

Revista Jurídica do

Ministério Público do Estado do Paraná

ano 5 - nº 9, dezembro/2018



Ministério Público do Estado do Paraná.
Associação Paranaense do Ministério Público.
Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná.

Revista Jurídica do
Ministério Público
do Estado do Paraná

ano 5 - nº 9, dezembro/2018



MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná



ASSOCIAÇÃO PARANAENSE
DO MINISTÉRIO PÚBLICO



Fempar
Fundação Escola do
Ministério Público do Estado do Paraná

Conselho Editorial:

Ana Teresa Silva de Freitas
Claudio Franco Felix
Cláudio Smirne Diniz
Eduardo Augusto Salomão Cambi
Eduardo Diniz Neto
Eliezer Gomes da Silva
Emerson Garcia
Fábio André Guaragni
Fernando da Silva Mattos
Flavio Cardoso Pereira
Hermes Zaneti Júnior
Isaac Newton Blota Sabbá Guimarães
Marcelo Pedroso Goulart
Marcos Bittencourt Fowler

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
Mauro Sérgio Rocha
Nicolau Eládio Bassalo Crispino
Paulo Cesar Busato
Petronio Calmon Filho
Renato de Lima Castro
Rodrigo Leite Ferreira Cabral
Rodrigo Régnier Chemim Guimarães
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Samia Saad Gallotti Bonavides
Sergio Luiz Kukina
Vitor Hugo Nicastro Honesko
Walter Claudius Rothenburg

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná,
ano 5 - nº 9, dezembro / 2018. Curitiba, Paraná.

ISSN 2359-1021 (Impresso)
ISSN 2595-6515 (Eletrônico)

1. Direito - periódicos. 2. Ministério Público do Estado do Paraná.

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Ministério Público do Estado do Paraná.
Associação Paranaense do Ministério Público.
Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná.

Projeto Gráfico e Diagramação: Sintática Editorial Comunicação Ltda.

Sumário

1. Apresentação	07
<i>Cláudio Franco Felix</i>	
2. Entrevista	
Entrevista com Victor Hugo Palmeiro de Azevedo Neto	10
<i>Por Cláudio Franco Felix</i>	
3. Artigos	
Instituições de Longa Permanência para Idosos, formas alternativas à institucionalização e o papel do Ministério Público Estadual	16
<i>Melissa Cachoni Rodrigues</i> <i>Dandara dos Santos Damas Ribeiro</i>	
Direitos humanos e a mulher em perspectiva	38
<i>Cândido Furtado Maia Neto</i> <i>Elaine Patricia Tavares</i> <i>Loreni Maria Justen Reami</i>	
Feminicídio: possibilidades de aplicação da Lei 13.104/2015	60
<i>Mariana Seifert Bazzo</i>	
Breves notas sobre o novo Direito das Pessoas com Deficiência a partir dos influxos do Direito Internacional dos Direitos Humanos	84
<i>Thimotie Aragon Heemann</i>	
Como detectar e provar judicialmente uma mentira	103
<i>Marcos José Porto Soares</i>	
Tutela penal do desenvolvimento sustentável no ordenamento jurídico brasileiro	128
<i>Thadeu Augimeri de Goes Lima</i>	
Considerações sobre a ordem pública: aplicação da prisão preventiva nos crimes contra a dignidade sexual	152
<i>Vani Antônio Bueno</i> <i>Lara Pastorello Panachuk</i>	
O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)	194
<i>Ciro Expedito Scheraiber</i>	
O Estado de Coisas Inconstitucional na segurança pública brasileira	221
<i>Felipe Lyra da Cunha</i> <i>Robledo Moraes Peres de Almeida</i>	

Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: definição de parâmetros para o controle da administração pública	240
<i>Cláudio Smirne Diniz</i>	
<i>Hirmínia Dorigan de Matos Diniz</i>	
O planejamento institucional do Ministério Público como premissa à eficácia na persecução da corrupção	263
<i>Alexey Choi Caruncho</i>	
<i>Ana Paula Moreira</i>	
4. Seção Estudante	
O controle extrajudicial da administração pública a cargo do Ministério Público	288
<i>Átila de Barros</i>	
5. Resenha	
Resenha: Lei da Mata Atlântica Comentada	318
<i>Alexandre Gaio</i>	
6. Jurisprudência Comentada	
As violações do monitoramento eletrônico no cenário jurisprudencial. Implicações no âmbito da execução da pena	321
<i>Equipe Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais</i>	
Comentário de Jurisprudência Cível sobre a Intervenção Ministerial em Segundo Grau	334
<i>Samia Saad Gallotti Bonavides</i>	
<i>Wilson José Galheira</i>	
<i>Alan Ayala da Silva</i>	
7. Espaço Institucional	
Planos de saúde populares: análise crítica a partir dos direitos do consumidor ..	344
<i>Ciro Expedito Scheraiber</i>	
<i>Ana Lúcia Longhi Peixoto</i>	
<i>Rodrigo Joaquim Busnardo</i>	
8. Espaço Memorial do Ministério Público	
Os olhos sobre o Passado que se torna Presente: a História Oral no Memorial do Ministério Público do Estado do Paraná e o programa REConto	368
<i>Cristiano de Oliveira Viana Correia</i>	
9. Espaço Associação Paranaense do MP	
A participação da APMP na Assembleia Nacional Constituinte	384
<i>Claudio Franco Felix</i>	
<i>Fernando da Silva Mattos</i>	

1. Apresentação

APRESENTAÇÃO

Na era moderna as informações são disseminadas de forma veloz. Da leitura de papéis impressos passamos às telas dos computadores, *tablets* e *smartphones*. Tudo é ágil, volátil e mutável.

Além da facilitação de acesso, houve a expansão da quantidade de informações disponibilizadas. Para qualquer assunto, há centenas de *sites*, *blogs*, notícias, comentários, opiniões, artigos e livros acessíveis em meio virtual.

Nesse cenário extremamente competitivo e complexo, os meios de difusão de conhecimento, para se manterem sólidos, devem ser relevantes, consistentes e inovadores. E a Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná preenche tais requisitos.

Privilegiando a produção doméstica, nossa revista consolidou-se como mecanismo de difusão de boas práticas, de entendimentos jurídicos importantes e de publicização da alta capacidade de produção acadêmica dos integrantes do Ministério Público paranaense. Por isso, é relevante.

Todos seus textos são criteriosamente selecionados. A fundamentação dos artigos é densa. Há especial preocupação dos autores e do corpo editorial em zelar pela boa técnica, pela qualidade redacional e pela utilização de fontes confiáveis. Por isso, é consistente.

Prestigiando trabalhos atuais, que apresentam dados empíricos e que enfrentam problemas reais, com o intuito de aprimorar a atuação das instituições, em especial do Ministério Público, nossa publicação é de vanguarda. Por isso, é inovadora.

Assim, é com grande satisfação que a Associação Paranaense do Ministério Público – APMP colabora com a manutenção da Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná, ciente da sua importância para o aperfeiçoamento da *práxis* ministerial.

A 9ª edição, que ora se apresenta, consubstancia-se em mais uma grande contribuição para propagação de construções acadêmicas comprometidas com a edificação de mecanismos teórico-práticos que busquem, sobretudo, auxiliar as instituições a oferecer proteção relevante, consistente e inovadora aos interesses e direitos da sociedade.

Boa leitura!

Cláudio Franco Felix

Presidente da Associação Paranaense do Ministério Público.

2.

Entrevista

Entrevista com Victor Hugo Palmeiro de Azevedo Neto

Por Cláudio Franco Felix

Perguntas:

1. Conte-nos um pouco sobre a trajetória de Victor Hugo Palmeiro de Azevedo Neto, de Cruz Alta (RS) a Brasília (DF).

Sou filho do Promotor de Justiça Luiz Côrtes de Azevedo e de Iraci Cortez de Azevedo. Natural de Cruz Alta (RS), me formei em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito de Santo Ângelo em 1981. Em 1982, fui aprovado no concurso público para provimento do cargo de Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Também por aprovação em concurso, ingressei no Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS) em agosto de 1983, sendo nomeado para a Promotoria de Justiça de Catuípe. Antes de chegar à Capital, em 2002, atuei nas Promotorias de Horizontina, Santa Rosa e de minha cidade natal, onde permaneci por quase 15 anos. Atualmente sou titular do 3º cargo de Promotor de Justiça da Promotoria de Justiça da Infância e Juventude de Porto Alegre.

Cursei pós-graduação em Direito Penitenciário na Universidade Federal do Rio Grande do Sul e lectionei a cadeira de Direito Penal na Faculdade de Direito de Santo Ângelo e na Universidade Cruz Alta durante os anos de 1986 a 2002. Fui promotor-corregedor e coordenador do Gabinete de Planejamento Institucional do MPRS.

De 2011 a 2014 presidi a Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul (AMPRS). De 2014 a 2017 participei da diretoria da CONAMP como 1º e 2º vice-



presidente da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), tendo sido eleito em 2017 presidente da entidade para o biênio 2018/2020.

2. Quais assuntos têm dominado a pauta da CONAMP nos últimos tempos?

Já há algum tempo, as entidades representativas dos agentes públicos brasileiros têm sido "obrigadas" a dedicar-se quase que exclusivamente ao acompanhamento da tramitação dos projetos de reforma legislativa, seja para tentar influenciar na elaboração dos novos diplomas, seja para, vencida essa etapa, buscar corrigir eventuais impropriedades ou mácula de inconstitucionalidade remanescente. Com a CONAMP não tem sido diferente. Portanto, nossa preocupação número um continua sendo as reformas legislativas, em especial aquelas (e são inúmeras) que têm como objetivo direto ou indireto enfraquecer a Instituição Ministério Público, dificultar o exercício de suas funções ou provocar retrocessos ou supressão de garantias, direitos e prerrogativas de seus Membros.

Se tivesse que elaborar um ranking de preocupações, colocaria em primeiro lugar as que dizem respeito a interesses institucionais. Entre estas, destacaria todos os projetos de lei que tratem dos instrumentos postos à disposição do MP para realizar suas funções institucionais, como, por exemplo, as propostas de reforma do código de processo penal; a regulamentação do inquérito civil e da investigação criminal pelo MP; e, também, aqueles projetos que, a pretexto de conter abusos por parte de agentes públicos, acabam cerceando, dificultando e às vezes até criminalizando o exercício regular da atividade, como é o caso dos projetos que pretendem reformular a lei de abuso de autoridade e criminalizar a violação de prerrogativas funcionais de advogados. Em outro plano, mas não menos importante, os de interesse da classe, como a reforma da previdência, e o que restabelece o adicional por tempo de serviço, corrigindo grave deformação do modelo remuneratório, também merecem atenção prioritária. Mas, devo consignar que, tão importante quanto identificar o projeto de atenção prioritária, é demonstrar e conscientizar a sociedade de que os ataques à instituição podem ser feitos por várias formas, e que as mais utilizadas são as que fragilizam garantias e prerrogativas; atingem o orçamento da Instituição e impedem o estabelecimento de um

padrão remuneratório digno, condições indispensáveis para o pleno exercício de nossas atribuições funcionais. E são a estes que os “inimigos” do MP recorrem quando querem atingir a instituição ou a seus Membros.

3. Diante do cenário social e político em que o país se encontra, como analisa a atuação do Ministério Público e das Associações de Classe?

O MP tem sido o foco pela da classe política brasileira, atingida em cheio pela operação Lava Jato e pela onda anticorrupção assumida pelo MP brasileiro, em sintonia com a sociedade. Nosso trabalho, muito mais do que nossos eventuais equívocos, têm gerado reações fortes e indisfarçáveis. Basta atentar para a quantidade de projetos de lei, alguns já citados aqui, que restringem ou criam embaraços à atuação funcional da Instituição, e o discurso que tenta colocar os agentes de carreiras de estado como detentores de “odiosos privilégios”. Nosso papel, nesse aspecto, é o de demonstrar à opinião pública, com esclarecimentos e ações, a falta de consistência desse discurso. E, a meu ver, apesar dos desafios, temos logrado êxito nessas tarefas.

4. Em sua gestão, na Conamp, foi criada a Comissão Nacional de Aposentados. Saiba-se que a principal reivindicação dos membros aposentados é a volta da paridade. Como a Associação Nacional pretende atuar nessa causa?

Quero inicialmente registrar que tenho muito orgulho de ter sido o presidente da CONAMP que realizou esse antigo pleito dos colegas aposentados, oficializando, no âmbito da entidade, uma comissão para tratar de seus interesses específicos. Quanto ao problema da quebra de paridade, esse é um assunto que tem preocupado muito a CONAMP, as associações afiliadas e as entidades representativas de outros ramos do MP e da magistratura judicante, tanto que foram inúmeras as tentativas, nos campos administrativo e judicial, de estender aos aposentados benefícios pecuniários pagos exclusivamente aos colegas em atividade. É verdade que ainda não tivemos êxito em nossos movimentos, mas continuaremos lutando para que se redesenhe o modelo remuneratório de Promotores e Procuradores, reintroduzindo no sistema o tratamento paritário a ativos e inativos.

5. Neste mesmo ano, também foi criada, na Conamp, a Comissão Nacional de Mulheres. Qual a importância de se criar um espaço nacional representativo para as Promotoras e Procuradoras de Justiça?

Também essa iniciativa é motivo de orgulho. Apesar dos constantes avanços e recentes medidas adotadas pelo MP brasileiro, é preciso reconhecer que há pouca representatividade da mulher nos cargos diretivos da instituição e pequena a participação dessas nos eventos institucionais. Da mesma maneira são escassas medidas que estimulem a participação e que enfrentem situações que prejudicam Promotoras e Procuradoras de exercerem suas atribuições ministeriais em igualdade de condições com os colegas homens. Aliás, essa realidade foi confirmada por recente estudo elaborado pela comissão de Planejamento Estratégico do CNMP.

A CONAMP não poderia se eximir do relevante papel de incentivo e defesa da igualdade prevista na Constituição Federal.

Assim, a criação da Comissão de Mulheres teve por objetivo buscar soluções para essas distorções, valorizando as mulheres Promotoras e Procuradoras do Ministério Público Brasileiro, conhecendo sua realidade, propondo soluções práticas, fomentando ideias e criando estratégias que garantam a representatividade e igualdade institucional e associativa, bem como propiciar o acompanhamento processos legislativos de interesse da comissão.

6. O Senhor, desde 2012, integra a Diretoria da Conamp (2012/2014 – 2º vice-presidente; 2014/2016 – 2º vice-presidente; 2016/2018 – 1º vice-presidente; 2018/2020 - presidente). Sabe-se que esses mais de 06 anos de atuação, em Brasília, foram de intenso trabalho. Compartilhe como é o dia a dia na Capital Federal.

O trabalho associativo requer constante dedicação. O cenário político do País está em permanente movimento e há uma certa imprevisibilidade quanto aos contextos e temas que se destacam em âmbito nacional. É preciso estar vigilante para aproveitar

as oportunidades de avanço institucional, bem como para antever ameaças que crises diversas podem desencadear.

Na CONAMP existem várias frentes de trabalho para além do fato de monitorarmos centenas de proposições legislativas no Congresso Nacional. Acompanhamos também a tramitação de ações nos tribunais superiores e nos conselhos nacionais do Ministério Público (CNMP) e de Justiça (CNJ).

Mais do que apenas monitorar o andamento de processos diversos, buscamos construir e manter uma relação pautada pela ética e transparência com todos os atores, incluindo parlamentares, ministros, conselheiros e dirigentes associativos. É essa rede de relacionamento que efetivamente possibilita alcançarmos resultados positivos em defesa dos membros do MP e pelo aperfeiçoamento do sistema de Justiça. Neste sentido, a CONAMP integra a Frente Associativa da Magistratura e do Ministério Público (Frentas) e o Fórum Nacional Permanente de Carreiras Típicas de Estado (FONACATE), e possui duradoura parceria com o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPGE) e diversas outras entidades.

3.

Artigos

Instituições de Longa Permanência para Idosos, formas alternativas à institucionalização e o papel do Ministério Público Estadual

*Long-term care institutions, alternative forms to
institutionalization and the role of Public Prosecutor's Office*

¹ Promotora de Justiça do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos do Idoso e da Pessoa com Deficiência. Coordenadora da Comissão Permanente de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência e do Idoso (COPEDPDI) do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais (CNPNG). Mestre em Direito Negocial – Relações Empresarias e Internacionais (2008/2010), Especialista em Bioética (2004/2005) e graduada em Direito (1999/2003) pela UEL. Docente da FEMPAR.

² Assessora Jurídica do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos do Idoso e da Pessoa com Deficiência. Mestre em Antropologia (2013-2015) e graduada em Direito (2006-2010) pela UFPR.

RESUMO: As mudanças nos arranjos familiares e na estrutura populacional brasileira, com significativo aumento da população idosa, geram relevantes reflexos no cotidiano das famílias, bem como nos serviços de atendimento, dentre os quais está o de residência coletiva para idosos. Nesse contexto, as Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPIs) são um dos pontos essenciais de atenção no espectro de atuação ministerial na temática da tutela coletiva e dos direitos individuais indisponíveis da pessoa idosa, de modo que o Ministério Público deve estar atento e preparado para enfrentamento destas demandas. Na defesa dos direitos dos idosos, faz-se necessária uma atuação conjunta da sociedade, do Poder Público, do Ministério Público e do Sistema de Justiça. Em relação às políticas públicas para população idosa, há que se promover as formas alternativas à institucionalização e, nos casos em que esta for necessária, estes locais de residência coletiva devem ser adequados formal e materialmente, devendo se constituir como ambientes acolhedores, para promoção do envelhecimento digno e integrado com a sociedade.

ABSTRACT: *The changes in the familiar arrangements and in the Brazilian's population structure, with a significant increase of elderly population, have important consequences in the routine of families, as well as in the care services, among which is the residential institution for elderly. In this context, the long-term care institutions become an essential point of attention of the ministerial action in the collective protection and the inalienable individual rights of the elderly, so the Public Prosecutor's Office must be prepared to face these demands. In defense of the rights of the aged people, a joint action among society, public authorities, Public Prosecutor's Office and the Justice System is necessary. In relation to public policies for the elderly population, alternatives to institutionalization should be promoted and, when necessary, these places must be formally and materially suitable, offering welcoming environments which promote a dignified aging also integrated with society.*

PALAVRAS-CHAVE: direitos do idoso, instituição de longa permanência para idosos, Ministério Público.

KEYWORDS: *rights of the elderly, long-term care institutions, Public Prosecutor's Office.*

1. Introdução

A queda da fecundidade e da mortalidade, somadas à maior expectativa de vida da população brasileira, conduzem a um processo de acentuação do envelhecimento populacional. Diante disso, o crescimento do número de pessoas idosas tem resultado no processo de inversão da base piramidal demográfica nacional e, conseqüentemente, ampliado as demandas sociais que exigem políticas públicas destinadas a esse segmento.

De acordo com as estimativas divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2060, o Brasil terá mais idosos do que crianças. Em uma observação temporal e espacial mais próxima, dados apontam que, em 2040, no Paraná, a população de 0 a 14 anos deve passar de 20,8%, em 2017, para 14,6% do total do Estado, sendo que a população com 65 anos ou mais passará de 9,2% para 19,9%. Tratam-se de dados essenciais e que devem embasar a elaboração de políticas públicas e de planejamentos de atuação voltados às pessoas idosas, nos diversos âmbitos de atuação do Poder Público, inclusive do Ministério Público do Estado do Paraná.

A transição demográfica, portanto, expõe as crescentes demandas oriundas do envelhecimento da população, tornando cada vez mais necessária uma atuação estatal efetiva e planejada como forma de assegurar direitos e garantir a autonomia, bem como o envelhecimento digno à pessoa idosa. É fundamental, ainda, a eliminação de barreiras, de atos discriminatórios e de abusos e violências.

São visíveis, neste contexto, as profundas mudanças na sociedade brasileira contemporânea, marcada pela redução do número de filhos, pela inserção e consolidação feminina no mercado de trabalho, bem como pelo pluralismo de entidades familiares, com novas demandas para o cuidado e a inclusão social dos idosos, já que, muitas vezes, não é mais a família a organização que tem desempenhado o papel de principal cuidadora destas pessoas.

Essas reconfigurações dos arranjos familiares têm demandado, cada vez mais, um papel ativo do Poder Público na responsabilidade pelo desenvolvimento de políticas públicas voltadas à provisão de serviços de cuidado para os longevos, bem

como demonstrado a necessidade de se construir “os alicerces de uma sociedade mais inclusiva e adequada à população idosa”:

No Brasil, muito se avançou no que diz respeito à garantia de uma renda mínima para a população idosa, mas a provisão de serviços de saúde e de cuidados formais ainda é uma questão não equacionada. Ela assume uma importância ainda maior em função do envelhecimento da própria população idosa, ou seja, do crescimento mais acentuado da população de 80 anos de idade ou mais, de mudanças nos arranjos familiares e no papel social da mulher, tradicional cuidadora dos membros dependentes da família, e de níveis de fecundidade abaixo dos de reposição. (...) É consenso que a população muito idosa é a mais exposta às doenças e agravos crônicos não transmissíveis, muitos deles culminando com sequelas limitantes de um bom desempenho funcional, gerando situações de dependência e conseqüente necessidade de cuidado. O que se pode esperar, portanto, é um aumento da população que demandará cuidados, o que pode vir acompanhado de um tempo maior passado na condição de demandantes de cuidados. (...) Sumarizando, a oferta de cuidado familiar parece diminuir à medida que a sua demanda aumenta.

Assim, se o Estado já reconhece a necessidade do sistema de previdência social e de políticas de transferência de renda aos idosos, aponta-se que a situação de perda da autonomia pelos idosos para a realização das atividades da vida diária também deve se constituir como um risco social a ser assumido pelo Poder Público:

Não se tem dúvidas de que as mudanças em curso impõem o reconhecimento da necessidade de se estabelecer políticas públicas que possibilitem alternativas de cuidados não familiares ou formais a determinados idosos, bem como de incentivar a participação do mercado privado na oferta de serviços. Nos países desenvolvidos com populações mais envelhecidas, a preocupação com políticas de cuidados de longa duração já está presente. Em muitos deles, elas se expressam como um novo pilar do sistema de seguridade social.

Deve-se ter em conta, como base nesta reflexão, que a Constituição da República de 1988 determina a responsabilidade compartilhada entre a família, a sociedade e o Estado pelo amparo às pessoas idosas, bem como aponta para a priorização do atendimento em seus lares, do que decorre que a institucionalização é medida excepcional:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. (...)

Nesse contexto de tendência de aumento do número de idosos demandantes de cuidados e de redução na oferta de cuidadores familiares, impulsionou-se a abertura de diversas instituições, ofertando o serviço de residência coletiva e cuidados de longa duração para pessoas idosas. Essas atividades surgiram com as mais variadas denominações, como abrigo, asilo, casa de repouso, casa geriátrica com internação, residências protegidas destinadas ao abrigo de idosos, casa para velhice com alojamento, sendo o termo legal utilizado atualmente o de Instituição de Longa Permanência para Idosos (ILPIs).

Pesquisa feita pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) apontou que, em 2011, 83 mil idosos residiam em instituições públicas e privadas no Brasil. Estima-se que, em 2018, o número já esteja em 100 mil idosos, apontando um crescimento de 33% em cinco anos, ou seja, demonstrando uma tendência de ampliação de instituições que prestam serviços de cuidados de longa duração para este público.

Além disso, a ausência de conhecimento técnico e legal para a abertura das instituições, bem como para o seu devido funcionamento, implicam no surgimento de diversas ILPIs irregulares, as quais, muitas vezes, além dos aspectos formais, oferecem risco à saúde do idoso, não possuem uma estrutura adequada para o exercício de cuidados e para a observância dos requisitos para promoção do envelhecimento digno e dos direitos fundamentais dos residentes.

O ordenamento jurídico nacional estabelece normas com o propósito de garantir direitos sociais à pessoa idosa e apresenta regulamentos técnicos para o funcionamento destas instituições. Também impõe ao Poder Público o dever de fiscalizar o cumprimento das regras dessa modalidade de atendimento, de modo a assegurar o adequado cuidado a esse segmento populacional. O papel do Ministério

Público Estadual, diante desse cenário, é de extrema relevância e será debatido, neste artigo: na fiscalização das ILPIs e na promoção das formas alternativas à institucionalização (item 2), bem como para a garantia de que estas instituições, quando necessárias, constituam-se em lugar para se viver com dignidade e autonomia (item 3).

2. ILPIs: fiscalização pelo Ministério Público Estadual e necessidade de formas alternativas à institucionalização

Para a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), as ILPIs são instituições governamentais ou não governamentais, de caráter residencial, destinadas à moradia coletiva de pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, com ou sem suporte familiar, conforme prevê a Resolução da Diretoria Colegiada, ao aprovar o Regulamento Técnico que define normas de funcionamento para estas instituições: a RDC nº 283/2005.

Esta resolução adveio dois anos depois do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), o qual prevê importantes direitos para as pessoas idosas que residem em instituições, bem como regulamenta a matéria em dois capítulos: Capítulo II “Das Entidades de Atendimento ao Idoso” (arts. 48 a 51) e Capítulo III “Da Fiscalização das Entidades de Atendimento” (arts. 52 a 55). Destaca-se que ficaram definidos os requisitos e os princípios que devem ser observados pelas entidades, a responsabilidade civil e criminal do dirigente da instituição, as obrigações da entidade, os órgãos com atribuição para a sua fiscalização, dentre eles o Ministério Público, bem como as penalidades aplicáveis, de acordo com a gravidade do descumprimento das determinações desta Lei e com a natureza jurídica das entidades.

Conforme disposto no artigo 48 do Estatuto do Idoso, as entidades de atendimento são responsáveis pela manutenção das próprias unidades, observadas as normas de planejamento e execução emanadas do órgão competente da Política Nacional do Idoso. Ademais, deve-se ressaltar um eixo fundamental de verificação referente à regularidade das instituições, qual seja a devida inscrição de seus programas junto ao órgão competente da Vigilância Sanitária e Conselho Municipal da

Pessoa Idosa e, em sua falta, junto ao Conselho Estadual ou Nacional da Pessoa Idosa. Para que possa se inscrever, a entidade deve observar os requisitos previstos no parágrafo único deste mesmo artigo:

I – oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança;

II – apresentar objetivos estatutários e plano de trabalho compatíveis com os princípios desta Lei;

III – estar regularmente constituída;

IV – demonstrar a idoneidade de seus dirigentes.

Importante salientar as obrigações das entidades, elencadas no artigo 50, o qual apresenta uma série de direitos e garantias dos idosos residentes, fundamentais para que haja serviço de cuidado de longa duração adequado e humanizado:

Art. 50. Constituem obrigações das entidades de atendimento:

I – celebrar *contrato escrito* de prestação de serviço com o idoso, especificando o tipo de atendimento, as obrigações da entidade e prestações decorrentes do contrato, com os respectivos preços, se for o caso;

II – observar os *direitos e as garantias de que são titulares os idosos*;

III – fornecer *vestuário adequado*, se for pública, e *alimentação suficiente*;

IV – oferecer instalações físicas em *condições adequadas de habitabilidade*;

V – oferecer *atendimento personalizado*;

VI – diligenciar no sentido da *preservação dos vínculos familiares*;

VII – oferecer acomodações apropriadas para *recebimento de visitas*;

VIII – proporcionar *cuidados à saúde*, conforme a necessidade do idoso;

IX – promover *atividades educacionais, esportivas, culturais e de lazer*;

X – propiciar *assistência religiosa* àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças;

XI – proceder a *estudo social e pessoal de cada caso*;

XII – *comunicar à autoridade* competente de saúde toda *ocorrência de idoso portador de doenças infecto-contagiosas*;

XIII – *providenciar ou solicitar que o Ministério Público* requisiite os *documentos necessários ao exercício da cidadania* àqueles que não os tiverem, na forma da lei;

XIV – fornecer *comprovante de depósito dos bens móveis* que receberem dos idosos;

XV – manter *arquivo de anotações* onde constem data e circunstâncias do atendimento, nome do idoso, responsável, parentes, endereços, cidade, relação de seus pertences, bem como o valor de contribuições, e suas alterações, se houver, e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização do atendimento;

XVI – *comunicar ao Ministério Público*, para as providências cabíveis, a situação de *abandono moral ou material por parte dos familiares*;

XVII – manter no *quadro de pessoal profissionais com formação específica*. (grifou-se)

A Política Nacional do Idoso (PNI - Lei nº 8.842/1994) também prioriza o atendimento pelas próprias famílias, “em detrimento do atendimento asilar, à exceção dos idosos que não possuam condições que garantam sua própria sobrevivência”. No Decreto nº 1.498/1996, que regulamentou a PNI, classificou-se as entidades de atendimento aos idosos em dois âmbitos: entidades asilares e entidades não asilares, dentre estas os centros de convivência, centros de cuidados diurno e casa-lar.

Acresce-se, ainda, o previsto pela Resolução nº 109/2009 do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), que aprovou a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, na qual as Instituições de Longa Permanência para Idosos enquadram-se como Serviço de Proteção Social Especial de Alta Complexidade, enquanto serviço de acolhimento institucional:

Acolhimento para idosos (as) com 60 anos ou mais, de ambos os sexos, independentes e/ou com diversos graus de dependência. A natureza do acolhimento deverá ser provisória e, excepcionalmente, de longa permanência quando esgotadas todas as possibilidades de autossustento e convívio com os familiares. É previsto para idosos (as) que não dispõem de condições para permanecer com a família, com vivência de situações de violência e negligência, em situação de rua e de abandono, com vínculos familiares fragilizados ou rompidos. Idosos (as) com vínculo de parentesco ou afinidade – casais, irmãos, amigos etc. – devem ser atendidos na mesma unidade. Preferencialmente, deve ser ofertado aos casais de idosos o compartilhamento do mesmo quarto. Idosos (as) com deficiência devem ser incluídos (as) nesse serviço, de modo a prevenir práticas segregacionistas e o isolamento desse segmento.

Este serviço pode também ser prestado pelo mercado sob a forma empresarial. Sobre a variedade com que o serviço de acolhimento é oferecido, ressalta-se a reflexão do Promotor de Justiça do MPRJ:

(...) vale registrar que no Brasil a variedade com que o serviço de acolhimento é prestado suscita um debate mais profundo sobre a necessidade de uma regulamentação mais específica para o tema. No curso histórico das inspeções realizadas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro já foram observadas diversas formas de organização de instituições de longa permanência para idosos moldadas a partir, sobretudo, do perfil de autonomia e independência do ancião acolhido. Tal observação indica a existência de grande espectro de entidades, ora se assemelhando ao condomínio de casas em que apenas se identifica sua natureza a partir da verificação da idade dos moradores, ora se assemelhando a unidades hospitalares em função do perfil de dependência e da presença de doenças crônicas na população abrigada.

