democráticos de argumentação e deliberação; b) a promoção da cidadania deliberativa; e c) a compreensão das nuances da participação e o estímulo à sua forma política. Por fim, a dimensão interinstitucional está ligada ao relacionamento interinstitucional dos conselhos gestores com os diferentes segmentos sociais e com os poderes constituídos locais, notadamente o Executivo, Legislativo, o Judiciário e o Ministério Público.

Em termos esquemáticos, é possível diagnosticar a atuação dos conselhos gestores a partir da seguinte tabela:

Tabela 2 - Possibilidades e limites dos conselhos gestores.

Dimensão da configuração institucional	Sistema de classes de pesquisa	Possibilidades e limites dos conselhos em relação à gestão social
Face Formal dos Conselhos	Aspectos que favorecem o protagonismo das partes	<ul style="list-style-type: none"> • Instituição legal dos conselhos • Natureza deliberativa e paritária • Competências abrangentes • Presença de regras de governo, que abarcam a designação de conselheiros, a formação de diretoria e a condução de mandatos
	Aspectos que restringem o protagonismo das partes	<ul style="list-style-type: none"> • Inexistência de processos pedagógicos sistemáticos • Ausência de recursos financeiros sob a gerência dos conselhos

Processo Deliberativo dos Conselhos	Pontos que potencializam a cidadania deliberativa e a participação política	<ul style="list-style-type: none"> • Respeito a argumentos individuais • Linguagem: meio de esclarecimento e integração, não de coação • Acessibilidade ao processo de elaboração de pautas e discussão de temas emergentes nos plenários • Consenso e coerência argumentativa como nortes decisórios
	Pontos que limitam a cidadania deliberativa e a participação política	<ul style="list-style-type: none"> • Desconexão entre representantes e representados • Contestação pública mediana • Pouca compreensão dos sistemas de políticas sociais • Foco deliberativo em questões pontuais, em detrimento da efetiva gestão dos serviços públicos locais
Relações institucionais dos conselhos	Elementos que consolidam os conselhos como esferas públicas	<ul style="list-style-type: none"> • Caráter democrático das rotinas internas • Responsabilidades constitucionais, que exigem a análise crítica de decisões e atos governamentais
	Elementos que inviabilizam a consolidação dos conselhos como esferas públicas	<ul style="list-style-type: none"> • Desarticulação social • Desinformação sobre atribuições, responsabilidades e poderes dos conselhos • Desconhecimento dos processos da administração pública • Oportunismo governamental

Fonte: Oliveira (2009, p. 263).

A partir deste recorte da realidade, o MP resolutivo é capaz de explorar as potencialidades e buscar diminuir as limitações dos conselhos gestores. Assim, ilustrativamente, é razoavelmente simples investigar as condições materiais de funcionamento dos conselhos, por exemplo, através da expedição de ofícios requisitórios e do comparecimento pessoal ao local de funcionamento do colegiado.

Além disso, ainda sob a face forma, o respeito à composição paritária e à natureza deliberativa consistem aspectos legais dos conselhos, mostrando-se oportuno o levantamento das normas jurídicas – leis e regimentos internos – que definem sua composição e competências.

Bem assim, o acompanhamento pelo Promotor de Justiça das reuniões dos conselhos e das conferências fornece ao MP elementos sobre, por exemplo, a formação da agenda dos problemas a serem debatidos, o exercício da fala livre de coação e a participação qualificada da comunidade nas discussões.

Por fim, a necessária aproximação entre o Ministério Público e os conselhos ensejará benefícios para ambas as organizações. De um lado,

o *Parquet* receberá diretamente as reais demandas da população e, com isso, haverá um ganho de legitimidade em sua atuação, mormente na apresentação de recomendações ao Poder Público e na assinatura de termos de ajustamento de conduta.

De outro lado, a presença do MP ao lado dos conselhos gestores tem por propósito estimulá-los a reconhecer sua própria dignidade, na medida em que são um dos principais locais de exercício da cidadania em nosso país. Com isso, é possível romper as principais limitações dos conselhos, descolando-os da incômoda posição de apêndice do Poder Executivo.

5. Considerações finais

A adoção pela Constituição de 1988 de um modelo de Estado Democrático e de Direito, compromissado com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalização e com a redução das desigualdades sociais e regionais, não pode significar apenas uma mensagem de mero desejo.

Ao contrário, os objetivos da República Federativa do Brasil são vinculativos e devem nortear toda a atividade do Estado, sob pena de descumprimento do pacto político feito com a redemocratização.

Neste contexto, impõe-se ao Ministério Público, enquanto organização do Estado responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, uma efetiva atuação para a concretização da Constituição.

Assim, é a vertente resolutiva, apoiada na visão do Promotor de Justiça como um verdadeiro agente político de transformação social, que se mostra mais eficaz para os propósitos acima declarados.

Em apoio, o paradigma da gestão social, encabeçada por Fernando G. Tenório, ao propor a sociedade como protagonista das políticas públicas – e não como mera expectadora – tenta superar as formas tradicionais de legitimação do exercício do poder, mormente a necessidade de construção de decisões através processos dialógicos e pautados em argumentos racionais.

Como consequência, dentre diversas ações que podem ser realizadas, a valorização dos conselhos gestores de políticas públicas mostra-se imprescindível. Isso porque estes colegiados são um importante mecanismo não tradicional de democracia, na medida em que permitem a discussão pública dos assuntos de interesse coletivo e com natureza deliberativa. Mais do que isso, ao congregarem diferentes setores da sociedade civil, do

mercado e do governo, os conselhos permitem a construção de decisões a partir de uma visão multifacetada dos problemas que nortearão as políticas públicas.

Não é possível, todavia, criar-se a ilusão de que os conselhos são a solução para todos os males, em especial para a crise da democracia hoje experimentada no Brasil. Contudo, quando constroem políticas públicas factíveis, de maneira consorciada e em processos de argumentação racional, além de se legitimarem, eles possibilitam o empoderamento daqueles que nunca puderam se fazer ouvir.

Para tanto, o MP pode – e deve – atuar no sentido de fortalecer os conselhos gestores, em especial quanto aos mecanismos de ocupação dos assentos nos colegiados, à institucionalização de regras de autogoverno e à garantia de cumprimento de suas deliberações.

Isto somente ocorrerá, todavia, com a adoção de uma postura realmente resolutiva, o que exige uma grande mudança da cultura organizacional, o que pode ser fomentado desde o concurso público para escolha de seus quadros até as orientações e fiscalizações da Corregedoria.

Por fim, ao contrário de pretender exaurir qualquer temática, a dissertação ora apresentada teve como propósito analisar uma das interfaces entre o MP (que, apesar de ser uma organização do Estado, está atrelada ao interesse público não estatal) e um novo arranjo democrático representado pelos conselhos gestores.

É possível, ainda, apontar diversas limitações deste estudo. A primeira delas diz respeito à análise do próprio Ministério Público, que se situou apenas no campo normativo. Vale dizer, ao discorrer sobre os modelos demandista e resolutivo, não foi debatido o conflito entre o MP ideal e o MP real. Este aspecto se revelou especialmente pertinente durante as entrevistas com os Promotores de Justiça.

Já quanto à revisão bibliográfica, houve uma preponderância da literatura nacional, quando se sabe que em outros países, seja na Europa, nos Estados Unidos e na própria América Latina, os estudos sobre a teoria crítica e seus reflexos para a democracia deliberativa são mais frequentes.

De igual forma, o recorte de conselhos municipais estudados permitiu uma visão limitada da realidade do município de Lavras, ainda mais quando se leva em conta a pesquisa de campo realizada por Oliveira (2009).

Nesta linha, abre-se caminho para novos trabalhos. É possível, dentro da teoria das organizações, discutir a cultura organizacional do MP e em que

medida o discurso adotado – de viés resolutivo – corresponde às práticas diárias das promotorias de justiça.

Já nas áreas da teoria do Estado e da gestão social, o presente estudo lança luzes para outras pesquisas, em especial quanto à busca de legitimação das ações do MP a partir de sua abertura à sociedade civil, a exemplo do que ocorre no relacionamento interinstitucional com os conselhos gestores.

Com isso, não se pretende dizer que o Ministério Público é a solução para qualquer mazela da sociedade excludente – política e economicamente. Na verdade, a ideia defendida neste artigo é que cabe ao MP fomentar a sociedade para o exercício cotidiano de participação política.

Referências bibliográficas

ABERS, R. N.; KECK, M. E. *Representando a diversidade: Estado, sociedade e “relações fecundas” nos conselhos gestores*. Caderno CRH, Salvador, v. 21, n. 52, p. 99-112, jan./abr. 2008.

ABRUCIO, F. *Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas*. RAP, Rio de Janeiro, p. 67-86, 2007. Edição especial comemorativa.

ALLEBRANDT, S. L. et al. *Gestão social e cidadania deliberativa: uma análise da experiência dos Coredes no Rio Grande do Sul, 1990-2010*. Cadernos EBAPE.BR, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 914-945, set. 2011.

ALMEIDA, G. A. *O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação*. Revista Jurídica do Ministério Público de Mato Grosso, Cuiabá, n. 3, p. 57-104, 2008.

ALVES, J. A.; DENARDIN, V. F.; SILVA, C. L. *Aproximações entre os principais indicadores de sustentabilidade e as alternativas ao desenvolvimento propostas por E. Leff*. Revista de Desenvolvimento Econômico, Salvador, ano 13, n. 24, p. 59-71, dez. 2011.

ARANTES, R. B. *Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, fev. 1999.

ARAÚJO, C. *República e democracia*. Lua Nova, São Paulo, n. 51, p. 5-30, 2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n51/a02n51.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2013.

AVRITZER, L.; COSTA, S. *Teoria crítica, democracia e esfera pública: concepções e usos na América Latina*. DADOS - Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, p. 703-728, 2004.

AVITZER, L.; PEREIRA, M. L. D. *Democracia, participação e instituições híbridas*. Teoria e Sociedade, Belo Horizonte, p. 14-39, maio 2005. Número especial.

BARROS, J. M. *A institucionalização da participação: o conselho municipal de cultura de Santo André na transição da gestão municipal: 2008/2009*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, Erechim, v. 7, p. 81-96, jun. 2010.

BARROSO, L. R. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista Atualidades Jurídicas, São Paulo, v. 4, 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2013.

BERCLAZ, M. S.; MOURA, M. C. M. *Para onde caminha o Ministério Público?: um novo paradigma: racionalizar, regionalizar e reestruturar para assumir a identidade constitucional*. Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, Florianópolis, n. 14, p. 9-32, jan./jun. 2009.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 232 p.

BONETI, L. W. *Políticas públicas por dentro*. Ijuí: UNIJUÍ, 2011. 96 p.

BOTREL, M. O.; ARAÚJO, P. G.; PEREIRA, J. R. *Gestão social de bens culturais no Brasil: desafios e perspectivas*. PASOS: Revista de Turismo y Patrimonio Cultural, Santa Cruz de Tenerife, v. 9, n. 4, p. 647-659, 2011.

BRASIL, F. P. D. *A participação cidadã nas políticas sociais e na gestão de programas e projetos: potenciais e desafios*. In: FAHEL, M.; NEVES, J. A. B. (Org.). *Gestão e avaliação de políticas sociais no Brasil*. Belo Horizonte: PUC-Minas, 2007. p. 115-153.

BRESSER-PEREIRA, L. C. *O modelo estrutural de gerência pública*. RAP, Rio de Janeiro, v. 42, p. 391-410, mar./abr. 2008.

CANÇADO, A. C.; TENÓRIO, F. G.; PEREIRA, J. R. *Gestão social: reflexões teóricas e conceituais*. Cadernos EBAPE.BR, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 681-703, set. 2011.

CARDOSO JÚNIOR, J. C. *Planejamento governamental e gestão pública no Brasil: elementos para ressignificar o debate e capacitar o Estado*. Brasília: IPEA, 2011. (Texto para Discussão, 1584). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=9756:td-1584-planejamento-governamental-e-gestao-publica-no-brasil-elementos-para-ressignificar-o-debate-e-capacitar-o-estado&catid=270:2011&directory=1>. Acesso em: 17 mar. 2013.

CARVALHO, J. M. *Pontos e bordados: escritos de história e política*. Belo Horizonte: UFMG, 1998. 457 p.

DAHL, R. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2001. 230 p.

DOUGHERTY, G. W.; EASTON, J. *Appointed Public volunteer boards: exploring the basics of citizen participation through boards and comission*. The American Review of Public Administration, Chicago, v. 41, n. 17, p. 519-541, Aug. 2011.

FAORO, R. *Os donos do poder*. 3. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001. 836 p.

FOLLADORI, G. *Avanços e limites da sustentabilidade social*. Revista Paranaense de Desenvolvimento, Curitiba, n. 102, p. 103-113, jan./jun. 2002.

FRANÇA FILHO, G. C. *Definindo gestão social*. In: SILVA JÚNIOR, J. T. et al. (Org.). *Gestão social: práticas em debate, teorias em construção*. Fortaleza: UFC, 2008. p. 27-37.

FUKS, M. *Democracia e participação no Conselho Municipal de Saúde de Curitiba: 1999-2001*. In: FUKS, M. et al. (Org.). *Democracia e participação: os Conselhos Gestores do Paraná*. Curitiba: UFPR, 2004. p. 13-44.

GARCIA, E. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 721 p.

GOHN, M. da G. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011. 128 p.

GOULART, M. P. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: LED, 1998. 276 p.

GRZYBOWSKI, C. *O estouro da cidadania nas ruas*. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/acervo.php?id=3026>>. Acesso em: 22 jun. 2013.

HABERMAS, J. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 354 p.

IIZUKA, E. S.; GONÇALVES-DIAS, S. L. F.; AGUERRE, P. *Gestão social e cidadania deliberativa: a experiência de Ilha Cumprida*, São Paulo. Cadernos EBAPE.BR, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 748-779, set. 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pefil dos municípios brasileiros*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/2008/default.shtm>>. Acesso em: 30 jan. 2013.

_____. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/perfilmunic/assistencia_social2009/default.shtm>. Acesso em: 30 jan. 2013.

KERCHE, F. *Autonomia e discricionariedade do Ministério Público no Brasil*. DADOS: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 259-279, 2007.

MACHADO CARRION, R.; COSTA, P. de A. *Governança democrática, participação e solidariedade: entre a retórica e a práxis*. Espacio Abierto, Maracaibo, v. 19, n. 4, p. 621-640, 2010.

MALISKA, M. A. *Max Weber e o Estado racional moderno*. Revista Eletrônica do CEJUR, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 15-28, ago./dez. 2006. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs-.2.4/index.php/cejur/article/view/14830/9954>>. Acesso em: 22 jun. 2013.

MEDEIROS, P. H. R. *Do modelo racional-legal ao paradigma pós-burocrático: reflexões sobre a burocracia estatal*. Organização & Sociedade, Salvador, v. 13, n. 37, p. 143-160, abr./jun. 2006.

OLIVEIRA, V. C. S. *Sociedade, Estado e administração pública: análise da configuração institucional dos conselhos gestores do município de Lavras, MG*. 2009. 301 p. Tese (Doutorado em Administração Pública) - Universidade Federal de Lavras, Lavras, 2009.

OLIVEIRA, V. C. S.; CANÇADO, A. C.; PEREIRA, J.R. *Gestão social e esfera pública: aproximações teórico-conceituais*. Cadernos EBAPE, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 613-626, dez. 2010.

OLIVEIRA, V. G. S.; PEREIRA, J. R.; OLIVEIRA, V. A. R. *Os conselhos gestores municipais como instrumentos da democracia deliberativa no Brasil*. Cadernos EBAPE, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, p. 422-437, set. 2010.

PAPADOULOS, Y.; WARIN, P. *Are innovative, participatory and deliberative procedures in policy making democratic and effective?* European Journal of Political Research, New York, v. 46, n. 4, p. 445-472, Apr. 2007.

PAULA, A. P. P. de. *Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social*. RAE - Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 45, n. 1, p. 36-49, jan./mar. 2005.

PEIXINHO, M. M. *O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 4, p. 13-44, jul./dez. 2008.

PEREIRA, J. R.; RIGATO, S. H. *Gestão social de políticas públicas no contexto das relações entre Estado e sociedade moderna*. In: PEREIRA, J. R. (Org.). *Gestão social de políticas públicas*. Lavras: UFLA, 2011. p. 17-34.

PINHO, J. A. G. de. *Gestão social: conceituando e discutindo os limites e possibilidades reais na sociedade brasileira*. In: RIGO, A. S. et al. (Ed.). *Gestão social e políticas públicas de desenvolvimento: ações, articulações e agenda*. Recife: UNIVASF, 2010. p. 21-52.

ROMANO, J. O. *Política nas políticas: um olhar sobre a agricultura brasileira*. Rio de Janeiro: Mauad X; UFRRJ, 2009. 308 p.

SECCHI, L. *Modelos organizacionais e reformas da administração pública*. RAP, Rio de Janeiro, n. 43, p. 347-69, mar./abr. 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n2/v43n2a04.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2013.

SILVA, F. C. *Habermas e a esfera pública: reconstruindo a história de um ideia*. Sociologia, Problemas e Práticas, Lisboa, n. 35, p. 117-138, abr. 2001.

SILVA NETO, W. L. B. *As relações entre esfera pública e democracia no pensamento de Jürgen Habermas*. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, n. 32, p. 219-238, jan./jun. 2008.

TARIN, D. *A aliança entre o Ministério Público e a sociedade civil na definição de políticas públicas*. In: VILLELA, P. (Coord.). *Ministério Público e políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 66-70.

TENÓRIO, F. G. *(Re)visitando o conceito de gestão social*. Desenvolvimento em Questão, Ijuí, v. 3, n. 5, p. 101-124, jan./jun. 2005.

_____. *Tem razão a administração?: ensaios de teoria organizacional*. 3. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2008. 176 p.

TENÓRIO, F. G. et al. *A relação entre a sociedade civil e o Estado na formulação de políticas públicas na microrregião de Garanhuns*. In: PEREIRA, J. R. et al. (Ed.). *Gestão social e gestão pública: interfaces e delimitações*. Lavras: UFLA, 2011. p. 60-77.

TONELLA, C. *Ampliação da participação democrática: conselhos gestores de políticas públicas em Maringá*. Revista Paranaense de Desenvolvimento, Curitiba, n. 106, p. 137-156, jan./jun. 2004.

TORRES, R. L. *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*. In: SARLET, I. W. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-46.

VIZEU, F.; MENEGHETTI, F. K.; SEIFERT, R. E. *Por uma crítica ao conceito de desenvolvimento sustentável*. Cadernos EBAPE.BR, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 569-583, set. 2012.

ZENKNER, M. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: RT, 2006. 68 p.

A IMPLEMENTAÇÃO E O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ATRAVÉS DO INQUÉRITO CIVIL, RECOMENDAÇÃO, TERMO DE AJUSTAMENTO, E DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO FUTURO

Silvio Roberto Matos Euzébio¹

Resumo: O sistema normativo é integrado por normas (regras e princípios), procedimentos, e discurso argumentativo. Compreende-se as normas que prescrevem políticas públicas como dotadas de positividade concretizadora dos direitos metaindividuais. Por conseguinte, as políticas públicas estão sujeitas ao processo de exigibilidade e fiscalização ou controle quanto aos seus aspectos funcionais. O Ministério Público tem papel fundamental na promoção dos instrumentos de defesa dos direitos metaindividuais, sem excluir outros órgãos legitimados, posto que dispõe de ampla legitimação dos instrumentos de atuação (o inquérito civil, a recomendação, o termo de ajustamento de conduta e a ação civil pública), consoante estratégia inerente à atividade-fim do *Parquet*.

O reconhecimento do que o Direito diz, quando funciona, não funciona (situações de estrangulamento), e de como deveria funcionar, exige a compreensão do sentido e da finalidade da regulação dos fatos sociais através da aplicação das normas jurídicas.

A regulação dos fatos sociais pelo Direito apresenta uma característica denominada de contrafacticidade. Pela contrafacticidade a norma jurídica é antagonica aos fatos em três aspectos essenciais:

¹Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Sergipe. Titular da 2ª Promotoria de Justiça da Infância e Adolescência da Comarca de Aracaju.

a) a norma continua válida (a cobrança do Estado e da Sociedade pelo respeito à norma, com invocação da sua validade);

b) exprime um dever que objetiva mudar a realidade social, transformar comportamentos (função progressista);

c) deseja impedir que pessoas e grupos venham descumprir (transgredir) a ordem social.²

Desde a perspectiva da linguagem, podemos objetivamente distinguir no Ordenamento Jurídico as *normas sancionadoras* das chamadas *normas-objetivo*. As primeiras, ordenam condutas gerais; as segundas, ordenam condutas enquanto instrumentos ou planos de governos, ou diretrizes programáticas, como bem esclarece o Eminentíssimo Eros Roberto Grau:

Enquanto instrumento de governo, então, o direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos. Pois a definição dos fins de tais políticas é enunciada, precisamente, em textos normativos que consubstanciam normas-objetivo e que, mercê disso, passam a determinar os processos de interpretação do direito.

As normas-objetivo são normas instituidoras ou com pretensão à implementação de Políticas Públicas. São normas com a finalidade de interferência/modificação de uma dada realidade social. Segundo explica Cristiane Derani:

(...) política pública é um conjunto de ações coordenadas pelos entes estatais, em grande parte por eles realizadas, destinadas a alterar as relações sociais existentes. Como prática estatal, surge e se cristaliza por norma jurídica. A política pública é composta de ações estatais e decisões administrativas competentes.⁴

É oportuno deixar assentado o emprego do conceito pós-moderno de norma: cada norma ou é uma regra ou é um princípio (Alexy, Dworkin etc).

E, partindo da compreensão do Direito como um sistema normativo, integrado por normas (regras e princípios), procedimentos, e discurso argumentativo, no próprio Sistema vamos encontrar disposições atinentes ao funcionamento, *modus operandi*, e à eliminação de obstáculos.

2 V. DIMITRI DIMOULIS, Manual de Introdução Ao Estudo do Direito, RT, 2003, pgs. 65/66; e BEN-JAMIN ZYMLER, “Política, Direito e Reforma do Estado: uma visão funcional sistêmica”, in Rev. de Informação Legislativa, a. 37, n.147, jul/set 2000, pgs. 39, com a explicação que o Direito tem a função de “estabilizar congruentemente a expectativa das pessoas, por meio do estabelecimento de normas jurídicas”.

3 Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, 2ª ed., Malheiros, 2003, pg. 123.

4 Política pública e a norma pública, in Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico, org. MARIA PAULA DALLARI BUCCI, Saraiva, 2006, pg. 135.

Por outro aspecto, partindo do ponto ou da premissa existência necessária de ordem normativa válida, com a instituição de Direitos Fundamentais (expressos através da linguagem e do conteúdo dos funtores modais característicos - obrigatório, proibido e permitido, há também a previsão da uso de mecanismos para garantir a observância dos preceitos ou normas-objetivo (procedimento-estruturante). Ou seja, mecanismos capazes de produzir a incidência normativa sobre a realidade social na hipótese de recusa (não aceitação) ou descumprimento por integrantes da própria Sociedade ou do próprio Estado (somente se puder ser caracterizado como Estado de Direito).

No contexto aferição da incidência das normas-objetivo, das políticas públicas, o Ministério Público foi dotado de legitimação ampla através dos instrumentos de defesa dos direito metaindividuais: o inquérito civil⁵, a recomendação⁶, o termo de ajustamento⁷, e da ação civil pública⁸.

Assim, enquanto operador essencial à operatividade do Sistema Jurídico, o Ministério Público passa a lançar mão, a utilizar, tanto chamadas das Normas de Conduta, i.e, normas dirigidas para a regulação da conduta de pessoas, quanto das denominadas Normas de Estrutura, i.e., destinadas a regular a produção de outras normas, como explica o Ilustre Norberto Bobbio⁹.

Como já assinalado, habitamos sob uma Ordem Jurídica complexa que oferece normas de *conduta* e normas de *estrutura* para a solução dos problemas sociais. Dentre as últimas, estão disponíveis aquelas que regulamentam as condutas do Corpo Social e Administrativo, na consecução das suas finalidades, aí incluídas as Políticas Públicas.

Todavia, as normas-objetivo ou de estrutura são editadas num esquema predominantemente declarativo: com o caráter simbólico para o destinatário (o Povo); e caráter discricionário (facultativo), para os responsáveis pelo seu cumprimento, como assinalou Harald Kinderman, com a magistral apresentação pelo Prof. Marcelo Neves, o qual identificou

5 V. artigo 129, III, da Constituição Federal, artigo 8º, § 1º, da Lei nº 7.347/85, arts. 25, IV, e 26, I da Lei nº 8.625/93, e Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público, especialmente a de nº 23/2007, a título exemplificativo.

6 V. arts. 26, V, e 27, parágrafo único, IV, da Lei nº 8.625/93, artigo 201, § 5º, “c”, da Lei nº 8.069/90, e Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público, a título exemplificativo.

7 V. artigo 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85, e Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público, especialmente a de nº 23/2007, a título exemplificativo.

8 V. artigo 129, III, da Constituição Federal, arts. 1º, e 5º, I, da Lei nº 7.347/85, artigo 25, IV, da Lei nº 8.625/93, e legislação complementar.

9 Teoria do Ordenamento Jurídico, 4ª ed., EdUNB, 1994, pg. 46/47.

o problema com a designação de “Legislação Simbólica”, através do modelo tricotômico e sistemático:

Conteúdo de legislação simbólica pode ser: a) Confirmar Valores Sociais, b) Demonstrar a Capacidade de Ação do Estado e c) Adiar a Solução de Conflitos Sociais Através de Compromissos Dilatórios.¹⁰

Cabe assinalar que a partir da Legislação Simbólica emergiram os problemas funcionais decorrentes da “aparente” insuficiência ou incapacidade do Ordenamento, mas, em verdade, são resultantes de déficits ou outras patologias de aplicação das normas, notadamente da legislação contendo as normas-objetivo, comumente correlatas ao enfrentamento dos problemas da exclusão social¹¹, fenômeno multidimensional pelo qual o aparelho sócio-estatal tanto produz o impedimento do acesso a bens e direitos fundamentais, quanto deixa de estabelecer mecanismos para possibilitar a inclusão ou ressocialização de determinadas parcelas da população, ou ainda eles funcionam precária e insuficientemente.

José Ortega Y Gasset nos oferece três premissas básicas, mas de grande síntese e utilidade para a compreensão da relação entre Política e Estado, ao mesmo tempo em que demonstra, nesta seara, quanto as definições podem tem o papel retórico:

1º. Uma política é clara quando sua definição não o é. É necessário decidir-se por uma dessas tarefas incompatíveis: ou se vem ao mundo para fazer política ou se vem para fazer definições. (...);

2º. Política é ter uma idéia clara do que se deve fazer a partir do Estado em uma nação;

3º. O Estado não é mais que uma máquina situada dentro da nação para servir a ela.¹²

É através da edição de um conjunto de normas que o Estado passa a formular seu “programa finalístico”. Nas palavras do Prof. Eros Roberto Grau:

Os textos normativos são formulados tendo em vista um determinado estado da realidade social (que eles pretendem reforçar ou modificar); este estado da realidade social geralmente não aparece no texto da norma.¹³

10 A Constitucionalização Simbólica, ed. Acadêmica, São Paulo, 1994, pg. 34.

11 Segundo MARIÂNGELA BELFIORE WANDERLEY, *Refletindo Sobre a Noção de Exclusão*, in *As Artimanhas da Exclusão*, Org. Bader Sawaia, 4ª. Ed., Vozes, 2002, pg. 16, a expressão “exclusão social” foi cunhada por René Lenoir em 1974.

12 Mirabeau ou o Político, EdUNB, 1982, pgs. 71 e 79.

13 Ensaio e Discurso sobre a Interpretação / Aplicação do Direito, 2ª. ed., Malheiros,, 2003, pg. 73.

E aqui é preciso explicar o mecanismo de funcionalidade do programa finalístico a partir das (interessantes) normas-objetivo. Embora inicialmente concebidas enquanto “instrumento de governo”, todavia, passam integrar e interagir com o plexo sistêmico do ordenamento jurídico, com todas as suas características, inclusive de positividade. São as chamadas popularmente “Normas de Políticas Públicas”.

Mais uma vez o Douto Mestre Eros Roberto Grau vem esclarecer:

Enquanto instrumento de governo, então, o direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos. Pois a definição dos fins de tais políticas é enunciada, precisamente, em textos normativos que consubstanciam normas-objetivo e que, mercê disso, passam a determinar os processos de interpretação do direito¹⁴.

Especificamente neste processo de implementação normativa, ou incidência, também denominado de “processo de concretização” de acordo com o Prof. Marcelo Neves, a norma

sofre bloqueios em toda e qualquer situação no qual o conteúdo do texto legal abstratamente positivado é rejeitado, desconhecido ou desconsiderado nas interações concretas dos cidadãos, grupos, órgãos estatais, organizações etc; inclusive, portanto, nas hipóteses de inobservância ou inexecução da “norma jurídica” (geral) e da “norma de decisão” (individual) produzidas em um caso jurídico determinado, como também quando ocorrer desuso ou abuso de “ofertas de regulamentação”. Entretanto, o processo concretizador não deve suscitar, de maneira nenhuma, “a ilusão da plena correspondência do abstrato ao concreto”, mas sim, como problema, “a ser resolvido através de uma forma de não-identidade integrada do abstrato e do concreto¹⁵.

A necessidade de “desbloqueio” no processo de execução das normas já é bastante sentido quando da necessidade de sujeição das chamadas Políticas Públicas normatizadas aos mecanismos de controle:

Políticas Públicas, na Constituição Federal, podem ser conceituadas, na acepção normativa, como o instrumento de ação do Estado e de seus poderes constituídos, em especial o executivo e legislativo, de caráter vinculativo e obrigatório, que deve permitir divisar as etapas de concreção dos programas políticos constitucionais voltados à realização dos fins da República e do Estado Democrático de Direito, passíveis de exame de mérito pelo Poder Judiciário.¹⁶

Não é possível pensar de outra forma diante do aspecto normativo inafastável do controle administrativo previsto na parte inicial do caput do

14 Idem, pg. 123.

15 A Constitucionalização Simbólica, Acadêmica, São Paulo, 1994, pg. 46.

16 GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA, in Direito ao Desenvolvimento, Ed. Método, 2004, pgs. 104 e 244.

artigo 37 da Constituição Federal (“*A administração pública... de qualquer dos poderes... obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...*”).

Os diversos princípios declinados na cabeça do artigo 37 fundamentam o controle da execução das Políticas Públicas, suas omissões, deficiências, ou abusos, e constituem uma verdadeira “chave de ignição” dos mecanismos de controle, dentre os quais, a Ação Civil Pública (ACP), Recomendação Administrativa (RA), o Inquérito Civil (IC) e o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

Convém esclarecer que a expressão Inquérito Civil (IC) abarca ou contempla o denominado Procedimento Preparatório do Inquérito Civil (PPIC), ou similar, necessário quando não há elementos para abertura imediata do último, ou seja, aquele “*destinado à realização de uma verificação preliminar, com a finalidade de capacitar-se a decidir pelo cabimento ou não de instauração do inquérito civil.*”¹⁷

São instrumentos-garantia, postos à disposição pela própria Sociedade para o controle do Estado, consoante os primeiros frutos da Jurisprudência já amplamente conhecida e que vem sendo citada:

Ação Civil Pública - Adolescente infrator - Artigo 227, caput, da constituição federal - Obrigação de o estado-membro instalar e manter programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores. 1. Descabimento de denúncia da lide à União e ao Município. 2. Obrigação de o Estado-Membro instalar (jazer as obras necessárias) e manter programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, para o que deve incluir a respectiva verba orçamentária. Sentença que corretamente condenou o Estado a assim agir, sob pena de multa diária, em ação civil pública proposta pelo Ministério Público. Norma constitucional expressa sobre a matéria e de linguagem por demais clara e forte, a afastar a alegação estatal de que o Judiciário estaria invadindo critérios administrativos de conveniência e oportunidade e ferindo regras orçamentárias. Valores hierarquizados em nível elevadíssimo, àqueles atinentes à vida e à vida digna dos menores. Discricionariedade, conveniência e oportunidade não permitem ao administrador se afaste dos parâmetros principiológicos e normativos da Constituição Federal e de todo o sistema legal. 3. Provimento em parte, para aumentar o prazo de conclusão das obras e programas e para reduzir a multa diária.

17 LUIS ROBERTO PROENÇA, Inquérito Civil, RT, 2001, pg. 45.

Ementa: Ação Civil Pública. Inépcia. Poder Discricionário da Administração Pública. Descumprimento orçamentário. A peça vestibular do processo é muito clara e precisa ao indicar que pleiteia a formação de estrutura suficiente para concretização dos programas regionalizados de atendimento ao menor infrator, privado de liberdade. Apresenta, inclusive, minúcias sobre a postulação. Invoca o ECA, para apurar o pedido. Ademais, a meteria enfocada na preliminar, se confunde com o mérito. – Não há um laivo sequer de afronta ou negação ao poder discricionário da administração pública, mas simples exigência do cumprimento da lei. Discricionariedade administrativa jamais poderá ser confundida com arbitrariedade e até irresponsabilidade. Para ela existe o controle das leis. – O Poder Judiciário, no estrito cumprimento de sua função, estabelecida pela Lei Estadual acima mencionada, tomou todas as medidas cabíveis e colocou em pleno funcionamento aqueles Juizados Regionais. A Administração Pública Estadual, de sua parte, não proporcionou condições necessárias e imprescindíveis, para viabilizar que as decisões desses Juizados pudessem ser cumpridas adequadamente. Sentença mantida. Recurso improvido.¹⁸

Ação Civil Pública - Legitimidade - Interferência no Poder Executivo - Inexistência - Tratando-se de atendimento social previsto na Constituição da República, é de se reconhecer a existência de direito difuso a ser tutelado por ação civil pública. A determinação para implementação de política pública, já prevista na Constituição da República não caracteriza ingerência no Poder Executivo. Recursos a que se negam provimento.¹⁹

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. MUNICIPALIZAÇÃO. É da responsabilidade do município elaborar projeto sério de implementação de programa de atendimento a adolescentes em cumprimento de medidas sócioeducativas em meio aberto. Agravo de Instrumento desprovido.²⁰

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2.

18 Apelação Cível Nº 595133596, Tribunal de Justiça do RS, 8ª. Câ. Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. em 18/03/1999.

19 Apelação nº. 061.146.5/0 - 2ª Câmara de Direito Público 1 TJSP - Rel. Des. Linneu Peinado, j. 22/06/99.

20 TJRS, AI, n. 70006674253, 8ª. Câmara Cível, Rel. José S. Trindade, j. Em 02/10/2003.

Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido.²¹

Entretanto, se por vezes, em determinadas situações específicas e pontuais, no campo da Administração Pública, a Ação Civil Pública (ACP) será necessária e suficiente para a implementação de obrigações específicas, como por exemplo, reconstrução e conservação de uma escola, de uma estrada, para a reforma de um abatedouro de animais, ou para a instituição de um aterro sanitário, diante da falta de atendimento das condições físicas dos equipamentos em seu estado atual; em outras situações, a mesma Ação Civil Pública (ACP) poderá comportar exigência da implementação de Política Pública Educacional, Política Pública Rodoviária, Política Pública Sanitária, Política Pública Ambiental e Sanitária etc, através da formulação do pedido de tutela para a aplicação de normas gerais já editadas, com vista à estruturação de um conjunto de normas individuais ou concretas a serem observadas em razão de deveres e prestações próprias (sistematização de um plexo de deveres ou obrigações e Direitos).

A Ação Civil Pública (ACP) tem por finalidade proteger interesses difusos e coletivos, conforme preconizado pela Constituição Federal, no seu artigo 129, III. No Diploma Geral regulamentador, a Lei n. 7.347/85, no artigo 3º., consignou a amplitude de espectro do instrumento, capaz de conter ou veicular pretensão do estabelecimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Por conseguinte, ocorrido o pressuposto fático-jurídico subsumível capaz de justificar proteção e tutela aos direitos metaindividuais, é possível instaurar Inquérito Civil (IC) para apuração de violações por parte de uma determinada Política Pública, conste ou não com tal denominação, expedir Recomendação Administrativa (RA) para melhoria dos serviços, firmar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) para sua implementação e implementação ou eficiência, ou propor a Ação Civil Pública (ACP) com o mesmo fim, inclusive de apuração de responsabilidades por danos.

Por outras palavras, os instrumentos de proteção e tutela dos interesses metaindividuais podem veicular de forma coexistencial, uma, duas, três, várias medidas ou providências (obrigações) individuadas, específicas e objetivas, ou um plexo sistematizado delas.

21 STJ, RESP 493811, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, j. 11/11/03, DJ 15/03/04.

O Inquérito Civil (IC), a Recomendação Administrativa (RA), o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e a Ação Civil Pública (ACP) são, portanto, instrumentos capazes de assegurar a efetividade a certos direitos e interesses previstos na Ordem Jurídica, e a respectiva utilização ficará condicionada à estratégia de atuação finalística do responsável pelo Órgão Ministerial, em cada caso.

A Professora e Procuradora da República Luiza Cristina F. Frischeisen examina o assunto de forma conexa ou concomitante com a atribuição do Ministério Público:

A função do Ministério Público não comporta somente atuação para corrigir atos comissivos da administração pública que porventura desrespeitem os direitos constitucionais do cidadão, mas também a correção dos atos omissivos, ou seja, a implementação efetiva de políticas públicas visando a efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988.

A ação civil pública é, portanto, o instrumento processual do Ministério Público para juridicizar a demanda coletiva pela implementação de direitos assegurados pela ordem social constitucional.²²

A Doutrina já vinha assinalando o novo Papel do Ministério Público e pavimentando o caminho:

Neste ponto, devemos destacar que, mesmo diante de uma profunda mobilização social na busca da concretização dos direitos fundamentais por intermédio das políticas públicas, os Poderes Públicos podem permanecer inertes.

Tal quadro, caso se verifique, pode ensejar a intervenção do Ministério Público em outra esfera, qual seja, a judicial.

O Ministério Público vem se mostrando um agente fundamental na implementação de políticas públicas, especialmente atuando como legitimado ativo em processos individuais e coletivos. (...).

Inegável, portanto, a relevância do papel a ser cumprido pelo Ministério Público no que tange à efetivação das políticas públicas, em especial daquelas voltadas para os direitos fundamentais sociais, razão pela qual os responsáveis pelos rumos da Instituição, em suas diversas esferas, devem conduzir suas gestões na busca da concretização de tal modelo institucional. (DERANI, 2006, p. 133-134).

É preciso deixar assentado que não se defende, nem ao longe, a possibilidade do Poder Judiciário editar “legislação”, com edição das chamadas normas primárias e criar políticas públicas. Todavia, é importante

22 POLÍTICAS PÚBLICAS. *A responsabilidade do administrador e o ministério público*, Ed. M. Li-monad, 2000, pgs. 126 e 127. (grifo da autora.)

acrescentar, que é inerente ao Poder Judiciário a possibilidade de controle judicial (princípio da inafastabilidade da jurisdição) sobre a implementação de Políticas Públicas o que pode ser feito, tanto no tocante à legalidade, quanto acerca da razoabilidade na eleição das prioridades em que devam ser aplicadas as verbas públicas.

A prestação da tutela jurisdicional em tais casos constitui a fiscalização do exercício do poder discricionário estatal, sem que ocorra um controle específico do mérito das decisões tomadas pela Administração Pública.

Nesse diapasão, quando da eleição das prioridades e implementação das Políticas Públicas, poderá o Poder Judiciário, por provocação do Ministério Público, ou de outros órgãos legitimados, realizar a revisão judicial do ato, quando caracterizada a violação de princípios e das normas-objetivos.

A propósito, exemplo bem ilustrativo do que ora é afirmado consta de Acórdão do STJ que deixou assentada a exigibilidade da obrigação do oferecimento de creche aos menores de 06 anos pelo Poder Público:

Processual Civil - Ação civil pública - Cabimento - Menores de 6 anos - Creche extensiva - Exigibilidade - ECA, artigo 54. Direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência.

1 - O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos é consagrado em norma constitucional reproduzida no artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal.

É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade.

2 - Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da

erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado.

3 - Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigir-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

4 - A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pética.

5 - Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6 - *Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.*

7 - As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8 - Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9 - *Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. (...)²³*

23 STJ, 1ª. T., Resp n. 492.904-0-SP, Rel. Min. Luiz Fux, unânime, Data do Julgamento, 23.03.2004, Boletim do Superior Tribunal de Justiça, n. 05/2004, 1ª quinzena de abril de 2002, pgs. 41/44.

O Supremo Tribunal Federal, através de diversos precedentes, também assegurou direitos constitucionais firmando a possibilidade do Poder Judiciário determinar a implementação de Políticas Públicas, dos quais transcrevemos apenas para fins de exemplificativo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SEGURANÇA PÚBLICA. LEGITIMIDADE. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. OMISSÃO ADMINISTRATIVA. 1. O Ministério Público detém capacidade postulatória não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos [artigo 129, I e III, da CB/88]. Precedentes. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que é função institucional do Poder Judiciário determinar a implantação de políticas públicas quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.²⁴

CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS ASTREINTES CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, Artigo 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, Artigo 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO

24 RE nº 367.432/PR-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJe de 14/5/10.

DAS 'ESCOLHAS TRÁGICAS' - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO JURA NOVIT CURIA - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL.(...) DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público – quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes.(...)²⁵

E recentemente o próprio Supremo Tribunal Federal voltou a assinalar de maneira contundente e precisa a legitimação da Ação Civil Pública (ACP)

25 ARE nº 639.337/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 15/9/11

e do próprio Ministério Público para a promoção e a implementação de Políticas Públicas como é possível aferir:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde.

2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.

3. *Agravo regimental não provido.*²⁶

É importante destacar que não se verificou a necessidade de edição de normas ou regulamentação legal de direitos fundamentais em matéria de Políticas Públicas uma vez que elas já constam previstas na Constituição Federal, bem como em um sem-número de Leis editadas.

A atuação do Ministério Público não é excludente dos demais Órgãos legitimados à fiscalização ou controle das Políticas Públicas, e tem fundamento na incumbência da defesa da Ordem Jurídica e da Sociedade, como prescrito no artigo 127, “caput”, da Constituição Federal.

O Ministério Público poderá utilizar o Inquérito Civil (IC), a Recomendação Administrativa (RA), o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), e a Ação Civil Pública (ACP) para a apuração ou fiscalização, implementação e controle de Políticas Públicas. E deve fazê-lo mediante a definição do objeto de fiscalização, ou mediante a formulação de um plexo contendo medidas ou providências (obrigações) individuadas e objetivas, em caráter cumulativo, alternativo ou subsidiário diante do contexto fático sobre o qual a incidência normativa deixou de produzir seus efeitos, total ou parcialmente.

A utilização do Inquérito Civil (IC), da Recomendação Administrativa (RA), do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), e da Ação Civil Pública (ACP)

26 STF, AG. REG. NO AI N. 809.018-SC, 1ª. Turma, Relator: Min. Dias Toffoli, unânime, j. em 28.05.2013, Informativo STF Nº 683, Brasília, 8 a 11 de outubro de 2012. (grifo nosso)

dependerá da estratégia de atuação do Membro do Ministério Público, como deixou assentado o Conselho Nacional do Ministério Público sob a relatoria da Conselheira Cláudia Maria De Freitas Chagas, que consignou no seu Voto:

A atividade extrajudicial do Ministério Público demanda uma estratégia. Assim, quando se instaura um inquérito civil público, quando se opta por elaborar um termo de ajustamento de conduta ou em qualquer outro procedimento extrajudicial, tudo é feito com base em uma estratégia elaborada pelo membro do Parquet. É o Promotor de Justiça atuando no exercício de suas atribuições, na sua atividade finalística, que deve avaliar qual o instrumento a ser utilizado, bem como a oportunidade da atuação.²⁷ (pg. 03-04 ou 544 e 545)

Pois, como bem ilustra o Doutor Hugo Nigro Mazzilli, “o dever de agir não obriga à cega propositura da ação pelo Ministério Público”.²⁸

Conclusão

É preciso fazer redirecionar a utilização dos mecanismos de exigibilidade da Administração para a concretização da Ordem Jurídica.

O MINISTÉRIO PÚBLICO tem por atribuição primordial a defesa dos direitos fundamentais do homem e o homem em sociedade.

Mesmo porque, de acordo com o Mestre J. J. Gomes Canotilho:

a base antropológica dos direitos fundamentais não é apenas o ‘homem individual’, mas também o homem inserido em relações sociopolíticas e socioeconômicas e em grupos de vária natureza, com funções sociais diferenciadas.²⁹

Assim, o Ministério Público tem papel fundamental na promoção da defesa dos direitos metaindividuais de segunda dimensão, ou seja, a persecução da implementação e o controle de Políticas Públicas. A atividade do Ministério Público não é excludente de outros Órgãos Legitimados (Tribunais de Contas, Conselhos de Direitos etc.) e tem fundamento ainda no artigo 127, “caput”, da Constituição Federal.

27 Acórdão no Procedimento de Controle Administrativo (PCA) Nº 0.00.000.000225/2013-99, julgado em conjunto com o PCA Nº 0.00.000.000135/2013-06, com a seguinte ementa: PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE. DESCONSTITUIÇÃO DE DECISÃO PROFERIDA PELO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. ATRIBUIÇÃO PARA ATUAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CNMP. IMPROCEDÊNCIA.

1. A jurisprudência firmada por este Conselho Nacional é forte no sentido da impossibilidade de revisão do conteúdo de ato do Procurador-Geral de Justiça relacionado à solução de conflito de atribuições, uma vez que tal matéria não está inserida no rol de competências deste Conselho (Enunciado CNMP nº 6).
2. Ainda que superados os óbices apontados, os elementos constantes dos autos não apontam vícios flagrantes no ato impugnado, capazes de provocar o controle de legalidade, comumente exercido por este Conselho Nacional.
3. Não instauração de Representação por Inércia ou por Excesso de Prazo. 4. Improcedência. (DOU DE 27/06/2013, Seção I, pg. 58)

28 A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Saraiva, 2002, 14ª ed., pg. 96.

29 Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª ed., Almeida, 1999, pg. 382.

A atuação do Ministério Público não está na inovação ou na previsão, mas na realização do que foi pensado no passado, como obra do presente!

Diante de todo o exposto, resta CONCLUIR:

1 - o Ministério Público, na dicção do artigo 127, “caput”, da constituição federal, tem a incumbência e o dever (não excludentes) de promover medidas judiciais e extrajudiciais para formulação, implementação e fiscalização de políticas públicas previstas na constituição e na legislação vigente;

2 - o Ministério Público dispõe dos instrumentos constitucionais e legais afetos à defesa dos direitos metaindividuais para o exercício da atribuição de promover o controle das políticas públicas previstas: o inquérito civil, a recomendação administrativa, o termo de ajustamento, e da ação civil pública;

3 - o Ministério Público utilizará o inquérito civil, a recomendação, o termo de ajustamento, e da ação civil pública, motivadamente, e de acordo com a estratégia de atuação em cada caso, no exercício da sua atividade-fim.

Referências bibliográficas

BOBBIO, NORBERTO. Teoria do Ordenamento Jurídico, EdUNB, 4^a ed., 1994, pg. 46/47.

BUCCI, MARIA PAULA DALLARI. Direito Administrativo e Políticas Públicas, Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3^a ed, Almedina, 3^a ed., 1999, pg. 382.

DERANI, CRISTIANE. in Política pública e a norma pública, in Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico, org. MARIA PAULA DALLARI BUCCI, Saraiva, 2006, pg. 135.

DIMOULIS, DIMITRI. Manual de Introdução Ao Estudo do Direito, RT, 2003, pgs. 65/66.

FERRAZ, ANTONIO AUGUSTO MELO DE CAMARCO. Considerações Sobre Interesse Social e Interesse Difuso. In: Édis Milaré (Coord.). A Ação Civil Pública Após 20 Anos. RT, 2005, p. 59-71.

FRISCHEISEN, LUIZA CRISTINA F. POLÍTICAS PÚBLICAS, A responsabilidade do administrador e o ministério público, Ed. M. Limonad, 2000, pgs. 126 e 127.

GONÇALVES, LEONARDO AUGUSTO. in O MINISTÉRIO PÚBLICO E A BUSCA PELA INCLUSÃO SOCIAL: ATUAÇÃO NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de

novembro de 2009, bem como também no site http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2005.pdf, respectivamente pgs. 17/18(667/668) e 22(672)

GRAU, EROS ROBERTO. Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito, 2ª ed., Malheiros, 2003, pg. 123.

MAZZILLI, HUGO NIGRO. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Saraiva, 2002, 14ª ed., pg. 96.

_____ O Inquérito Civil e o Poder Investigatório do Ministério Público. In: Édis Milaré (Coord.). A Ação Civil Pública Após 20 Anos. RT, 2005, p. 221-245.

NEVES, MARCELO. A Constitucionalização Simbólica, ed. Acadêmica, São Paulo, 1994, pg. 34.

ORTEGA Y GASSET, JOSÉ. Mirabeau ou o Político, EdUNB, 1982, pgs. 71 e 79.

PROENÇA, LUIS ROBERTO. Inquérito Civil, RT, 2001, pg. 45.

SILVA, GUILHERME AMORIM CAMPOS DA, in Direito ao Desenvolvimento, Ed. Método, 2004, pgs. 104 e 244.

WANDERLEY, MARIÂNGELA BELFIORE. “Refletindo Sobre a Noção de Exclusão”, in As Artimanhas da Exclusão, org. Bader Sawaia, 4ª. Ed., Vozes, 2002, pg. 16.

ZYMLER, BENJAMIN. “Política, Direito e Reforma do Estado: uma visão funcional sistêmica”, in Rev. de Informação Legislativa, a. 37, n.147, jul/set 2000, pgs. 39.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA

Thiago André Pierobom de Ávila¹

Introdução

O presente artigo visa analisar a atuação do Ministério Público na promoção do direito fundamental à segurança pública. Esse estudo passa pela afirmação da existência de um direito fundamental à segurança pública, pela análise da estrutura normativa desse direito e pelo reconhecimento das áreas nas quais o Ministério Público age para assegurar sua realização. Essas áreas estão ligadas à promoção da persecução penal, à impugnação judicial das situações de grave desestrutura, e de fiscalização continuada no âmbito do controle externo da atividade policial. Vejamos.

1. A existência de um direito fundamental à Segurança Pública

Hobbes já dizia que a segurança era o fundamento da criação do próprio Estado, que surgia para colocar ordem no caos inerente a um hipotético “estado de natureza”. Hobbes entendia que um homem pode considerar-se em um estado de segurança quando ele não vislumbra nenhuma violência contra si em relação à qual o agressor não possa ser detido pelo poder do soberano, em relação ao qual todos se submeteram; e sem tal segurança não há razão para um homem abrir mão de suas vantagens (o direito de autodefesa do estado natural) e tornar-se uma presa para os outros homens.

O conceito de segurança em Hobbes é relativamente sintético: “deve-se entender por segurança não a simples conservação da vida em qualquer condição, mas sim com condições e fins de felicidade”².

1 Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília, Promotor de Justiça e Coordenador do Núcleo de Direitos Humanos do MPDFT, Professor da ESMPU, autor de diversos livros e artigos doutrinários.

2 Hobbes, 2006:106 (*Do cidadão*, cap. 13.4). Conferir outro trecho: “Estão todos os deveres do

Ainda que a perspectiva de Hobbes peque pela não construção de limites à atuação estatal, colocando na posição de verdadeiro súdito (e não propriamente de cidadão), o fato é que sua visão sinaliza para a relevância da função estatal de promoção de segurança pública, cuja grave inefetividade pode colocar em cheque a própria justificação da existência do Estado³.

A perspectiva hobessina de estado de segurança, calcada numa racionalidade absolutista, foi duramente rebatida pelo liberalismo, que identificou a necessidade de se colocar limites à atuação do estado em nome da proteção das liberdades. A elevação do bem geral como um fim absoluto do Estado, sem quaisquer limites, acaba por resvalar na teoria do Estado-Polícia, que considera justificado todos os ataques à vida jurídica individual sempre que tal for necessário ao bem coletivo, e que acabou por inspirar todos os absolutismos (monárquicos e mesmo democráticos)⁴.

Uma síntese dessa crítica pode ser reconhecida na célebre frase de Locke: “seria pensar que os homens são tão tolos que tem o cuidado de evitar os danos que os texugos ou as raposas lhes podem fazer, mas não se importam, mais, confundem com segurança, o serem devorados pelos leões”⁵. Nesse trecho, Locke assimila as lesões praticadas por outros homens às raposas, e as arbitrariedades praticadas pelo Estado aos leões.

Essa ideia de limitação do arbítrio punitivo do Estado foi reforçada em Montesquieu com a ideia de divisão do poder e estabelecimento de mecanismos de controles recíprocos, e em Beccaria com a ideia de justiça penal calcada na razão contra o arbítrio, e em filósofos do liberalismo estatal (como Humboldt e Stuart Mill) na construção da defesa da liberdade como fim e limite do Estado, o que importava em primeira linha no estabelecimento de limites estreitos à atuação estatal.

Essa perspectiva foi substancialmente alterada no pós-guerra, com uma nova perspectivação do Estado como provedor de serviços sociais.

governante contidos em uma única sentença: a segurança do povo é a maior lei”. Hobbes, 2006:105 (*Do cidadão*, cap. 13.2).

3 Sobre o poder do soberano sobre seus súditos, ver a síntese hobbesiana: “trata-se aqui de um poder absoluto, resumido nas últimas palavras, vós sereis seus servos”; Hobbes, 2003:176 (*Leviatã*, cap. 20). Sobre a cessão desse poder numa situação de grave insegurança, ver: “Entende-se que a obrigação dos súditos para com o soberano dura enquanto, e apenas enquanto, dura também o poder mediante o qual ele é capaz de os proteger. Porque o direito que por natureza os homens têm de se defenderem a si mesmos, quando ninguém mais os pode proteger, não pode ser abandonado através de pacto algum”. Hobbes, 2003:188-9 (*Leviatã*, cap. 21).

4 Essa expressão cunhou-se no século XVIII, com uma carga pejorativa, para referir-se ao Estado no antigo regime, que era um estado que policiava todas as áreas da vida civil, mas com um processo de administração exercido à margem da lei, apenas regido por postulados genéricos de bem comum e segurança pública: ver Correia, 1994:3.

5 Locke, 2006: § 93.

A mutação do Estado de mero “guarda-noturno” em suprema entidade fornecedora de bens e serviços públicos criou novas tensões dialéticas na concretização do direito à segurança pública. Enquanto no paradigma liberal o Estado apenas evita agressões de terceiros (e de si mesmo), no Estado social, além de evitar tais agressões, o Estado passa a ter uma responsabilidade acentuada em fornecer condições efetivas de fruição dos direitos, ou seja, trata-se de um Estado comprometido com a promoção do bem estar da sociedade, especialmente com os setores mais desfavorecidos, mas ainda sem resvalar no risco absolutista de promover o bem público sem quaisquer limites. Nessa perspectiva, um Estado democrático deve ser necessariamente social (prover as necessidades de todos), mas ainda um Estado de Direito (respeitando a autonomia privada do indivíduo como reduto mínimo da existência pessoal). A perspectiva do Estado Social acentua a responsabilidade do Estado como “produtor de sociabilidade”⁶, removendo os obstáculos à efetiva fruição da liberdade e da igualdade. Essa perspectiva está expressa no artigo 3º da CRFB/1988, que estabelece uma série de objetivos fundamentais do Estado brasileiro, dentre os quais consta no inciso I “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, e no inciso IV “promover o bem de todos”, ou seja, o Estado social se consagra como um Estado ativo, que promove a realização dos direitos fundamentais.

O Estado social efetivamente se preocupa com a promoção da qualidade de vida de seus cidadãos e das condições de desenvolvimento de todo o potencial da personalidade humana e, nessa perspectiva, a promoção da segurança pública como pressuposto de um ambiente livre de pressões indevidas avulta como um requisito de justiça social do Estado⁷. É verdade que a promoção da segurança sempre esteve no centro do conceito do Estado liberal, mas assume um significado substancialmente diverso no Estado social⁸. No Estado liberal, a atividade de promoção da segurança pública aparece como uma atividade de sobrevivência do próprio Estado, já que, em última análise, essa é a atividade que fundamentou o surgimento do Estado (como visto em Hobbes) e, portanto, desempenhar bem essa atividade se torna uma questão de defesa da própria necessidade da existência do Estado. Todavia, o Estado social reconhece que o valor segurança pública não será algo que aparecerá por geração espontânea, antes necessita de uma direção

6 Pérez Royo, 1998:195.

7 Correlacionando Estado social, segurança e justiça, ver Benda, 2001:511. Para a atividade de prevenção criminal como uma perspectiva do Estado social em promover a proteção da liberdade, ver Grimm, 1989:22

8 Relembre-se que já constava da declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão de 1789, artigo 8º: “A segurança consiste na proteção concedida pela sociedade a cada um dos seus membros para a conservação da sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades”. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm>>. Acesso em 1 mar. 2011.

estatal para sua configuração. Essas perspectivas sociais possuem especial interligação com uma política criminal global de promoção de segurança jurídica, não apenas através dos tradicionais instrumentos do direito penal, mas também através de outras estratégias de organização da vida social que diminuam a probabilidade de ocorrência de fenômenos criminosos (e, especificamente quanto à realidade brasileira, a concretização efetiva de políticas de inclusão social assume uma dimensão especialmente relevante).

A natureza de direito fundamental da segurança pública é reforçada pelo reconhecimento de que se trata de um pré-requisito essencial para o exercício dos demais direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. Nesse sentido, afirma Shue⁹:

Ninguém pode usufruir plenamente nenhum direito que é supostamente protegido pela sociedade se alguém puder livremente ameaçar tal pessoa de assassinato, estupro, agressões etc., quando a pessoa tentar usufruir os direitos em discussão. Tais ameaças à segurança física estão entre as mais sérias e – na maioria do mundo – os obstáculos mais difundidos ao gozo de qualquer direito. [...] Na ausência de segurança física as pessoas não são capazes de fruir qualquer outro direito que a sociedade diga estar protegendo, pois estão susceptíveis de enfrentarem muitos dos piores perigos que eles enfrentariam se a sociedade não protegesse os seus direitos.

A fundamentalidade do valor da segurança pública pode ser melhor percebido quando se analisa o resultado de uma ineficiência sistêmica do Estado em prover esse serviço público com qualidade, situação que pode ser reconhecida no Brasil em algumas áreas socialmente desestruturadas, nas quais os índices de homicídios *per capita* chegam a equiparar-se ao de áreas de guerra, o Estado não tem capacidade de proteger seus cidadãos de forma eficiente. Segundo levantamento do mapa da violência 2013 do Brasil, há mais homicídios em números absolutos no Brasil que do que no Iraque, sendo o Brasil o 7º país no mundo em número de homicídios por habitantes¹⁰. No caso das favelas cariocas dominadas pelo tráfico, instala-se um poder paralelo de natureza despótica, como toques de recolher, fechamento de comércios e mesmo provimentos informais de “justiça” mediante a violência, numa clara violação de direitos fundamentais dos moradores que não são parceiros do crime organizado¹¹. Nessas situações as pessoas com melhores condições se autoenclausuram em condomínios com segurança privada, quando os pobres são relegados à situação dramática de insegurança (muitas vezes contra o próprio Estado). Nessa perspectiva, uma

9 Shue, 1980:21.

10 Waiselfisz, 2013.

11 L.E. Soares, 2000.

grave ausência do Estado na atividade de segurança pública, em favor de atores privados (empresas de segurança privada ou a segurança comunitária auto-organizada), também é um combustível perigoso para incrementar um círculo vicioso de insegurança¹². Ainda que se reconheça a emergência de novos atores privados na concretização da política de segurança pública, o Estado ainda mantém um papel decisivo na coordenação desses diversos atores e na governança da segurança pública¹³.

Enquanto no Estado liberal o paradigma era manter o Estado o mais inativo possível, no Estado social surge um imperativo de ação para concretização de direitos fundamentais. A segurança pública consolida-se, assim, como um direito fundamental de natureza social¹⁴. E a estruturação do Estado Constitucional Brasileiro não passou ao largo dessa mutação das relações entre Estado e cidadãos, pois a CRFB/1988 estruturou um Estado Democrático e Social de Direito, com nítidas feições comunitaristas. Não há uma oposição formal entre direitos fundamentais individuais e sociais, pois na perspectiva comunitarista brasileira mesmo os direitos individuais estão “contaminados” da visão social, e os direitos sociais não podem desconsiderar os direitos individuais¹⁵.

Em outros países há controvérsias se a segurança pública seria efetivamente um direito fundamental coletivo ou se seria meramente uma expressão do dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, sem uma necessária subjetivação (ou seja, uma expressão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹⁶).

12 Loader e Walker, 2007:210, indicando que as comunidades com condições financeiras se tornam atores soberanos de sua própria segurança, relegando os demais à insegurança, o que acaba por degenerar o valor da sua própria segurança ao diminuir a “atividade de viver e interagir com outras pessoas”. Tais modalidades de segurança privada também tendem a não considerar os valores de segurança dos não clientes, com tendências de intolerância para grupos minoritários, criando uma tirania dos clientes da segurança privada, com a degeneração da legitimidade dessa atividade (Ibidem:225).

13 Nesse sentido, ver decisão do STF: “O que caracteriza a sociedade moderna, permitindo o aparecimento do Estado moderno, é, por um lado, a divisão do trabalho; por outro, a monopolização da tributação e da violência física. Em nenhuma sociedade na qual a desordem tenha sido superada, admite-se que todos cumpram as mesmas funções. O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), através da polícia, como se lê nos incisos do artigo 144 da Constituição, e do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (artigo 129, I).” (STF, Pleno, HC 95.009, rel. Min. Eros Grau, j. 6 nov. 2008, DJE 19 dez. 2008).

14 Sobre o direito subjetivo fundamental à proteção policial, ver: Correia, 1994:3. Grande parte dos países possui leis regulamentando a atividade estatal de promoção da “segurança cidadã”. Ver, nesse sentido, na Espanha, a LO 1/1992, conhecida como Lei sobre Proteção da Segurança Cidadã, que reconhece como função estatal a promoção da proteção aos direitos e liberdades previstos na Constituição, a remoção dos obstáculos para seu livre exercício, a erradicação da violência e a prevenção da prática de crimes.

15 J.A. Silva, 2002:183.

16 Nesse sentido, Canas, 2011:1260 e J.P. Silva, 2003:41, identificam na atividade policial não propriamente um direito subjetivo, mas um mero interesse legalmente protegido. Em sentido contrário, entendem em Portugal que existe um verdadeiro direito subjetivo à proteção policial: C.S. Castro, 2003:313; V.P. Silva, 2003:227-228; J.C.V. Andrade, 2001:114; Para uma visão geral das diversas posições portuguesas sobre o tema, ver Sampaio, 2012:178 *et seq.* Para uma visão da complexidade

Para um segmento da doutrina, a segurança pública não seria passível de subjetivação, ela seria apenas uma expressão do dever de proteção dos direitos fundamentais, que o Estado assume em relação a seus cidadãos, ou seja, uma expressão de uma das tarefas essenciais do Estado¹⁷. Assim reconhece-se que se o Estado estatuiu um sistema de direitos fundamentais ele se responsabiliza pela efetiva proteção desses direitos, o que deriva tanto de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais (uma ordem geral de valores a serem protegidos) como também de um direito subjetivo atribuído a cada cidadão (o direito de ser protegido de forma eficaz pelo Estado, enquanto manifestação de um de seus vários direitos de natureza social – a prestações positivas do Estado). Todavia, o aspecto subjetivo do direito não seria propriamente a segurança pública em si, mas o direito individual que está em perigo (liberdade, integridade física, patrimônio etc). Portanto, nessa perspectiva, quando há um direito subjetivo à intervenção do Estado, a segurança não seria um direito autônomo, ela seria apenas uma manifestação dos direitos individuais que estariam em uma situação de perigo expressa em um dever de proteção do Estado.

Para a concretização desse dever fundamental de promover a segurança dos direitos fundamentais, o Estado organiza toda a atividade policial, ou seja, há uma força policial especialmente destinada à manutenção da ordem pública e, em caso de sua violação, há uma força policial à disposição dos órgãos do sistema de justiça criminal apta a recolher as provas do crime e permitir ao Ministério Público a responsabilização criminal em juízo. Nessa perspectiva, a atividade policial é um serviço público que o Estado coloca à disposição da população para concretizar seu dever fundamental de assegurar a segurança pública, que se qualifica como uma tarefa essencial do Estado¹⁸. Todavia, essa perspectiva não permite uma subjetivação da

intrínseca do direito à segurança, ver Waldron, 2010:166-185, e a subseção abaixo.

17 Sobre os deveres de proteção fundamental (*Schutzpflicht* na expressão alemã) como atributivos de um direito subjetivo de proteção ao cidadão, ver Alexy, 2002:226 e 440; ele fala mesmo que há uma presunção de subjetivação dos direitos fundamentais, e que um direito vale mais que um mero dever objetivo de proteção. Para os direitos fundamentais enquanto criadores de uma ordem objetiva de valores impositiva de deveres de proteção pelo Estado, independente de direitos subjetivos individualizáveis, ver Hesse, 1996:94 e J.C.V. Andrade, 2001:111 (denominando dimensão objetiva dos direitos fundamentais); Häberle, 2003:74-96 (denominando-a de dimensão institucional dos direitos fundamentais). Para uma análise específica do dever fundamental de proteção penal, ver Ávila, 2007:44 *et seq*; Sarlet, 2004; Feldens, 2005:108-129; E.P. Oliveira, 2004:27. Na Alemanha, defendendo que a proteção de direitos fundamentais não é nem mesmo um dever legal, mas simplesmente uma função do Estado, ver, Starck, 2000:21.

18 J.C.V. Andrade, 2001:143, afirma que na concepção liberal a atividade do Estado de promoção da segurança era vista como mero “exercício de uma função comunitária de interesse geral, e não enquanto meio de proteção dos direitos individuais. A concepção do Estado-prestador, associada aos direitos sociais, abriu caminho para a concepção do Estado-amigo dos direitos fundamentais, ou, pelo menos, do Estado responsável pela sua garantia efectiva. Deste modo, muitas das normas de direito penal, bem como as que regulam a intervenção policial, passaram a ser vistas com outros olhos, da perspectiva do cumprimento de um dever de protecção, no contexto de um processo de efectivação das normas

segurança pública, ou seja, não reconhece a possibilidade de se atribuir posições jurídicas individuais de exigir o cumprimento do respectivo dever do Estado.

Por outro lado, um segmento da doutrina reconhece a efetiva existência de um direito subjetivo à segurança pública, de certa forma autônomo do direito individual à proteção de uma posição concretamente em risco. Nesse sentido, Denninger fala de uma “democracia militante”, que defende efetivamente os valores democráticos, não sendo tolerante com as posturas de intolerância (como extremismos políticos) e que admite efetivamente a criação de instituições e atividades tendentes a assegurar a efetividade da manutenção do regime democrático¹⁹. Essa “democracia limitante” seria para ele uma expressão do direito fundamental à segurança pública, que por sua vez seria a expressão da solidariedade, um dos pilares do Estado pós-industrial²⁰. Na doutrina alemã, alguns autores também têm trabalhado o conceito de um direito subjetivo à segurança²¹.

Identificando um direito fundamental de proteção penal, Silva Sanchez afirma: “a tendência à jurisdicionalização, com independência de qual seja sua base, já não permite, pelo menos em um Estado prestador de benefícios, que a segurança seja concebida como um mero reflexo da atividade policial, senão que se converte em um direito, cujo asseguramento pode ser exigido do Estado”²². Em sentido semelhante, a teoria dos mandados constitucionais de criminalização parte da premissa de que existe um direito fundamental a que determinados bens jurídicos não fiquem penalmente desprotegidos, portanto, um direito fundamental à proteção penal²³.

Todavia, se há controvérsia alhures, no Brasil não há espaço para essa controvérsia, pois a própria CRFB/1988, em diversos dispositivos, reconhece

constitucionais relativas aos direitos fundamentais, estendida a toda a actuação dos poderes públicos”.

19 Denninger, 2001. Dentre tais mecanismos estariam a estruturação de serviços secretos com a finalidade de monitorar atividades extremistas (na Alemanha o partido comunista e o partido nazista são oficialmente proibidos) possivelmente tendentes à contradição dos valores democráticos e constitucionais.

20 Denninger, 2003.

21 Genericamente sobre o tema, ver Isensee, 1983 e Robbers, 1987. Defende Murswiek, 1985:117, que o dever de proteção é um dever de garantia que é complementar aos direitos fundamentais defensivos. Defendendo especificamente um direito à segurança como fundamento dos crimes de perigo abstrato (que seria não evitar uma lesão a um bem jurídico primário, mas evitar uma afetação normativa da segurança garantida), ver Kindhäuser, 1985. Criticando esse conceito de um direito à segurança e perspectivando-o apenas como um dever estatal, ou uma tarefa essencial do Estado: Lissen, 1992; Starck, 2000.

22 Silva Sanchez, 2002:49. Sobre o direito à segurança pública no contexto português, ver Valente, 2009:96.

23 Sobre mandados de penalização na constituição brasileira, ver Feldens, 2005:93-154. De forma mais genérica sobre o direito fundamental à proteção penal, ver E.P. Oliveira, 2004:11-70. Sobre o dever de investigar como expressão de um imperativo de tutela dos direitos fundamentais, ver Feldens, 2009.

um direito à segurança. De forma genérica, o preâmbulo da Carta Magna estabelece que é um objetivo do Estado brasileiro: “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 [...]”.

A segurança é vista como um direito individual no artigo 5º, *caput*, da CRFB/1988:

Artigo 5º 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, nos termos seguintes

E no rol do artigo 5º estão previstos diversas normas que estabelecem par ao Estado o dever de promover a proteção de determinados direitos fundamentais contra violações de terceiros.

Também em seu artigo 6º, a Constituição Federal claramente denomina a segurança como um direito fundamental social, incluído sob o Título II “Dos direitos e garantias fundamentais”. Conferir:

Artigo 6º São **direitos sociais** a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a **segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso)

Essa visão da segurança pública enquanto direito subjetivo é reforçada pelo artigo 144 da CRFB/1988, que diz:

Artigo 144. A **segurança pública**, dever do Estado, **direito** e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...] (grifo nosso)

A CRFB/1988 coloca o direito à segurança no mesmo nível do direito à educação ou à saúde, por exemplo, que são claramente direitos fundamentais de natureza coletiva, ainda que tenham uma aplicação individual, pois são direitos que se realizam necessariamente no âmbito das relações sociais e culturais do homem. Apesar de ser um dever do Estado, a segurança pública também é um direito de todos. Portanto, a CRFB/1988 faz uma opção aberta pela subjetivação jurídica da segurança pública num nível coletivo. A caracterização da segurança como um direito fundamental fica também ressaltada pela inclusão do direito à segurança em diversos tratados internacionais sobre direitos humanos²⁴. O direito à segurança,

24 DUDH, artigo 3º (segurança pessoal), artigo 22 (segurança social) e artigo 28 (direito a uma ordem social de proteção dos direitos e liberdades); PIDCP, artigo 9.1; CEDH, artigo 5.1; CADH, artigo 7.1. A própria União Européia é perspectivada como um espaço de “liberdade, segurança e justiça” (artigo 67.1

da mesma forma que a educação ou a saúde, integra o mínimo existencial inerente à dignidade da pessoa humana, formado pelas condições materiais básicas de existência minimamente digna.

Uma última observação merece ser realizada: a segurança pública é um valor complexo, que engloba não apenas a expectativa de proteção contra terceiros, mas também a expectativa de proteção contra as eventuais arbitrariedades praticadas pelo Estado²⁵. Por isso, não possui muita lógica a ideia de se sacrificar a liberdade em nome da segurança, quando esse sacrifício à liberdade implica a ideia de expor-se ao risco de sofrer atos de arbitrariedade praticados por agentes do Estado (policiais). Em outras palavras, uma pessoa que está exposta ao risco de ser assaltada ou sequestrada possui insegurança da mesma forma que uma pessoa que está exposta ao risco de ter policiais ingressando de forma arbitrária em sua residência, de sofrer prisões ilegais ou de ser torturada para confessar. Nessa linha, a arbitrariedade policial é um câncer de degenera o valor da segurança pública usufruída pela sociedade. Mesmo quando essa violência (civil ou policial) está confinada em áreas marginalizadas, socialmente desestruturadas, continua a haver uma diminuição do valor da segurança pública para todos os integrantes da sociedade, inclusive os moradores das regiões de elite, pois o valor da segurança pública é necessariamente auferido de forma coletiva, não é possível cindi-lo entre elite e classes marginalizadas²⁶. Portanto, não há segurança sem justiça e igualdade, sem respeito aos direitos fundamentais.

2. A estrutura normativa do direito fundamental à Segurança Pública

Essa nova perspectiva do Estado Social exige um esclarecimento sobre a estrutura desse direito à segurança pública²⁷. Há, portanto, uma perspectiva individual de segurança (prevista no artigo 5º) e outra social do direito à segurança (prevista no artigo 6º, ambos da CRFB/1988).

do Tratado da União Européia).

25 Sobre essa estrutura complexa da segurança pública, v. Waldron, 2010:111-165; Loader e Walker, 2007:170-194.

26 Sobre a perspectiva da segurança como um bem jurídico supra-individual, incindível porque necessariamente partilhado por igual, v. Frankenberg, 2006:374. Conferir uma explicação desse fenômeno por Waldron, 2010:152: “Dado que cada um de nós considera nossa segurança não apenas no presente momento, mas também como uma projeção para o futuro, devemos ficar preocupados com aquilo que ocorre aos outros como uma prefiguração daquilo que pode eventualmente ocorrer a nós mesmos. Isso é uma questão de ansiedade e de confiança. Se algo ocorre para uma outra pessoa, X, que diminuía a sua segurança (talvez com a finalidade de incrementar a minha segurança no momento t1), eu não posso necessariamente separar, da minha sensação de segurança em t1, o receio de que aquilo que ocorreu a X (para o meu bem) em t1 possa também ocorrer a mim mesmo para o interesse de outras pessoas em um momento t2”.

27 No Brasil, apesar de reiteradamente se afirmar que a segurança pública é um direito, há poucos estudos sobre a estrutura normativa desse direito e sua inerente complexidade. Ver sobre o tema: A.J. Santos, 2006:91-101. Ferrer, 2007; Santin, 2004:65-95; Alvim, 2006.

Na perspectiva individual, sempre que um indivíduo tiver concretamente um direito fundamental individual em situação de perigo, ele possui o direito subjetivo de que o Estado tome as medidas necessárias e possíveis para proteger seu direito fundamental.

Essa perspectiva pode ser identificada com o dever de proteção do Estado dos direitos fundamentais (dimensão objetiva), mas no caso concreto está também subjetivada diante de um direito fundamental concreto em situação de perigo²⁸. Está fundamentada na existência de um interesse público da defesa do interesse individual em questão (e, via de regra, as questões de segurança pública são questões de ordem pública). Todavia, o direito à segurança possui um destinatário distinto do direito fundamental individual em situação de risco, em sua perspectiva liberal (meramente defensiva). Por exemplo, se uma pessoa é vítima de sequestro, seu direito fundamental à liberdade foi violado e seu direito fundamental à integridade física e à vida está em risco iminente. Tais direitos fundamentais, na perspectiva meramente liberal, colocavam uma posição negativa frente ao Estado, no sentido de que este não deveria violar tais posições jurídicas individuais. Se o Estado viola um direito fundamental individual, o Estado possui o dever de fazer cessar essa violação, restituir a situação ao *status quo ante* e indenizar eventuais prejuízos: esse é o reverso do direito fundamental individual, que era apenas visto na concepção liberal como um direito dirigido ao eventual violador (direito de defesa), especialmente focado nas relações cidadão-Estado. Todavia, na concepção social, os direitos fundamentais vinculam não apenas o Estado, mas também outros particulares, situação que é denominada na doutrina como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*). Assim, quando um particular viola um direito fundamental de outro cidadão, surge para o cidadão violado um direito distinto, o de que o Estado intervenha em seu favor para restabelecer seu direito fundamental: esse direito dirigido contra o Estado é o direito à segurança em uma perspectiva individual. Não se pode confundir o direito fundamental de defesa com o direito fundamental individual à segurança: enquanto o direito fundamental em si exige que outro particular se abstenha de violá-lo, o direito fundamental à segurança exige que o Estado tome as medidas necessárias para evitar a violação de um direito fundamental ou para restabelecer sua normal fruição.

28 Reconhecendo que o dever de proteção do estado, quando diante de uma situação concreta de perigo ao direito fundamental, efetivamente gera um direito subjetivo à intervenção do Estado, ver decisões da Corte Constitucional Alemã: BVerfGE 49, 89,141; 48, 127, 161; 69, 1, 22; *apud* Starck, 2000:41. Todavia, referido autor é contrário a essa caracterização, reafirmando que trata-se de mero dever de proteção, uma função básica do Estado, e não propriamente um direito do cidadão, explicando que tal construção apenas foi realizada pois, para levar os casos à Corte Constitucional Alemã, foi necessário justificar a violação de um direito fundamental, o que forçou o reconhecimento como estratégia para afirmar a competência desse corte.

No exemplo dado, o direito fundamental à liberdade estabelece uma posição jurídica do cidadão contra o sequestrador (a obrigação de o sequestrador fazer cessar a restrição ilícita do direito de liberdade), enquanto o direito à segurança estabelece uma posição jurídica do cidadão contra o Estado (a obrigação de o Estado intervir para obrigar o sequestrador a fazer cessar a restrição ilícita do direito de liberdade, mediante a libertação do refém). O direito à segurança é instrumental em relação ao direito à liberdade e, apesar do titular do direito ser o mesmo (o refém) o sujeito passivo da relação jurídica é distinto (sequestrador e Estado). A segurança é, portanto, uma garantia *jusfundamental*²⁹.

O direito à segurança apenas poderia ser reconduzível à estrutura primária do direito fundamental violado, caso se perspective o direito fundamental primário não apenas como uma pretensão jurídica individual de defesa, mas como um feixe de direitos apontando em situações distintas, com uma complexidade estrutural intrínseca, que exigiria, como no caso do direito à liberdade física, um dever estatal de abstenção de ingerência (perspectiva negativa), um dever estatal de proibição de ingerências por terceiros (perspectiva positiva normativa), e um dever estatal de proteção positiva contra as ingerências de terceiros (perspectiva positiva fática)³⁰. De qualquer sorte, essa perspectiva de complexidade estrutural não corresponde à tradicional visão liberal nem da segurança nem dos direitos fundamentais enquanto instrumentos de defesa contra o Estado, e convém explicitar que o direito à segurança numa perspectiva individual e já concretizada erige-se como um direito autônomo (ainda que integrante do feixe das múltiplas possíveis relações decorrentes de um direito fundamental), já que cada um desses direitos integrantes do feixe possui uma estrutura própria e diferenciada. Aliás, em determinadas situações, é possível que o direito à segurança tenha como sujeito passivo não apenas o Estado, mas sujeitos particulares que se colocam na posição de garantes desse direito³¹.

Para cada um dos direitos fundamentais há o correspondente direito à proteção perante terceiros. O conjunto desses diversos direitos à proteção

29 Möstl, 2002; Sampaio, 2012:185. Já Alvim, 2006:86, utiliza a expressão “direito-guardião dos direitos fundamentais” para referir-se ao direito à segurança.

30 Utilizando essa construção de complexidade estrutural para explicar as múltiplas relações que derivam de um direito fundamental: J.C.V. Andrade, 2001:168-171. Referindo-se à estrutura poliédrica dos direitos fundamentais (com especial enfoque no dever de proteção), ver Sampaio, 2012:55. Referindo-se à segurança pública, J.C.V. Andrade, 2001:149-154, fala de uma possível ressubjetivação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, para extrair direitos dos deveres de proteção

31 Exemplo seria o constante do artigo 14 da Lei n. 10.671/2003 (Estatuto do Torcedor), que estabelece que o torcedor possui o direito à segurança nos locais de prática de eventos desportivos, e que atribui a responsabilidade dessa segurança à entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo e de seus dirigentes, os quais por sua vez deverão acionar previamente os órgãos públicos de segurança pública.

configura o direito à segurança pública de cada cidadão, correspondente à expectativa de ter seu conjunto de direitos fundamentais devidamente protegidos pelo Estado por agressões de terceiros (e, inclusive, do próprio Estado), podendo, portanto, ter uma vida em sociedade minimamente estável, que lhe permita o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Quanto à forma de concretização desse direito à segurança numa perspectiva individual, se o bem jurídico já está na iminência de ser lesionado, o direito corresponderá a uma legítima expectativa de atuação do Estado (usualmente através das instituições policiais) para intervir e evitar a lesão de um direito fundamental, ou, caso já tenha sido lesionado, de restabelecer a normalidade da fruição do direito, bem como de uma adequada investigação e punição da violação de seu direito. Na perspectiva individual, o direito fundamental à segurança exige a mediação normativa infraconstitucional, na estruturação de um conjunto de instituições e procedimentos que concretizem a proteção e mediem as possíveis colisões da realização da segurança com outros direitos fundamentais concretos, de sorte que o direito à segurança corresponde à expectativa do cidadão de ter uma atuação de proteção estatal nos termos da legislação.

O direito à segurança individual não corresponde à expectativa de qual será a opção concreta de proteção a ser utilizada pelo legislador, pois se há várias possibilidades legais de proteção, o agente público possui a discricionariedade de optar pela que considerar mais eficiente (ainda que a própria discricionariedade administrativa tenha suas limitações, como se verá adiante). Todavia, se for possível determinar que, no caso concreto, havia uma única forma de se proteger adequadamente um interesse individualizável (situação de discricionariedade zero) referido ao núcleo de direito fundamental (ou superadas as ponderações de interesses e reconhecida a preponderância do interesse em questão), então o cidadão possui o direito a essa proteção específica, pois se trata de uma prestação vinculada³². Obviamente, o reconhecimento desse direito passa pela consideração dos limites materiais do Estado, dos direitos fundamentais das demais pessoas (portanto, pelo princípio da proporcionalidade) e a própria relevância da separação de poderes (sob pena de uma “ditadura do judiciário”)³³. Contudo, essa opção não é absolutamente discricionária,

32 J.C.V. Andrade, 2001:336; C.S. Castro, 2003:315. Para uma lista de exemplos desses direitos de proteção, ver Sampaio, 2012:189-190: “um direito à intervenção policial para retirar da via pública os automóveis que bloqueiam o acesso às habitações nas imediações de um estádio de futebol, ou o direito a uma adequada vigilância sustentado pelos moradores de zonas menos policiadas, ou a que a polícia ponha cobro a actos de violência ou vandalismo, ou mesmo a que se instale uma esquadra em zona que preencha já os requisitos legais eventualmente previstos, é exigir prestações policiais com o intuito de evitar a produção de perigos”.

33 Salientando essa preocupação: J.C.V. Andrade, 2001:153. Indicando que os deveres de proteção

mas passa pela consideração de uma aceitabilidade mínima da opção tomada, segundo as normas jurídicas de organização em vigor³⁴. Ademais, considerando que na maioria das situações de exigência de intervenção policial há direitos fundamentais ligados ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana (como a liberdade física, a vida e a integridade física) e que o próprio texto constitucional já reconhece a existência de instituições encarregadas da função de promover a segurança pública, as situações mais dramáticas de exigência de intervenção policial imediata (como no caso anterior do salvamento de refém) emanam diretamente da Constituição, independentemente de mediação infraconstitucional. Outras situações de risco não imediato a camadas mais superficiais de um direito fundamental usualmente exigirão mediação legislativa infraconstitucional para a realização do direito à segurança³⁵.

Normalmente, a imediatidade entre a demanda e a possível solução impedem uma jurisdicionalização desse direito à segurança na esfera policial³⁶. Ainda assim, algumas hipóteses de proteção judicial podem ser vislumbradas, como no caso do deferimento de medidas cautelares penais destinadas a proteger a vítima mediante a imposição de uma obrigação de o investigado não freqüentar determinados lugares ou de estar proibido de aproximar-se e manter contato com determinadas pessoas (hoje previstas no CPP, artigo 319, II e III), ou ainda a própria prisão preventiva para a garantia da ordem pública (CPP, artigo 312), destinada a evitar que o investigado continue a praticar crimes contra determinada pessoa, numa

deverem submeter-se a quatro regras, ver Starck, 2000:59: “(a) visto de forma geral, a forma da proteção deve assegurar que tal exigência de proteção não seja meramente ilusória; (b) a legislação não está constitucionalmente obrigada a prover uma proteção ótima, pois isso tornaria o *standard* de proteção tão elevado que tornaria a totalidade da regulamentação de proteção sujeita à revisão judicial; (c) a proteção deve respeitar os princípios do Estado de Direito, de que a restrição de direitos de terceiros exige regulamentação legal; (d) a legislação relativa à proteção está limitada pelo princípio da proporcionalidade, já que a proteção contra terceiros envolve a restrição de direitos dessas pessoas, de sorte que a exigência de que o princípio da proporcionalidade seja respeitado nesse caso influencia o modo de proteção”.

34 Möstl, 2002. No mesmo sentido, afirma Sampaio, 2012:179: “no desempenho de suas tarefas, a polícia não responde apenas perante a comunidade, em termos objetivos, aceitando-se a ideia de que o indivíduo que é ameaçado por um perigo tem um direito subjetivo a uma decisão correta quanto aos seus pressupostos sobre o ‘se’ e o ‘como’ da medida de polícia adotada”.

35 Por exemplo, se uma pessoa se apropria de um bem móvel, isso configurará crime de apropriação indébita, mas se ela aluga um bem imóvel e ao final do contrato se recusa a devolvê-lo, isso configurará (a princípio) fato criminalmente atípico, sendo cabível apenas a ação de despejo. Portanto, a configuração da ingerência ao direito de propriedade poderá esclarecer se a proteção será feita em nível criminal ou em nível meramente cível.

36 Consideramos desnecessário resenhar toda a polêmica que existe sobre o conceito de direito fundamental subjetivo e sua correlação com a possibilidade ou não de imediata jurisdicionalização, o que derivaria da existência de possibilidade de “o juiz dispor de parâmetros objetivos de controle das ações e/ou omissões dos poderes públicos” (Novais, 2003:513) ou sua satisfação como mera “relação quadro” das posições jurídicas de vantagem do indivíduo, pois, como se verá adiante, ao menos na forma de indenização há a possibilidade de jurisdicionalização da violação desse direito. Isso porque, como se verá adiante, ao menos a hipótese de indenização estatal por omissão de proteção poderá ser judicializada (em hipóteses limitadas), o que já corresponde ao reconhecimento da existência de um direito à intervenção policial.

situação em que se vislumbra esse risco concreto. Nesses exemplos, o direito à segurança *deveria* conferir à vítima o direito habilitar-se como assistente da acusação para formular tais requerimentos de medida cautelar penal para assegurar sua proteção; no Brasil, a legislação ainda não admite o assistente da acusação na fase das investigações, apesar de admitir, no microsistema da violência doméstica contra a mulher (Lei n. 11.340/2006) que a própria vítima formule requerimento de medida protetiva de urgência em seu favor quando do registro da ocorrência³⁷.

Diferentemente do Brasil, por exemplo, em Portugal o assistente possui o direito de formular tais requerimentos de medidas cautelares para a sua proteção da fase das investigações (CPP português, artigo 69.2.a e artigo 268.2)³⁸. Em outras situações mais raras de possível mediação de tempo entre a demanda de atuação policial e uma atuação ainda efetiva podem possibilitar uma eventual jurisdicionalização desse direito à segurança, expresso num direito à intervenção policial; por exemplo, se a polícia eventualmente tolera um local célebre pela venda sistemática de produtos falsificados (v.g., as Feiras dos chamados DVDs e CDs “piratas”), os representantes da Indústria Cinematográfica ou Musical possuem o direito de formular um requerimento administrativo para que haja uma ação efetiva da polícia nesses locais e, diante de uma eventual omissão, podem ajuizar mandado de segurança para compelir o Estado a adotar medidas policiais minimamente eficientes para coibir a prática ilícita que viola seus direitos. Todavia, apesar das possibilidades antes mencionadas de proteção jurisdicional do direito à segurança através das medidas cautelares penais (no Brasil apenas no microsistema da Lei Maria da Penha) ou da ação para compelir à ação policial, normalmente a jurisdicionalização do direito à segurança individual, na hipótese de omissão policial ou do sistema de Justiça, ocorre na forma de uma ação de indenização contra o Estado pela omissão relevante³⁹.

Um interessante caso foi julgado pelo STF: em uma área de notórios índices elevados de criminalidade, onde o Estado não estava sendo eficiente

37 Sobre as hipóteses de participação da vítima no processo penal brasileiro, ver G.C. Câmara, 2008:331-358.

38 Albuquerque, 2009:208.

39 Especificamente sobre o dever de indenizar diante de omissões policiais, ver Lazzarini, 1999:445 e Sampaio, 2012:211-213. Vale relembrar que no caso *Maria da Penha*, o Estado Brasileiro foi condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos pela inefetividade de seu sistema penal, em casos de crimes praticados com violência doméstica contra a mulher, fato que justificou a condenação do Estado do Ceará em efetuar o pagamento de uma indenização à vítima, e fomentou a posterior edição da Lei n. 11.340/2006 para reforçar a proteção estatal nessa seara. Trata-se, portanto, do reconhecimento da violação do dever de proteção eficiente no âmbito criminal, que ensejou uma indenização, que apenas poderia ser reconhecida com fundamento na existência de um direito à proteção eficiente. Todavia, o caso deve ser lido dentro de suas peculiaridades, como uma violação frontal da eficiência estatal de proteger de forma minimamente satisfatória (e não de dar a melhor proteção possível).

em assegurar um mínimo de segurança pública, uma pessoa foi vítima de roubo, recebeu um tiro e ficou tetraplégico. No caso, o STF reconheceu que o recorrente tinha direito a indenização, consistente em ter suas despesas médicas pagas por profissional particular indicado pelo recorrente, ao argumento do não cumprimento pelo Estado de seu dever de proporcionar segurança pública⁴⁰. Em outras palavras, o não cumprimento do dever objetivo de prestar segurança pública, em um nível claramente abaixo do minimamente necessário (e não no âmbito da responsabilidade objetiva, já que pressupõe demonstração de culpa), cria um direito subjetivo de indenização, que apenas pode ser fundamentado no direito subjetivo à segurança pública⁴¹.

Outra perspectiva do direito à segurança ocorre em um nível coletivo, sem a existência de uma possível vítima já individualizada numa situação concreta de perigo⁴². Nessa outra perspectiva, todos os integrantes da coletividade são possíveis titulares desse direito, já que todos são potenciais vítimas de possíveis violações de seus direitos e, portanto, têm a expectativa de que o Estado estruture uma atividade de segurança pública que diminua a probabilidade de serem vítimas desses crimes ou que, caso eles ocorram, o Estado esteja a postos para intervir e restabelecer a normalidade da fruição dos direitos. Nessa perspectiva coletiva (transindividual), o direito à segurança não corresponde ao direito a uma ação concreta e específica, mas o direito à existência de uma política pública de segurança que seja minimamente eficiente para assegurar a legítima expectativa de proteção dos direitos dos cidadãos. Ele é indivisível, pois a expectativa de ter as garantias mínimas de proteção para viver e se desenvolver de forma digna não pode ser fracionada, pelo que esse direito à segurança não pertence a ninguém em particular, mas a todos em geral, pelo que é um direito difuso, ou seja, é admissível se gozo individual apenas na medida em que todos

40 Conferir: “Entendeu-se que restaria configurada uma grave omissão, permanente e reiterada, por parte do Estado de Pernambuco, por intermédio de suas corporações militares, notadamente por parte da polícia militar, em prestar o adequado serviço de policiamento ostensivo, nos locais notoriamente passíveis de práticas criminosas violentas, o que também ocorreria em diversos outros Estados da Federação. Em razão disso, o cidadão teria o direito de exigir do Estado, o qual não poderia se demitir das consequências que resultariam do cumprimento do seu dever constitucional de prover segurança pública, a contraprestação da falta desse serviço”. STF, Pleno, AgRg-STA 223, rel. p/ ac. Min. Celso de Mello, j. 14 abr. 2008, *Informativo* 502.

41 Por se tratar de responsabilidade por omissão, trata-se de culpa anônima, da organização do serviço, que não funciona, funciona mal ou com atraso, portanto não se reconduz ao artigo 37, § 6º, da CRFB/1988, mas aos artigos 186 e 927, *caput*, do CC/2002. Para um interessante estudo sobre a responsabilidade do Estado por omissão policial de promoção de adequada proteção contra terceiros, ver Sterman, 2011 (com citação de diversas decisões judiciais).

42 Por exemplo, a Corte Constitucional Alemã entende que, no caso de ameaças terroristas, há um dever de proteção não apenas de um indivíduo concreto, mas de toda a população: BVerfGE 46, 160, 164, *apud* Starck, 2000:34.

os integrantes da coletividade também estejam a dele usufruir⁴³. Em regra, a atividade de prevenção criminal e de estruturação da polícia para estar minimamente apta a reagir com eficiência diante do crime configura-se num direito à segurança numa perspectiva coletiva.

A forma de realização desse direito coletivo à segurança é variada, dependendo de diversas concretizações, tanto pela legislação quanto pela organização administrativa do Estado. Há uma variedade de formas pelas quais o legislador pode decidir proteger um direito fundamental, e a separação de poderes exige que a opção primária por tais opções seja do legislador e não do judiciário. A proteção pode ser feita por normas administrativas, cíveis e criminais, podendo-se falar apenas em situações muito extremas de exigências constitucionais de mandados de criminalização⁴⁴. Isso significa que, na estruturação dessa atividade de proteção há um mínimo necessário a partir do qual se abre um leque de opções para o legislador regulamentar a forma de proteger os direitos fundamentais; se existem as opções A e B, e ambas estão acima do mínimo de proteção, ambas são opções legítimas ao legislador, não sendo possível o judiciário eleger a opção A em desfavor da opção B. Todavia, se uma opção C for claramente insuficiente para a proteção de um direito fundamental, o juiz pode validamente declarar inconstitucional essa opção C feita pelo legislador, por violar a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), ou seja, violou-se o limite inferior de configuração do legislador, as exigências mínimas⁴⁵. Também se há uma omissão total de ação protetiva, pode-se reconhecer a violação ao direito à segurança⁴⁶. Numa situação mais extrema, se o grau de determinabilidade do direito já permite aferir a efetiva existência de um direito subjetivo de proteção e, analisando-se todas as opções possíveis (de A a Z), verifica-se que tão somente a opção A é viável para a proteção minimamente suficiente do direito fundamental, então o juiz poderá validamente determinar a implementação da solução A, recorrendo diretamente à norma *jusfundamental* (situação de discricionariedade zero)⁴⁷.

43 Alvim, 2006:88, destacando que a defesa de direitos difusos possui importante referencial normativo no Brasil pelo artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

44 Sobre o tema no Brasil, ver Feldens, 2005.

45 Sobre o contorno dogmático da proibição de insuficiência, ver: Feldens, 2005:108-129; Sarlet, 2004; Ávila, 2007:57-61. Na Alemanha, a Corte Constitucional entendeu que a descriminalização do aborto violaria a proibição de proteção insuficiente, e que há um dever estatal de ter uma postura ativa na regulamentação das atividades nucleares como expressão desse dever (e que uma omissão de controle seria inconstitucional); ver Starck, 2000.

46 A solução concreta desse problema da omissão total de proteção é complexa, pois, se o Judiciário definir a medida concreta de proteção, ele poderá estar invadindo a seara legislativa (nesse sentido: Starck, 2000:62), e se ele simplesmente se limitar a declarar que existe uma omissão legislativa relevante e apenas conchamar o Legislativo a cumprir sua missão, poderá estar condenando a proteção do direito fundamental à eterna omissão legislativa. Todavia, se já há parâmetros normativos determinando qual é o mínimo de proteção adequado e o Executivo não efetiva o cumprimento da lei, então a ação do judiciário determinando o cumprimento das normas em vigor é plenamente justificado.

47 Segundo Sampaio, 2012:209, nessa situação de discricionariedade zero de atuação policial, o juiz

Especificamente no âmbito policial, a proibição de insuficiência impõe a existência de uma capacidade de funcionamento das instituições policiais, que as torne aptas a ser minimamente eficiente na proteção dos direitos fundamentais no âmbito da atividade de segurança pública e que essa estrutura funcione de forma minimamente satisfatória. Em certa medida, o direito fundamental coletivo à segurança não atribui diretamente uma solução de proteção, trata-se de um direito a normas de organização e procedimentos, para que exista uma adequada mediação legislativa da realização da proteção do direito fundamental em jogo (especialmente quando essa proteção envolve a restrição de direitos fundamentais de outros cidadãos), para que através da legislação infraconstitucional o direito à segurança tenha realização prática, bem como um direito a que as normas infraconstitucionais que estruturam o direito à segurança sejam implementadas de forma efetiva.

Nas situações em que a norma constitucional que estabelece um dever de proteção não apresenta determinabilidade suficiente para fazer nascer uma relação jurídica concreta entre o cidadão e o Estado, então, apesar de haver um dever de proteção (um dever estatal de maximizar a realização da norma jusfundamental), não haverá o correlativo direito subjetivo de proteção (em sentido estrito, de direito exigível judicialmente)⁴⁸. Já nas outras situações em que se pode verificar (i) uma determinabilidade suficiente do conteúdo da obrigação estatal e (ii) a determinabilidade de qual seria o *standard* mínimo de proteção aceitável (o qual não está sendo implementado pelo Estado), então haverá um direito, judicialmente exigível, à proteção policial, inclusive um direito à eventual restrição pela polícia do direito de terceiros⁴⁹.

poderá determinar a prática do ato e, ainda que não seja plenamente possível determinar seu conteúdo ante as peculiaridades da situação concreta, o juiz poderá estabelecer as balizas jurídico-constitucionais vinculativas nas quais o ato deverá ser praticado (referindo-se a mecanismo da “condenação à prática de um acto administrativo legalmente devido”, cf. legislação portuguesa, na CRP/1976, artigo 268.4 e CPTA, artigo 46.2.b e artigo 66 *et seq.*).

48 Novais, 2003:117-121; Sampaio, 2012:194-214. Daí porque Isensee, 1983:50, afirma que os direitos de proteção possuem um âmbito mais restrito que os deveres de proteção. Daí porque o dever de atuação policial deriva em primeiro nível da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e apenas em situações residuais de um direito subjetivo à intervenção policial. Nas demais situações não haverá propriamente um direito à segurança, mas um mero interesse jurídico, que não seria diretamente exigível pelo Estado. Exemplo: se o Estado fecha uma Delegacia de Polícia numa área de elevados índices de criminalidade, sem justificativa plausível para tanto, inclusive ofendendo outros critérios normativos de distribuição do efetivo policial, há uma omissão de prestar segurança pública que justifica o ajuizamento de ação civil pública para determinar a reinstalação de Delegacia no local; todavia, se o Estado apenas muda a delegacia de local dentro do mesmo bairro para um local mais afastado, ao argumento de proporcionar mais segurança aos policiais e ter mais espaço interno para as instalações, ainda que gerando certo transtorno aos moradores que terão que se deslocar mais para chegar à DP, tal alteração não chega a violar o direito à segurança, apesar de talvez deixar de maximizar a realização do dever de prestar segurança. Aparentemente Alvim, 2006:92, não distingue entre interesse jurídico e direito subjetivo no âmbito do direito à segurança, permitindo a tutela judicial de ambos.

49 Sobre a delicada definição desse *standard* mínimo de eficiência, afirma Novais, 2003:122, que deve ser “tidos em conta, para além da referida determinabilidade jurídica das prestações estatais devidas, também fatores como a relevância jusfundamental do bem lesado, a intensidade da violação ou da ameaça, a situação de desproteção ou carência fática em que se encontrem os particulares afetados ou,

O fato de a estrutura do direito à segurança (enquanto *soft Law*) ser substancialmente distinta da estrutura do direito fundamental de defesa (enquanto *hard Law*), não desnatura sua existência também enquanto direito⁵⁰. Na perspectiva do direito coletivo à segurança pública, a titularidade do direito é também coletiva. Isso significa que apenas é possível admitir a tutela desse direito coletivo no âmbito das ações coletivas, dentre as quais a ação civil pública e a ação popular são os instrumentos mais usuais, destinadas a coibir a violação do mínimo essencial para a existência do direito à segurança⁵¹.

3. Atuação do Ministério Público na concretização do direito fundamental à segurança pública

É possível identificar três áreas de atuação do Ministério Público na concretização do direito fundamental à segurança pública: (i) na promoção da persecução penal (acompanhamento das investigações e promoção da ação penal); (ii) na fiscalização das omissões dos poderes públicos em estruturar de forma adequada o serviço de segurança pública; e (iii) no exercício de uma fiscalização continuada sobre o padrão de atuação policial, derivado do poder de controle externo da atividade policial, destinado evitar padrões potencialmente arbitrários de policiamento, bem como para se assegurar uma atuação eficiente de proteção. Vejamos.

3.1 Promoção da persecução penal e o controle processual das investigações policiais

O direito fundamental à segurança pública realiza-se não apenas na atividade de prevenção criminal, mas também nas atividades de investigação criminal e de processamento criminal, que assumem a expressão de um direito fundamental a uma resposta justa do Estado nessas áreas, como uma das manifestações de um direito à proteção pelo Estado: a proteção penal. Não se pode esquecer que uma correta investigação de um fato, com a adoção das medidas de proteção das vítimas cabíveis, também é um importante instrumento de proteção de direitos fundamentais⁵². A concretização da

nos casos do dever de proteção estatal contra ameaças provindas de terceiros, as possibilidades efetivas de autodefesa”.

50 Fazendo essa distinção: Starck, 2000:63.

51 Ver sobre o tema: Euzébio, 2002; Santin, 2004:221-264.

52 Nesse sentido, o TEDH tem salientado que a eficiência da investigação criminal, no caso de homicídios, está exigida pelo artigo 2º da CEDH, que assegura a proteção ao direito à vida. Nesse sentido, ver *Labita vs. Itália* (6/4/2000) e *Kontrova vs. Eslováquia* (31/5/2007). Nesse último caso, foi feita a comunicação de notícia de ameaça no caso de violência doméstica, mas a polícia deixou de investigar adequadamente o caso, que acabou por evoluir para o homicídio pelo pai de dois filhos, tendo o TEDH considerado que houve violação ao referido princípio da convenção.

punição criminal é uma expressão do dever de proteção na medida em que realiza das finalidades da pena, sendo essa a prevenção geral (reforçar a vigência da norma, inculcar de forma generalizada o receio de violar a norma) e especial (reforçar para o infrator específico que a norma está em vigor, intimidar o infrator a não voltar a reincidir, fornecer condições ao infrator para se ressocializar e, de forma acidental, segregar o infrator do convívio social durante o período de cumprimento da pena)⁵³. A própria prisão preventiva apresenta-se com fundamento na proteção da ordem pública, ou seja, uma noção desvinculada da proteção de bens individuais, mas de acautelamento do meio social⁵⁴. Portanto, em última análise, a realização concreta do sistema penal é uma atividade preventiva do Estado em relação à proteção de bens jurídicos, bem como de proteção da vigência das normas necessárias à manutenção de uma ordem pública. Nessa linha, a eficiência da atividade de investigação criminal também desponta como concretização de dever de proteção de direitos fundamentais. Nas palavras de Valente, a investigação criminal eficiente é como uma “trave mestra” da segurança num Estado de Direito Democrático⁵⁵. Isso porque a eficiência da fase investigativa é essencial para a eficiência das fases restantes da persecução penal.

Nesse ponto, o Ministério Público assume posição de extrema relevância, na medida em que é responsável pelo acompanhamento obrigatório de todas as investigações criminais conduzidas pela Polícia. Essa atuação corresponde a uma projeção da titularidade exclusiva da ação penal já para a fase das investigações, na medida em que o controle externo da atividade policial tem por finalidade assegurar a “indisponibilidade da ação penal” (LC n. 75/1993, artigo 3º, “d”). O controle pelo Ministério Público do inquérito decorre da idéia de que o inquérito não é autoreferencial, ele possui uma finalidade específica: é um instrumento de averiguação da prática ou não de um crime, destinado a fundamentar uma decisão de promoção ou não da ação penal. Em outras palavras, o inquérito é um “procedimento para a acusação”⁵⁶. Frederico Marques já assinalava que, apesar de a polícia

53 Segundo J.F. Dias, 1999:87-136, a pena deve ter finalidade exclusivamente preventiva (não meramente retributiva), partindo da necessidade da prevenção geral positiva (restabelecimento da paz jurídica comunitária mediante a manutenção da confiança e das expectativas da comunidade na manutenção da vigência da norma violada) para chegar à prevenção especial (inocuidade, intimidação pessoal e oferta de condições de prevenção da reincidência), tendo ambas, como limite máximo (não fundamento) a culpabilidade.

54 Nesse sentido: STF, 2ª T., [HC 101.300](#), rel. Min. Ayres Britto, j. 5 out. 2010, DJE 18 nov. 2010.

55 Valente, 2009:102.

56 Mesquita, 2004:125-6. Essa visão de que o trabalho da polícia é destinado ao Ministério Público não é desconhecido da doutrina brasileira, conforme lição de Tourinho Filho, 2001:46: “o inquérito visa à apuração da existência de infração penal e à respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos que o autorizem a promovê-la”.

judiciária não estar subordinada hierárquica e administrativamente ao Ministério Público ou às autoridades judiciárias, “há relações funcionais no âmbito da justiça penal nas quais a autoridade policial se subordina ao Judiciário e ao Ministério Público, uma vez que à polícia incumbe preparar a ação penal, de que este último é o órgão competente para propô-la. Essa subordinação deriva dos vínculos que são criados na regulamentação do processo penal”⁵⁷.

Dessa forma, o controle das investigações pelo Ministério Público é uma garantia constitucional de eficiência da investigação, perspectivada como expressão do direito fundamental à segurança (proteção penal eficiente).

3.2 Atuação contra as omissões institucionalizadas de estruturação da atividade de segurança pública

No âmbito das omissões institucionalizadas dos poderes públicos em promover a segurança pública, o Ministério Público possui especial legitimidade para a promoção das ações para tutela de direitos coletivos e difusos, conforme preceitua o artigo 127, *caput*, e artigo 129, III, ambos da CRFB/1988 e artigo 1º, IV e artigo 5º, I, ambos da Lei n. 7.347/1985. As hipóteses de utilização desse expediente têm sido várias, especialmente contra⁵⁸:

[...] redução do quadro de agentes penitenciários no sistema prisional, fragilidade da ordem interna dos presídios, violação da integridade física e ameaça à vida dos presos e da população em geral, ineficiente ou insuficiente estrutura das unidades policiais e de perícia criminal, insuficiente efetivo policial, ausência de policiamento ostensivo em certas localidades e ações contrárias aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

O STF já teve oportunidade de ser chamado diversas vezes a manifestar-se sobre o tema, tendo reconhecido a existência de um direito fundamental coletivo à segurança pública, que admite proteção judicial. Conferir⁵⁹:

57 J.F. Marques, 1980:201-202.

58 CNPG, 2012:62. Ver ainda Santin, 2004:209.

59 STF, 2ª T., AgRg-RE 559.646, rel. Min. Ellen Gracie, j. 7 jun. 2011, DJE 24 jun. 2011. Todavia, a construção dos limites de até onde o Judiciário pode ir para estabelecer a efetivação desse direito à segurança nem sempre é clara; por exemplo, há vários precedentes monocráticos do STF no sentido de que não seria cabível ação civil pública para determinar a construção de uma cadeia pública, sendo admissível tão somente a determinação de desativação e remoção de presos; conferir: STF, RE 422.298/PR, rel. Min. Eros Grau, decisão monocrática, 29 jun. 2006, DJ 7 ago. 2006. Ver ainda outras decisões monocráticas nesse sentido: STF, RE 365.299, RE 403.806/PR, RE 401.758/GO, RE 650.085/SP. Aqui, o argumento central é que não caberia ao Judiciário escolher qual cadeia seria construída em predileção de outra, pois tal escolha seria uma questão política afeta ao Executivo.