Independente de se tratar de instituições governamentais ou não governamentais (entidades com ou sem finalidade lucrativa), o Estatuto do Idoso

define para elas o mesmo regime de princípios e obrigações, e estabelece como órgãos fiscalizadores dessas entidades o Ministério Público, a Vigilância Sanitária e Conselhos do Idoso (art. 52).

Deve-se ter em conta que, na defesa dos direitos do idoso, tem o Ministério Público um destacado papel, conforme assinala Roberto Mendes de Freitas Junior:

Com base nas disposições constitucionais e na Lei 10.741/2003, o Ministério Público foi, sem dúvida alguma, a instituição que recebeu a maior carga de obrigações para a defesa dos direitos dos idosos. Para alguns, a instituição passou a ser a guardiã natural dos direitos e interesses da pessoa idosa.

O caso da Clínica Santa Genoveva, no Rio de Janeiro, na década de 1990, demonstra o grau de exposição a risco e de violação de direitos que uma instituição de longa permanência pode chegar, evidenciando o papel central das instituições fiscalizadoras, como o Ministério Público, para garantia dos direitos dos idosos.

Noticiou-se, em matéria de jornal, as mortes em série que ocorreram na Clínica, chegando a um total de 84 idosos em dois meses. Depois dos óbitos, por diarreia e desnutrição, a clínica foi fechada por determinação do então Ministro da Saúde, sendo que o Ministério Público denunciou os donos por maus-tratos e lesões corporais graves seguidas de morte. Os sócios da clínica, considerados responsáveis pelas mortes, foram condenados, tendo em vista que, uma vez que compunham o quadro societário da instituição, deixaram de prestar o serviço de forma adequada, oferecendo as condições básicas de saúde e higiene aos idosos. Outra reportagem, também em 1996, denunciou que a Clínica de Repouso Campo Belo, chegou a registrar um número de óbitos superior a cem pacientes por mês. De acordo com a denúncia, o local possuía um “aspecto de abandono”.

Apesar do carecimento de um marco regulatório na época, como existe atualmente, a partir de casos emblemáticos como esses, fiscalizações em locais de abrigo para idosos passaram a ser entendidas como fundamental aspecto da atuação do Estado em defesa dos direitos dos idosos.

2.1 A fiscalização das ILPIs no MPPR

De acordo com a Lei Orgânica do Ministério Público, Lei Federal nº 8.625/1993, em seu artigo 25, inciso VI, é função do Ministério Público exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem *idosos*, “menores”, incapazes ou pessoas com deficiência. Em atenção ainda à Resolução nº 154/2016, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que estabeleceu a obrigatoriedade das visitas anuais pelos membros do Ministério Público, faz-se necessário o fomento e o subsídio para a atuação ministerial na fiscalização das ILPIs.

Visando sensibilizar e subsidiar os membros do Ministério Público na fiscalização das ILPIs, o CNMP elaborou o “Manual de Atuação Funcional: o Ministério Público na Fiscalização das Instituições de Longa Permanência para Idosos”, que conta com orientações e modelos referentes ao tema. Objetiva-se, a partir das fiscalizações, obter um mapeamento nacional das instituições, bem como indicadores quantitativos e qualitativos sobre os residentes.

Para realizar as visitas de fiscalização a essas entidades, as Promotorias de Justiça podem promover ação articulada com outros órgãos e instituições (Corpo de Bombeiros, Vigilância Sanitária, Secretarias Municipais, Conselho Municipal do Idoso, entre outros). Entende-se esta ação como relevante oportunidade para a intensificação da interação não só com a sociedade, mas também com os poderes constituídos, instituições e organizações sociais, para fortalecimento da atuação em âmbito local.

Neste contexto, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos do Idoso e da Pessoa com Deficiência do MPPR realizou, por meio do Projeto “MP Inclusivo – ILPIs Fiscalizadas”, articulação com a Corregedoria-Geral do MPPR, com a Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos de Planejamento Institucional (SUBPLAN) e com o Centro de Apoio Técnico à Execução – CAEx. Definiu-se, assim, uma estratégia estadual para buscar alcançar o cumprimento pleno deste dever funcional pelos Promotores de Justiça, bem como para subsidiar estas inspeções com o apoio da equipe das Unidades Regionais de Apoio Técnico Especializado do CAEx (principalmente com o apoio de assistentes sociais e psicólogos).

Este processo de descortinamento da realidade dessas instituições no Paraná passa pela consolidação de um banco de dados, visando o planejamento de futuras ações ministeriais e o monitoramento contínuo. Foram identificadas no âmbito do Paraná, até outubro de 2018, 394 (trezentas e noventa e quatro) ILPIs, constantes no Banco de Dados do Projeto “MP Inclusivo – ILPIs Fiscalizadas”, sendo 106 (cento e seis) instituições apenas em Curitiba, capital do estado. Com efeito, a atuação fiscalizadora do Ministério Público do Estado do Paraná é realizada por 162 (cento e sessenta e duas) Promotorias de Justiça com atribuição na área de defesa dos direitos do idoso (apenas duas com atuação especializada exclusiva na defesa do idoso, situadas na capital), em um total de 399 (trezentos e noventa e nove) municípios.

Para a realização deste trabalho em todo o estado, é disponibilizado às Promotorias de Justiça formulário padrão eletrônico para utilização nas inspeções, o qual permite a geração de dados em âmbito estadual – *business intelligence* (BI) –, bem como o subsídio pelo CAOP para os desdobramentos decorrentes das fiscalizações. O projeto denominado “MP Inclusivo – ILPIs Fiscalizadas” consiste, portanto, em real oportunidade de melhoria da atuação ministerial na área dos direitos da pessoa idosa, em consonância com a determinação do CNMP, que exigiu a fiscalização das ILPIs pelo Promotor de Justiça, com periodicidade mínima anual, a partir de 2017. Essa atuação passou a ser entendida como uma obrigação funcional, sendo necessário, para tanto, subsídios da Administração Superior, planejamento e monitoramento, a fim de sistematizar dados e mensurar indicadores.

Por meio da atuação ministerial, estão sendo neutralizados graves problemas referentes às péssimas condições de vida a que muitos idosos são submetidos quando passam a viver em ILPIs, tanto nas oficiais, para as quais em muitos casos a adequação às normativas atuais podem ser um grande desafio, como em unidades clandestinas (informação que pode ser investigada junto à rede local), para que sejam identificadas, regularizadas e/ou fechadas. Assim, a fiscalização periódica destas instituições em todas as comarcas gera um processo preventivo e repressivo, que visa a adequação dos padrões de acolhimento de idosos em todo o estado, com judicialização apenas do imprescindível.

Diante disso, nos casos em que a fiscalização de instituições de longa permanência para idosos demonstrar situação de risco, violação de direitos dos idosos, inadequações formais, entre outros, cabe ao Ministério Público, como defensor da ordem jurídica, adotar medidas a fim de assegurar as normas vigentes no país e, por conseguinte, atuar em prol do idoso. Em matéria de defesa dos direitos do idoso, o Ministério Público possui importantes e vastos mecanismos para adoção das providências mais adequadas a cada caso.

Na esfera extrajudicial, ressalta-se, conforme a Lei Orgânica do Ministério Público do Paraná (Lei Complementar nº 85/99), algumas formas de atuação ministerial na defesa dos direitos do idoso como: o acompanhamento da política do idoso nos municípios da comarca; a articulação entre as unidades do Ministério Público e as entidades públicas e privadas com atuação na área; permanente contato e intercâmbio com o Conselho Municipal dos Direitos do Idoso; integração e intercâmbio entre órgãos de execução, abrangendo a atuação conjunta ou simultânea, quando cabível; requisição de laudos, de certidões, de informações, de exames, diretamente dos órgãos públicos (como relatório social e/ou médico sobre o idoso) ou privados; instauração de procedimento administrativo ou procedimento preparatório, inquérito civil, procedimento investigatório criminal; expedição de notificações e recomendações administrativas; proposição de termos de ajustamento de conduta, entre outros.

Na esfera judicial, destacam-se a ação civil pública para a criação de instituição, as ações para apuração de irregularidades em ILPI, para afastamento de dirigentes de ILPI, para interdição de ILPI, de alimentos, penal, entre outras.

Assim, como resultados do Projeto, tem-se o planejamento sistemático da atuação em âmbito estadual, zelando pelo cumprimento integral pelo MPPR das exigências do CNMP e da legislação vigente, de modo a guarnecer e a apoiar os membros da instituição para a observância do dever funcional. Ademais, com a identificação do cenário dos serviços de cuidados de longa permanência no estado, será possível analisá-lo por recortes espaciais (comarca e município) e temporais, bem como desenhar estratégias aptas a impactar positivamente na realidade social, visando

a melhoria do atendimento ao público idoso, tanto em relação à necessidade de incremento da atuação do Poder Público, como do próprio Ministério Público.

2.2 A necessidade de fomento às formas alternativas à institucionalização

Outra importante atuação do Ministério Público, diante do cenário aqui tratado, é o fomento à disponibilização de políticas públicas para os idosos, que promovam formas alternativas à institucionalização, sempre reforçando a importância, em qualquer destas políticas, do fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, conforme previsto no Estatuto do Idoso. Nada obstante os progressos legais no âmbito dos direitos dos idosos, há uma vasta distância entre as previsões legais e a realidade, fato que reforça a importância de políticas públicas que assegurem um envelhecimento digno, vez que ainda persiste no meio social a ideia de que as instituições de longa permanência seriam opções suficientes ou ideais para atender às necessidades dos idosos.

Sobre a excepcionalidade da institucionalização, eis o esclarecimento da Procuradora de Justiça e Coordenadora do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos do Idoso e da Pessoa com Deficiência:

Exemplo disso é a pesquisa acerca dos recursos existentes para idosos nos municípios do Estado do Paraná, realizada pelo MPPR e Conselho Estadual dos Direitos do Idoso – CEDI, nos anos de 2010 e 2014, quando em 73,70% deles não havia qualquer forma alternativa ao asilamento. Infelizmente sempre haverá um público idoso que necessitará da institucionalização, isto é, de instituições de longa permanência. No entanto, devem ser casos excepcionais, conforme prevê a lei, até porque há estudos científicos que demonstram a prevalência de quadros depressivos e conseqüente piora de saúde em idosos asilados.

Portanto, o estímulo a formas alternativas à institucionalização, que promovam a interação social e familiar são essenciais no asseguramento de direitos dos idosos. Para tanto, a legislação nacional prevê, de forma exemplificativa, hipóteses de modalidades de atendimento que não sejam o asilamento, destacando-se o

Decreto nº 1.948/1996, que regulamentou a Lei nº 8.842/1994 (Política Nacional do Idoso).

O artigo 4º do Decreto estabelece:

Art. 4º Entende-se por modalidade não-asilar de atendimento:

I - *Centro de Convivência*: local destinado à permanência diurna do idoso, onde são desenvolvidas atividades físicas, laborativas, recreativas, culturais, associativas e de educação para a cidadania;

II - *Centro de Cuidados Diurno*: Hospital-Dia e Centro-Dia - local destinado à permanência diurna do idoso dependente ou que possua deficiência temporária e necessite de assistência médica ou de assistência multiprofissional;

III - *Casa-Lar*: residência, em sistema participativo, cedida por instituições públicas ou privadas, destinada a idosos detentores de renda insuficiente para sua manutenção e sem família;

IV - *Oficina Abrigada de Trabalho*: local destinado ao desenvolvimento, pelo idoso, de atividades produtivas, proporcionando-lhe oportunidade de elevar sua renda, sendo regida por normas específicas;

V - *Atendimento domiciliar*: é o serviço prestado ao idoso que vive só e seja dependente, a fim de suprir as suas necessidades da vida diária. Esse serviço é prestado em seu próprio lar, por profissionais da área de saúde ou por pessoas da própria comunidade;

VI - *Outras formas de atendimento*: iniciativas surgidas na própria comunidade, que visem à promoção e à integração da pessoa idosa na família e na sociedade. (grifou-se)

Esses importantes exemplos, entre outros, como família acolhedora e repúblicas para idosos, permitem a prevenção de situações de risco, de isolamento e de exclusão social. Nos casos em que o idoso, com quadro de dependência e de semi-dependência, permanece com sua família, pode ser necessário o apoio nas atividades de cuidado, por meio de atendimento domiciliar, contribuindo para a permanência no seio familiar e a melhoria de qualidade de vida.

3. A ILPI como um lugar para viver com dignidade: direito à autonomia e à independência do idoso residente

A legislação pátria obedece a princípios que norteiam a autonomia e a independência da pessoa idosa. Nessa esteira, a Política Nacional do Idoso (Lei nº 8.842/94) afirma como seu objetivo, já no art. 1º, “assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade”.

Importante observar, também, a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos dos Idosos, que é o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculante voltado para a proteção e promoção dos direitos deste segmento, reconhecendo-os como sujeitos de direitos específicos, empoderando-os e garantindo a sua plena inclusão, integração e participação na sociedade.

Destaca-se, como princípio geral, em seu art. 3º, “a dignidade, independência, protagonismo e autonomia do idoso”. A população idosa, apesar de ser um grupo que está em pleno crescimento populacional, é considerada pelo viés da “minoría”, por ainda não ter efetivamente respeitada sua voz, por ser um grupo que sofre discriminação, em uma sociedade que precisa superar a depreciação e o abuso aos idosos, para tratá-los com dignidade, com respeito e com valorização.

Neste contexto, especialmente quando pode ocorrer o acúmulo de vulnerabilidades, ressalta-se a importância dessa Convenção da Organização dos Estados Americanos, que atualiza, em muitos aspectos, a Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso. Em relação aos “direitos do idoso que recebe serviços de cuidado de longo prazo”, em seu art. 12, a Convenção estabelece:

O idoso tem direito a um sistema integral de cuidados que proporcione proteção e promoção da saúde, cobertura de serviços sociais, segurança alimentar e nutricional, água, vestuário e habitação, permitindo que o idoso possa decidir permanecer em seu domicílio e manter sua independência e autonomia. (...)

Para garantir ao idoso o gozo efetivo de seus direitos humanos nos serviços de cuidado de longo prazo, os Estados Partes se comprometem a:

a) Estabelecer mecanismos para assegurar que o início e término dos serviços de cuidado de longo prazo *estejam sujeitos à manifestação da vontade livre e expressa do idoso*.

b) Incentivar que esses serviços contem com pessoal especializado que possa oferecer uma atenção adequada e integral e prevenir ações ou práticas que possam produzir dano ou agravar a condição existente.

c) Estabelecer um marco regulatório adequado para o funcionamento dos serviços de cuidado de longo prazo que permita avaliar e acompanhar a situação do idoso, incluindo a adoção de medidas para:

i. *Garantir o acesso do idoso à informação*, em particular a seus registros pessoais, sejam físicos ou digitais, e promover o acesso aos meios de comunicação e informação, inclusive as redes sociais, bem como *informar ao idoso sobre seus direitos e sobre o marco jurídico e protocolos que regem os serviços de cuidado de longo prazo*.

ii. *Prevenir ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, família, domicílio ou unidade doméstica, ou qualquer outro âmbito no qual ocorram, bem como em sua correspondência ou qualquer outro tipo de comunicação*.

iii. *Promover a interação familiar e social do idoso*, levando em conta todas as famílias e suas relações afetivas.

iv. *Proteger a segurança pessoal e o exercício da liberdade e mobilidade do idoso*.

v. *Proteger a integridade do idoso e sua privacidade e intimidade* nas atividades que realiza, particularmente nos atos de higiene pessoal.

d) Estabelecer a legislação necessária, em conformidade com os mecanismos nacionais, para que os responsáveis e o pessoal de serviços de cuidado de longo prazo respondam administrativa, civil e/ou penalmente pelos atos que pratiquem em detrimento do idoso, conforme o caso.

e) Adotar medidas adequadas, quando cabível, para que o idoso que esteja recebendo serviços de cuidado de longo prazo conte com

serviços de cuidados paliativos que abranjam o paciente, seu entorno e sua família.

O Estatuto do Idoso, que abrange tanto o direito material como o direito processual, prevê, em relação ao idoso institucionalizado:

Art. 49. As entidades que desenvolvam programas de institucionalização de longa permanência adotarão os seguintes princípios:

I – *preservação dos vínculos familiares;*

II – *atendimento personalizado e em pequenos grupos;*

III – *manutenção do idoso na mesma instituição, salvo em caso de força maior;*

IV – *participação do idoso nas atividades comunitárias, de caráter interno e externo;*

V – *observância dos direitos e garantias dos idosos;*

VI – *preservação da identidade do idoso e oferecimento de ambiente de respeito e dignidade.*

Em pesquisa nacional realizada entre 2007 e 2009 (IPEA), foi apontado que 35% dos idosos residentes em ILPIs eram independentes. Ressalta-se que, apesar do previsto na legislação, muitas vezes, a independência e a autonomia do idoso é posta em cheque em casos de institucionalização.

O próprio processo de institucionalização do idoso não pode ocorrer contra sua vontade, salvo por decisão judicial, em caso de risco demonstrado. O fato de um idoso estar em uma situação de risco, frise-se, não pode destituí-lo de sua condição humana e de seu direito de escolha na condução de sua vida.

O Ministério da Saúde, por meio da Resolução nº 2.528/2006, que aprova a Política Nacional de Saúde da Pessoa Idosa, reconhece a fragilidade do idoso institucionalizado, *in verbis*:

Considera-se idoso frágil ou em situação de fragilidade aquele que: vive em ILPI, encontra-se acamado, esteve hospitalizado recentemente por qualquer razão, apresente doenças sabidamente causadoras de incapacidade funcional – acidente vascular encefálico, síndromes demenciais e outras doenças neurodegenerativas, etilismo, neoplasia terminal, amputações de membros –, encontra-se com pelo menos uma incapacidade funcional básica, ou viva situações de violência doméstica. Por critério etário, a literatura estabelece que também é frágil o idoso com 75 anos ou mais de idade. Outros critérios poderão ser acrescidos ou modificados de acordo com as realidades locais.

No que diz respeito ao idoso com deficiência, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) ressalta, no parágrafo único de seu artigo 5º, o fato de que estes sujeitos são considerados pessoas especialmente vulneráveis:

Art. 5º A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, tortura, crueldade, opressão e tratamento desumano ou degradante.

Parágrafo único. Para os fins da proteção mencionada no caput deste artigo, *são considerados especialmente vulneráveis* a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência. (grifou-se)

A fragilidade do idoso, contudo, não deve ser confundida com autorização para interferência em sua autonomia. Um exemplo disso, que deve ser levado em conta, é a vulnerabilidade econômica dos idosos residentes em ILPIs em relação à administração de seus proventos. Este tipo de situação deve ser objeto de atenção ministerial, especialmente a fim de verificar se o interesse na prestação do serviço pode estar vinculado a abusos financeiros.

Outros importantes aspectos, neste sentido, são a questão dos contratos quando da entrada do idoso na ILPI, o direito de ir e vir (desde que não exista restrição determinada no Plano de Atenção à Saúde), de receber visitas e da individualização do tratamento. Os idosos não curatelados, por exemplo, têm livre decisão quanto à administração de seus recursos, já em relação aos idosos curatelados incide o aspecto da necessidade de fiscalização da curatela, com a devida prestação de contas e avaliação se o curador atende, efetivamente, aos interesses do idoso.

Há casos em que houve atuação ministerial por ocorrer a concentração da gestão da ILPI e da curatela dos idosos na mesma pessoa – escolhida pelo Juiz possivelmente em razão do cargo que ocupa, por congregar a estabilidade quanto à permanência na instituição e a proximidade em relação aos idosos –, no entanto, tais atividades não se confundem.

Destaca-se que, enquanto gestor da pessoa jurídica, é dever do responsável pela ILPI a comunhão de esforços para o bom desenvolvimento das atividades da entidade, bem como o respeito às normas vigentes e a utilização adequada dos recursos disponíveis pela instituição, o que gera, reflexivamente, a defesa em âmbito coletivo dos idosos. Na posição de curador, por sua vez, o dirigente da ILPI atuará em substituição à manifestação da vontade individualizada de cada idoso, respeitando absolutamente seus direitos personalíssimos, conforme os contornos da curatela previstos na Lei Brasileira de Inclusão.

Há, assim, obrigação de se manter conta individualizada dos idosos para recebimento de seus benefícios, por exemplo. Anota-se que, assim como não existe no ordenamento jurídico a possibilidade de curatela coletiva, o tratamento das finanças dos idosos também não deve ser fundido, sobretudo em respeito à dignidade da pessoa humana e, mais especificamente, à individualidade dos idosos, que apenas pelo fato de estarem institucionalizados não devem ter menosprezadas suas necessidades específicas.

Por fim, dentre os vários importantes temas relativos ao direito à autonomia e à independência do idoso residente em ILPI, entende-se como fundamental que sejam desenvolvidas atividades para integração entre os idosos e destes com o contexto envolvente, para ajudá-los a exercer seu papel social, bem como que seja prestado atendimento personalizado, características exigidas por lei na oferta do serviço.

4) Conclusão

Os desafios ocasionados pelo acentuado envelhecimento da população brasileira e o crescimento da procura pelas famílias por instituições de longa permanência para idosos despertam a atenção do Poder Público e da sociedade como

um todo. Em contraste à crescente demanda por ILPIs, observa-se que o conjunto legislativo priorizou o atendimento do idoso em sua família, seguido das formas alternativas ao asilamento e, por último e excepcionalmente, a institucionalização, já que esta frequentemente está ligada à possibilidade de distanciamento familiar e de aumento da fragilidade da saúde física e psíquica do idoso.

Assim, o Estatuto do Idoso prioriza o atendimento pela própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto nos casos dos idosos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência. Logo, a inclusão de pautas de discussão social sobre formas alternativas à institucionalização são fundamentais, uma vez que muitos idosos estão em ILPIs por falta dessas políticas públicas, tão necessárias para a adequada promoção de atenção e cuidado aos idosos, com vistas ao envelhecimento digno.

Nesta seara, o papel do Ministério Público Estadual nas fiscalizações das ILPIs desponta como dever funcional capaz de impactar diretamente no bem-estar dos idosos residentes, bem como expõe dados importantes sobre os principais desafios a serem enfrentados na busca pelo respeito e concretização de direitos fundamentais destas pessoas. Desta forma, estar-se-á atuando para que a ILPI não seja um lugar para morrer, mas que, ao contrário, seja um lugar para viver bem e de forma integrada.

Com estes objetivos, desenvolveu-se no MPPR o projeto “MP Inclusivo – ILPIs Fiscalizadas”, pelo qual se almeja o fortalecimento da atuação ministerial, para além do cumprimento do dever funcional de fiscalização, para que seja estimuladora de mecanismos amplos de promoção do respeito e da valorização da pessoa idosa, em âmbito local e regional.

Entende-se necessária, ainda, a atuação conjunta e articulada com os diversos órgãos públicos e organizações da sociedade civil, que permita também um amplo debate sobre a importância do papel ativo das pessoas idosas na formulação de propostas para a melhoria de suas condições de vida, em seus diversos contextos e inserções sociais.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. *Aspectos jurídicos do serviço de acolhimento em instituições de longa permanência para idosos*, 2017. Disponível em: <[1/http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2014/09/ASPECTOS-JURIDICOS-DO-SERVICO-DE-ACOLHIMENTO-EM-INSTITUICOES-DE-LONGA-PERMANENCIA-PARA-IDOSOS_LuizClaudio_2017.pdf](http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2014/09/ASPECTOS-JURIDICOS-DO-SERVICO-DE-ACOLHIMENTO-EM-INSTITUICOES-DE-LONGA-PERMANENCIA-PARA-IDOSOS_LuizClaudio_2017.pdf)>.

BEVERVANÇO, Rosana Beraldi. *A importância da família acolhedora como forma alternativa ao asilamento*. In: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 5 - nº 8, junho / 2018. Curitiba, Paraná, p. 505-524.

CAMARANO, Ana Amélia; KANSO, Solange. *As instituições de longa permanência para idosos no Brasil*. Revista Brasileira de Estudos de População. Vol. 27, nº 1. São Paulo: Jan./June 2010.

CAMARANO, Ana Amélia; MELLO, Juliana Leitão e. Introdução. In: CAMARANO, Ana Amélia (Org.). *Cuidados de longa duração para a população idosa: um novo risco social a ser assumido?* Rio de Janeiro: IPEA, 2010.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Manual de atuação funcional: o Ministério Público na Fiscalização das Instituições de Longa Permanência para Idosos*. Brasília: CNMP, 2016. 130 p.

FREITAS JR, Roberto Mendes de. *Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GIACOMIN, Karla Cristina; COUTO, Eduardo Camargos. A fiscalização das ILPIs: o papel dos Conselhos, do Ministério Público e da Vigilância Sanitária. In: CAMARANO, Ana Amélia (Org.). *Cuidados de longa duração para a população idosa: um novo risco social a ser assumido?* Rio de Janeiro: IPEA, 2010.

IPEA. *Condições de funcionamento e infraestrutura das instituições de longa permanência para idosos no Brasil*. Comunicado do Ipea – 2011 – Maio – nº 93.

RODRIGUES, Melissa Cachoni; RIBEIRO, Dandara dos Santos Damas. *Inovações da Lei Brasileira de Inclusão no CC e no NCPC e as repercussões na jurisprudência*. Revista Jurídica do MPPR, Ano 4, nº 7, dezembro/2017, p. 281-297.

VIANA, Daniela Corrêa. *O fortalecimento dos vínculos familiares com o idoso*. 4º Simpósio Mineiro de Assistentes Sociais. Disponível em: <<http://cress-mg.org.br/hotsites/Upload/Pics/1d/1d829859-460f-44ee-b558-78a9892c874d.pdf>>.

Direitos humanos e a mulher em perspectiva

Human rights and women in perspective

SUMÁRIO. 1. Introdução; 2. Evolução dos direitos das mulheres; 3. Tratados e Convenções Internacionais no Brasil; 4. (Des)igualdades da mulher no trabalho; 5. Violência doméstica e os Direitos Humanos: mulher como vítima de crime; 6. Considerações finais; Referências bibliográficas.

¹ Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Pós Doutor em Direito. Mestre em Ciências Penais e Criminológicas. Especialista em Direito Penal e Criminologia. *Expert* em Direitos Humanos (Consultor Internacional das Nações Unidas – Missão MINUGUA 1995-96). Professor Pesquisador e de Pós-Graduação.

² Servidora do Ministério Público do Paraná. Ex-advogada na cidade de Toledo-PR (2014). Bacharel em direito pela Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), especialista em Direito Civil e Processo Civil pela União Educacional de Cascavel-PR (UNIVEL), especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná, pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal UNIVEL.

³ Servidora e Supervisora Administrativa do Ministério Público do Estado do Paraná. Graduada em Administração de Empresas pela Faculdades Unificadas de Foz Do Iguaçu (UNIFOZ). Pós-graduanda em Gestão-Pública com ênfase em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Estadual de Ponta-Grossa (UEPG).

RESUMO: O texto versa sobre a conquista dos direitos das mulheres, com enfoque nos direitos humanos, tecendo considerações sobre a evolução histórica de sua posição, especialmente com a Declaração de Direitos elaborada com a revolução iluminista. Aborda-se sobre as convenções e tratados internacionais ratificados pelo Brasil, com vistas à construção de um discurso jurídico apropriado à realidade social. Ventilam-se as ocasiões em que o legislador tencionou restabelecer a igualdade entre homens e mulheres, com emprego de medidas que visam efetivar os aludidos direitos. Através de dados estatísticos contemporâneos, verifica-se como os direitos positivados na pátria refletem na educação, remuneração e atuação política das mulheres.

ABSTRACT: *The text deals with the conquest of women's rights, with a focus on human rights, considering the historical evolution of the feminine position, especially with the Declaration of Rights elaborated with the Enlightenment revolution. It addresses the international conventions and ratifications ratified by Brazil, with a view to building a legal discourse appropriate to social reality. The occasions in which the legislature intended to re-establish equality between men and women, using measures aimed at effecting the aforementioned rights, are fanned. Through contemporary statistical data, it can be seen how positive rights at home reflect in the education, remuneration and political action of women.*

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos; mulheres; convenções internacionais.

KEYWORDS: *human rights; women; international conventions.*

1. INTRODUÇÃO

Os direitos conquistados pelas mulheres possuem relevância no ordenamento jurídico brasileiro, por se tratar de assunto de direito internacional, respaldado nos tratados de direitos humanos universais, bem como em razão de ser veículo propulsor de mudanças práticas e significativas na realidade feminina, quando bem empregados.

Ressalte-se a importância de reconstruir novos conceitos ideológicos, visando dar embasamento à “[...] estrutura punitiva estatal e preservar os princípios reitores do Direito Penal-humanitário” (MAIA NETO, 1999, p. 26).

Esse esforço pode trazer benefícios ao papel do Ministério Público, vez que “[...] somente através de um discurso jurídico democrático e mais adequado à realidade social, se alcançará o meio ideal para as proteções contra arbitrariedades oriundas da *potestad* punitiva do Estado” (MAIA NETO, 1999, p. 27).

Desse modo, é oportuno levantar quais as discussões doutrinárias e jurídicas sobre o assunto, a fim de traçar a evolução normativa, delinear conceitos e retratar o direito contemporâneo.

Para tanto, empregou-se o método dedutivo por meio de pesquisa documental indireta, realizando a análise e revisão em material bibliográfico relacionado ao assunto, comparando com sentenças os diferentes posicionamentos, colimando encontrar o melhor entendimento.

2. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES

Na origem, os homens não eram superiores nem desiguais com relação às mulheres; ao contrário, conviviam em condições de igualdade, vez que ambos eram, ao mesmo tempo, capazes de tratar seus filhos e de si. No entanto, fomos conduzidos a acreditar que as mulheres são diferentes, por suas características biológicas, as quais interferiram na divisão do trabalho quando os seres humanos se tornaram sedentários (COSTA-1, 2017, p. 146).

Em tempos em que os primeiros humanos viviam em agrupamentos organizados, a mulher era fragilizada e rebaixada, e apenas os homens posicionavam na comunidade em primeiro plano (PARODI; GAMA, 2010, p. 59).

Por conseguinte, os melhores do grupo destacaram-se, acompanhada da submissão dos outros, e a necessidade de usar meios para manterem-se no poder, já que a “[...] ausência de qualquer forma de organização contribuiu para com a desordem, prevalecendo a imposição do mais forte [...]”, daqueles que detivessem atributos de convencimento ou de negociação (PARODI; GAMA, 2010, p. 59).

Por derradeiro, secularmente a mulher viveu em função do lar, exercendo o papel de “escrava ou quase-escrava do homem”, sendo que sua emancipação acompanhou gradativamente as transformações das condições sociais do mundo, as quais derrocaram na igualdade jurídica entre homem e mulher (OLIVEIRA, 1998, p. 198-199).