O direito a segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.

Há ainda casos de ação civil pública para elevar o número de policiais lotados em determinada Delegacia de Polícia, quando constatada a insuficiência de policiais e uma desproporção gritante com a média nacional. Utilizou-se ação civil pública para determinar-se a reabertura de um posto da PRF em área de fronteira com elevados índices de tráfico de armas e drogas, na qual se realizou acordo judicial para o acolhimento do pedido⁶⁰.

E ainda para obrigar o Estado a realizar obras de conservação em cadeia pública, não condizentes com as determinações legais, determinando-se enquanto isso a desativação da cadeia pública e a remoção dos presos⁶¹.

O MPF tem-se ainda utilizado da ação civil pública para impugnar remoções *ex officio* de policiais federais para outras unidades federativas, realizadas sem fundamentação, que implicavam ou prejuízo ao erário (pelo pagamento desnecessário de diárias e ajuda de custo) ou representavam uma forma de retaliação velada contra o policial e sua família.

3.3 Fiscalização continuada sobre o padrão de atuação policial

O Ministério Público é constitucionalmente responsável pelo controle externo da atividade policial. Esse controle abrange, além da fiscalização processual de todas as investigações criminais conduzidas pela polícia (o que abrange tanto a fiscalização da legalidade de cada uma das diligências realizadas quanto o controle da direção das investigações, mediante requisições de diligências), também uma atuação de fiscalização continuada do padrão de atuação policial, que poderíamos chamar de controle de auditoria. Esse controle é destinado a identificar o padrão de atuação policial, de adequá-lo ao paradigma da legalidade (vedação de arbitrariedades) e de assegurar uma maximização de seus resultados (controle de eficiência).

A atividade de controle externo de auditoria realizada-se por um conjunto de ações de conhecimento do padrão da atividade policial. Podem

60 Justiça Federal, 1ª Vara Federal de Corumbá/MS, autos n. 0001331-42.2011.403.6004, audiência de 1 jun. 2012.

61 STJ, RMS 27.686/ES, rel. MIn. Nilson Naves, decisão monocrática, 25 fev. 2009, DJe 3 mar. 2009. Ver ainda precedentes estaduais: TJES, Cam. Crim. Reunidas, Processo 0004226-45.2006.8.08.0000 (100.06.004226-2, MS n. 194018, rel. Des. Adalberto Dias Tristão, j. 10 out. 2007. TJSC, 1ª Cam. Dir. Público, AI n. 2011.024943-1, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 4 out. 2011.

derivar de informações identificadas em inquéritos policiais em tramitação, quando se verifica que há um padrão de atuação irregular reiterado. Também pode derivar de reclamações formuladas por particulares contra a atuação policial, hipótese em que, mesmo que não se comprove no caso concreto um desvio policial (diante da dificuldade inerente à comprovação desse desvio), já se indiquem áreas de possível risco à ocorrência de desvios que justifiquem medidas profiláticas de prevenção. Finalmente, pode originar-se de uma atividade autônoma do Ministério Público de inspeção do padrão de atuação policial, consistente em visitas de inspeção periódicas (artigo 8º, V e artigo 9º, I e II, ambos da LC n. 75/1993, e disciplinados na Resolução n. 20/2007, do CNMP, artigo 4º), mediante investigações autônomas decorrentes de notícias de irregularidades concretas, sendo então permitido ao Ministério Público o acesso aos documentos ligados à atividade fim policial (artigo 9º, II, da LC n. 75/1993). Dentre atividades usuais dessa fiscalização está o controle das ocorrências policiais que não geram instauração de IP, o controle da destinação de armas, veículos, drogas e outros objetos apreendidos. Ou de forma mais ampla, uma análise crítica do padrão de atuação policial, expedindo-se as recomendações necessárias para se prevenir a ocorrência de desvios (cf. artigo 6º, XX, da LC n. 75/1993)⁶².

O artigo 5º, II, da Res. n. 20/2007 do CNMP explicita quais documentos consideram-se incluídos no conceito de atividade-fim policial. Nesse sentido, há precedente do STJ entendendo que as seguintes informações da polícia estão relacionadas com sua atividade fim e podem ser requisitadas pelo Ministério Público⁶³:

(I) relação de servidores e contratados em exercício na unidade, com especificação daqueles atualmente afastados (em missão, reforço, operação, entre outros); (II) relação de coletes balísticos da unidade, discriminando-se os vencidos e os dentro do prazo de validade; (III) pasta com ordens de missão policial (OMP) expedidas nos últimos 12 (doze) meses; e (IV) livros relacionados a sindicâncias e procedimentos disciplinares realizados nos últimos 12 (doze) meses.

O acessos pelo Ministério Público às informações decorrentes de boletins de ocorrência registrados, mas que não geraram instauração de IP, é essencial para se alterar o atual paradigma de omissão sistemática de investigações. Segundo estudo do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP), no período de 1991 a 1997 no

62 CNPG, 2012 (Anexo 1F, item 1).

63 STJ, REsp 1.365.910/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. 29 abr. 2013, DJe 05 maio 2013, decisão monocrática. O STJ entendeu que as informações indicadas estão incluídas no poder de requisição do Ministério Público no âmbito do controle externo da atividade policial, pois estão relacionadas à atividade fim da polícia, e que não seria possível resolução do Conselho Superior da Polícia Federal limitar seu acesso pelo Ministério Público Federal.

município de São Paulo, apenas 5,48% das ocorrências policiais geraram instauração de inquérito⁶⁴. A pesquisa conclui que há um baixíssimo nível de investigação de crimes, mesmo de crimes violentos, quando de plano não se conhece a autoria do delito, quando na verdade o desconhecimento da autoria não deveria ser um empecilho à instauração do IP⁶⁵.

Claramente o acesso aos boletins de ocorrência policial estão inseridos no conceito de documentos relacionados à atividade fim da polícia (atividade de investigação criminal), nos termos do artigo 9º, II, da LC n. 75/1993, o qual deve ser interpretado em conjunto com a possibilidade de o Ministério Público requisitar documentos de autoridades da Administração Pública (cf. artigo 8º, II), ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público (cf. artigo 8º, VIII), e da inoponibilidade de sigilo ao Ministério Público (cf. artigo 8º, § 2º, todos da LC n. 75/1993).

O resultado da atividade de auditoria da atividade policial pelo Ministério Público para o seu aperfeiçoamento exerce-se fundamentalmente através das requisições de diligências (que podem ser requisições genéricas para fatos ainda por se realizar), pela expedição de recomendações de aperfeiçoamento dos serviços públicos, e em ações judiciais. O Ministério Público, enquanto órgão de controle externo da atividade policial e, de forma mais ampla, como fiscal da ordem jurídica, possui um dever constitucional de assegurar a mudança do padrão de atuação da atividade policial para que esta se aproxime progressivamente do paradigma constitucional, de eficiência, legalidade e respeito aos direitos fundamentais. Na opinião de Walker, “de todas as atividades que uma agência de controle externo da atividade policial pode realizar, a revisão das diretrizes de atuação policial é uma das mais férteis para se produzir mudanças organizacionais e, portanto, alcançar-se avanços duradouros na atividade policial”⁶⁶.

Para que seja relevante, essa atividade de auditoria deve realizar o acompanhamento prolongado da efetiva implementação das recomendações expedidas, acompanhando o processo de reforma de padrões de atuação,

64 A pesquisa “Estudo da impunidade penal” ainda está em andamento (cf. www.nevusp.org), mas o resultado preliminar relativo à não instauração de IPs já está disponível em artigo dos coordenadores da pesquisa, em Adorno e Pasinato, 2008.

65 Conferir em Adorno e Pasinato, 2008: “O resultado mais surpreendente, até o momento, foi constatar a baixa disposição da agência policial em investigar crimes de autoria desconhecida. A autoria desconhecida está presente na maior parte das ocorrências: são 93,3% dos crimes violentos e 94,93% dos crimes não violentos. A princípio, a inexistência de informações sobre o autor do delito não deveria dissuadir os agentes policiais em suas tarefas de localizar e identificar responsáveis, como aliás recomenda o Código de Processo Penal. Contudo, a análise dos boletins de ocorrência que se converteram em inquéritos policiais sugere que a investigação de crimes de autoria desconhecida constitui exceção na atividade policial”.

66 Walker, 2001:93.

indicando eventuais falhas e apontando as possíveis medidas de correções das falhas verificadas. Sem a capacidade e o efetivo exercício do poder de acompanhamento das recomendações, a atividade de auditoria seria estéril. E acompanhar a implementação das recomendações abrange esclarecer se elas foram implementadas, ou seja, prosseguir na investigação dos eventuais desvios decorrentes da sua não implementação, especialmente no âmbito de um Inquérito Civil Público⁶⁷. Caso não haja cumprimento das recomendações, o Ministério Público deve providenciar a responsabilização cabível ou o ajuizamento da ação civil pública pertinente, sob pena de esvaziamento desse instituto processual. Assim, uma importante ferramenta de atuação do Ministério Público no controle externo da atividade policial é o uso da ação de improbidade administrativa por desvio policial.

No Rio Grande do Sul, há precedente no sentido de admitir-se a condenação de Chefe de Delegacia de Polícia, pelo fato de impedir a realização de visita de controle externo da atividade policial a Delegacia de Polícia, bem como de recusar-se a exibir ao Ministério Público o livro de registro de ocorrências criminais, ao argumento de que o tema deveria ser objeto exclusivamente de controle interno. A ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público foi julgada procedente, condenando-se o Chefe da Delegacia de Polícia nas sanções do artigo 11, *caput* e inciso II, da Lei n. 8.429/1992 (“omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições” e “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”). Nessa mesma ação, o Chefe de Polícia da PC/RS foi condenado por improbidade administrativa, pelo fato de ter-lhe sido requisitada a apuração da infração funcional do Delegado Chefe da Delegacia, bem como que assegurasse o exercício do controle externo da atividade policial, mas ele sistematicamente não respondeu às requisições do Ministério Público, pelo que também se fez incurso nas mesmas sanções.

67 O Ministério Público Militar tem tido algumas experiências interessantes no âmbito da atividade de auditoria do padrão de atuação policial (pelas forças armadas) e na expedição de recomendações para o seu aprimoramento. Assim, por exemplo, a o Ofício n. 204/2011 da Procuradora-Geral da Justiça Militar expede recomendação para normatizar o treinamento de tropas especiais, considerando o risco de letalidade no curso do treinamento, e para criar procedimentos específicos para evitar o eventual resultado letal durante o curso; o Ofício n. 125/2008-PGJM, recomenda regras sobre uso de algemas e direitos do preso; o Ofício n. 359/2008-PGJM, sobre o prazo de 5 dias para a tramitação do IPM da unidade de investigação ao Ministério Público; Ofício n. 152/2011-PGJM, sobre as condições da apreensão de menores por ato infracional (especialmente a impossibilidade de dilação entre a apreensão e o encaminhamento à DP); Ofício n. 113/2008-PJM/PE, sobre a preservação de local de crime; Recomendação n. 01/2005-PJM/RS, estabelece a obrigatoriedade de imediata comunicação ao MPM local sobre a instauração de IPM; Ofício n. 324/2006-PJM/PE, sobre a obrigatoriedade de instauração de IPM, e não apenas procedimento administrativo, quando houver eventual dúvida quanto à configuração criminal de um ilícito praticado por policial (ou, no caso, integrante das forças armadas), bem como quanto à obrigatoriedade de cumprimento integral das requisições de diligências feitas pelo MP; e Recomendação n. 02/2010-PJM/MG, sobre cuidados no acautelamento de armas e reforço no treinamento específico para seu manuseio, dentre outras recomendações. Em sentido semelhante, em Portugal, prevendo que toda atividade de inspeção e auditoria da atividade policial deve gerar ao final uma recomendação de aperfeiçoamento da atividade, ver o artigo 15.4 do DL n. 276/2007 (Regime jurídico da atividade de inspeção, auditoria e fiscalização dos serviços da administração direta e indireta do Estado).

Por sua relevância, conferir o precedente⁶⁸:

[...]

2. O ato de improbidade a ensejar a aplicação da Lei nº 8.429/92 não pode ser identificado tão-somente com o ato ilegal. A incidência das sanções previstas na lei carece de um *plus*, traduzido no evidente propósito de auferir vantagem, causando dano ao erário, pela prática de ato desonesto ou ilícito, dissociado da moralidade e dos deveres de boa administração, lealdade e boa-fé.

3. Na hipótese dos autos restou comprovada diante da farta prova documental, a prática de atos de improbidade pelos réus enquanto no exercício dos cargos públicos de Delegado titular da Delegacia de Polícia de Homicídios de Trânsito e Delegado Chefe de Polícia. Atos comissivos de embaraçar, obstruir e impedir que membros do Ministério Público realizassem atos de controle externo da atividade policial previstos na Constituição Federal e Constituição Estadual, bem como na LC nº 75/93, Lei nº 8.625/93 e LC nº 11578/01. Ato omissivo para apuração de irregularidades após a requisição pelo Ministério Público. Descumprimento do dever de assegurar o cumprimento fiel da lei. Penalidades dispostas no artigo 12, III da Lei nº 8.429/92 que se aplicam.

4. Sentença de parcial procedência mantida.

Também se tem admitido o uso de ação civil pública para a declaração de ilegalidade de Portaria Normativa da Polícia Civil, que extrapola os limites da disciplina legal, especificamente que reduz a amplitude da possibilidade de exercício do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, impedindo-o de ter acesso às ocorrências policiais⁶⁹. Nesse caso, é interessante observar a impossibilidade de o órgão controlado ditar os limites de seu controlador, ao arrepio das normas legais vigentes, entendendo-se que se houver eventualmente alguma arbitrariedade, ela deve ser impugnada individualmente por mandado de segurança, não sendo possível se obstar em abstrato o acesso de documentos policiais pelo Ministério Público⁷⁰. No caso referido, também se entendeu que o Chefe de Polícia que editou a Portaria ilegal destinada a restringir o exercício do controle externo da atividade policial deveria responder por ação civil

68 TJRS, 3ª Cam. Cível, Apelação Cível n. 70042253286/2011, rel. p/ ac. Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, j. 20 out. 2011.

69 Afastou a preliminar de inadmissibilidade de uso da ação civil pública para a impugnação: TJRS, 1ª Cam. Cível, Apelação Cível n. 70033020256, rel. Des. Jorge Maraschin dos Santos, j. 30 jun. 2010. Nesse caso, afastou-se a possibilidade de impugnação via ação direta de inconstitucionalidade, pois a portaria que regulamenta a atividade policial não possui independência jurídica, mas é uma norma secundária, a depender de disposição prevista em norma primária (lei) como elemento de fundamentação, sem a qual é destituída de validade, e a ofensa a preceitos de lei não dá ensejo à ADIN (ver STF, Pleno, ADI 2489 AgR, rel. Min. Carlos Velloso, j. 10 set. 2003, DJ 10 out. 2003, p. 21). Posteriormente a ação foi julgada procedente pelo juízo de primeira instância.

70 Nesse sentido: TJRS, 4ª Cam. Cível, Apelação Cível n. 70003919180, rel. Des. Araken de Assis, j. 12 jun. 2002.

pública por improbidade administrativa⁷¹. Poderá ainda configurar o crime de sonegação de documento público (CP, artigo 314). A negativa arbitrária de acesso a documentos policiais, dentre os quais o acesso ao registro das ocorrências, é passível de mandado de segurança para ter acesso às informações⁷².

Finalmente, uma última forma de fiscalização do padrão da atuação policial reside na responsabilização pelo eventual desvio. Ela possui um papel central na comunicação de que o desvio policial não é aceito e que os cidadãos podem continuar confiantes na lisura da atuação policial. Para essa responsabilização, o Ministério Público poderá utilizar-se tanto da sanção penal para os diversos desvios policiais (desde um pequeno abuso de autoridade, até envolvimento mais sérios na criminalidade organizada por policiais), bem como da ação de improbidade administrativa.

4. Considerações finais

O reconhecimento da segurança pública como um direito fundamental reconduz o exercício da atividade policial a ser perspectivada como um serviço público prestado pelo Estado para o cumprir sua obrigação constitucional

71 Nesse sentido, conferir precedente do TJRS: “3. Na hipótese dos autos restou comprovada diante da farta prova documental, a prática de atos de improbidade pelos réus enquanto no exercício dos cargos públicos de Delegado titular da Delegacia de Polícia de Homicídios de Trânsito e Delegado Chefe de Polícia. Atos comissivos de embaraçar, obstruir e impedir que membros do Ministério Público realizassem atos de controle externo da atividade policial previstos na Constituição Federal e Constituição Estadual, bem como na LC nº 75/93, Lei nº 8.625/93 e LC nº 11578/01. Ato omissivo para apuração de irregularidades após a requisição pelo Ministério Público. Descumprimento do dever de assegurar o cumprimento fiel da lei. Penalidades dispostas no artigo 12, III da Lei nº 8.429/92 que se aplicam. 4. Sentença de parcial procedência mantida”; TJRS, 3ª Cam. Cível, Apelação Cível n. 70042253286/2011, rel. p/ ac. Des. Nelson Antônio Monteiro Pacheco, j. 20 out. 2011. No mesmo sentido é o precedente: TJRS, 2ª Cam. Cível, Apelação Cível n. 70042394650, rel. Des. Pedro Luiz Rodrigues Bossle, j. 22 jun. 2011.

72 Conferir precedente do TJRS: “MINISTÉRIO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE EXTERNO. ATIVIDADE POLICIAL. DOCUMENTOS. ACESSO. PORTARIA. CHEFE DE POLÍCIA. 1. No exercício da função de controle externo da atividade policial, é assegurado ao Ministério Público o acesso a quaisquer documentos, informatizados ou não, relativos à atividade de polícia judiciária civil e militar e que digam respeito à persecução criminal. Artigo 129, inciso VII, da CR. Atividade regulamentada pelo Provimento nº 08/2001 do Procurador-Geral da Justiça e pela Resolução nº 20 do CNMP. 2. Não tem o Chefe da Polícia Civil competência para disciplinar o controle externo do Ministério Público e excluir do acesso documentos relacionados à atividade-fim do Órgão. 3. Firmada a petição inicial do mandado de segurança por Promotor de Justiça que atua no controle externo da atividade policial na Capital, os efeitos da decisão concessiva da liminar estão restritos aos agentes do Ministério Público integrantes do Grupo designados pelo Procurador-Geral. Recurso provido em parte”. TJRS, 22ª Cam. Cível, AI n. 70023281181, rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 6 mar. 2008. Ver ainda precedente do TJSP: “[É] visível a relação de coordenação, pois o Ministério Público também era recipiendário da supracitada atividade de polícia judiciária. Daí, o poder correicional que, naquela situação, não era hierárquico, interno ou de subordinação. Vale lembrar que a atividade correicional, prevista na Constituição da República, volta-se ao aperfeiçoamento dos serviços auxiliares. [...] Portanto, da função de auxílio nasce a relação de coordenação e a decorrente função correicional extraordinária (a ordinária é realizada pela própria Administração, ou seja, deriva do poder hierárquico). Em síntese, voltando ao caso em exame, a atividade de examinar livros de registros de atos de polícia judiciária era legítima, equivocando-se a autoridade policial em confundir-la com o controle interno”; TJSP, 6ª Cam. Crim., RSE n. 238.929-3/1, rel. Des. Fanganiello Maierovich, j. 16 out. 1997. Ver ainda comentários em Mazzilli, 2008:142 e Santin, 2007:85.

jusfundamental de proteger os cidadãos. Assim, o cidadão tem direito que o Estado promova políticas criminais minimamente eficientes de prevenção de crimes, uma atividade de policiamento ostensivo minimamente eficiente para evitar a prática de crimes e assegurar a confiança dos cidadãos na estabilidade das relações. Da mesma forma, ocorrendo a prática de um delito, tanto a vítima quanto a coletividade possuem o direito que o Estado seja minimamente eficiente no esclarecimento da autoria e materialidade desse crime e que assegurem que o autor desse crime seja responsabilizado.

O Ministério Público possui um papel decisivo na efetividade desse sistema de proteção de direitos fundamentais, seja através da promoção da persecução penal, nela incluindo-se o acompanhamento obrigatório das investigações policiais, seja atuando contra a grave omissão na prestação da segurança pública, seja ainda com uma atividade continuada de fiscalização do padrão de atuação policial, no exercício do controle externo da atividade policial.

A segurança pública no Estado de Direito realiza-se no difícil equilíbrio entre eficiência e contenção de possíveis arbitrariedades. A realidade brasileira indica uma grave dissociação entre o paradigma constitucional e a realidade, com áreas socialmente marginalizadas dominadas pela criminalidade, com manifestações de truculência policial no enfrentamento ao crime e ainda com omissões graves na investigação criminal. O Ministério Público tem responsabilidade pela alteração desse paradigma. Afinal, a estrutura constitucional de 1988 alçou o Ministério Público em um verdadeiro “agente de transformações sociais”. Resta o desafio ministerial de não frustrar tão elevadas expectativas.

Referências bibliográficas

ADORNO, Sérgio; PASINATO, Wânia. “Crime, violência e impunidade”. In: *Revista eletrônica de jornalismo científico*, n. 98, 10 maio 2008. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/comciencia/?section=8&edicao=35&id=420&tipo=1>>. Acesso em: 24 ago. 2010.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do código de processo penal*. 3ª ed. Lisboa: Universidade Católica Ed., 2009.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1. ed., 3. reimpr. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Direito à segurança e dever de segurança: ação civil pública como instrumento de defesa da cidadania*. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, n. 77, p. 85-98, maio-jun. 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BENDA, Ernst. *El Estado Social de Derecho*. In: idem et. al. (Orgs.). *Manual de derecho constitucional*. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 2001, p. 487-559.

CANAS, Vitalino. *A actividade de polícia e a actividade policial como actividades limitadoras de comportamentos e de posições jurídicas subjectivas*. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. v. II. Coimbra: Coimbra, 2011.

CASTRO, Catarina Sarmento e. *A questão das polícias municipais*. Coimbra: Coimbra, 2003.

CNPG (Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais). *Manual nacional do controle externo da atividade policial*. 2ª ed. Brasília: CNPG, 2012. Disponível em: <<http://p-webo1.mp.rj.gov.br/Arquivos/manual.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2012.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Medidas de polícia e legalidade administrativa*. In: *Revista Polícia Portuguesa*, n. 87, maio/jun. 1994, p. 2-7.

DENNINGER, Erhard. *Democracia militante y defensa de la Constitución*. In: BENDA, Ernst et. al. (Orgs.). *Manual de derecho constitucional*. 2ª ed. Madri: Marcial Pons, 2001, p. 445-485.

DENNINGER, Erhard. *Segurança, diversidade e solidariedade ao invés de liberdade, igualdade e fraternidade*. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte: UFMG, n. 88, dez. 2003, p. 21-46.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Fundamento, sentido e finalidades da pena criminal*. In: Idem. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 87-136.

EUZÉBIO, Silvio Roberto Matos. *Ação civil pública para implementação de política de segurança pública*. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16507>>. Acesso em: 7 set. 2011.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRER, Flávia. *O direito à segurança*. In: *Revista do Ministério Público*, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 26, p. 109-125, jul.-dez. 2007.

FRANKENBERG, Günter. *Crítica al derecho a combatir: tesis acerca del paso de la defensa contra el peligro a la prevención de la criminalidad*. In: *Anuario de Derechos Humanos – Nueva Época*, v. 7,.t. 1, 2006, p. 371-386.

GRIMM, Dieter. *Constitutional observations on the subject of prevention*. In: ALBRECHT, Peter-Alexis; BACKES, Otto. *Crime prevention and intervention: legal and ethical problems*. Berlim: Walter de Gruyter, 1989, p. 13-28.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madri: Dykinson, 2003.

HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. In: VVAA. *Manual de derecho constitucional*. Trad. Antonio López Pina. Madri: Marcial Pons, 1996.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martins Claret, 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ISENSEE, Josef. *Das Grundrecht auf Sicherheit: Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaats*. Berlim: Waler de Gruyter, 1983.

KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Klostermann: Frankfurt am Main, 1985.

LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de direito administrativo*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 1999.

LISKEN, Hans. *Rechtsschutz*. In: LISKEN, Hans; DENNINGER, Erhard. *Handbuch des Polizeirechts*. Munique: C.H.Beck, 1992.

LOADER, Ian; WALKER, Neil. *Civilizing security*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

LOCKE, John. *Dois tratados do governo civil*. Lisboa: Ed. 70, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1980.

MESQUITA, Paulo Dá. *Nótula sobre o procedimento para acusação*. In: *Revista do CEJ*, n. 1, 2º sem. 2004, p. 125-149.

MÖSTL, Markus. *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*. Tubingem: Mohr Sibeck, 2002.

MURSWIEK, Dietrich. *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik: Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung*. Berlim: Duncker & Humblot, 1985.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. 5ª ed. Madri: Marcial Pons, 1998.
- ROBBERS, Gerhard. *Sicherheit als Menschenrecht: Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion*. Baden-Baden: Nomos, 1987.
- SAMPAIO, Jorge Silva. *O dever de protecção policial de direitos, liberdade e garantias*. Coimbra: Coimbra, 2012.
- SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: RT, 2004.
- SANTOS, Altamiro J. dos. *Direito de segurança pública e legítima defesa social*. São Paulo : LTr, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo: RT, n. 47, p. 60-122, mar.-abr. 2004.
- SHUE, Henry. *Basic rights: subsistence, affluence, and U.S. foreign policy*. Princetown (NJ): Princetown University Press, 1980.
- SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.
- SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*. Universidade Católica Ed.: Lisboa, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Almedina: Coimbra, 2003.
- SOARES, Luis Eduardo. *Meu casaco de general: quinhentos dias no front da segurança pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Cia das Letras, 2000.
- STARCK, Christian. *State duties of protection of fundamental rights*. In: *PER*, n. 1, v. 3, 2000, p. 21-75.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria geral do direito policial*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2013: homicídios e juventude no Brasil*. Rio de Janeiro: CEBELA, 2013. Disponível em: <http://mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_homicidios_juventude.pdf>. Acesso em: 22 jul 2013.

WALDRON, Jeremy. *Torture, terror and trade-offs: philosophy for the White House*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

WALKER, Samuel. *Police accountability: the role of citizen oversight*. Belmont: Wadsworth Thomson Learning, 2001.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UMA ABORDAGEM À LUZ DA PRIORIDADE ABSOLUTA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Fausto Faustino de França Júnior¹

Wilmar Carlos de Paiva Leite Filho²

Resumo: Aborda-se neste artigo o tema do estupro de vulnerável, que é sucessor normativo do chamado estupro por violência presumida, especificamente no ponto em que trata da vulnerabilidade pela idade da vítima, inferior a 14 anos, conforme alterações promovidas pela Lei 12.015/2009, buscando-se a fixação de marcos hermenêuticos que partam do princípio constitucional da prioridade absoluta da infância e juventude, da tutela coletiva para a prevenção da pedofilia e da violência sexual. Defende-se ainda a necessidade de uma visão à luz da doutrina da efetividade das normas constitucionais e da proibição da insuficiência, com o desiderato de transformação do quadro, ainda fortemente presente, de impunidade e de tolerância cultural a esse tipo de violência contra nossas crianças e adolescentes, abordando-se também o tema do erro de tipo.

Abstract: Discusses in this article the subject of rape of vulnerable, which is the legal successor called rape presumed violence, specifically at the point of vulnerability is the age of the victim, under 14 years, as changes introduced by Law 12.015/2009, seeking the establishment of landmarks hermeneutical departing from constitutional principle of priority of childhood and youth, collective protection for the prevention of child abuse and sexual violence. Defends the need for a vision in the light of the doctrine of the effectiveness of constitutional norms, with the wish for transformation of the still strongly

¹ Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Norte, titular da Promotoria de Justiça da Comarca de Jucurutu/RN.

² Promotor de Justiça Substituto do Estado do Rio Grande do Norte, em exercício na 2.^a Promotoria de Justiça da Comarca de Macau/RN.

present, impunity and cultural tolerance to this type of violence against our children and adolescents, addressing also the theme of the error type.

Introdução

1. Análise histórica

1.1 A cultura de pedofilia

É fato que o Brasil tem um passado opróbrio no que se refere à exploração sexual das crianças e adolescentes, de longa data.

O regime de escravidão do Brasil colônia tinha a faceta cruel de submissão da infância e da juventude do nosso país a esse tipo de exploração, fazendo de crianças ou adolescentes desde a primeira menstruação, quando não antes, objeto da concupiscência de senhores de engenho ou comerciantes do tráfico negreiro, dentre outros, gerando marcas profundas, inclusive na cultura e pré-compreensão (ou “pré-conceitos”), parindo uma carga psicológica, ainda que subliminar, presente na sociedade brasileira.

Em “Casa Grande e Senzala”, de 1933, o clássico de Gilberto Freyre, vê-se uma das leituras fundamentais na tentativa de explicar a gênese da tolerância que parte da sociedade ainda possui à exploração sexual de meninos e meninas.

Essa exploração também tinha fomento a partir do próprio seio familiar, eis que as crianças e adolescentes eram tratados não raras vezes como objetos, fazendo parte dos negócios privados da família. Neste sentido relata Freyre³: *“Aí vinha colhê-las verdes o casamento: aos treze e aos quinze anos. Não havia tempo para explodirem em tão franzinos corpos de menina grandes paixões lúbricas. (...) Abafadas sob as carícias de maridos dez, quinze, vinte anos mais velhos; e muitas vezes inteiramente desconhecidos das noivas. Maridos da escolha ou da conveniência exclusiva dos pais. Bacharéis de bigodes lustrosos de brilhantina, rubi no dedo, possibilidades políticas. Negociantes portugueses redondos e grossos; suíças enormes; grandes brilhantes no peitilho da camisa, nos punhos e nos dedos. Oficiais. Médicos. Senhores de engenho.”*

É bem verdade que a própria evolução da sociedade, com novos tratos sociais, não mais pauta as famílias para casamentos de filhos menores como parte de arranjos comerciantes ou políticos entre famílias, que não são mais usuais, ao menos não em larga escala.

³ Global editora, 51.^a edição, pág. 423.

Em belo trabalho sobre o tema, a socióloga Maria Cecília de Souza Minayo⁴ leciona de forma mais profunda:

A violência contra criança e adolescente, no transcorrer da civilização, além do caráter arbitrário dos pais de decidirem sobre sua vida, sempre esteve muito vinculada ao processo educativo. Ela tem sido considerada, em todos os tempos, como um instrumento de socialização e portanto, como resposta automática a desobediências e rebeldias. Uma lei hebraica do período 1250-1225 a.C. dizia que, caso os filhos não dessem ouvidos aos conselhos paternos, cabia aos anciãos, puni-los, expondo-os a serem apedrejados ou mortos.⁵ Os primeiros anos da era cristã suavizaram o rigor do Antigo Testamento, sem contudo aboli-lo, como o mostra Mc Laughin (1982: 121)⁶ ‘... pegar com vara de vime, suave e flexível ou então puxar pelos cabelos. Às crianças nunca se deve castigar com pontapés, nem com punho ou palma da mão aberta, nem de nenhuma outra forma’. A violência maior, porém, a sociedade sempre reservou para as crianças abandonadas por seus pais. Badinter (1985: 58)⁷ menciona a descrição que faz Chamousett, em 1756, de 12 mil crianças abandonadas em Paris: ‘... morrem como moscas, sem nenhum lucro para o Estado. Pior ainda, representam um ônus para a nação, obrigada a mantê-las até que morram’. Idealizando uma função militar para essas crianças, Chamousett, citado por Badinter, (1985:58) diz que ... ‘filhos de pais sem apoio algum, além do que um sábio governo lhe proporciona, elas não têm a que se apegar e nada a perder’. Em “Os Miseráveis”, Victor Hugo diz que se notava no Boulevard do Templo e vizinhanças do Chateau d’Eau, um rapazinho de onze a doze anos, que com o riso de sua idade nos lábios, possuía um coração completamente escuro e vazio. Todavia o rapazinho tinha pai e mãe. Mas o pai não queria saber dele e a mãe não lhe tinha amizade. Era uma dessas crianças dignas de lástima, entre todas as que têm pai e mãe e são órfãs. Em parte alguma o rapazinho se sentia tão bem como na rua. Os pais arremessaram-no à vida com um pontapé.

Embora muito se tenha caminhado na sociedade ocidental, do ponto de vista ideológico, há estudiosos que divergem da idéia de que sejamos hoje mais respeitosos com as crianças do que nos séculos passados. Em seu belo e extenso trabalho, Guerra comenta que, se no transcurso da história, as sociedades praticavam o infanticídio, os espancamentos, e os incestos, se muitos estados, no passado, sacrificaram e mutilaram suas crianças para aliviar a culpa dos adultos; em nossa época, tão ciosa de sua própria racionalidade, continuamos matando e mutilando crianças e as submetendo à fome.

4 MINAYO, MARIA CECILIA DE SOUZA. “Violência contra crianças e adolescentes: questão social, questão de saúde”. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292001000200002&lng=pt&nrm=iso&tlng=en. Acesso em 21/07/2013.

5 Nota do texto: “8. Bíblia. AT. Antigo Testamento. Deuterônimo, cap. 6, vers. 18-21”

6 Nota do texto: “9. Mc Laughin MM. Supervivientes y substitutos: hyjos y padres del siglo IX al siglo XIII. In: De Mause L., organizador. História de la infancia. Madrid: Alianza; 1982. p.121-205.”

7 Nota do texto: “10. Badinter E. Um amor conquistado: o mito do amor materno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira; 1985.”

8 Nota do texto: “11. Hugo V. Os miseráveis. Rio de Janeiro: Ediouro; 1970.”

9 Nota do texto: “2. Guerra VN. A. Violência física doméstica contra crianças e adolescentes e a imprensa: do silêncio à comunicação [tese doutorado]. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica; 1996.”

Ariès¹⁰ recupera a compreensão do fenômeno da violência desde a época medieval, sustenta que a criança na sociedade tradicional era mais feliz, misturava-se a seu meio social e aos adultos; diluindo-se assim, contra ela, a pressão e a opressão da família. A invenção da condição especial de “criança” foi, segundo o autor, fator fundamental para seu confinamento e para a atribuição de castigos severos como meio de educação. E Guerra comenta que os terapeutas familiares hoje descobriram que, no caso específico do espaço doméstico, a violência contra as crianças tem por objetivo manter as famílias unidas, enquanto um meio de solução dos problemas emocionais dessa pequena comunidade. Da mesma forma, continua a autora, essa violência tem sido um meio efetivo de manter a homeostase emocional coletiva.

E em boa hora o tema ganhou preocupação e status constitucional, como um reforço jurídico para banimento de práticas de exploração sexual de crianças e adolescentes na sociedade brasileira.

Essa preocupação foi plasmada no artigo 227, § 4º da Constituição Federal ao estabelecer: “*A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.*” No plano infraconstitucional a legislação já previa a previsão de violência presumida no crime sexual contra menores de 14 (quatorze) anos, dentre outras situações, ainda que houvesse consentimento da vítima ou de seu representante legal, tendo a Lei n.º 12.015/09 dissipado dúvidas a respeito dessa presunção, tratado o tema a partir de perspectiva do conceito de vulnerabilidade, no que majorou a proteção integral, como se detalhará adiante.

A hora é dos intérpretes e aplicadores da Lei fazerem a sua parte, tratando com o rigor expressamente determinado pela Constituição o trato do assunto.

1.2 A legislação penal brasileira e as “brechas” normativas: o relativismo jurídico

A garantia constitucional da legalidade (artigo 5.º, II, da CF) além de retratar um direito individual, tem o seu prisma de garantia da sociedade, pois o integral respeito às *rules of games* são a base da própria ideia de democracia, que deve se guiar pela igualdade de todos perante a Lei, ideia essa quebrada quando se notam aplicações díspares a casos idênticos.

Regra e exceção são parte da rotina do estudo do Direito, fruto da construção e do embate de forças no processo legislativo.

E a presença de conceitos abertos (ou indeterminados) no ordenamento jurídico são rotineiros e por vezes necessários, tais como

10 Nota do texto: “12. Ariès P. História social da criança e da família. Rio de Janeiro: Zahar; 1978.”

“*ordem pública*” (do Processo Penal – requisito da prisão preventiva – artigo 312 do Código de Processo Penal), “*verossimilhança da alegação*” (do Processo Civil – requisito da tutela antecipada – artigo 273 do Código de Processo Civil), “*relevância e urgência*” (do Direito Constitucional – medidas provisórias – artigo 62 da Constituição Federal), “*relevante valor social ou moral*” (do Direito Penal – homicídio privilegiado – artigo 121, §1.º do Código Penal), entre inúmeras outras.

Na realidade, a norma jurídica não tem como ser concreta, criada para o caso específico. Abstração, como se estuda desde a disciplina de Introdução ao Estudo do Direito, ao lado da coercibilidade, é um dos caracteres do Direito, que não é uma ciência exata.

Ao Juiz é que caberá fazer a subsunção do fato à norma. Toda norma terá seara aberta à interpretação, porque se assim não for não será norma, será decisão ou sentença, que é a norma aplicada ao caso concreto.

Agora, o problema aqui reside em uma só palavra: o Excesso, através de interpretações que visam criar “brechas” providenciais, esvaziando o comando cogente de normas. Aliás, essa palavra – Excesso – em todos os campos do Direito e das relações humanas ocupa o centro das discussões, muitas vezes, de forma imperceptível. Esse excesso pode vir na própria gênese da legislação ou na aplicação pelo intérprete.

Como se vê, a preocupação com o relativismo e a interpretação subjetiva da Lei, com caminhos dúcteis, plásticos, onde “*tudo pode ser nada e nada pode ser tudo*”, é absolutamente legítima. Já se disse que há quem estude o Direito para compreender o sistema jurídico, mas que há também quem o estude voltado para explorar “brechas”.

O sistema jurídico adotado no Brasil, quer se goste, quer não, é *civil law* e se rege por normas positivadas. O debate ora exposto, como um todo, entretanto, é antigo. As discussões entre jusnaturalistas *versus* positivistas são do século XIX, remontando raízes ainda mais remotas.

A evolução do estudo do tema passa pelas ontológicas disputas acadêmicas do século XX, tal como aquela travada entre os pensamentos de Carl Schmidt em sua Teologia Política e, em outro bordo, a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

Mais hodiernamente, o tema continua profícuo e tem sido objeto de debates acadêmicos dos mais acalourados, sobretudo entre as correntes chamadas fundamentalistas *versus* relativistas ou, noutras nomenclaturas, entre ativistas *versus* contencionistas, ou normativistas *versus* realistas

sociais, sendo fato, porém, que o aprofundamento dessas correntes de pensamento foge ao objeto deste trabalho e demandaria não só um, mas vários tratados na área da dogmática jurídica, da epistemologia jurídica e mesmo da filosofia do Direito.

Também nos parece indubitável que mesmos os pós-positivistas mais convictos não chegam a desprezar por completo os princípios, ainda que como fonte normativa subsidiária, condição mínima indiscutível na atualidade, haja vista serem incontáveis os casos em que os próprios textos legais mencionam princípios da respectiva matéria ventilada.

A respeito de qualquer tema o ser humano possui “pré-compreensões”. Ela não é um mal em si mesma, exprimindo sim a carga de valores e da formação intelectual e moral de qualquer pessoa, dentre elas o intérprete. O perigo é ser “escravo” da pré-compreensão, justamente por não ter ela base científica ou metodológica.

A respeito do tema do então estupro com violência presumida, observou-se tendência jurisprudencial em se adotar uma linha relativista, onde arrimando-se o raciocínio simplesmente pela razoabilidade e proporcionalidade, como uma fórmula mágica, em muitos casos perigosamente se esvaziava a proteção normativa à infância e juventude. “A *presunção é relativa, podendo ser afastada no caso concreto*”, dizia-se simplesmente.

1.3 A proteção à infância e juventude na Constituição Federal de 1988

Partindo o estudo presente do topo do ordenamento, que é a Constituição Federal, esta estabelece dois princípios fundamentais no trato da questão ora posta, quais sejam, (i) o princípio da prioridade absoluta da infância e juventude e (ii) o princípio da severa punição de abusos e exploração sexual da crianças e adolescente, *in verbis*:

*Artigo 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.***

(...)

§ 4º - A lei punirá **severamente** o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

(Destaque acrescidos).

E aqui cabe afirmar a natureza fundamental dos princípios e a necessidade de uma interpretação a partir do ápice do ordenamento jurídico, descabendo alegação de que as normas aqui invocadas sejam tidas como “normas programáticas”.

É bem verdade que o texto da Constituição e sua efetividade, no Brasil, foram confundidos durante anos com uma mera carta de intenções, como se toda a Constituição tivesse mero caráter programático. A densidade normativa parecia igualar-se às promessas de campanha dos parlamentares que a votaram.

Um exemplo dessa apatia é notado já na primeira Constituição, a do Império, de 1824, que consagrava o princípio da igualdade de todos perante a Lei¹¹, mas o sistema convivia, sem qualquer constrangimento, com um hediondo regime escravocrata.

Todavia, já durante a Constituinte os esforços para se dar efetividade à *Lex Mater* se fizeram presentes (como por exemplo, a previsão de ADIN por omissão, o mandado de injunção etc). E, especialmente após a sua promulgação desenvolveu fortemente a doutrina brasileira da efetividade.

1.4 As doutrinas da efetividade e da proibição de insuficiência

No constitucionalismo brasileiro se observa reação à ótica inutilitarista da Constituição Federal, a interpretações que lhe tornam uma mera carta de intenções.

Sobre o tema, discorre com maestria o prof. Luís Roberto Barroso¹²:

A doutrina da efetividade se desenvolveu e foi sistematizada no período que antecedeu a convocação da Assembléia Constituinte que viria a elaborar a Constituição de 1988. Partindo da constatação ideológica de que o constituinte é, como regra geral, mais progressista do que o legislador ordinário, forneceu substrato teórico para a consolidação e aprofundamento do processo de democratização do Estado e da sociedade no Brasil.

Para realizar esse objetivo, o momento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu

11 Texto original da Constituição de 1824: “Artigo 179: (...) XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.”

12 Na obra TEMAS DE DIREITO CONSTITUCIONAL, Tomo III, Ed. Renovar, 2005, pág. 76.

para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.

Há muito a Doutrina vem acentuando a força normativa dos princípios constitucionais. As lições de que os seus conteúdos devem ser encarados como meras declarações de vontade ou normas programáticas sem eficácia imediata já foram ultrapassadas.

Com efeito, se é certo que as normas constitucionais detêm superioridade material e formal frente à legislação ordinária, com mais razão ainda deve-se atribuir maior efetividade à sua principiologia. Os princípios, como normas gerais, informadoras e regentes de todo o sistema jurídico representam prescrições de ordem fundamental, necessárias à própria existência válida da norma jurídica.

Aqui cabe ressaltar, pois, a importância de se interpretar a Constituição, dando-se a máxima efetividade aos seus postulados: *“a interpretação constitucional colhe a característica da necessidade de concretização da norma jurídica, maximizando-a, porém, justamente por se tratar de norma constitucional. J. J. Gomes Canotilho fala de um ‘princípio da eficiência’ ou da ‘interpretação efetiva’, cujo significado assim descreve: ‘a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê’, ou, mais diretamente, ‘não se pode empobrecer a Constituição’. Não se deve interpretar uma regra de maneira que algumas de suas partes ou algumas de suas palavras acabem se tornando supérfluas, o que equivale a nulificá-las. Também é vedado ao intérprete, por força dessa orientação hermenêutica, desprezar partículas, palavras, conceitos, alíneas, incisos, parágrafos ou artigos da Constituição. Todo o conjunto normativo tem de ser captado em suas peças constitutivas elementares, a cada qual se devendo atribuir a devida importância em face do todo constitucional.”*¹³

E de fato a jurisprudência tem acolhido o princípio da prioridade absoluta da infância e juventude, dando-lhe vida e sentido prático, como se observa do seguinte julgado:

DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE . NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICOS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL. ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESTA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA.

13 ANDRE RAMOS TAVARES, “Curso de Direito Constitucional”, ed. Saraiva, 2ª. edição, págs. 0/81.

O direito do menor à absoluta Prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através de sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana. (STJ, RESP 577836/SC – Rel. Min. Luiz Fux – j. 21/10/04 – Grifos acrescidos).

Igualmente, é preciso salientar uma outra linha de estudo, condizente com a chamada proibição de insuficiência, como caminho hermenêutico a contrapor-se ao inutilitarismo. A respeito da proibição de insuficiência discorre José Paulo Baltazar Júnior¹⁴:

...na atual dogmática constitucional, os direitos fundamentais, ao lado da sua clássica função negativa de limitar o arbítrio das intervenções estatais na liberdade, ou seja da proibição de excesso (UbermaBverbot), passaram a desempenhar também o papel de mandamentos de proteção (Shutzgebote) ao legislador, na chamada proibição de insuficiência (UntermaBverbot) que determina a existência de deveres de proteção jurídico-fundamentais (grundrechliche Schutzpflichten), na terminação mais aceita, que enfatiza o aspecto da obrigação estatal, ou direitos de proteção jurídico-fundamentais (grundrechliche Schutzrechten), expressão que dá ênfase ao direito do cidadão e não ao dever do Estado.

E prossegue¹⁵:

As medidas concretizadoras do dever de proteção implicarão restrições dos direitos fundamentais do possível autor da agressão, ou seja, cuida-se de uma proteção mediante intervenção. Sendo assim, as medidas de proteção estarão limitadas por direitos do potencial perturbador ou outros cidadãos, de modo que estarão sujeitas aos limites da proibição de excesso. Em outras palavras, pode-se afirmar o seguinte: 'A proibição de insuficiência se correlaciona com a proibição de excesso do direito de defesa. A primeira determina o nível mínimo de proteção determinada, enquanto a última determina o limite máximo de intervenção para o fim de proteção.' Ou ainda, como refere Unruh: 'O legislador deve, então, de um lado se esforçar para não ficar aquém do mínimo de proteção e, de outro lado, atentar ao princípio da proporcionalidade, se ele não quiser se expor à crítica do Tribunal Constitucional.

Frente a toda essa fundamentação, enfatiza-se o princípio da prioridade absoluta como norte indispensável à análise da matéria.

14 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. ed. Livraria do Advogado, 2010, pág. 52.

15 Op. cit. pág. 60.

2. O estupro com violência presumida

A doutrina de ROGÉRIO GRECO explica a leitura que parte da jurisprudência fazia sobre a presunção de violência estabelecida no revogado artigo 224, “a”, do Código Penal:

A partir da década de 1980, nossos Tribunais, principalmente os Superiores, começaram a questionar a presunção de violência constante do revogado artigo 224, “a”, do Código Penal, passando a entendê-la, em muitos casos, como relativa ao argumento de que a sociedade do final do século XX e início do século XXI havia modificado significativamente, e que os menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção que aqueles que viveram quando da edição do Código Penal, de 1940.

No entanto, doutrina e jurisprudência se desentendiam quanto a esse ponto, discutindo se a aludida presunção era de natureza relativa (*iuris tantum*), que cederia diante da situação apresentada no caso concreto, ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*), não podendo ser questionada. Sempre defendemos a posição de que tal presunção era de natureza absoluta, pois que, para nós, não existe dado mais objetivo do que a idade.

(...)

Assim, não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro, subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal e criavam as próprias políticas. Não conseguiam entender, permissa vênia, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivessem uma vida desregrada sexualmente, não eram suficientemente desenvolvidos para decidir sobre seus atos sexuais. Suas personalidades ainda estavam em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda se consolidado.

Dados e situações não exigidos pela lei penal era considerados no caso concreto, a fim de se reconhecer ou mesmo afastar a presunção da violência, a exemplo do comportamento sexual da vítima, do seu relacionamento familiar, da sua vida social etc. O que se esquecia, infelizmente, era de que esse artigo havia sido criado com a finalidade de proteger esses menores e punir aqueles que, estupidamente, deixavam aflorar sua libido com crianças ou adolescentes ainda em desenvolvimento.¹⁶

No sistema anterior à Lei n.º 12.015/09, a presunção de violência se dava quando a vítima era menor de 14 (quatorze) anos de idade, dentre outras hipóteses. No caso do limite etário, o critério biológico determinava que o consentimento da vítima para o ato sexual era irrelevante em razão da total ausência de discernimento para tanto.

De tal arte, permitir como ponto controvertido da ação penal prospecção sobre pontos como “honestidade da vítima”, “vivência sexual”

16 GRECO, Rogério. Código penal comentado. 5.^a ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, pp. 654 e 655.

etc, além de irrelevante do ponto de vista estritamente jurídico, costumava ser uma covardia processual, que redundará, certamente, em um processo massacrante de revitimização, servindo a audiência de instrução da ação penal como a chibata, o chicote e o açoite à formação psicológica da vítima.

O Superior Tribunal de Justiça, mesmo na redação anterior, já tinha entendimento pelo caráter absoluto da presunção insculpida no artigo 224 do Código Penal:

HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTUPRO, COMETIDO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL DO JUÍZO SENTENCIANTE. MATÉRIA QUE NÃO FOI ARGÜIDA EM MOMENTO OPORTUNO, RESTANDO PRECLUSA E PRORROGADA A COMPETÊNCIA JURISDICIONAL. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA PRESUMIDA TEM CARÁTER ABSOLUTO, POUCO IMPORTANDO, ASSIM, O COMPORTAMENTO PESSOAL DA VÍTIMA. ALEGAÇÃO DE CONCUBINATO ENTRE A MENOR E TERCEIRO. DILAÇÃO PROBATÓRIA.

IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL RESTABELECIDO NOS TERMOS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA, EM RAZÃO DOS FUNDAMENTOS QUE ENSEJARAM O SEU MAIOR RIGOR TEREM SIDO AFASTADOS PELO TRIBUNAL A QUO. PRECEDENTES DO STJ.

(...)

2. A presunção de violência pela idade da vítima - prevista no artigo 224, inc. I, do Código Penal – tem caráter absoluto, não podendo ser afastada em razão de seu comportamento pessoal. (...)

(HC 77388/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2007, DJ 06/08/2007, pág. 585 – Grifos acrescidos).

Apesar de existir divergência jurisprudencial sobre o tema à época, tínhamos como correto o entendimento adotado pela 5.^a Turma do STJ, num dos mais bem fundamentados arestos dessa matéria. Por oportuno, merece ser transcrito trecho do voto do eminente Ministro Felix Fischer, relator do REsp 891.765/GO, publicado no DJU 03.09.2007:

Com efeito, uma jovem que não tenha mais de 14 anos de idade, ainda que já corrompida ou afeita aos prazeres carnavais, pode, de fato, ser vítima do denominado estupro ficto. Primeiro, como é sabido, existem incriminações nas quais a norma proíbe certa conduta (tipo comissivo) e, em outros casos, determina - com pressupostos - a realização de determinada ação (tipos omissivos), tudo isto, sob ameaça de sanção penal. No caso, apesar de respeitáveis posições divergentes, a incriminação é clara: a norma, sob pena de não ter a indispensável delimitação, afastando despiciendas incertezas denotativas, impõe, conforme J. Mestieri (in “O Estupro”, p. 116), “um dever geral de abstenção de relações sexuais, imposto

aos destinatários da norma, em relação a menores de certa idade.” Segundo, não é de se confundir *innocentia consilli* com mero conhecimento, objetivo, do que é em ato sexual. Aquela diz com a maturidade psico-ética, com a livre determinação no plano das atividades sexuais. Isto dificilmente existe numa pessoa de 13 anos. Terceiro, o denominado estupro ficto, com a sua estrutura legal, não guarda relação com a atinga sedução e nem com a corrupção de menores. a “honestidade” da vítima não é, e nem poderia ser, requisito para o crime. Caso contrário, no fundo, restariam mescladas as presunções das alíneas a e b do artigo 224 do CP. Além do mais, a afirmação de que, no artigo 224 do CP, estaria uma situação de responsabilidade objetiva, *data venia*, não procede. A equiparação legal não implica necessariamente na ausência do requisito de responsabilidade subjetiva. É inegável que o dolo deve cobrir os componentes da denominada presunção. Se isto inoocorrer teremos o erro de tipo (artigo 20 do CP), v.g., o *error aetatis*. Pode, ainda, eventualmente, dependendo dos envolvidos e das circunstâncias, até existir a possibilidade de erro de proibição (artigo 21, caput e, 2ª parte do CP). É difícil a configuração mas, de antemão, não se pode descartar a hipótese. Enfim, ninguém deve, ou pode, sustentar a responsabilidade objetiva. A simples exigência do dolo acerca dos componentes da violência ficta, afasta aquela linha de argumentação.