A busca da liberdade ocorrida nas revoluções do século XVIII norteou e despontou nas Declarações de Direitos, as quais antecederam as primeiras Constituições, mas que estabeleceram um tratamento igualitário somente às pessoas submetidas à lei (RAMOS, 2015, p. 479-480).

Assim, a primeira igualdade “[...] não levava a busca de igualdade de condições materiais [...]”, ou seja, não influenciava nos procedimentos dados aos escravos, às mulheres ou aos pobres em geral (RAMOS, 2015, p. 480).

Desse modo, a Revolução Francesa de 1789 foi uma revolução masculina porquanto as mulheres foram privadas da vida política do estado, assim como “de todos os benefícios resultantes dos ideais alcançados com o reconhecimento dos direitos humanos”, sendo que as pioneiras a defender seus direitos humanos foram decapitadas (PARODI; GAMA, 2010, p. 61).

Na época, a dialética iluminista valeu-se da universalidade de direitos fundados em uma razão masculinizada, com vistas à liberdade e emancipação humana, porém deixando de lado as mulheres, com o escopo de perpetuar preconceitos e uma lógica de dominação (COSTA-1, 2017, p. 145-146).

A respeito, pode-se dizer que a palavra “direitos do homem” soa uma ideia sexista, dando a impressão que haveria a “preterição dos direitos da mulher”,

mormente considerando a “[...] origem jusnaturalista da proteção de determinados direitos do indivíduo, no momento histórico de sua afirmação em face do Estado autocrático europeu no seio das chamadas revoluções liberais [...]” (RAMOS, 2015, p. 50).

Assim sendo, a história patenteou o posicionamento inferior da mulher, dando aval à sociedade em estimular distorções pejorativas no tratamento dela, tendo os meios de dominação masculina eclodido “[...] em espaços públicos e no campo intelectual, restando às mulheres o refúgio em ambiente privado” (PARODI; GAMA, 2010, p. 60).

3. TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS NO BRASIL

Falar de direitos humanos é comungar a ideia de luta incessante dos povos, pois esse esforço advém das “[...] necessidades naturais da humanidade, aquelas inalienáveis, indisponíveis e essenciais a qualquer convivência social digna” (MAIA NETO, 1999, p. 19).

Os direitos humanos possuem caráter essencial, podem estar expressos literalmente ou implícitos nos ordenamentos jurídicos dos Estados, sendo “[...] superiores às demais normas, não se admitindo o sacrifício de um direito essencial para atender as ‘razões de Estado’[...]”, possuem, desse modo, preferências sobre outras normas (RAMOS, 2015, p. 28).

Por outro lado, os direitos deles decorrentes divorciam-se da concordância do legislativo, já que representam fontes supremas, não escritas, servindo-se de regras gerais aplicáveis para qualquer normatização (MAIA NETO, 1999, p. 19).

Numa sociedade ordenada em defender direitos (sociedade inclusiva), possui como resultado natural reconhecer que “[...] o primeiro direito de todo indivíduo é o direito a ter direitos [...]”, bem como que estes direitos convivem com os direitos dos demais, devendo haver uma “[...] ponderação ou sopesamento dos valores envolvidos [...]” (RAMOS, 2015, p. 29).

Nessa linha o Supremo Tribunal Federal mencionou o direito a ter direitos como fator determinante ao exercício dos demais direitos e liberdades, quando da decisão abaixo:

Direito a ter direitos: uma prerrogativa básica, que se qualifica como fator de viabilização dos demais direitos e liberdades – direito essencial que assiste a qualquer pessoa, especialmente àquelas que nada têm e de que tudo necessitam. Prerrogativa fundamental que põe em evidência – cuidando-se de pessoas necessitadas (cf, art 5º, LXXIV) – a significativa importância jurídico-institucional e político-social da defensoria pública.

Assim, os direitos do homem estariam “[...] gravitando na constelação de infinitos interesses e no universo dos sentimentos que animam os seres e mudam o eixo de rotação de um cotidiano comprometido com dramas e as tragédias” (DOTTI, 1999, p. 11).

Saliente-se que a liberdade da mulher em lutar pela emancipação social e política está imbricada com a garantia das liberdades individuais, bem como pelo respeito das minorias, pilares estes que sustentam a “tolerância em tôdas as manifestações da atividade humana” (FARHAT, 1971, p. 24).

Essa liberdade “[...] exprime uma condição de não-dominação ou não domínio, isto é, uma condição de igualdade ou isonomia [...]”, sendo que ela nasce da cidadania, e não do nascimento biológico dos seres humanos, consubstanciando a igualdade no resultado do esforço humano, correspondendo em uma “[...] criação intencional e propositada dos seres humanos” (COSTA-2, 2017, p. 61).

Os direitos da mulher e das crianças femininas foram consagrados expressamente em Viena como parte integrante dos direitos humanos universais, restando a violência de gênero em descompasso com o valor e a dignidade do ser humano (IKAWA, 2010, p. 309-310).

Assim, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (1993), pela Declaração e Programa de Ação de Viena, destacou em seu artigo 18 a imanência dos direitos das mulheres e meninas nos direitos humanos, vejamos:

18. Os Direitos Humanos das mulheres e das crianças do sexo feminino constituem uma parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos universais. A participação plena das mulheres, em condições de igualdade, na vida política, civil, econômica, social e cultural, aos níveis nacional, regional e internacional, bem como a erradicação de todas as formas de discriminação com base no sexo, constituem objetivos prioritários da comunidade internacional. A violência baseada no sexo da pessoa e todas as formas de assédio e exploração sexual, nomeadamente as que resultam de preconceitos culturais e do tráfico internacional, são incompatíveis com a dignidade e o valor da pessoa humana e devem ser eliminadas. Isto pode ser alcançado através de medidas de caráter legislativo e da ação nacional e cooperação internacional em áreas tais como o desenvolvimento socioeconômico, a educação, a maternidade segura e os cuidados de saúde, e a assistência social. Os Direitos Humanos das mulheres deverão constituir parte integrante das atividades das Nações Unidas no domínio dos Direitos Humanos, incluindo a promoção de todos os instrumentos de Direitos Humanos relativos às mulheres. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos insta os Governos, as instituições e as organizações intergovernamentais e não governamentais a intensificarem os seus esforços com vista à proteção e à promoção dos Direitos Humanos das mulheres e das meninas.

Importante instrumento foi a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, assinado pelo Brasil em 1981, ratificado com algumas reservas em 1984, o qual teve o propósito de trazer a efetiva igualdade ao alcance das mulheres por meio de ações afirmativas, uma vez que nada adiantaria tão somente proibir a discriminação (LOBO; ZAPATER, 2010, p. 342).

Entretanto, dentre os tratados internacionais de direitos humanos, esse foi o instrumento que mais teve reservas pelos Estados, especialmente quanto à cláusula que trata da igualdade entre homens e mulheres na família, sob alegação de ordem religiosa, cultural e até legal (PIOVESAN, 2010, p. 202).

De todo modo, Delgado (2008, p. 775) informa a relevância do combate à discriminação em uma sociedade democrática:

O combate à discriminação é uma das mais importantes áreas de avanço do Direito característico das modernas democracias ocidentais. Afinal, a sociedade democrática distingue-se por ser uma sociedade suscetível a processos de inclusão social, com contraponto às antigas sociedades, que se caracterizavam por serem reinos fortemente impermeáveis, marcados pela exclusão social e individual.

Portanto, pode-se afirmar que a resistência dos Estados corroboram a ideia do confinamento da mulher no espaço privado, doméstico e familiar, havendo relevância em democratizar o espaço privado para isso igualmente ocorrer no espaço público (PIOVESAN, 2010, p. 203), vejamos:

Isso reforça o quanto a implementação dos direitos humanos das mulheres está condicionada à dicotomia entre os espaços público e privado, que, em muitas sociedades, confina a mulher ao espaço exclusivamente doméstico da casa e da família. Vale dizer, ainda que se constate, crescentemente, a democratização do espaço público, com a participação ativa de mulheres nas mais diversas arenas sociais, resta o desafio de democratização do espaço privado – cabendo ponderar que tal democratização é fundamental para a própria democratização do espaço público.

Esposado a esse posicionamento, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher aduz em sua exposição de motivos que “[...] para alcançar a plena igualdade entre homem e a mulher é necessário modificar o papel tradicional tanto do homem, como da mulher na sociedade e na família” (PIOVESAN, 2015, p. 565).

Assim, a partir da promulgação do Decreto nº 4.316 de 2002, o Brasil passou a executar e cumprir integralmente o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, o qual reconhece a competência de um Comitê responsável em receber e considerar comunicações apresentadas por indivíduos ou grupos de indivíduos, que aleguem violações de direitos e liberdades fundamentais da mulher (BRASIL, 2002).

Ainda, para pôr em prática essa Convenção, os Estados partes devem remeter ao Comitê das Nações Unidas para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher relatórios descritivos de todas as medidas adotadas como leis, mudanças administrativas, judiciárias, educacionais, entre outras (LOBO; ZAPATER, 2010, p. 342).

No aspecto político, o direito ao voto das brasileiras foi, pioneiramente, garantido na Carta de 1934, e adveio em decorrência das “conquistas femininas na Europa e na América do Norte”, sendo facultativo (FARHAT, 1971, p. 25).

Em que pese a Constituição Federal do Brasil de 1946 ter tornado o voto obrigatório para ambos os sexos, “salvo as exceções previstas em lei” (BRASIL, 1946), o Código Eleitoral de 1950 veio desobrigando do alistamento eleitoral as mulheres que não exercessem atividades lucrativas, conforme artigo 4º, inciso I, letra “d” (BRASIL, 1950).

Não obstante, a Convenção Interamericana sobre a concessão dos direitos civis da mulher, firmado em 02 de maio de 1948, foi ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 31.643/1952, o qual passou a reconhecer à mulher “[...] os mesmos direitos civis de que goza o homem”, ante a sua capacidade de cumprir com suas responsabilidades (BRASIL, Decreto nº 31.643/1952).

Mais adiante, com a finalidade de concretizar o princípio da igualdade entre homens e mulheres, o Brasil promulgou a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, assinada em 1953, através do Decreto nº 52.476, de 12 de setembro de 1963, o qual possibilitou, irrestritamente e em igualdade de condições, os mesmos direitos conferidos ao homem: do voto, de ser elegível, de ocupar os postos públicos e de exercer todas as funções públicas (BRASIL, 1963).

Sob a perspectiva dos tratados que objetivam eliminar a discriminação e violência contra a mulher, recepcionados pelo ordenamento brasileiro, pode-se citar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas – CEDAW, abreviatura em inglês –, que determinou os Estados a combaterem “[...] toda noção de desigualdade entre a mulher e o homem, quer seja afirmada por leis, quer pela religião ou pela cultura [...]” (PIOVESAN, 2015, p. 281).

Nesta senda, outro tratado foi a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – conhecida como Convenção de Belém do Pará –, de 1994, resultada de um esforço feminista internacional para dar enfoque à existência da violência da mulher e exigir seu repúdio pelos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos – OEA (PARODI; GAMA, 2010, p. 245).

De acordo com o seu artigo 1º, compreende em violência contra mulher “[...] qualquer ação ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado” (PARODI; GAMA, 2010, p. 247).

Recepcionada a aludida convenção pelo Brasil, cumpre a este adotar mecanismos legislativos de proteção efetiva da mulher contra a violência, dever este intensificado especialmente após a recomendação dada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no importante precedente brasileiro, caso da “Maria da Penha Maia Fernandes” (RAMOS, 2015, p. 490).

Como resultado dessa recomendação, assim como considerando os tratados internacionais citados anteriormente, foi aprovada a Lei 11.340 de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, a qual reconhece, no artigo 6º, a violência doméstica e familiar contra a mulher como “[...] uma das formas de violação dos direitos humanos” (BRASIL, 2006).

Pise-se que a Constituição de 1988 autoriza esse tratamento diferenciado, vez que visa garantir a igualdade material entre os sexos, já que a violência doméstica e familiar suportada pela mulher está embutida em um “[...] contexto de dominação do homem e submissão da mulher, no qual a mulher tem dificuldade de toda sorte obter os mesmos papéis reservados aos homens” (RAMOS, 2015, p. 493).

Repise-se que deve o Estado assegurar a “[...] assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” consoante o artigo 226, parágrafo 8º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Ademais, relativamente ao homem, caso este seja agredido pela mulher, poderá se amparar nas medidas cautelares penais contidas na Lei 12.403/2011, por

não ter enfrentado um “[...] contexto histórico e social de preconceito e subordinação [...]” (RAMOS, 2015, p. 493).

Os instrumentos internacionais de Direitos Humanos, dentre eles os Tratados, Pactos e Convenções (MAIA NETO, 2003), possuem validade hierárquica sobre a legislação interna, quando aderidos e ratificados passam a pertencer ao ordenamento jurídico pátrio, na qualidade de norma supralegal. Não se pode interpretar a legislação doméstica para descumprir cláusulas e princípios de Direitos Humanos. É a Constituição que se adapta aos instrumentos internacionais, devidamente aderidos e não ao contrário, trata-se de observância ao princípio da parametricidade, onde os Direitos Humanos são parâmetros aos governos que adotam o regime democrático e dão prevalência a eles (Direitos Humanos).

4. (DES)IGUALDADES DA MULHER NO TRABALHO

Vislumbra-se que a integração das mulheres no mercado de trabalho, marcada pela Revolução Industrial, serviu como fator determinante no avanço da participação da mulher, restando a igualdade jurídica “uma realidade para maioria delas nos diversos continentes” (PARODI; GAMA, 2010, p. 62).

Em que pese o alcance das mulheres de seus direitos básicos, políticos, entre outros, elas ainda precisam vencer o seu patamar subalterno na família, o que, ainda, vigora por credices populares (PARODI; GAMA, 2010, p. 62).

Nesse aspecto, considerando que a mulher tem como missão essencial a maternidade, incumbe ao Estado proteger o seu trabalho, tendo como fundamento as diferenças físicas e psíquicas em relação ao homem, de modo a viabilizar a tarefa dela de criar e educar os filhos, e garantir o futuro da raça humana (OLIVEIRA, 1998, p. 199).

Muitos rumores foram levantados em desfavor do trabalho das mulheres, de que ele “[...] venha dar à mulher uma independência econômica e concorra para perturbar a paz conjugal”, ficando o homem à mercê da concorrência, sendo-lhe retirado o prestígio milenar de chefe da família, assim como o crescimento de divórcios e “[...] a simples separação dos esposos” (FARHAT, 1971, p. 28).

Em atividades que exigissem a força física, a mulher se deparava com a limitação do seu potencial, restando a valorização da maternidade como “condição reprodutora”, esta “[...] vinculada à mulher, passando ela pelo casamento e assumindo a obrigação de gerar filhos e até mesmo de conservar o patrimônio” (PARODI; GAMA, 2010, p. 60).

No Brasil a mulher foi assumindo timidamente seu espaço na indústria, no comércio, no magistério, no campo científico, vez que tais atividades eram exercidas preferencialmente por homens, tendo a Constituição do Brasil de 1924 omitido os direitos das mulheres (FARHAT, 1971, p. 25).

A partir de 1930, com as transformações jurídico-sociais no Brasil, o trabalho da mulher fora do lar passou a ser satisfatoriamente regulado, já que a legislação trabalhista passou a “[...] amparar a mulher operária, melhorando-lhe o salário, criando medidas que atendessem às peculiaridades do sexo” (FARHAT, 1971, p. 37-38).

Partindo disso, a Consolidação das Leis do Trabalho, promulgada em 1943, fez previsão à isonomia salarial, fazendo previsão no artigo 5º que “a todo trabalho de igual valor corresponderá salário igual, sem distinção de sexo” (BRASIL, 1943), sepultando o legislador “[...] àquela odiosa discriminação salarial que colocava o menor e a mulher num mesmo nível para efeito de remuneração” (FARHAT, 1971, p. 38).

A Convenção Internacional do Trabalho de nº 100, denominada de “Convenção sobre a igualdade de remuneração de 1951”, trata da coincidência para ambos os sexos, por um labor de igual valor, e foi recepcionada pelo Brasil por intermédio do Decreto nº 41.721 de 25 de junho de 1957 (BRASIL, 1957).

Nesse contexto, a cultura jurídica predominante jamais considerou que os textos constitucionais “[...] tivessem o condão de suprir condutas tutelares discriminatórias contra a mulher no contexto do mercado de trabalho ou no próprio interior da relação de emprego” (DELGADO, 2008, p. 782).

Mais tarde, por meio da Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999, alteradora das regras trabalhistas, o acesso da mulher no mercado de trabalho passou a ter regulamentação jurídica, restando proibida a diferenciação salarial em virtude do sexo, entre outros, vejamos (BRASIL, 1999):

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

[...]

III - considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional;

[...]

Observe-se que a Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988) já fazia previsão da igualdade entre homens e mulheres, conforme segue:

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

[...]

Como desdobramento do princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres (RAMOS, 2015, p. 485), a Constituição Federal também proibiu a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, conforme artigo 7º, inciso XXX (BRASIL, 1988).

Desse modo, em tempos atuais, o direito à igualdade é fundamentado na universalidade dos direitos humanos, onde “[...] todos os seres humanos são titulares desses direitos; conseqüentemente, todos os seres humanos são iguais e devem usufruir das condições que possibilitem a fruição desses direitos” (RAMOS, 2015, p. 480).

Nos últimos trinta anos verificam-se diversos movimentos sociais e políticos lutando pelo reconhecimento de suas liberdades, estando as mulheres incluídas em “[...] movimentos de segmentos da população, de maiorias que, pela sua história de opressão e dominação, assumem o papel de minorias que precisam da intervenção e proteção do Estado [...]” (COSTA-2, 2017, p. 55).

A busca da mulher pela educação está umbilicalmente ligada ao mundo do trabalho, que em poucos anos sentiu significativo aumento (LUZ; FUCHINA, 2009, p. 09).

Corroborado a isso, em termos de ensino, hoje a mulher brasileira supera a quantidade dos homens que possuem ensino superior completo, segundo pesquisa de 2016, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2018).

A realidade brasileira demonstra que o rendimento do trabalho das mulheres continua sendo inferior ao dos homens, pois, de acordo com o censo do IBGE (2018), realizado entre 2012 a 2016, que considerou o rendimento habitual médio mensal de todos os trabalhos e rendimentos das pessoas ocupadas, os homens recebem a quantia média de R\$ 2.306,00 (dois mil e trezentos e seis reais), enquanto que as mulheres auferem a média de R\$ 1.764,00 (mil e setecentos e sessenta e quatro reais).

Expostas essas diferenças latentes, importante frisar que do direito à igualdade sucede o dever de promover a igualdade por parte do Estado, gerando consequentemente um dever de inclusão, já que é inadmissível a permanência de situações fáticas desiguais existentes na sociedade (RAMOS, 2015, p. 481-484).

Assim, uma medida política compensatória empregada para estimular a igualdade e inclusão dos grupos vulneráveis, destacando-se neles a mulher, foi a adoção de percentual de vagas, ou cotas, para as candidaturas por sexo, possibilitando trinta por cento, no mínimo, e setenta por cento, no máximo, para cada sexo, conforme Lei nº 12.039/2009, já que a tradição político-partidária inclina-se, tradicionalmente, para o sexo masculino (RAMOS, 2015, p. 486-487).

Apesar dessas oportunidades conferidas na lei, as mulheres permanecem tendo baixa representatividade no cenário político, uma vez que no ano de 2017 ocupavam apenas 10,5% (dez vírgula cinco por cento) dos assentos da câmara dos deputados (IBGE, 2018).

5. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E OS DIREITOS HUMANOS: MULHER COMO VÍTIMA DE CRIME

A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do artigo 1º, onde possui guarida em outros dispositivos legais conforme explicita sua ementa:

[...] nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Como visto, a lei possui avanços legislativos no sentido de desburocratizar o sistema de administração de justiça penal, uma vez que o juízo criminal amplia a sua competência de julgamento nas causas que eram exclusivas, antigamente, para o juízo cível e do juízo de família, como sobre as questões indenizatórias, reparações de danos causados pelos agressores, bem como quanto às medidas judiciais pertinentes e aplicadas para guardas de menores, separações ou dissoluções conjugais.

E reza o artigo 6º da “Lei Maria da Penha” que todas as formas de violência contra mulher configuram desrespeito aos Direitos Humanos, pois a dimensão ou forma dessa violência deve ser tratada como [...] ato ilícito contrário à dignidade humana, expondo bem o equívoco histórico pelo qual ficou estabelecido a desigualdade entre o homem e a mulher”, já que, no caso concreto, a justiça era inalcançável (PARODI; GAMA, 2010, p. 155).

Pode-se dizer, a modo de direito comparado, que a mencionada e nova lei brasileira possui aproximação à *Ley Orgánica nº 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, da Espanha. Devemos destacar que na Europa, na atualidade, uma das maiores preocupações a respeito dos Direitos Humanos da Mulher, especialmente quando se fala da mulher vítima de

violência, em todos os sentidos. Essa lei espanhola é uma das mais perfeitas e completas, no que se refere ao assunto violência de gênero.

Trata-se de tentar uma melhor solução para as “brigas de marido e mulher”, que geram a violência doméstica e familiar. Sendo a mulher, fisicamente mais fraca e também em muitos lares dependente economicamente do marido, cônjuge ou convivente, acabava não registrando a ocorrência, fazendo com que a impunidade imperasse na maioria dos casos, e quando a polícia, o Poder Judiciário e o Ministério Público possuíam informações sobre a violência, já era tarde, visto que pelo lapso temporal, não mais condicionava para a produção probatória e para responsabilização do autor, pela configuração da decadência da ação penal ou também a renúncia tácita.

Na lei brasileira constam medidas de cunho jurídico-penal-civil, bem como medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar para a preservação da saúde física e mental, o aperfeiçoamento moral, intelectual e social, no sentido de resguardar toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, lesão, sofrimento físico, sexual, psicológico, dano moral ou patrimonial.

O objetivo da lei é dar mais eficácia aos Direitos Humanos das vítimas de gênero, reafirmando a proibição de qualquer espécie de discriminação, seja a nível constitucional como ao nível das cláusulas dos documentos internacionais de Direitos Humanos, assegurando às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, bem como o acesso à justiça, à cidadania, à liberdade e à dignidade, para o devido respeito à convivência familiar e comunitária, aponta o artigo 3º (BRASIL, 2006).

Dispõe o artigo 7º das formas de violência doméstica e familiar contra a mulher: I - a violência física; II - a violência psicológica; III - a violência sexual; IV - a violência patrimonial; e V - a violência moral (BRASIL, 2006).

No âmbito da política pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não governamentais, a norma operacionaliza a integração do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação, onde a assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá ser prestada

de forma articulada, conforme os princípios e as diretrizes da Lei Orgânica da Assistência Social, do Sistema Único de Saúde e do Sistema Único de Segurança Pública.

Mantêm e aprimoram o atendimento pela autoridade policial e pelo Ministério Público, dando ao Poder Judiciário maior abrangência de aplicabilidade legal, mantendo obviamente as questões de ordem constitucional quanto às garantias individuais no processo penal, vinculadas ao Estado Democrático de Direito; posto que nos processos judiciais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, aplicar-se-ão as normas dos Códigos de Processos Penal e Civil e a legislação específica afeta à criança, ao adolescente e ao idoso que não colidirem com o estabelecido na Lei 11.340/2006, consoante o artigo 13.

Poderão ser criados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da Justiça Ordinária com competência cível e criminal, pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Dando-se destaque, mais uma vez, ao que já estabelecia a Lei nº 9.099/95, onde os atos processuais poderão realizar-se em horário noturno, conforme dispuserem as normas de organização judiciária.

Estabelecem os artigos 29 e 34 (BRASIL, 2006) que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem ser criados poderão ter apoio de uma equipe de atendimento multidisciplinar, composta por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde, nos termos da Lei de Diretrizes Orçamentárias, e ainda preveem curadorias e serviço de assistência judiciária.

As infrações de violência contra a mulher de ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida, só se admitem a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público, segundo o artigo 16 (BRASIL, 2006). Não mais a renúncia tácita ou expressa particular ou privada.

Um detalhe importante é que a todos os crimes existentes na legislação penal brasileira, sejam aqueles tipificados no Código Penal ou em lei penal extravagante,

praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, mas sim a nova Lei nº 11.340/06, em conjunto com as regras do Código de Processo Penal.

Os Direitos Humanos das vítimas (MAIA NETO, 2014) de violência familiar ou doméstica possuem prevalência. Desta forma, a ofendida deverá ser sempre notificada de todos os atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público. É a perspectiva de uma nova vitimologia à luz da justiça penal reparadora, construtiva e protetiva.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito a ter direitos, que possui todo indivíduo, deve coexistir em sintonia com os direitos de todos os outros, não sendo admissível a desigualdade social.

Destarte, a razão de ser do grito das mulheres pelos seus direitos foi pela luta de se fazer inserir na universalidade dos direitos humanos, inicialmente proclamados como direitos do homem.

Através da recepção dos tratados e convenções internacionais, o legislador pátrio adotou medidas compensatórias à carga histórica das mulheres, visando promover a igualdade e a proteção destas.

Assim, conquanto tenha a mulher alcançado um maior espaço na sociedade, com maior participação e formação acadêmica, bem como com a obtenção de direitos no ramo do trabalho, sua atuação tem proporções extremamente mínimas no campo político.

É possível notar que a realidade não exprime a total igualdade de gênero, vez que ainda coexistem diferenças remuneratórias entre homens e mulheres.

Conforme a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (PIOVESAN, 2015, p. 565), a mudança das tradicionais tarefas atribuídas ao homem e à mulher na sociedade e na família, possibilita o alcance da plena igualdade entre os sexos.

Concordado a isso, é preciso transformar a forma de ser da mulher, como sugere Mary: “[...] de realizar uma revolução nas maneiras femininas – tempo de devolver a elas a dignidade perdida – e fazê-las, como parte da espécie humana, trabalhar para que se reformem e assim reformarem o mundo” (WOLLSTONECRAFT, 2015, p. 75).

Desse modo, a inserção feminina na dimensão pública, seja com o trabalho ou com a contribuição intelectual, ocorre na medida em que houver a democratização do âmbito familiar privado, espaço esse antes considerado exclusivamente das mulheres.

De outra banda, o Brasil avançou relativamente ao combate à violência contra a mulher, com adoção da Lei Maria da Penha, ao nivelar os atos ilícitos baseados no gênero ao patamar de transgressão de direitos humanos, dando assim ênfase ao cumprimento de tratados, pactos e convenções internacionais antes ratificados.

Entretanto, sabe-se que o direito penal é uma disciplina de controle social, tem sido, por esta razão, utilizada pela classe social dominante, através de discursos políticos flagrantemente demagógicos. Dizer agora que, com a vigência da nova Lei nº 11.340/2006, apelidada de “Maria da Penha”, tudo será resolvido com a mais perfeita ordem e eficiência, que não mais ocorrerão delitos ou violência contra a mulher, não passa de falácia, sendo o mesmo que acreditar em um “direito penal preventivo” ou funcionalista capaz de reduzir taxas de reincidência criminosa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil de 18 de setembro de 1946.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 09 mai. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** DOU de 05.10.1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 mai. 2018.

_____. **Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em 10 mai. 2018.

_____. **Decreto nº 31.643, de 23 de outubro de 1952.** Promulga a Convenção Interamericana sobre a concessão dos direitos civis da mulher, assinado em Bogotá, a 2 de maio de 1948. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-31643-23-outubro-1952-322462-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 09 mai. 2018.

_____. **Decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em 09 mai. 2018.

_____. **Decreto nº 4.316, de 30 de julho de 2002.** Promulga o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4316.htm>. Acesso em 09 mai. 2018.

_____. **Lei nº 1.164, de 24 de julho de 1950.** Institui o Código Eleitoral. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1164.htm>. Acesso em 09 mai. 2018.

_____. **Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999.** Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9799.htm#art373a>. Acesso em 09 mai. 2018.

_____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Institui o Código Eleitoral. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1164.htm>. Acesso em 09 mai. 2018.

_____. **Superior Tribunal Federal.** EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS DEFENSORES PÚBLICOS (ANADep) – PERTINÊNCIA TEMÁTICA - CONFIGURAÇÃO - DEFENSORIA PÚBLICA -RELEVÂNCIA DESSA INSTITUIÇÃO PERMANENTE, ESSENCIAL À FUNÇÃO DO ESTADO - A EFICÁCIA VINCULANTE, NO PROCESSO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, NÃO SE ESTENDE AO PODER LEGISLATIVO - LEGISLAÇÃO PERTINENTE À ORGANIZAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA - MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DE COMPETÊNCIA CONCORRENTE (CF, ART. 24, XIII, C/C O ART. 134, § 1º) - FIXAÇÃO, PELA UNIÃO, DE DIRETRIZES GERAIS E, PELOS ESTADOS-MEMBROS, DE NORMAS SUPLEMENTARES - LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL QUE ESTABELECE CRITÉRIOS PARA INVESTIDURA NOS CARGOS DE DEFENSOR PÚBLICO-GERAL, DE SEU SUBSTITUTO E DE CORREGEDOR-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA DO

ESTADO - OFENSA AO ART. 134, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NA REDAÇÃO QUE LHE DEU A EC Nº 45/2004 -LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL QUE CONTRARIA, FRONTALMENTE, CRITÉRIOS MÍNIMOS LEGITIMAMENTE VEICULADOS, EM SEDE DE NORMAS GERAIS, PELA UNIÃO FEDERAL - INCONSTITUCIONALIDADE CARACTERIZADA - AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE. Relator Ministro Celso de Mello. Acórdão julgado em 1º/12/2005, Brasília. DJe 19/09/2008. Unanimidade. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=548579>>. Acesso em 10 de mai. 2018.

COSTA, Marta Nunes da. **Os dilemas de Rousseau: natureza humana, política e gênero em perspectiva**. Ijuí: Unijuí, 2017.

_____, Marta Nunes da. **Ensaio no Feminino**. São Paulo: LiberArs, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª ed. São Paulo: Ltr, 2008.

DECLARAÇÃO E PROGRAMA DE AÇÃO DE VIENA. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Viena, 14-25 de Junho de 1993. Disponível em <<https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sob%20re%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>> acesso em 07 mai. 2018.

DOTTI, René Ariel; **Prefácio**. In: MAIA NETO, Cândido Furtado. O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 1999.

FARHAT, Alfredo. **A mulher perante o direito**. São Paulo: Gráfica São José, 1971.

GONÇALVES, Tamara Amoroso; Chambouleyron. **Direitos humanos das mulheres: não discriminação, direitos sexuais e direitos reprodutivos**. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global**. Curitiba: Juruá, 2010.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estudos e Pesquisas: Informação Demográfica e Socioeconômica n.38. ISBN 978-85-240-4448-9. Disponível em <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf>. Acesso em 10 de mai. 2018.

LOBO, Ana Maria; ZAPATER, Maíra. **O livre exercício dos direitos reprodutivos: vinculação ao exercício regular(izado) dos direitos sexuais? Uma reflexão**. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global**. Curitiba: Juruá, 2010.

LUZ, Alex Faverzani da; FUCHINA, Rosimeri. **A Evolução Histórica dos Direitos da Mulher sob a Ótica do Direito do Trabalho**. 2009. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/artigoalex.pdf>>. Acesso em 11 de mai. 2018.

MAIA NETO, Cândido Furtado. **O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 1999, 2ª Edição 2007, e 3ª Edição 2012, esta última com o título **Promotor de Justiça e Direitos Humanos**.

_____, MAIA NETO. **Código de Direitos Humanos: Para a Justiça Criminal Brasileira**. Ed. Forense, 1118 páginas, Rio de Janeiro/RJ – 2003 (Ed. Esgotada).

_____, MAIA NETO. **Direitos Humanos das Vítimas de Crimes. Filosofia Penal e Teoria Crítica à luz das Reformas Processuais Penais**. Ed. Juruá, 516 páginas, Curitiba, 2014.

OLIVEIRA, Wilson de. **A mulher em face do direito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PARODI, Ana Cecília; GAMA, Ricardo Rodrigues. **Lei Maria da Penha – Comentários à Lei nº 11.340/2006**. - 1ª ed. - terceira triagem. Campinas: Russel Editores, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 11ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 15ª ed., rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. - 2ª ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2015.

WOLLSTONECRAFT, Mary. **Reinvidicação dos direitos das mulheres**. Trad. E notas de Andreia Reis do Carmo. São Paulo: Edipro, 2015.

Feminicídio: possibilidades de aplicação da Lei 13.104/2015

Feminicide: possibilities of law enforcement 13,104 / 2015

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Histórico legislativo dos crimes de violência de gênero contra a mulher no Brasil 3. Razões e contexto da promulgação da Lei 13.104/2015 - Lei do Feminicídio 4. Discussões acerca da configuração do crime de feminicídio a partir da análise de casos concretos. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

¹ Promotora de justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Pós-Graduada em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito de Coimbra. Mestranda em “Estudos Sobre Mulheres” pela Universidade Aberta de Portugal.

RESUMO: Trata-se de artigo destinado a trazer o contexto e razões de aprovação e promulgação da Lei 13.104/2015- Lei do Femicídio, bem como identificar os casos práticos nos quais deva ser aplicada. Procuram-se ilustrar situações fáticas em que o crime deve ser capitulado nas duas figuras típicas presentes no art. 121, par. 2º-A do CP, quais sejam, se o homicídio contra mulher envolve: I - violência doméstica e familiar ou II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Destaca-se a primeira hipótese como ainda a maior causa de mortes violentas femininas em todo o mundo e que torna premente a implementação de políticas públicas especializadas. Por se tratar de nova lei e que demanda conhecimento interdisciplinar (estudos de gênero), para sua adequada aplicação, valoriza-se o papel da Corregedoria do Ministério Público na orientação visando à resolutividade dos casos de feminicídios, especialmente no Estado do Paraná, a partir da edição da Recomendação Conjunta n. 01/2017 (CGMP/CAOPDH/MPPR).

ABSTRACT: *An article intended to bring the context and reasons for the approval and promulgation of Law 13.104 2015 - Law of Femicide, as well as to identify the practical cases in which it should be applied. It attempts to illustrate factual situations in which the crime must be capitulated in the two typical figures present in art. 121, par. 20-A, whether homicide involves: I - domestic and family violence or II - contempt or discrimination against women, highlighting the first hypothesis, currently still the largest cause of violent female deaths in the world and which makes it imperative to implement specialised public policies. Because it is a new law and requires interdisciplinary knowledge (gender studies) for its application, the role of the Office of the Public Prosecutor's Office in guiding the resolution of femicide cases, especially in the State of Paraná, is highlighted; from the Joint Recommendation n. 01 (CGMP / CAOPDH / MPPR) of November 2017.*

PALAVRAS-CHAVE: Violência de Gênero, Direitos Humanos de Mulheres, Homicídio, Femicídio.

KEYWORDS: *Gender Violence, Women's Human Rights, Homicide, Femicide.*

1. Introdução

Há diversos anos, o Brasil é ranqueado em posições de destaque nas pesquisas denominadas Mapa da Violência, principalmente ao se avaliarem crimes contra mulheres, sendo considerado, atualmente, o quinto país com mais mortes violentas femininas (WAISELFISZ, 2015:30) entre outros 84 pesquisados.

Entre os referidos números extraídos de notificações da área da Saúde, a maioria dos crimes se refere a casos de feminicídio, ou seja, assassinatos de mulheres por razões de gênero, o que não poderia ser identificado por dados do Sistema de Justiça, até o advento da recente lei 13.104/2015.

Por milênios, a legislação brasileira e mundial não se preocupou em precisamente tipificar violências por razões de gênero contra a mulher, apresentando-se, em contrapartida, como verdadeira autorização institucional para o cometimento de violações de direitos humanos dessa camada da população. É a partir da ratificação de Convenções Internacionais que o Brasil, no final da década de 90, estabelece a necessidade de promulgação de normas especializadas.

No Caso Cotton Field ou Caso Campo Algodonero (Caso González y otras v. Mexico), em tramitação na Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA, reconheceu-se a necessidade de especial preocupação do Estado do México na punição e repressão de assassinatos por motivação de gênero, no ano de 2009. Pouco antes, em 2001, as omissões estatais ao tratamento da violência de gênero já haviam sido reconhecidas no Caso n. 12.051, Maria da Penha Fernandes v. Brasil (Comissão Interamericana de Direitos Humanos-OEA).

A Lei do Feminicídio, portanto, tal como a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), apresentam-se como ações afirmativas, destinadas à evidenciação do tema da violência de gênero, sua possibilidade de análise estatística e implementação de ações concretas de punição, repressão e prevenção dos delitos que são, ainda, a maior causa de mortes violentas de mulheres em todo o mundo.

A Lei 13.104/2015 busca trazer duas hipóteses de crimes de homicídio motivados por razões de gênero. No par. 2ºA do art. 121 do Código Penal, há previsões específicas

de contexto da violência doméstica e familiar (inciso I) e menosprezo à condição de mulher (inciso II).

Restam diversos questionamentos sobre a aplicação prática da referida lei, que tanto perpassam as ainda restantes discussões jurídicas sobre a Lei Maria da Penha, diretamente relacionada ao inciso I do citado artigo, como ao enquadramento do que seria essa nova hipótese de menosprezo à condição de mulher (inciso II). Parte desse debate é o que se pretende com a confecção do presente artigo.

2. Histórico legislativo dos crimes de violência de gênero contra a mulher no Brasil.

No Brasil, assim como em todo o mundo, no último século XX, os direitos humanos de mulheres foram alcançados a partir de contraposição de um conjunto de normas que previam exatamente sua restrição:

Antes do casamento, estão sob a patria potestas do seu pai. Depois, estão como pupilas debaixo da curatela do marido. De qualquer modo, “por causa da fragilidade do sexo e da sua pior condição [...] não se devem intrometer nas reuniões dos homens”; não podem ser fiadoras; não podem ser testemunhas nos testamentos (Ord. fil., IV, 76).

(HESPANHA, 1995:60).

E, por muitas vezes, tiveram de se impor a normas que previam autorização para sua violação: “Achando o homem casado sua mulher em adultério, lícitamente poderá matar assim a ela como o adúltero- Código Filipino”- (ARAUJO, 1997).

Ainda, a mulher casada, segundo Viveiros de Castro, não poderia prestar queixa em juízo contra o marido, pois ‘qualquer que tenha sido a resistência da mulher, qualquer que sejam os meios empregados pelo marido para vencer a resistência, não houve crime e sim o exercício de um direito’.

(DIAS, 2017: 280).

Conquistados o direito ao voto feminino em 1932² e a capacidade civil plena da mulher casada em 1962³, a igualdade formal de todos os direitos entre homens e mulheres no país somente se consolida com a Constituição Federal de 1988:

Em grande medida, por força da Constituição Federal e dos instrumentos internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Estado Brasileiro, toda a parte sobre o direito de família do Código Civil de 1916 foi revogada, eliminando-se as discriminações legais existentes contra as mulheres.

(BARSTED, 2011: 25).

Em consonância com um forte movimento mundial pela igualdade de gênero verificado a partir dos anos 90, o Brasil ratifica a Convenção para Eliminação de todas as Formas de discriminação contra a mulher (CEDAW) pelo Decreto n. 4.316/2002 e, pelo Decreto n. 1.973/1996, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – conhecida como Convenção de Belém do Pará de 1994.

A recomendação n. 19 do Comitê de acompanhamento da CEDAW, já no ano de 1992 traz pela primeira vez o conceito de violência de gênero contra a mulher de maneira ampliada (incluindo a violência institucional):

“1. Gender-based violence is a form of discrimination that seriously inhibits women’s ability to enjoy rights and freedoms on a basis of equality with men. (...) 7. Gender-based violence, which impairs or nullifies the enjoyment by women of human rights and fundamental freedoms under general international law or under human rights conventions, is discrimination within the meaning of article 1 of the Convention. These rights and freedoms include: (a) The right to life; (b) The right not to be subject to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; (c) The right to equal protection according to humanitarian norms in time of international or internal armed conflict; (d) The right to liberty and security of person; (e) The right to equal protection under the law; (f) The right to equality in the family; (g) The right to the highest standard attainable of physical and mental health; (h) The right to just and favourable conditions of work.”

² BRASIL. Decreto n. 21.076/32, de 24 de fevereiro de 1932. Código Eleitoral. “Diário Oficial da União”, Rio de Janeiro, 26 fev. 1932.

³ GAZELLE, 2016.

Ali também se registra a recomendação para que o Brasil e demais países signatários aprimorem a legislação penal de seus ordenamentos, de forma a incluir crimes com motivação de gênero contra a mulher como pauta relevante e se preverem inclusive políticas públicas de prevenção:

24. In light of these comments, the Committee on the Elimination of Discrimination against Women recommends that: (a) States parties should take appropriate and effective measures to overcome all forms of gender-based violence, whether by public or private act; (b) States parties should ensure that laws against family violence and abuse, rape, sexual assault and other gender-based violence give adequate protection to all women, and respect their integrity and dignity. Appropriate protective and support services should be provided for victims. Gender-sensitive training of judicial and law enforcement officers and other public officials is essential for the effective implementation of the Convention; (...) (g) Specific preventive and punitive measures are necessary to overcome trafficking and sexual exploitation; (h) States parties in their reports should describe the extent of all these problems and the measures, including penal provisions, preventive and rehabilitation measures that have been taken to protect women engaged in prostitution or subject to trafficking and other forms of sexual exploitation. The effectiveness of these measures should also be described; (i) Effective complaints procedures and remedies, including compensation, should be provided; (j) States parties should include in their reports information on sexual harassment, and on measures to protect women from sexual harassment and other forms of violence of coercion in the workplace; (...) (r) Measures that are necessary to overcome family violence should include: (i) Criminal penalties where necessary and civil remedies in cases of domestic violence; (ii) Legislation to remove the defence of honour in regard to the assault or murder of a female family member; (...) (t) States parties should take all legal and other measures that are necessary to provide effective protection of women against gender-based violence, including, inter alia: (i) Effective legal measures, including penal sanctions, civil remedies and compensatory provisions to protect women against all kinds of violence, including inter alia violence and abuse in the family, sexual assault and sexual harassment in the workplace; (...) (v) The reports of States parties should include information on the legal, preventive and protective measures that have been taken to overcome violence against women, and on the effectiveness of such measures.”⁴

⁴ Encontrável em <http://www.refworld.org/docid/52d920c54.html>-

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – conhecida como Convenção de Belém do Pará de 1994, também indica o conceito da violência nos artigos 1º e 2º⁵ e obrigações similares expostas em seus artigos 7º e 8º, nos quais se frisa:

Artigo 7 Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: (...) b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis; d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade; e. tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher; f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos (...) h. adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção. (...)⁶.

No Brasil, gradativamente, no âmbito da legislação infraconstitucional, a partir desse primeiro período, começam a ser visualizadas gradativas mudanças, muito bem sintetizadas por BARSTED (2011):

(...) em 1994, a Lei 8.930/94, de 6/9/1994, em face das denúncias sobre a incidência da violência sexual, especialmente contra as meninas, incluiu o crime de estupro dentre os considerados inafiançáveis. A Lei 9.029/95, de 13/4/1995, passou a considerar crime a exigência de atestado de esterilização e de teste de gravidez para

⁵ Artigo 1- Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada. Artigo 2 - Entende-se que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica: a. ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras formas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual; b. ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e c. perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

⁶ Encontrável em <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>-

efeitos de admissão ou permanência em emprego (...) A Lei 9.318, de 5/12/1996, alterou o artigo 61 do Código Penal, que trata das circunstâncias agravantes de um crime, acrescentando à alínea h a expressão “mulher grávida”. Ainda em 1996, a Lei 9.281 revogou o parágrafo único relativo aos artigos 213 e 214 do Código Penal (estupro e atentado violento ao pudor), aumentando as penas para esses delitos. A Lei 9.520, de 27/11/1997, revogou dispositivos processuais penais que impediam que a mulher casada exercesse o direito de queixa criminal sem o consentimento do marido. (...) A Lei nº 10.224, de maio de 2001, alterou o Código Penal para dispor sobre o assédio sexual. Em novembro de 2003, a Lei 10.778 estabeleceu a notificação compulsória, em todo o território nacional, no caso de violência contra as mulheres que forem atendidas nos serviços de saúde, públicos ou privados (...) A partir de 2004, a Lei 10.886/04 reconheceu o tipo penal “violência doméstica”, alterando a redação do artigo 129 do Código Penal, que trata da lesão corporal, para incluir os parágrafos 9º e 10º (...) Em 2005, a Lei nº 11.106, de 28 de março, alterou diversos artigos do Código Penal claramente discriminatórios. (...) ⁷

A grande evolução legislativa, contudo, apresenta-se em momento bastante tardio. É somente com a Lei Maria da Penha (Lei 11.340, de 10 de agosto de 2006) que os direitos humanos de mulheres enquanto vítimas de violência específica recebem destaque, e ressalta-se, a lei surge como uma imposição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA)⁸ ao Estado Brasileiro.

Pela primeira vez no âmbito do Direito pátrio, seu artigo 5º traz a definição de violência de gênero contra a mulher, diferencia as formas de proteção das vítimas mulheres a partir da modificação de normas do Direito Penal e traz obrigações para o Estado em suas três esferas: municipal, estadual e federal no que se refere a políticas públicas de prevenção aos crimes de violência doméstica e familiar.

A Lei 12.015/2009 também merece proeminência, pois torna a mulher sujeito a ser protegido nos crimes de violência sexual (antes existentes em proteção “aos

⁷ Idem, ibidem, p. 25.

⁸ As organizações feministas Centro para a Justiça e o Direito Internacional - CEJIL e Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM, juntamente à vítima Maria da Penha, enviaram em 1998 seu caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual emitiu relatório recomendando ao Estado Brasileiro a elaboração de legislação específica de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres. - Caso 12.051 (Maria da Penha Fernandes v. Brasil), Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, encontrável em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm> (Acesso em 10 de maio de 2018)

costumes”) e aprimora, em proteção à mulher, todo o Título VI do Código Penal Brasileiro.

Com a Lei 13.104/2015, surge a previsão do crime de feminicídio, a partir de inclusão do inciso VI no parágrafo segundo do art. 121 do Código Penal Brasileiro, o qual reza que também é qualificado o homicídio VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, sendo “razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar e II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (par. § 2o-A). Como uma espécie de junção de todos os aspectos que envolvem os crimes com motivação de gênero, vez que não mais limitado ao contexto da violência doméstica e familiar, surge tipo penal específico que trata das causas de mortes violentas de mulheres.

3. Razões e contexto da promulgação da Lei 13.104/2015- Lei do Feminicídio.

Como uma das Recomendações formalizadas pela CPMI da Violência contra a Mulher criada em 2012, para apurar eventuais omissões do Estado na aplicação da Lei Maria da Penha⁹, a Lei do Feminicídio está em vigor desde 10 de março de 2015.

Ainda que não discutida sua constitucionalidade por Tribunais Superiores, permanecem entre os operadores do Direito a seguinte indagação: por que a lei penal deveria diferenciar homicídios de homens e mulheres?

Na defesa do caráter meramente “simbólico e demagógico” do acréscimo legislativo argumenta-se:

O grande problema, que torna a lei enfocada mais um triste exemplo de um Direito Penal meramente simbólico, totalmente inútil e demagógico, é o fato de que o homicídio de uma mulher nessas circunstâncias sempre foi, desde 1940 com a edição do Código Penal Brasileiro, uma espécie de homicídio qualificado. Nessa situação a qualificadora do “motivo torpe” estaria obviamente configurada e a pena é exatamente a mesma, ou seja, reclusão, de 12 a 30 anos (vide artigo 121, § 2º., I, “in fine”, CP).

⁹ SENADO FEDERAL (2013). “Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher”. <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=130748&tp=1> (21 de março de 2018).

A grande questão que se impõe é: para que serve então o alardeado “Feminicídio”? E a resposta clara e evidente é: para nada! Após o advento do “Feminicídio” o que melhorará na vida das mulheres em risco de sofrerem violência ou mesmo serem assassinadas por seus algozes? Rigorosamente nada! O que era um crime qualificado continua sendo, a pena continua a mesma. Afora o fato já mais do que repetido pelos estudiosos do Direito de que a seara criminal não é a panaceia para todos os males, a criação de um novo tipo penal ou pior, a mudança do nome de uma conduta já prevista como crime, da mesma forma e com a mesma pena, não é e nunca será a solução para qualquer problema social ou conflitivo. Essa é base do Direito Penal Simbólico: fingir que não se sabe dessas constatações há tempos disseminadas pela melhor doutrina, pela ciência criminal. Fingir que não sabe o que na verdade sabe e seguir produzindo leis inúteis, mas que rendem para certas pessoas e perante determinados grupos divididos políticos. Enquanto isso, mulheres e homens continuarão sendo mortos entre 50 mil e 70 mil homicídios/ ano no Brasil.

(CABETTE, 2015).

Já PORTO fortalece a necessidade de existência do novo tipo penal:

Tais dados revelam que a inserção da qualificadora do feminicídio não se coaduna com a qualificação de direito penal simbólico, expressão utilizada para designar regras legais de forte apelação popular que, entretanto estão destinadas à ornamentação dos códigos quase sem qualquer razão ou aplicação prática. Os índices de feminicídios no Brasil, já passados dez anos da Lei 11.340/06, não permitem qualquer comemoração e não enganam quanto à realidade da violência histórica contra a mulher, justificando o recrudescimento punitivo levado a efeito na novel legislação.

(PORTO, 2016: 11).

Atualmente, já é verificada a necessidade de superação de um Direito Penal supostamente neutro em termos de gênero, vez que justamente os tipos penais genéricos referem-se especificamente ao público masculino: “O modelo de masculinidade do Direito é tão forte que termina por convencer a maioria das mulheres que a lei e o Direito são assexuados.” (WARAT apud STRECK 1999:81).

Destarte, desde já se enaltece a importância do tipo penal em questão, o qual permite que se nomeie conduta específica de homicídio que atinge mulheres:

A técnica de tipos penais neutros que até então predominava em nossa legislação no que tange ao homicídio foi substituída pela criminalização gênero-específica. Constatou-se que não são suficientes os tipos penais neutros, pois o fenômeno da violência contra a mulher permanece oculto onde subsistem pautas culturais patriarcais, machistas ou religiosas muito enraizadas e que favorecem a impunidade, deixando as vítimas em situação de desproteção.

(BIANCHINI, 2016:218)

Autores que se manifestam contrariamente à existência do crime de feminicídio argumentam que não se deve punir com mais rigor um homicídio praticado em contexto de violência doméstica, somente pelo fato de ser a vítima mulher, contudo, olvidam que a pretensão de legislações especializada não é exatamente um aumento da pena prevista para o crime, mas sim o recorte necessário para que a conduta criminosa, com todas as suas peculiares circunstâncias, exista e tenha um nome. Até porque, a mesma punição do atual Feminicídio era aplicada em homicídios contra mulheres qualificados por motivo fútil ou torpe, entretanto a nova legislação permitiu que se visualizasse com destaque o fenômeno da morte violenta de mulheres por questões de gênero, em contexto absolutamente distinto dos homicídios contra homens, mormente quando estamos a tratar de violência doméstica e familiar: “Segundo dados do Instituto Sangari, no Brasil, dos homicídios cometidos contra homens, só 14,7% aconteceram na residência ou habitação. Já entre as mulheres, essa proporção eleva-se para 41%.” (WAISELFISZ, 2012: 10).

Ousa-se afirmar, portanto, que a maior importância do novo tipo penal é a revelação de um filtro estatístico necessário e apropriado, de forma a facilitar implementação de políticas públicas específicas:

(...) As mortes violentas de mulheres por razões de gênero são fenômeno global. Em tempos de guerra ou de paz, muitas dessas mortes ocorrem com a tolerância das sociedades e governos, encobertas por costumes e tradições, revestidas de naturalidade, justificadas como práticas pedagógicas, seja no exercício de direito tradicional – que atribui aos homens a punição das mulheres da família

– seja na forma de tratar as mulheres como objetos sexuais e descartáveis. Pouco se sabe sobre essas mortes, inclusive sobre o número exato de sua ocorrência, mas é possível afirmar que ano após ano muitas mulheres morrem em razão de seu gênero, ou seja, em decorrência da desigualdade de poder que coloca mulheres e meninas em situação de maior vulnerabilidade e risco social nas diferentes relações de que participam nos espaços público e privado.

(BRASIL, 2016:13).

Também para revelar a Lei do Feminicídio como decorrência do princípio da Igualdade e não como suposta violação aos artigos 3º e 5º da Constituição da República, extrai-se argumentação da Ação de Constitucionalidade n. 19, do Supremo Tribunal Federal, onde se reconheceu constitucional a Lei Maria da Penha, outro instrumento legislativo equivocadamente posto como norma desigual de aumento de pena para crimes que vitimam um só dos sexos:

A ineficiência seletiva do sistema judicial brasileiro, em relação à violência doméstica, foi tida como evidência de tratamento discriminatório para com a violência de gênero. Sinaliza mudança de compreensão em cultura e sociedade de violência que, de tão comum e aceita, se tornou invisível – ‘em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher’, pacto de silêncio para o qual a mulher contribui, seja pela vergonha, seja pelo medo. - Min. Rosa Weber (grifo nosso).

Por outro lado, também não se pode entrever, nessa tutela, nessa proteção da mulher, qualquer escolha discricionária do legislador. Ele fundamentou a razão pela qual dá esse tratamento preferencial com base em dados estatísticos, dados fáticos, dados jurídicos (...) Para enfrentar esse problema, que aflige o núcleo básico da nossa sociedade – a família – e se alastra para todo o corpo comunitário por força dos seus efeitos psicológicos nefastos, é necessária uma política de ações afirmativas que necessariamente perpassa a utilização do Direito Penal. - Min. Luiz Fux (grifo nosso).

A igualdade -como o Ministro Marco Aurélio acentuou - é tratar com desigualdade aqueles que se desiguam e que, no nosso caso, não é que não nos desigualamos, fomos desiguadas por condições sociais e de estruturas de poder que nos massacraram séculos a fio. - Min. Carmem Lúcia (grifo nosso).

Nasce então em nosso Ordenamento um crime de análise complexa, que demanda o diálogo constante com Estudos de Gênero e uma verdadeira Teoria Feminista do Direito, para enquadramento de ações criminosas de homicídio por *razões de condição de sexo feminino*.

4. Discussões acerca da configuração do crime de feminicídio a partir da análise de casos concretos.

De acordo com dados do Ministério Público do Estado do Paraná, em março de 2016, ou seja, ao final do primeiro ano de vigência da **Lei 13.104/2015**, já eram contabilizadas denúncias ofertadas à Justiça por 57 feminicídios consumados e 97 feminicídios tentados, sendo que pelo menos em 78 casos, a motivação descrita na denúncia referia-se a ciúmes (RPC TV, 2016).

Ainda, segundo pesquisa realizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, 45% dos casos de feminicídio naquele Estado ocorreram por separação ou pedido de separação e em 66% dos casos, as vítimas foram atacadas dentro de casa (PERRONI, 2018).

De fato, ao se falar de feminicídio, o número de casos concretos analisados no Brasil revela que os mais numerosos atos criminosos podem ser enquadrados no inciso I da referida legislação, ou seja, em contexto de violência doméstica e familiar. Essa constatação apenas confirma o que já vinha sendo diagnosticado por coletas de dados, não no âmbito da Segurança Pública (por ausência completa de filtro nesse sentido, até o advento da lei), mas da Saúde Pública, e não somente no Brasil, mas em todo o mundo.

De acordo com relatório do Escritório de Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, quase metade (47%) de todas as mulheres vítimas de homicídio em 2012 foi morta por parceiros ou membros da família, comparado a menos de 6% das vítimas de homicídio do sexo masculino (UNODC, 2013:4). Ainda, segundo o Conselho da Europa, a violência contra as mulheres no espaço doméstico é a maior causa de morte e invalidez entre mulheres dos 16 aos 44 anos, ultrapassando o câncer, acidentes de viação e até a guerra (Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, Recomendação 1582, 2002: 2).

O inciso I do novo tipo penal (art. 121, par. 2º-A) inclui as violências domésticas e familiares e, mais precisamente, o homicídio praticado num contexto de aplicação da Lei Maria da Penha. Assim, retomam-se discussões ainda não superadas quanto, por exemplo, à objetividade de tal qualificadora ou se seria necessária comprovação subjetiva de uma “motivação de gênero”¹⁰ ainda que no caso concreto exista a relação de afeto ou parentesco de réu e vítima (art. 5º da LMP).

No presente trabalho, defende-se que o feminicídio deve ser trazido como crime para enquadrar quaisquer homicídios praticados por homens com quem a vítima mulher tenha relações de parentesco ou afeto, sem ser necessária a perquirição de eventual razão *in casu* de desigualdade de gênero, vez que esta já foi subentendida pelo legislador quando a violência masculina é praticada contra a mulher em ambiente doméstico. Nesse sentido, esclarece o Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Inf. 654 – 6 a 10 de fevereiro de 2012), ao tratar da já citada Ação Direta de Constitucionalidade n. 19, que trouxe confirmação da adequação da LMP à Constituição da República:

Asseverou-se que, ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher e estabelecer medidas especiais de proteção, assistência e punição, tomando como base o gênero da vítima, o legislador teria utilizado meio adequado e necessário para fomentar o fim traçado pelo referido preceito constitucional. Aduziu-se não ser desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação, visto que a mulher seria eminentemente vulnerável no tocante a constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado [...] (g.n.) A hipossuficiência, portanto, é presumida pela própria lei. <http://www.stf.ius.br/arquivo/informativo/documento/informativo654.htm> (17 de março de 2018- grifo nosso).

¹⁰ Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: HC 181246/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 06/09/2013; HC 175816/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013; HC 176196/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012; CC 96533/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 05/12/2008, DJe 05/02/2009 http://www.stf.ius.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemeses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2041%20-%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf (27 de março de 2018).

Destarte, também deve prevalecer o entendimento de que a qualificadora do feminicídio é objetiva e pode coexistir com outras de natureza subjetiva.

Assim esclarece, com cristalina noção de Estudos de Gênero e a partir de uma Teoria Feminista do Direito, o eminente Desembargador Relator GEORGE LOPES:

A alteração procedida no Código Penal pela Lei 13.104/2015 acrescentou às qualificadoras tradicionais a figura do feminicídio, assim entendido aquele cometido “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino” (artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal). Acrescentou o § 2º-A norma explicativa do seguinte teor: “Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher”. Antes a inovação legislativa, o assassinato da mulher pelo marido era punido como homicídio simples ou, dependendo da motivação, como homicídio qualificado por motivo torpe ou por motivo fútil. Mas com a alteração todo e qualquer crime dessa natureza praticado contra a mulher, se decorrente da condição feminina, passou a ser qualificado, adentrando o rol dos crimes hediondos. Assim, para se enquadrar nessa categoria, não basta que o delito tenha sido praticado contra mulher, mas que decorra de convivência *more uxori* ainda em curso ou já extinta, ou, ainda, que seja proveniente de qualquer relação íntima de afeto, presente, portanto, o pressuposto de violência doméstica e familiar, ou, ainda, uma situação de menosprezo ou discriminação à condição feminina imposta pelo machismo. Buscando no artigo 5º da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) a definição do que seja a violência doméstica e familiar contra a mulher, vê-se que, para o legislador, ela se configura com “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação”. Portanto, a inclusão da qualificadora de feminicídio não pode servir como substitutivo das qualificadoras de motivo torpe ou fútil, que são de natureza subjetiva. Pensar de outra forma é subverter os princípios da lei tutelar da mulher, tornando vão o esforço do legislador para a sua promulgação, pois a finalidade da lei inovadora do Código Penal veio na esteira da mesma doutrina inspiradora da Lei Maria da Penha, procurando conferir maior proteção à mulher brasileira, vítima de condições culturais atávicas que lhe impuseram a subserviência em relação ao homem. Vale dizer: resgatar a dignidade perdida ao longo da histórica dominação masculina foi *ratio essendi* da nova lei, e este fim teleológico estaria perdido se fosse simplesmente substituída a

torpeza para afirmação do feminicídio. Há que convir que ambas as qualificadoras possam coexistir perfeitamente, porque é diversa a natureza de cada uma: a torpeza continua ligada umbilicalmente à motivação ensejadora da ação homicida, enquanto o feminicídio se fará presente toda vez que, objetivamente, se esteja diante de uma situação típica de agressão de homem contra mulher no contexto tradicional de violência doméstica e familiar.” (grifo nosso)

(TJDF - RSE: 20150310069727, Relator: George Lopes Leite, Data de Julgamento: 29/10/2015, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 11/11/2015- grifo nosso).