Portanto, a questão de ser absoluta ou relativa a denominada presunção diz, em verdade, com o dolo. Qualquer outra consideração, como, v.g., a demonstração de consentimento “válido”, escapa à objetividade mínima que a aplicação do Direito exige. Acarreta vagueza, ora expandindo arbitrariamente a incriminação, ora, injustificadamente, acarretando a impunidade, tudo de acordo com o momento, com o subjetivismo de quem julga. E não é só. Está, inclusive, enraizado na mente popular, em todos os níveis de instrução, ressalvadas tristes exceções que podem, talvez, ensejar a aplicação do erro de proibição, que ninguém deve envolver-se com menores. É até comum o uso da expressão “de menor”. Não é, pois, recomendável, em virtude do claro texto legal, que o Poder Judiciário, contrariando esse entendimento generalizado, aprove, através de julgado, que a prática sexual com menores é algo penalmente indiferente só porque a vítima, por falta de orientação, se apresenta como incosequente ou leviana. Isto cria uma situação repleta de inaceitáveis paradoxos. Por uma, justamente pela evolução dos costumes, não se compreende que alguém tenha a necessidade de satisfazer a sua lascívia com crianças ou adolescentes que não ultrapassaram, ainda, quatorze anos, tudo isto, em mera e estranha aventura amorosa. Por outra, a nossa legislação - repetindo - protege, contra tudo e contra todos, os menores através do ECA e de outros mecanismos legais; protege, também, as prostitutas adultas contra a exploração, etc; entretanto, admitindo-se válido o ato do réu-recorrente, estaria o Estado, através do Poder Judiciário, e apesar de expresso texto legal, deixando desprotegidas aquelas menores, justamente as tristemente desamparadas e carentes. Elas seriam, o que é impressionante, objetivo válido para os irresistíveis prazeres inescrupulosos adultos. E, tudo isto, com o chocante e crescente quadro, em nosso país, da denominada prostituição infantil. *Data venia*, a lei não pode ensejar a esta forma de conclusão. Ela protege a liberdade sexual da vítima e não do réu. O Estado

não pode garantir condutas como a do recorrente, porquanto estaria incentivando aquilo que a mente popular, com respaldo na lei, repugna.

Ao impor um dever geral de abstenção (cfr. João Mestieri) da prática de atos sexuais com menores (no caso, que não ultrapassaram 14 anos), a lei, sem dúvida, objetiva proteger a liberdade sexual e a autodeterminação sexual daqueles. Tudo isto, de fato, calcado na *innocentia consilli*, considerada, é bem de ver, como a impossibilidade de compreensão em termos de maturidade, de capacidade psico-ética, da consideração quanto aos efeitos produzidos pelos fatos sexuais. Não se confunde, pois, a falta de *innocentia consilli* com experiência, até mesmo reiterada, da prática mecânica de atividade sexual. Caso contrário, *ad argumentandum*, toda e qualquer prostituta infantil, v.g., de 9 ou 10 anos de idade teria que ser considerada como madura e o seu consentimento válido. O que, *data venia*, é algo lógica e axiologicamente ininteligível. *Verbi gratia*, ninguém chega a ponto de relativizar a presunção da letra b na hipótese em que o sujeito ativo tem plena consciência da debilidade mental da vítima. No entanto, na alínea a, mesmo que o autor tenha ciência acerca da idade da ofendida busca-se, equivocadamente, ainda assim, um outro dado, vago e impreciso, como fato de impunidade. A presunção, por assim dizer, da alínea a, é, na verdade, nestes limites, e sob este enfoque, legal-condicional, *iuris tantum* (tal como nas alíneas b e c), admitindo, em regra, apenas, o *error aetatis*, ex vi artigo 20, caput, do CP. Entretanto, não se pode esquecer que, ao contrário, por exemplo, da alínea b, o dolo eventual aqui é suficiente. e mais ainda, tudo isto, sem considerar a extensão decorrente da polêmica acerca do grau de atualização do dolo ou, como é dito por alguns, a co-consciência (Winfried Platzgumer in “Die BewuBtseinsform des Vorsatzes”, ps. 26 e seguintes, Viena, 1964 e, comparativamente, Tereza Pizarro Belez in “Direito Penal”, 20. vol., ps 183/184, AAFDL, 1985, G. Stratenwerth in “Derecho Penal”, Pg I, Edersa, p. 97, nº 262, Madrid, 1982, Gl Jakobs in “Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoria de la Imputación”, 2ª ed., 1997, ps. 317/318, Marcial Pons//Com posição diferenciada: Michael Köhler in “Vorsatzbegriff und bewuBtseinsform des Vorsatzes”, G.A., 1981, págs. 285 e 290, e G. Schewe in “BewuBtsein und Vorstz”, Berlim, 1972).

Concluindo, em sede das denominadas presunções, por que considerar nas alíneas b e c, como fator de caracterização da presunção, na modalidade de legal-condicional, o elemento cognitivo do dolo e, na alínea a, além deste fator, um outro, totalmente flexível e de difícilíssima verificação concreta (a validade do consentimento de uma menor)? Seria a insensibilidade assumida para com as menores abandonadas ou desamparadas e expostas aos desejos de alguns insaciáveis? Ou, será que, em extremo oposto, estar-se-ia confundindo *innocentia consilii* com castidade, etc., e com isto mesclando, sem o menor sentido, as alíneas a e b? Na realidade, a questão da natureza da chamada presunção de violência tem merecido um tratamento heterogêneo, sendo que a exceção adicional, no caso da letra a, é carecedoras de suporte jurídico. Tem sido, não poucas vezes, tratada como uma forma de banalização dos pretensos costumes sexuais modernos, olvidando-se, no entanto, aí, a tenra idade das vítimas e a ausência de aceitação, na mente popular, de

atos sexuais realizados nas circunstâncias previstas na alínea a. Curiosamente, na maioria dos casos, quando a vítima é de tenra idade, ela, ao contrário do réu, é pessoa paupérrima, cediço que, historicamente, tem desmerecido a atenção e proteção dos órgãos estatais. E, por fim, a norma por detrás da tipificação legal (cfr. esquema de E. R. Zaffaroni) não diz que é proibido, salvo se a ofendida é de vida desregrada ou prostituída, praticar conjunção carnal com menina não maior de 14 anos. Esta ressalva, própria de determinada fase do Direito Romano, não existe e sistematicamente se apresenta destituída de coerência.

Daí se vê que meros exercícios de semântica em torno do legislativamente inadequado uso da expressão “presunção” levam à uma conclusão que não pode ser considerada produto de interpretação teleológica.

Apenas, a título de comparação, a prática de atos sexuais com menores continua sendo conduta reprovável em outras legislações penais (o grau de censurabilidade, é claro, guarda a proporção estabelecida em cada país), v.g.: arts. 182 e seguintes do C. Penal espanhol de 1995; artigo 172, nº 1 e nº 2 do C. P. português com a revisão do Decreto-lei nº 48/95, artigo 119, 10. do C. P., argentino; artigo 609, nº 1 do C. P. italiano.

No mesmo sentido, citam-se: REsp. 891.765/GO, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 03.09.2007, p. 215; AgRg no REsp. 857.550/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 24.09.2007, p. 362; REsp. 745.368/SC, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJU 26.06.2006, p. 232; HC 42.930/MG, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJU 24.10.2005, p. 387.

3. O estupro de vulnerável

O artigo 217-A do Código Penal expressamente estabelece:

Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Artigo 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Na justificativa legislativa do então projeto de lei que resultou na norma em referência, constou: “O projeto de reforma do Código Penal, então, destaca a vulnerabilidade de certas pessoas, não somente crianças e adolescentes, mas também a pessoa que, por enfermidade ou doença

mental, não possuir discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência; e *com essas pessoas considera como crime ter conjunção carnal ou praticar qualquer outro ato libidinoso; sem entrar no mérito da violência e sua presunção. Trata-se de objetividade fática.*” (SENADO FEDERAL, PLS nº 253, 2004).

Novamente Rogério Greco¹⁷ criticando posição de Guilherme Nucci, que insiste em uma visão relativista na matéria, explica:

Com a devida vênia, ousamos discordar do renomado autor. Isto porque, como dissemos acima, a determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador. O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no §1.º do artigo 217-A do Código Penal.

Em recente decisão o STJ concluiu:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL OU DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO CONTRA MENOR. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. NATUREZA ABSOLUTA. Artigo 217-A DO CP. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.217-ACP1. Para a consumação do crime de estupro de vulnerável, não é necessária a conjunção carnal propriamente dita, mas qualquer prática de ato libidinoso contra menor. Jurisprudência do STJ.2. Agravo regimental improvido. (STJ - 1244672 MG 2011/0047026-8, Relator: Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), Data de Julgamento: 21/05/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2013)

Em seu voto, o Relator consignou:

O Tribunal de origem, ao manter a sentença absolutória, entendeu que, segundo provas dos autos, as relações sexuais mantidas com a vítima, com idade de 11 (onze) anos, eram consentidas, sem emprego de violência ou grave ameaça, razão porque, não estaria caracterizado o tipo penal de estupro de vulnerável. Ocorre que, como assentado, a jurisprudência desta Corte Superior pacificou entendimento no sentido de que “A configuração do tipo estupro de vulnerável prescinde da elementar violência de fato ou presumida, bastando que o agente mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de catorze anos, como se vê da redação do artigo 217-A, nos termos da Lei n.º 12.015/2009.” (EDcl no AgRg no Ag 706012 / GO, 5ª Turma, relatora Ministra Laurita Vaz, DJe de 22/03/2010). Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

Portanto, tanto em doutrina como em jurisprudência, vem se firmando o entendimento pela impossibilidade de “relativização” pura e simples no

17 Obra citada, pág. 531.

trato da matéria objeto deste estudo, com base apenas em argumentos vagos e genéricos de proporcionalidade, razoabilidade ou cogênera.

4. Erro de tipo

É claro que situações podem existir nas quais não haja incidência do artigo 217-A do Código Penal, porque causas de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade ocorram. Todavia, a matéria tem que ser tratada dentro da dogmática própria do Direito Penal, observando-se causas de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade, como é o caso do erro de tipo.

Rogério Greco¹⁸, atento à questão, leciona:

No que diz respeito à idade da vítima, para que ocorra o delito em estudo, o agente, obrigatoriamente, deverá ter conhecimento de ser ela menor de 14 (catorze) anos, pois, caso contrário, poderá ser alegado o chamado erro de tipo que, dependendo do caso concreto, poderá conduzir até mesmo à atipicidade do fato, ou à sua desclassificação para o delito de estupro, tipificado no artigo 213 do Código Penal.

Assim, imagine-se a hipótese em que o agente, durante uma festa, conheça uma menina que aparentava ter mais de 18 anos, devido à sua compleição física, bem como pelo modo como se vestia e se portava, fazendo uso de bebidas alcoólicas, etc, quando, na verdade, ainda não havia completado os 14 (catorze) anos. O agente, envolvido pela própria vítima, resolve, com o seu consentimento, levá-la para um motel, onde com ela mantém conjunção carnal. Nesse caso, se as provas existentes nos autos conduzirem para o erro, o fato praticado pelo agente poderá ser considerado atípico, tendo em vista a ausência de violência física ou grave ameaça.

Admitindo-se o erro de tipo – e não é possível deixar de admitir – como causa excludente da antijuridicidade, é óbvio que a instrução criminal não poderá girar em aspectos da vida pessoal da vítima, que conduzam à revitimização. O trato da matéria deve buscar observar, objetivamente, a presença, ou não, dos requisitos do erro de tipo, *in verbis*:

Erro sobre elementos do tipo(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Artigo 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

A respeito dessa causa excludente, leciona Damásio Evangelista de Jesus¹⁹:

18 Obra citada, págs. 530/531.

19 DIREITO PENAL, 1.º Volume, ed. Saraiva, 19.ª edição, pág. 265.

Há desconformidade entre a realidade e a representação do sujeito que, se a conhecesse, não realizaria a conduta. (...) Falando-se em 'erro de tipo', tem-se a falta impressão que recai sobre a figura típica. Na verdade, incide sobre as elementares e circunstâncias do fato que o tipo descreve, i. e., sobre o fato total praticado pelo sujeito. Esse erro, que recai sobre o fato, reverte-se em erro sobre os dados do tipo.

Acerca do tema já se decidiu:

ESTUPRO DE VULNERÁVEL (Artigo 217-A DO CÓDIGO PENAL). CONDENAÇÃO. INSURGÊNCIA DO RÉU. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE DESCONHECIA A IDADE DA VÍTIMA. APLICAÇÃO DO ERRO DE TIPO. NÃO ACOLHIMENTO. RESPONSABILIZAÇÃO DO RÉU DEVIDAMENTE DEMONSTRADA. RELATO DA VÍTIMA NO SENTIDO DE QUE MANTEVE RELAÇÃO COM O RÉU DEVIDO A INSISTÊNCIA E AMEAÇAS DAQUELE. EXISTÊNCIA DE BILHETES COMPROVANDO O ASSÉDIO DO APELANTE SOBRE A VÍTIMA. RÉU QUE ERA FUNCIONÁRIO DO AVÔ DA MENINA, CONVIVENDO PRÓXIMO DA FAMÍLIA, COM DOIS FILHOS ESTUDANDO NA MESMA ESCOLA DAQUELA. ELEMENTOS INFORMATIVOS QUE AFASTAM A REFERIDA EXCLUDENTE. DOLO NÃO DESCARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO. 217-ACÓDIGO PENAL. (TJPR - 8501506 PR 850150-6 (Acórdão), Relator: Luiz Cezar Nicolau, Data de Julgamento: 17/05/2012, 4ª Câmara Criminal).

Em termos pragmáticos, é do acusado o ônus de provar a presença dos elementos da causa de exclusão. Nessa linha:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. TESTEMUNHA ARROLADA APÓS ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. MENOR. AUTORIA. PROVA. NÃO HOUE CERCEAMENTO DE DEFESA SE A INSTRUÇÃO CRIMINAL DESENVOLVEU-SE COM OBSERVAÇÃO DO AMPLO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO, CUMPRINDO TODAS AS SUAS FASES LEGAIS. ADEMAIS, CONFORME PRESCREVE O Artigo 209, E SEUS PARÁGRAFOS, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, AO JUIZ CABE DECIDIR PELA OITIVA, OU NÃO, DE OUTRAS TESTEMUNHAS. **É FACULTADO À PARTE COMPROVAR, DURANTE A INSTRUÇÃO PENAL, A OCORRÊNCIA DE FATOS QUE ALEGOU EM SEU INTERESSE. “A PROVA DA ALEGAÇÃO INCUMBIRÁ AQUEMA FIZER.” (Artigo 156 DO CPP). CONSTITUI ÔNUS DO ACUSADO A PROVA DAS CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ANTIJURIDICIDADE, DA CULPABILIDADE E DA PUNIBILIDADE. NÃO O FAZENDO, A MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA É MEDIDA QUE SE IMPÕE.** CONJUNTO PROBATÓRIO SOBERBO EM COMPROVAR A AUTORIA. APELO DESPROVIDO. 209 PARÁGRAFOS CÓDIGO DE PROCESSO PENAL 156 CPP. (TJDFT-90714320038070004 DF 0009071-43.2003.807.0004, Relator: MARIO MACHADO, Data de Julgamento: 13/05/2004, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 09/06/2004, DJU Pág. 55 Seção: 3 – Grifos acrescidos).

Portanto, fica claro, mesmo tendo-se como admissível o erro de tipo como ponto controvertido, que a prospecção da reconstituição histórica do fato não pode se pautar à instrução em conceitos subjetivos sobre a vida pessoal da vítima, de modo a se tornar parâmetro que descambe para o relativismo.

5. Conclusão

À vista de todo o exposto, conclui-se:

- a) a Constituição Federal plasmou em seu texto dois caros princípios em matéria de infância e juventude, numa reação a um histórico de exploração de crianças e adolescentes, quais sejam, o princípio da prioridade absoluta da infância e juventude e o da severa condenação à exploração sexual;
- b) a revogada figura penal do estupro por violência presumida admitia, segundo parcela da jurisprudência, avaliação de acordo com as circunstância do caso concreto, sendo relativa a presunção de violência, no que se criava insegurança jurídica, submetendo vítima a situações vexatórias em audiências, gerando-se nova violência e danos psicológicos;
- c) a atual figura do estupro de vulnerável surgiu com o expressa reação legislativa, com o desiderato de objetivar um fato, que é a condição de vulnerável dos menores de 14 anos de idade, não podendo ter, seja na doutrina, seja na jurisprudência, o mesmo tratamento da figura revogada;
- d) no novo regime, admite-se a discussão do erro de tipo, de ônus probatório do acusado, o qual poderá demonstrar que por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supôs situação de fato que não existia, ou seja, a maioridade da vítima.

Referências bibliográficas

- FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala*. Global editora, 51.^a edição
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III, Renovar, 2005
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva, 2^a. Edição
- GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 5.^a Niterói, RJ: Impetus, 2011
- JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal*. 1.^o Volume, ed. Saraiva, 19.^a edição

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. Livraria do Advogado, 2010

MINAYO, MARIA CECILIA DE SOUZA. *Violência contra crianças e adolescentes: questão social, questão de saúde*. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292001000200002&lng=pt&nrm=iso&tlng=en. Acesso em 21/07/2013

VEYNE, P. *O império romano*. In: ARIAS P., DUBY G., organizadores. *História da vida privada*. São Paulo: Companhia das Letras; 1992. v. 1, p. 19-224

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma Nova Crítica do Direito*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PORTAIS DE TRANSPARÊNCIA E GESTÃO DO CONHECIMENTO NO MINISTÉRIO PÚBLICO

Hélio Santiago Ramos Júnior¹

Jane Lucia Silva Santos²

Marcus de Melo Braga³

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 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.

Key words: Transparency portals, Public Ministry, Knowledge Management.

¹ *Assistente de Procuradoria de Justiça do MPSC - Mestre em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC)*

² *Doutora e Mestre em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC)*

³ *Professor do Instituto de Computação da UFAL Doutor e Mestre em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC)*

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 nº 131/09), como também em virtude da necessidade de adequação à Lei de Acesso à Informação (Lei nº 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 esta 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 Público 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 nº 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 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 nº 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, dentre outros.

No intuito de promover avanços ainda mais significativos que os obtidos com a Resolução nº 38/2009, o CNMP editou a Resolução nº 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 nº 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 nº 12.527/2011, que regulamentou o dever do 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 nº 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 nº 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 nº 12.527/2011.

Nesse contexto, os portais de transparência desempenham um importante papel na medida em 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, neste sentido, a gestão do conhecimento pode contribuir significativamente com esta tarefa.

Acerca desta 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 nº 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 esta 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, dentre 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, através 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 destas 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 a 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).

Desta 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, desta 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), onde 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), dentre 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.

4. 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 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 esta 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 nº 131/09), como também em virtude da necessidade de adequação à Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/11).

Destaca-se, dentre estas iniciativas, também o Manual do Portal de Transparência do Ministério Público, o qual busca à 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 bibliográficas

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. pp. 389-434.

GHIZZO NETO, Affonso. **Corrupção, Estado Democrático de Direito e Educação**. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2008.

MATTEI, 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. pp. 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.

PENA E PUNIÇÃO NO BRASIL DO SÉCULO XIX ¹

Rogério Schietti Machado Cruz²

1. O caso do modelo punitivo das ordenações

Como é sabido, até a promulgação do Código Criminal de 1830, o direito penal brasileiro regia-se pelas vetustas Ordenações Filipinas, documento totalmente anacrônico a uma centúria em que não mais cabiam previsões indiscriminadas de sanções penais para quase toda sorte de crime, sanções essas que, a par de seu nítido irracionalismo, eram de uma crueldade e primitividade notórias.

No plano legal, houve, a partir da Constituição de 1824 uma ruptura legal com esse “modo-de-punir”, mas ainda estava a sociedade brasileira do Século XIX marcada por uma tradição punitiva difícil de, a um passe de mágica, desaparecer.

Os influxos iluministas tiveram inicial repercussão no Reino de Portugal, onde o Projecto de Pascoal José de Mello Freire dos Reis traduziu a necessidade de sepultar o ordenamento penal então vigente - O Livro V das Ordenações Filipinas - tamanho era o hiato entre as suas normas e sua cruel aplicação e o modelo idealizado pelos reformadores iluministas.

Crítico fervoroso das ordenações, notadamente de suas penas e da previsão de tortura como meio de obtenção da prova, Mello Freire assentou a sua obra sobre treze princípios a que chamou “axiomas criminais”, abaixo reproduzidos:

¹ Excerto do trabalho final da disciplina *História do Direito Penal Brasileiro*, ministrada pelo Prof. Miguel Reale Júnior no curso de pós-graduação da USP, no 2º semestre de 1999

² *Ministro do Superior Tribunal de Justiça Doutor e Mestre em Processo Penal na USP*

1. *É melhor deixar impune um crime que condenar um inocente; por isso, maior dano vem à sociedade da condenação dum inocente que da absolvição dum culpado.*
2. *Antes da sentença condenatória o réu deve ser tido como inocente.*
3. *No foro criminal apenas se deve admitir a prova plena e perfeita.*
4. *Quanto maior e mais grave for o delito, tanto maior deve ser a prova.*
5. *A pena a ser infligida deve ser inteiramente proporcionada à quantidade e gravidade do delito e à maldade do delinquente.*
6. *Não há delito nenhum sem vontade certa de delinquir.*
7. *A sua medida é o mal causado à humanidade.*
8. *Na imposição das penas somente se deve olhar à utilidade pública.*
9. *As penas foram estabelecidas, não tanto para punir, como para prevenir os crimes.*
10. *Somente se devem castigar os verdadeiros delinquentes ou os quase delinquentes.*
11. *É justa a pena que impede o criminoso de voltar a fazer o mal.*
12. *E é, pelo contrário, injusta a que for inútil ou cruel.*
13. *A atrocidade das penas gera a impunidade e a indulgência do delito, que são as coisas mais funestas que há para a saúde pública.”³*

2. O Código Criminal de 1830

Sob inspiração nessas ideias de Mello Freire (materializadas em suas *Institutiones juris criminalis lusitani* e no seu referido Projeto de Código de Direito Criminal) o deputado brasileiro Bernardo Pereira de Vasconcelos (nascido na antiga “Vila Rica” em 1795 e que se diplomara bacharel em 1818 na cidade de Coimbra) apresentou, no ano de 1828, seu Projecto de Código Criminal, que acabou por prevalecer sobre o que fora apresentado por seu colega Clemente Pereira, dando origem ao nosso primeiro Código Criminal, em 1830.

Fornecendo um paradigma para outros diplomas penais, dentre os quais o código da Rússia, o da Espanha, e de vários países da América

³ THOMPSON, Augusto. Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro, RT, 1976, p. 108

Latina, o Código Criminal de 1830 revelou-se, sem dúvida alguma, um grande monumento da cultura penal brasileira. Não apenas pela sua clareza, concisão e estilo do texto, mas, principalmente, pela coragem em romper com dogmas e tradições que perduravam há séculos.

Basta um passar de olhos pelos seus dispositivos para se perceber quão avançado era, para os padrões da época, esse diploma legal. Para exemplificar, basta mencionar que, para o crime de furto (artigo 257) previa-se uma pena mínima de dois meses, muito inferior àquela ainda hoje prevista no Código Penal de 1940.

Não esqueçamos, porém, o lado negativo que ainda permeava o modelo punitivo de então. No que concerne, v.g., à pena de açoites, o Código Criminal solenemente ignorou a Constituição de 1824, que abolia tal sanção, e, na ausência total de uma tradição constitucionalista no Brasil,⁴ essa forma de punir foi tolerada durante todo o Império, obviamente limitada à classe dos escravos, cuja punição era estimulada pelo Estado, que, inclusive, provia o local e os meios para a inflição de tão infamante pena.⁵

3. O Estado Policialesco

Muito embora tenhamos dado um enorme passo em busca de um novo paradigma para o uso do aparato repressivo do Estado, este ainda se encontrava animado por práticas medievais e desumanas.

Cite-se o exemplo da tortura, que, a despeito de banida, oficialmente, do direito brasileiro com a nova ordem constitucional, jamais deixou de ser utilizada pela Polícia como meio não apenas de obtenção de prova, mas também de punição sumária.

O cariz policialesco do sistema punitivo brasileiro, cuja abolição ainda não se logrou, infelizmente, obter por completo, tem seu grande momento

4 Interessante estudo de LEDA BOECHAT (História do Supremo Tribunal Federal, 2ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1991, p. 84) mostra que a par das dificuldades políticas para o completo exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, dos seus poderes de controle de constitucionalidade das leis, os primeiros juízes brasileiros a ousarem declarar a inconstitucionalidade de leis chegaram a ser criminalmente processados, a exemplo do que se passou com o Juiz Alcides Mendonça Lima, juiz de direito da comarca de Rio Grande, que, em 1896, declarou que não aplicaria alguns dispositivos da Lei de Organização Judiciária do Rio Grande do Sul, por julgá-los inconstitucionais, iniciativa que lhe valeu um processo por crime de variação, alcançando sua absolvição somente no STF, graças à histórica atuação de Rui Barbosa.

5 No Rio de Janeiro, por exemplo, funcionou até 1874 o Calabouço, local aonde eram conduzidos os escravos infratores, pelos seus próprios senhores, para as “devidas correções”. No último ano de seu funcionamento, de junho de 1873 a maio de 1874, 554 escravos foram enviados ao Calabouço, dos quais 399 eram brasileiros natos e 155 africanos, 395 homens e 159 mulheres. Poucos, porém, eram punidos oficialmente por ordem judicial: em 1870, por exemplo, 632 escravos passaram pelo Calabouço, mas apenas três receberam castigo corporal por ordem judicial (cfe. HOLLOWAY, *Polícia no Rio de Janeiro...*, p. 214).

histórico no Brasil imperial. Conforme observa Holloway⁶, “Espancar no ato da prisão continuou sendo algo rotineiro, como punição por supostas transgressões e também - o que era muito importante - para inspirar respeito à autoridade ou incutir medo nos virtuais transgressores, o que acabava gerando mais ódio. A história do que hoje denominamos brutalidade policial não é o resultado involuntário da incorporação de sádicos amorais num setor repulsivo do serviço público. (...)”

Esse modelo de punição sumária e arbitrária tinha como principal destinatário o negro escravo. A abolição da escravatura, porém, não interrompeu essa tradição, tendo apenas ocorrido mudança no alvo principal da atividade repressiva policial: num primeiro momento, os imigrantes e os ex-escravos; em seguida, todas as classes assim consideradas “inferiores”⁷.

Ao lado desse poderio das forças policiais, assiste-se a uma tolerância do Estado em relação às práticas punitivas domésticas que coloca as entidades privadas, amiúde, acima das entidades públicas. É o poder dos senhorios rurais, encontrado também nos emergentes centros urbanos, após o declínio da velha lavoura. Exemplo dessa “jurisdição de fato” nos é dado por Buarque de Holanda⁸, quando relata episódio em que “*um Bernardo Vieira de Melo, suspeitando da nora de adultério, condena-a à morte em conselho de família e manda executar a sentença, sem que a Justiça dê um único passo no sentido de impedir o homicídio ou de castigar o culpado, a despeito de toda a publicidade que deu ao fato o próprio criminoso*”.

E o que dizer do sistema penitenciário? Desprovido de qualquer política criminal e penitenciária, o Estado, após a “natural” seleção das pessoas que eram ou podiam ser alcançadas pelo aparato repressivo⁹,

6 HOLLOWAY Thomas. *Polícia no Rio de Janeiro, repressão e resistência numa cidade do século XIX*, RJ, Fundação Getúlio Vargas, 1997, p. 258.

7 Observa MIGUEL REALE JÚNIOR que “*Na verdade, após a abolição, o negro foi reduzido à condição de um pária social nos grandes centros urbanos. Sem profissão, sem perspectivas, vivendo na promiscuidade, sofreu grande parcela da população negra, com o término da escravatura, um processo de marginalização. Trocou o preto o senhor da Casa Grande por uma escravidão ao sistema capitalista, criando-se uma cultura da pobreza*”, a qual se caracteriza, segundo Lewis, “*pela falta de participação e integração na vida da sociedade; pela ausência da infância, que constitui um momento de proteção e despreocupação; pelo início precoce da vida sexual; pelas ligações de mancebia com posterior abandono da família; pelo sentimento profundo de desamparo, de estigmatização, de rejeição e de inferioridade*”. (*Novos rumos do sistema criminal*, p. 218).

8 *Raízes do Brasil*, RJ, Companhia das Letras, 1995, p. 82.

9 Um claro exemplo da seletividade dos destinatários do rigor repressivo-penal nos é dado pelas normas editadas em janeiro de 1825 pelo intendente de polícia Francisco Alberto Teixeira de Aragão, as quais se tornaram conhecidas como o “Toque de Aragão”, e que, basicamente, autorizavam a polícia a revistar todos os que fossem considerados suspeitos, permitindo o uso da violência aos resistentes e estabelecendo, inclusive, recompensas para a captura de criminosos. Pois bem, esse decreto previa um toque de recolher, após o qual as patrulhas estavam autorizadas a parar e revistar as pessoas encontradas nas ruas. A ordem, porém, continha uma restrição: que não se adotasse “para com as pessoas notoriamente conhecidas e de probidade” (cfe. HOLLOWAY, *op. cit.*, p. 59).

impunha aos “escolhidos” condições subumanas de cumprimento de suas penas. É bem verdade que não se poderia esperar que a pena de prisão, erigindo-se a uma das principais sanções criminais, contrariamente ao que ocorria até então, viesse a ser executada de forma digna, em uma nação ainda tão atrasada cultural e economicamente.

Isso não impediu, porém, que se levantassem vozes contra as péssimas e sórdidas condições dos estabelecimentos prisionais. Em relação a um dos mais famosos presídios do Império, a cadeia do Aljube (antigo cárcere eclesiástico requisitado à Igreja em 1808 para servir de prisão para criminosos comuns), assim expressou-se uma comissão de inspeção enviada pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro: “o aspecto dos presos nos faz tremer de horror. Mal cobertos de trapos imundos, eles nos cercam por todos os lados e clamam contra quem os enviou para semelhante suplício, sem os ter condenado por crime ou delito algum”¹⁰.

Essa última reclamação não era improcedente, pois, revelando total descontrole com a situação penitenciária, comprovou-se que, em 1833, dos 340 prisioneiros encontrados no Aljube, 43 não tinham registros, ou seja, não se sabia o porquê de ali estarem presos, qual a sua sentença ou quanto de sua pena já haviam cumprido¹¹.

4. O Código Penal de 1890

Proclamada a República, esperava-se um avanço no já então superado modelo punitivo. Todavia, o Código Penal de 1890 já nasceu acusado de imperfeição, mercê, quiçá, do açodamento que o produziu.

Deveras, enquanto em relação ao código imperial somente se cogitou de sua substituição às vésperas da República, em 1889, quando já completava 59 anos de vida, o código republicano, embora tendo vigência por período quase igual (51 anos), recebeu propostas de reforma tão logo passou a existir no mundo jurídico, a primeira delas já em 1893, com o projeto apresentado pelo deputado João Vieira de Araújo, ao qual se seguiram outras iniciativas, por parte de Galdino Siqueira (1911), Sá Pereira (1927) e, finalmente, Alcântara Machado, cujo texto, revisado por comissão nomeada e presidida pelo Min. Francisco Campos e integrada pelos magistrados Vieira Braga, Nelson Hungria e Narcélio de Queiroz, além de Roberto Lyra, representante do Ministério Público, veio a resultar no Código Penal de 1940.

Se o Código de 1830, portanto, foi fruto não apenas de influxos iluministas, paulatinamente assimilados pela classe política do início

¹⁰ HOLLOWAY, *op.cit.*, p. 66.

¹¹ *idem*.

do Império, mas também pelos alongados debates parlamentares sobre os projetos então apresentados, o Código de 1890 atropelou o curso dos acontecimentos, sendo elaborado menos de um ano após a proclamação da República.

Releva notar que, se também tínhamos uma recente quebra da ordem constitucional à época do código imperial (até mais significativa pois elevava o Brasil à categoria de Estado independente), a forma com que se deu essa ruptura (tendo à frente o mesmo líder político do regime anterior) e a circunstância de que as deliberações legislativas, a par de prolongadas, tiveram lugar seis anos após a proclamação da independência política, fez com que o código de 1830 se revelasse superior ao de 1890.

É o que afirmaram, entre outros, Plínio Barreto¹²: *“É um trabalho que depõe a favor da capacidade legislativa nacional mais do que o Código de 1890, ora em vigência. Superior a este pela precisão e justeza da linguagem, constitue, para a época em que foi promulgado, um título de orgulho, ao passo que o de 1890, posto em face da cultura jurídica da era em que foi redigido, colloca o legislador republicano em posição vexatoria, tal a somma exorbitante de erros e absurdos que encerra, entremeiados de disposições adiantadas, cujo alcance não pôde ou não soube medir. O Código de 1830 tem solidez e obedece a linhas gerais. Nele observa Nabuco, as idéas liberaes attingiram a maior expansão. Tão grande foi o respeito que infundia que só 59 anos depois, em 1889, nas vésperas da queda da Monarchia, deliberou o governo mandar refundil-lo”*

5. Análise comparativa entre os códigos de 1830 e 1890

5.1 Aspectos gerais

O exame comparativo entre o Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1890, mostra que o Código republicano não introduziu profundas e significativas mudanças no tocante à aplicação da pena, salvante a abolição de algumas suas espécies, por não caberem mais em um país que estava por adentrar o século XX.

Seguindo a opção do código anterior - e que veio a se repetir no Código de 1940 - o legislador de 1890 também discriminou, uma a uma, as circunstâncias atenuantes e agravantes aplicáveis no processo de individualização das penas.

¹² *A cultura jurídica no Brasil, apud AZEVEDO, Vicente de P. V. de. Centenário do Código Criminal, in Revista dos Tribunais, vol. LXXVII, fevereiro/1931, p. 460*

Comparando ambos os diplomas, percebe-se uma quase repetição das fórmulas linguísticas usadas, salvante algumas expressões peculiares que, todavia, não alteraram o significado da causa de atenuação ou agravamento da pena.

De mencionar, apenas, duas importantes regras: a 1^a) a diminuição da pena por contar o agente menos de 21 anos de idade (artigo 18, § 10 do Código de 1830 e artigo 33, § 11 do Código de 1890)¹³; 2^a) a definição da reincidência específica, pelo código republicano, no seu artigo 40, trazendo maior limitação à amplitude dada no regime anterior. Deveras, enquanto, para a incidência da agravante, bastava, no código imperial, haver o delinquente “*reincidido em delito da mesma natureza*”, para o código de 1890 fazia-se mister que o segundo crime constituísse “*violação do mesmo artigo*” e que a segunda prática ilícita ocorresse “*depois de passada em julgado sentença condenatória*”.

Ainda digna de observação - dada a curiosidade da regra - é a previsão inserida no artigo 20 do Código de 1830, pela qual a dúvida sobre a existência de uma agravante ou atenuante, ao invés de impedir a sua incidência, levava à imposição de pena “no grau médio”. Muito embora não se pudesse exigir postura diversa do legislador penal do início do século passado, o certo é que tal previsão era contrária ao princípio do *in dubio pro reo*, ao permitir que uma agravante, mesmo não tendo sido suficientemente provada pelo órgão de acusação a ponto de gerar a certeza de sua ocorrência, pudesse elevar a pena do acusado.

Importante garantia para o acusado foi introduzida no código de 1830 (artigo 36) - seguido pelo de 1890 (artigo 67) - ao prever que “*nenhuma presunção, por mais veemente que seja, dará motivo para a imposição da pena*”.

Também em benefício do acusado, relevante conquista do direito penal moderno veio positivada nos códigos do Império e da República (artigos 33 e 61, respectivamente), com a expressa previsão do princípio da anterioridade da pena (*nulla poena sine praevia lege*), excepcionado, todavia, pela possibilidade do uso do arbítrio pelo juiz. Destaque-se, ainda, o avanço já percebido no legislador penal de 1830, quando, aceitando a retroatividade da lei penal mais benigna e a irretroatividade da lei penal mais

13 Convém observar que tanto um quanto outro código previam a punição do adolescente entre 14 e 17 anos como se fosse “cúmplice”. Também eram punidos os menores entre 9 e 14 anos que agissem “*com discernimento*” (artigo 13 do CP de 1830, que, aliás, não prevê uma idade mínima para a responsabilidade penal em havendo discernimento; artigo 30 do CP de 1890, permitindo-se, em ambos os diplomas, o recolhimento prisional do jovem até a idade em que completar 17 anos).

gravosa, previu, no artigo 309 do Código, que *“todos os crimes cometidos antes da promulgação deste Código que tiverem de ser sentenciados em primeira ou segunda instância, ou em virtude de revista concedida, serão punidos com as penas estabelecidas nas leis anteriores, quando forem menores; no caso porém de serem mais graves, poderão os delinquentes reclamar a imposição das que se estabelecem no presente Código”*.

No tocante à tentativa, ambos os códigos seguiram igual caminho, ao prever uma redução única de 1/3 (um terço) da pena prevista para o crime, salvo previsão expressa em outro sentido (artigo 34 do CP de 1830). Porém, ao contrário do que dispôs o artigo 63 do CP de 1890 (que se limitou a indicar a redução retrocitada), o legislador do Império, em razão da existência de algumas penas abolidas com a República, teve de prever que a tentativa, nos crimes punidos com pena de morte, de prisão perpétua, de galés, de banimento, de desterro e de degredo, causaria a punição pela sanção imediatamente inferior no grau de gravidade, de modo que o autor de um crime tentado, cuja punição para a sua consumação fosse a morte, deveria ser punido com prisão perpétua, e assim por diante.

O mesmo critério quantitativo, - redução em 1/3 - foi empregado por ambos os legisladores, na previsão da pena do cúmplice, que deveria ser punido com as penas da tentativa, ou, sendo o crime tentado, com as penas da tentativa reduzidas no referido percentual (artigos 35 do CP de 1830 e 64 do CP de 1890).

A propósito dessa quantificação matemática da pena cabível, com base na presença ou ausência das circunstâncias agravantes, há que se justificar tal iniciativa pelo estágio que o direito se encontrava então, e pelo receio, derivado dos abusos cometidos no passado, dos excessos judiciais na fixação da pena.

Pode soar-nos estranho que a pena média de um crime - o padrão aceito para as hipóteses de ausência de atenuante e agravante, ou de compensação entre uma e outra - correspondesse, simplesmente, à metade da soma da pena mínima com a máxima. Porém, nada mais garantidor para o acusado do que saber que não correria o risco de ser apenado no máximo da sanção criminal privativa de liberdade sem uma causa legal que impusesse tal elevação.

Não se vinculava o magistrado, portanto, a seguir um procedimento bifásico ou trifásico na busca da pena adequada ao caso julgado. Apenas verificava, sem maiores dificuldades, se estavam ou não presentes as atenuantes e agravantes positivadas no código, para, em operação lógica e matemática, encontrar a pena mínima, média ou máxima cabível.

Sobressai, de qualquer sorte, a importância da definição das penas - entre graus máximo e mínimo - como materialização do princípio da proporcionalidade, tão reclamado pelos iluministas em vista da total desproporção das penas existente na era pré-moderna.

É inegável a impossibilidade de quantificar, precisamente, a que pena deve corresponder uma conduta criminosa, pois tanto o crime quanto a pena são incomensuráveis do ponto-de-vista aritmético, como anotado por Beccaria: *“Si la geometria fuese adaptable a las infinitas y oscuras combinaciones de las acciones humanas, deberia haber una escala correspondente de penas en que se graduasen de la mayor hasta la menos dura”*.

Diante, portanto, dessa dificuldade na identificação precisa da quantidade e qualidade da pena, é indubitável que a fixação de parâmetros racionais (máximo e mínimo) cumpre, entre outras, a função de estimular o sentimento de segurança jurídica até o ponto em que a ingerência nos bens jurídicos do infrator (liberdade, patrimônio etc) seja necessária, idônea e proporcional ao crime praticado. De outro modo, esse sentimento de segurança jurídica se perderia quando a resposta penal fosse nitidamente insuficiente ou excessiva, tanto no plano abstrato (cominação legal), quanto no plano concreto (fixação e execução da pena).

5.2 Penas em espécie

É, certamente, nas espécies das penas que encontramos as maiores inovações do Código Penal de 1890, em relação ao seu predecessor.

No Código Criminal do Império previam-se as seguintes penas: morte (artigo 38), galés (artigo 44), prisão com trabalho (artigo 46), prisão simples (artigo 47), banimento (artigo 50), degredo (artigo 51), desterro (artigo 52), multa (artigo 55), suspensão e perda do cargo (58 e 59) e açoites (artigo 60).

No Código Penal de 1890, não mais tinham lugar as penas de morte, galés, degredo, desterro e de açoites, cabendo outras, como a interdição (artigo 55) e a prisão disciplinar (artigo 49), além de outras que foram mantidas, com pequenas variações terminológicas e na forma de seu cumprimento, a saber, a prisão celular (artigo 45), a reclusão (artigo 47), a prisão com trabalho (artigo 48), a suspensão e perda do emprego público (artigos 56 e 57) e a multa (artigo 58).

Já nesse simples rol de penas adotadas pelos dois códigos examinados, pode-se extrair a conclusão do significativo avanço humanizador do

diploma republicano em relação ao imperial. Confirmando a assertiva de Miguel Reale Júnior, de que “... a história do Direito Penal é a história de uma constante abolição”¹⁴, o legislador de 1890 não apenas aboliu as penas aludidas no parágrafo anterior, como estabeleceu outras iniciativas tendentes a minimizar os efeitos deletérios e negativos das penas.

Assim, inovou ao prever a temporariedade das penas, garantindo também que o condenado a penas privativas de liberdade não cumprisse, efetivamente, mais do que 30 anos de prisão (artigos 44 e 66, § 4º); fixou prazos prescricionais para a punição dos crimes (artigos 78 a 85); declarou não haver penas com caráter infamante (artigo 44).

Digna de constatação é a mudança que se operou, a partir do Código de 1830, na modalidade principal de sanção: a pena de morte e os suplícios, que grassavam no Antigo Regime com insólita facilidade, passam a constituir medida punitiva excepcional, erguendo-se a pena privativa de liberdade, nas suas várias espécies (tanto no código imperial quanto no republicano), como a forma mais usual de se impingir punição ao violador da lei penal.

5.3 A pena de morte

No que concerne à pena capital, impende salientar que, por pouco, já não foi ela abolida por ocasião de nosso primeiro código penal, como se percebe pela leitura do seguinte trecho do parecer da Comissão Mista (formada por membros do Senado e da Câmara) que examinou os projetos Clemente e Vasconcelos: “*A comissão desejou suprimir a pena de morte, cuja utilidade raríssimas vezes compensa o horror causado na sua aplicação, principalmente no meio de um povo de costumes doces, qual o brasileiro; porém o estado actual da nossa população, em que a educação primária não pode ser geral, deixa ver hipóteses, em que seria indispensável; tendo a consolar-se desta triste necessidade com a providência da lei que proíbe a execução de tal pena, sem o consentimento do Poder Moderador, que seguramente o recusará quando convier a substituição*”¹⁵.

De qualquer modo, a manutenção da pena de morte no código imperial¹⁶ já representou um grande avanço no aspecto relativo à sua execução. Deveras, as punições no Antigo Regime constituíam um grandioso momento da vida social, no qual o espetáculo infamante, misto de afirmação

14 *Novos rumos do sistema criminal*, RJ, Forense, 1983, p. 40

15 AZEVEDO, Vicente, op. cit., p. 455

16 Não se há de olvidar que a pena de morte era aplicada a pouquíssimos crimes definidos no código: para cabeças de insurreições escravas, homicídios e roubos com resultado morte.

do poder do soberano e de exemplaridade da punição, era o mais importante. O ritual da pena de morte principiava-se com a publicidade que se dava à execução, ao cortejo pelas ruas da cidade e, por último, à cruel inflição de suplícios ao condenado, que era impiedosamente humilhado, torturado e morto à frente de todos.

Nesse contexto, explicava-se o significado da expressão “*mil mortes*”. Segundo Silvia Lara¹⁷, não se tratava simplesmente de matar o criminoso, “... *mas de relacionar a gravidade de sua falta ao rigor da punição, fazer com que o sofrimento do condenado inspire temor e sirva de exemplo, expiando suas culpas e restaurando o poder real violado pelo crime em toda a sua força e plenitude. Uma só morte não bastava: criou-se um repertório de mortes, uma tecnologia para fazer morrer, de vários modos e em tempos diversos*” (morte “por ello”, morte natural, morte natural na forca ou no pelourinho, morte natural na forca para sempre etc).

Impõe sublinhar que a pena de morte, geralmente utilizada contra escravos, foi paulatinamente sendo abandonada, de fato, durante o Império, por sucessivas graças do Imperador, não se tendo, aliás, registrado qualquer nova execução contra homens livres após o ano de 1855, quando um fazendeiro da região de Macaé (RJ), de nome Manuel da Mota Coqueiro, acusado de matar um casal e seus seis filhos, morreu na forca, restando a suspeita de ter ocorrido um grave erro judiciário.

Saliente-se, ainda, que o corpo do enforcado era entregue aos seus parentes e amigos, com a proibição, todavia, de ser sepultado “*com pompa, sob pena de prisão por um mez a um anno*” (artigo 42), sendo, outrossim, adiada a execução da pena de morte em “*mulher prenhe*” para depois do 40º dia do parto (artigo 43).

5.4 Pena de açoites

Embora de menor gravidade em relação à pena de morte, já que, bem ou mal, ainda preserva a vida humana, é incontestável que a pena de açoites representava uma ignomínia tão grande quanto a sua própria razão de ainda existir no século XIX: a escravidão.

Mantida no Código de 1830 especialmente para servir à classe escrava, entendia-se que somente através do chicote se poderia “dobrar” um negro desobediente, insolente, larápio ou violento que praticasse um crime de menor gravidade (eis que os crimes mais graves lhes geravam a pena capital ou a pena de galés). Adotava-se, assim, a máxima de Jorge Benci (1705):

17 *Ordenações Filipinas*, Livro V, SP, Companhia das Letras, 1999, p. 22

“Haja açoites, haja correntes e grilhões, tudo a seu tempo e com regra e moderação devida, e vereis como em breve tempo fica domada a rebeldia dos servos; porque as prisões [no sentido de “correntes” ou “grilhões”] e açoites, mais do que qualquer outro gênero de castigos, abatem-lhes o orgulho e quebram os brios”.¹⁸

Em verdade, os senhores dos escravos e o próprio Estado não apenas se valiam dessa forma cruel de punição para uma afirmação de poder, mas também por razões econômicas, haja vista o prejuízo incalculável que resultaria à economia do país e do senhorio manter preso um escravo por meses ou anos, sendo mais racional e prático impor ao escravo uma punição mais sumária, eficaz, cruel e infamante.

O Código de 1830, ainda que sem tal intenção, abrandou o rigor dessa sanção, ao determinar que o número de açoites devesse constar da sentença e que não se poderia infligir, diariamente, mais de cinquenta chibatadas ao escravo.

Ainda assim, essa foi talvez a grande mancha a macular o código imperial, pois, como anotou Carlos Perdigão *“si a lei penal deve ser para o povo a luz que o dirija, a regra para os seus costumes, e si, demais, deve estar em perfeito acôrdo com as instituições políticas e sociais da época, não se pode conceber, no estado presente de nossa civilização, mais irritante anomalia do que a pena de açoite. mais do que anomalia; germen de degradação e de corrupção sociaes, em tanto quanto abate o perverte o senso moral da população, em tanto quanto é insuperável obstáculo à emenda do culpado escravo e à sua classificação na sociedade”*¹⁹.

5.5 Outras penas

No que diz respeito às penas de **prisão perpétua** e de **galés**²⁰, vai aqui uma curiosidade histórica: dias antes de ser publicado o Código Penal de 1890, o Governo Provisório aboliu, através do Decreto nº 774, de 20 de setembro de 1990, essas duas penas, o que não foi merecedor de unânime apoio, máxime no tocante à prisão perpétua, que, para os positivistas, era considerada o único meio de dar plena satisfação ao direito social de defesa, por seu efeito eliminador, que retirava, para sempre, o criminoso do convívio social.

18 JORGE BENCI, S. J. *Economia cristã dos senhores no governo dos escravos*, apud SILVIA LARA, *Ordenações Filipinas*, Livro V, p. 42).

19 *Código Penal*, RJ, Tomo 1º, Garnier Livreiro-Editor, 1882, p. 270

20 As penas de galés, em caráter perpétuo ou temporário, significavam trabalhos públicos forçados, com os pés acorrentados a grilhões (“calceta no pé e corrente de ferro” - artigo 44 do Código de 1830).

O Código Penal de 1830 fazia algumas vedações à aplicação da pena de galés: mulheres, menores de vinte e um anos e maiores de sessenta recebiam pena alternativa: de prisão simples para aquelas, e de prisão com trabalho para estes.

No que toca às penas privativas de liberdade, já apontadas as variações terminológicas, observa-se que, no Código de 1830, **prisão simples** implicava tão somente o recolhimento do apenado às prisões públicas pelo tempo marcado na sentença; **prisão com trabalho** importava obrigação de trabalhos diários no próprio recinto das prisões; e as **galés** (que não deixavam de ser uma espécie mais gravosa de pena privativa de liberdade), que impunham ao condenado o trabalho, sob correntes e grilhões, em obras públicas.

Já no Código de 1890, as penas privativas de liberdade eram diferenciadas, basicamente, pelo local onde eram cumpridas: estabelecimento especial, com isolamento celular e trabalho obrigatório (**prisão celular**); fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares (**reclusão**); penitenciárias agrícolas ou presídios militares (**prisão com trabalho**); estabelecimentos industriais especiais (**prisão disciplinar**).

Dentre as penas não privativas de liberdade, destacam-se, em ambos os códigos, a de **banimento**, que significava, para o sentenciado, a privação de seus direitos de cidadão brasileiro, além da proibição de habitar o território nacional (em caráter perpétuo, no Código de 1830); a **multa**, estabelecida tendo como parâmetro os rendimentos diários do sentenciado, podendo ser convertida em prisão em face do não pagamento; a **suspensão** e **perda do emprego** ou cargo público, com possibilidade de novo acesso por eleição popular (na hipótese de suspensão).

Por derradeiro, previam-se no código imperial duas outras modalidades de penas não acolhidas na legislação republicana: o **degredo**, consistente na obrigação de residência em determinado lugar, que não aquele onde reside o ofendido, e o **desterro**, que obrigava o réu a sair “*dos termos dos lugares do delito, da sua principal residencia, e da principal residencia do offendido, e a não entrar em algum delles durante o tempo marcado na sentença*”.

Referências bibliográficas

- AZEVEDO, Vicente de P. V. de. *A cultura jurídica no Brasil*. Centenário do Código Criminal, in *Revista dos Tribunais*, vol. LXXVII, fevereiro/1931.
- BOECHAT, Leda. *História do Supremo Tribunal Federal*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1991.
- BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*, RJ, Companhia das Letras, 1995.
- Código Penal*, RJ, Tomo 1º, Garnier Livreiro-Editor, 1882.
- HOLLOWAY, Thomas. *Polícia no Rio de Janeiro, repressão e resistência numa cidade do século XIX*, RJ, Fundação Getúlio Vargas, 1997.
- JORGE BENCI, S. J. *Economia cristã dos senhores no governo dos escravos*, apud SILVIA LARA, *Ordenações Filipinas*, Livro V, SP, Companhia das Letras, 1999.
- REALE JÚNIOR, Miguel, *Novos rumos do sistema criminal*, RJ, Forense, 1983.
- THOMPSON, Augusto. *Esboço histórico do direito criminal luso-brasileiro*, RT, 1976.

UNIDADE DE JULGAMENTO, IGUALDADE DE TRATAMENTO E O JUIZ NATURAL: ENTRE PONDERAÇÕES, ACOMODAÇÕES E ADEQUAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Eugênio Pacelli¹

Introdução

O presente texto vem a propósito do julgamento da Ação Penal 470, de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Se não nos cabe enfrentar as questões específicas ali tratadas, tendo em vista não termos atuado naquele processo, podemos, de outro lado, cuidar daquelas levantadas em abstrato, no corpo do voto de alguns dos ilustres Ministros que participaram do histórico julgamento que ficou conhecido como mensalão.

Iniciamos com a seguinte questão: o juiz natural se põe a salvo de qualquer exceção na concretização dos processos judiciais penais? Constituiria ele um princípio constitucional soberano, superior a quaisquer outras incidências normativas?

A(s) resposta(s) ao dilema reclama o ingresso, no debate, de outras importantes questões próprias da dogmática processual penal, e tem como substrato de fundamentação argumentações de fundo constitucional.

Parece-nos curioso, à partida, que a doutrina brasileira não se ocupe e nem se preocupe muito com uma distinção aparentemente óbvia que deveria e deve ser feita em relação ao, a) significado/conceito, e, b) a

¹ Mestre e Doutor em Direito. Procurador República. Relator-geral do anteprojeto de novo CPP – PLS 156, do Senado Federal, atualmente em lenta tramitação na Câmara dos Deputados.

justificação/explicação, que devem orientar a compreensão e a aplicação das regras processuais de conexão e de continência, sobretudo, no processo penal brasileiro, em que há diferentes critérios de distribuição da jurisdição.

Com efeito, e, na linha do (bem ou do mal) dito popular, uma coisa é uma coisa e outra coisa é outra coisa! Parece irrecusável, por exemplo, que há unidade de conduta na continência (art. 77, I e II, CPP), e pluralidade delas na conexão (art. 76, I, II e III, CPP). Diferenças radicais, particularmente para os propósitos do texto que se segue.

Adiante-se que nossa conclusão é no sentido de que a nossa Egrégia Corte acertou na recusa à separação dos processos, no que diz respeito à identidade de ações imputadas a vários corréus e àqueles comportamentos que se entrelaçavam a outros na configuração dos delitos então imputados.

Não nos interessa, aqui, traçar quadro comparativo em relação a outros julgados daquela Corte, a fim de se comprovar, ou não, a coerência do Tribunal no trato da matéria. Até por que semelhante tarefa exigiria o avanço sobre detalhes tão minuciosos de diferentes imputações, no tempo e em processos diversos, que não conseguiríamos cumprir o calendário e a agenda que nos foi repassada.

Perde-se, com isso – reconhecemos – a possibilidade de ampliação do horizonte crítico a respeito das fundamentações utilizadas no citado julgamento, sobretudo no que toca ao plano de mérito.