No mesmo sentido, decidiu recentemente o próprio Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECOTE DA QUALIFICADORA DE MOTIVO TORPE DEVIDO A INCIDÊNCIA DE BIS IN IDEM COM A QUALIFICADORA DE FEMINICÍDIO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA DISTINTA. MATÉRIA A SER DISCUTIDA PELO CONSELHO DE SENTENÇA. ALEGADA VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS E DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. VIA INADEQUADA. RESTABELECIMENTO DAS QUALIFICADORAS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PROVIDO. (...) No caso, o acusado foi denunciado pela prática do crime de homicídio - esfaqueamento contra mulher (ex-companheira), que, por erro, atingiu e matou o genitor dela, por motivo fútil - fim do relacionamento. Em que pese reconhecida as qualificadoras, houve divergência quanto a natureza (subjéctiva/objetiva). Considerando as circunstâncias subjéctivas e objetivas, temos a possibilidade de coexistência entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio. Isso porque a natureza do motivo torpe é subjéctiva, porquanto de carácter pessoal, enquanto o feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu género feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o animus do agente não é objeto de análise (...)

(STJ, Recurso Especial nº 1.707.113 - MG (2017/0282895-0), publicado em 29 de novembro de 2017).

Quanto ao segundo inciso (art. 121, par. 2º-A, II CP), o que temos é, em sua maioria, o menosprezo à condição de mulher caracterizado pela violência sexual¹¹,

¹¹ Principalmente: Sexual sistémico dividido entre Sexual sistémico desorganizado –Quando a morte das mulheres está acompanhada de sequestro, tortura e/ou estupro. Presume-se que os sujeitos ativos matam a vítima num período de tempo

sendo mais controvertida a aplicação a casos concretos, já que, ao contrário do inciso I, não está atrelado à Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e à limitação de aplicabilidade de seu artigo 5º. O inciso II está relacionado a uma verdadeira busca, para cada situação criminosa peculiar, de um contexto de violência de gênero contra a mulher em seus mais amplos sentidos:

Julia Monárrez, considera, por sua vez, que ‘o feminicídio compreende toda uma progressão de atos violentos que vão desde o dano emocional, psicológico, as agressões, os insultos, a tortura, o estupro, a prostituição, o assédio sexual, o abuso infantil, o infanticídio de meninas, as mutilações genitais, a violência doméstica, e toda política que resulte na morte de mulheres, tolerada pelo Estado (...)’ Como se nota, estas definições contêm, em sentido amplo, todas as manifestações de violência contra as mulheres; e, em sentido estrito, as mortes violentas de mulheres por razões de gênero que ficam impunes (...)

(ONU MULHERES BRASIL, 2014).

Para fins de exemplificação no presente texto, tem-se o homicídio praticado logo após o cometimento de quaisquer delitos previstos no Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), especialmente o crime de estupro (art. 213 daquele *codex*). E, novamente, em que pese haja inúmeras divergências doutrinárias acerca do tema¹², entende-se pela natureza objetiva da qualificadora, nos termos do Enunciado n. 24 da COPEVID/GNDH/CNPG:

COPEVID Enunciado nº 24 (006/2015): “A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, § 2º-A, inciso II, do Código Penal, possui natureza objetiva, em razão da situação de desigualdade histórico-cultural de poder, construída e naturalizada como padrão de menosprezo ou discriminação à mulher.” (Aprovado na II Reunião Ordinária do GNDH e pelo CNPG em 22/09/2015).

determinado e Sexual sistêmico organizado—Presume-se que, nestes casos, os sujeitos ativos atuam como uma rede organizada de feminicidas sexuais, com um método consciente e planejado por um longo e indeterminado período de tempo; ou Contra prostituição ou ocupações estigmatizadas.

(BRASIL, 2016:23).

¹² Nesse sentido ver BIANCHINI, 2016.

<http://www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-da-copevid-comissao-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher/>. (21 de Março de 2018)

Consequentemente, em melhor interpretação do novo dispositivo legal, defende-se também possível a cumulação com outra qualificadora que se remete à motivação (subjativa) tal como motivo torpe ou fútil do crime, reafirmando que nenhum contexto fático de razões diferenciadas do agente pode ou deve afastar a circunstância que enquadra o presente delito como um verdadeiro feminicídio. Resume-se, portanto, que qualquer homicídio praticado por homem contra mulher logo após um contexto de violência sexual criminosa será enquadrado como a hipótese do par. 2-A, II, art. 121 CP, ainda que diversas sejam as causas subjativas que levaram a tanto o agente delituoso.

Da mesma forma, os casos de homicídio que envolvem motivação de gênero, mas não relacionados a crime de violência sexual ou afastados da Lei Maria da Penha, especialmente os motivados por recusa de relacionamento por parte da vítima, também serão enquadrados no inciso II do tipo penal do Feminicídio:

Feminicídio íntimo: Morte de uma mulher cometida por um homem com quem a vítima tinha, ou tenha tido, uma relação ou vínculo íntimo: marido, ex-marido, companheiro, namorado, ex-namorado ou amante, pessoa com quem tem filho(a)s. Inclui-se a hipótese do amigo que assassina uma mulher – amiga ou conhecida – que se negou a ter uma relação íntima com ele (sentimental ou sexual) (BRASIL, 2016: 23-grifo nosso)

Passaram-se mais de 11 anos desde a promulgação da Lei Maria da Penha e suas hipóteses de aplicação permanecem controvertidas quando avaliados os múltiplos casos da realidade concreta. O feminicídio é figura ainda mais nova e amplia o debate para descrição de ações homicidas com menosprezo ou discriminação à condição de mulher, para além do que se considera violência doméstica e familiar.

Destarte, mostra-se absolutamente necessário o aprofundamento dos estudos sobre a temática no âmbito de todos os órgãos que compõem o Sistema de Justiça, vez que, para a garantia de aplicação eficaz de leis que visam à proteção de vítimas da violência de gênero, devem os operadores do Direito compreenderem as razões de

existência e validade dessas normas especializadas, mormente sob a ótica sócio-histórico-cultural explicitada por uma Teoria Feminista do Direito.

Superada a visão equivocada que se tem de órgãos correicionais enquanto meras instâncias de punição, mostra-se providencial, para o tipo penal em tela, uma ação da Corregedoria no sentido de orientar a compreensão de seu conteúdo previamente, a partir do instrumento da Recomendação:

É justamente a característica preventiva que confere à recomendação uma importante contribuição à resolutividade, na medida em que antecipa a correção de imperfeições que comprometem a atividade do Ministério Público.

(PUCINELLI, 2018: 95).

Por esse motivo, no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná, a Recomendação n. 01/2017 (CGMP/CAOPDH), que trata de “Orientação acerca das normativas existentes e adequado registro das informações sobre a violência doméstica e familiar no cadastro nacional” traz, a partir de prévia fundamentação jurídica, a de que haja zelo pela capitulação adequada *de homicídios contra a mulher por razões da condição do sexo feminino (incluindo crianças e adolescentes) ocorridos no Estado do Paraná, nos termos do art. 121, § 2º-A, I e II, do Código Penal (Inciso I: violência doméstica e familiar compreendida no âmbito da Lei Maria da Penha, abrangendo relações atuais ou passadas, temporárias ou não, nas relações íntimas, de coabitação, domésticas e familiares consideradas a partir do vínculo de parentesco; e Inciso II: menosprezo ou discriminação à condição de mulher advindas das relações estruturadas na desigualdade de poder e direito entre homens e mulheres na sociedade brasileira; no exercício da prostituição ou quando exploradas sexualmente; após prática de crime que envolva violência sexual contra vítima mulher; quando da recusa do início de uma relação amorosa com o autor da violência; entre outras).*

5. Conclusão:

Assim como a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), a Lei 13.104/2015 (Lei do Feminicídio) surge enquanto resposta do Estado, especialmente no âmbito do Direito Penal, a casos de violência de gênero que afetam sobremaneira a população feminina brasileira, tudo como resultado de compromissos internacionais firmados pelo Brasil pelas Convenção para Eliminação de todas as Formas de discriminação contra a mulher (CEDAW) (ratificada pelo Decreto n. 4.316/2002) e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – conhecida como Convenção de Belém do Pará (ratificada pelo Decreto n. 1.973/1996).

O Feminicídio, enquanto figura típica, ainda não teve sua constitucionalidade contestada por violar o princípio constitucional da igualdade entre homens e mulheres, tal como se arguiu com relação à Lei Maria da Penha na ADC 19 (STF), contudo, restam argumentos contrários à sua criação: desnecessidade da alteração legislativa, pois o homicídio de mulheres já era qualificado; ser feminicídio discriminatório, pois também homens sofrem violência em casa, tal como as mulheres; a lei mais gravosa não solucionar questões sociais ou a criminalidade e o Brasil estar na contramão da evolução da política criminal e direito internacional (FERNANDES, 2017: 45).

O presente artigo fundamentou, com base em estatísticas até então produzidas por órgãos do Sistema de Saúde (principalmente nos Mapas da Violência), ser o feminicídio a principal causa de mortes violentas de mulheres no Brasil, havendo número bastante inferior de homicídios de homens ocorridos no âmbito da violência doméstica, o que desvaloriza o argumento de que se trata de lei discriminatória e a posiciona como verdadeira ação afirmativa para determinada camada vulnerável da população.

Ainda, observou-se a possibilidade/pertinência de se considerar a qualificadora como objetiva, cumulável, portanto, com as demais antes identificadas como “motivo torpe ou fútil”, mormente no que se entendia por crime passional ou provocado por ciúme.

Finalmente, não se mostra contramão da evolução política criminal, vez que é a primeira lei a tratar do tema, funcionando como única resposta, em toda a história da legislação brasileira, para os casos de mortes violentas de mulheres e possibilitando um filtro estatístico, até então inexistente, que revela números no âmbito da Segurança Pública, hábeis a fundamentar a políticas públicas especializadas de prevenção de tais delitos.

Procurou-se ilustrar situações fáticas em que o crime de feminicídio deve ser capitulado nas duas figuras típicas presentes no art. 121, par. 2^o-A do CP, quais sejam, se o homicídio contra mulher envolve: I - violência doméstica e familiar ou II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher, com a evidente constatação de que um conhecimento interdisciplinar, especialmente em estudos de gênero, permite uma aplicação da lei de forma mais protetiva às mulheres em situação de violência.

Em virtude da complexidade da inovadora Lei, destacou-se que a Corregedoria do Ministério Público do Estado do Paraná editou a Recomendação Conjunta n. 01/2017 (CGMP/CAOPDH/MPPR), a qual, a partir de elenco de dispositivos legais do Direito nacional e internacional e do diálogo com outras disciplinas, fundamenta a razão de existência da Lei do Feminicídio, bem como promove orientação na capitulação de casos concretos, visando à resolutividade e revelação estatística de tal problemática no Estado.

6. Bibliografia

ARAUJO, Emanuel. A arte da sedução: sexualidade feminina na Colônia. In: DEL PRIORI, Mary (Org.). *História das mulheres no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2001. p. 45-77.

ATUALIZAÇÃO: Enunciados da COPEVID (Comissão Nacional de Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher). Portal Compromisso e Atitude, 2018. Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-da-copevid-comissao-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher/>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 13-38.

BIANCHINI, Alice. A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva? *Revista Emerj*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 203-219, jan./mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 11.340/2006, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 ago. 2006, p. 1.

_____. Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos. *Diretrizes nacionais feminicídio*. Investigar, processar e julgar: com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília, DF: [s.n.] 2016.

_____. Senado Federal. Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito: “Com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Violência doméstica e familiar contra mulher. *Jurisprudência em Teses*, Brasília, DF, n. 41, 16 set. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2041%20-%20Lei%20Maria%20da%20Penha.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19/DF, do Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio, 9 de fevereiro de 2012. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 80, 29 abr. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>>. Acesso em: 25 maio 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Feminicídio: aprovada a Lei 13.104/15 e consagrada a demagogia legislativa e o direito penal simbólico mesclado com o politicamente correto. *Jusbrasil*, 2015. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/173139580/feminicidio-aprovada-a-lei-13104-15-e-consagrada-a-demagogia-legislativa-e-o-direito-penal>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório nº 54, de 4 de abril de 2001. Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, 2001. Disponível em:

<<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

CONVENÇÃO Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher.. Belém, 9 jun. 1994. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 8 março 2018.

DIAS, Rebeca Fernandes. *Criminologia no Brasil: cultura jurídica criminal na primeira República*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

EUROPE. Parliamentary Assembly. Recommendation No. 1582, 27 sept. 2002. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/Xref/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17055&lang=en#>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. Femicídio: da invisibilidade à incompreensão. O papel do Ministério Público. *Tendências em Direitos Fundamentais: possibilidades de atuação do Ministério Público*, Brasília, v. 2, p. 45-60, 2017.

GAZELE, Catarina Cecin. *Estatuto da Mulher Casada: um marco na conquista dos direitos femininos no Brasil*. Vitória: Bios Editoração Eletrônica, 2016.

HESPANHA, António Manuel. O estatuto jurídico da mulher na época da expansão. In: CONGRESSO INTERNACIONAL, 1994, Lisboa. *O rosto feminino na expansão portuguesa: actas*. Lisboa: Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres, 1995. v. 1, p. 53-64.

MODELO de protocolo latino-americano para investigação de mortes violentas de mulheres (femicídios/feminicídios). Brasil: ONU Mulheres, 2014. Disponível em: <http://www.onumulheres.org.br/wpcontent/uploads/2015/05/protocolo_femicidio_publicacao.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

PARANÁ. Ministério Público. Corregedoria-Geral. Recomendação Conjunta nº 01/CGMP/CAOPDH, de 24 de novembro de 2017. Orientação acerca das normativas existentes e adequado registro das informações sobre a violência doméstica e familiar no cadastro nacional. Disponível em: <<http://www.mppr.mp.br/pagina-7409.html>>. Acesso em: 11 maio 2018.

PARANÁ registra um caso de feminicídio a cada dois dias, afirma MP. *RPC/G1 – Globo.com*, Curitiba, 7 jun. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/videos/v/parana-registra-um-caso-de-feminicidio-a-cada-dois-dias-afirma-mp/5077971/>>. Acesso em: 11 maio 2018.

PERRONI, Adriana. Quase metade dos feminicídios em SP ocorre por separação, aponta MP. *Globonews*, São Paulo, 1 mar. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/quase-metade-dos-feminicidios-em-sp-ocorrem-por-separacao-aponta-mp.ghhtml>>. Acesso em: 11 maio 2018.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Femicídio, expansão injustificável ou resgate de uma omissão história do direito penal? In: COLÓQUIO DE ÉTICA, FILOSOFIA POLÍTICA E DIREITO, 3., 2016, Santa Cruz do Sul. *Direitos humanos e migrações internacionais*. Santa Cruz do Sul, 2016.

PUCINELLI, Humberto Eduardo. Recomendação das Corregedorias: relevante instrumento de orientação e resolutividade. *Revista Jurídica da Corregedoria Nacional*, Brasília, n. 2, p. 87-100, 2017.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. Encontrando a teoria feminista do direito. *Prim@ Facie: International Journal: direito, história e política*, Paraíba, v. 9, n. 17, p. 7-24, jul./dez. 2010.

STRECK, Lênio Luiz. Criminologia e feminismo. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999.

UN COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN (CEDAW). CEDAW General Recommendation No. 19: Violence against women, 1992. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/52d920c54.html>>. Acesso em: 28 mar. 2018.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME - UNODC. Global study on homicide. 2013. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/gsh/pdfs/GLOBAL_HOMICIDE_Report_ExSum.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2018.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2012: homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília, DF: Flacso, 2012.

_____. *Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília, DF: Flacso, 2015.

LEITURAS ADICIONAIS EM NOSSA BIBLIOTECA

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROMFELD, Victor Sugamoto. Lei Maria da Penha: avanços e insuficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 26, n. 140, p. 109-137, fev. 2018.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. Femicídio: uma qualificadora de natureza dúplice? *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 18, n. 105, p. 82-93, ago./set. 2017.

Breves notas sobre o novo Direito das Pessoas com Deficiência a partir dos influxos do Direito Internacional dos Direitos Humanos

Brief notes on the new Right of Disabled Persons from the inflows of International Human Rights Law

SUMÁRIO: 1. CONCEITO QUADRIMENSIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA; 2. GRAMÁTICA DO DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA; 3. TRANSIÇÃO DE PARADIGMA NO DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: DO MODELO MÉDICO AO MODELO SOCIAL; 4. FASES DO DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA; 4.1 FASE DA INTOLERÂNCIA; 4.2 FASE DA INVISIBILIDADE; 4.3 FASE ASSISTENCIALISTA; 4.4 FASE HUMANISTA; 5. CONVENCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA; 6. PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA; 7. *PRINCÍPIO IN FAVOR DEFICIENTE*; 8. A ACESSIBILIDADE LIVRE E DESEMBARAÇADA COMO UM “METADIREITO” NO ÂMBITO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA; 9. TOMADA DE DECISÃO APOIADA; 10. CASAS DE REPOUSO PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA; 11. CONCLUSÃO.

¹ Promotor de Justiça no Estado do Paraná na Comarca de Campina da Lagoa e Designado para atuar em colaboração no Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Direitos Humanos do MPPR – CAOPJDH. Graduado em Direito pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul/ESFMP. Pós graduado em Direito. Coautor do livro *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Professor de Direitos Humanos e Direito Constitucional do Curso CEI. Palestrante. Autor de artigos publicados em revistas especializadas.

RESUMO: O presente trabalho propõe uma nova abordagem do Direito das Pessoas com Deficiência a partir dos influxos irradiados pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos no arcabouço legislativo brasileiro. O texto também aborda a transição de paradigma do Direito das Pessoas com Deficiência, uma principiologia própria para este ramo do direito, além de temas específicos de suma importância para que as pessoas com deficiência possam gozar de seus direitos e garantias na sua plenitude.

ABSTRACT: *The present work proposes a new approach to the Law of Disabled Persons based on the inflows radiated by the International Human Rights Law in the Brazilian legislative framework. The text also addresses the paradigm transition of the Law of People with Disabilities, a principle proper to this branch of law, in addition to specific topics of extreme importance for people with disabilities to enjoy their rights and guarantees in their fullness.*

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Direito das Pessoas com Deficiência. Superior Interesse da Pessoa com Deficiência. Controle de Convencionalidade.

KEYWORDS: *Human Rights. Person with disability. Best interest of person with disability. Control of conventionality.*

1. CONCEITO QUADRIMENSIONAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Segundo o artigo 1º da Convenção da ONU sobre Direito das Pessoas com Deficiência, tratado internalizado no Estado brasileiro com *status* de emenda constitucional, as pessoas com deficiência são:

[...] aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Desta forma, é possível afirmar que o pacto onusiano adotou um *conceito quadrimensional* de pessoa com deficiência, uma vez que elegeu impedimentos de longo prazo de até quatro naturezas, quais sejam: física, mental, intelectual ou sensorial.

Especificamente em cada uma dessas dimensões elencadas pela Convenção onusiana e pela Lei brasileira de inclusão, a “deficiência física” pode ser entendida como uma alteração total ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento de determinada função física. Já o conceito de “deficiência mental” pode ser compreendido como uma alteração total ou parcial na função intelectual do indivíduo, ocasionando a dificuldade de raciocínio e compreensão em situações que envolvem atividades conceituais, sociais e práticas. Por outro lado, a “deficiência sensorial” se caracteriza pelo não funcionamento (total ou parcial) de algum dos cinco sentidos. Assim, a cegueira e a surdez se enquadram no conceito de deficiências sensoriais. Por fim, a “deficiência intelectual” ou cognitiva se caracteriza quando determinado indivíduo possui um funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: comunicação, cuidado pessoal, habilidades sociais, utilização dos recursos da comunidade, saúde, segurança.

Ainda sobre a problemática conceitual, e especificamente em relação à pessoa com transtorno do espectro autista, a Lei 12.764/2012 conceituou “pessoa com transtorno de espectro autista” o indivíduo que possuir síndrome clínica caracterizada como:

[...] deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações

apropriadas ao seu nível de desenvolvimento” ou “padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos.

2. GRAMÁTICA DO DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Já há algum tempo o uso da linguagem e as questões semânticas deixaram de ser tratados como temas perpendiculares no cotidiano do intérprete do direito e passaram a possuir um papel de suma importância na sua atividade. Em sua clássica obra “Investigações Filosóficas”, o alemão Ludwig Wittgenstein desenvolveu o conceito de jogos de linguagem, que compreende a ideia de que o significado das palavras não deve ser compreendido como algo fixo e delimitado, como uma propriedade que emana do enunciado linguístico, e sim como algo que as expressões linguísticas exercem em um contexto determinado e com objetivos específicos. Assim, para o filósofo, o significado pode variar dependendo do contexto em que a palavra é inserida e do propósito desse uso.

Adentrando especificamente no Direito das Pessoas com Deficiência, inaugura-se este tópico ressaltando que, atualmente, não é correto utilizar a expressão “portador de deficiência” para se referir aos membros do grupo vulnerável em estudo, uma vez que a partir da incorporação da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência pelo Estado brasileiro, bem como pela promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídico interno, a condição de deficiente deixou de ser encarada como uma doença e passou a ser encarada como uma questão social. Além disso, a utilização da expressão “portador de deficiência” passa a impressão de ser possível que o indivíduo deixe de ter a deficiência. Atualmente, o correto é utilizar a expressão “pessoa com deficiência”, esta última utilizada pela ONU em sua Convenção específica sobre o tema bem como pelo legislador brasileiro ao editar a Lei de Inclusão Brasileira (Lei nº 13.146.2015), popularmente conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência. Nesta mesma linha, não se recomenda a utilização da expressão “excepcional” para se referir às pessoas com deficiência, uma vez que tal expressão era

frequentemente utilizada no Estado brasileiro em um período no qual a deficiência era encarada como uma enfermidade e o deficiente um doente.

Especificamente em relação à pessoa com transtorno de espectro autista, é importante ressaltar que o legislador brasileiro, ao editar a Lei nº 12.764/2012 – Política Nacional de Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, substituiu o termo popular “autista” pelo termo “pessoa com transtorno do espectro autista”, conferindo maior amplitude ao quadro que abarca diversas síndromes tais como Asperger, Kanner, Heller etc.

A expressão “retardado” para se referir ao indivíduo com deficiência mental também não passa pela filtragem convencional da gramática de direitos humanos, tendo em vista que o termo é utilizado frequentemente de forma jocosa e pejorativa pela sociedade para se referir a um indivíduo de forma negativa. Ainda neste ponto, o artigo 2º da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência define o conceito de “discriminação por motivo de deficiência” como:

[...] qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável.

No mesmo artigo da referida convenção, definiu-se o conceito de “adaptação razoável” como

[...] as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Especificamente acerca do direito à adaptação razoável da pessoa com deficiência, o tema será objeto de tópico próprio ao longo deste texto. Ainda acerca da gramática do Direito das Pessoas com Deficiência, o artigo 3º, inciso II, do Estatuto da Pessoa com Deficiência e o artigo 2º da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência positivaram expressamente o conceito de “desenho universal” como:

A concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados, na maior medida possível, por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou projeto específico. O “desenho universal” não excluirá as ajudas técnicas para grupos específicos de pessoas com deficiência, quando necessárias.

Continuando o preenchimento da gramática do Direito das Pessoas com Deficiência, o artigo 3º, inciso I, do Estatuto da Pessoa com Deficiência definiu o conceito de “acessibilidade” como:

[...] a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Neste mesmo artigo, porém no inciso III, o referido estatuto definiu o conceito de “tecnologia assistiva” como:

Produtos, equipamentos, dispositivos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivem promover a funcionalidade, relacionada à atividade e à participação da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, visando à sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social.

Por fim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência definiu em seu artigo 3º, inciso IV, o conceito de “barreiras” como:

[...] qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros.

Assim, é a partir da não utilização de determinadas expressões e termos por parte do intérprete do direito, bem como do conhecimento de determinados conceitos empregados pelo legislador internacional e nacional, que se constrói a chamada *gramática do direito das pessoas com deficiência*, instrumento de suma importância para aqueles que atuam na área de implementação e concretização de direitos das pessoas com deficiência.

3. TRANSIÇÃO DE PARADIGMA NO DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: DO MODELO MÉDICO AO MODELO SOCIAL

Até a internalização da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência em 25 de agosto de 2009, vigorava no Estado brasileiro o modelo médico (*medical model*) de deficiência, no qual a deficiência era concebida como um “defeito” ou “enfermidade” que necessitava de tratamento ou cura. Assim, a pessoa com deficiência deveria ser submetida a determinado tratamento de saúde e, após ser “curada”, passar a conviver com a sociedade majoritária. Nas palavras de André de Carvalho Ramos: “[...] a atenção da sociedade e do Estado então, voltavam-se ao reconhecimento dos problemas de integração da pessoa com deficiência para que esta desenvolvesse estratégias para minimizar os efeitos da deficiência em sua vida cotidiana”.

Felizmente, com os influxos do tratado internacional celebrado pela Organização das Nações Unidas e internalizado no ordenamento jurídico brasileiro, o modelo médico de deficiência foi superado pelo modelo social (ou modelo de direitos humanos) que compreende a pessoa com deficiência como um ser humano qualquer, valendo-se dos dados médicos apenas para a compreensão específica das necessidades de cada pessoa com deficiência. Assim, este modelo social de deficiência, pautado no direito à adaptação razoável e em critérios de acessibilidade universal, direito à igualdade e à diferença possui como principal característica o gozo e fruição de direitos pela pessoa com deficiência sem qualquer discriminação. Sobre o atual modelo social de deficiência positivado pela Convenção da ONU sobre Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência e posteriormente petrificado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, pontua André de Carvalho Ramos: *“Por isso, a Convenção estabelece que, a fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida”*. (destacado)

Assim, atualmente vigora no atual ordenamento jurídico brasileiro o modelo social (ou de direitos humanos) de deficiência, não sendo possível conceber a questão de deficiência como um “defeito” ou “enfermidade”, mas sim como uma mera

particularidade de determinado indivíduo que não impede que o mesmo seja reconhecido como sujeito de direitos na sua plenitude e sem qualquer discriminação.

4. FASES DO DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

4.1 FASE DA INTOLERÂNCIA

Inaugurando as fases do Direito das Pessoas com Deficiência, na denominada fase da intolerância a condição de deficiente simbolizava por si só uma situação de anormalidade social, um sinal de impureza, pecado ou castigo divino. Nesta fase, predominavam as denominadas “práticas eugênicas”, uma vez que o ser humano, com fulcro em um suposto melhoramento genético, descartavam a vida das pessoas com deficiência. No âmbito internacional, a fase da intolerância atingiu o seu auge durante o período da Segunda Guerra Mundial, a partir da famigerada “eugenia nazista” que serviu como mola propulsora para o fenômeno do holocausto. No âmbito da normativa interna, a fase da intolerância pode ser percebida em algumas manifestações sombrias do legislador brasileiro, como por exemplo, na promulgação do Decreto-Lei nº 31.801/41, no qual as pessoas com deficiência foram caracterizadas como “*crianças idiotas, imbecis, cretinas, inaptas e anormais*”, e posteriormente como “*grandes ineducáveis ou anormais educáveis (Decreto-Lei 53.401/45)*”.

Percebe-se, portanto, que a primeira fase do Direito das Pessoas com Deficiência surgiu no Estado brasileiro antes mesmo do advento da Segunda Guerra Mundial, momento no qual a intolerância e o ódio destinado às pessoas com deficiência atingiu seu ápice.

4.2 FASE DA INVISIBILIDADE

A segunda fase do Direito das Pessoas com Deficiência, conhecida como “fase da invisibilidade”, retrata o total descaso e não reconhecimento das pessoas com deficiência como sujeito de direitos por parte do Estado. Com exceção das manifestações de ódio e preconceituosas já iniciadas na fase da intolerância, o Estado brasileiro ignora por completo a situação de vulnerabilidade das pessoas com deficiência, deixando tais membros do referido grupo vulnerável à margem da

sociedade brasileira. Nesta fase, o Estado brasileiro permaneceu inerte na formulação de qualquer política pública específica para a área das pessoas com deficiência.

4.3 FASE ASSISTENCIALISTA

Conduzida a partir do modelo médico de deficiência, no qual a deficiência era tratada como espécie de enfermidade, a “fase assistencialista” do Direito das Pessoas com Deficiência vigorou no Estado brasileiro até o advento da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência. Neste período, esforços eram despendidos pela sociedade envolvente na busca de uma “cura” para as pessoas com deficiência, ignorando-se as principais questões tais como: autonomia, dignidade, personalidade e responsabilidade da pessoa com deficiência. Felizmente, a partir dos influxos da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Adicional, ambos incorporados pelo Estado brasileiro via rito previsto no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988, e, posteriormente, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), o modelo médico deu lugar ao modelo social de deficiência, ocasionando o fim da fase assistencialista e inaugurando a fase humanista do Direito das Pessoas com Deficiência.

4.4 FASE HUMANISTA

Com a transição do modelo médico de deficiência para o modelo social (ou de direitos humanos) da pessoa com deficiência, inaugurou-se a atual fase do Direito das Pessoas com Deficiência, conhecida como “fase humanista”. Atualmente, a pessoa com deficiência é reconhecida como um sujeito de direitos na sua plenitude, devendo a condição de deficiente ser encarada como uma questão corriqueira da vida cotidiana. Assim, os deficientes merecem o mesmo respeito e a mesma consideração por parte do Estado e da sociedade em geral, sendo a deficiência reconhecida como resultado da troca de experiências entre o indivíduo e o ambiente em que circula e não apenas um fator intrínseco do ser. Desta forma, a fase humanista reconhece o movimento de *expansão de direitos da pessoa com deficiência*, uma vez que a pessoa com deficiência possui absolutamente todos os direitos e garantias das pessoas da sociedade

majoritária, e ainda, direitos específicos regulamentados em atos normativos nacionais e internacionais específicos. No entanto, em que pese o movimento progressivo de expansão de direitos das pessoas com deficiência, o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência não pode (e nem deve) ser concebido como um ponto de chegada, mas sim como um ponto de partida para a implementação fática e jurídica dos direitos humanos das pessoas com deficiência.

5. CONVENCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Em virtude do seu caráter alográfico, o direito passa atualmente por um estágio de *convencionalização*, no qual se busca interpretar as normas domésticas à luz dos tratados internacionais. No âmbito do Direito das Pessoas com Deficiência, o movimento de interpretação das normas domésticas à luz dos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Estado brasileiro é ainda mais forte e visível, uma vez que a principal norma acerca da matéria no Brasil foi editada há mais de quarenta anos. Ora, é evidente que com o passar do tempo, toda e qualquer legislação interna acaba se tornando fossilizada e obsoleta, devendo por isso ser atualizada pelo Poder Legislativo. Ocorre que, no âmbito do Direito das Pessoas com Deficiência, o legislador brasileiro parece não demonstrar tanto interesse ou preocupação em corrigir as assimetrias e lacunas ocasionadas pelo decurso de tempo, pois apenas no ano de 2015 foi editado o Estatuto da Pessoa Com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), diploma legal que tratou das questões atinentes à pessoa com deficiência à luz do modelo social de deficiência positivado desde 2007 (dois mil e sete) na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Além disso, é justamente no âmbito do Direito das Pessoas com Deficiência que se visualizam os únicos três tratados internacionais de direitos humanos internalizados pelo Estado brasileiro no rito previsto no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988. O referido dispositivo foi inserido na Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 45/2004, reconhecendo que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Deste modo, o legislador brasileiro reconheceu a extrema importância do movimento de convencionalização do Direito das Pessoas com Deficiência ao conferir a Convenção da ONU sobre as Pessoas com Deficiência, seu Protocolo Adicional e ao Tratado de Marraqueche e o *status* de norma equivalente à emenda constitucional, caracterizando o que a doutrina denomina de *arco internacional de inclusão da pessoa com deficiência* no Estado brasileiro. Questão curiosa e atinente a este ponto reside justamente na possibilidade dos referidos tratados internacionais servirem ao mesmo tempo como norma paramétrica no controle de constitucionalidade e também no controle de convencionalidade, ocasionando o fenômeno conhecido como “parâmetro ao quadrado”.

Portanto, em que pese seja possível reconhecer a influência dos tratados internacionais de direitos humanos nos mais variados ramos do direito interno, essa situação é ainda mais perceptível no âmbito do Direito das Pessoas com Deficiência, tendo em vista a opção do legislador brasileiro de submeter a aprovação das referidas convenções internacionais ao rito especial previsto pelo artigo 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988.

6. PRINCÍPIO DO SUPERIOR INTERESSE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Funcionando como “pedra de torque” do Direito das Pessoas com Deficiência, o princípio do superior interesse da pessoa com deficiência preconiza que toda e qualquer decisão ou ato que influencie na vida da pessoa com deficiência deve observar o melhor interesse em jogo. O referido princípio está previsto expressamente no artigo 13 do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146.2015): “*A pessoa com deficiência somente será atendida sem seu consentimento prévio, livre e esclarecido em casos de risco de morte e de emergência em saúde, resguardado seu superior interesse e adotadas as salvaguardas legais cabíveis*” (destacado).

Além do dispositivo referido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência menciona por diversas vezes ao longo do seu corpo legal a necessidade de se levar em consideração o interesse da pessoa com deficiência em determinadas situações que a afetem. Um dos casos mais clássicos envolvendo o princípio do superior interesse da

pessoa com deficiência reside justamente no *iter* procedimental do instituto conhecido como “tomada de decisão apoiada”. Nesse sentido, o artigo 1.783-A, §1º, do Código Civil, preconiza que:

Para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

Portanto, ao regulamentar o instituto da tomada de decisão apoiada, o legislador brasileiro consignou o dever por parte dos apoiadores em observar os interesses da pessoa com deficiência como forma de perfectibilizar o ato de forma apoiada.

Ainda no bojo da Lei nº 13.146.2015, ao tratar do tema da curatela, o Estatuto da Pessoa com Deficiência positivou em seu artigo 85, §2º, que “A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado”. No mesmo sentido, o artigo 37, parágrafo único, inciso III do mesmo diploma legislativo, prevê como diretriz para a inclusão da pessoa com deficiência no trabalho o “respeito ao perfil vocacional e ao interesse da pessoa com deficiência apoiada”.

Por fim, e ainda demonstrando algumas manifestações do princípio do superior interesse da pessoa com deficiência na Lei nº 13.146.2015, o artigo 27, *caput*, ao tratar do tema da educação inclusiva, aduz que

[...] a educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

7. PRINCÍPIO *IN FAVOR DEFICIENTE*

Expressamente previsto no artigo 121, parágrafo único, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o princípio do *in favor deficiente* preconiza que havendo a possibilidade de aplicação de mais de um diploma legal ou ato normativo em determinado caso envolvendo pessoa com deficiência, “*prevalecerá a norma mais benéfica à pessoa com deficiência*”. A partir do dispositivo em comento, é possível extrair duas facetas (ou dimensões) do princípio *in favor deficiente*. Há uma dimensão objetiva, na qual expressa a ideia do legislador brasileiro que, ao positivar o princípio *in favor deficiente* no Estatuto da Pessoa com Deficiência, procurou maximizar a proteção dos direitos da pessoa com deficiência, conferindo primazia ao conteúdo material do direito positivado e deixando em segundo plano questões de cunho formal, tais como os critérios estabelecidos pela Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro para a resolução de antinomias (especialidade, cronologia e hierarquia). Por outro lado, é possível visualizar uma dimensão subjetiva do princípio *in favor deficiente*, a qual preconiza que, existindo dúvida acerca de qual norma aplicar em determinado concreto envolvendo uma pessoa com deficiência, deverá ser escolhida pelo intérprete do direito a norma mais protetiva aos direitos e garantias da pessoa com deficiência.

8. A ACESSIBILIDADE LIVRE E DESEMBARAÇADA COMO UM “METADIREITO” NO ÂMBITO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Em que pese grande parte da doutrina especializada trate o direito à acessibilidade livre e desembaraçada como mais um direito do catálogo de direitos das pessoas com deficiência, a questão não deve ser encarada desta forma, uma vez que o direito à acessibilidade livre e desembaraçada não deve ser analisado apenas à luz das questões arquitetônicas e envolvendo o direito à liberdade de locomoção. Nessa linha de raciocínio, proponho um olhar diferente acerca do direito à acessibilidade, concebendo-o como um “metadireito”, é dizer, como um pressuposto para que a pessoa com deficiência possa gozar de todos os seus direitos na sua plenitude. Assim, a questão envolvendo a acessibilidade das pessoas com deficiência não deve ser reduzida apenas e unicamente a questão envolvendo a liberdade de locomoção, mas também como um instrumento na concretização de outros direitos. A partir de um raciocínio *a contrario*

sensu, é possível afirmar que uma vez tolhida a acessibilidade livre e desembaraçada, a pessoa com deficiência não consegue exercer diversos direitos previstos na Convenção da ONU das Pessoas com Deficiência e no próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência, como por exemplo, exercer o seu direito de voto, uma vez que sem o respeito à acessibilidade a pessoa com deficiência não terá condições de se deslocar até o local da urna eletrônica; o direito à educação, pois sem acessibilidade livre e desembaraçada, a pessoa com deficiência poderá ter seu ingresso em salas de aula de escolas e universidades dificultado ou até mesmo impedido, dentre outros exemplos, tais como o direito à saúde, direito ao trabalho, direito ao esporte, lazer e cultura e etc.

Desta forma, ressalta-se novamente que o direito à acessibilidade livre e desembaraçada não deve ser compreendido como “mais um” no catálogo dos Direitos da Pessoa com Deficiência, mas como um “metadireito”, uma vez que, é a partir da acessibilidade livre e desembaraçada que a pessoa com deficiência alcança o ideal proposto por Hannah Arendt, qual seja, “o direito a ter direitos”.

9. TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Outra novidade introduzida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídico brasileiro foi o instituto da tomada de decisão apoiada. Positivado expressamente no artigo 1.783-A do Código Civil, e com fulcro no *ethos* do referido diploma legislativo, qual seja, a emancipação da pessoa com deficiência em questões de capacidade, o instituto da tomada de decisão apoiada busca conferir uma maior proteção à pessoa com deficiência a partir de uma sistemática própria e apenas em questões específicas. Segundo o artigo 1.783-A do Código Civil:

A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

Ao longo dos parágrafos seguintes, o legislador brasileiro positivou o *iter* a ser seguido do procedimento de decisão apoiada, como por exemplo, a necessidade de se

positivar expressamente no termo de tomada de decisão apoiada os limites materiais e temporais (validade) dessa, a indicação expressa pela pessoa apoiada de seus apoiadores, as penalidades previstas aos apoiadores em eventual caso de negligência no exercer do *munus* em estudo, o processo de destituição dos apoiadores, bem como a necessidade de se ouvir o Ministério Público e o Poder Judiciário em determinadas situações.

Em que pese a tomada de decisão apoiada ainda esteja precipuamente no plano teórico, já existem algumas poucas experiências práticas do instituto que revelam a sua utilidade em questões pontuais da vida de determinada pessoa com deficiência ou de outra pessoa submetida ao instituto em comento. Ressalta-se que o instituto possui um evidente caráter humanista, uma vez que em todos os momentos em que vigora o instituto da tomada de decisão apoiada, o legislador brasileiro conferiu à pessoa apoiada a palavra final sobre determinada questão, bem como resguardou a sua capacidade em todas as searas não abrangidas pelo termo pactuado entre a pessoa apoiada e seus apoiadores. Outra questão interessante envolvendo o tema é justamente a intercambialidade da tomada de decisão apoiada com o instituto da curatela, uma vez que o legislador brasileiro positivou no artigo 1.783-A, §11, do Código Civil que “aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela”.

10. CASAS DE REPOUSO PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O tema das “casas” ou “clínicas” de repouso para pessoas com deficiência é um dos mais polêmicos e atuais dentre os pontos a serem debatidos no Direito das Pessoas com Deficiência. A discussão ganhou corpo no Brasil a partir da condenação do Estado brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*.

O caso se refere a Damião Ximenes Lopes, que durante a sua juventude desenvolveu uma deficiência mental proveniente de alterações no funcionamento do seu cérebro. Na época dos fatos, Ximenes Lopes tinha 30 anos de idade e vivia com sua mãe numa pequena cidade, situada a aproximadamente uma hora da cidade de Sobral,

sede da Casa de Repouso Guararapes. Ximenes Lopes foi admitido na Casa de Repouso Guararapes, como paciente do Sistema Único de Saúde (SUS), em perfeito estado físico, em outubro de 1999. No momento do seu ingresso não apresentava sinais de agressividade nem lesões corporais externas. Após dois dias, Ximenes Lopes teve uma crise de agressividade, tendo que ser retirado do banho à força por um auxiliar da enfermagem e por outros pacientes. Na noite do mesmo dia, Ximenes Lopes teve outro episódio de agressividade e voltou a ser submetido a contenção física. No dia seguinte, a mãe de Ximenes Lopes foi visitá-lo na Casa de Repouso Guararapes e o encontrou sangrando, com hematomas, sujo e fedendo excremento, com as mãos amarradas para trás, com dificuldade para respirar, num estado agonizante, gritando e pedindo auxílio à polícia. Ximenes Lopes faleceu no mesmo dia, aproximadamente duas horas depois de ter sido medicado pelo diretor clínico do hospital e sem qualquer assistência médica no momento da sua morte. Seus familiares interpuseram uma série de recursos judiciais. Porém, o Estado não realizou maiores investigações nem puniu os responsáveis.

Após o processamento do caso, a CortelDH concluiu que o Estado violou: (I) os direitos à vida e à integridade pessoal de Ximenes Lopes (CADH, artigos 4.1, 5.1 e 5.2); (II) o direito à integridade pessoal de seus familiares, vitimados por diversos problemas de saúde decorrentes do estado de tristeza e angústia ocasionados no contexto dos fatos narrados; e (III) os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da CADH, em razão da ineficiência em investigar e punir os responsáveis pelos maus tratos e óbito da vítima. Finalmente, a CortelDH determinou que o Estado brasileiro indenizasse os familiares de Ximenes Lopes pelos danos materiais e imateriais provocados, além de ter ordenado diversas outras obrigações ao Estado, a exemplo do dever de garantir, em prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e punir os responsáveis pelos fatos deste caso seja regularmente desenvolvido.

Assim, a partir da condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Damião Ximenes, o tema das clínicas de repouso para pessoas com deficiência ganhou uma maior importância e enfoque por parte do Estado brasileiro. Além do aumento da fiscalização por parte do Estado, questões higiênicas, estruturais e arquitetônicas dos referidos ambientes passaram a ser alvo de maior preocupação pelo

Poder Público e pela sociedade. As clínicas de repouso não podem ser encaradas como um “depósito” de pessoas, mas sim como ambientes humanizados que obedeçam determinados *standards* para que as pessoas com deficiência que lá necessitam estar por questões de saúde possam gozar de todos os seus direitos na sua plenitude e sem qualquer discriminação. Além disso, o Estatuto da Pessoa com Deficiência positivou expressamente em seu artigo 90, *caput*, o delito de “abandonar pessoa com deficiência em hospitais, casas de saúde, entidades de abrigamento ou congêneres” com uma pena de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.

Portanto, é evidente que, a partir da condenação do Estado brasileiro no caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, o tema das clínicas de repouso para pessoas com deficiência deixou de ser um não assunto e passou a ser melhor debatido pelos intérpretes do direito e autoridades no Estado brasileiro.

11. CONCLUSÃO

A partir das ideias expostas no presente trabalho, é possível visualizar a importância e a influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos no âmbito do Direito das Pessoas com Deficiência. Primeiramente, foi a partir da Convenção da ONU sobre o Direito das Pessoas com Deficiência que a deficiência deixou de ser encarada como uma questão médica e passou a ser encarada como uma questão social e de direitos humanos. Como se não bastasse, os únicos tratados internacionais incorporados no ordenamento jurídico brasileiro a partir do rito previsto no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988, ou seja, com *status* de emenda constitucional, foram justamente aqueles envolvendo direitos e garantias das pessoas com deficiência. Nessa toada, o próprio legislador brasileiro sentiu-se pressionado a atualizar a legislação interna em matéria de pessoa com deficiência, promulgando o Estatuto da Pessoa com Deficiência, e aduzindo expressamente que o novo diploma legislativo tem por base o tratado onusiano que dispõe e regulamenta direitos e deveres envolvendo as pessoas com deficiência.

Por fim, o Brasil foi o primeiro Estado americano a ser condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos por violar questões e direitos atinentes a uma

pessoa com deficiência, fato que também influenciou o legislador brasileiro a atualizar a legislação interna e conferir uma maior proteção às pessoas com deficiência no Brasil.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. *Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Brasília, 06 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Plenário do Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5357/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/arquivos/adi-5357-decisao-liminar-indeferida-140391164.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Plenário do Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347-MC*. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>>. Acesso em: 18 set. 2018.

BUBLITZ, Michelle Dias. *Conceito de Pessoa com Deficiência: Comentário à ADPF 182 do STF*. Porto Alegre, Revista da AJURIS – v. 39 – n. 127 – Setembro 2012, pp. 353-369.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. *Convencionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas*. Revista de Direito Internacional (UNICEUB), Brasília, v. 12, n. 2, p. 341-354, jul./dez. 2015.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Alajos Kiss vs. Hungria*. Sentença de 20 de maio de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006.

CUNHA, Rogério Sanches; FARIAS, Cristiano Chaves de; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado*. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2018.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação do direito e dos princípios*. São Paulo: Malheiros, 2016.

HEEMANN, Thimotie Aragon. *Por uma releitura do Direito dos Povos Indígenas: do Integracionismo ao Interculturalismo*. Revista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), v. 109, n. 1, p. 5-18.

LAZARI, Rafael de; OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia. *Manual de Direitos Humanos*. 3ª ed. Bahia: Juspodivm, 2017

LAZARI, Rafael de; DANTAS, Lucas Emanuel Ricci. *Lei Brasileira de Inclusão: Constitucionalidade e Cidadania da Pessoa com Deficiência*. In FIUZA, César (org). *Temas Relevantes sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência*. Bahia: Juspodivm, 2018.

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; DA COSTA FILHO, Waldir Macieira. *Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAIA, Maurício. *Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência*. Bahia: Juspodivm, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*. Disponível em: <<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html>>. Acesso em: 18 set. 2018.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Curso de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Linguagem dos Direitos e a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiências*. In, *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Diálogos Contemporâneos*. Bahia: Juspodivm, 2014.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. México: UNAM, 1988.

Como detectar e provar judicialmente uma mentira

How to detect and prove a lie in court

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Conceito e Finalidade das Provas; 3. Sistemas de Valoração das Provas; 4. Por que Controlar a Subjetividade do Juiz na Valoração das Provas?; 5. Como Minimizar a Subjetividade do Juiz ao Valorar as Provas?; 6. A Necessidade da Aproximação do Raciocínio Probatório às Demais Ciências para Garantir a Racionalidade na Valoração da Prova; 7. A Valoração Racional das Declarações das Pessoas; 8. O Que é uma Mentira?; 9. Métodos Apontados por Jaume Masip y Carmen Herrero para Detectar Mentiras; 9.1. Entrevista Ativa; 9.2. Método Contextual; 10. Críticas à Identificação da Mentira com Base em Dados *conductuales*; 11. A Eficácia e Validade do Método Contextual para Detectar Mentiras e Motivar uma Decisão Judicial; 12. Instrumentos para a Detecção da Mentira com Base em Dados Fisiológicos e Cerebrais: a Velha e a Nova Tecnologia. Polígrafo e a Neurociência; 13. Conclusão

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Professor de Direito Processual Civil- Centro Universitário Integrado Campo Mourão –PR. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica- RJ. Especialista em Direito Processual Civil- UNIDERP. Mestrando em Razonamiento Probatório na Universidade de Girona - Espanha.

RESUMO: O presente estudo se situa no campo das provas judiciais. Aborda os principais métodos para detectar e provar judicialmente uma mentira, apontando o critério racional mais adequado.

ABSTRACT: *The present study is in the field of judicial evidence. It addresses the main methods for detecting and proving a lie in court, pointing the rationality method most appropriate.*

PALAVRAS-CHAVE: Prova. Mentira. Processo. Tecnologia. Método Contextual.

KEYWORDS: *Evidence. Lie. Process. Technology. Contextual Method.*

1. Introdução.

O presente trabalho tem como finalidade analisar as propostas científicas para detectar e provar judicialmente uma mentira. O âmbito do estudo é o das provas, mais especificamente sobre a credibilidade das declarações das pessoas, sejam elas partes, testemunhas ou peritos. O que se busca com a pesquisa é responder a um antigo questionamento: como descobrir e provar que uma pessoa mentiu? A resposta aqui se faz importante porque a mentira é fator contrário a verdade, e a busca pela verdade é necessária para esclarecer a ocorrência de um fato, sobretudo com repercussão jurídica.

Para adentrar na questão específica antes faz-se necessário apontar algumas premissas fundamentais sobre as provas.

2. Conceito e Finalidade das Provas.

O direito é um fenômeno humano que tem como finalidade pacificar a sociedade. É formado por normas abstratas que recaem sobre fatos. Possui uma característica que o distingue da moral, qual seja, a coercibilidade. Isto quer dizer que consequências jurídicas serão impostas caso o fato ocorrido se encaixe na previsão normativa. Deste modo é da essência do fenômeno jurídico que se verifique se um determinado fato tenha ocorrido ou não. Pois somente com a sua comprovação é que será possível a incidência das consequências jurídicas². Para tanto são necessárias as provas.

O termo prova tem muitos sentidos, é polissêmico.³ Numa perspectiva geral vislumbra-se prova como algo formado por dois elementos: um fato perceptível e a inferência. Inferência é o elo entre o dado percebido e a hipótese que se quer provar. Provar um fato “consiste em mostrar que a luz da informação que possuímos está justificado aceitar que esse fato tenha ocorrido”⁴. As provas são as razões ou premissas, com natureza empírica, de um argumento.

² É lição de Jordi Ferrer Beltrán: “A função do processo judicial no esquema geral de funcionamento do direito é a determinação da ocorrência de determinados fatos aos quais o direito vincula determinadas consequências jurídicas e a imposição dessas consequências jurídicas aos sujeitos previstos pelo próprio direito.” (BELTRÁN, Jordi. *Motivación y Racionalidade de la Prueba*. Lima: Editora Jurídica Grijleyi, 2017).

³ ABELLÁN, Marina Gascón. *Los Hechos en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 76.

⁴ LAGIER, Daniel Gonzáles. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México: Fontamara, 2013, p.75.

As provas na esfera judicial podem ser vistas sobre três enfoques: como meios de prova, atividade probatória e resultado probatório. Os meios de provas são informações ou dados percebidos através dos sentidos e interpretados de forma a serem usados como argumento a favor ou contra uma hipótese enunciada (exemplos: documentos, testemunhos, laudos periciais). Por sua vez, a atividade probatória corresponde na proposição, admissão e valoração dos meios de prova no processo; é ela regulada e institucionalizada. E por fim, existe o enfoque da prova como resultado, consistente na comprovação ou não da ocorrência de uma determinada hipótese (pretensão), advinda da valoração sobre os meios de prova.

Como o senso de justiça aponta que um fato sobre o qual deve recair a norma não pode ser jamais um evento aleatório, mas sim algo que tenha realmente ocorrido, é tarefa primordial no processo judicial a busca pela verdade ⁵.

Há importantes visões, no âmbito da filosofia sobre o conceito de verdade. Entre elas se destacam a que a vê como correspondência a realidade, visão tradicional de Aristóteles e Tarski⁶, como algo construído pelo consenso na linha de Habermas⁷ ou ainda como coerência discursiva. A primeira supõe a existência da realidade fora do sujeito cognoscente. Fora essa, as demais mencionadas se alinham ao ceticismo, que nega a existência de fatos naturais e brutos, não havendo uma realidade pura sem o filtro da linguagem e da teoria, sendo a verdade algo a ser construído e não descoberto.

⁵ TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. Nota-se que a busca da verdade é o objetivo fundamental do processo, desde os tempos de Bentham, que por sua vez defendia a não restrição de provas relevantes no processo para que o que fosse provado correspondesse a verdade. No entanto, no século XIX, teóricos alemães passaram a observar obstáculos de natureza epistemológica e normativa na missão de alcançar a verdade no processo. Observou-se que as normas processuais limitavam o real conhecimento do fato, e que era impossível encontrar a verdadeira verdade no bojo de um processo. Dividiram a verdade em duas uma forma (que seria a obtida dentro do processo) e outra material (a do mundo real). Por seu turno, Carnelutti, em meados do século XX, argumentou contra essa construção, dizendo que a verdade era só uma: "o algo é certo ou não é" (Cf. FERRER, Op. Cit, p. 68). Desfez a conexão conceitual entre prova e verdade, agasalhando a tese do *escepticismo*. Considerou a prova como meio tão somente de fixar ou determinar os fatos a serem valorados pelo juiz, não tendo mais relação com a verdade. Mas como o labor doutrinal no para, posteriormente a Carnelutti, são retomadas por muitos a ideia original de Bentham da importância da conexão da prova com a verdade. Levou-se em conta que o direito está estruturado para que as consequências jurídicas (sanções) sejam extraídas da aplicação de uma norma a um fato. E, o sentido da justiça demonstra que este fato não pode ser um fato aleatório, mas comprovado e corresponda a verdade (Cf. TARUFFO, op. cit, p.142). A novidade desse constatação é que a verdade não vem do resultado probatório, pois este como já assinalado, pode não coincidir com a realidade do fato ocorrido. Esta base teórica, racionalista e lógica da concepção das provas, traz a ideia que é na atividade probatória que deve se empregar o máximo esforço para alcançar a verdade. E que, a verdade está teologicamente ligada a atividade probatória, sendo sua busca primordial para a formação de uma decisão justa, ainda que o resultado final não seja com ela coincidente.

⁶ ALCHOURRON, Carlos E; BULYGIN, Eugenio. *Los Limites de La Lógica y El razonamiento jurídico*. Título original "Limits of Logic ana Real Reasing", publicado em A.A. Martino (ed) Preproceedings of the III International Conference no Logica Informatica Diriteo, vol II, Firenze, 1989, p.30.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 3. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.49.

Alinha-se aqui ao conceito de verdade como correspondência à realidade; mas sem adotar a tese do objetivismo (ou realismo) ingênuo segundo o qual os fatos são só objetivos. Isto, pois, percebe-se que é inevitável que a captação de um fato (dado objetivo) se passa pelo prisma da percepção (dos órgãos sensoriais) e também da interpretação (classificação, categorização) do sujeito⁸. E, tanto o filtro da percepção como o da interpretação estão sujeitos a problemas que necessitam ser ajustados pelo sujeito que busca a correspondência ou não do enunciado fático a realidade. Por isso, é mais acertado o pensamento que acolhe a tese do objetivismo não ingênuo mas crítico (objetivismo ou realismo crítico). Neste contexto, é tarefa de quem valora o mundo pelo meio empírico das provas, perceber e corrigir as falhas que advenham das lentes sensoriais e da interpretação. Ou seja, levar em conta a possibilidade ao valorar um objeto de distorções ou erros psicológicos, visuais, auditivos, fisiológicos, ou de interpretação do que foi percebido (como alguém levantar a mão em sinal de cumprimento para uma pessoa, que retribui, mas que em realidade o aceno foi de um cliente chamando o atendente de um restaurante a mesa).

Além desse problema, há outro que pode existir quando o objeto de análise da veracidade não diz respeito a um fato percebido diretamente, mas sim de forma indireta (por exemplo um fato passado ou único, que são os mais comuns nos processos judiciais). A forma lógica de comprová-los se dá por meio de inferências indutivas, que não sempre encontram a verdade. Isto pois, por meio de uma generalização, mesmo diante de premissas certas, é possível advir uma conclusão equivocada.

Assim, deve-se dizer que é impossível ter certeza que o resultado probatório, ou seja a conclusão advinda da valoração das provas, coincida todas as vezes com o que tenha realmente acontecido. Por isso, como ensina Jordi Ferrer Beltrán⁹, uma hipótese provada não é sinônimo que o fato correspondente seja verdadeiro, mas sim que haja uma grande probabilidade que assim o seja. Como o resultado probatório nem sempre coincidirá com a verdade, a solução é que o julgador se contente para a formação da sua convicção com o grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido.

⁸ LAGIER, Daniel Gonzáles, op. cit: pp. 28 e 29.

⁹ *Prova e Verdade no Direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

3. Sistemas de Valoração das Provas.

Perfecto Ibáñez¹⁰ em interessante passagem, referindo-se ao pensamento de Kelsen, demonstra o papel precursor da justiça diante das demais funções do Estado, incluindo o fato que a atividade de aplicação do direito por um terceiro surgiu antes da criação das leis. Sendo assim, muito antes da construção dos parlamentos já existiam os tribunais. Diz: “*Esta 108empo108ência en el 108empo se explica porque la función de juzgar fue el primero y esencial atributo de la soberania*”. Acrescenta, ainda, que em maior parte da Europa durante o *ancien regime* a atividade que hoje se chama administrativa se exercia sob as formas de uma gestão judicial de poder.

Este dado histórico é importante. Isto pois, se os juízes já julgavam antes mesmo da existência das leis, é intuitivo que apreciavam as provas não por meio de um sistema legal, mas sob o sistema livre de valoração. A livre valoração da prova, não exige muito para compreendê-la, é o sistema em que o juiz não possui limitação legal para valorar os meios de prova produzidos. No entanto em que pese essa simplicidade, destina ao juiz uma tarefa intelectual muito difícil. Pois, sem auxílio de uma diretriz normativa, estando ele obrigado a solucionar o conflito, terá de qualquer maneira valorar as provas. Mas, outrora, num tempo bem longínquo da desenvoltura da ciência que se tem hoje, da tecnologia, o avanço da medicina, psicologia e a neurociência, o único meio de prova que dispunha era o testemunhal. E como julgar os casos sem testemunhas, ou mesmo com elas como aferir a sua credibilidade? Estes fatores são alguns entre os quais contribuiriam para a implantação os juízos das ordálias, como também o sistema da prova legal.¹¹

Por meio das ordálias (ou juízos de Deus), foram criados mecanismos sobrenaturais de julgamento. Os testemunhos para serem válidos eram prestados sob juramento a uma entidade celestial. A demonstração de que o imputado teria uma ligação plena com um ser superior a ponto de fazer uma milagre (como não se queimar ao pisar ou colocar seus pés em barras incandescentes), era o fundamento para a sua credibilidade ou absolvição.¹²

¹⁰ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Tercero en Discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Contitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2015, p. 43.

¹¹ NIEVA FENNOL, Jordi. *La ciencia jurisdiccional: Novedad y Tradición*. Madrid. Barcelona. Buenos Aires: Marcial Pons, 2016, p. 166.

¹² Em realidade não se pode dizer que as ordálias foram um sistema de valoração da prova, pois não havia qualquer valoração. Eram os acontecimentos da natureza oriundos de uma divindade que justificavam a condenação ou a absolvição de alguém, num caráter aleatório, irracional e imprevisível.

Diante da absurdo das ordálias, percebeu-se a necessidade de se aproximar à racionalidade. Aproximação esta concretizada com a conferência pelo legislador de valores distintos a cada espécie de prova. Há indicativos que desde o Código de Hamurabi, há 4000 anos, houve uma preocupação em regular os meios de prova, fato que ocorreu mais significativamente em alguns diplomas legais da idade média, com nas *Las Partidas* e no Código Criminal Carolina. Em que pese a boa intenção com a implantação deste sistema – o da valoração legal das provas - em romper com as ordálias ou trazer instrumentos para facilitar o juiz na atividade de valorar as provas, o que se viu foi o estabelecimento pelo legislador também de critérios muito pouco racionais. Viram-se inseridas por exemplo regras ditando que o testemunho de alguém que prestasse juramento teria mais valor que daquele que não prestou (da mesma forma que ocorria nas ordálias), ou ainda que para provar alguns fatos eram necessários um número especificado de testemunhas, e que uma testemunha não teria credibilidade em razão da sua aparência ou forma de se portar. O sistema de julgamento, no período do sistema legal de valoração das provas, enfim, passou a apresentar sintomas graves de arbitrariedade.

Por isso o século XIX se inicia com o sistema legal sendo atacado por Blackstone, por Beccaria, e mais ainda por Bentham¹³. Questionaram: se o objeto do processo é a busca da verdade porque três testemunhas seriam melhor que uma? Qual a diferença de prestar ou não um juramento? A pessoa não pode mentir mesmo tendo prestado um juramento? A doutrina aos poucos endossou a ideia que o sistema legal das provas não tinha relação com a busca da verdade, pregando-se uma volta ao sistema da livre valoração das provas. A ânsia de se desapegar do sistema taxativo ou legal das provas acarretou na introdução de normas permitindo que o magistrado apreciase as provas conforma a sua livre convicção. O juiz voltou a ter liberdade total para valorar as provas. O que como visto já havia sido uma ideia fracassada. A última solução normativa de controle da subjetividade foi introduzir, como ocorreu muitos países, normas dizendo que a prova deve ser valorar de acordo as regras da “máximas experiências” ou “sana crítica; o que por si só, diante da vagueza do seu significado, continuam deferindo ao juiz grande margem de discricionariedade.

¹³ NIEVA FENNOL, Jordi. *La valoración de la Prueba*. Madrid. Barcelona. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 72.

Cabe dizer que o sistema legal das provas jamais foi inteiramente extirpado. Tanto é que até hoje existem resquícios das *Las Partidas* em vários diplomas legais da Europa e América. E por sua vez, o sistema de livre valoração da prova¹⁴ também jamais foi superado pelo sistema legal, tendo ocorrido apenas no decorrer da história uma maior ou menor inserção de certas provas tarifadas nos sistemas legais. Tudo isto deixa em aberto um velho e persistente problema: o da subjetividade, movida pela intuição, crença e pré-juízos, por parte dos julgadores, - que deve ser controlada.