Todavia, e, em outra ponta, como nos limitaremos à questão da unidade do julgamento em casos de continência, e, excepcionalmente, de algumas poucas situações de conexão, nossas conclusões de ordem teórica e dogmática não serão afetadas pela ausência de tal abordagem. Ou seja, a nosso aviso, e, em tese, se a Suprema Corte deu tratamento diferente a hipóteses iguais, como sustentam alguns, teria ela incorrido em erro! Erro somente constatável por aqueles que se detiveram em profundidade ao exame dos autos nos processos com decisões dissidentes.

Mas, em um ou em outro exemplo, qualquer que seja o paradigma da decisão a ser analisada, haverá erro na determinação da separação de processos nos casos de unidade de conduta, consoante os precisos termos do art. 77, I e II, CPP.

E que não se pense – senão como respeito ao subscritor do texto, pelo menos em homenagem à pouca complexidade do tema – que estamos a fazer prevalecer normas de legislação ordinária sobre conteúdos de origem constitucional, como é o caso do juiz natural. Em hipótese nenhuma e em

nenhuma hipótese: nossos argumentos, e o fundamento em torno do qual orbitam, se originam também na Constituição da República. Evidentemente.

1. Síntese da decisão e das respectivas fundamentações

Vejam, então, em que consistiu a aludida decisão acerca da manutenção da unidade de julgamento para os diversos corréus, a maioria dos quais sem prerrogativa de função no Supremo Tribunal Federal.

É da ementa (parte dela) que se extrai o seguinte:

Decisão: *O Tribunal, por maioria, rejeitou a questão de ordem suscitada da tribuna pelo advogado Márcio Thomaz Bastos, ratificada pelos advogados Marcelo Leonardo e Luiz Fernando Sá e Souza Pacheco, de desmembramento do processo, para assentar a competência da Corte quanto ao processo e julgamento dos denunciados que não são detentores de mandato parlamentar, vencidos os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski (Revisor) e Marco Aurélio (...). Plenário, 02.08.2012.*

Ao que facilmente se conclui, tratava-se de argumentação acerca de suposta impossibilidade de julgamento de corréus não detentores de foro privativo no Supremo Tribunal Federal, ao fundamento de que, se assim se procedesse, ter-se-ia por violado o princípio do juiz natural. Argumentação *a desoras*, obviamente, ou, em bom português, em homenagem à preferência de estilo linguístico de um dos eminentes magistrados da Corte, argumentação de última hora, aos quarenta e seis minutos do último tempo.

O que, aliás, não significa nenhum demérito a quem a suscitou – uma das partes, por seu ilustre patrono – já que o defensor deve mesmo se esmerar na proteção dos interesses de seu constituinte.

O que surpreendeu e surpreende até hoje foi o processamento da questão de ordem pela Presidência do Tribunal, como se, de fato, uma delas (questão) ali estivesse presente. Não bastasse a posição já dominante naquela Corte sobre ser possível o processo e o julgamento contra pessoas não detentoras de foro privativo naquela Casa, em casos de continência (e até de conexão!), a questão já havia sido enfrentada e *repelida* pelo Tribunal, muito tempo antes. Relembre-se que a Ação Penal 470/MG remonta ao ano de 2007! E, ao propósito, tal entendimento consta de Súmula da jurisprudência daquela Casa, a saber, a de nº 704, que tem a seguinte redação:

Súmula 704/STF: Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados.

Mas, para afastar a força de tais objeções, o eminente Revisor, Ministro Ricardo Lewandowski, buscou apoio na literalidade de algumas máximas processuais da tradição de nossa jurisprudência e doutrina, todas de longa data e, contudo, de pertinência duvidosa.

Com efeito, brandiu-se, então, que:

- a) a questão ali levantada não estaria preclusa por se tratar de matéria de ordem pública, que pode ser conhecida a qualquer tempo;
- b) a fundamentação constitucional então levantada não havia sido ainda enfrentada pelo Tribunal, o que, pelos dois motivos – natureza constitucional do argumento e não apreciação da questão no julgamento – justificava o conhecimento e o julgamento da questão de ordem.

E, mais, já agora no plano do mérito, chegou-se à conclusão da necessidade de separação dos processos, mantendo-se ali, na Corte, apenas as acusações processadas contra aqueles com foro privativo no Supremo Tribunal Federal.

Vamos por partes e em ordem, colhendo-se do voto do eminente Revisor:

- c) a competência em razão da função, que é excepcional, não pode ser interpretada de forma ampliativa, mas, ao contrário, de forma restritiva; apenas aqueles que detêm determinadas funções terão prerrogativa de foro, a fim de evitar que decisões venham a comprometer a ordem democrática;
- d) o Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, tem desmembrado os procedimentos penais, determinando a remessa ao juízo competente, quanto àqueles que não detêm prerrogativa, com fulcro no artigo 80 do CPP; sempre que decidiu pelo não desmembramento, observa-se que assim o fez por argumentos de “natureza casuística”;
- e) a prorrogação legal de competência, como a continência e a conexão, não podem ampliar as regras constitucionais de competência, devendo incidir apenas em sentido horizontal, nunca vertical;
- f) a possibilidade de decisões conflitantes não é justificativa bastante para o não desmembramento, como vem decidindo o STF, porque essa possibilidade pode ocorrer em qualquer desmembramento e em qualquer instância, vale dizer, o risco de decisões contraditórias

não faria da reunião dos processos uma mera faculdade (artigo 80 do CPP);

- g) o artigo 78, III, do CPP não foi recepcionado pela Constituição ao preceituar que “no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação”, em especial nos casos em que a competência for estabelecida de forma taxativa pela própria Constituição;
- h) como exemplo, observe-se a edição, pelo STF, da Súmula 721, com o seguinte teor: “A competência constitucional do tribunal do júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual”;
- i) o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, de quem não detém prerrogativa de função, fere o princípio do duplo grau de jurisdição, com assento constitucional (segundo o Revisor, inserto no artigo 5º, LIV e LV, da CF), contido no artigo 8º, 2, “h”, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), internalizada no Brasil pelo Decreto nº 678/1992 (c/c artigo 5º, § 2º, da CF); a exceção a esse princípio somente é aceitável aos casos em que a própria Constituição estabelece a prerrogativa, ou seja, por opção do próprio constituinte, que não pode ser chamada de arbitrária, pois fundamentada em razão da ocupação de cargos públicos específicos e de maior relevo

Mais adiante, e em reforço de sua argumentação, honrou-nos com citação de trabalho de nossa autoria, *in verbis*:

Diante dessa realidade, segundo Eugênio Pacelli:

Optou-se, então, pela eleição de órgãos colegiados do Poder Judiciário mais afastados, em tese, do alcance das pressões externas que frequentemente ocorrem em tais situações, e em atenção também à formação profissional de seus integrantes, quase sempre portadores de mais alargada experiência judicante, adquirida ao longo do tempo de exercício na carreira.

...

Eugênio Pacelli de Oliveira, nessa linha de raciocínio, explica o seguinte:

(...) a subtração ao juiz cuja competência seja prevista na Constituição, é dizer, o seu afastamento por quaisquer critérios que não constituam exceção de natureza constitucional, configurará sempre violação à regra do juiz natural, seja como instituição do juiz ou tribunal de exceção, maculando-se a impessoalidade que devem imperar na distribuição de jurisdição, seja como inadequação do serviço estatal prestado.

Como se sabe, a tese e respectivos fundamentos não foram acatados após longos e calorosos debates, exceção feita ao Ministro Marco Aurélio.

O Relator, Ministro Joaquim Barbosa, repeliu a tentativa de separação dos processos, encarecendo que:

- a) a questão já fora amplamente debatida pelo Plenário sendo decidido pelo não desmembramento do processo, por três vezes; O CPC diz que a mesma questão não será debatida 3, 4, 5 vezes;
- b) Suscitou a vinculação da Corte à Súmula nº 704, cujo texto vimos de reproduzir, linhas antes.

Fizeram coro à Sua Excelência, a Ministra Rosa Weber, assentando que “essa questão já foi apreciada por três vezes, neste Plenário; o processo é uma marcha no tempo. Há um instituto que aqui se opera, o da preclusão. O Direito é ciência cultural, o que oportuniza sempre indagação e aprofundamento na matéria, mas não se pode, no mesmo processo, voltar atrás; a marcha é para frente”, e, também, o Ministro Luiz Fux, o Min. Toffoli, a Ministra Carmen Lúcia, o Min. Gilmar Mendes, o Min. César Peluso, o Min. Celso de Mello e o Min. Ayres Britto, então Presidente da Corte.

Na ocasião, o ilustre Relator também nos honrou com transcrição de texto de nossa lavra:

Leio, a propósito, as lições de Eugênio Pacelli, verbis: em uma ação penal da competência originária dos tribunais de segunda instância, por exemplo, não se poderá alegar violação ao duplo grau de jurisdição, pela inexistência de recurso cabível. O referido órgão colegiado, nessas situações, estará atuando diretamente sobre as questões de fato e de direito, realizando, então, a instrução probatória e o julgamento. Estará garantido, portanto, o reexame da matéria por mais de um único juiz (a pluralidade de decisão, pois), sobretudo quando a competência para o julgamento for atribuída ao Plenário do Tribunal. De todo modo, o afastamento da exigência do duplo grau em tais casos decorreria da própria Constituição. (Curso de Processo Penal, 11ª edição, fls. 722)

2. Constituição, direitos e garantias na pluralidade do Estado de Direito

Importa-nos nesse ponto ressaltar alguns dos principais aspectos de uma ordem constitucional que tenha pretensões democráticas, iniciando com o mais visível deles: o pluralismo político.

De fato, sabido que nas Constituições do Estado moderno, quando forjadas por um poder efetivamente constituinte, estará sempre presente a

diversidade de pretensões individuais e coletivas, até por razões demasiado humanas, o acolhimento de tantos interesses distintos somente será e é possível no plano da abstração normativa.

Mais ainda: apenas em documentos de conteúdo eminentemente político e com efetivas preocupações sociais, como é o caso das Constituições de corte democrático e de perfil republicano, nas quais não há espaço para o dirigismo ou para o protagonismo estatal, a determinar, de cima para baixo, a concessão de direitos e as preferências de grupos ou classes que compõem o cenário constituinte. Deve-se acolher a diversidade, a variedade de interesses e, enfim, o pluralismo na formação do Estado e da sociedade então e assim organizada.

Ocorre que o acolhimento de ordens tão variadas de interesses sempre determinará um horizonte normativo de inevitáveis conflitos, quando da satisfação concreta de um ou de outro, ou, mais claramente, de um em face do outro. Liberdade de imprensa, por exemplo, constitui direito de todos, no proveito do interesse público. De outro lado, a honra e a imagem constituem patrimônio individual bem delimitado ou personalizado. Nada obstante, também os direitos individuais apresentam dimensão coletiva e difusa, na medida em que o respeito a eles produz resultados para além dos respectivos titulares, dado que o atendimento das necessidades de cada um haverá de resultar na satisfação geral de todos.

Nessa quadra do desenvolvimento do direito constitucional, e, antes dele, da teoria e da filosofia do direito, não há mais lugar para a afirmação apriorística da prevalência do interesse público sobre o privado e nem do coletivo sobre o individual. Há entre todos eles, por assim dizer, relação de reciprocidade e de complementariedade, que os conduz à convergência para o mesmo endereço: o direito à coexistência nos níveis mais elevados possíveis de atendimento aos interesses gerais.

No âmbito do Direito aplicado, isto é, naqueles casos em que os dissensos e os conflitos entre pessoas e/ou entre grupos são de tamanha envergadura que exigem a intervenção de um terceiro - em posição de objetivo desinteresse -, a jurisdição estatal é convocada a concretizar as soluções mais adequadas a cada um deles (dissensos). A divulgação de fatos e de nomes das pessoas envolvidas pode constituir, em tese, o livre e regular exercício da liberdade de imprensa. Do outro lado da prensa (no sentido de mídia, em geral), porém, haverá aquele que, citado na reportagem ou publicação, entenda-se em condições de impedir a exposição de sua imagem, à compreensão de que teria, também ele, direito constitucional a ser protegido.

O segundo aspecto a ser abordado, então, e ainda relativamente à Constituição e aos direitos subjetivos nela garantidos, diz respeito aos métodos ou às possibilidades jurídicas dessas soluções de conflitos ou de tensões entre normas (jurídicas) que, menos eventualmente que se pensa, podem se fazer presentes em um mesmo contexto fático e em níveis semelhantes de subsunção ao caso concreto.

E quando isso ocorrer no plano das normas constitucionais, a questão que se porá, então, dirá respeito aos critérios de escolha da norma de preferência, isto é, daquela mais adequada a resolver o dissenso, sem prejuízo algum à validade e ao alcance da outra, cuja aplicação tenha sido afastada.

E o problema efetivamente existe, a partir da consideração de que:

- a) todas as normas envolvidas são válidas e vigentes, reclamando ambas a aplicação ao caso concreto, se admitido que as duas podem se subsumir nos fatos submetidos à jurisdição;
- a) os tradicionais critérios da cronologia, da hierarquia e da especialidade são insuficientes para a solução da questão, dado que as normas envolvidas tem a mesma origem (constitucional), são contemporâneas e não guardam relação de especialidade ou de generalidade.

Quais seriam, então, as normas constitucionais que teriam fundamentado a decisão da Suprema Corte na citada Ação Penal 470/MG? E, mais que isso, quais seriam aquelas outras que, por sua pertinência, deveriam ter sido também abordadas e/ou utilizadas naquele julgamento?

3. O Juiz Natural

Na certeza de que sequer se fazem necessárias quaisquer incursões na retrospectiva histórica do princípio do juiz natural, e, por isso, limitando-nos a definir os contornos mais evidentes de sua configuração na ordem jurídica nacional, pode-se afirmar que a proibição do juiz ou do tribunal de exceção (artigo 5º, CF) constituiria o seu núcleo essencial.

De fato, e como ocorre em relação às demais funções da Administração Pública, também a jurisdição há de se orientar por critérios de absoluta impessoalidade. Nesse passo, a cegueira da Justiça seria a sua primeira virtude, se bem compreendida como distanciamento prévio em relação ao objeto de seu julgamento, o que incluiria, em consequência, a sua desvinculação com os interesses das partes.

Juiz ou tribunal de exceção será sempre aquele órgão da jurisdição constituído após a prática do crime e sem obediência aos limites gerais de fixação das funções jurisdicionais. De exceção será também o juiz ou o tribunal que vierem a ser compostos por órgãos não integrantes do Poder Judiciário, ou não investidos regularmente na respectiva função.

Tanto bastaria para se delimitar em cores mais vivas a importante função atribuída ao princípio do juiz natural, indispensável ao funcionamento da Justiça no Estado de Direito.

Mas, o ordenamento brasileiro não se contentou com a vedação do juiz ou do tribunal de exceção, na medida em que, ao dispor sobre o Poder Judiciário, repartiu em várias especialidades a função jurisdicional, atribuindo a órgãos diversos a competência para a apreciação de determinadas causas. Daí falar-se em competência por matéria e em competência por prerrogativa de função no âmbito da jurisdição criminal. O critério territorial, isto é, a definição da competência segundo o lugar do crime não tem foro constitucional, prestando-se mais a resolver questões de conveniência da instrução criminal. Exatamente por isso, não integra o conceito e nem apresenta as mesmas consequências do princípio do juiz natural.

Dispõe a Constituição da República que o juiz natural para o processo e o julgamento de membros do Congresso Nacional nos crimes comuns é o Supremo Tribunal Federal, consoante o disposto no artigo 102, I, *b*. Em princípio, portanto, o afastamento daquele foro para os citados congressistas implicaria violação do juiz natural, com afetação do grau de jurisdição assegurada a tais ocupantes de tão relevantes cargos.

De outro lado, e já agora, surgiria a necessidade de se enfrentar a questão atinente à possibilidade, ou não, de aquela Corte poder julgar também pessoas que não tem ali o seu juiz natural, por não exercerem quaisquer das funções e/ou cargos assinalados no citado artigo 102 da Constituição da República.

É dizer, para tais pessoas a previsão constitucional da respectiva jurisdição não se consolidaria na prerrogativa de função, e, sim, por matéria, segundo a natureza do crime. Tratando-se de crime federal, ou seja, daqueles submetidos à respectiva jurisdição, por força do artigo 109, CF, a competência seria do juiz federal de primeiro grau; se estadual, do juiz de direito, se eleitoral, do juiz eleitoral e, se militar, da Justiça Militar (da União ou dos Estados, a depender da infração e da atividade desenvolvida pela agente).

Surgiria, portanto, a dúvida acerca da possibilidade de, em relação a essas pessoas, haver violação ao princípio do duplo grau de jurisdição e ao do juiz natural.

A resposta é negativa, segundo nos parece, em especial no que toca ao juiz natural. É que, embora outro seja o juiz apontado na Constituição da República, o julgamento diretamente por um Tribunal, sobretudo quando Superior (STF e STJ), não constitui exceção alguma, no sentido específico do conceito de juiz ou tribunal de exceção. Pressupõe-se, ao contrário, que os Tribunais sejam integrados por magistrados com maior experiência judicante que os juízos singulares. Não bastasse, o julgamento nos tribunais é feito por órgãos colegiados, qualificando ainda mais as decisões (em tese, é claro).

De modo que, em princípio, o deslocamento do juiz natural instituído em razão da matéria para outro (juiz também natural), fixado por prerrogativa de função, não oferece desdobramentos relevantes no que toca ao devido processo legal constitucional, na medida em que se estaria alterando o julgamento do caso penal de um juiz singular para um tribunal, colegiado.

A exceção correria por conta do Tribunal do Júri, competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Nessa hipótese, ser julgado por um órgão orientado pela livre apreciação jurídica do fato, isto, por um órgão composto por pessoas sem formação jurídica, mas com legitimidade constitucional para decidir sobre o justo e sobre o injusto, é mesmo diferente de ser julgado por qualquer Tribunal integrado por juízes togados. E não há como estabelecer um critério decisivo para as eventuais preferências dos acusados em uma ou em outra instância: tanto o júri quanto os tribunais estão sujeitos a erros. O problema do Júri é a absoluta ausência de controle quanto às razões de sua decisão, já que eles não estão obrigados a fundamentá-las.

Precisamente por isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal prefere determinar a separação obrigatória de processos quando um dos acusados tiver foro privativo em tribunais nos crimes dolosos contra a vida. Compreensível, mas, ainda assim, discutível, na medida em que se autoriza a possibilidade de decisões absolutamente distintas para um mesmo fato, como sói ocorrer nos casos de continência (e não de conexão!).

Já no que diz respeito à possível violação ao duplo grau de jurisdição, não parece haver dúvidas quanto ao fato da evidência de tal conclusão, dado que aquele que não tem foro privativo perderá a possibilidade de ser julgado duas vezes, por órgãos e em jurisdições distintas. A questão, porém, não

acaba aqui. Nas ações penais originárias os tribunais apreciam inteiramente toda a matéria de fato e de direito, além de exercerem o poder de controle jurisdicional das decisões dos juízes de primeiro grau, competentes originariamente em razão da matéria. A exigência do duplo grau, portanto, se encontra ao nível da jurisdição ordinária, de modo a permitir o reexame de uma decisão de um juiz singular por um órgão colegiado.

Mais se dirá sobre tais questões, quanto ao tempo de nossas conclusões.

4. Unidade da função jurisdicional

Na vertente da proibição do juiz ou do tribunal de exceção, o princípio do juiz natural nada mais faz que consagrar a garantia da impessoalidade da Administração Pública, de modo a evitar possíveis manipulações arbitrárias da jurisdição e de preservar o distanciamento objetivo do juiz em relação aos fatos e às partes, para muito além das conhecidas causas de impedimento, de suspeição e de incompatibilidade do magistrado com e no processo (artigo 112, artigos 252, 253 e 254, CPP).

Já em relação aos fundamentos para a instituição de foros por prerrogativa do cargo exercido, o que se pretende assegurar é a simetria funcional entre o grau de jurisdição com competência originária para o processo e aquela (função) exercida pelo acusado, que devem situar-se em níveis assemelhados de posições hierárquicas no Poder Público.

Assim, os membros do Congresso Nacional, que representam o nível mais elevado do Poder Legislativo nacional, serão julgados pelo Tribunal que ocupa o mesmo grau de relevo no âmbito do Poder Judiciário (o Supremo Tribunal Federal).

Se a competência por matéria cuida de diferentes níveis de especialização da jurisdição, aquela fixada em razão da função exercida pelo acusado tem outra fundamentação, qual seja a de equivalência de escalonamento na estrutura do respectivo Poder. Do ponto de vista abstrato, não há qualquer dúvida quanto à especialização intrínseca dos tribunais – de todos eles – para a apreciação de qualquer matéria criminal.

Essa conclusão fica muito mais clara quando se pensa na competência criminal originária dos Tribunais Superiores. A competência do Supremo Tribunal Federal para julgar deputados federais e senadores não decorre da matéria criminal sob exame. A natureza do crime a eles imputados é indiferente para a fixação daquele foro. Tanto poderá ser eleitoral, quanto estadual, federal ou até militar o crime a ser ali apreciado. Do mesmo

modo, a competência do Superior Tribunal de Justiça para o julgamento dos governadores dos Estados não depende da espécie de delitos a eles atribuídos. Note-se também que a Constituição da República assegura o foro dos Tribunais de Justiça dos Estados para o julgamento dos juízes de direito até mesmo quando se tratar de crimes de natureza federal (artigo 96, III). Se não nos parece uma boa política criminal (na perspectiva processual), por que, na prática, tais Tribunais tendem a se especializar por matéria (nos crimes estaduais), a fonte da escolha vem da Constituição da República. O que faz com que tenhamos que aceitar a ideia no sentido de que todos os tribunais deveriam se especializar nas mais diferentes matérias criminais. Do contrário, como aceitar que um juiz de direito ou outro que tenha foro ali, nos Tribunais de Justiça, sejam ali julgados em matéria federal? E o mesmo valeria para a competência dos Tribunais Regionais Federais nos julgamentos de crimes estaduais cometidos por juízes federais ou por outras pessoas que ali têm seu foro privativo.

Teríamos, então, e, inevitavelmente, que rejeitar a opção constitucional, dando-a por inválida em face da própria Constituição, em seu contexto mais geral sobre o exercício da jurisdição, o que, convenhamos não parece tarefa fácil, além de contrariar rigorosamente toda a jurisprudência de todos os nossos tribunais.

Tudo isso vem a propósito do seguinte: a função jurisdicional é uma só, enquanto manifestação do Poder Judiciário na solução dos conflitos. Pode-se dizer, assim, que a jurisdição é una, ainda quando repartida a competência de seus órgãos entre diferentes juízes e tribunais. A divisão de tarefas por matérias (trabalhista, militar, eleitoral, comum – federal e estadual) tem o único objetivo de otimizar o exercício do aludido Poder, por meio da especialização dos juízos, sempre com o objetivo de enriquecer e qualificar a distribuição de Justiça.

A garantia do juiz natural por matéria penal traduz a preocupação com o grau de especialidade de determinados delitos, assegurando ao jurisdicionado o julgamento por magistrado que lida cotidianamente com tais questões. O juiz federal não é superior ao juiz de direito – e nem o contrário -, mas a garantia de um e de outro como o juiz natural para a apreciação do crime federal e do estadual decorre exatamente do fato da especialização por matéria determinada pela repartição constitucional da competência jurisdicional.

E quanto aos foros privativos por prerrogativa de função, o fundamento, repita-se, não é o da especialidade, mas da relevância do

cargo ocupado pelo acusado, a exigir uma instância do Judiciário de mesma equivalência funcional. Deferência bastante discutível, mas feita por quem podia fazê-lo: o constituinte. No entanto, semelhante critério somente pode ser explicado a partir de um pressuposto lógico: o de que todos os Tribunais devem ser também especializados em toda a matéria criminal, sem o que os foros privativos seriam um grande risco para aqueles que gozam de tais prerrogativas. Riscos esses que não alcançariam aqueles que têm como foro em razão da função o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, cuja competência recursal já inclui a especialização em todo tipo de delitos (federal, estadual, eleitoral, militar e dolosos contra a vida).

Mas, fato é que, enquanto manifestação definitiva do Direito a ser aplicado (a jurisdição), deve-se evitar ao máximo a possibilidade de decisões diferentes para a mesma situação de fato no âmbito da mesma jurisdição criminal. Divergências na responsabilização civil e penal podem ocorrer, mesmo diante das peculiaridades das respectivas regras de imputação. Porém, e para reduzir tais inconvenientes, há previsão legal de condicionamentos entre as instâncias cíveis e criminais, conforme o disposto no artigo 935, do Código Civil, e artigos 65, 66 e 67, do CPP.

Daí, a importância de se distinguir os conceitos e as consequências entre a conexão e a continência, ambas reguladas no CPP (artigo 76 e artigo 77), na medida em que tratam de questões evidentemente diferentes.

5. Das regras de alteração de competência no CPP

Em princípio, uma vez distribuído o processo, não haveria razão alguma para se afastar aquele juízo previamente fixado segundo as determinações legais pertinentes. É dizer: determinada a competência pela distribuição, que razões poderiam justificar a sua alteração?

De se ver, de início, que a matéria atinente à modificação de competência jurisdicional não tem foro na Constituição.

A rigor, parece justificadamente deduzível do conjunto de regras processuais que cuidam das alterações de competência no velho Código de Processo Penal, que o que se tinha ali em mira, prioritariamente, era a competência territorial, e, secundariamente, a competência em razão da matéria ou por exercício de função. De todo modo, e à vista da ausência de poderes onipotentes ou videntes do legislador responsável pelo CPP de 1941, não se pensava então no atual modelo de distribuição de competência realizada na Constituição da República de 1988.

Ensinam os doutos que mesmo a regra contida no artigo 78, III, CPP, que trata da prevalência da jurisdição mais graduada, nada tinha que ver com a competência originária dos tribunais.²

E, mais importante que isso, a legislação ordinária da época não estava atrelada às eventuais determinações constitucionais que pudessem impedir a modificação de jurisdições pela diferença hierárquica entre as diferentes normas (Lei e Constituição). É certo, por exemplo, que as Constituições brasileiras de 1934 e de 1937 – anteriores ao Código de 1941 – já contemplavam os foros privativos por prerrogativa de função (em número muito mais reduzido que agora, é certo!).

O quadro geral das regras de alterações de competência permanece até hoje o mesmo, consoante o disposto no artigo 76 e seguintes do CPP. E com uma agravante que incidirá sobre suas disposições: a Constituição da República regulou diversas questões atinentes à competência por matéria e por prerrogativa de função, normas estas que, em princípio, não poderão ser afastadas pelos critérios ordinários do CPP. Mas que, excepcionalmente, poderão ter aplicação também nesse campo, desde que adequadas e justificadas por outras considerações igualmente de índole constitucional.

Vejamos as hipóteses de conexão e de continência, a chave para a solução das questões levantadas neste trabalho.

5.1 A conexão

Como já salientado, o que caracteriza a conexão, por primeiro, é a pluralidade de ações, que podem ou não ter sido praticadas pelo mesmo agente. Quando realizadas pelo mesmo autor, o ponto de ligação entre as condutas será exatamente essa circunstância, acrescida do fato de haver uma interdependência entre elas, como se vê do disposto no artigo 76, II, CPP, em que se afirma que haverá conexão quando, diante da apontada pluralidade de ações, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas.

Em tais hipóteses, bem se vê, não haveria a necessidade de reunião dos respectivos processos (em que se apura cada uma das infrações), no que diz respeito à questão probatória. No entanto, estando eles reunidos, bem e melhor poderá o magistrado aferir do grau de responsabilidade penal do agente, ao exame das circunstâncias subjetivas presentes nas ações subseqüentes.

2 BUENO, Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico BUENO MARQUES. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1959, p. 152/153.

De outro lado, as demais situações de conexão reguladas no CPP estão conectadas – passe a redundância! – com a facilitação da instrução criminal, em proveito do procedimento, portanto, e com a qualidade da prova obtida pela reunião dos processos. A unidade do processo, assim, favorecerá a unidade do julgamento. É ver o quanto se contém nas hipóteses do artigo 76, I e III, CPP:

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II - ...

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Resulta de tudo isso a conclusão, bastante visível, de que as regras de conexão buscam unicamente a otimização da persecução penal, primeiro ao nível do procedimento, facilitando a colheita da prova e evitando a reiteração de atos de instrução (prova testemunhal, por exemplo), e, depois, permitindo ao juiz uma visão mais ampla das responsabilidades penais eventualmente presentes. E precisamente por isso é que se deve afastar a reunião de processos em razão de conexão quando estiver em jogo a possível violação ao princípio do juiz natural. O proveito da instrução (do processo) não vale o risco da jurisdição (da Constituição). Como regra!

Todavia, exceções estão presentes em todo o Direito e sempre se justificarão quando as peculiaridades e singularidades do caso concreto indicarem a necessidade de superação ou de afastamento do critério geral. Seria o caso, por exemplo, de hipóteses envolvendo o foro privativo por prerrogativa de função, em que alguns dos réus não ostentassem o mesmo *status* processual ou que o tivessem em menor grau de hierarquia jurisdicional, como pode ocorrer entre membros do Congresso Nacional e Governadores de Estados, cuja competência para o processo e julgamento seria do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente. Nesse exemplo, aquele que tem foro privativo no STJ teria diminuído em algum nível as suas garantias judiciais acaso viesse a ser julgado diretamente no Supremo Tribunal Federal?

Para logo, note-se que nas ações penais originárias não se aplica a exigência do duplo grau de jurisdição. Eventuais impugnações somente terão lugar, quando cabíveis, pela via extraordinária, casos do recurso especial, na competência recursal do Superior Tribunal de Justiça, e do recurso extraordinário, para o Supremo Tribunal Federal. Ao propósito, reputamos

absolutamente inválidos, por incompatibilidade com a Constituição e com a Lei 8.038/90, os embargos infringentes previstos no artigo 333, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Esta Corte, entretanto, vem de afirmar a recepção do citado recurso em embargos opostos na mesma AP 470/MG, por apertada maioria (6 x 5). Toda a fundamentação com a qual julgamos ter demonstrado o equívoco da Suprema Corte em relação a essa questão se encontram em nosso Curso de Processo Penal, 18^a. Edição, Editora Atlas, no prelo, para 2014, no Capítulo referente aos embargos infringentes previstos no artigo 609 do CPP. Não nos parece adequado voltar ao tema nesse pequeno espaço.

Por outro lado, de todo criticável a Súmula 122, do Superior Tribunal de Justiça, ao dispor que no concurso entre a competência da Justiça Federal e da Justiça Estadual prevaleceria a da primeira. Aqui não se cuida de prerrogativa de função, mas de conexão entre fatos da competência da jurisdição dos Estados e da jurisdição federal. Não vemos razão alguma que justifique o afastamento do juiz natural, em razão da matéria, para o fim unicamente de facilitação da instrução e proveito do procedimento. As regras da conexão não deveriam se sobrepor às funções do juiz natural, de índole constitucional.

5.2 A continência

A mais importante regra de modificação de competência que se tem notícia no processo penal é a da continência, cuja configuração não parece muito ajustada àquela já conhecida do processo civil, em que tem lugar uma relação de continente a conteúdo, via da qual o objeto de um processo, por ser mais amplo que o do outro, justificaria a sua reunião.

No processo penal, o que caracteriza a continência é a unidade de condutas, que ocorre tanto em relação ao concurso de pessoas na prática de um ou de mais crimes, quanto nas hipóteses de concurso formal de crimes, na *aberratio ictus* e no resultado diverso do pretendido (artigos 70, 73 e 74, todos do Código Penal). É o que se deduz do texto do artigo 77, do CPP, a dizer que:

Art. 77. A competência será determinada pela continência quando:

- I - duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração;
- II - no caso de infração cometida nas condições previstas nos arts. 51, § 10, 53, segunda parte, e 54 do Código Penal (atuais artigos 70, 73 e 74, CP)

Ocorre que a reunião de processos, ou, melhor dizendo, a unidade de processo para que se realize a unidade de julgamento em tais situações não busca fundamentação em mero proveito procedimental ou na facilidade da instrução criminal.

Para muito além, trata-se de imposição decorrente de princípio geral do Direito, verdadeiro postulado político da democracia: a igualdade de tratamento a todos pela Administração Pública, em todos os seus níveis. Tratando-se da possibilidade de imposição de graves consequências jurídicas em razão da prática de um mesmo e único fato, considerado aqui na sua singularidade subjetiva (pluralidade de agentes), deve o Direito oferecer a mesma resposta, na medida, é claro, das respectivas culpabilidades.

Parece-nos mesmo inaceitável que o Estado apresente soluções diferentes para responsáveis pelos mesmos fatos. E, mais, que tais soluções decorram da mera existência de instâncias privativas para o julgamento de determinados ocupantes de cargos públicos. Se os Tribunais ocupam posição hierarquicamente superior aos juízos singulares, não há como sustentar a necessidade de separação de processos com base em tal fundamento. A pessoa sem foro privativo que é originariamente julgado nos Tribunais de segundo grau teria também ali o órgão competente para apreciar o seu recurso se processado na primeira instância. O problema, em si, na verdade, é a existência das ações penais originárias nos tribunais e não a reunião dos processos naqueles foros. Culpe-se o constituinte e não a unidade da jurisdição!

É claro que o risco de decisões contraditórias sobre o mesmo fato também estará presente na previsão atual de duplicidade de apreciação da matéria por instâncias diferentes da jurisdição. Um fato ilícito poderá produzir a responsabilização de seu autor tanto no âmbito civil quanto no penal. E, eventualmente, também no administrativo, permanecendo, em todo o caso, o mesmo e único fato. Culpe-se, então, a Legislação nacional que até hoje não entendeu pela necessidade da apreciação conjunta da responsabilidade civil e da criminal no mesmo Juízo! Diversos países contemplam a unidade de jurisdição, cível e criminal, exatamente para evitar soluções diferentes para o mesmo fato. E a competência deverá ser do juízo criminal por razões evidentes, ligadas ao modelo de afirmação da certeza judicial, no que já se convencionou chamar de verdade real ou material, que nada mais traduz senão a amplitude do campo probatório no processo penal.

De outro lado, é verdade também que nosso CPP prevê hipóteses em que a separação dos processos se apresente como alternativa ao magistrado,

mesmo em se tratando de continência, conforme se vê do disposto no artigo 80, e, especificamente, quando se tratar de grande número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória. A norma está a se referir às situações em que a demora na tramitação do processo, em razão do elevado número de réus, possa permitir a indevida prorrogação da prisão de alguns deles ou de todos.

Cabe assinalar, contudo, que o dispositivo é de 1941 e já perdeu sua eficácia no tempo, sobretudo porque, desde a Constituição de 1988, e, particularmente, desde a Lei 12.403/11, toda prisão dependerá de ordem judicial escrita e fundamentada, além do fato, de todo relevante, que, embora não haja prazo certo para o término da instrução criminal, ressalvadas algumas disposições esparsas sobre a instrução criminal (artigo 400, e artigo 412, CPP, este último específico do Tribunal do Júri) e os prazos para a prática de determinados atos processuais (encerramento de inquérito e oferecimento de denúncia), já se consolidou o entendimento no sentido de limitar a duração máxima da prisão até a fase final da instrução (aproximadamente 85 dias, em regra, dependendo do procedimento). Também a Lei 12.850/13 prevê o prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias para o encerramento da instrução, nos procedimentos relativos às organizações criminosas, e prorrogáveis por igual período, no caso de demora não imputável ao Estado (artigo 22, parágrafo único).

Assim, a quantidade de acusados no processo não determinará o prolongamento da prisão provisória, impondo-se o seu relaxamento quando estiverem superados os prazos legais e aqueles construídos pela jurisprudência. Por isso, pensamos que não se deve aplicar a regra do artigo 80 nas hipóteses de continência, ao menos como regra, deixando às exceções a justificativa para o risco de decisões distintas para acusados de um mesmo fato.

Como é o caso, por exemplo, daquelas (exceções) contidas no artigo 79, I e II, CPP, a cuidar de hipótese de superveniência de incapacidade de um dos réus e de incidentes no Tribunal do Júri. Também poderá haver o julgamento posterior de corrêu que não tenha sido incluído na peça acusatória e cuja autoria e/ou participação fosse desconhecida àquele tempo. São situações em que a separação dos processos é perfeitamente justificável, sob pena de paralisação completa da jurisdição. Relembre-se, ainda, e ao propósito, que nos casos de revelia de um dos acusados, incidirá a suspensão do processo e do prazo prescricional, nos termos do artigo 366, CPP, ressalvados unicamente os processos relativos aos crimes de lavagem de bens e valores (Lei 9.613/98, com redação dada pela Lei 12.683/12).

Fora dessas situações, portanto, em que a separação dos processos nas hipóteses de continência encontra amparo na preservação do devido processo legal e na regularidade do exercício da função jurisdicional, não se deve proceder ao desmembramento de processos continentais. O afastamento da unidade de processos e, sobretudo, do julgamento, deve ser sempre excepcional, a fim de se evitar que a mesma jurisdição criminal produza decisões divergentes sobre o mesmo fato. Em sentido contrário, veja-se a posição de Maria Lúcia KARAM³, na qual, contudo, não se aprecia a distinção de tratamento entre conexão e continência.

6. Alguns pontos de chegada

Em tempo de conclusões, não vemos como negar o acerto da decisão da Suprema Corte em manter ali a unidade de processo e de julgamento na AP 470/MG, para o que se arrolam algumas sínteses de todas as questões que foram aqui abordadas.

- a) Inúmeros eram os fatos, como inúmeros também eram os imputados, de tudo se extraindo a conclusão da existência de uma pluralidade de condutas alegadamente interligadas, seja pela imputação do concurso de pessoas, seja pela vinculação de motivações e finalidades desejadas, conforme alegado na acusação. Nada diríamos, por óbvio, acerca da pertinência ou da procedência das alegações ali contidas, já que o exame detido e pormenorizado dos autos constituiu prerrogativa daqueles que nele atuaram.
- b) Estavam presentes, portanto, nas imputações e nos votos vencedores, tanto a ocorrência de conexão entre os mais variados fatos, quanto a continência em relação a tantos outros.
- c) Questões e incidentes de fundo constitucional, de fato, podem e devem ser alegados a qualquer tempo. Mas não a todo tempo! Uma vez decidida pelo Tribunal a questão suscitada, não há razão alguma para a ela se voltar, sobretudo porque, tratando-se da jurisdição originária do Supremo Tribunal Federal, qualquer decisão acerca da separação ou da manutenção da unidade do processo e do julgamento terá enfrentado e repellido a fundamentação constitucional pertinente (ainda que não alegado um ou outro fundamento ou um ou outro argumento). E isso na medida em que se trata da determinação do alcance do princípio do juiz natural e da exigência, ou não (Súmula 704 – STF) do

3 KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 67.

duplo grau de jurisdição para aqueles que não têm ali o seu foro privativo. Tem-se, portanto, preclusão *pro judicato* da matéria, a impedir a sua rediscussão.

- d) A interpretação constitucional no Estado Democrático de Direito, orientada pelo pluralismo e pela realização dos direitos fundamentais, é refratária à absolutização dos princípios, nada autorizando a articulação de uma hierarquia ou de uma escala axiológica entre eles, sobretudo, no que tange aos princípios que orbitam em torno do devido processo legal.
- e) O julgamento de quem não tem foro privativo, quando realizado diretamente pelo Tribunal com hierarquia jurisdicional e competência recursal sobre a primeira instância, nem passa perto de atingir a ordem democrática; pelo contrário, permite que os Tribunais Superiores apreciem também a matéria de fato, normalmente reservada às instâncias ordinárias.
- f) A separação de processos prevista no artigo 80, CPP, como regra, se refere aos casos de conexão e não àqueles de continência. As demais hipóteses do artigo 79, CPP, poderão se aplicar também à continência, justificando-se por necessidade de preservação do devido processo legal e de regularidade do exercício da jurisdição, princípio e postulado indeclináveis do Estado de Direito.
- g) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo o disposto na Súmula 704, é no sentido da ausência de violação ao devido processo legal quando reunidos os processos daqueles que têm foro privativo nos tribunais e daqueles que não o têm. Se não se tem aqui um fundamento de Direito, quando nada demonstra a coerência da decisão de manutenção dos processos naquela Corte, na AP 470/MG. A garantia do duplo grau de jurisdição diz respeito à exigência de revisão do julgado de primeiro grau por órgão colegiado dos Tribunais, o que justifica a validade intrínseca das ações penais originárias, ainda que não se mostrem a melhor alternativa para o julgamento de autoridades do Poder Público.

Dentre tantas curiosidades no citado julgamento, uma delas, e especificamente em relação ao tema aqui abordado, chama a atenção: em alguns cantos da vida política e mesmo no ambiente jurídico, os foros privativos por prerrogativa de função vinham sendo entendidos, modernamente, como privilégio daqueles ocupantes de determinados

cargos públicos. Sustentava-se, e com alguma insistência, a desigualdade de tratamento em relação aos demais jurisdicionados, que se veriam em situação desfavorável aos titulares do citado foro.

Agora, quando algumas condenações começam a surgir no âmbito dos Tribunais Superiores, surpreende a mudança de posição: agora, quem se vê em situação desfavorável seriam as autoridades com foro privativo e não mais os cidadãos comuns. E, por isso, levá-los (os cidadãos) aos tribunais nas ações originárias seria estender a mesma desvantagem a eles, não possuidores do ex-privilégio do foro.

Talvez surja daí o óbvio: o fim das ações originárias nos tribunais para os crimes comuns. E que se aproveite também para fazer renascer a competência do júri para todas as autoridades públicas. E, por fim, que os juízes, em todas as instâncias, sejam apenas Juízes e não Desembargadores e Ministros, afinal, privilégios e prerrogativas sempre se confundem aos olhos da cidadania.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª. edição, 2ª. tiragem, São Paulo: Malheiros, 2005.

BUENO, Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico BUENO MARQUES. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1959.

CARNELUTTI, Francesco. *Principios del proceso penal*. Trad. Santiago Sentis MELENDO, Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America, 1971.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre faticidade e validade*. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KARAM, Maria Lúcia. *Competência no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARQUES, José Frederico, *Elementos de direito processual penal*. Vol. IV, Campinas: Bookseller, 1997.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Brasília/São Paulo: Saraiva/IDP, 2007.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 17ª. edição. São Paulo: Atlas, 2013.

PACELLI, Eugênio. FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2013.

PACELLI, Eugênio. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3ª. edição. São Paulo: Atlas, 2012.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal. Evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Editora Jalovi Ltda, 1983.

A PERSECUÇÃO PENAL EM JUÍZO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E SEU CONSTANTE DESAFIO DE NÃO FRAGMENTAR O *IN DUBIO* *PRO REO* NO PROCESSO PENAL

Saulo Murilo de Oliveira Mattos¹

Introdução

Este artigo destacará, a partir de julgados dos tribunais superiores pátrios e lições doutrinárias, o desafio posto ao Ministério Público em, ao deduzir em juízo sua pretensão acusatória (artigo 129, inciso I, da Constituição federal), não esquecer que, no processo penal, é também órgão tutor de direitos e garantias processuais penais fundamentais, estando limitada sua pretensão acusatória aos reflexos práticos impostos pelo princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade descrito no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, especificamente no campo probatório.

Pois bem, Rui Barbosa (v. 32, t. 1, p. 36), à sua época, já verberava:

Em outros tempos as leis criminais assentavam na presunção de criminalidade, cujo corolário processual era a tortura engenhosamente uniforme e atroz. Todo o réu se supunha culpado. Daí um sistema de investigação judicial, empenhado todo ele em extorquir pela crueldade a confissão. O direito moderno, ao contrário, estriba na presunção de inocência. É a nossa presunção constitucional. A Constituição partiu desse pressuposto, cuja consequência era assegurar-se a defesa na sua maior amplitude.

O princípio da presunção de inocência do réu, além de repercutir no sistema infraconstitucional de prisões processuais e no campo probatório processual penal, possui forte conteúdo ideológico. Todavia, ante o objetivo do presente trabalho, a análise que se segue restringir-se-á ao aspecto probatório do princípio da presunção de inocência e o seu reflexo sobre o comportamento processual do Ministério Público. Assim, antecipe-se que,

¹ Promotor de Justiça titular da 4ª Promotoria de Irecê (entrância intermediária) - Improbidade/Patrimônio Público e Fazenda Pública, com sede na comarca de Irecê/BA.

“a partir do momento em que o imputado é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador, sem que o réu (e muito menos o juiz) tenha qualquer dever de contribuir nessa desconstrução (direito de silêncio – *nemo tenetur se detegere*) (LOPES JR, 2007, v. 1, p. 519)”.

1. O sistema processual penal brasileiro

No sistema acusatório, as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas, exclusivamente, a pessoas distintas, quais sejam: o acusador (Ministério Público ou querelante), o defensor e o magistrado. Já no inquisitivo,² diametralmente oposto àquele, as funções de acusar, defender e julgar estão em poder, só e tão-somente, de uma pessoa: o juiz-inquisidor. No sistema misto – espécie de junção dos dois anteriores –, há, primeiramente, uma instrução inquisitiva (investigação preliminar e instrução preparatória) e depois uma fase de julgamento, na qual é garantido o contraditório. Basicamente, estas são as características principais desses sistemas. Existem outras, denominadas de secundárias ou acessórias (publicidade, sigilo do julgamento, oralidade, processo escrito etc.), que variarão conforme o caso.

Acertadamente, Luigi Ferrajoli chama atenção para a dificuldade de diferenciar o sistema acusatório do inquisitório (2002, p. 451 e 452):

A distinção entre sistema acusatório e sistema inquisitório pode ter um caráter teórico ou simplesmente histórico. É necessário precisar que as diferenças identificáveis no plano teórico não coincidem necessariamente com aquelas verificáveis no plano histórico, não sendo sempre logicamente conexas entre si. Por exemplo, se fazem parte tanto do modelo teórico como da tradição histórica do processo acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento, o mesmo não se pode dizer de outros elementos que, pertencendo historicamente também à tradição do processo acusatório, não são logicamente essenciais ao seu modelo teórico: como a discricionariedade da ação penal, a elegibilidade do juiz, a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo, a exclusão da motivação dos julgamentos dos jurados dentre outros. Por outro lado, se são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução, não o são institutos que nasceram exclusivamente no seio da tradição inquisitória, como a obrigatoriedade e a irrevogabilidade da ação penal, o caráter público dos órgãos de acusação, a pluralidade dos graus de jurisdição e a obrigação do juiz de motivar as suas decisões. Essa assimetria foi fonte de confusões

² Geraldo Prado (2005, p. 165) traz um ditado que bem simboliza o sistema inquisitivo: “Quem tiver um juiz por acusador precisa de Deus como defensor. Mas, às vezes, isso não é suficiente”.

múltiplas, pois freqüentemente mantiveram-se como essenciais a um ou outro modelo teórico elementos de fato pertencentes às suas respectivas tradições históricas, mas logicamente não necessários a nenhum dos dois ou com eles incompatíveis.

Pergunta-se, então: qual é o sistema processual penal adotado pelo Brasil? Não poderá haver outra fonte de respostas senão a Constituição de 1988. Embora não diga expressamente, extrai-se dos artigos 129, inciso I (ação penal pública de iniciativa privativa do Ministério Público) e 5º, incisos XXXIX, LIII, LIV, LV, LVI, LVII, LIX, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI, que a Lei Maior adotou o sistema acusatório.

Assim, as leis processuais penais, principalmente o Código de Processo Penal de 1941, para que não sejam consideradas, substancialmente, inconstitucionais ou não recepcionadas, devem ser interpretadas em conformidade com o sistema processual penal constitucional, que é acusatório. É uma questão piramidal, de hierarquia das leis, como bem soube expressar o jurista Hans Kelsen.

Veja-se, pois, o ensinamento de Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 14):

o importante não é apenas realçar que as garantias do acusado – que são, repita-se, garantias do processo e da jurisdição – foram alçadas a nível constitucional pairando sobre a lei ordinária, à qual informam. **O importante é ler as normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais. É verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição. É vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional. É, como já se escreveu, proceder à interpretação da norma em conformidade com a Constituição. E não só em conformidade com sua letra, mas também com seu espírito. Pois a interpretação constitucional é capaz, por si só, de operar mudanças informais na Constituição, possibilitando que, mantida a letra, o espírito da lei fundamental seja colhido e aplicado de acordo com o momento histórico que se vive. (grifo nosso)**

E complementa (1990, p. 15):

A cada dia que passa, acentua-se a ligação entre Constituição e processo, pelo estudo dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, já ensinava Liebman, que transformara o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade.

Todavia, a práxis forense tem fornecido, à sociedade, exemplos que demonstram uma contumaz violação ao sistema acusatório. Realizam-se interrogatórios sem a presença de defensores públicos. O magistrado intromete-se na fase pré-processual investigativa, requisitando, *ex officio*, diligências de caráter não cautelar, portanto desnecessárias, quando deveria

atuar como tutor das liberdades públicas (relaxamento de prisão, liberdade provisória, etc). Além disso, o próprio Código de Processo Penal contém dispositivos que enfraquecem a ideia de sistema acusatório, tais como os arts. 156, 196, 209, 234 e outros.

Mas, não para por aí. O legislador pátrio, com a recente reforma processual penal, teve uma excelente oportunidade de conformar boa parte do Código de Processo Penal ao sistema acusatório. Fez o inverso. Desprezando a melhor doutrina processual penal, positivou mais uma hipótese de iniciativa probatória judicial, prevista no artigo 156, inciso I, do CPP, com o seguinte teor: é facultado ao juiz, de ofício, ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes.

Alguns doutrinadores fazem suas reflexões sobre o modelo processual penal brasileiro. Uns são mais otimistas, outros menos.

Segundo Paulo Rangel (2004, p. 52):

O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros. Inclusive, ao tomar depoimento de uma testemunha, primeiro lê seu depoimento prestado, sem o crivo do contraditório, durante a fase do inquérito, para saber se confirma ou não, e, depois, passa a fazer as perguntas que entende necessárias. Neste caso, observe o leitor que o procedimento meramente informativo, inquisitivo e sigiloso dá o pontapé inicial na atividade jurisdicional à procura da verdade real. **Assim, não podemos dizer, pelo menos assim pensamos, que o sistema acusatório adotado entre nós é puro. Não é. Há resquícios do sistema inquisitivo, porém, já avançamos muito.** (*grifo nosso*)

Por outro lado, Geraldo Prado (2005, p. 195) entende que:

[...] se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, a presunção de inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão de que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou.

[...]

Porém, se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que entrelaça todos estes sujeitos, de acordo com as posições

predominantes nos tribunais (principalmente, mas não com exclusividade no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, no Brasil, a teoria da aparência acusatória.

Muitos dos princípios opostos ao acusatório verdadeiramente são implementados todo dia [...]. O princípio e o sistema acusatório são, por isso, pelo menos por enquanto, meras promessas, que um novo Código de Processo Penal e um novo fundo cultural, consentâneo com os princípios democráticos, devem tomar realidade. (grifo nosso)

Ao que parece, o destino do processo penal brasileiro é incerto. Quando se espera que o legislador assuma um maior compromisso com os princípios constitucionais, ocorre, lamentavelmente, o contrário. Não há dúvidas de que o artigo 156, inciso I, do Código de Processo Penal é, substancialmente, inconstitucional. A imparcialidade do juiz é uma garantia inderrogável do indivíduo, principalmente daquele sobre qual pesa o fardo de uma acusação. Assim, até que novas estruturas legislativas passem a vigor e resplandecer a esperada luz constitucional, pode-se dizer, conforme Geraldo Prado ensina, que no Brasil prevalece a teoria da aparência acusatória.

2. O conteúdo do Princípio da Presunção de Inocência

Entre os mandamentos constitucionais, o princípio da presunção de inocência, que decorre da garantia constitucional de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, talvez seja, devido à sua carga histórica, o que mais se popularizou. As pessoas, independentemente das camadas sociais a que pertencem, estão tão cientes do significado desse princípio, que, quando lhes recai a mais trivial das acusações, recorrem ao preceito constitucional de que ninguém será culpado até prova em contrário. Conheça-se, pois, um pouco da historicidade desse preceito constitucional.

O princípio da presunção de inocência foi a resposta dada ao sistema processual penal inquisitório, extremamente repressivo, que vigia até os dias da eclosão da Revolução Francesa de 1789.³ Decorreu da necessidade de proteger o cidadão dos desmandos do Estado, que, a qualquer custo, desde que houvesse uma simples suposição de prática delitiva, condenava o acusado, já que presumia sua culpabilidade.

3 Segundo Aury Lopes Jr. (2007, V. 1, p. 517), “a presunção de inocência foi motivo de burla por parte de VICENZO MANZINI, para quem ela não passa de uma *absurda teoria ideada pelo empirismo francês*. Partindo de uma premissa absurda, MANZINI chegou a estabelecer uma equiparação entre os indícios que justificam a imputação e a prova da culpabilidade. O raciocínio era o seguinte: como a maior parte dos imputados resultavam ser culpados ao final do processo, não há o que justifique a proteção e a presunção de inocência. Com base na doutrina de Manzini, o próprio Código de Rocco, de 1930, não consagrou a presunção de inocência, pois era vista como um excesso de individualismo e garantismo.”

No plano internacional, o princípio da presunção de inocência apareceu pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Posteriormente, foi reafirmado, ideologicamente, em 10 de dezembro de 1948, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo artigo 11 dispõe que “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Com as transformações sociopolíticas mundiais, surgiram outros tratados internacionais, com destaque para a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto San Jose da Costa Rica), que incorporada, através do Decreto 697 de 06 de novembro de 1992, ao ordenamento jurídico pátrio, prevê, em seu art. 8.2, que “toda pessoa acusada de um delito tem o direito que se presuma sua inocência, enquanto não se comprove legalmente a sua culpa”.