4. Por que Controlar a Subjetividade do Juiz na Valoração das Provas?

Por muito tempo, durante os últimos séculos, perdurou a crença de que o juiz detinha alguma habilidade particular - carismática – para aceder a verdade dos fatos. Esta ideia, por incrível que pareça, foi admitida inclusive entre os profissionais do direito e pela jurisprudência, e que somente em época bem recente passou a ser objeto de revisão crítica¹⁵. A aceitação a esta condição dos juízes deveu-se a razões políticas, ligada à ideia de concentração do poder nas mãos de uma classe detentora do controle social, e político. Neste tempo, qualquer decisão judicial era considerada fundada em razão, mesmo que irracional.¹⁶

Foi a partir da metade do século XVIII, em decorrência do processo de secularização que a racionalidade jurídica adquiriu maturidade.¹⁷ Neste novo contexto, percebeu-se que as normas jurídicas deveriam ser aplicadas sobre fatos realmente ocorridos, comprováveis por dados empíricos (tão comprováveis como os fenômenos históricos ou naturais), e não por outros misteriosos desígnios divinos ou dos detentores do poder. Um requisito mínimo de racionalidade consiste na possibilidade da decisão ser levada ao crivo de uma outra pessoa, que seja ela justificada por um critério intersubjetivo, e que, portanto, não seja controlado somente pela pessoa que decidiu. Para tanto, é exigido uma motivação para a decisão, mas não de cunho pessoal e sim que possa ser objeto de ajustes ou reanálise por outras pessoas. Assinala Jordi Ferrer

¹⁴ A ideia de que o sistema livre de valoração das provas é o primário e natural é defendida por NIEVA FENNOL (Op. cit, p. 39). Diz “ *Pero la valoración libre de la prueba no precisa pesquisas de su origen, puesto que surge espontáneamente como regular uso de la mente humana en el momento en que esta alcanzó un cierto nivel evolutivo.*”

¹⁵ E não custa dizer que ainda hoje percebe-se, como ocorre no Brasil, uma idolatria irracional sobre a pessoa do juiz, como também de outras autoridades, incluindo membros do Ministério Público.

¹⁶ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, op cit. p. 252.

¹⁷ABELLÁN, Marina Gascón, op. cit, p.15.

Béltran¹⁸ que “o problema da vinculação entre prova e convencimento, ou crença do juiz é que nega essa possibilidade de controle intersubjetivo e, por tanto, de aplicação da racionalidade”.

Outrossim, admitir que um juiz possa julgar conforme suas preferências pessoais é afrontar o princípio democrático que desde o século XX predomina nos Estados Constitucionais. É garantia fundamental de qualquer cidadão o devido processo legal, em que possa ser julgado por um juiz isento de parcialidade. Como diz Perfecto Ibáñez¹⁹ é da essência da racionalidade jurídica que o juiz esteja equidistante das partes e isento de interferência pessoal ou política ao proferir suas decisões. Esta posição de imparcialidade do juiz é essencial para a obtenção de um conhecimento de qualidade e de equilíbrio de uma decisão.

Logo aceitar a ideia de que o juiz é possuidor de um dom superior é continuar na idade média, defendendo o misterioso e inexplicável que reluz na pessoa do magistrado. Mas o juiz não tem essa aptidão sobrenatural, e suas condições físicas, psicológicas e biológicas são as mesmas de qualquer ser humano. Parece absurdo ter que dizer isso, mas por um bom tempo, como dito, isto foi aceito, ou melhor imposto aos que se serviam da justiça.

No entanto, mesmo não aceitando a comunidade jurídica esta ideia, é de se notar que sistema da livre valoração da prova somado ao desconhecimento por parte da comunidade científica de métodos racionais de valorar a prova, dá ao magistrado ainda hoje uma enorme discricionariedade: comumente preenchida com a intuição, crença pessoal, ideologia política, ou sesgos psicológicos. Em que pese, uma evolução, o problema ainda persiste.

5. Como Minimizar a Subjetividade do Juiz ao Valorar as Provas?

A valoração da prova é o ato em que o juiz avalia se as premissas ou dados probatórios tem força suficiente para demonstrar como provado uma hipótese fática. O que se busca provar é a ocorrência ou não de um enunciado sobre um fato. Para que a

¹⁸ Op. cit. p.50

¹⁹ Op. cit. p. 139.

valoração da prova seja controlada é preciso saber se foi obedecido um método adequado, e isto só é possível se houver uma explicação pública de como o resultado probatório foi alcançado, ou seja, com uma motivação. Michele Taruffo²⁰ parte do pressuposto de que o que não é motivável não existe para o direito. Este pensamento afina-se à racionalidade que deve existir no momento de valoração as provas, retirando-se a possibilidade de julgar com base na intuição, crença pessoal, emoção, ou outro atributo exclusivamente subjetivo. Não é crível que um juiz possa dizer que acreditou numa testemunha pois sua intuição assim o sinalizou, ou que por ter vivido situação semelhante na sua família sabe bem do sofrimento que é um abuso sexual durante a infância. Ou ainda, por ter acordado de mau humor ou com fome resolveu prejudicar uma parte com quem não teve empatia. Foge da racionalidade e de um controle intersubjetivo uma motivação deste tipo. Por isso é preciso fundamentar a valoração das provas em elementos objetivos e racionais.

A busca pela racionalidade para motivar a valoração probatória está presente desde há muito tempo na história processual. Mas foi no século passado que estudiosos como Serra Domingues, Francesco Carnelutti e Michele Taruffo passaram persegui-la com mais intensidade, sob uma perspectiva epistemológica.

A questão mais problemática é exatamente o enlace, ou seja, a inferência, entre o dado de prova e a hipótese que se quer provar, pois ele tem quase sempre natureza indutiva. Assim, partindo de uma generalização com base em informações de dados específicos chega-se a uma conclusão. Neste salto é que deve estar a racionalidade. Um método racional supostamente simples é descartar as hipóteses contrárias à pretensão, ou seja demonstrar que não ocorreu uma situação diversa a que se pretende provar. Este método foi primeiramente indicado por Lawrence Jonathan Cohen²¹. Outros esquemas²² dizem respeito à probabilidade matemática, incluindo o Teorema de Bayes, a utilização da lógica, e ainda estudos estadísticos. Há ainda a aproximação ao conhecimento da psicologia cognitiva e a neurociência como as pesquisas de Daniel Kahneman e Tversky²³.

²⁰ Apud NIEVA FENNOL, op. cit. p. 207.

²¹ C.f. NIEVA FENNOL, op cit. p. 102.

²² Atualmente fornecem seguras soluções para este grande entrave na racionalidade probatória grandes estudiosos e pesquisadores como Marina Gascón Abellán, Jordi Ferrer Beltrán, Daniel González Lagier e Jordi Nieva Fennol.

²³ C.f. Nieva Fennol, op. cit.p. 124.

Percebe-se que nenhum dos métodos apresentados pelos estudiosos até hoje foram suficientes para zerar a subjetividade do juiz ao valorar uma prova, talvez jamais isto seja possível²⁴. Mas quase todos propõem algo em comum: a necessidade da aproximação do direito aos conhecimentos já sedimentados em outras ciências, pois são os dados científicos que garantem um maior força a inferência probatória. Logo, é necessário que o raciocínio probatório seja complementado e auxiliado por outras ciências. Esta é a forma de restringir ao máximo a subjetividade do juiz, tornando a valoração objetiva e motivável.

6. A Necessidade da Aproximação do Raciocínio Probatório às demais Ciências para Garantir a Racionalidade na Valoração da Prova.

O raciocínio probatório é composto por uma cadeia de argumentos que podem ou não levar à comprovação de uma hipótese fática. Para compreender o esquema racional que envolve uma argumentação (cadeia de argumentos) basta analisar a estrutura de um argumento. Um argumento segundo Stephen Toulmin²⁵ é composto pelo fato probatório e a hipótese a ser provada, e entre eles a um elo muito importante que é a inferência. Por sua vez a inferência é sustentada por uma garantia, formada por regra geral, normalmente de natureza empírica, ligada à máxima experiência ou à sana crítica.²⁶ Mas tanto a máxima experiência e a sana crítica são conceitos deveras vagos que por si sós não têm a aptidão de apontar qual a estrutura racional e empírica que suporta uma inferência. São termos que ainda deixam em uma zona obscura o traçado que liga um dado provado a uma hipótese a ser provada. Critérios são apontados por Daniel Gonzáles Lagier²⁷ como aptos a estruturar racionalmente uma inferência probatória. Entre eles destacam-se a quantidade e diversidade dos meios probatórios; a demonstração de impossibilidade de ter ocorrido hipótese diversa da que se quer provar e a coerência. E ainda, se a máxima experiência tem corroboração ou comprovação científica. Jordi Nieva Fennol²⁸ aponta fundamental trazer fundamentos de outras ciências à valoração das provas. Pois, a ciência jurídica ainda não conseguiu

²⁴ E se for, junto a possibilidade das decisões judiciais serem praticadas por inteligência artificial.

²⁵ Apud. LAGIER, Daniel Gonzáles. Op. Cit. p. 40.

²⁶ Esta garantia, ensina Daniel González Lagier (op. cit), pode ser também de natureza normativa ou conceitual.

²⁷ Op. cit. p.57.

²⁸ NIEVA FENNOL, Jordi. *La ciencia jurisdiccional: Novedad y Tradición*. Madrid. Barcelona. Buenos Aires: Marcial Pons, 2016, p.332.

ou talvez jamais consiga expressar mais racionalidade do que estabelecer como critério de racionalidade aos juízes as regras de “máximas experiências” e “sana crítica”; mais que isso seria regressar ao sistema legal de valoração das provas. Identifica que para cada meio de prova normalmente há uma ciência diversa que a jurídica apta a conferir racionalidade a sua respectiva inferência.

A percepção de que as provas devem ser vistas de forma multidisciplinar não é tão recente. É defendida por William Twining ²⁹ há quase duas décadas, que por sua vez diz que a ideia inicial é de Bentham, quando em 1810 expressou: “*The field of evidence is no other than the field of knowledge*”. Atualmente é evidente a aproximação de diversas ciências ao campo das provas judiciais. A biologia, em diversos aspectos, mas sobretudo com os exames do DNA, a medicina, a psicologia, a informática e muitas outras áreas do conhecimento científico trazem bases sólidas e racionais para as inferências probatórias.

Como diz Twining ³⁰: “*Evidence as a multi-disciplinary subject is about inferential reasoning*”. É o momento, portanto, de sedimentar esta aproximação, seja para ampliar o leque dos meios probatórios, como também para garantir uma racional valoração das provas. Até mesmo em relação ao meio mais antigo de prova: a declaração de pessoas, como se verá a seguir.

7. A Valoração Racional das Declarações das Pessoas.

O meio de prova mais antigo provavelmente são as declarações das pessoas. Essas pessoas podem ser as que presenciaram o fato (testemunhas) ou as que tem interesse no seu esclarecimento (as partes). Modernamente pode-se incluir também as declarações prestadas pelo perito, quando chamado para opinar cientificamente sobre os dados existentes. A credibilidade da declaração de uma pessoa não pode ser aferida por um critério absolutamente subjetivo, mas sim racional, empírico e objetivo, como deve ocorrer com qualquer meio de prova, como já assinalado acima. No âmbito das

²⁹ TWINING, William. *Evidence as multi-disciplinary subject*. Law, Probability and Risk, vol. 2, 91-107. Oxford University Press, 2003.

³⁰ Op Cit, p.97.

declarações das pessoas, maior racionalidade é alcançada por meio dos estudos e conhecimento da psicologia, sobretudo, a denominada psicologia dos testemunhos.³¹

No passado os estudos sobre a psicologia do testemunho eram inexistentes, por isso sem esse conhecimento o juiz teve que apelar para o sobrenatural (ordálias) ou para a arbitrariedade do legislador (sistema legal de valoração). Em que pese ainda existirem resquícios desse tempo em muitos sistemas modernos, como desferir uma valoração maior a um testemunho prestado sobre juramento ou perante um tabelião - que tem a “fé” pública - a predominância do sistema da livre valoração das provas desferiu ao juiz a possibilidade, e mais que isso, o dever de buscar preencher a lacuna da inferência, com conhecimento científico.

Atualmente, destacam-se três formas de detectar a mentira. A primeira através de métodos que analisam a fisiologia do declarante, por exemplo, movimento sanguíneo, batimento cardíaco, e até com a observação do funcionamento e imagens do cérebro do declarante. A segunda é a análise da conduta, expressões e comportamento do declarante (chamado método *conductual*). E a terceira, averiguar o contexto, coerência, e o conteúdo das declarações do entrevistado ou depoente.

No texto *“Nuevas Aproximaciones en Detección de Mentiras. Estrategias Activas de Entrevista e Información Contextual”*³², os autores Jaume Masip y Carmen Herrero fundamentam e concluem que o método cientificamente adequado a detectar uma mentira é o contextual, ou seja, através de uma entrevista em que permita ao declarante dar informações que se mostrem incongruentes ou descontextualizadas. O foco não pode ser analisar a pessoa do declarante, mas sim o conteúdo da sua declaração. Esses pontos serão vistos e detalhados mais adiante. Por ora, é preciso responder a uma questão: se todos esses métodos buscam detectar uma mentira, em que consiste uma mentira?

³¹ Já em 1856 Vicente y Caravantes (apud NIEVA FENNOL, 2010: 89) dizia que seria obrigação do juiz apreciar, além das máximas experiências sociológicas, as faculdades psicológicas da testemunha, o que dificilmente na prática poderia ser feito. Para que essa análise científica fosse realizada era preciso formação neste tema por parte dos juízes ou que se buscassem auxílio aos experts na área da psicologia do testemunho, o que é algo ainda recente.

³² MASIP, Jaume. HERRERO, Carmen. *Nuevas Aproximaciones en Detección de Mentiras. Estrategias Activas de Entrevista e Información Contextual*. Papeles de Psicólogo, 2015. Vol. 36 (2), pp.96-108.

8. O Que é uma Mentira?

A mentira não pode ser confundida com uma má percepção ou interpretação de um fato. É comum que os dados fáticos sejam captados distorcidamente em razão de falhas dos órgãos sensoriais (visão, audição, tato, olfato e paladar), e mesmo que assim não sejam, podem ser mal classificados diante de uma falha de interpretação. Ainda, podem haver falhas psicológicas, como a perda da memória e a ocorrência de falsas recordações (fenômeno em que a pessoa lembra de coisas que não aconteceram como se tivessem ocorrido) ³³. No entanto essas falhas não representam necessariamente uma mentira. É requisito da mentira uma vontade deliberada de falsear o fato. Uma pessoa mente quando deliberadamente aporta uma informação de que conscientemente sabe que não se ajusta a realidade dos fatos.³⁴

Deve-se notar que quando diz respeito a aplicação de uma norma dotada de coercibilidade sobre um fato, muitas vezes com sanções gravosas, detectar uma mentira torna-se atividade essencial de busca à justiça. Para isso a importância de buscar métodos e técnicas seguras e juridicamente aceitáveis em detectar e provar uma mentira.

9. Métodos Apontados por Jaume Masip y Carmen Herrero para Detectar Mentiras.

Dizem Masip y Herrero³⁵ que as primeiras iniciativas científicas para detectar mentiras baseavam-se em examinar as informações “*conductuales*” do declarante. Estes indicadores apareceriam de forma automática e seriam de difícil controle por parte de quem estivesse mentindo. Todavia as atuais pesquisas científicas estão tomando um novo rumo. Há demonstração de que o método “*conductual*” se baseia em indicadores escassos e cambiantes. Apontam os autores uma nova diretriz para a identificação da mentira, através de uma entrevista que o que se busca não são ou sinais na conduta ou comportamento do declarante ao prestar o depoimento, mas no próprio conteúdo da declaração. Assim, prenunciam a importância do método contextual para detectar mentira.

³³ São autores destacáveis sobre a psicologia do testemunho Antonio Manzanero e Giuliana Mazzoni.

³⁴ GONZÁLES, José Luis. MANZANERO, Antonio L. *Obtención y Valoración del Testimonio*. Madrid: Editora Pirámide, 2018, p. 27.

³⁵ Op. cit..

9.1. Entrevista Ativa.

A ideia de Masip y Herrero é que a entrevista deve ser estruturada de forma que o declarante seja mais ativo, e não o entrevistador. Ou seja, permitir que quem esteja sendo analisado dê sinais de contradição no contexto do sua declaração. Dizem que é importante o uso de uma entrevista ativa, com auxílio de técnicas da psicologia cognitiva.

Existem várias modalidades de entrevistas ativas. Uma delas é o TRI-Con, todavia o seu alcance ainda é mais voltado para a conduta do declarante (sinais de movimento ou corporais indicadores da mentira). Pressupõe que se exige mais esforço mental mentir do que dizer a verdade, portanto a técnica é deixar o entrevistado no início mais relaxado e tranquilo, sendo questionado apenas sobre assuntos gerais, sobre os quais não haveria motivo para mentir. Somente após deverá ser questionado sobre o fato investigado. Se tiver mentindo, em regra, demonstrará alteração de alguns sinais, como voz e movimentação do corpo. Faz parte desta técnica também não fornecer muitas informações pelo entrevistador para que sejam captadas inconsistências na declaração, nesta parte é que se aponta sua característica de método contextual.

Outra forma de entrevista ativa é a denominado “Carga Cognitiva Induzida”, que parte da mesma linha que a anterior, no sentido que mentir é mais complexo que dizer a verdade, e busca-se induzir o entrevistado a uma situação de aumento da sua carga cognitiva (por exemplo pedir para contar a versão de trás para frente). Diante do esforço intelectual para manter uma versão mentirosa, poderá se cansar e entregar certas contradições na declaração ou demonstrar sinais físicos dessa sobrecarga. Aqui já há maior possibilidade de observar contradições na declaração, como também sinais *conductuais* do declarante. Por isso assinalam Masip e Herrero que este método vem adquirindo força e mostrado capaz de demonstrar a diferenciação entre verdade e mentira.

Por sua vez há uma técnica de entrevista denominada SUE (*Strategic Use of Evidence*)³⁶. Esta forma de elaborar entrevista parte da ideia de que os culpáveis normalmente são aqueles mais preocupados em elaborar uma estratégia antes de

³⁶ MASIP, Jaume. HERRERO, Carmen. *Nuevas Aproximaciones en Detección de Mentiras. Estrategias Activas de Entrevista e Información Contextual*. Papeles de Psicólogo, 2015. Vol. 36 (2), pp.96-108.

prestar declarações. Por meio dela, o entrevistador não deve informar dados já obtidos, para deixar entrevistado falar a ponto de se contradizer. As perguntas específicas devem ser feitas ao final. Observa-se por ela que o culpável quando confrontado com dados que possam lhe incriminar o negará, ao contrário dos inocentes que se mostram dispostos a colaborar com o investigador (pois lhes interessa a verdade). A técnica SUE reputa ainda essencial que o investigador examine as provas existentes, sendo indicador da veracidade uma correspondência entre a evidência disponível e a versão contada. Percebe-se que esse método busca indicadores da mentira essencialmente contextuais.

Existem ainda outras técnicas interessantes que podem ser usadas de forma complementar, como a de se fazer perguntas inesperadas (por exemplo pedir esclarecimento sobre detalhes do local que o declarante jamais pensaria em ser perguntado). Essa estratégia é útil para detectar contradição de trechos de depoimentos entre várias pessoas. Outra forma é pedir ao entrevista que faça um desenho, pois segundo Masip e Herrero quem fala a verdade normalmente fornece mais detalhes.

Cumprir notar que as técnicas acima, com exceção da Tri-Con, tem como objetivo principal obter contradições no contexto da declaração, e não sinais na conduta ou comportamento do declarante. Para Massip e Herrero este método contextual é o mais efetivo e amparado cientificamente.

9.2. Método Contextual.

Mesmo sendo natural a atração pelo diagnóstico não verbal da mentira (pelo movimento do corpo, agitação, piscar dos olhos, diferenciação da tonalidade de voz, entre outros) Massip e Herrero fazem críticas a essa abordagem. Dizem que são os dados contextuais e não os *conductuais* que melhor permitem diagnosticar a mentira. Justificam esse novo rumo, com diversas pesquisas e testes científicos que demonstram ser muito pouco efetivo o método *conductual*. Apostam no uso das técnicas contextuais, e destrincham critérios que devem ser observados pelo investigador. Apontam como importantes estudos de Blair e seus colaboradores, que dizem ser fatores indicadores da mentira: a) contradições entre as informações passadas pelo declarante e aquelas

que o entrevistador possa ter; b) a declaração se afastar de uma atividade habitual, da lei da física, ou o que normalmente aconteceria naquela situação; c) surgimento de informação relevante mesmo sendo comum (exemplo: uma empresa na qual desaparece dinheiro regularmente salvo quando um empregado específico está de férias). Por fim, trazem a luz trabalho mais recente deste mesmo autor o qual propõe três claves da mentira: uma ligada ao aumento da carga cognitiva do mentiroso; a segunda, com fulcro na coerência, reafirmando a importância do método contextual; e terceira, referente a correspondência entre o que foi narrado e as informações prévias em posse do entrevistador.

10. Críticas à Identificação da Mentira com Base em Dados *Conductuales*.

Massip e Herrero reforçam em seu trabalho³⁷ que a entrevista ativa é o meio eficaz para deixar vir a tona dados mentirosos, e que a análise da declaração do declarante, como base no seu contexto, é o que melhor revela a veracidade ou a mentira. Apontam que deve-se ser repensada o uso tradicional da identificação da mentira com base em informações *conductuais*.

Este posicionamento de Masip e Herrero é compartilhado por Giuliana Mazzoni³⁸ a qual assinala que “É certo que o rosto é parte do corpo que mais transmite informações não verbais. E é no rosto que se pode ler desassossego, desgosto, alegria, tristeza, medo etc. (...) Não obstante é possível recuperar o controle dos músculos faciais e modificar substancialmente a expressão em um tempo muito breve, 1/25 segundo. Também somos capazes de controlar a mirada e o riso com certa facilidade. Esta rapidez e habilidade fazem que seja mais difícil do que se crê identificar a mentira.”

No contexto do método *conductual*, ressaltam-se marcantes as pesquisas sobre emoções e até mentiras que podem ser inferidas das micro expressões faciais feitas por Paul Ekman.³⁹ O estudo de Ekman serviu de base para a produção da série *Lie to Me*, e ainda como auxílio para a confecção pelos desenhistas de personagens da *Disney*-

³⁷ Op cit.

³⁸ Op cit. p.138.

³⁹ EKMAN, Paul. TELLING LIES, Clues to Deceit in the Marketplace, Politics, and Marriage. New York. London. WW. Norton & Company, 2009, e EMOCIONS REVEALED, recognizing faces and feelings to improve communication and Emotional Life. New York: Henry Holt and Company, 2007.

Pixar⁴⁰. O método de Ekman é considerado por muitos especialistas aquele de maior êxito na detecção de mentira e emoções advindas das expressões não verbais. No entanto é de difícil aplicação, havendo na prática grande margem de erro.

Apontam que muito treinamento e expertise podem chegar a identificar as micro expressões do rosto, com 80 por cento de precisão se verdade ou mentira⁴¹. E esse é exatamente o ponto problemático em relação à aplicação de métodos como o de Ekman: a falta de habilidade com que contam os profissionais dedicados a investigação. Allonso, Masip y Garrido⁴² fizeram pesquisas nos anos 90 e anos 2000, identificando que a margem de acerto dos policiais na detecção da verdade era de 54,02 %, enquanto que a média obtida por testes feitos em estudantes era de 56,06 %. Isto indica que os profissionais a quem o Estado confia a função de investigar não possui qualquer habilidade superior aos demais. Descobriu-se o contrário, que são ruins; pois enganados por sua por sua exagerada confiança identificam muito mais falsas mentiras. E nem a quantidade de treinamento ou trabalho os tornam melhores na percepção da verdade. Dizem Allonso, Masip y Garrigo *“Sobra decir que los juicios efectuados con mucha confianza pueden ser, presumiblemente, difíciles de cambiar incluso aunque sean erróneos”*.⁴³

A fragilidade científica dos métodos *conductuales* também são levadas em conta por González e Manzanero⁴⁴. Dizem: “A avaliação da comunicação não verbal, a expressão emocional, a mirada do olhar e a voz como indicadores de mentira não são realmente válidas, vez que não medem mentira mas sim condutas supostamente associadas a mentira que podem ver-se alteradas por outras razões distintas a ação deliberada de ocultar e/ou distorcer a realidade. Posto que ademais se vem influídos por múltiplos fatores difíceis de controlar, estes métodos também são poucos confiáveis e, portanto, poderíamos alcançar conclusões distintas cada vez que os utilizamos. Assim

⁴⁰ LÓPEZ, María Luisa Villamarin. *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2014, p.30.

⁴¹ MAZZONI, Giuliana, *Se puede creer a un testigo. El testimonio y las trampas de la memoria*. Trad. José Manuel Revuelta. Madrid. Editorial Trotta, p.140.

⁴² LÓPEZ, María Luisa Villamarin, op. cit. pp. 75-76.

⁴³ H. Alonso, J. Masip e E. Garrido. *“La capacidad de los policías para detectar mentiras”*. Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 2, 2009, p. 171.

⁴⁴ Op. cit. 223.

pois, podemos afirmar que as condutas não verbais são indicadores débeis de mentira e credibilidade, que podem levar facilmente a erro.”

Logo, o método consistente na análise não verbal ou *conductual* do declarante é muito fraco, tem respaldo científico ainda escasso, e índices de acertos muito baixo, para fundamentar uma decisão se verdadeira ou mentirosa uma declaração.⁴⁵ E, existe ainda um problema maior, quando se trata de decisão judicial. O método *conductual* é operado de forma “silenciosa” pois, com base neste método, ao valorar uma prova o máximo de motivação será recair na já fadada, aberto e discricionário, da “regra da sana crítica” e “máxima experiência.”⁴⁶ Como constar numa motivação de uma decisão que uma pessoa piscou muitas vezes, ou se movimentou em excesso, ou transpareceu nervosismo, e por isso estaria mentindo? Apesar do esforço de muitos pesquisadores ainda não é possível motivar uma decisão judicial cientificamente desta maneira. Não há respaldo amplo na comunidade científica, além de profissionais tecnicamente preparados para a confecção de um laudo utilizando um método *conductivista*. Mas qual a solução?

11. A Eficácia e Validade do Método Contextual para Detectar Mentiras e Motivar uma Decisão Judicial.

Masip e Herrero⁴⁷ apontam como meio adequado para a detecção de mentiras focalizar no conteúdo da declaração prestada, e não na conduta (movimento, comportamento e expressões do declarante). Com base neste critério é racionalmente motivável a decisão sobre a credibilidade de uma declaração. São premissas que podem servir a uma motivação de uma decisão judicial sobre a credibilidade de um testemunho por exemplo: a incongruência do declarado com as demais evidências já colhidas; contradição de informações; ausência de dados que comumente seriam fornecidos por uma pessoa que estivesse naquela situação.

Levando-se em conta esses critérios objetivos afasta-se a provável e indevida primeira impressão subjetiva que um juiz poderia ter diante de um depoente.

⁴⁵ LÓPEZ, María Luisa Villamarin, op. cit. p. 77.

⁴⁶ LÓPEZ, María Luisa Villamarin, op. cit. 77.

⁴⁷ Op. cit..

A única forma de controlar juridicamente esses fatores subjetivos é voltar-se para o contexto do que foi declarado, e não à pessoa, e objetivamente buscar contradições ou inconsistência no seu teor ou em comparação com as demais provas já colhidas. Para isso a solução racional e motivável é se ater ao conteúdo da declaração da testemunha ou das partes. É por isso que a visão de Masip e Herrero é de grande importância para a valoração da credibilidade de uma declaração, sobretudo quando judicial.

A análise da coerência como método para identificar a mentira é defendida também por Jordi Nieva Fennol.⁴⁸ Aponta como critérios de averiguação para atestar a credibilidade da declaração a coerência e a contextualização do relato; a existência das chamadas “corroborações periféricas” (por exemplo descrição de certos detalhes do lugar) e a inserção de detalhes oportunistas a favor do declarante (apresentação de confirmações supérfluas). Informa que tais critérios não devem ser seguidos rigidamente, mas sim adaptando-se as peculiaridades de cada caso concreto.⁴⁹ E conclui⁵⁰ dizendo que a única possibilidade de descobrir a falsidade de uma declaração é analisá-la de maneira objetiva, e não submeter a um exame a pessoa do declarante, até porque para isso o juiz não tem a mínima formação.”

12. Instrumentos para a Detecção da Mentira com Base em Dados Fisiológicos e Cerebrais: a Velha e a Nova Tecnologia. Polígrafo e a Neurociência.

No final do século XIX, Cesar Lombroso, interessou-se em medir o engano de pessoas, auxiliando investigações policiais, com um aparato recém criado para uso médico que detectava a pulsação, movimento cardíaco e a pressão sanguínea. Em 1914 Vittorio Benussi propôs medir a respiração por tubos colocados sobre o peito do examinado, e com isso observou que o nível da inspiração e expiração era maior antes de dizer a verdade do que de mentir.⁵¹ Esses equipamentos serviriam como base funcional do polígrafo, cujos criadores foram W. Marston y Jonh Larson, em 1915, e aperfeiçoado por Leonard Keller, o qual após melhorar o sistema de gravação dos

⁴⁸ Op. cit. (2010). Pp. 222-229.

⁴⁹ Op. cit. 284.

⁵⁰ Op. cit. p.222.

⁵¹ LÓPEZ, María Luisa Villamarin, op. cit. pp. 31-33.

resultados dos testes iniciou a sua comercialização. A perspectiva inicial quanto ao uso do polígrafo foi que seria ele capaz de demonstrar quando uma pessoa estivesse mentindo. Todavia, Don Grubin, um dos maiores especialistas neste equipamento, percebeu que ele somente registra uma atividade fisiológica referente à excitação do sistema nervoso, que pode estar ligada ou não a uma mentira.