De fato, a ideia de ruptura com a tradição inquisitorial do *ancien régime* foi assimilada por diversos países, que positivaram em suas Constituições o princípio da presunção de inocência daquele que suporta uma acusação penal. “Foi o que ocorreu, por exemplo, na Revolução dos Cravos e na posterior Constituição Portuguesa, de 1976; com a queda do fascismo, e na Constituição Italiana de 1948; com a derrubada do regime de Franco, e também na Constituição Espanhola, de 1978.” (PACELLI, 2007, p. 24)

No âmbito legislativo nacional, “embora se possa sustentar que nossas Constituições anteriores, ainda que não o obrigando, autorizavam a aplicação do princípio como decorrência do sistema de garantias processuais [...]” (PACELLI, 2007, p. 23), é a Constituição de 1988, no seu artigo 5º, inciso LVII, que determina, expressamente, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Em função disto, uns sustentam que seria melhor utilizar a expressão presunção de não-culpabilidade,⁴ ao passo que outros preferem a locução estado ou situação jurídica de inocência do réu.⁵

Feito, em linhas gerais, o recorte histórico do princípio da presunção de inocência,⁶ pode-se dizer que seu conteúdo possui três significados:

4 O Supremo Tribunal Federal utiliza em seus julgados a expressão princípio da não-culpabilidade. Em sentido diverso, José Afonso da Silva (2006, p. 155) explica que: “A norma constitucional do inciso LVII, agora sob nosso exame, garante a presunção de inocência por meio de um enunciado negativo universal: ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória [...]’. Usa-se de uma forma negativa para outorgar uma garantia positiva.”

5 Denominação usada pelo professor Eugênio Pacelli.

6 Com bastante perspicácia, observa Alberto Binder (2003, p. 86) que: “Não se pode dizer, por exemplo, que a situação de qualquer pessoa na sociedade seja uma situação de inocência. Os seres humanos que andam pelas

garantia política do estado de inocência do réu, regra de tratamento do acusado⁷ e regra de julgamento (*in dubio pro reo*) do processo penal.

Quanto ao aspecto político, Luigi Ferrajoli (2002, p. 441) nota que:

[...] se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias - que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica segurança fornecida pelo Estado de Direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica defesa destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam⁸.

Vista a questão por outro ângulo, sabe-se que a existência de uma ação penal condenatória contra determinado indivíduo representa, para

ruas não são inocentes. A inocência é um conceito de referência que somente tem sentido quando existe alguma possibilidade de que essa pessoa possa ser culpada. A situação normal dos cidadãos é de liberdade; a liberdade é seu âmbito básico, sem nenhuma referência ao Direito ou ao processo penal.”

7 Em seus recentes julgados, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, sem qualquer juízo de cautelaridade, é descabida a prisão decorrente de sentença penal condenatória recorrível, destacando ainda que a ausência de efeito suspensivo do recurso especial e extraordinário não autoriza, por si só, a chamada execução antecipada da pena. Veja-se, portanto, um desses julgados:

“Inconstitucionalidade da chamada execução antecipada da pena. Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil. O artigo 637 do CPP estabelece que (o) recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu artigo 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Daí a conclusão de que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepoem-se, temporal e materialmente, ao disposto no artigo 637 do CPP. **Disso resulta que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.** A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. **Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados — não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais (leia-se STJ e STF) serão inundados por recursos especiais e extraordinários, e subseqüentes agravos e embargos, além do que ‘ninguém mais será preso’. Eis o que poderia ser apontado como incitação à ‘jurisprudência defensiva’, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais.** São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Recurso ordinário em habeas corpus conhecido e provido, em parte, para assegurar ao recorrente a permanência em liberdade até o trânsito em julgado de sua condenação.” (RHC 89.550, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 27-3-07, DJ de 27-4-07). – (*grifo nosso*).

8 Neste sentido, Antônio Gomes Filho (1991, p. 37): “É justamente por isso que na leitura da expressão presunção de inocência há de ser considerado prioritariamente o seu valor ideológico; trata-se, como afirmou Pisani, de uma presunção política, na medida em que exprime uma orientação de fundo do legislador, qual seja a de garantia da posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal”.

este, angustiante suplício psicológico, pois só conhecerá a decisão judicial definitiva - condenatória ou absolutória – no final do processo. Portanto, diante de uma possível condenação, o princípio da presunção de inocência passou a ser interpretado também como regra de tratamento do acusado, que, no desenrolar do processo, deverá ter todos os direitos e garantias fundamentais efetivamente respeitados.⁹ Antônio Magalhães Filho (1991, p. 37) retrata bem esse entendimento:

Sem embargo dessas duas perspectivas (política e regra de tratamento) sobre o princípio da não-culpabilidade, advirta-se que a presunção de inocência não é, tecnicamente, uma presunção. Vale dizer: não representa uma operação mental – seja do legislador (presunção legal), seja do juiz (presunção *hominis*), que, através de um *fato* conhecido e provado, conclui a existência de outro *fato*.

Não se trata de presunção relativa, porquanto, imbuída de sentido político-criminal garantista, não revela a ideia de que o legislador constituinte, ao estabelecê-la, quis dar como pressuposta a correlação entre dois fatos – o ordinário e o presumível.

Também não é uma presunção legal absoluta, já que, além de admitir prova em contrário, não possui o condão de tornar irrelevante a existência de determinado fato para a caracterização de uma relação material de direito penal.¹⁰

9 “Com efeito, uma vez afirmada e reconhecida a inocência, não como presunção, mas como verdadeira realidade ou concretização jurídica, dessa realidade, entendida como posição do sujeito diante das normas da ordenação, resultarão também direitos subjetivos públicos, a serem exercidos em face do Estado, que haverá de justificar sempre, ou em lei ou/e motivadamente –quando judicial a decisão –quaisquer restrições àqueles direitos.” (PACELLI, 2004, p. 174) Neste sentido, STF: “O postulado constitucional da não-culpabilidade impede que o Estado trate, como se culpado fosse, aquele que ainda não sofreu condenação penal irreversível. **A prerrogativa jurídica da liberdade — que possui extração constitucional (CF, artigo 5º, LXI e LXV) — não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.** Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irreversível, não se revela possível — por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, artigo 5º, LVII) — presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.” (HC 89.501, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-12-06, DJ de 16-3-07) – (*grifo nosso*)

10 ⁹⁰Veja-se a observação de Gustavo Henrique Badaró (2003, p. 298 e 299): “Se este critério de normalidade ou probabilidade fosse transportado para o processo penal deveria prevalecer o *in dubio contra reum* ao invés do *in dubio pro reo*. De modo geral, é mais provável que as pessoas sejam inocentes, pois certamente é menor o número de delinquentes na sociedade que a quantidade de pessoas honestas. Porém, pensando em casos em que já há um processo criminal instaurado, é mais provável que os acusados sejam culpados. Basta pensar na necessidade de justa causa para a instauração de ação penal, para se constatar que quando se instaura um processo contra alguém já há indícios suficientes de que aquela pessoa cometeu um delito, sendo portanto mais provável que ela seja culpada, e não que seja inocente. Aliás, embora não haja estatísticas confiáveis, pode-se afirmar, sem medo de errar, que a maioria dos processos penais condenatórios terminam com a condenação do acusado e não com a sua absolvição,

Então, qual seria a implicação probatória da presunção de inocência do imputado?

Eis a resposta: o princípio da presunção de inocência (*in dubio pro reo*) é uma regra especial de julgamento¹¹ que prevalece sobre a regra geral de distribuição do ônus da prova, pois dispensa o acusado de provar sua inocência, de modo que todo o fardo probatório deve recair sobre a acusação. E é aqui que o Ministério Público deve estar atento, para, na sua atuação persecutório em juízo, não querer transportar para a ação penal pública condenatória regras de distribuição da carga probatória previstas para o processo civil.

Com bastante propriedade, Gustavo Henrique Badaró (2003, p. 299) sustenta que:

Não há nenhuma razão lógica para se preferir o *in dubio pro reo* ao *in dubio pro societate*. Os critérios lógicos baseados na probabilidade, ou na normalidade da ocorrência dos fatos a serem provados, que se aplicam ao processo civil, cedem a um critério político no campo penal. **No processo penal, mais do que um simples expediente técnico, a regra de julgamento assume uma nítida conotação política. Não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente. Na ponderação**

mesmo vigorando o *in dubio pro reo*”. Em sentido oposto, Malatesta (1996, p.124), para quem: “Eis a que fica reduzida a presunção indeterminada e inexacta de bondade, quando se queira determinar nos limites racionais. Não falamos, por isso, de presunções de bondades, mas de presunção de inocência, presunção negativa de ações e omissões criminosas, presunção sustentada pela grande e severa experiência da vida. O homem, no maior número dos casos, não comete ações criminosas; é, ordinariamente, inocente; portanto, a inocência se presume. A presunção de inocência não é, pois, senão uma especialização da grande presunção genérica que expusemos: o ordinário se presume. E como, para o princípio ontológico, presumindo-se o ordinário, é o extraordinário que se deve provar, segue-se que, aberto o debate judiciário penal, é à acusação que cabe a obrigação da prova”.

11 Embora não seja, tecnicamente, uma presunção relativa, a esta se compara, quanto aos efeitos jurídicos, no processo penal. Veja-se, neste sentido, a explicação de José Carlos Barbosa Moreira (1977, p. 160 e 161) sobre a função processual das presunções relativas: **“Do exposto ressalta com meridiana clareza a função prática exercida pela presunção legal relativa: ela atua – e nisso se exaure o papel que desempenha - na distribuição do ônus da prova, dispensando deste o litigante a quem interessa a admissão do fato presumido como verdadeiro, e correlativamente atribuindo-lhe à outra parte, quanto ao fato contrário. O que há de importante a sublinhar aqui é que essa atribuição prescinde de qualquer referência à posição acaso ocupada no processo pela pessoa de que se trata. Em geral, como bem se sabe, o ônus da prova é distribuído precisamente em função dessa posição; quer dizer, o critério básico repousa na circunstância de ser autor ou réu, no processo, o sujeito considerado: de acordo com as regras tradicionais, se autor, caber-lhe-á provar o fato constitutivo do (suposto) direito; se réu, os fatos impeditivos, modificativos, extintivos. A presunção legal, porém, faz abstração dessa circunstância que, nas restantes hipóteses, é decisiva: a pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus de provar o contrário independentemente de sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu. Não parece inteiramente exato dizer, todavia, que a presunção legal (relativa) se resolve em inversão do *onus probandi*. Com efeito, o resultado da aplicação da regra especial (contida no dispositivo que estabelece a presunção) pode perfeitamente coincidir, em determinado caso, com o resultado que se obteria aplicando à espécie a regra geral de distribuição daquele ônus. Isto é: pode acontecer que o ônus houvesse mesmo de recair, em virtude de sua posição processual, sobre a pessoa a quem a presunção legal desaproveita. É claro que a importância da presunção legal avulta precipuamente nos casos de não-coincidência, pois nestes é que ela produz efeitos práticos apreciáveis; mas permanece válida a observação de que as presunções legais não constituem propriamente exceções à regra comum sobre distribuição do ônus da prova: as normas que as consagram são, isso sim, normas especiais, que prevalecem sobre a regra geral, sem precisamente contradizê-la *in concreto*.”**(grifo nosso)

dos interesses em conflito, o primeiro erro é menos grave que justifica, no campo penal, que a regra de julgamento seja *in dubio pro reo*.¹² (*grifo nosso*)

Diante dessas reflexões, percebe-se o desafio a ser enfrentado pelo Ministério Público desde o início ao final de uma ação penal condenatória: sustentar, se este for o seu convencimento, sua pretensão acusatória em total respeito as implicações probatórias decorrentes da aplicação do princípio da não culpabilidade, sob pena de desnaturá-lo e fragmentá-lo, transformando-se em um órgão alheio às garantias processuais penais constitucionais.

3. Por um conceito de crime mais próximo das garantias processuais penais constitucionais

Analisando-se alguns julgados brasileiros, constata-se que poucos tribunais, e excepcionalmente, têm aplicado corretamente, na hipótese de dúvida sobre ponto relevante para o deslinde do caso penal, a regra de julgamento *in dubio pro reo*. Muito disso se deve a uma errônea concepção do fenômeno sociopolítico, jurídico e econômico chamado de crime, o qual, inadvertidamente, é visto, no desenrolar da instrução criminal, como uma abstração.

Portanto, a dificuldade está em precisar um conceito de crime que, sem desconsiderar as particularidades do caso concreto, viabilize a integral efetivação das normas constitucionais processuais penais. Reconhece-se que há uma grande tensão entre as normas constitucionais e a realidade social brasileira, mas os direitos e garantias fundamentais devem ser sempre respeitados, pois, além de irrenunciáveis e imprescritíveis, são resultantes de um longo e contínuo processo de afirmação histórica.¹³

Já se disse que o “crime é um todo indivisível e o Estado somente poderá, processualmente, ver acolhida sua pretensão punitiva se provar que o réu praticou uma conduta típica, ilícita e culpável,¹⁴ vale dizer, este todo

12 Observe-se que os três significados - político, regra de tratamento do acusado e regra de julgamento – do princípio de presunção de inocência não são, necessariamente, estanques, podendo se apresentar integrados em um só momento processual - o julgamento final.

13 Neste tópico, o objetivo será apenas mencionar o conceito de crime mais apropriado ao presente trabalho. Não há qualquer pretensão de, exaustivamente, tratar da teoria do delito bem como da teoria da pena, e tampouco explanar sobre as mais variadas justificações criminológicas e político-criminais do Direito Penal. Todavia, está-se ciente da importância da conjugação entre Criminologia, Política Criminal e Direito Penal.

14 “Embora o crime seja insuscetível de fragmentação, pois que é um todo unitário, para efeitos de estudo faz-se necessária a análise de cada uma de suas características ou elementos fundamentais, isto é, o fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade. Podemos dizer que cada um desses elementos, na ordem em que foram apresentados, é um antecedente lógico e necessário à apreciação do elemento seguinte.” (GRECO, 2003, p. 146) “Deve ficar bem claro que quando afirmamos que o conceito ou a explicação que damos do delito é estratificado, queremos dizer que se integra em vários estratos, níveis ou planos de análise, mas isto de nenhuma maneira significa que o estratificado seja o delito: o estratificado é o conceito que do delito obtemos por via da análise.”

indivisível.” (JARDIM, 2002, p. 214). Por isto, relacionar a aplicação do princípio *in dubio pro reo* (presunção de não culpabilidade) aos elementos/requisitos¹⁵ do delito seria, quando menos, contraditório, já que permitiria concluir que é possível uma aplicação fragmentada do referido princípio. Na realidade, a divisão do crime em categorias jurídicas viabiliza um estudo metodológico do Direito Penal e Processual Penal.¹⁶

O estudo do fenômeno sociopolítico crime¹⁷ pode levar em consideração diversos aspectos. O material, por exemplo, preconiza a dimensão da lesividade social provocada pelo delito. O formal revela a postura do Direito em relação ao evento delitivo, pois o ordenamento jurídico comina condutas proibitivas sob ameaça de pena. Já o critério operacional preconiza os elementos constitutivos do delito, indispensáveis ao processo analítico de determinação das condutas criminosas.

Os dois primeiros aspectos (formal e material) são, se exclusivamente examinados, insuficientes para a compreensão da estrutura do delito, porém o prisma operacional/analítico, sobre considerar os critérios formal e material, é “capaz de indicar os pressupostos de punibilidade das ações descritas na lei penal como crimes, de funcionar como critério de racionalidade da jurisprudência criminal e de contribuir para a segurança jurídica do cidadão no Estado Democrático de Direito.” (CIRINO, 2006, p.72)

(ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 386)Retratando o conceito de delito, Luiz Regis Prado (2003, p. 74 e 75) explica: “O delito vem a ser uma construção fundamentalmente jurídico penal, em que pese poder ser objeto de exame de outras ciências (v.g., criminologia, política criminal, sociologia, medicina etc.). No plano conceitual, reveste-se de três aspectos principais: a) formal ou nominal – dá relevo à contradição entre o fato concreto e o preceito legal, sendo expressão do direito positivo vigente: delito é a infração à lei penal; b) material ou substancial – refere-se ao conteúdo do ilícito penal – sua danosidade ou lesividade social – e está adstrito aos valores constitucionais. Constitui a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico protegido; e c) analítico ou dogmático – o delito é decomposto em partes estruturadas axiologicamente em uma relação lógico-abstrata: é a ação ou a omissão típica, ilícita ou antijurídica e culpável. A ação ou omissão é típica quando se ajusta ou subsume ao modelo abstrato descrito no tipo legal. A ação ou omissão típica e ilícita se não está amparada por uma causa de justificação. E a ação ou omissão típica e ilícita é culpável quando reprovável ao autor. De conformidade com o exposto, esses elementos estão em uma seqüência lógica necessária, quer dizer, só uma ação ou omissão pode ser típica; só esta última pode ser ilícita e apenas quando ilícita tem a possibilidade de ser culpável”.

15 “O delito é um todo, não podendo ser dividido em partes, como se fosse uma fruta cindida em pedaços. O crime é um fato a que se agregam características. Pode-se falar, então, em requisitos ou características do delito, não em elementos.” (JESUS, 1999, p. 154). Entendemos infrutífera a distinção feita pela doutrina entre elementos e requisitos do crime.

16 Paulo Queiroz (2005, p.113) adverte que “o estudo e aplicação dos institutos jurídico-penais, é dizer, das várias categorias dogmáticas (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade), hão de se fazer criticamente, com vista à justa composição da lide penal, à luz dos fundamentos, objetivos e princípios próprios do modelo constitucional de direito.”

17 Consoante as lições de Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 49): “A criminologia tradicional produziu três modelos operacionais do conceito positivista de crime: a definição legal (positivismo jurídico), a definição naturalista (positivismo sociológico) e a definição ética (positivismo jurídico-sociológico). Essas definições, construídas nos limites internos da ideologia dominante, representam o conceito burguês de crime, que exclui o aspecto subordinado da contradição histórica, a classe trabalhadora e a ideologia que fundamenta um conceito socialista de crime. A burguesia e a classe trabalhadora são as forças históricas que definem os pólos dialéticos da controvérsia teórica sobre o conceito de crime, uma questão científica decidida nas lutas sociais pela hegemonia ideológica e política da formação sócio-econômica capitalista. A hegemonia do capital depende, especialmente, da definição legal do conceito de crime, que descreve ações contrárias à estrutura da relações sociais em que assenta seu poder de classe”.

Com efeito, percebe-se que há certo consenso doutrinário de que a teoria do delito, no estágio evolutivo em que se encontra, assenta suas bases conceituais em duas categorias básicas – o tipo de injusto e a culpabilidade-, sendo possível o desenvolvimento destas em perspectivas mais simples, porém específicas, da conduta criminosa, o que não prejudica a concepção analítica de crime. É que a definição de tipo de injusto contém as noções jurídicas de ação, tipicidade e antijuridicidade, ao passo que a culpabilidade normativa alberga os conceitos de capacidade penal, potencial consciência da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa. Tantos uns quantos os outros são elementos/requisitos do conceito analítico de crime.

Com sua distinta percepção, Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 72 e 73) informa que

existe evidente consenso sobre a natureza das categorias gerais do fato punível, bem como sobre as categorias mais simples resultantes de sua decomposição analítica, mas existe um ponto de discordância radical situado na área do tipo de injusto, responsável pela existência diferenciada dos sistemas bipartido e tripartido de fato punível: a relação entre os conceitos de tipo legal e antijuridicidade

Assim, é crucial, como colocou o brilhante professor acima mencionado, identificar o ponto de tensão doutrinário e principalmente jurisprudencial sobre a teoria do delito, qual seja: o conteúdo do tipo de injusto.¹⁸ Portanto, o problema não está na decomposição conceitual proporcionada pelo estudo analítico do crime, mas sim nos (im)possíveis resultados decorrentes da interação entre tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Nesse contexto, surgem sistemas bipartido, tripartido, e até monista-funcional,¹⁹ da teoria do delito.

No sistema bipartido, a tipicidade e a antijuridicidade fundem-se. Ou seja, o delineamento legal das condutas lesivas de bens jurídicos e os elementos que permitem um juízo de valoração destas condutas, unidos

18 Não se desprestigia aqui as discussões jurídicas sobre a culpabilidade, que são igualmente tormentosas.

19 Paulo Queiroz (2001, p. 112 e 113), abeberando-se nas idéias de Claus Roxin, propõe uma configuração monista-funcional da teoria do delito, para qual: “[...]o ato de tipificar uma conduta criminosa (isto é, a opção política criminalizar) já parte do pressuposto da exigibilidade da conduta conforme a norma, razão pela qual em todos os momentos de verificação do injusto penal impõe-se indagar sobre tal circunstância. **Logo, forçoso é reconhecer que as várias categorias dogmáticas carecem de autonomia, já que não passam de momentos ou níveis ou graus de aferição do caráter criminoso do fato.** E, se assim é, não será exagero dizer que a tipicidade (total), num sistema funcional, compreende: a) a realização dos elementos do tipo (positivos, negativos e normativos); b) a ausência de causas gerais de justificação; e c) a ausência de causas especiais de justificação. De modo que, se poderia, reformulando a teoria dos elementos negativos do tipo, acrescentar esse terceiro elemento (letra c), ou seja, o tipo total compreende, também, a ausência de causas especiais de justificação (= causas de exclusão de culpabilidade).” E, linhas depois (2001, p. 152), conclui: “Com recusar autonomia às várias categorias sistemáticas (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade), chegamos, assim, a uma configuração monista-funcional da teoria do delito, sem pretender, porém, equipará-las ou confundí-las. Apesar disso, por motivos didáticos, utilizar-se-ão aqui, não raro, as expressões tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade no sentido tradicional)”(grifo nosso)

um ao outro, formam o tipo de injusto. Com efeito, a teoria dos elementos negativos,²⁰ cuja formulação inicial atribui-se a Adolf Merkel, representa bem esta ideia. Com esta teoria, o tipo penal se subdivide em uma parte positiva, que é a realização efetiva de seus elementos subjetivos, objetivos e normativos, mais uma parte negativa, correspondente à ausência de causas de justificação (legítima defesa, estado de necessidade etc), que realiza e confirma aquela primeira parte. Enfim, o tipo é a *ratio essendi* da antijuridicidade.

No sistema tripartido, continua a existir as categorias jurídicas de tipo de injusto e culpabilidade, que, como já foi frisado, são gerais, contudo as categorias específicas de tipicidade e antijuridicidade não são mais vistas naquela unidade consistente em um tipo de injusto. A primeira ganha independência em relação à segunda, havendo autonomia de ambas dentro da categoria geral do tipo de injusto. É que para este sistema, conforme explica Juarez Cirino (2006, p.75),

tipicidade e antijuridicidade não se esgotam na tarefa de constituir o tipo de injusto, mas realizam funções político-criminais independentes: o tipo legal descreve ações proibidas sob ameaça de pena e, portanto, realiza o princípio da legalidade; antijuridicidade define preceitos permissivos que excluem a contradição da ação típica com o ordenamento jurídico – mas a permissão concreta de realizar proibições abstratas do tipo legal não autoriza identificar ações atípicas com ações típicas justificadas, como ocorre no sistema bipartido: matar alguém em legítima defesa não parece o mesmo que matar um inseto. A validade do conceito de tipo de injusto, como unidade superior compreensiva do tipo legal e da antijuridicidade, não permite nivelar diferenças entre comportamentos justificados, que devem ser suportados, e comportamentos atípicos, que podem variar desde ações insignificantes até ações antijurídicas.

De fato, teve grande acolhida o sistema tripartido, e, de uma forma geral, é o que predomina na dogmática penal atual. Por este sistema, “só se pode fazer o juízo de antijuridicidade se já estiver perfeito o juízo de tipicidade; só se pode fazer o juízo de culpabilidade,²¹ se já estiverem perfeitos o juízo de tipicidade e de antijuridicidade”. (BRANDÃO, 2003, p. 13). Esta concepção analítica, em verdade, é produto do desenvolvimento de três etapas sequenciais de estruturação da teoria do delito – a visão clássica, neoclássica e finalista de delito -, que, por conseguinte, demonstram a evolução dos conceitos de ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

20 Ainda em relação à teoria dos elementos negativos, Paulo Queiroz (2005, p. 141) sublinha que: “é só uma questão de redação estilística casual da lei o fato de uma circunstância ser prevista já no tipo como fundamentadora do injusto ou só na antijuridicidade como excludente do injusto. E assim é porque os conceitos de tipicidade e antijuridicidade estão, de fato, funcionalmente vinculados.” Exemplificando: só seria furto (artigo 155 do CP) subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel desde que não amparado por uma causa de justificação como o estado de necessidade etc.

21 Para Damásio de Jesus (1999, p. 454), “a culpabilidade não é requisito do crime, que apresenta duas facetas: fato típico e ilicitude. Ela funciona como condição da resposta penal”.

O conceito clássico de delito foi desenvolvido por Von Litz e Beling no início do século XIX, momento histórico influenciado pelo positivismo científico. Numa concepção puramente naturalística, entendia-se a ação desvinculada da vontade consciente do autor, sendo apenas um movimento corpóreo apto a modificar o mundo exterior. Assim, a tipicidade era considerada como a realização concreta dos aspectos objetivos do tipo penal. Excluía-se do tipo quaisquer elementos subjetivos (*culpa lato sensu*), que, aliás, pertenciam à culpabilidade, vista como a relação psicológica entre o autor e fato. A antijuridicidade, por sua vez, era um juízo valorativo extremamente formal. Logo, o delito dividia-se em uma parte objetiva (tipicidade e antijuridicidade) e outra subjetiva (culpabilidade).

Sem modificar a definição de crime enquanto ação típica, antijurídica e culpável, o conceito neoclássico de crime, ao absorver o modo de pensar neokantiano, direciona suas premissas para os fins (valores) almejados pelo Direito Penal. Com efeito, a ação passa a ser vista como um comportamento humano voluntário; a tipicidade incorpora elementos normativos e subjetivos; a antijuridicidade deixa seu formalismo para acolher um significado material, referente à danosidade social; e a “culpabilidade que também foi objeto de transformações nessa fase teleológica, recebendo de Frank a reprovabilidade, pela formação de vontade contrária ao dever, facilita a solução das questões que a teoria psicológica da culpabilidade não pode resolver.” (BITENCOURT, v. 1, 2006, p. 260)

Noutro passo, em sua teoria final da ação, Hans Welzel ressignificou algumas premissas até então elaboradas para a conceituação de crime. Para ele, a ação humana, diferentemente da opinião dos adeptos da teoria causalista da ação, não pode ser desprovida de finalidade, pois o homem é capaz de prever, ainda que limitadamente, as consequências de seu comportamento e, portando, escolher os possíveis fins, dirigindo sua vontade conforme a sua estruturação mental.

De fato, a teoria do delito, com o finalismo, evoluiu bastante. Transferiu-se o dolo e a culpa (sem a consciência da ilicitude) para o núcleo do tipo, possibilitando a distinção entre tipos dolosos e culposos, erro de tipo e erro de proibição. A culpabilidade tornou-se puramente normativa, havendo, por outro lado, uma “subjetivação da antijuridicidade, constituída pelo desvalor de ação, como injusto pessoal representado pelo dolo e outros elementos subjetivos, e pelo desvalor de resultado, como lesão do objeto da ação expressivo do dano social produzido.” (CIRINO, 2006, p. 77).

Apesar destas marcantes contribuições para a teoria do delito, segundo Mir Puig (*apud* QUEIROZ, 2005, p.139), “o finalismo adotou um

conceito próximo do ideado por Beling: o tipo como mero indício – *ratio cognoscendi* - da antijuridicidade, que não só pode desvirtuar-se pelo concurso de causas de justificação (nem toda ação típica é antijurídica), senão que tem um significado independente.” Assim, surgem novas teorias, ²² que, entendendo tal função indiciária insuficiente à realização dos propósitos do Direito Penal, conferem maior carga material²³ ao tipo, propondo, pois, uma correção da tipicidade legal.

Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2004, p. 434), tratando da tipicidade conglobante, sustentam que:

A antinormatividade não é comprovada somente com a adequação da conduta ao tipo legal, posto que requer uma investigação do alcance da

22 Em 1970, com a publicação da obra *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, de Claus Roxin, inicia-se uma nova fase na dogmática jurídico-penal, na qual a teoria do delito passa a ser vista sob a ótica funcional ou teleológica-racional, em que se preconiza uma nova concepção da relação entre direito penal e política criminal. Claus Roxin (2002, p. 22 e 23) pondera que “fruto de um ponto de partida positivista, chegou-nos um sistema classificatório, na forma de uma pirâmide conceitual, de modo bastante análogo ao sistema de plantas de Lineu: a construção ergue-se da massa dos elementos do crime através de sucessivas abstrações, feitas estrato por estrato, até chegar ao conceito superior e genérico da ação. A causa pela qual um sistema fechado surgido de tal maneira, nos afasta da solução de nosso problema, eu já a tentei explicar: ele isola a dogmática, por um lado, das decisões valorativas político-criminais, e por outro da realidade social, ao invés de abrir-lhes os caminhos até elas”. Ademais, a teoria da imputação objetiva, originária dos estudos feitos por Larenz (1927) e Honing (1930), ganha intensa desenvoltura com o funcionalismo moderado de Claus Roxin e o funcionalismo radical de Gunther Jakobs. Paulo Queiroz (2005, p. 175) destaca que a teoria da imputação objetiva trata-se “**não só de um corretivo à relação causal, mas de uma exigência geral da realização típica**, a partir da adoção de critérios essencialmente normativos, de modo que sua verificação **constitui uma questão de tipicidade, e não de antijuridicidade, prévia e prejudicial à imputação do tipo subjetivo (dolo e culpa)**. Para essa teoria, o resultado de uma ação humana só pode ser objetivamente imputado a seu autor quando sua atuação tenha criado, em relação ao bem jurídico protegido, uma situação de risco (ou perigo) juridicamente proibido, e que tal risco se tenha materializado num resultado típico [...]” (*grifo nosso*)

23 O STF sinaliza timidamente neste sentido, veja-se, pois, um de seus precedentes jurisprudenciais: **EMENTA: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - MATERIALIZAÇÃO DESEMPREGADO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - “RES FURTIVA” NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL.** – O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduziíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. (HC 84412 / SP (SÃO PAULO) - HABEAS CORPUS; Rel. Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 19/10/2004; Publicação: DJ DATA-19-11-2004 PP-00037 EMENT VOL-02173-02 PP-00229)

norma que está anteposta, e que deu origem ao tipo legal, e uma investigação sobre a afetação do bem jurídico. Esta investigação é uma etapa posterior do juízo de tipicidade que, uma vez comprovada a tipicidade legal, obriga a indagar sobre a antinormatividade, e apenas quando esta se comprova é que se pode concluir pela tipicidade penal da conduta.

E complementam (2004, p.522):

Daí que a tipicidade penal não se reduz à tipicidade legal (isto é, adequação à formulação legal), e sim que deva evidenciar uma verdadeira proibição à luz da consideração conglobada da norma. Isto significa que a tipicidade penal implica a **tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante**, que pode reduzir o âmbito de proibição aparente, que surge da consideração isolada da tipicidade legal. (*grifo nosso*)

Luiz Flávio Gomes, defendendo uma teoria constitucionalista do delito, adere ao pensamento dos supracitados juristas, senão veja-se:

O conceito de tipicidade penal (sob o enfoque material e constitucional) que estamos defendendo (e que compreende a tipicidade formal ou objetiva + tipicidade material ou normativa + tipicidade subjetiva) aproxima-se muito do conceito de *tipicidade conglobante* de Zaffaroni, cujo enunciado mais elementar poderia ser descrito da seguinte maneira: o que está permitido ou fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra. O juízo de tipicidade deve ser concretizado de acordo com o sistema normativo considerado em sua globalidade. Se uma norma permite, fomenta ou determina uma conduta, o que está permitido, fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra.²⁴

O certo é que, no Brasil, a teoria final da ação não passou despercebida, tendo reflexos consideráveis, principalmente após a reforma de 1984, na legislação penal vigente.²⁵ Um exemplo emblemático é o artigo 18, inc. I, do Código Penal, que assim preceitua: “diz-se crime doloso, quando o agente **quis** o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Disto conclui-se que o tipo, dentro da sistemática legal brasileira, *indica* que a conduta atribuída ao autor do fato é ilícita, permitindo-se em seguida a verificação da culpabilidade.

Diante deste quadro, interroga-se: ainda deve prevalecer, na dogmática penal pátria, uma teoria do delito que se fundamenta no tipo como *ratio cognoscendi* da ilicitude, principalmente diante da existência de elementos

24 Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7932>>. Acesso em 11 ago. 2007.

25 O Código Penal brasileiro não define crime. Já sua Lei de Introdução (artigo 1º do Decreto-Lei 3.914/41) o faz, considerando “crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

normativos do tipo (*v.g* expressões tais como “indevidamente”- artigo 162, “sem permissão legal”- artigo 292), que possibilitam o exercício de um juízo de valor já na tipicidade? Se afirmativa a resposta, tal teoria proporcionaria a efetivação dos princípios de justiça penal insculpidos na Constituição de 1988, notadamente o princípio da presunção de inocência do réu?

Crê-se veementemente que não. O conceito de ação dado pelo finalismo é de grande valia. Atualmente, é impensável, como queriam os causalistas, a ação enquanto simples movimento corpóreo, desconectada do atuar consciente do indivíduo. Noutra passo, entende-se que, devido à tendência doutrinária moderna de aproximação da antijuridicidade com a tipicidade, o tipo já não pode ser mais indício da antijuridicidade. Aliás, dentro da categoria geral do tipo de injusto, a relação entre tipo e antijuridicidade há de ser outra, mais *íntima*.

Portanto, em que pese as auspiciosas ideias de tipicidade conglobante, teoria constitucionalista do delito, imputação objetiva do resultado, teoria do fato punível,²⁶ aplicação do princípio da insignificância, filiamonos à reformulação do injusto penal proposta pelo eminente professor Juarez Tavares, porquanto permite a configuração de uma teoria do delito fundamentada radicalmente no direitos e garantias fundamentais do indivíduo. O referido mestre (2002, p. 165), após lançar as bases para reformulação do injusto, propõe que:

[...] O injusto, entretanto, tem de ser analisado dialeticamente para que os direitos individuais não se vejam tolhidos por intervenções inoportunas. A análise dialética significa que os compartimentos do injusto – o tipo e a antijuridicidade – não devem se situar como numa relação de causalidade, de antecedente para consequente, mas dependendo do caso concreto e da necessidade de proteção individual, possam ser apreciados separada ou conjuntamente.

Essa análise dialética do injusto é imperativa por dois fundamentos.

Primeiro porque a delimitação dos poderes de intervenção do Estado não pode ser feita apenas com base nos enunciados, ainda que precisos, das normas proibitivas, senão igualmente pelas normas permissivas. É que a função de delimitação que se atribui à norma não pode ser enfocada apenas no seu sentido

26 Segundo Juarez Cirino (2006, p. 79), retratando o modelo de fato punível: “o tipo de injusto compreende os seguintes elementos: a) ação como realidade psicossomática do conceito de crime; b) a tipicidade como ação humana adequada ao tipo legal, nas dimensões de (1) tipo objetivo, constituído de causação do resultado e de imputação do resultado, e de (2) tipo subjetivo, formado pelas categorias do dolo – e outros elementos subjetivos especiais – e da imprudência; c) a antijuridicidade, afirmada nas proibições e excluída nas permissões, como categoria dogmática compreensiva das justificações, estudadas nas dimensões correspondentes de situação justificantes e de ação justificada (subjetiva e objetiva). A culpabilidade como juízo de reprovação pela realização não justificada do tipo de injusto, compreende (1) a imputabilidade (excluída ou reduzida em hipóteses de erro de proibição) e (3) a exigibilidade de comportamento diverso (excluída ou reduzida em situações de exculpação legais e supralegais).”

formal, mas principalmente no sentido material, que dirá acerca da necessidade ou não da intervenção estatal.

Só haverá ilicitude quando esgotados todos os recursos em favor da prevalência da liberdade. A operação que se deve fazer, assim, é exatamente no sentido inverso de que, normalmente, realiza a doutrina. Em vez de perquirir se existe uma causa que exclua a antijuridicidade, porque o tipo de injusto já a indicia, o que constituiria uma presunção *juris tantum* de ilicitude, deve-se partir de que só se autoriza a intervenção se não existir em favor do sujeito uma causa que autorize sua conduta. Neste caso, o tipo não constitui indício de antijuridicidade, mas apenas uma etapa metodológica de perquirição acerca de todos os requisitos para que a intervenção do Estado possa efetivar-se.

O segundo fundamento decorre do princípio da presunção de inocência, hoje positivado no artigo 5º, LVII, da Constituição. Caso se presuma que toda ação, embora criminosa, não possa ser atribuída com esta qualificação a alguém, antes que se verifiquem todas as possibilidades de sua exclusão, isto implica uma alteração na estrutura e na interpretação tanto das normas processuais penais quanto das normas penais. Em virtude disso, não se pode considerar indiciado o injusto pelo simples fato da realização do tipo, antes que se esgote a favor do sujeito a análise das normas que possam autorizar sua conduta. Está claro que deve haver um método para se proceder a essa análise, o qual pode perfeitamente identificar-se com aquele proposto tradicionalmente pela doutrina, ou seja, examinando-se, numa primeira etapa, os elementos do tipo e depois os elementos da antijuridicidade. O juízo, neste caso, se faz em duas etapas, mas ele é único. Faz-se em duas etapas por uma questão metodológica e não política, como ocorria e sempre ocorreu, mas a dogmática o justificava como consequência lógica inevitável do sistema. Como o juízo é único, a interpretação da própria ação típica deve estar de acordo com a autorização da conduta, podendo-se, assim, antecipar a decisão acerca do injusto mediante a verificação, por exemplo, de que a conduta fora cometida em cumprimento a um dever legal. Não há razão lógica, inclusive ainda no caso de o tipo ser tomado como indício da antijuridicidade, para que não se antecipe o juízo de antijuridicidade nesse caso. **Parece que aqui se reproduz aquela mesma hipótese de atipicidade conglobante de que falava ZAFFARONI [...].**

[...] Esta antecipação do juízo de antijuridicidade não está, porém, circunscrita somente àquelas hipóteses de normas autorizadoras expressas, senão em todos os casos em que possa ser observada uma imediata contradição entre antinormatividade, representada pela prática da ação típica, e a incidência de uma situação compreendida dentro de um contexto, ou de um processo de permissão, o que excluiria da incidência penal inúmeros casos da vida diária. (*grifo nosso*)

Por fim, as categorias jurídicas - tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade - devem continuar sendo respeitadas, mas numa conceituação de delito que reflita a perspectiva acima desenhada. O propósito aqui não é iconoclasta: destruir, sem motivos plausíveis, séculos de construção da dogmática penal. Mas também não é saudosista, repugnando-se toda desnecessária valorização do passado.

4. Dúvida sobre a tipicidade, excludentes de antijuridicidade²⁷ e de culpabilidade: qual é a carga probatória do Ministério Público?

Tradicionalmente, o juízo de tipicidade é o processo intelectual no qual se constata que um fato ocorrido no campo da vida corresponde, ou não, à realização de todos os elementos – objetivos, subjetivos, descritivos e normativos – do tipo legal. Todavia, o fato típico adquire nova coloração ante a aproximação entre tipo e antijuridicidade, de modo que o tipo penal deve ser inevitavelmente compreendido a partir do princípio da presunção de inocência, para que assim desempenhe sua função de garantia.

Em outras palavras, já não se pode mais presumir da simples realização do tipo objetivo a existência de elementos subjetivos, sob pena de, numa interpretação às avessas do supracitado princípio constitucional, atribuir ao acusado o ônus de provar que não agiu dolosa ou culposamente. O dolo e a culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência e imperícia), embora situados no terreno das intenções humanas, podem ser provados, só que indiretamente, mediante a demonstração de circunstâncias que envolveram a prática delitiva. Neste particular, o magistrado deverá realizar uma operação mental lógico-indutiva, através da qual poderá concluir, com base nos fatos provados, se o imputado atuou com dolo ou culpa. Portanto, tais elementos subjetivos não decorrem de presunções legais, devendo ser demonstrados pela acusação.²⁸

Noutro passo, a ideia prevalecente na doutrina²⁹ de que as excludentes de ilicitude e culpabilidade são fatos impeditivos do *jus puniendi* estatal, cabendo ao réu prová-las, é o efeito mais pernicioso que a compreensão do tipo enquanto indício da antijuridicidade produziu no processo penal.

27 Não é dada aqui relevância a distinção feita pela doutrina entre ilicitude e antijuridicidade.

28 Diferentemente não pensa Mittermaier (1996, p. 122), para quem: “Foi-se, porém, demasiado longe, quando através de muitos equívocos, chegou-se a estabelecer como princípio que a intenção criminosa (*dolus*) sempre se pressupõe, ou que, ao menos, há contra o acusado presunção de discernimento, e que, portanto, corre-lhe o dever de destruir. Confundiram-se geralmente duas idéias, que o não deviam ser, porque é, na maior parte dos casos, com auxílio de presunções e por via de induções que se verifica a intenção; acreditou-se na existência de uma presunção legal, o que é de nenhum modo exato”.

29 Por todos, Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p. 258), para quem: “[...] ao acusado cabe a prova das causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade [...]”

Este equívoco processual precisa ser reparado. O juízo de tipicidade e antijuridicidade não são necessariamente estanques. Aliás, diante da concepção de injusto aqui perfilhada, só haverá antijuridicidade quando verificado, em concreto, que não existem expedientes autorizadores da conduta do indivíduo, sejam estas causas legais ou supralegais de exclusão da antijuridicidade.

Neste sentido, a dúvida sobre a conduta típica conduz à absolvição do acusado. Realmente, o Estado, uma vez responsável pela persecução penal, não está isento de provar, cabalmente, que o réu realizou uma conduta descrita na lei penal. Isto, logicamente, para um juízo de tipicidade formal. Mas, o artigo 5, inc. LVII, da CF/88 reclama do Estado-acusação uma postura mais legítima do ponto de vista de intervenção do Direito Penal. Portanto, o órgão acusatório, ao formular sua inicial, deve imputar ao réu uma conduta que só permitirá a interferência estatal em sua esfera jurídica porque, não sendo localizadas causas que justifiquem seu comportamento, concluiu que há um lastro probatório mínimo de que ele (o imputado) praticou um ato lesivo a um bem jurídico protegido pela norma penal.

Como se vê, ao analisar o injusto penal a partir do princípio da presunção de inocência, tem-se que as dúvidas porventura existentes sobre as excludentes de antijuridicidade demandam dúvidas sobre a própria configuração do injusto penal, devido à aproximação entre juízo de tipicidade e de antijuridicidade, que, na verdade, é único, feito em duas etapas apenas por questões metodológicas, o que não compromete a estrutura sistemática do delito.³⁰ “Como o juízo é único, a interpretação da própria ação típica deve estar de acordo com a autorização da conduta, podendo-se, assim, antecipar a decisão acerca do injusto [...]” (TAVARES, 2002, p.166 e 167). Assim, pairando dúvida sobre as excludentes de antijuridicidade, o réu dever ser absolvido, nada se perquirindo acerca de sua culpabilidade, porque sequer a conformação do injusto penal restou demonstrada.

As excludentes de ilicitude estão previstas no artigo 25, incisos I, II, III, do Código Penal brasileiro (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito). Já as excludentes de culpabilidade³¹ encontram-se dispersas no aludido Código: doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (artigo 26, caput, do CP), idade inferior a dezoito anos (artigo 27 do CP), embriaguez involuntária completa (artigo 28, § 1º, do CP), erro inescusável sobre a ilicitude do fato (artigo 21, *caput*, do CP), e coação moral irresistível

30 Este raciocínio é desenvolvido por Juarez Tavares, e, conforme frisado, é o adotado no presente trabalho.

31 A culpabilidade que vigora no sistema penal pátrio é a de jaez normativo, fundamentada, basicamente, na imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

ou obediência hierárquica (artigo 22 do CP).³² Assim, ao listar as causas que excluem a culpabilidade e ilicitude, o legislador limitou-se a definir tanto a culpabilidade quanto a ilicitude em termos negativos, isto é, descreveu as situações em que elas não ocorrem. Logo, se for posta a questão sob outro ângulo, visualiza-se que a dúvida sobre tais excludentes é, em essência, a incerteza sobre a culpabilidade do autor e ilicitude do fato.

Conforme foi advertido, cristalizou-se o entendimento de que as causas de exclusão da culpabilidade e da ilicitude são fatos impeditivos do nascimento do direito estatal de punir e que, conseqüentemente, cabe ao réu prová-las. Pensar o contrário disto, diz essa corrente doutrinária, é compactuar com uma maliciosa inversão do ônus da prova, atribuindo ao Ministério Público ou querelante a prova de fatos negativos³³ (inocorrência das excludentes de ilicitude ou de culpabilidade), o que, na prática, é impossível.

Sucedede que esse posicionamento doutrinário deve ser superado. É que, além do substancial argumento de que a incerteza sobre a ocorrência de uma excludente de antijuridicidade prejudica a conformação do próprio injusto penal, existem outros dois de igual força que revelam a inconsistência dessa forma de pensar o ônus da prova, atribuindo-o por completo à acusação, quais sejam:

- a) só as negativas gerais não podem ser provadas;
- b) as excludentes de ilicitude e culpabilidade não são fatos impeditivos do direito de punir estatal.

O imputado ao alegar uma excludente de ilicitude ou culpabilidade não acrescenta ao *thema decidendum* fato novo, não exerce uma pretensão, apenas se opõe, através de **negativas indiretas qualificadas**, que são proposições incompatíveis com a *causa petendi* da exordial acusatória, à pretensão do Ministério Público. Dito de outro modo, a evocação duma excludente de ilicitude ou culpabilidade não se equipara, de maneira a gerar um ônus processual para o réu, às exceções substanciais³⁴ do processo civil.

Foi Chiovenda (1998, v. 1, p. 446) quem desmistificou esse debate sobre a prova das negativas no Direito Processual:

32 A inexigibilidade de conduta diversa pode fundamentar situações supralegais de exculpação. Segundo Juarez Cirino (2006, p. 334), “as situações de exculpação supralegais compreendem o fato de consciência, a provocação de legítima defesa, a desobediência civil e o conflito de deveres.”

33 Louvava-se a máxima romana *negativa non sunt probanda*.

34 Segundo o grande processualista Fredie Didier (2006, p. 417 e 418), “em sentido material, exceção relaciona-se com a pretensão (esta relação entre os institutos é fundamental para sua compreensão), sendo um direito de que o demandado se vale para opor-se à pretensão, para neutralizar-lhe a eficácia – é uma situação jurídica que a lei material considera como apta a impedir ou retardar a eficácia de determinada pretensão (situação jurídica ativa), espécie de contradireito em face do autor: é uma pretensão que se exerce como contraposição à outra pretensão.”

[...] Via de regra, toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação, quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos dessa coisa. Em caso de predicados contrários, isso é evidentiíssimo: quem diz móvel, diz não móvel, quem diz escravo, diz não livre, quem diz maior, diz não menor. Em nenhum desses casos haveria como saber quem afirma e quem nega quem deve provar e quem não. Mas, ainda mesmo em caso de predicados somente diversos, incerto é o predicado que o negador implicitamente afirma, mas este estaria em condições de determiná-lo; portanto, não seria mais possível considerá-lo como negador de modo absoluto e, por isso, isento de prova. Assim, quem diz este tecido não é vermelho, não é de se considerar, só por isso, negador porque, na realidade ele afirma que o tecido é de outra cor, que ele poderia determinar; assim, quem diz: uma casa não está voltada para o Norte, diz, conjuntamente, que a casa tem outra posição.

Nessa disposição de ideias, infere-se que o réu, ao afirmar, no caso de legítima defesa, que usou moderadamente dos meios necessários para repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, causando, por exemplo, a morte de uma pessoa, está negando, de forma qualificada (detalhada), a narração contida na preambular acusatória que lhe imputou a prática de homicídio (artigo 121, *caput*, do CP). Se fosse alegada uma excludente de culpabilidade consistente na coação moral irresistível, o réu, de igual modo, estaria negando indiretamente a exigibilidade de conduta diversa: elemento da culpabilidade.

Note-se, também, que o Ministério Público, ao provar a inexistência de uma excludente de ilicitude ou culpabilidade, não está provando uma negativa geral, o que seria impossível,³⁵ mas apenas *ratifica*, através de seus meios de prova, os pressupostos fáticos e jurídicos do *jus puniendi* estatal, os quais, articulados na denúncia ou queixa-crime, são incompatíveis com a afirmação da ocorrência de causas de justificação ou exculpação, afastando, pois, a incidência destas.

Assim, do ponto de vista processual, a denúncia deve conter a narrativa de todas as circunstâncias do fato criminoso, das quais se inferem a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, que são os elementos/requisitos do crime. Não havendo uma exposição devidamente circunstanciada do fato criminoso, a denúncia deve ser rejeitada (artigo 41 c/c artigo 395, inc. I ambos do CPP).³⁶ Esta é a melhor exegese do artigo 41 do CPP, pois ressalta que o crime é um todo indivisível que não permite a aplicação fragmentária do *princípio da presunção de inocência*, ressaltando uma postura coerente

35 Ocorre negativa geral quando o réu diz, simplesmente, que não cometeu o crime. Esta seria um hipótese de prova diabólica.

36 Na prática, porém, muitas denúncias apenas descrevem o tipo legal, sem correlacioná-lo aos detalhes do fato concreto.

do Ministério Público, enquanto instituição titular da iniciativa da ação penal pública e garantidora de direitos e garantias fundamentais. Afinal, **“a ação processual penal é um direito potestativo de acusar, público, autônomo, abstrato, mas conexo instrumentalmente ao caso penal.”** (LOPES JR, 2007, v. 1, p. 346)

Nada obstante, salvo algumas exceções³⁷, o que, com bons olhos, pode ser considerado um início de mudança de entendimento jurisprudencial, os tribunais pátrios ainda consideram as excludentes de tipicidade, ilicitude e culpabilidade como fatos cuja carga probatória é atribuída inflexivelmente ao réu. Aí estão alguns julgados:

LEGÍTIMA DEFESA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PROVA INSUFICIENTE. JÚRI³⁸. NOVO JULGAMENTO. INVERTIDO O ONUS PROBANDI, AO ARGUINTE CUMPRE MOSTRAR, À EVIDÊNCIA, A INEVITABILIDADE DE SUA REAÇÃO, MODERAÇÃO E JUSTEZA DE SUA CONDUTA. NÃO SE RECONHECE A EXCLUDENTE DE ILICITUDE, SENÃO QUANDO A PROVA

37 Neste sentido, veja-se o seguinte julgado do STJ: “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO CONDENATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. DOCUMENTO APRESENTADO PELA DEFESA IGNORADO PELO ÓRGÃO JULGADOR. VIOLAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO PENAL E INFRINGÊNCIA AOS ARTIGOS 231 E 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.1. O órgão acusador tem a obrigação jurídica de provar o alegado e não o réu demonstrar sua inocência.2. **É característica inafastável do sistema processual penal acusatório o ônus da prova da acusação, sendo vedado, nessa linha de raciocínio, a inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.** 3. Carece de fundamentação idônea a decisão condenatória que impõe ao acusado a prova de sua inocência, bem como ignora documento apresentado pela Defesa a teor dos artigos 231 e 400 do Código de Processo Penal. 4. ORDEM CONCEDIDA para anular a decisão condenatória, para que outro julgamento seja proferido, apreciando-se, inclusive, a prova documental ignorada.” (*grifo nosso*)-(HC 27684/AM;Hábeas Corpus2003/0048823-0; Rel. Paulo Medina; T6 - Sexta Turma; 15/03/2007; DJ 09.04.2007 p. 267)

38 Na doutrina, prevalece o entendimento de que na decisão de pronúncia, no procedimento do júri, se aplica o *in dubio pro societate*. Este posicionamento precisa ser revisto, já que no fim do *judicio accusationis* ainda não houve o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A decisão de pronúncia é interlocutória mista, isto é, julga admissível a acusação para submeter a apreciação do caso ao Tribunal do Júri. Assim, na decisão de pronúncia deve ser aplicado também o *in dubio pro reo*, de maneira que, havendo dúvida sobre os indícios da autoria delitiva e a existência do crime, o acusado jamais poderá ser pronunciado. Ademais, o *in dubio pro societate* tem tido, na prática, interpretações distorcidas. Neste sentido, veja-se um dos julgados do STF: “EMENTA: I. Habeas-corpus: cabimento: direito probatório. I. Não é questão de prova, mas de direito probatório - que comporta deslinde em habeas-corpus -, a de saber se é admissível a pronúncia fundada em dúvida declarada com relação à existência material do crime. II. Pronúncia: inadmissibilidade: invocação descabida do *in dubio pro societate* na dúvida quanto à existência do crime. **O aforismo *in dubio pro societate* que - malgrado as críticas precedentes à sua consistência lógica, tem sido reputada adequada a exprimir a inexigibilidade de certeza da autoria do crime, para fundar a pronúncia -, jamais vigorou no tocante à existência do próprio crime, em relação a qual se reclama esteja o juiz convencido.**3. O convencimento do juiz, exigido na lei, não é obviamente a convicção íntima do jurado, que os princípios repeliriam, mas convencimento fundado na prova: donde, a exigência - que aí cobre tanto a da existência do crime, quanto da ocorrência de indícios de autoria, de que o juiz decline, na decisão, “os motivos do seu convencimento”.4. **Caso em que, à frustração da prova pericial - que concluiu pela impossibilidade de determinar a causa da morte investigada -, somou-se a contradição invencível entre a versão do acusado e a da irmã da vítima: conseqüente e confessada dúvida do juiz acerca da existência de homicídio, que, não obstante, pronunciou o réu sob o pálio da invocação do *in dubio pro societate*, descabido no ponto. Habeas-corpus deferido por falta de justa causa para a pronúncia.** (*grifo nosso*) - (HC 646; Min. Sepúlveda Pertence; J:04/06/2002; T01; DJ 09-08-2002).

PRODUZIDA REFLETE ENCADEAMENTO LÓGICO, CONSTRUÍDA SOBRE *PILOTIS* DE COERÊNCIA E CONTUNDÊNCIA, QUE INDUZAM À NECESSIDADE DA CONDUTA PERMISSIVA. RECURSO PROVIDO (Bahia, 10/10/2005).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DESCAMINHO. ÔNUS DA PROVA DA INOCÊNCIA DOS AGENTES. I- COMPROVADO O CRIME E SUA AUTORIA, COM A CONCORRÊNCIA DE TODOS OS SEUS ELEMENTOS INTEGRANTES, **CABE AOS ACUSADOS DEMONSTRAR SUA INOCÊNCIA, CONFORME DISPÕE O ART. 156 DO CPP II- APELAÇÕES IMPROVIDAS** (BRASIL, 10/10/2005).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DOSIMETRIA E FIXAÇÃO DA PENA BASE.³⁹ ÔNUS DA PROVA DE DEFESA.

I - A pena base para réu primário deve ser fixada apenas na quantidade suficiente para reprovação e prevenção do crime. II - **Estando comprovada a realização do fato, compete ao réu provar a causa excludente da tipicidade, da antijuridicidade ou da culpabilidade, conforme inteligência do art. 156 do CPP.** III - Apelação provida, parcialmente, para fixar a pena em 2 anos de reclusão, com o reconhecimento, de ofício, da prescrição, pela pena concretizada (BRASIL, 10/10/2005).

CRIMINAL. RESP. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DOLO GENÉRICO. ANIMUS REM SIBI HABENDI. COMPROVAÇÃO DESNECESSÁRIA. ONUS PROBANDI. FACULDADE DA PARTE PROVAR. DIFICULDADES FINANCEIRAS DA EMPRESA. EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ÔNUS DA DEFESA. PROVA NÃO PRODUZIDA. ABSOLVIÇÃO DOS ACUSADOS. CRISE FINANCEIRA DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I. A conduta descrita no tipo penal do art. 95, d, da Lei 8.212/95 é centrada no verbo deixar de recolher, sendo desnecessária, para a configuração do delito, a comprovação do fim específico de apropriar-se dos valores destinados à Previdência Social. Precedentes. II. **Cabe à defesa e não à acusação a prova dessa circunstância, na medida em que o onus probandi é a faculdade da parte demonstrar a ocorrência de fato alegado em seu favor.**

III. **Não tendo sido comprovada a insolvência da empresa, não pode o Tribunal a quo absolver os acusados com base em meros indícios de que a mesma foi atingida por dificuldades financeiras, como ocorrido in casu.**

IV. Infere-se que os acusados foram absolvidos tão-somente em

39 Compartilhamos do entendimento de Gustavo Henrique Badaró (2003, p. 334), para quem: “*O in dubio pro reo* deve ser aplicado na dosimetria da pena, não só com relação aos dados que possam levar à majoração da reprimenda, como também em relação àqueles que impliquem redução da sanção penal.” Afinal, na aplicação da pena ainda não houve o trânsito em julgado, salvo na hipótese elencada no artigo 621, inc. III, do CPP, que por se tratar de uma ação penal não condenatória (revisão criminal), o ônus da prova será do imputado caso queira diminuir sua pena devido à descoberta de novas provas que, após a sentença, autorizam a aplicação de uma causa especial de diminuição.

virtude do entendimento adotado pelo Tribunal a quo de que haveria a necessidade de comprovação do dolo específico de fraudar a Previdência Social, em desacordo com a jurisprudência dominante nesta Corte.

V. Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do relator.

(STJ. Min. Gilson Dipp; T5; Resp 612367 / RJ; recurso especial 2003/0188549-9; DJ. 14.06.2004 p. 276).

APELAÇÃO-CRIME. RECEPÇÃO. APREENSÃO DOS OBJETOS NA POSSE DO RÉU. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. PALAVRA DAS VÍTIMAS E DOS POLICIAIS UNÍSSONAS. SENTENÇA MANTIDA. Materialidade e autoria devidamente comprovadas. Conjunto probatório firme para manutenção de um decreto condenatório. **Por ser encontrados muitos objetos produtos de crimes (anteriores) em poder do apelante se inverte o ônus da prova, cabendo a ele comprovar algo que o inocente da acusação imposta.** O réu não confesso quanto à prática do delito, apenas admite possuir objetos, mas, até refere não saber da origem ilícita deles, impossibilitando o reconhecimento da atenuante. Todas as vítimas foram uníssonas e coerentes em seus depoimentos, igualmente os dos policiais. Apelo defensivo improvido. (Apelação Crime Nº 70017251778, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alfredo Foerster, Julgado em 17/05/2007)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PONTOS NÃO ATACADOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182 DO STJ. JULGAMENTO MONOCRÁTICO.

POSSIBILIDADE. ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CUMPRE AO RÉU O ÔNUS DE COMPROVAR O ÁLIBI LEVANTADO PELA DEFESA. ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXAME QUANTO À RECEPÇÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO STF. CRIME DE MOEDA FALSA.

ART. 289 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada (Súmula 182/STJ).

2. Não ofende o princípio da colegialidade a decisão singular do relator proferida de acordo com o art. 557 do CPC.

3. Não desrespeita a regra da distribuição do ônus da prova a sentença que afasta tese defensiva de negativa de autoria por não ter a defesa comprovado o álibi levantado.

4. A verificação acerca da recepção de dispositivos legais pelo texto constitucional é matéria que foge à competência atribuída pela Carta Magna ao Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial.

5. A redação do art. 289 do Código Penal respeita o princípio da proporcionalidade ao apenar mais severamente aquele que promove a circulação de moeda falsa para obter vantagem financeira indevida, e aplicar pena mais branda ao agente que, após receber uma cédula falsa de boa-fé, repassa-a para não sofrer prejuízo (HC 207373/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 1/2/2013).

6. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1367491/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 02/05/2013)

Todavia, mesmo com a orientação fixada nos sobreditos precedentes jurisprudenciais, o autor filia-se ao posicionamento doutrinário de que cabe à acusação provar a existência do crime enquanto um todo indivisível⁴⁰ (típico, antijurídico, culpável e punível). E, se por acaso, devido à insuficiência probatória constante dos autos, houver dúvida irremovível sobre a ocorrência de qualquer causa de justificação ou exculpação, a leitura que deve ser feita é a de que o Estado-acusação não se desincumbiu do seu *onus probandi*, aplicando-se imediatamente o *in dubio pro reo* (artigo 5º, inc. LVII, CF/88), com o qual o imputado fará jus a um pronunciamento absolutório (artigo 386, incisos VI e VII, do CPP). Têm sido nesse sentido as últimas decisões do Supremo Tribunal Federal, tornando positivas as expectativas jurisprudenciais sobre o tema, já que esse Tribunal é, por excelência, o guardião da Constituição Federal⁴¹.

40 Por todos, Antônio Gomes Filho (1991, p. 39), para quem: “[...] Não existindo no processo penal uma repartição formal do ônus da prova, é ao Ministério Público que cabe o ônus substancial da prova, no sentido de que deve provar a presença de todos os elementos de fato sobre os quais se funda a pretensão punitiva e também a inexistência de qualquer elemento que obsta o surgimento dessa mesma pretensão. Resulta que no processo penal a dúvida acerca da existência de qualquer fato deve sempre favorecer o acusado, até porque, como ressaltou Saraceno, as circunstâncias impeditivas não são senão o inverso das constitutivas, e uma dúvida sobre aquelas constitui também uma dúvida a respeito destas últimas”. Em sentido diverso, Adalberto Camargo Aranha (1983, p. 12): “à acusação cabe o ônus de provar a existência de um fato penalmente ilícito, a sua realização pelo denunciado e a culpa (*stricto sensu*); à defesa compete demonstrar a inexistência de dolo, causas extintivas da punibilidade, causas excludentes da antijuridicidade e eventuais excludoras da culpabilidade”.

41 O STF, recentemente, julgou no seguinte sentido: “EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. REQUISITOS. ÔNUS DA PROVA. ORDEM DEFERIDA EM PARTE. 1. Inserido na matriz constitucional dos direitos humanos, o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégica oportunidade de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado. 2. Atento a esse marco interpretativo, pontuo que, no caso dos autos, as instâncias precedentes recusaram o pedido defensivo de incidência da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 sob o fundamento de inexistir prova da primariedade do acusado. Incurrendo, assim, numa indistigável inversão do ônus da prova e, no extremo, na nulificação da máxima que operacionaliza o direito à presunção de não-culpabilidade: *in dubio pro reo*. Preterição,

Por fim, veja-se a incongruência de uma das recentes reformas processuais penais. O legislador, com a edição da Lei n. 11.690/2008, passou

portanto, de um direito constitucionalmente inscrito no âmbito de tutela da liberdade do indivíduo. 3. Ordem parcialmente deferida para, de logo, reconhecer a incidência da minorante do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 e determinar ao Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Campo Grande/MS que refaça, no ponto, a dosimetria da pena. (HC 97701, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-186 DIVULG 20-09-2012 PUBLIC 21-09-2012); EMENTA: HABEAS CORPUS - PROVA CRIMINAL - MENORIDADE - RECONHECIMENTO - CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI Nº 2.252/54) - INEXISTÊNCIA DE PROVA ESPECÍFICA - IMPOSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO TÍPICA DA CONDUTA IMPUTADA AO RÉU- CONDENAÇÃO POR OUTROS ILÍCITOS PENAIIS - EXACERBAÇÃO DA PENA - DECISÃO PLENAMENTE MOTIVADA - LEGITIMIDADE DO TRATAMENTO PENAL MAIS RIGOROSO - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. MENORIDADE - COMPROVAÇÃO - CERTIDÃO DE NASCIMENTO - AUSÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO TÍPICA DO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES. O reconhecimento da minoridade, para efeitos penais, supõe demonstração mediante prova documental específica e idônea (certidão de nascimento). A idade - qualificando-se como situação inerente ao estado civil das pessoas - expõe-se, para efeito de sua comprovação, em juízo penal, às restrições probatórias estabelecidas na lei civil (CPP, artigo 155). - Se o Ministério Público oferece denúncia contra qualquer réu por crime de corrupção de menores, cumpre-lhe demonstrar, de modo consistente - e além de qualquer dúvida razoável -, a ocorrência do fato constitutivo do pedido, comprovando documentalmente, mediante certidão de nascimento, a condição etária (menor de dezoito (18) anos) da vítima do delito tipificado no artigo 1º da Lei nº 2.252/54. O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS. - A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do jus libertatis titularizado pelo réu. A perseguição penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido - e assim deve ser visto - como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da perseguição penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu - que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irreversível sentença condenatória -, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público (grifo nosso). A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula nulla poena sine iudicio exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual. O PODER DE ACUSAR SUPÕE O DEVER ESTATAL DE PROVAR LICITAMENTE A IMPUTAÇÃO PENAL. - A exigência de comprovação plena dos elementos que dão suporte à acusação penal recai por inteiro, e com exclusividade, sobre o Ministério Público. (grifo nosso). Essa imposição do ônus processual concernente à demonstração da ocorrência do ilícito penal reflete, na realidade, e dentro de nosso sistema positivo, uma expressiva garantia jurídica que tutela e protege o próprio estado de liberdade que se reconhece às pessoas em geral. Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório. Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas - embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público -, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório. Precedentes. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-Lei nº 88, de 20/12/37, artigo 20, n. 5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se - para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica - em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o non liquet (grifo nosso). VALIDADE DA EXACERBAÇÃO PENAL, QUANDO ADEQUADAMENTE MOTIVADA PELO PODER JUDICIÁRIO. - Não se revela possível a redução da pena imposta, quando a exacerbação penal, além de adequadamente motivada, apoia-se em fundamentação provida de conteúdo lógico-jurídico e em dados concretos justificadores da majoração efetivada. Refoge ao âmbito estreito do habeas corpus o exame dos critérios de índole pessoal, que, subjacentes à formulação do juízo de valor atribuído pelo ordenamento legal ao magistrado sentenciante, permitiram-lhe, sem qualquer ilegalidade ou abuso de poder, exacerbar o quantum penal imposto ao réu condenado (BRASIL, 10/10/2005 - HC7338).

a determinar que o juiz, havendo **fundada dúvida** sobre a existência de causa excludente da ilicitude ou da culpabilidade, deve absolver o réu (artigo 386, inciso VI, segunda parte, do CPP), porém, em contrapartida, manteve no Código de Processo Penal o obsoleto artigo 156, segundo o qual o magistrado poderá determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir **dúvida sobre ponto relevante**. Note-se que as excludentes de ilicitude e culpabilidade são pontos relevantes para o deslinde da demanda. Eis, então, o absurdo: havendo fundada dúvida sobre elas, as excludentes, cabe ao juiz absolver o réu (artigo 386, inciso VI, do CPP) ou se valer de sua iniciativa probatória? A resposta está no inciso LVII do artigo 5º da CF/88: diante do princípio da presunção de inocência, absolve-se o réu.

Quanto ao *álibi*, assim como as excludentes de ilicitude e culpabilidade, enquadra-se no grupo das negativas indiretas, que, no caso da ação penal condenatória, são proposições incompatíveis, na proporção do que foi alegado pelo réu, com a narrativa fática da peça acusatória. Esclareça-se com um exemplo: se alguém está sendo acusado de ter roubado um carro no dia 22 de setembro de 2003, às 14:00h, na rua X, no bairro Y, na cidade L, e, em sua defesa, alega que naquele horário, dia e ano, estava na cidade Z, isto significa que negou a autoria do delito que lhe foi imputado, só que mediante uma assertiva particularizada.

Assim, utilizando-se do raciocínio desenvolvido para as excludentes de ilicitude e culpabilidade, conclui-se que o *álibi* não é uma exceção substancial. Por outro lado, sendo uma negativa indireta, a dúvida sobre sua ocorrência é, inversamente, a hesitação sobre a autoria delitiva, o que, no campo probatório, significa que o Ministério Público não se desincumbiu do *onus probandi*. Numa palavra: neste caso, o réu deve ser absolvido, já que, garantido seu estado processual de inocência, não possui o ônus de provar o *álibi*.⁴²

42 “Quando o réu apresenta um *álibi*, dizendo que no dia e hora do crime se encontrava em lugar distante, não está alegando fato positivo diverso, mas apenas negando o que lhe é atribuído na denúncia. Assim, a dúvida sobre se ele estava ou não naquele lugar distante nada mais é do que a dúvida sobre se ele estava no lugar afirmado na denúncia ou queixa. É intuitivo. Desta maneira, ao sustentar tal *álibi*, o réu não assume o ônus de provar o fato positivo que negue a acusação, permanecendo o autor com o ônus de provar aquilo que originalmente afirmou” (JARDIM, 2002, p. 219). Juarez Cirino (2006, p. 659) destaca que o princípio “*in dubio pro reo* contém desdobramentos importantes no Estado Democrático de Direito, assim definidos: a) primeiro, o acusado não precisa provar o *álibi* apresentado – ou seja, que não estava no lugar do crime, ou que não participou do fato imputado; ao contrário, a acusação deve provar que o acusado realizou ou participou do fato imputado, com a dúvida determinando absolvição; [...]” Destaque-se que a jurisprudência diverge deste posicionamento: “EMENTA: RECEPÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA. PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL. **ÁLBI**. **Ônus da prova pelo acusado (grifo nosso)**. PRESCRIÇÃO. Comprovadas a materialidade e autoria, através de laudo pericial e depoimentos de testemunhas, a condenação se impõe. Se o réu sustenta *álibi*, cabe-lhe comprová-lo, pena de sua versão restar desacreditada. A demora no andamento do feito gerou, todavia, a prescrição, que vai declarada, extinguindo-se a punibilidade do agente. Apelo provido e declarada extinta a punibilidade do agente, pela prescrição” (Rio Grande do Sul, 10/10/2005).

Quanto à punibilidade, advirta-se que, entre as causas aptas a extingui-la, exemplificadas no artigo 107 do Código Penal⁴³, algumas só podem ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (perdão do ofendido; perempção), outras podem ocorrer (anistia; prescrição) ou apenas ocorrem após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (graça e indulto). Logo, a estas, interpretando-se o artigo 107 do CP a partir do inciso LVII do artigo 5º da Lei Fundamental, não será aplicado o princípio *in dubio pro reo*, já que se operam após o trânsito em julgado do decreto condenatório. Contudo, havendo dúvida em relação às outras, inclusive a prescrição da pretensão punitiva,⁴⁴ incidirá o *in dubio pro reo*, pois são suscetíveis de ocorrerem durante a ação penal condenatória, ou seja, antes do advento da coisa julgada material.

Posta a questão nestes termos, firma-se, por fim, que a aplicação ou não do princípio *in dubio pro reo* às causas extintivas de punibilidade cinge-se à análise do momento processual em que estas ocorrerem - se antes ou após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória -, abstraindo-se aqui o embate doutrinário para considerar a punibilidade como elemento da definição analítica de crime ou apenas consequência jurídica deste⁴⁵. Aliás, qualquer discussão sobre a punibilidade significa, ainda que pelo viés de sua extinção, debater sobre a necessidade de intervenção estatal no *status* liberdade do indivíduo, e, sendo assim, o princípio da presunção de inocência não pode ser desconsiderado.

5. Conclusões

- I. A assertiva de que cabe à acusação o ônus da prova na ação penal pública condenatória significa que o Ministério Público, levando-se em conta aqui a concepção de injusto penal culpável do professor Juarez Tavares (maior proximidade entre o juízo de tipicidade e antijuridicidade), tem que provar a autoria delitiva e todos os elementos constitutivos do crime (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade), para que, ao final, haja um provimento jurisdicional condenatório, removendo do processo todas as dúvidas possíveis sobre essas categorias. Desta forma, a interpretação do artigo 156, inciso II, conjugada com o artigo 41 e o inc. VI do artigo 386, todos

43 Existem outras causas de extinção da punibilidade previstas na legislação extravagante.

44 “[...] o princípio *in dubio pro reo* estende-se também aos fatos que, mesmo apenas inviabilizadores do exercício do poder de punir, como a prescrição da pretensão punitiva, extinguem o direito do autor, sem negar sua existência” (KARAM, 2001, p. 68).

45 Destaque-se que o professor Aury Lopes Jr. (2007, v. 1, p. 354) considera a punibilidade concreta como uma condição da ação.

do CPP, harmoniza-se com a regra de julgamento da ação penal condenatória: o *in dubio pro reo*.

- II. Havendo dúvida sobre a (in)existência de excludentes de ilicitude e/ou de culpabilidade ou sobre o álibi alegado pelo réu, este, em face da presunção constitucional de sua inocência, deverá ser absolvido. Ademais, esse princípio se estende, desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, aos casos de dúvida sobre as causa de extinção de punibilidade.
- III. O réu, ao alegar as excludentes de ilicitude e culpabilidade ou negar a autoria do delito (álibi), não o faz mediante exceções substanciais, já que, a bem da verdade, apenas se opõe, através de proposições afirmativas detalhadas (negativas indiretas), à pretensão acusatória. Por esta razão, não devem ser transportadas as regras de distribuição do ônus da prova no processo civil (artigo 333, inc. I e II, do CPC) para o processo penal, mesmo porque neste não existe, de fato, uma repartição do *onus probandi*.
- IV. É impertinente a afirmação de que não é possível à acusação, por se tratar de fato negativo, provar a inexistência das excludentes de ilicitude e de culpabilidade. Só as negativas gerais não podem ser provadas (prova diabólica). Já as negativas qualificadas ou motivadas (indiretas) podem ser refutadas com a prova de proposições que lhes sejam incompatíveis. Numa palavra: basta à acusação *ratificar*, através de seus meios de prova, a *causa petendi* da exordial acusatória (narração de uma conduta típica, antijurídica e culpável e punível).
- V. O sistema processual penal acusatório, calcado no princípio da presunção de inocência do réu, é o mais adequado ao Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*, da CF/88), em que as garantias e os direitos individuais do acusado devem ser necessariamente respeitados.
- VI. O princípio da presunção de inocência ou não-culpabilidade deve ser visto para além de seu conteúdo probatório, destacando-se também o seu significado político: proteção da liberdade do indivíduo contra os desmandos provenientes do exercício do *jus puniendi* estatal.
- VII. O Ministério Público tem, no formato de processo penal atual, o desafio de conciliar sua atividade persecutória em juízo com o

princípio da presunção de inocência, deve evitar o desnaturamento do *in dubio pro reo*, sendo que, no presente artigo, sugerimos algumas diretrizes para que esse desafio seja superado com respeito ao conteúdo normativo e principiológico da Constituição de 1988.

Referências bibliográficas

AFONSO DA SILVA, José. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE HIJO, Ricardo. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1950. v. 3.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *O ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

BAHIA. Tribunal de Justiça da Bahia. *Inversão do ônus da prova. Prova insuficiente*. Júri. Novo julgamento. CRIM. 15847-1-00.2 CCRIM., Rel. Des. Alexandre Sampaio, J. 260401, PROV./UM. –AC. 14291. Disponível em: <www.tj.ba.gov.br> . Acesso em: 10.10.2005.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Vicente Sabino Júnior. São Paulo: HI, 2002.

BEDAQUE, José Roberto do Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: RT, 1995.

BINDER M., Alberto. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação Penal: denúncia, queixa e aditamento*. 3.ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Distinção entre ônus de afirmar e ônus de provar*. Agravo no recurso especial a que se nega provimento. (Ag. Reg. No REsp. 235. 154, Rel. Min. Nancy Andriighi. Disponível em: <www.stj.gov.br> . Acesso em 10.05.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça - Tribunal Federal de Recursos. *Ônus da prova da inocência dos agentes*. Acórdão RIP. 05665809. Apelação criminal n. 0006484. Decisão (Julgamento): 17/05/1988, Ministro Carlos Thibau DJ 23/06/1988. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10.10.2005.

_____. Tribunal Federal de Recursos. *Penal. Processual. Penal. Dosimetria e fixação da pena base. Ônus da prova de defesa*. Acórdão RIP: 05662133. Decisão (Julgamento): Apelação criminal n. 0006469. Turma 01 – DJ 24/10/1988. Ministro Carlos Thibau. Disponível em: <<http://stj.gov.br>>. Acesso em: 10.10.2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Falsidade ideológica. Denúncia julgada improcedente*. Ap n. 59/TO – Ação penal n. 1993/0014803-6. Ministro Nilson Naves (361) e Ministro Eduardo Ribeiro (1015) – Órgão julgador” CE – Corte Especial – Julgamento 23/06/1994 – DJ 10/10/1994. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10/10/2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reconhecimento – *Corrupção de menores (Lei n. 2.252/54). Inexistência de prova específica – Impossibilidade de configuração típica da conduta imputada ao réu – Condenação por outros ilícitos penais – Exacerbação da pena – Decisão plenamente motivada – Legitimidade do tratamento penal mais rigoroso – Pedido deferido em parte. Menoridade – Comprovação – Certidão de nascimento – Ausência – Descaracterização típica do crime de corrupção de menores*. Supremo Tribunal Federal HC 73338/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello – Julgamento 13/08/1996. Órgão julgador: Primeira turma. Publicação DJ 19/12/1996. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 10/10/2005.

BREDA, Antonio Acir. Reparos à terminologia do projeto de Código de Processo Penal. Revista do Ministério Público do Paraná.

_____. Sugestões ao novo Código de Processo Penal. Revista do Ministério Público do Paraná. 2002.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Trad. Eduardo Brandão. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, v. 1.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: Parte Geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

_____. *A Criminologia Radical*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. 3.ed. Curitiba: Juruá, 1998.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1951.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito processual civil*. 4.ed. Salvador: Jus Podivm, 2004, v. 1.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2006.

_____. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo*.

- FENECH, Miguel. *Derecho procesal penal*. 2.ed. Barcelona: Editorial Labor, 1952, v.1.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3.ed. São Paulo: RT, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *O minidicionário da língua portuguesa*. 4.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.
- FLORIAN, Eugenio. *Elementos de Derecho procesal penal*. Trad. L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch - Casa Editorial, 1970.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GOMES, Luiz Flávio. Requisitos da tipicidade penal consoante a teoria constitucionalista do delito . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 950, 8 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7932>>. Acesso em 11 ago. 2007.
- KARAM, Maria Lúcia. Sobre o ônus da prova na ação penal condenatória. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 35/55-73, São Paulo: jul.-set. 2001.
- KARAN, Munir. Ônus da Prova. *Enciclopédia saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 56.
- LEITE, Luciano Marques. O conceito de lide no processo penal – Um tema de teoria geral do processo. *Justitia*, 70/181-195, São Paulo: jul. – set. 1970.
- LESSONA, Carlos. *Prueba en derecho civil*. 3.ed. Madrid: Reus (S.A), 1928.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000.
- _____. O ônus da prova no processo penal. *Revista de Processo*. 11-12/147-153, São Paulo: RT, jun-dez. 1978.
- LOPES JR, Aury. (Re)discutindo o objeto do processo penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. *Revista de Ciências Criminais* 6. Porto Alegre: Nota Dez, 2002.
- _____. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007
- MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal: fundamentos*. 2.ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1999, v. 1.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo: 1996, v. 1. São Paulo, 1984.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. vol. II.
- _____. *Tratado de Direito Penal*. São Paulo: Bookseller, 1997. v. I..

- _____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Millennium, 2000, v. III.
- MESSIAS, Irajá Pereira. *Da prova penal*. 2.ed. São Paulo: Bookseller, 2001.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo penal*. 17.ed. São Paulo: Altas, 2005.
- MITTERMAIER. *Tratado da prova em matéria criminal*. Trad. por Herbert Wuntzel Heinrich. 3.ed. São Paulo: Bookseller, 1996.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. A reforma do Código de Processo Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 36/132-190, São Paulo, outubro-dezembro. 2001.
- NOGUEIRA, Rubem. *O advogado Rui Barbosa*. 4.ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1996.
- NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 19.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Notas sobre o conceito de lide. *Revista de Processo*, n.34, ano IX. São Paulo: 1984.
- PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Curso de processo penal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- _____. *Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- _____. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.
- _____. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo legal. *Separata*. *Revista Forense*. 2000, v. 351.
- POLASTRI LIMA, Marcellus. *A prova penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. IV.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal*. 2.ed. São Paulo: RT, 2003.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 8.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2.ed. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 2002.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Trad. Luís Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferri Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. 4.ed. São Paulo: RT, 2004.

DERROTABILIDADE DAS NORMAS-REGRAS (LEGAL DEFENSEABILITY) NO DIREITO DAS FAMÍLIAS: ALVITRANDO SOLUÇÕES PARA OS EXTREME CASES (CASOS EXTREMOS)

Cristiano Chaves¹

Mire, veja: O mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam, verdade maior. É o que a vida me ensinou. Isso que me alegra montão.

(GUIMARÃES ROSA, *Grande Sertão: Veredas*)²

Eu prefiro ser essa metamorfose ambulante do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo...

*Eu quero dizer agora o oposto do que eu disse antes
Eu prefiro ser essa metamorfose ambulante...*

*Eu vou desdizer aquilo tudo que eu lhe disse antes
Eu prefiro ser essa metamorfose ambulante do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo.*

(RAUL SEIXAS, *Metamorfose ambulante*, de Raul Seixas)³

1 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia; professor de Direito Civil da Faculdade Baiana de Direito; professor de Direito Civil do Complexo de Ensino Renato Saraiva – CERS. Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador – UCSal. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

2 Escrito em 1956, *Grande Sertão: Veredas*, do mineiro João Guimarães Rosa, é um dos mais relevantes livros da literatura lusófona. A título de curiosidade, em maio de 2002, o *Clube do Livro da Noruega* elegeu os cem melhores livros de todos os tempos, com um corpo de jurados composto por cem escritores de cinquenta e quatro diferentes países. *Grande Sertão: Veredas* foi o único livro brasileiro a integrar a lista dos cem melhores de todos os tempos do Clube do Livro da Noruega.

3 *Metamorfose ambulante* integrou o disco *Krig-há Bandolo!*, lançado em 1973. O sucesso estrondoso pode ser detectado pela inserção do aludido disco na *Lista dos Cem Maiores Discos da Música Brasileira*, promovida pela revista *Rolling Stones*, em 2007, alcançando a décima segunda colocação, demonstrando o vigor e atualidade musical do cantor e compositor. Com vasto conhecimento na área da Sociologia, Filosofia, Psicologia e História (o que se percebe, facilmente, de suas letras), o compositor soteropolitano expõe, em *Metamorfose ambulante*, os fatos sociais estudados pelo francês fundador da Sociologia moderna, Émile Durkeim. Após chamar os fatos sociais cotidianos de “*aquela velha opinião formada sobre tudo*”, Raul Seixas exterioriza uma visão de mudança (metamorfose), para demonstrar

1. A propalada bipartição das normas jurídicas: as regras e os princípios

Há um certo consenso doutrinário⁴ (e, de certo modo, aceito também pela jurisprudência⁵), na contemporaneidade, de que as normas que compõem um ordenamento jurídico se bifurcam em normas-regras e normas-princípios, afastando a antiga visão de que os princípios teriam um papel meramente informativo (auxiliar ou aconselhativo).

De uma banda, os princípios⁶ são proposições genéricas que informam uma ciência. Sua base valorativa. Na conhecida expressão de Robert Alexy, princípios jurídicos são “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.⁷ Enfim, são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro do contexto jurídico e real existentes.

Em acréscimo, o constitucionalista alagoano Thiago Bomfim sublinha que “os princípios que hoje povoam o imaginário do Direito representam, em verdade, valores supremos para a realização humana, com um fundamento ético”.⁸

Com um simbolismo quase idílico, Marcos Jorge Catalan propõe uma compreensão dos princípios a partir de uma analogia:

Imagine-se na base da Cordilheira dos Andes, prestes a escalar o

a necessidade de *não seguir, cegamente, os acontecimentos impostos ao cidadão pela sociedade*, de maneira suave e implícita na vida cotidiana. Absolutamente pertinente ao tema, agora, em estudo.

4 A respeito, pelo pioneirismo, faça-se alusão, dentre outros, às obras de CANOTILHO, J. J. Gomes, cf. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p.1.159; ALEXY, Robert, cf. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p.67-68; MIRANDA, Jorge, cf. *Manual de Direito Constitucional*, cit., p.224; CUNHA JÚNIOR, Dirley da, cf. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p.155.

5 No julgamento de interessante caso, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal aludiu, expressamente, à *força normativa dos princípios* (notadamente dos princípios constitucionais) para reconhecer “o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana” (STF, Ac.unân.2ª T., RE 477.554 AgR/MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.8.11, DJe 26.8.11).

6 Princípio deriva da linguagem geométrica, onde concerne às “*verdades primeiras*”, constituindo as premissas fundamentais de um sistema que se desenvolve *more geométrico*. Essa formulação é apresentada por PAULO BONAVIDES, que acrescenta, ainda, uma concepção de princípio oriunda da Corte Constitucional italiana, segundo a qual “se devem considerar como princípios do ordenamento jurídico *aquelas orientações e aquelas diretivas de caráter geral e fundamental que se possam deduzir da conexão sistemática, da coordenação e da íntima racionalidade das normas*, que concorrem para formar assim, num dado momento histórico, o tecido do ordenamento jurídico”, cf. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p.255-257.

7 ALEXY, Robert, cf. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, cit., p. 86.

8 BOMFIM, Thiago, cf. *Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise da prática jurisprudencial*, cit., p. 61.

Monte Aconcágua, mais alto pico da América do Sul.⁹ Superada a fase de preparação física, é essencial, para o sucesso do projeto, no mínimo, o material de alpinismo. Assim, principalmente nas escarpas e nas rotas negativas, a cada metro ou dois, será cravado na rocha um pino de sustentação, sem o qual a subida tornar-se-á deveras arriscada, pois, a qualquer momento, o alpinista pode desprender-se da rocha numa viagem fatal ao solo, empurrado pela força da gravidade. Princípios, assim, são fontes imediatas do direito na delicada operação de exegese do caso concreto que venha a ser submetido ao hermeneuta, que necessariamente deverá perpassar, em cada situação fática que se lhe apresente, por todo o sistema para que assim, por meio de uma análise axiológica sistemática, possa iniciar seu trabalho interpretativo com a certeza de atingir resultados seguros.

São, portanto, as bases sobre as quais se constrói o sistema jurídico.

Em outras palavras: constituem as proposições genéricas que servem de substrato para a organização de um ordenamento jurídico. Daí a sua inuidosa importância no estudo das ciências jurídicas. Com isso, não se pode olvidar que os princípios são enunciados com força normativa e, por força disso, tendem à produção de efeitos concretos, que emergem do garantismo constitucional, voltados, em especial, à valorização da pessoa humana e à afirmação de sua dignidade.

Hodiernamente, aliás, o estudo da principiologia ganha uma relevância ainda maior em razão do Texto Constitucional, que estabelece os princípios gerais interpretativos para todo o sistema, inclusive para as relações privadas (abrangidos, nessa toada, o contrato, a propriedade e a família).¹⁰

A outro giro, as regras são relatos descritivos de condutas, com um conteúdo objetivo, certo e específico, a partir dos quais, mediante uma atividade de verdadeira subsunção, haverá o enquadramento de um fato cotidiano à previsão abstrata na norma atingindo-se um objetivo (conclusão almejada pela regra).

De fato, distintamente dos princípios (que possuem uma *textura aberta*), as regras estabelecem soluções apriorísticas, a partir de uma *textura fechada*, prescrevendo um comando imperativo. Não há espaço, pois, para um balanceamento, tão somente para uma aferição da validade da regra em relação ao sistema jurídico como um todo.

⁹ Por curiosidade, registre-se que o Monte Aconcágua (cuja tradução indica um sentido de *sentinela de pedra*), situado nas proximidades de Mendoza, na Argentina, Terra da uva malbec, com 6.960,8 metros de altitude, é, a um só tempo, o ponto mais alto das Américas, no hemisfério sul, e o mais alto fora da Ásia.

¹⁰ Sobre os princípios constitucionais e sua importância, inclusive para o Direito Civil, consulte-se RUY SAMUEL ESPÍNDOLA, *Conceito de princípios constitucionais*, São Paulo: RT, 1999, e MANOEL MESSIAS PEIXINHO, ISABELLA FRANCO GUERRA e FIRLY NASCIMENTO FILHO, *Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Novamente com Alexy, as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”.¹¹

São, portanto, *mandados de definição* – e não de *otimização*, qual os princípios.

Verticalizando, é de se notar que “toda regra pode ser apresentada como o resultado de uma ponderação de princípios”¹². Por isso, a interpretação e aplicação de uma regra está sempre balizada pelos fundamentos dos princípios que inspiraram a edição dessa regra. Trata-se, notadamente, de um resultado determinado almejado pela regra, a partir da compreensão dos caminhos abertos pelos princípios.

E, talvez, por conta dessa determinabilidade *prima facie* das regras, tenha se pretendido submeter as regras a uma clássica assertiva, lacônica e objetiva: *an all or nothing*,¹³ isto é, na aplicação das regras valerá a máxima do tudo ou nada, significando que se a regra é válida (compatível com o sistema jurídico, inclusive com os princípios norteadores daquela matéria), tem de ser aplicada efetivamente, mesmo que o resultado não seja razoável e socialmente adequado. Afinal de contas, uma norma-regra (com solução previamente definida) somente deixaria de ter aplicação concreta quando se mostrasse inválida – quando estivesse em rota de colisão com o sistema jurídico, aqui inseridos os princípios que lhe servem de norte para a edição e a aplicação.

Ilustrando o caminho até aqui pavimentado, pode-se exemplificar, no campo das relações familiares, com situações de fácil apreensão: ao estabelecer que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, o comando do artigo 226 da Constituição da República consagra uma *norma-princípio* (notadamente o princípio da pluralidade das entidades familiares), uma vez que há uma indeterminabilidade em

11 ALEXY, Robert, cf. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p.90-91.

12 BUSTAMANTE, Thomas, cf. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, cit., p.167.

13 A expressão foi originariamente cunhada por RONALD DWORKIN, em famoso ensaio datado de 1967 (*Is law a system of rules?*). In SUMMERS, Roberto – org. *Essays in legal philosophy*. Berkeley: University of California Press, 1968, p. 38-65), sugerindo que as regras sejam normas que precisam ser cumpridas no modo “tudo ou nada”. Isto é, as “regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto de delimitado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional de subsunção: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão”, BARROSO, Luís Roberto, cf. *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p.351.

seu conteúdo, cujo preenchimento será casuístico; distintamente, ao estabelecer as proibições de casamento (impedimentos matrimoniais), o art. 1.521 do Código Civil¹⁴ estampa uma norma-regra, pois o seu conteúdo é apriorístico, já sendo possível antever o resultado a ser alcançado pela norma.

2. A inexistência de hierarquia normativa entre princípios e regras

Talvez por conta da dimensão axiológica, da abertura, da abstração e da indeterminabilidade dos princípios, vem se percebendo uma tentativa de diminuição da importância das regras para o sistema jurídico.

Já se chegou a afirmar, até mesmo, que “violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremediável a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”, consoante a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello.¹⁵

O reconhecimento da força normativa dos princípios, no entanto, não pode servir para amesquinhar as regras, colocando-as em plano de inferioridade ou relegando-as ao desprezo.

A indagação exsurge naturalmente, em meio à festejada supervalorização dos princípios: haveria uma preferência normativa por um determinado tipo de norma (no caso, os princípios), decorrendo um tipo prevalecente de aplicação da norma (a ponderação de interesses)?

A resposta há de ser negativa. Malgrado a indiscutível relevância e força normativa dos princípios, não se pode sugerir que o sistema jurídico é, preferencialmente, principiológico, e, tampouco, que é um modelo regulatório prevalecente. Efetivamente, o ordenamento brasileiro, partindo da *Lex Fundamentallis*, adotou um modelo normativo dicotômico, lastreado em princípios e regras, cada uma cumprindo função própria e vocacionada para um determinado objetivo.

14 Art. 1.521, Código Civil: “não podem casar: I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os afins em linha reta; III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V – o adotado com o filho do adotante; VI – as pessoas casadas; VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.”

15 MELLO, Celso Antônio Bandeira de, cf. *Elementos de Direito Administrativo*, cit., p. 230.

Aliás, registre-se que, sob o ponto de vista quantitativo (e, por evidente, não qualitativo), o sistema brasileiro é mais regulatório do que principiológico. Bastaria verificar as normas contidas na Constituição da República para se concluir, com segurança e convicção, que há um volume muito maior de regras do que de princípios.¹⁶

Essa opção sistêmica por um maior volume de regras é consentânea com um ordenamento que trilha as pegadas do *civil law* (direito codificado), eliminando – ou, pelo menos, diminuindo – os problemas com a aplicação da norma, diminuindo um despotismo judicial e uma incerteza normativa.

As normas-princípios possuem um conteúdo aberto que cumprem a relevante função de oxigenar o sistema, a partir de um grau de abstração e indeterminabilidade. A outro giro, as normas-princípios estabelecem soluções prontas e acabadas, precisas para a vida em sociedade. Inexiste, pois, dentro de um mesmo plano hierárquico, prevalência entre os princípios e as regras, cumprindo, cada uma delas, um papel específico e altamente relevante.

Com a inexcelsível lição de Humberto Ávila: “as regras e os princípios desempenham funções diferentes, não se podendo falar, portanto, da primazia de uma norma sobre a outra”.¹⁷

Nessa linha de intelecção, a outra conclusão não se pode chegar: a norma-regra não é afastada, sumariamente, pela norma-princípio. “Os princípios não podem ter o condão de afastar as regras imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano. Isso porque as regras têm uma função, precisamente, de resolver um conflito, conhecido ou antecipável..., funcionando suas razões (autoritativas) como razões que bloqueiam o uso das razões decorrentes dos princípios (contributivas). Daí se afirmar que a existência de uma regra constitucional elimina a ponderação horizontal entre princípios pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos”.¹⁸

Com efeito, uma regra, estabelecendo uma solução específica e concreta para um caso específico e concreto, somente não será aplicada se estiver em rota frontal de colisão com o Texto Constitucional (controle

16 “Embora ela contenha, no Título I, princípios, todo o restante do seu texto é composto de alguns princípios e muitas, muitas regras: o Título II (Direitos e Garantias Fundamentais), o Título III (Organização do Estado), o Título IV (Organização dos Poderes), o Título V (Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), o Título VI (Tributação e Orçamento), o Título VII (Ordem Econômica), o Título VIII (Ordem Social), o Título IX (Disposições constitucionais gerais) e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias são compostos, basicamente, de normas que descrevem o que é permitido, proibido ou obrigatório, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos, direitos. Em outras palavras, a opção constitucional foi, primordialmente, pela instituição de regras e, não, de princípios”, como vem advertindo a nossa melhor doutrina, ÁVILA, Humberto, cf. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do Direito’ e o ‘Direito da ciência’, cit., p.4.

17 ÁVILA, Humberto, cf. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do Direito’ e o ‘Direito da ciência’, cit., p.5.

18 Idem, *ibidem*.

de constitucionalidade) ou se o seu conteúdo discrepa dos princípios norteadores do sistema. Ou seja, somente não se aplica a regra quando se mostrar inválida. Em se tratando de uma regra válida – e, por conseguinte, compatível com a Constituição e com os princípios inspiradores do próprio sistema – não se mostra técnico ou razoável negar-lhe aplicação para promover a interpretação casuística de princípios em um caso específico já previamente valorado pelo legislador.

Volvendo a visão para o Direito das Famílias, pode-se antever a impossibilidade de afastar a incidência da regra que proíbe a bigamia (CC, art. 1.521),¹⁹ com o fito de, pretensamente, aplicar o princípio da multiplicidade das entidades familiares (CF, art. 226, caput).²⁰ No ponto, havendo uma específica regra no sistema jurídico (compatível com a Carta Constitucional e harmônica com os princípios norteadores da proteção familiar), não se pode invocar um princípio para negar a opção legislativa.²¹

E, em arremate, urge uma advertência: não se imagine com a leitura dessas linhas uma tentativa de desestímulo ou refreamento da força normativa dos princípios. Ao revés, pretende-se a valorização dos princípios como normas abertas, de solução casuística e com relevante função no sistema. Tão somente não se pode ignorar que as regras se inclinam, em meio a uma sociedade aberta, plural e multifacetada, a desempenhar a função de estabilizar conflitos e reduzir incertezas e arbitrariedades.

3. Os princípios e a ponderação de interesses (técnica de balanceamento) aplicada no Direito das Famílias

A natural abertura e plasticidade das normas-princípios trazem consigo, como consectário lógico, a possibilidade do estabelecimento de conflitos entre diferentes princípios,²² quando de sua aplicação aos casos concretos.

19 Art. 1.521, Código Civil: “não podem casar: (...) VI – as pessoas casadas”.

20 Art. 226, Constituição Federal: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

21 Calha à perfeição as lúcidas palavras de Humberto Ávila: “os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, *quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada*. O aplicador só pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional *quando ela for inconstitucional ou quando sua aplicação for irrazoável, por ser o caso concreto extraordinário*”, ÁVILA, Humberto, cf. “Neoconstitucionalismo: entre a ‘ciência do Direito’ e o ‘Direito da ciência’”, cit., p.6.

22 Explica DANIEL SARMENTO que “longe de se limitar à normatização esquemática das relações entre cidadão e Estado, a Constituição de 1988 espalhou-se por uma miríade de assuntos, que vão da família à energia nuclear. Assim, é difícil que qualquer controvérsia relevante no direito brasileiro não envolva, direta ou indiretamente, o manejo de algum princípio ou valor constitucional. A ponderação de interesses assume, neste contexto, relevo fundamental, não apenas nos quadrantes do Direito Constitucional, como também em todas as demais disciplinas jurídicas”, SARMENTO, Daniel, cf. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, cit., p.23.

Seguramente, os clássicos métodos hermenêuticos (critério da especialidade, da anterioridade e da hierarquia) se mostram insuficientes e pouco eficientes para dirimir tais colisões principiológicas, em razão do elevado grau de abstração, generalidade e indeterminação de cada um dos princípios em conflito.²³ E nessa ambiência surge, então, a técnica de ponderação de interesses para solucionar o entrelaçamento de diferentes normas-princípio, a partir de uma nova formulação.

Nessa arquitetura, a técnica de ponderação de interesses é uma verdadeira técnica de decisão, utilizada quando há colisão de princípios, importando, em nível prático, na superação à tradicional técnica de subsunção. Nesse ponto, bem explica Manoel Jorge e Silva Netto, partindo da premissa de que os valores impressos em um sistema são heterodoxos e muitas vezes conflitantes, que “a clássica operação de subsunção (premissa maior = enunciado normativo; premissa menor = fatos; consequência = aplicação da norma ao caso concreto) não é satisfatória para desvendar a solução mais adequada para a hipótese, simplesmente porque o sistema constitucional torna possível a escolha por duas ou mais normas que são conflitantes entre si”.²⁴

Entenda-se: a ponderação dos interesses é uma técnica disponibilizada para a solução dos conflitos normativos, devendo ser sopesados para que se descubra qual dos valores colidentes respeita, com maior amplitude, a dignidade humana. Em linguagem simbólica, devem ser justapostas em uma balança imaginária as normas em conflito para que o princípio da dignidade da pessoa humana (espécie de “fiel da balança”) indique qual delas deve, em concreto, preponderar.²⁵ Daí se inferir que a ponderação de interesses é uma verdadeira técnica de balanceamento.

Encarnado em didático espírito, Luís Roberto Barroso descreve a utilização da técnica de ponderação de interesses em três etapas distintas:

23 Destarte, a ponderação é uma técnica de decisão que se presta, portanto, para solucionar conflitos estabelecidos no caso concreto “que não puderam ser resolvidos pelos elementos clássicos da hermenêutica jurídica (semântico, lógico, histórico, sistemático ou teleológico) nem pela moderna hermenêutica constitucional”, nas palavras certas de ANA PAULA DE BARCELLOS, BARCELLOS, Ana Paula, cf. “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”, cit., p. 117.

24 SILVA NETTO, Manoel Jorge e, cf. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 97-98.

25 Para DANIEL SARMENTO o método de ponderação de interesses explicita preocupação com o caso concreto em que eclode o conflito, “pois as variáveis fáticas presentes no problema enfrentado afiguram-se determinantes para a atribuição do ‘peso’ específico a cada princípio em confronto, sendo, por consequência, essenciais à definição do resultado da ponderação”, SARMENTO, Daniel, cf. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, cit., p. 97. Dissó não discrepa FERNANDO GAMA DE MIRANDA NETTO: “a ‘lei da ponderação’ contém o seguinte enunciado: ‘o cumprimento de um princípio depende da importância do outro; o peso de um princípio não pode ser determinado de modo absoluto, pois o discurso apenas pode versar sobre os pesos relativos”, MIRANDA NETTO, Fernando Gama de, cf. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*, cit., p.113.

Na *primeira etapa*, cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas... A existência dessa espécie de conflito – insuperável pela subsunção – é o ambiente próprio de trabalho para a ponderação.... Na *segunda etapa*, cabe examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos... Assim, o exame dos fatos e os reflexos sobre eles das normas identificadas na primeira fase poderão apontar com maior clareza o papel de cada uma delas e a extensão de sua influência. Até aqui, na verdade, nada foi solucionado, nem sequer há maior novidade. Identificação de normas aplicáveis e compreensão dos fatos relevantes fazem parte de todo e qualquer processo interpretativo, sejam casos fáceis, sejam difíceis. É na *terceira etapa* que a ponderação irá singularizar-se, em oposição à subsunção... Pois bem: nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso... Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da *proporcionalidade*.²⁶

Vale projetar a compreensão efetiva da técnica de ponderação de interesses a partir de um exemplo prático no campo familiarista.

Nas ações de investigação de paternidade, a formação da coisa julgada impediria a propositura de uma nova ação, após ter sido julgada improcedente a primeira demanda investigatória ajuizada, quando são descobertas novas provas? Trata-se de típico exemplo de colisão de princípios constitucionais. De uma banda, a coisa julgada e, lado outro, o direito à perfilhação. A partir da ponderação de interesses impõe-se colocar os princípios conflitantes em uma balança imaginária e buscar a solução que respeite, com mais vigor, a dignidade humana. Pois bem, dirimindo a questão, o Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento no sentido de que, ponderando os interesses, há de se permitir novas proposições de ações perfilhatórias, com base em novas provas:

(...) 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável. 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade

²⁶ BARROSO, Luís Roberto, cf. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, cit., p. 334-335.

com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.

(STF, Ac. Tribunal Pleno, RE 363.889/DF, rel. Min. Dias Toffoli, j. 2.6.11, DJe 16.12.11)²⁷

Não se imagine, entretanto, que a coisa julgada estaria amesquinhada ou reduzida em sua dimensão. Com a técnica de ponderação, um dos princípios colidentes terá a sua aplicação episódica e casuisticamente afastada, sem sofrer redução de relevância.

Outro exemplo de ponderação de interesses diz respeito à admissibilidade da prova ilícita, cuja utilização, no processo, está vedada por força do inciso LVI do artigo 5º do Texto Constitucional, segundo o qual são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. A aplicação da técnica do balanceamento conduz, por mãos seguras, à admissibilidade excepcional da prova ilícita, sempre que o bem jurídico prestigiado sobrepujar o bem sacrificado, no caso, a privacidade. Dessa maneira, ilustrativamente, seria admissível a prova ilícita em uma ação de suspensão ou de destituição do poder familiar, protegendo integralmente a criança ou o adolescente (CF, art. 227).

Os princípios do Direito das Famílias, portanto, conquanto tragam consigo uma invidiosa força normativa, podem exigir uma ponderação (balanceamento) para a sua aplicação, em face de uma colisão estabelecida com outros princípios de idêntica altitude normativa. A técnica da ponderação de interesses exsurge, nesse cenário, como o mecanismo para concretizar uma efetiva solução para o caso.

27 Outra não é a orientação que emana do Superior Tribunal de Justiça: “Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação, doutrina. Precedentes. Direito de Família. Evolução. Recurso acolhido. Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível, nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. (...) A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca, sobretudo, da realização do processo justo, ‘a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade’. Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 226.436/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 4.2.02, *in RSTJ* 154:403).

4. A aplicação das normas-regras e a excepcional possibilidade de derrotabilidade (superabilidade ou defeseability) nos extreme cases (casos extremos)

Ao lado da indiscutível relevância dos princípios para o sistema jurídico, impõe-se registrar a importância das normas-regras.

Partindo da premissa de que normas-princípios e normas-regras são espécies do gênero normas jurídicas, é fácil perceber que o Direito Civil (e, via de consequência, o Direito das Famílias) está plasmado de ambas, com relevância indubitosa para a solução dos conflitos privados estabelecidos.

Reiterando-se, à exaustão, a inexistência de hierarquia entre os princípios e as regras, especialmente em face da ideia de unidade da Constituição e das normas infraconstitucionais, vale lembrar que o campo de atuação de cada uma é distinto: os princípios possuem um grau de abstração elevado, diferentemente das regras, que trazem soluções apriorísticas, previamente concebidas; os princípios, por serem abertos, reclamam atuação interpretativa do juiz, enquanto as regras são aplicáveis diretamente; e, finalmente, os princípios exigem ponderação (balanceamento) para o caso de colisão, quando há um eventual entrechoque de princípios de mesma hierarquia, ao passo em que as regras são aplicáveis pelo sistema do “tudo ou nada” (*an all or nothing*), preconizado, de há muito, por Ronald Dworkin.²⁸

Pois bem, no campo das relações privadas, por evidente, as normas-princípios e as normas-regras são aplicáveis com idêntica relevância prática e teórica, como sói ocorrer em qualquer outra seara da ciência jurídica. Se uma convenção de condomínio estabelece que os condôminos devem ser tratados com urbanidade e respeito, há o estabelecimento de um princípio. Por outro turno, se uma outra cláusula da convenção dispõe que a piscina somente pode ser utilizada até um determinado horário, indiscutivelmente, trata-se de norma-regra. E, como se pode notar, ambas com a mesma importância para aquela relação privada.

Vê-se, pois, que as regras possuem um conteúdo simples, almejando um resultado determinado e um caráter de definitividade. Mas, não se olvide que a regra não perde o contato com os princípios que serviram para fundamentá-la quando de sua edição: “toda regra jurídica pode ser apresentada como o resultado de uma ponderação de princípios feita pelo legislador”.²⁹ A norma-regra, portanto, deriva das opções ideológicas apresentadas pelos princípios, guardando compatibilidade.

²⁸ Para maior aprofundamento, veja-se ALEXY, Robert, cf. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p.90-91.

²⁹ PECZENIK, Aleksander, *apud* BUSTAMANTE, Thomas, cf. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, cit., p.157.

Contudo, a especificação e a determinabilidade da norma-regra podem gerar inconveniências para a aplicação da norma jurídica. Isso porque trazendo consigo soluções apriorísticas, as regras (válidas e compatíveis com o sistema jurídico) podem, eventual e episodicamente, se colocar em rota de colisão com os ideais almejados pelo sistema jurídico como um todo.

Isso porque, conforme a elegante percepção de Thomas Bustamante, “por mais que as regras estejam caracterizadas pela presença de um componente descritivo que permite a dedução (após sua interpretação) de um comportamento devido, elas somente estão baseadas em um montante finito de informações e, apesar de isso não acontecer frequentemente, é sempre possível, pelo menos em tese, que informações adicionais tornem não-dedutíveis conclusões que o seriam na ausência dessas novas informações”.³⁰

Aqui, visualiza-se o que denominarei *extreme cases* (casos extremos).³¹

São casos raros, de pouca ocorrência prática e de difícil solução jurídica e social. Não se confundem com os *hard cases* (casos difíceis), aludidos pela doutrina, mostrando-se ainda mais complexos estruturalmente e ainda mais escassos.³²

É o que Manuel Atienza, jusfilósofo da Universidade de Alicante, na Espanha, preferiu chamar de casos trágicos, uma vez que somente podem ser solucionados se for excepcionado o ordenamento jurídico como um todo. Para estes casos, “não existe uma resposta correta”, e eles “não podem ser decididos senão ferindo o ordenamento jurídico”.³³

Para estes casos extremados é preciso delinear uma base de compreensão: não se trata de uma regra inválida (inconstitucional) ou incompatível com o sistema; ao revés, ela é válida e, *in these*, aplicável ao caso. Contudo, o seu comando normativo é incompatível com os contornos

30 BUSTAMANTE, Thomas, cf. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, cit., p.162.

31 Registro o imperativo agradecimento ao Professor Renato Salles, de Salvador(BA), que terminou inspirando o uso dessa nomenclatura.

32 A expressão *hard cases* foi utilizada por RONALD DWORKIN para designar os casos não cobertos por uma regra clara e específica, a determinar a sua solução (como devem ser decididos), DWORKIN, Ronald, cf. *Levando os direitos a sério*, cit., p.127. Entre nós, vem se emprestando a denominação para definir as situações para as quais “a dogmática não oferece solução unívoca imediata, dependendo de uma construção posterior, alicerçada em proposições que sejam juridicamente adequadas e admissíveis”, TAVARES, André Ramos, cf. *Direito Constitucional brasileiro concretizado: hard cases e soluções juridicamente adequadas*, cit., p.51.

33 ATIENZA, Manuel, *apud* BUSTAMANTE, Thomas, cf. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, cit., p.163.

concretos do caso – que transcenderam e transpassaram o resultado almejado pela regra quando de sua elaboração pelo legislador. Enfim, a rara ocorrência da situação concreta faz com que a regra se mostre incompatível para incidir na hipótese.

A explicação de Luís Roberto Barroso é clarividente: “há hipóteses em que a adoção do comportamento descrito pela regra violará gravemente o próprio fim que ela busca alcançar”.³⁴

E a técnica da ponderação de interesses, minudentemente vista alhures, não serve para a solução do problema. Aqui, não se trata de balanceamento de princípios, em face da existência de uma regra clara.

Surge, então, nessa arquitetura, com o intuito de emprestar efetiva solução para os *extreme cases*, a possibilidade de derrotabilidade das regras, também chamada de *superabilidade* ou *defeasibility*.

Com a derrotabilidade da norma-regra é possível afirmar a impossibilidade de sacrificar os valores fundamentais almejados pelo sistema jurídico como um todo (e, também, pretendidos pela própria regra em específico), somente para promover a sua aplicação fria e insensível (subsunção) em um caso concreto.

Explica Humberto Ávila, com precisão cirúrgica:

Há casos em que a decisão individualizada, ainda que incompatível com a hipótese da regra geral, não prejudica nem a promoção da *finalidade subjacente à regra*, nem a *segurança jurídica que suporta as regras*, em virtude da *pouca probabilidade de reaparecimento frequente da situação similar*, por *dificuldade de ocorrência ou comprovação*.³⁵

Também com clareza solar, a cátedra pioneira de Thomas da Rosa de Bustamante:

Pode haver razões para que se deixe de aplicá-las (as regras jurídicas) em certas situações especiais, o que permite sustentar que a incidência de uma norma sobre um caso concreto não garante sua aplicação (pois ela pode vir a ser excepcionada)... Muitas das condições para a aplicação do Direito (*background conditions*) permanecem implícitas (*unstated*), especialmente nos casos excepcionais onde a hipótese de incidência da norma é muito aberta em relação ao caso. Todo condicional jurídico está sujeito a exceções que surgem diante de um caso particular.³⁶

34 BARROSO, Luís Roberto, cf. *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p.356.

35 ÁVILA, Humberto, cf. *Teoria dos princípios*, cit., p.117.

36 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, cf. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, cit., p.476.

Suplanta-se, assim, o “modelo ‘tudo ou nada’” (*an all or nothing*) de aplicação das normas-regras.³⁷

Equivale a dizer: é possível uma decisão judicial individualizada e específica, superando a norma regulatória, para homenagear os valores existenciais do sistema jurídico (e que, em última análise, são perseguidos, com toda convicção, pelas próprias normas-regras aludidas). É como se a norma-regra contivesse uma cláusula implícita em seu âmago, estabelecendo a sua obrigatória aplicação, “a menos que” uma situação extraordinária se concretizasse.³⁸

Com isso, será possível fazer justiça no caso concreto, através do levantamento episódico e concreto da regulamentação decorrente de uma norma-regra (afastamento pontual da norma de regência), buscando uma fundamentação condizente com um ideal de justiça social (CF, artigo 3º).

Até mesmo porque, cuidadosamente analisando, excepcionar a aplicação da norma-regra em um determinado caso *sub examine* pode se justificar em nome dos próprios valores perseguidos pelas regras – que serão episodicamente superadas, permitindo uma decisão paradigmática e referencial para os casos símiles.

Sublinhe-se, por oportuno, que a derrotabilidade é da norma-regra e não do texto normativo. Até mesmo porque não se pode confundir o texto normativo com a norma estabelecida: um único texto pode conter diferentes normas e as normas, por seu turno, podem emanar de diferentes textos.

No direito inglês já se encontram precedentes judiciais, admitindo, expressamente, a tese da superabilidade.³⁹

Entre nós, em nível de precedente vertical, nota-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora sem utilizar a expressão derrotabilidade, já teve ensejo de admitir a superação episódica de uma norma regulatória, apresentando solução casuística específica, determinando o trancamento de uma ação penal.⁴⁰ Noutro *extreme case*, o

37 Sobre o assunto, inclusive com estas referências, veja-se a feliz síntese de LENZA, Pedro, cf. *Direito Constitucional Esquematizado*, cit., p. 150.

38 HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

39 No caso “R. vs National Insurance Commissioner ex p. O’Connor” (1981 All E.R., 770), uma viúva que foi condenada por homicídio culposo do marido, não fez jus aos benefícios previdenciários deixados por ele, embora inexistisse na legislação de regência uma previsão expressa para a exclusão do benefício. No caso, criou-se uma solução para reconhecer que, embora a legislação aludisse, tão só, ao crime doloso, não se poderia “dar sustentação a direitos originados de ilícitos criminais praticados por seu titular (sem distinguir crimes dolosos ou culposos), BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, cf. *Teoria do precedente judicial*: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais, cit., p.478.

40 “O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 7.703/PE (DJU 11.9.98, rel. Min. Marco Aurélio), considerou ser essa a hipótese e afastou, no caso concreto, a aplicação do art. 1º do DL

Pretório Excelso deliberou com clareza meridiana, permitindo o sequestro de verbas de um estado da Federação, sem preterição de preferência, em um caso anômalo. A fundamentação do *decisum* merece atenção:

Reclamação: sequestro de valores do Estado da Paraíba: alegação de desrespeito do julgado do Supremo Tribunal na ADIn 1.662 (Pleno, Maurício Corrêa, DJ 19.9.03): improcedência. Os fundamentos do ato reclamado, que determinou o sequestro de valores para pagamento de precatório oriundo de ação de cobrança ajuizada perante a Justiça comum estadual, não guardam identidade com o ato normativo invalidado pelo acórdão da ADIn 1662 (Instrução Normativa 11/97, aprovada pela Resolução 67/97, do Tribunal Superior do Trabalho), o que inviabiliza o exame da matéria na via estreita da reclamação.

(...) O Supremo entende, de modo uniforme, que cabe o sequestro unicamente se houver preterição ao direito de preferência, o que não se verificou no caso destes autos. (...) Daí porque, até para ser coerente com o que tenho reiteradamente afirmado neste Plenário, eu haverei de votar no sentido de dar provimento ao agravo. Ocorre, no entanto, que a situação de fato de que nestes autos se cuida consubstancia uma exceção. Com efeito, estamos diante de uma situação singular, exceção, e como observa Carl Schmitt, as normas só valem para as situações normais.

(...) De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção. A esta Corte, sempre que necessário, incumbe decidir regulando também essas situações de exceção. Ao fazê-lo, não se afasta do ordenamento, eis que aplica a norma à exceção, desaplicando-a, isto é, retirando da exceção. Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito – porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação – ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso, o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento.

200/67 para conceder a ordem e trancar uma ação penal proposta contra ex-Prefeita. A questão era a seguinte. Determinado município contratou, sem concurso público, um gari por cerca de nove meses; posteriormente, o gari ingressou na justiça trabalhista exigindo um conjunto de direitos. A reclamação foi julgada improcedente pelo Juízo Trabalhista, que acolheu a alegação do Município de nulidade da relação por falta de concurso público e determinou a remessa de peças ao Ministério Público para responsabilização da autoridade que dera causa ao descumprimento da regra constitucional. Com fundamento nesses fatos, o Ministério Público propôs a ação penal em face da ex-Prefeita Municipal. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, considerou que o evento era insignificante, que a Municipalidade não teria sofrido prejuízo e que o fim da norma prevista no art. 1º do DL 200/67 não fora afetado e, por essas razões, determinou o trancamento da ação penal”, BARROSO, Luís Roberto, cf. *Interpretação e aplicação da Constituição*, cit., p.356.

Ainda tratando dos precedentes verticais, por igual, o Superior Tribunal de Justiça já se utilizou, a toda evidência, da técnica da derrotabilidade das regras, sem, contudo, fazer uso da terminologia. Na espécie, a Corte afastou a exoneração de um servidor público que foi reprovado em estágio probatório por não ter alcançado a nota mínima na avaliação por uma (insignificante) diferença de, tão somente, 0,44177%. Superando a regra do edital do concurso, o Tribunal Superior afastou a exoneração, malgrado reconheça a razoabilidade do critério utilizado. Confira-se:

(...) 3. Esta Corte Superior de Justiça, bem como o Supremo Tribunal Federal, têm admitido a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar, excepcionalmente, a razoabilidade e a proporcionalidade do ato praticado pela Administração.

4. A exoneração está calcada na reprovação no estágio probatório, porquanto não alcançado percentual mínimo de 80% (oitenta por cento), sendo o resultado efetivamente obtido de 79,55823%. *A diferença é de apenas 0,44177%, deveras ínfima e, portanto, incapaz de justificar a exoneração de cargo público, o que justifica o arredondamento.*

(STJ, Ac.unân. 5ª T., REsp 799.431/MG, rel. Min. Laurita Vaz, j. 16.4.09, DJe 5.4.10)

Já no âmbito dos precedentes horizontais, há um interessante julgado, abraçando, expressamente, a teoria da derrotabilidade da regra jurídica, em matéria previdenciária. Veja-se:

Benefício de prestação continuada. LOAS. Renda *per capita*. Necessidade de se contrapor a regra legal em face de todas as circunstâncias do caso. Antinomia em abstrato *vs.* Antinomia em concreto. ‘Derrotabilidade’ do §3º do art. 20 da Lei 8.724/93.

1. Embora o STF já tenha reconhecido a constitucionalidade em tese do §3º do art. 20 da Lei 8.724/93, o requisito da renda mensal *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo, consideradas todas as circunstâncias do caso, *pode apresentar antinomia concreta em face de algum princípio constitucional ou regra implícita deste decorrente.*

2. *O reconhecimento dessa antinomia concreta gera a ‘derrotabilidade’ (defeasibility) da regra legal, mas não viola a autoridade da decisão do STF proferida na ADI 1.232/DF.*

3. Quando se resolve uma antinomia em abstrato, considera-se a norma desprezada para todas as demais hipóteses em que a norma se aplicaria... (TRF-1ª Região, Recurso JEF 2005.35007164388 – Goiânia, rel. Juiz Juliano Taveira Bernardes, www.go.trf1.gov.br/institucional/turma_recursal/acordaos/2005)

Por evidente, a superabilidade das regras válidas diz respeito, basicamente, às situações imprevistas ou imprevisíveis quando da edição do enunciado normativo do seu texto. Ou seja, diante de um *extreme case*.

Efetivamente, não é possível imaginar a superabilidade em casos consolidados quantitativamente no cotidiano forense. Para casos corriqueiros (em que a regra se mostre inadequada por atingir os princípios), impõe-se utilizar outras técnicas de interpretação e de aplicação das normas. Um bom exemplo, inclusive, com aplicação no campo familiarista é a técnica de redução de significado das regras (*reduction*).⁴¹⁻⁴² Manejando essa técnica, permite-se estreitar a efetiva compreensão do mandado de definição pretendido pela conteúdo da norma-regra, diminuindo o seu campo de abrangência. Aqui não se trata de derrotar a regra, mas de interpretá-la.

Reitere-se à saciedade que a aplicação da tese da derrotabilidade das normas-regras somente se justifica em hipóteses nas quais a sua incidência nua e crua ao caso concreto venha a afrontar, a mais não poder, os princípios ou valores existenciais proclamados pelo próprio sistema (valores juridicamente consolidados). São os *extreme cases* (casos extremados) que, a toda evidência, se mostram de rara ocorrência concreta.⁴³ É dizer: nessas hipóteses, a excepcionalidade da situação ativa um fator de fundo (*background factor*) que impede a decorrência natural, que seria a previsão contida na regra.

Em casos tais, supera-se, em concreto apenas, a norma regulatória, afastando-a episodicamente, permitindo uma decisão judicial baseada na coerência, homenageando os valores humanistas da Constituição da República.

5. A derrotabilidade das regras (superabilidade ou *defeseability*) nos *extreme cases* caracterizados no âmbito das famílias

Como não poderia ser diferente, o Direito das Famílias está plasmado por princípios e regras, cumprindo os seus papéis na avançada proteção da pessoa humana.

41 “Quando a aplicação de uma regra jurídica interferir excessivamente em princípios considerados especialmente importantes, implicando manifesta injustiça no caso concreto, será possível criar uma exceção à regra em tela com o emprego da técnica de *redução de significado* (*reduction*) de regras jurídicas válidas, por meio da qual se limita o raio de incidência de uma norma jurídica cujo significado literal é considerado muito amplo. Através da redução o tribunal reconhece uma exceção não-escrita à incidência da norma, ou seja, *realiza uma modificação na regra jurídica*”, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de, cf. *Teoria do precedente judicial*: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais, cit., p.478.

42 No Direito das Famílias, já se nota um interessante caso de redução de significado (*reduction*) operado pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se da interpretação redutiva do art. 1.707 do Código Civil que estabelece a irrenunciabilidade dos alimentos, genericamente: “pode o credor não exercer, porém *lhe é vedado renunciar o direito a alimentos*, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”. Apesar da redação generalista da regra codificada, a jurisprudência superior fixou o entendimento de que a renúncia aos alimentos entre cônjuges e companheiros é válida e eficaz, restringindo a irrenunciabilidade aos alimentos devidos aos incapazes. Note-se ilustrativamente: “(...) A renúncia aos alimentos decorrentes do matrimônio é válida e eficaz, não sendo permitido que o ex-cônjuge volte a pleitear o encargo, uma vez que a prestação alimentícia assenta-se na obrigação de mútua assistência, encerrada com a separação ou o divórcio.” (STJ, Ac.unân. 4^a T., EDcl no REsp 832.902/RS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 6.10.09, DJe 19.10.09).

43 Até porque se não fossem de caráter excepcional, já não mais justificariam a superabilidade episódica da norma-regra.

A norma regulatória familiarista quando válida é, presumivelmente, compatível com o Texto Constitucional e com o sistema jurídico, como um todo. Por conseguinte, deve ser aplicada aos casos concretos, subsumindo-se aos fatos por ela antevistos.

Todavia, não se pode ignorar a relevante possibilidade de utilização da teoria da derrotabilidade (*defeseability*) das regras nesse peculiar campo da ciência jurídica. Mesmo porque, nessa seara, a derrotabilidade pode se prestar a garantir o império da proteção da dignidade humana – valor máximo almejado pelo sistema constitucional – em casos específicos, de rara ocorrência e cuja solução concreta não será alcançada pelo uso das normas jurídicas do sistema (regras e princípios).

Aliás, como afirmado alhures, a rara ocorrência faz com que se tornem mais específicos do que os *hard cases*, se tornando verdadeiros *extreme cases*. Casos extremados pela improbabilidade de sua ocorrência, pela especificidade de seu conteúdo e pela dificuldade de solução.

Algumas hipóteses comprovam o raciocínio.

5.1. Derrotabilidade da regra que estabelece o impedimento matrimonial com base no incesto

Os impedimentos matrimoniais são proibições decorrentes da norma-regra de que determinadas pessoas possam contrair casamento. Enfim, é a “proibição de casar dirigida a uma pessoa em relação a outra predeterminada”, consoante a lição de Orlando Gomes.⁴⁴ São, portanto, entraves, obstáculos, impostos pela legislação, com o fito de limitar a natural faculdade de casar que é reconhecida às pessoas.

A propósito do caráter proibitivo dos impedimentos casamentários, vale observar a redação da regra contida no artigo 1.521 do Código Civil, vazada em termos absolutos, ao afirmar “não podem casar”. E os incisos I a V do art. 1.521 estabelecem impedimentos matrimoniais decorrentes de relações parentais de consanguinidade (incisos I e IV). Assim, não podem casar: “I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os afins em linha reta; III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V – o adotado com o filho do adotante”.

Nos aludidos casos, estão presentes razões de natureza sanitária (saúde pública) e moral, obstando-se o casamento entre parentes em linha

44 GOMES, Orlando, cf. *Direito de Família*, cit., p. 91. Disso não se afasta a doutrina argentina. Com o mesmo sentido, JORGE OSCAR PERRINO conceitua os impedimentos matrimoniais como “proibições legais fundadas em circunstâncias de fato ou de direito que obstam a celebração do matrimônio”, cf. PERRINO, Jorge Oscar, cf. *Derecho de Familia*, cit., p. 339.

reta, ascendente ou descendente (esta relação é chamada, comumente, de incesto).⁴⁵

A proibição ao incesto é justificável normativamente. Trata-se, pois, de uma norma-regra compatível com os valores constitucionais e com as diretrizes gerais do sistema de proteção do Direito das Famílias. Em primeiro lugar, porque os estudos biológicos indicam uma alta probabilidade de malformações físicas e psíquicas das pessoas oriundas de relacionamentos entre parentes. Depois, por força da densidade da moral social (coletiva), também é estendido tal impedimento a vários modelos de parentesco.

Com a autoridade de seu invulgar conhecimento, Elisabeth Roudinesco promove interessante raciocínio explicativo, esclarecendo a necessidade de proibição do incesto, como uma “construção mítica”, “ligada a uma função simbólica. Ela é um fato de cultura e de linguagem que proíbe em graus diversos os atos incestuosos justamente por estes existirem na realidade. Permite igualmente diferenciar o mundo animal do mundo humano ao arrancar uma pequena parte do homem desse continuum biológico que caracteriza o destino dos mamíferos. Nessas condições, a família pode ser considerada uma instituição humana duplamente universal, uma vez que associa um fato de cultura, construído pela sociedade, a um fato de natureza, inscrito nas leis da reprodução biológica”.⁴⁶

A psicanálise, lastreada nas lições de Sigmund Freud, em especial em seu *Totem e Tabu*, defende que a proibição do incesto é uma reação cultural, decorrente da necessidade de refrear o poderoso desejo de praticá-lo.⁴⁷ É o que se convencionou denominar de complexo de Édipo ou, noutra linha de pensamento, Lei do Pai (expressão utilizada por Jacques Lacan) para designar a primeira proibição imposta ao indivíduo, procurando estruturá-lo enquanto sujeito e proporcionando o acesso à linguagem e à cultura civilizada. A história, inclusive, relata diversos casos de incesto, como o do Imperador Nero, que nutria desejos sexuais por sua mãe e, por isso,

45 Igualmente, SÍLVIO RODRIGUES destaca ser justificável a proibição do incesto, de natureza eugênica, “pois enlaces dessa natureza podem, em virtude do atavismo, realçar defeitos e taras que se encontravam nos antepassados”, RODRIGUES, Sílvio, cf. *Direito Civil*, cit., p. 41.

46 ROUDINESCO, Elisabeth, cf. *A família em desordem*, cit., p. 15-16.

47 Demonstrando que a proibição ao incesto foi a primeira lei fundante e estruturante do sujeito e da própria sociedade, FREUD registra: “onde existe uma proibição tem de haver um desejo subjacente... afinal de contas, não há necessidade de se proibir algo que ninguém deseja fazer e uma coisa que é proibida com maior ênfase (o incesto) deve ser algo que é desejado. Se aplicarmos essa tese plausível aos nossos povos primitivos, seremos levados à conclusão de que algumas de suas mais fortes tentações eram matar seus reis e sacerdotes, cometer incesto, tratar mal os mortos e assim por diante – o que dificilmente parece provável. E nos defrontaremos com a mais positiva contradição se aplicarmos a tese em que nós mesmos pareceremos ouvir com a maior clareza a voz da consciência. Sustentá-riamos com a mais absoluta certeza que não sentimos a mais leve tentação de violar nenhuma dessas proibições – o mandamento ‘não matarás’, por exemplo – e que não sentimos senão horror à ideia de violá-las”, *apud* PEREIRA, Rodrigo da Cunha, cf. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*, cit., p. 18-19.

buscou satisfazer-se com uma prostituta bastante assemelhada fisicamente à sua genitora. No Império Persa, é conhecida a relação incestuosa entre o Imperador Artaxerxes e as suas duas filhas.⁴⁸ Assim, a proibição ao incesto se apresenta, realmente, como um interdito cultural, enraizado primitivamente entre nós, como primeira proibição legal, limitando o desejo humano. Isto, aliás, parece tão certo que Gilberto Freyre, mesmo sem fazer qualquer menção à Psicanálise, em seu monumental *Casa-Grande & Senzala*, narra a repulsa ao incesto também entre os povos primitivos de nossa Terra-Máter, havendo uma clara “restrição ao intercuro sexual, o totemismo segundo o qual o indivíduo do grupo que se supusesse descendente ou protegido de determinado animal ou planta não se podia unir a mulher de grupo da mesma descendência ou sob idêntica proteção”.⁴⁹

Falando em incesto, como não lembrar das figuras míticas de Édipo e Jocasta, na Trilogia Tebana de Sófocles (o ciclo de mitos que tratam das sortes da cidade de Tebas e sua família real), narrando a propagação de efeitos do incesto na estrutura psicológica das pessoas envolvidas e a repugnância do meio social, trazendo luzes para a justificativa legal de proibição do incesto.⁵⁰

Apesar da reprovação pela Lei Civil, o Direito Penal, em louvável posicionamento (em especial nos tempos atuais em que se apregoa o Direito Penal mínimo), não tipificou o incesto como crime, inexistindo sanção penal para a eventual ocorrência de relacionamento sexual entre ascendentes e descendentes.⁵¹

48 O Reinado de Artaxerxes, na Pérsia, começou no ano 465 a.C. e terminou em 425-4 a.C.

49 FREYRE, Gilberto, cf. *Casa-Grande & Senzala*, cit., p. 171.

50 Em *Édipo Rei*, narra-se a tragédia estabelecida por um incesto, o casamento de uma mãe (Jocasta) com o próprio filho (Édipo). Inicia-se a peça com Laio, pai de Édipo, sendo avisado por um Oráculo que, se viesse a ter um filho, este seria o seu assassino. Por força disso, logo que Jocasta, sua esposa, deu à luz ao seu filho, Édipo, Laio confiou a um servo a missão de matá-lo. Tocado por extrema piedade, o servo, contudo, entregou a criança a estrangeiros, com o intuito de salvá-la. Assim, a criança foi criada por Pólibo. Já adulto, Édipo, em circunstâncias absolutamente banais, cumprindo a profecia, veio a matar Laio. Em seguida, tomando a rota de Tebas, Édipo vem a decifrar o enigma da Esfinge e, por isso, é aclamado rei pelos tebanos, desposando a viúva Jocasta, por acaso sua própria genitora. Segue-se, então, uma tragédia sobre a cidade: uma praga se abate sobre a região de Tebas, começando a grande tragédia de *Édipo Rei*. A colheita morre nos campos e hortas, os animais são improdutivos, as crianças doentes e os bebês em gestação definham, enquanto os deuses permanecem surdos a todos os apelos. Depois de saber que esses males que assolavam Tebas decorriam de um pecador que ali habitava, o Rei Édipo inicia uma busca insana por conhecê-lo, para matá-lo e restaurar a bonança. Apesar de insistentemente não querer ver, descobre, casualmente, a verdade de sua vida, completando o horror da situação. Surgindo a verdade, Jocasta não espera pelo desfecho e, chegando ao palácio antes de Édipo – que a seguia com o que parecia uma intenção assassina – vem a se enforcar, em suicídio. Arrancando os broches de ouro do vestido dela, Édipo golpeia seguidamente os seus olhos, fazendo o sangue correr pela face da mãe-esposa. “Como pode olhar para o mundo, agora que consegue ver a verdade?” Revela-se, de certo modo, a intenção da peça: *por mais seguro que um homem possa se sentir, mesmo sendo rico, poderoso e afortunado, ninguém pode se sentir seguro de escapar de um desastre; não é seguro chamar qualquer pessoa de feliz...*

51 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Curso de Direito Civil: Famílias*, cit., p.298.

Postas essas ideias gerais, vale, então, encalamistrar uma hipótese pouco comum, mas crível. Se dois irmãos se conhecem e se casam, estabelecendo uma relação entre marido e mulher, sem a ciência do vínculo fraternal que os entrelaça, inclusive com decorrência de prole, haveria nulidade casamentária, por conta do impedimento nupcial, decorrente da fria e insensível aplicação da regra à hipótese vertente?

O caso é verídico, tendo ocorrido em terras espanholas. Vale a pena conferir a notícia:

É pelo direito a casar que os espanhóis Daniel e Rosa Moya Peña lutam agora. A residir na Coruña, estes irmãos, que há 35 anos iniciaram uma relação marital, conseguiram em 2010 que o Estado espanhol os reconhecesse a ambos como progenitores dos filhos que entretanto já são adultos. Foram décadas a lutar nos tribunais.

‘Se morrer, já podem herdar de mim. Legalmente são meus filhos e não sobrinhos’, congratulou-se Daniel em declarações ao jornal espanhol *El País*.

A história do amor destes irmãos já foi levada aos ecrãs espanhóis no filme *Más que Hermanos*. Sinopse: Dani cresce com a irmã e a mãe, cuja traumática separação leva à institucionalização de alguns dos sete filhos. Rosa cresce num orfanato. Em 1977, divertia-se com as amigas numa discoteca de Madrid quando um desconhecido a convida para dançar. Recusa. Duas semanas depois, o acaso volta a juntá-los. Apaixonam-se. Seis meses depois reparam na coincidência dos apelidos. Confrontados os registos de nascimento verificaram que os pais eram os mesmos. Separaram-se. Na altura, o incesto ainda era crime. Cinco meses depois, concluíram que não conseguiam manter-se afastados. Assumiram a conjugalidade. As resistências que tiveram de furar não são alimentadas apenas por questões morais. (<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/lei-portuguesa-nao-penaliza-amor-entre-irmaos-1547025>)⁵²

Ora, se a regra proibitiva do incesto é constitucional e compatível com o sistema jurídico, não há como se negar a aplicá-la (*an all or nothing*). O caso, portanto, seria de um casamento nulo, embora contraído de boa-fé – o que permitiria a projeção de alguns efeitos, a partir da caracterização como casamento putativo.⁵³ A relação afetiva, contudo, inexoravelmente, estaria

52 Caso assemelhado foi detectado na Alemanha: “Patrick Stuebing, 29 anos, e Susan Karolewski, 23, vivem num pequeno apartamento nos arredores de Leipzig, na antiga Alemanha Oriental, e parecem um casal como qualquer outro. *A normalidade é só aparente: Patrick e Susan são irmãos e amantes. Há seis anos vivem como marido e mulher, têm quatro filhos...* ‘Muita gente desaprova, mas nós não estamos fazendo nada errado’, diz Patrick. Na semana passada, o casal anunciou que apresentará um recurso à Suprema Corte da Alemanha para que possa constituir legalmente uma família. Pela lei alemã, o sexo entre irmãos pode ser punido com até três anos de prisão. No Brasil, o casamento entre irmãos é proibido, mas não é crime manterem relações sexuais, desde que sejam maiores de dezoito anos”, http://veja.abril.com.br/140307/p_092.shtml.

53 Art. 1.561, Código Civil: “embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. § 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão. § 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.”

desfeita, sem a possibilidade de se manter o núcleo familiar constituído. E, no particular, note-se que, inclusive, com a decorrência de prole.

Lado outro, se a concepção de família é de possibilidade de convivência, salta aos olhos que, na hipótese prospectada, não se justifica invalidar a relação casamentária estabelecida entre irmãos (que não conheciam tal condição) e que, posteriormente, efetivaram um núcleo familiar, centrado em solidariedade, respeito e afeto. A toda evidência, sacrificar essa comunhão de afetos estabelecida nesse caso seria um golpe no próprio sistema jurídico, que estabelece especial proteção para os núcleos afetivos. Até porque, ao proceder assim, estar-se-ia utilizando a regra (CC, art. 1.521, estabelecendo a proibição do incesto) para sacrificar os valores perseguidos pelo sistema jurídico como um todo e, particularmente, por ela mesma.

O que se pretende com a proibição de incesto é evitar um prejuízo para a convivência familiar (por conta dos potenciais efeitos deletérios), mas não sacrificar uma comunhão de vidas formada entre irmãos que, sequer, conheciam essa condição. Por isso, o caso seria de superabilidade (derrotabilidade) da regra proibitiva do incesto, afastando a norma específica e reconhecendo, casuisticamente, a validade e a eficácia do matrimônio.

Advirta-se, por oportuno: não se imagine, com isso, que o impedimento matrimonial decorrente da proibição de incesto estaria sendo afrontado ou eliminado do sistema jurídico; apenas e tão somente, será superado no caso concreto, por meio da derrotabilidade (*defeseability*), para privilegiar as circunstâncias específicas de um verdadeiro *extreme case*.

5.2. Derrotabilidade da regra que estabelece o direito real de habitação em favor do cônjuge ou companheiro sobrevivente

O direito real de habitação é a garantia reconhecida ao cônjuge ou ao companheiro (e, por óbvio, extensível ao parceiro homoafetivo) de continuar residindo no imóvel, de natureza residencial, que, durante a convivência, servia de lar para o casal, após a morte de um dos componentes de uma sociedade afetiva, independentemente de ter direito meatório ou sucessório sobre o bem e independentemente do regime de bens.

Trata-se de um direito real sobre a coisa alheia, vitalício. Um verdadeiro subtipo de usufruto: um usufruto para fins de moradia,⁵⁴ enquanto o cônjuge (ou o companheiro) viúvo estiver vivo.

54 “No campo dos direitos reais de fruição, a menor amplitude quantitativa concerne ao direito real de habitação. É uma espécie do gênero direito de uso. Como se extrai da própria nomenclatura, cuida-se de direito real de uso limitado à habitação, pois, além de incessível, não admite qualquer forma de fruição”, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, cf. *Curso de Direito Civil*: Reais, cit., p.856.

O Código Civil, no artigo 1.831, reconhece, expressamente, o direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente.⁵⁵ Já o direito real de habitação do companheiro supérstite decorre da incidência do Parágrafo Único do artigo 7º da Lei nº 9.278/96,⁵⁶ que não foi revogado pela superveniência omissiva da Lei Civil. De fato, um caso típico de silêncio não eloquente, conforme o correto e majoritário entendimento da doutrina e a orientação da jurisprudência superior.⁵⁷⁻⁵⁸

A finalidade das regras que estabelecem o direito real de habitação em favor do cônjuge ou do companheiro sobrevivente é dúplice: garantir uma qualidade de vida ao viúvo (ou viúva), estabelecendo um mínimo de conforto para a sua moradia, e, ao mesmo tempo, impedir que o óbito de um dos conviventes sirva para afastar o outro da residência estabelecida pelo casal.

Bem por isso, com esse específico fim, o direito de habitação independe do direito à meação (submetido ao regime de bens) e do direito à herança. Ou seja, mesmo que o cônjuge (ou companheiro) sobrevivente não seja meeiro e não seja herdeiro e, por conseguinte, mesmo que não tenham qualquer direito sobre o aludido imóvel, terá assegurado em seu favor o direito de ali permanecer residindo, enquanto vida tiver.

A regra é visivelmente protecionista, portanto.⁵⁹

55 Art. 1.831, Código Civil: “ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.”

56 Art. 7º, Parágrafo Único, Lei nº 9.278/96: “*dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família*”.

57 Nessa esteira, MARIA BERENICE DIAS reconhece que “persiste o direito real de habitação na união estável por força do dispositivo legal não revogado (Lei 9.278/96, art. 7º, Parágrafo Único)”, cf. *Manual de Direito das Famílias*, cit., p. 176. Na mesma direção, veja-se o Enunciado 117 da Jornada de Direito Civil: “o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do art. 1.831, informado pelo art. 6º, ‘caput’, da CF/88.”

58 “Direito Civil. Sucessão. Direito real de habitação. Companheiro sobrevivente. Possibilidade. Vigência do art. 7º da Lei n.9.278/96. Recurso improvido. 1. Direito real de habitação. *Aplicação ao companheiro sobrevivente. Ausência de disciplina no Código Civil. Silêncio não eloquente. Princípio da especialidade. Vigência do art. 7º da Lei n. 9.278/96.* Precedente: REsp n. 1.220.838/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, 3ª T., julgado em 19/06/2012, DJe 27/06/2012. 2. O instituto do direito real de habitação possui por escopo garantir o direito fundamental à moradia constitucionalmente protegido (art. 6º, caput, da CRFB). Observância, ademais, ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. art. 1º, III, da CRFB). 3. A disciplina geral promovida pelo Código Civil acerca do regime sucessório dos companheiros não revogou as disposições constantes da Lei 9.278/96 nas questões em que verificada a compatibilidade. A legislação especial, ao conferir direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, subsiste diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal direito àqueles que convivem em união estável. Prevalência do princípio da especialidade. 4. Recurso improvido.” (STJ, Ac.unân. 4ª T., REsp 1.156.744/MG, rel. Min. Marco Buzzi, j. 9.10.12, DJe 18.10.12).

59 É uníssono o entendimento doutrinário: “é que a intenção manifesta do legislador – via direito real

Pretende impedir uma quebra de razoabilidade em casos corriqueiros de famílias reconstituídas. Assim, obsta-se, *e. g.*, que os filhos do falecido cônjuge ou companheiro (quando não forem descendentes da viúva) venham a retirá-la do imóvel em que residia, em um momento tão doloroso, causando uma situação de verdadeira penúria afetiva e material. A regra, portanto, tem um pano de fundo protetivo, mostrando-se válida e compatível com o sistema jurídico, inclusive com os princípios dos quais deflui.

Todavia, conquanto a regra se mostre válida, uma distorção prática pode decorrer do reconhecimento do direito real de habitação. Basta imaginar uma pessoa que faleceu, deixando filhos menores de um primeiro casamento, a quem prestava alimentos para a sobrevivência, e a viúva (ex-cônjuge ou ex-companheira) e deixando, tão somente, um único apartamento – que havia adquirido anteriormente à relação afetiva e onde residia com a consorte. Embora os filhos tenham o direito hereditário sobre o imóvel, adquirindo-o automaticamente pela regra sucessória (*droit de saisine*, transmissão automática prevista no art. 1.784 do Código de 2002), a viúva continuará nele residindo até que venha a falecer. Pior: continuará residindo mesmo que constitua uma nova relação afetiva, podendo, até mesmo, levar o seu novo parceiro para residir com ela no imóvel (que, efetivamente, pertence aos seus enteados que, inclusive, podem estar à míngua, até porque quem contribuía para o seu sustento, já está morto).

A situação pode ganhar contornos ainda mais dramáticos: imagine-se, agora, que a viúva, inclusive, possui um imóvel, que tinha antes da relação, e que está alugado, uma vez que passou a residir no imóvel do falecido, quando se estabeleceu o relacionamento. Nessa hipótese, torna-se um drama próximo ao absurdo: a viúva, que possui um imóvel residencial próprio, alugado, permanecerá residindo no bem que servia de lar para o casal, enquanto os filhos (legítimos proprietários) ficam privados do exercício de seu direito, enquanto ela estiver viva, mesmo que constitua uma nova relação afetiva...

Trata-se, a toda evidência, de um *extreme case*. Não se trata de um caso comum, corriqueiro, mas, seguramente, factível.

Para a solução dessa hipótese, a razoabilidade e o natural senso de justiça distributiva (lembrando a máxima “dar a cada um o que é seu”) sinalizam para a derrotabilidade da regra que estabelece o direito real de habitação, permitindo, então, uma solução adequada e casuística.

de habitação – não é punir ou suprimir direitos do cônjuge sobrevivente, *mas sim, proteger os membros da família, assegurando-lhes o direito de habitação*”, LEITE, Eduardo de Oliveira, cf. *Comentários ao novo Código Civil*, cit., p.227.

Não significaria uma recusa peremptória e definitiva de reconhecer e aplicar a regra do direito real de habitação em favor de pessoas viúvas, em relação ao imóvel que serviu de lar para o casal. Trata-se, episódica e casuisticamente, de superar, derrotar, a norma-regra, garantindo o império dos valores almejados pelo sistema (nessa hipótese, proteção integral e prioridade absoluta da criança e do adolescente).

5.3. Derrotabilidade da regra que estabelece a irrevogabilidade e irretratabilidade da adoção

A regra esculpida no artigo 39, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente é clara, ao proclamar a irrevogabilidade e a irretratabilidade da adoção em nosso ordenamento jurídico:

Art. 39, §1º, Estatuto da Criança e do Adolescente:

§ 1º A adoção é medida excepcional e *irrevogável*, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

De fato, os efeitos decorrentes da decisão judicial que defere a adoção têm de ser irrevogáveis e irretratáveis,⁶⁰ evitando uma instabilidade familiar ou uma fraude sucessória. Com isso, a superveniência da morte do adotante não afetará a relação paterno-filial estabelecida pela sentença de adoção, transitada em julgado (ECA, art. 49), não gerando um restabelecimento do poder familiar anterior.⁶¹

Por idêntica lógica, a recíproca há de ser verdadeira. E, com isso, o óbito do adotado não afeta o vínculo de parentesco estabelecido pela adoção.

Nessa ordem de ideias, a superveniência de morte do adotante implica em reconhecimento do direito sucessório do filho adotado, sem qualquer distinção com outros filhos, biológicos ou não, conforme assegurado pela norma constitucional.⁶² E, reciprocamente, a morte do filho adotivo, sem deixar descendentes, implica em direito sucessório para os adotantes.

Há lógica: “por estar sendo formada uma família, por estar sendo concebido um filho através da adoção, por ser este filho idêntico a qualquer

60 A jurisprudência vem sendo firme nesse sentido: “adoção. Revogação. Impossibilidade. De acordo com o art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção é ato irrevogável, não podendo, depois de concretizada, ficar ao alvedrio daqueles que reconheceram espontaneamente o filho. Motivos de arrependimento e ingratidão por parte do adotado não servem, *data venia*, como fundamento ao presente pedido. Recurso improvido” (TJ/RJ, Ac.11ªCâm.Cív., ApCív.2004.001.11029, rel. Des. José C. Figueiredo, j. 16.6.04).

61 Art. 49, Estatuto da Criança e do Adolescente: “a morte dos adotantes não restabelece o pátrio poder dos pais naturais”.

62 “A condição de herdeiro em representação ao pai pré-morto é decorrência natural da filiação constituída por sentença que deferiu a adoção *post mortem*, já transitada em julgado” (TJ/RS, Ac.7ªCâm. Cív., AgInstr.70012153995, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j.27.7.05).

outro, já que filho, o legislador, disciplinou ser irrevogável a adoção. O filho biológico não pode ser devolvido, o vínculo de parentesco se mantém por toda a vida e até depois dela; não poderia ser diferente com relação à adoção... Rompido o vínculo de parentesco com a criação de um vínculo novo, aquele não mais se restabelece”.⁶³

Enfim, *a adoção é para sempre* – e não poderia ser diferente.⁶⁴

A situação gera uma conclusão inexorável: com o regular trânsito em julgado da decisão que deferiu a adoção, um eventual desligamento do vínculo paterno-filial estabelecido judicialmente, entre o adotante e o adotado, somente será possível por uma nova decisão judicial, a ser proferida, agora, em uma ação de destituição do poder familiar, nos casos previstos em lei, respeitado o devido processo legal.

Dúvida inexistente, assim, de que a regra da irrevogabilidade da adoção é válida. Além de compatível com o Texto Magno (notadamente com o seu art. 227 que assegura a proteção integral infanto-juvenil), também se concilia, visivelmente, com os princípios norteadores do Texto Estatutário.

Vale, então, prospectar uma hipótese, fazendo alusão a um interessante caso dirimido pela Corte de Justiça mineira – que autorizou o cancelamento de uma adoção, com o propósito de impedir uma relação incestuosa entre a adotada e seu irmão, filho da adotante e, como consequência, a nulidade do casamento, do qual já tinha decorrido, inclusive, filhos.

O caso chama a atenção. Uma garota foi adotada, quando criança, pela prima de sua mãe biológica. A adotante já tinha dois filhos biológicos e a adotada continuou convivendo com a sua avó materna e se relacionando com os novos irmãos com um vínculo idêntico ao que já tinham anteriormente. Isto é, não se estabeleceu uma relação fraterna. Posteriormente, a adotada passou a conviver maritalmente com um deles, inclusive advindo filhos desse relacionamento afetivo – o que motivou o pedido de cancelamento da adoção, na medida em que o casal era composto por dois irmãos (adotivos), pais de um filho. O Pretório de Minas Gerais, excepcionando a regra da irrevogabilidade, deferiu o pedido de cancelamento da adoção, restabelecendo o vínculo biológico.

63 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho, cf. “Adoção”, cit., p.189.

64 Bem por isso, o art. 41 do Estatuto Menorista estabelece o desligamento dos vínculos biológicos como efeito da adoção: “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, *desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.*”

Consta da fundamentação do acórdão:

Trata-se de realidade fática – singular, diferenciada e especialíssima – cujo exame exige cautela e ponderação, porquanto envolve valores ético-constitucionais, impendendo exarar que ‘as disposições legais não esgotam todo o conteúdo da tutela da personalidade humana, surgindo aspectos que não encontram proteção nas normas legais existentes’, como ensina Sílvio Romero Beltrão... Poder-se-ia, simplesmente, negar provimento ao recurso, ao singelo argumento de que “a adoção é irrevogável”, aplicando-se a regra legal. Tem-se, de um lado, o texto letárgico e indiferente da lei, que estabelece a irrevogabilidade da adoção; de outro, prerrogativa fundamental, atinente à dignidade da pessoa humana, cuja peculiaridade e especificidade, do caso concreto, recomenda (ou melhor, exige) a análise sob inspiração hermenêutico-constitucional, com engenhosidade intelectual, social e jurídica, a fim de se alcançar o escopo magno da jurisdição: a pacificação social.

Cuida-se, a mais não poder, de uso da derrotabilidade das normas-regras, superando-se, episódica e casuisticamente, a regra geral do sistema (que continuará sendo - e não pode ser diferente – a irrevogabilidade da adoção). Apenas excepcionou-se a regra em um caso justificável (*extreme case*) para o amplo respeito aos princípios fundamentais do ordenamento, em especial à dignidade humana.

O precedente merece referência:

Adoção. Elementos e circunstâncias dos autos. Direito fundamental à dignidade da pessoa humana. Cancelamento do ato. Possibilidade jurídica do pedido em abstrato, no caso concreto. Interpretação teleológica/sociológica. Princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Teoria da concreção jurídica. Técnica da ponderação. Situação fático-social. Criança. Proteção integral, com absoluta prioridade. Sentença anulada. Recurso provido.

Tem-se conflito das realidades fático-social e jurídica, ocasionado pela escolha indevida do instituto da adoção, ao invés da tutela.

Não se olvida que a adoção é irrevogável, mas o caso sob exame revela-se singular e especialíssimo, cujas peculiaridades recomendam (ou melhor, exigem) sua análise sob a ótica dos direitos fundamentais, mediante interpretação teleológica (ou sociológica), com adstrição aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, dando-se azo, com ponderação, à concreção jurídica, máxime por envolver atributo da personalidade de criança advinda de relacionamento ‘aparentemente’ incestuoso, até porque o infante tem proteção integral e prioritária, com absoluta prioridade, assegurada por lei ou por outros meios.

(TJ/MG, ApCív.1.0056.06.132269-1/001(1) – comarca de Barbacena, rel. Des. Nepomuceno Silva, j.6.12.07, DJMG 9.1.08, p.5)⁶⁵

65 O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, igualmente, já possui um precedente, marcado pelo mesmo caráter de excepcionalidade: “Adoção. Revogação. Possibilidade em casos excepcionais. Tal

Infere-se, pois, que nenhuma norma-regra pode impedir eventuais exceções, em casos concretos, justificados. Assim, em casos raros, pontuais e especiais (*extreme cases*), será possível o cancelamento da adoção e o restabelecimento do poder familiar com a intenção de resguardar os interesses existenciais (jamais para fins patrimoniais) e a dignidade do próprio adotado.

6. Epílogo (à guisa de advertência)

Em arremate, resta certo e incontroverso que a inexistência de hierarquia (quantitativa ou qualitativa) entre as regras e os princípios, faz surgir a necessidade de compreender as particularidades e idiosincrasias de cada uma destas categorias de normas jurídicas.

Os princípios (mandados de otimização, com conteúdo aberto e solução casuística) podem ser balanceados, para garantir a unidade e coerência do sistema jurídico. Jamais, contudo, podem ser derrotados ou superados por não estabelecerem, em seu conteúdo, uma hipótese clara e específica de incidência, até mesmo em razão de seu alto grau de abstração.⁶⁶

As regras (que são mandados de definição), por seu turno, submetem-se à superabilidade ou derrotabilidade, com o propósito de viabilizar uma solução efetiva e eficaz para os *extreme cases* (casos extremados), nos quais a aplicação fria e insensível da norma-regra conduziria a um aniquilamento irreversível dos objetivos almejados pelo sistema jurídico.

Sem dúvida, a admissibilidade da derrotabilidade das regras, ainda que em caráter excepcional, autoriza a prolação de uma decisão *contra legem* – sem eufemismo ou puritanismo. O fundamento, porém, desse permissivo de decisões contrárias à norma jurídica é, curiosamente, o mesmo que embasa o respeito às normas jurídicas: a decisão *contra legem* é admitida quando necessária para que a aplicação de uma regra não afronte os valores que justificaram a sua elaboração.

E, de um jeito ou de outro, se mostra inevitável admitir a existência de decisões ‘*contra legem*’ em qualquer estado constitucional de Direito.

excepcionalidade configura-se bem no caso concreto, onde o vínculo legal jamais se concretizou no plano fático e afetivo entre adotante a adotada, uma vez que esta nunca deixou a convivência de seus pais sanguíneos. Adoção que nunca atingiu sua finalidade de inserção da menor como filha da adotante.” (TJ/RS, Ac. 7ª Câm. Cív., ApCív. 70003681699 – comarca de Porto Alegre, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 27.2.02).

66 “Os princípios são normas cuja institucionalização é *parcial* (já que falta a determinação dos comportamentos concretos que se seguem dessas normas) e, por conseguinte, não podem ser superados porque não estabelecem nenhuma hipótese de incidência”, BUSTAMANTE, Thomas, cf. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, cit., p.153.

E, como pondera Thomas Bustamante, “a prática jurídica, por certo, é também sensível aos argumentos que predominem no discurso filosófico sobre a argumentação *contra legem*”.⁶⁷

Até porque, como já dizia Tito Lívio, desde priscas eras, “nenhuma lei se adapta igualmente bem a todos”.⁶⁸

Enfim, é o sistema jurídico sempre mudando, posto que não está pronto e acabado, se adaptando às necessidades impostas pela vida – que é muito mais ampla – e melhor! – do que o Direito. Como uma verdadeira metamorfose ambulante...

Referências bibliográficas

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

ÁVILA, Humberto, *Teoria dos princípios*, São Paulo: Malheiros, 7ª ed., 2007.

_____. *Neoconstitucionalismo: entre a ciência do Direito e o ‘Direito da ciência*. In *Revista eletrônica de Direito do Estado – REDE*. Salvador, n. 17, jan./mar. de 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In BARROSO, Luís Roberto (org.), *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo: Saraiva, 2009.

BOMFIM, Thiago. *Os princípios constitucionais e sua força normativa: análise da prática jurisprudencial*, Salvador: JusPODIVM, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 16ªed., 2005.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. *Adoção*. In MACIEL, Kátia Regina Ferreira Logo Andrade (coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

67 BUSTAMANTE, Thomas, cf. “Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*”, cit., p.177.

68 Tito Lívio (59 a.C-17 d.C) nasceu em Pádua, Itália, e foi pesquisador e historiador latino. *História de Roma* integrou a sua grande obra *Ab Urbe condita libri (Desde a fundação da cidade)*, composta por cento e quarenta e dois livros, dos quais apenas trinta e cinco conseguiram chegar até os nossos dias.

_____. *Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem*. In *Revista Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro: PUC-RJ, n. 37, jul./dez. de 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CATALAN, Marcos Jorge. *Descumprimento contratual: modalidades, consequências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar*, Curitiba: Juruá, 2005.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, São Paulo: RT, 3ª ed., 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 11ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. *Curso de Direito Civil: Reais*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. *Curso de Direito Civil: Famílias*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala*. 49ª ed. São Paulo: Global, 2004.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. XXI.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família – Aspectos polêmicos*, 2ªed., Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme & ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, São Paulo: RT, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo: RT, 1984.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 1996, Tomo II.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. *A ponderação de interesses na tutela de urgência irreversível*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PERRINO, Jorge Oscar. *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006, Tomo I.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de Família*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, vol. 6.

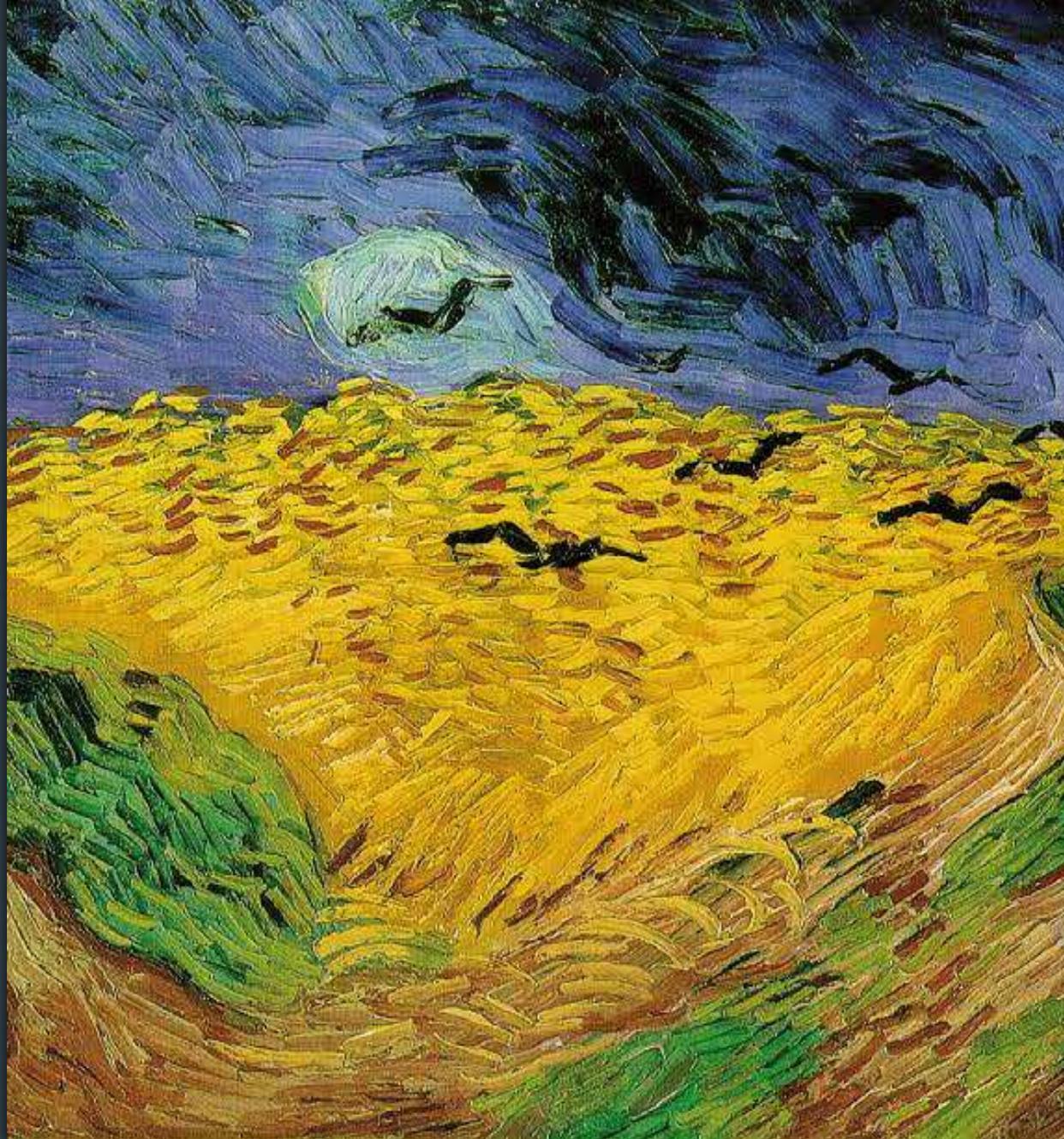
ROUDINESCO, Elizabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editor, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: RT, 2012.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional brasileiro concretizado: hard cases e soluções juridicamente adequadas*. São Paulo: Método, 2006.



CONSELHO
NACIONAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

ISSN 2236-22363