Esta associação praticamente automática entre polígrafo e detecção de mentira gerou muitos equívocos em valorar os resultados da sua utilização.⁵² Em muitos países, como Estados Unidos da América, Polónia, Israel, Alemanha e Bélgica já ocorreu a sua utilização como forma de obtenção de prova judicial. Mas foi exatamente no primeiro país que em 1923 aconteceu o primeiro caso (Frye vs. EUA julgado pela Suprema Corte) em que foi negado a admissibilidade do teste de pressão sanguínea sistólica como prova (o mesmo sistema do polígrafo), sob o argumento que tal exame não era considerado confiável pela comunidade científica em geral. Mais tarde, na década de noventa, uns dos julgados mais emblemáticos sobre a validade da prova técnica - *Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceuticals* - a Suprema Corte Americana pacificou quais são os critérios para a utilização não só do polígrafo, como para qualquer nova técnica relacionada a prova científica. Indicou a Corte que para ser utilizada a técnica necessita: a) que possa ser submetida e tenha sido submetida a exame para comprovar sua solidez científica; b) que tenha sido submetida a revisão por pares e objeto de publicação científica; e c) que tenha sido objeto de reconhecimento ou aceitação geral na comunidade científica.⁵³

É forte a posição que o uso do polígrafo não é confiável para detectar mentiras, pois o medo, o alerta, ou desconcerto podem indicar alteração no quadro fisiológico tal como uma mentira. E por outro lado, uma pessoa pode conseguir controlar sua emoção ou nervosismo e passar mentindo inadvertidamente por este equipamento. Mesmo hoje com algumas técnicas elaboradas para tornarem o polígrafo mais efetivo na detecção de mentira⁵⁴ a conclusão é que “o grave dano que pode causar com uma falso

⁵² LÓPEZ, María Luisa Villamarin, op.cit. p. 33.

⁵³ LÓPEZ, María Luisa Villamarin, op. cit. p. 58.

⁵⁴ Como o *Test de Preguntas Control* (CQT) e o *Test de Control Positivo* (PCT).

culpado, ainda que em uma porcentagem pequena de casos é desaconselhável o uso do polígrafo, podendo no máximo ser usado em complemento a outros procedimentos”.⁵⁵

Por sua vez, o século XXI tem visto uma assombrosa evolução na área da neurociência, o que trouxe a criação de equipamentos aptos a medirem o funcionamento do cérebro de maneira que também podem ser utilizados na detecção de uma mentira. Hoje ainda não com grande precisão de acerto, mas no futuro bem próximo muito talvez. Uma das mais importantes técnicas capazes de medir a atividade cerebral é a chamada RMf (ou fMRI). Por meio dela observa-se que ao mentir há uma maior atividade em certas áreas do cérebro. Essa ativação a mais é medida pela identificação de maior quantidade de oxigênio na hemoglobina na região do cérebro. A quantidade de oxigênio faz com que aumente a intensidade do sinal magnético, que é atestado por imagens tridimensionais.⁵⁶ Este método, no entanto é questionado cientificamente. Além de até 2005 não ter sido testado em humanos, estudos retratam a inexistência de um local exato no cérebro onde a mentira possa estar. Como dizem González e Manzanero ⁵⁷ o ato de mentir é uma atividade complexa que implica múltiplas estruturas cerebrais.

Ultimamente surgiram outras novas e interessantes técnicas na área da neurociência, como o P300 e o N400. Partindo da constatação que os neurônios se acendem eletricamente, e formam um rede de circuitos elétricos, descobriram os investigadores que certas ocorrências sensoriais, motores ou cognitivos provocam flutuações no eletroencefalograma, as quais chamaram de “*potenciales evocados*” ou *event-related potencial*”. Essas técnicas referem-se a detecção de uma onda chamada P300, a qual é obtida em resposta a estímulos visuais e auditivos.⁵⁸ Com base no P300, o pesquisador Lawrence Farwell ⁵⁹ desenvolveu a técnica denominada *brainfingerprinting* para ser usada em investigações policiais. Consiste em um exame de eletroencefalograma mediante sensores colocados no couro cabeludo, de forma não invasiva, com aptidão para medir a resposta do cérebro a certos estímulos que se apresentam, tais como palavras, fotos e frases. Um sistema informático mede e

⁵⁵ GONZÁLES e MANZANERO, Op. Cit. pp. 220/221.

⁵⁶ GONZÁLES e MANZANERO, op. cit. p.225; LÓPEZ, María Luisa Villamarin, op cit. p.83.

⁵⁷ Op. cit. p. 225.

⁵⁸ Estudos feitos pelo Dr. Samuel Sutton.

⁵⁹ LÓPEZ, María Luisa Villamarin, op cit. pp.88 e 89.

informa se o sujeito conhece ou não os dados a ele mostrados. Assim, é capaz de revelar se a pessoa presenciou ou viveu uma situação com aquele objeto. Esta técnica hoje é muito interessante em auxiliar nas investigações criminais, sobretudo para localizar objetos ou vestígios de ilícitos. Mas como o fRMI o P300 e também o mais recente N400 que é uma evolução do P300 (com detecção de ondas de forma mais rápidas) não apresentam ainda validade científica na detecção de mentira.⁶⁰

13. Conclusão.

Desde o método *conductual* ao contextual, e em toda esta travessia com o uso de conhecimento e equipamentos de outras ciências (como a medicina e a psicologia), evidencia-se uma busca: descobrir e provar quando alguém enuncia uma mentira. Como visto a mente humana vem se esforçando para esse fim, com o estudo de movimentos de milésimos de segundo da face, observação da pulsação ou movimentação sanguínea, e as mais avançadas técnicas da neurociência. Pode ser que em um dia em breve, e é provável, a neurociência entregue a verdadeira máquina de detecção de mentira. Todavia, os métodos que analisam a conduta do declarante ou a sua fisiologia, ou mesmo o funcionamento do seu cérebro, não possuem comprovação geral da comunidade científica.

O método racionalmente apto para o fim de apontar e provar uma mentira é o contextual, como esclarecido por Masip e Herrero. Destaca-se nessa tarefa a importância da entrevista ativa, como meio de obter as contradições, inconsistências, e a não corroboração do narrado com os demais meios de prova já obtidos. Esses são elementos aptos a servir de lógica e adequada motivação judicial.

É de se superar o tempo em que a apreciação da credibilidade de uma pessoa ao prestar uma declaração se dava tendo como parâmetro da sua classe social, movimento dos olhos, sua veste, ou impressão por ela transmitida e captada pelo juiz de forma intuitiva. Claro, a subjetividade estará presente em cada julgador, pois, é ele uma pessoa como todas as outras, movida por suas crenças, tradição e emoção, mas

⁶⁰ Gonzáles e Manzanero, op. cit. p. 228.

isto tudo deve ser controlado racionalmente, ao valorar uma prova, com os aparatos trazidos pela ciência.

Referências:

ALCHOURRON, Carlos E; BULYGIN, Eugenio. *Los Limites de La Lógica y El razonamiento juridico*. Título original “Limits of Logic ana Real Reasing”, publicado em A.A. Martino (ed) Preproceedings of the III International Conference no Logica Informatica Diritoo, vol II, Firenze, 1989. Traducción de Eugenio Bulygin.

ALONSO, H; MASIP, J; GARRIDO, E. “La capacidad de los policías para detectar mentiras”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 2009.

ABELLÁN, Marina Gascón. *Los Hechos en el Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Motivación y Racionalidade de la Prueba*. Lima: Editora Jurídica Grijleyi, 2017.

_____. *Prova e Verdade no Direito*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

EKMAN, Paul. *Telling Lies. Clues to Deceit in the Marketplace, Politics, and Marriage*. New York, London: WW. Norton & Company, 2009

_____. *Emotions Revealed. Recognizing faces and feelings to improve communication and emotional Life*. New York: Henry Holt and Company, 2007.

GONZÁLES, José Luis. MANZANERO, Antonio L. *Obtención y Valoración del Testimonio*. Madrid: Editora Pirámede, 2018.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Tercero en Discordia. Jurisdicción y Juez del Estado Contitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 2015.

LAGIER, Daniel Gonzáles. *Quaestio facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. México: Fontamara, 2013.

LÓPEZ, María Luisa Villamarin. *Neurociencia y detección de la verdad y del engaño en el processo penal*. Madrid: Marcial Pons, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção*. 3. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MASIP, Jaume. HERRERO, Carmen. *Nuevas Aproximaciones en Detección de Mentiras. Estrategias Activas de Entrevista e Información Contextual*. Papeles de Psicólogo, 2015. Vol. 36 (2), pp.96-108.

MAZZONI, Giuliana. *Se puede creer a un testigo. El testimonio y las trampas de la memoria*. Trad. José Manuel Revuelta. Madrid. Editorial Trotta, 2010.

NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la Prueba*. Madrid. Barcelona. Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

_____ *La ciencia jurisdiccional: Novedad y Tradición*. Madrid. Barcelona. Buenos Aires: Marcial Pons, 2016.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TWINING, Willian. *Evidence as multi-disciplinary subject*. Law, Probability and Risk, vol. 2, 91-107. Oxford University Press, 2003.

TOULMIN, Stephen. *Los usos de la Argumentación*. Trad. Maria Morrás y Victoria Peneda. Barcelona: Editora Península, 2007.

Tutela penal do desenvolvimento sustentável no ordenamento jurídico brasileiro

*Criminal legal protection of sustainable development in the
brazilian law*

¹ Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo (USP). Diretor e professor da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR), unidade de Londrina. Promotor de Justiça de Entrância Final do Ministério Público do Estado do Paraná, titular no Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Londrina.

RESUMO: O desenvolvimento sustentável se assenta em três pilares fundamentais: o ambiental, o econômico e o social. Sob a perspectiva ambiental, exige-se que o desenvolvimento observe a preservação dos recursos naturais e da biodiversidade. Sob a perspectiva econômica, clama-se que o desenvolvimento propicie adequadas criação e distribuição de riquezas e o acesso a bens imprescindíveis para um patamar mínimo de vida digna. Sob a perspectiva social, impõe-se que o desenvolvimento promova a melhoria da qualidade de vida geral da população e aspire alcançar um nível satisfatório de justiça social e de igualdade substancial entre as pessoas. Para perseguir esses escopos, o Direito coloca à disposição da sociedade um robusto catálogo de instrumentos jurídicos, especialmente de natureza processual. O Direito Penal não fica alheio e também põe seu arsenal coativo a serviço de tais objetivos, mediante a tutela de bens jurídicos supraindividuais relacionados ao desenvolvimento sustentável e à coibição das condutas que lhes sejam atentatórias, destacando-se aí os chamados Direito Penal Ambiental e Direito Penal Econômico e os crimes contra a Administração Pública. O propósito deste artigo é apresentar um panorama da coordenação sistemática desses setores, teleologicamente orientada pela proteção do desenvolvimento sustentável. Para tanto, parte de referenciais teóricos de inspirações garantistas e constitucionalistas e utiliza os métodos histórico, sistemático, indutivo e dedutivo. Conclui que o emprego do Direito Penal nesse campo é legítimo e importante, desde que respeitados os critérios limitadores do *jus puniendi* estatal consistentes na dignidade penal do bem jurídico e na carência de tutela penal.

ABSTRACT: *Sustainable development is based on three fundamental pillars: environmental, economic and social. From the environmental perspective, development is required to observe the preservation of natural resources and biodiversity. From the economic perspective, development is claimed to provide adequate creation and distribution of wealth and access to essential goods for a minimum level of decent living. From the social perspective, development should promote the improvement of the population's general quality of life and achieve a satisfactory level of social justice and substantial equality among people. In order to pursue those scopes, the Law makes available to society a robust catalog of legal instruments, especially of procedural nature. Criminal Law is not kept aside and also puts its coactive arsenal in the service of those objectives, through the protection of supraindividual legal goods related to sustainable development and the restraint of conducts that vulnerate them, highlighting the so-called Environmental Criminal Law and Economic Criminal Law and the crimes against Public Administration. The purpose of this article is to present an overview of the systematic coordination of these sectors, teleologically oriented by the protection of sustainable development. To do so, it departs from theoretical frameworks with garantistic and constitutionalist inspirations and uses the historical, the systematic, the inductive and the deductive methods. It concludes that the use of Criminal Law in this field is legitimate and important, provided there is respect for the limiting criteria of the State's *jus puniendi* consisting of the legal good's criminal dignity and the need for criminal legal protection.*

PALAVRAS-CHAVES: Tutela penal. Desenvolvimento sustentável. Bens jurídicos supraindividuais.

KEYWORDS: *Criminal legal protection. Sustainable development. Supraindividual legal goods.*

INTRODUÇÃO

É corrente e amplamente difundida a percepção de que o desenvolvimento sustentável se assenta em três pilares fundamentais: o ambiental, o econômico e o social.

Sob a perspectiva ambiental, exige-se que o desenvolvimento observe a preservação dos recursos naturais e da biodiversidade, isto é, que as atividades humanas voltadas ao incremento do bem-estar guardem respeito pelos fatores ecológicos e adotem formas não predatórias de manejo e de exploração deles.

Sob a perspectiva econômica, clama-se que o desenvolvimento propicie adequadas criação e distribuição de riquezas e o acesso a bens imprescindíveis para um patamar mínimo de vida digna, vale dizer, que os resultados benéficos oriundos do conjunto das forças produtivas circulem por toda a sociedade e acarretem enriquecimentos proporcionais aos seus membros e a erradicação da pobreza.

Sob a perspectiva social, impõe-se que o desenvolvimento promova a melhoria da qualidade de vida geral da população e aspire alcançar um nível satisfatório de justiça social e de igualdade substancial entre as pessoas, ou seja, que implemente as condições materiais e jurídicas necessárias para o pleno exercício da liberdade, da autonomia e da cidadania por cada ser humano.

A efetivação dos deveres instrumentais e finalísticos inerentes ao desenvolvimento sustentável, por outro lado, passou a ser reconhecida como impostergável responsabilidade dos Estados, perante a comunidade internacional e principalmente perante seus próprios cidadãos, no âmbito interno. Assim, de modo a perseguir o cumprimento daqueles encargos e o atingimento daqueles escopos, o Direito coloca à disposição do corpo social um robusto catálogo de instrumentos jurídicos, especialmente de natureza processual.

O Direito Penal não fica alheio e também põe seu poderoso arsenal coativo a serviço da prossecução do desenvolvimento sustentável, mediante a tutela de bens jurídicos supraindividuais indissociáveis do seu conceito e do seu contexto e da coibição das condutas que sejam atentatórias a tais bens jurídicos, destacando-se aí os chamados Direito Penal Ambiental e Direito Penal Econômico e os crimes contra a Administração Pública.

O propósito deste artigo é apresentar um panorama da coordenação sistemática desses setores, teleologicamente orientada pela proteção do desenvolvimento sustentável, partindo principalmente de referenciais teóricos inclinados à visão garantista e constitucionalmente conformada do Direito Penal.

Para a consecução da tarefa, utilizam-se preferencialmente os métodos histórico, sistemático, indutivo e dedutivo.

O método histórico é empregado para resgatar, em linhas gerais e sem quaisquer pretensões de especificidade e completude, as origens e a evolução da noção de desenvolvimento sustentável até a sua atual e mais aceita configuração.

O método sistemático é usado para agregar e coordenar os bens jurídico-penais supraindividuais protegidos pelo Direito Penal Ambiental, pelo Direito Penal Econômico e pelos delitos contra a Administração Pública em órbita do conceito de desenvolvimento sustentável, tomado como eixo teleológico que os conecta.

Os métodos indutivo e dedutivo, por fim, são utilizados para operacionalizar o trabalho a partir de categorias generalizantes – necessárias em face dos estreitos limites do artigo – e conferir a aplicabilidade delas a situações mais particularizadas.

A primeira seção do texto se dedica a traçar um brevíssimo retrospecto sobre o desenvolvimento sustentável, das suas primeiras manifestações sentidas até a sua corrente e abrangente conceituação.

A segunda seção se dedica a analisar a natureza normativa do desenvolvimento sustentável no ordenamento jurídico brasileiro, dentro da classificação das normas jurídicas que as distingue em regras e princípios, bem como a buscar as suas fontes positivadas.

A terceira seção tece considerações sobre a tutela jurídico-penal do desenvolvimento sustentável no Direito brasileiro, especialmente por meio dos sub-ramos conhecidos como Direito Penal Ambiental e Direito Penal Econômico e dos crimes contra a Administração Pública.

Por fim, a conclusão sintetiza e correlaciona as principais questões abordadas.

1. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: SUCINTO RETROSPECTO E ATUAL CONFIGURAÇÃO

A ideia de desenvolvimento sustentável deita raízes bastante remotas, embora a utilização do aludido termo somente tenha obtido formalização há pouco mais de três décadas.

Com efeito, a criação de reservas florestais já era realizada por diferentes povos da Antiguidade, fosse por razões religiosas, fosse para garantir a prática da caça, passando a se tornar algo comum durante a Idade Média. No final do século XVIII, autores como Thomas Malthus externaram preocupação com a relação entre o crescimento populacional e a capacidade de produção de alimentos. A partir da evolução e do encorpamento dessas noções iniciais de criação de espaços protegidos e de cuidado com o manejo e o consumo não predatórios dos bens naturais, emergiu nos Estados Unidos da América, no final do século XIX, um verdadeiro movimento ambiental, conquanto apresentasse vertentes de pensamento que propugnavam soluções diversas para os problemas identificados, como as mais tarde denominadas correntes *preservacionista* e *conservacionista* (BULZICO; GOMES, 2010, n. II.1).

O termo *desenvolvimento sustentável* propriamente dito, explicado como o desenvolvimento que corresponde às necessidades do presente sem comprometer as possibilidades das gerações futuras de satisfazerem suas próprias necessidades vitais, só veio a ser consignado formalmente – e dali em diante consagrado – no texto do chamado “Relatório Brundtland” (“*Our Common Future*” ou “Nosso Futuro Comum”), elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU) e trazido a lume no ano de 1987. Desde então, passou a ser uma meta vislumbrada por toda a comunidade internacional para a proteção do meio ambiente, reputado um verdadeiro direito humano de terceira geração ou dimensão (BULZICO; GOMES, 2010, n. II.1; SILVEIRA, 2018, n. 3).

Ao longo dos anos seguintes, o conceito de desenvolvimento sustentável – que, como se viu, mostrava preponderante faceta *ambiental* – incorporou outros componentes, notadamente de cunhos *econômico* e *social*. Isso se deu, em especial, por obra e influência da Agenda 21, de 1992, dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, de 2000, e da Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável,

de 2002, todos editados no âmbito do sistema internacional das Nações Unidas (MILARÉ, 1997; FERRER, 2015, n. 1.1; PAGLIARINI; SOARES, 2017, n. 4).

De fato, existe hoje um amplo consenso de que o desenvolvimento sustentável envolve a ideia de uma integração entre a proteção ambiental e os desenvolvimentos social e econômico. O princípio da integração – entendido como o núcleo filosófico subjacente ao conceito em tela – remete, portanto, ao reconhecimento da inter-relação entre desenvolvimento e erradicação da pobreza, proteção ambiental e respeito aos direitos humanos, aliado a uma abordagem holística dos objetivos dessas áreas. Idealisticamente, não se trata apenas de reunir os pilares do crescimento econômico, da proteção ambiental e do desenvolvimento social, mas também de compreender que o desenvolvimento sustentável somente pode ser alcançado se não houver perda em qualquer deles (OLIVEIRA; DINIZ, 2017, n. 3).

O atual paradigma do desenvolvimento sustentável traduz, destarte, um conceito amplo, multidimensional e inter-relacional, que abrange tanto *meios* quanto *fins*, tais como justiça social e desenvolvimento econômico, bens materiais e bem-estar humano, investimento social e empoderamento (*empowerment*) de pessoas e/ou grupos vulneráveis, atendimento das necessidades básicas e estabelecimento de redes de segurança, sustentabilidade ambiental para as gerações atuais e futuras e garantia dos direitos humanos (civis, políticos, sociais, culturais, econômicos e ambientais). Emblemático dessas amplitude, multidimensionalidade e inter-relações, ademais, é o emprego pela ONU de distintos indexadores para medir o desenvolvimento de um país e de uma sociedade, tais como o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) e o IDH Municipal (IDHM), o Índice de Pobreza Humana (IPH), o Índice de Desenvolvimento Humano ajustado por Gênero (IDG) e a Medida de Empoderamento de Gênero (MEG), dentre outros similares (PAGLIARINI; SOARES, 2017, n. 4).

2. A NATUREZA NORMATIVA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Não há dúvida de que o desenvolvimento sustentável foi albergado pelo ordenamento jurídico pátrio e, mais do que um mero ideal político a ser perseguido

pela sociedade e pelo Estado em favor dela, ostenta *natureza normativa* (RODRIGUES JR., 2014, n. 1).

Pode-se conceituar a *norma jurídica* como uma estrutura de sentido deôntica, extraída de um antecedente (*prius*) significativo-comunicacional e assentada em uma valoração positiva ou negativa, a partir de critérios jurídicos, tendo por objeto uma conduta humana, sendo apreensível logicamente e expressável linguisticamente sob a forma de proposição hipotético-condicional prescritiva, trazendo um vetor permissivo ou mandamental (preceptivo ou proibitivo) e apresentando pretensões de decidibilidade de conflitos (isto é, de se tornar norma de decisão), vinculatividade (ou seja, de conformar concreta e imperativamente a conduta, inclusive, muitíssimas vezes, sob a ameaça de sanção) e exclusividade (quer-se dizer, de prevalecer sobre outras normas não jurídicas). Tal conceituação procura cobrir todos os aspectos componentes da experiência jurídica, isto é, o *deontológico* (plano do *dever-ser*), o *axiológico* (plano do *valor*), o *ontológico-normativo* (plano do *ser do ordenamento jurídico*), o *lógico* (plano da *racionalidade jurídica*), o *coercitivo* (plano do *poder*) e o *fenomenológico* (plano da *eficácia social*) (LIMA, 2013, p. 40-41).

Dentro da tipologia das normas jurídicas, outrossim, o desenvolvimento sustentável caracteriza um verdadeiro *princípio jurídico* (RIBEIRO, 2002, n. 1.3 e 2; SILVA, 2011, n. 3.3; CALIENDO; RAMMÊ; MUNIZ, 2014, n. 3; RODRIGUES JR., 2014, n. 1; ROCHA, 2015, n. 3.1).

A literatura sobre o modo de entender a diferença entre os princípios jurídicos e as regras jurídicas é vasta e constitui, por si mesma, uma demonstração eloquente não só do caráter problemático, senão também da relevância dessa distinção, que tem se prestado a uma atenção crescente (ZAGREBELSKY, 2009, p. 109).

Predomina na doutrina a diferenciação chamada de *estrutural* ou *qualitativa* entre regras e princípios, proposta inicialmente por Ronald Dworkin e refinada especialmente por Robert Alexy, segundo a qual as espécies normativas em tela se distinguem por suas *estruturas lógicas*, reveladoras de suas respectivas e contrastantes *qualidades* (DWORKIN, 2010, p. 35-50; ALEXY, 2008, p. 85-120; CANOTILHO, 2002, p. 1145-1150; CAMBI, 2009, p. 90-97; SILVA, 2010, p. 44-56).

As apontadas diferenças são muito bem resumidas por J. J. Gomes Canotilho (2002, p. 1147-1148, *sic*):

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *optimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky); a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de optimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à “lógica do tudo ou nada”), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. [...] Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de *validade* (se elas não são correctas devem ser alteradas).

Humberto Ávila (2009, p. 68-79), ao seu turno, sustenta que as normas jurídicas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos normativos (textos) e dos seus significados usuais. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas nos textos e nem a eles pertencem, mas são, antes, produzidas pelo próprio intérprete. Em sua visão, as regras jurídicas são normas *imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência*, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Já os princípios jurídicos são normas *imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade*, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Sob essas óticas, portanto, evidencia-se a natureza principiológica do desenvolvimento sustentável.

Com efeito, a concepção de desenvolvimento sustentável já alcançou o *status* de um princípio do Direito Internacional contemporâneo, que obriga os Estados nacionais a interpretarem e aplicarem as normas internacionais pertinentes ao desenvolvimento econômico, aos direitos humanos, à conservação do meio ambiente e à promoção da diversidade cultural de modo a se harmonizarem e coexistirem pacificamente (RODRIGUES JR., 2014, n. 3).

O Brasil, na condição de membro da comunidade internacional, está compelido a observar tanto no âmbito externo quanto no interno o princípio do desenvolvimento sustentável. Internamente, o referido princípio vincula os três Poderes, no momento de produção de novas medidas legislativas, no processo de interpretação/aplicação de normas legais e quando se está diante de questões envolvendo conflitos de interesse de ordem ambiental, econômica e/ou social (RODRIGUES JR., 2014, n. 3).

Refletindo os compromissos assumidos perante a comunidade internacional, o princípio do desenvolvimento sustentável, na sua tríplice perspectiva – repita-se, ambiental, econômica e social –, está igualmente incrustado no estrato constitucional, sendo inferido de uma interpretação sistemática e teleológica de toda a Lei Maior e, mais diretamente, dos textos do art. 1º (os fundamentos da República Federativa do Brasil: cidadania, dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da iniciativa privada), do art. 3º (os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), dos arts. 5º, 6º e 193 e seguintes (o amplo catálogo de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações ou dimensões), do art. 170, *caput* (princípios que regem a ordem econômica: propriedade privada, função social da propriedade, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras), e do art. 225 (direito ao meio ambiente equilibrado e deveres de proteção) (RODRIGUES JR., 2014, n. 3).

O cunho finalístico-prospectivo que define o desenvolvimento sustentável como princípio jurídico e os elementos estruturais que o compõem deverão ser sempre perseguidos na atuação estatal, independentemente do contexto temporal ou temático em que ela ocorra. Tais componentes precípuos servirão inafastavelmente como referências, critérios ou pautas para a validação dos procedimentos exigidos para a promoção do desenvolvimento sustentável. Assim, as condutas que visem à implementação do desenvolvimento sustentável, adotadas de forma flexível nos diferentes âmbitos e épocas, deverão coadunar com o cerne material e constante que compõe o conceito. Com efeito, as ações dirigidas à consecução do desenvolvimento sustentável só cumprirão seu propósito se congruentes com os elementos essenciais da noção, com o seu núcleo conceitual (OLIVEIRA; DINIZ, 2017, n. 3).

Por fim, sob o prisma da identificação de situações jurídicas subjetivas a partir da relação *norma-sujeitos destinatários*, não soa descabido afirmar que o princípio do desenvolvimento sustentável dá margem mesmo a um *direito fundamental*, na esteira do que preceitua o art. 5º, § 2º, da CF/1988. Em verdade, tal reconhecimento é de certo modo lógico, tendo em vista a própria natureza do Estado Democrático de Direito e os escopos que este almeja (SANTOS, 2011, n. 5; SILVEIRA, 2018, n. 3).

Tratar-se-ia, outrossim, de um *direito fundamental supraindividual*, mais especificamente *difuso*, dadas a indivisibilidade do seu objeto, a pluralidade e a indeterminabilidade de seus titulares e a desnecessidade de existência de uma relação jurídica base entre eles, diga-se, a ligação deles por circunstâncias meramente fáticas, nos moldes da definição trazida no art. 81, par. ún., inc. I, do Código de Defesa do Consumidor.

3. TUTELA JURÍDICO-PENAL DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: DIREITO PENAL AMBIENTAL, DIREITO PENAL ECONÔMICO E CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Direito Penal é certamente o mais intenso e agressivo instrumento de intervenção estatal sobre a esfera de liberdades das pessoas. Com efeito, na ótica do nosso sistema jurídico, as suas sanções, via de regra, podem chegar ao extremo de

cercear de maneira concreta a mais emblemática dessas liberdades, que é a liberdade de locomoção do ser humano.

Assim, compreendido como ramo do ordenamento jurídico, o Direito Penal se distingue precisamente pelo meio de coação com que atua, que é a pena criminal (FRAGOSO, 1976, p. 3).

Devido a tais características e severas repercussões, pode-se considerar já um truísmo na doutrina jurídico-penal comprometida com os princípios, valores e corolários do Estado Democrático de Direito e com a preservação das liberdades públicas frente ao autoritarismo que a interferência do Direito Penal somente é legítima quando se lhe reserva a *função de proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais*, isto é, quando aquela se assenta nos critérios da *dignidade penal do bem jurídico* e da *carência de tutela penal* (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1989, p. 103-105; SÁNCHEZ, 1992, p. 267 ss; DIAS; ANDRADE, 1997, p. 405-408; LUISI, 2003, p. 38-46; ROXIN, 2008, p. 32-36; SCHÜNEMANN, 2013, p. 69-90).

No caso brasileiro, esses vetores são implicitamente albergados na Lei Maior, decorrendo de um abrangente regime constitucional-penal.

Trata-se, antes de mais nada, de buscar no sistema jurídico um *conceito material de crime*, vinculante do labor legislativo tanto no *aspecto positivo* – exigência fundada de intervenção penal – quanto no *aspecto negativo* – impedimento do uso irracional da intervenção penal. Nessa linha, é bastante firme na dogmática jurídico-penal, tanto nacional quanto estrangeira, o entendimento que situa no cerne do conceito material de crime o *bem jurídico*: a conduta é materialmente criminosa se lesiona ou expõe a perigo um bem jurídico relevante para o convívio das pessoas em sociedade.

O bem jurídico não é apenas um esquema conceitual que intenta proporcionar solução técnica acerca do conteúdo do juízo de desvalor do injusto penal. Ele é o bem (material ou imaterial) ou a situação valiosa da vida individual ou social que se procura assegurar, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo Direito. É, assim, o bem (material ou imaterial) ou a situação valiosa do mundo humano que aufere proteção pelo Direito, que o ordenamento reconhece e a cuja

preservação dispõe a norma jurídica. Mesmo os bens jurídicos de configuração mais abstrata ou ideativa, como a fé pública, a saúde pública e outros relativos a delitos que atingem a coletividade, não deixam de se ancorar na concreta realidade social (FRAGOSO, 1976, p. 286).

Contudo, ainda que um bem jurídico seja inequivocamente digno da proteção penal, esta não deve ser encarada como a *prima ratio* do sistema jurídico, mas somente como um instrumento excepcional e subsidiário perante os previstos nos demais ramos. Isto é, o Direito Penal merece ser chamado a atuar quando for o único mecanismo legal capaz de proporcionar o resguardo do bem jurídico em face de ameaças e lesões, diga-se, quando houver efetiva carência de tutela penal.

No que tange à questão da necessidade e da compatibilidade democrática do elastecimento da proteção penal para abarcar bens jurídicos difusos e coletivos, “heterodoxos” aos padrões tradicionais do Direito Penal de feição liberal, entre os quais sobressaem o meio ambiente e a ordem econômica, em seus multifacetados aspectos, já vem sendo discutida há algumas décadas. Os posicionamentos científicos perpassam variados matizes, indo – em um polo, no quadrante das tendências abolicionistas e extremamente minimalistas da repressão penal – desde a radical e peremptória negação de legitimidade ao alargamento dos espaços do Direito Penal até – no outro polo, no quadrante das tendências funcionalistas sistêmicas – à admissão mais intensa desse alargamento, que inclusive questiona ou nega a própria utilidade do conceito de bem jurídico-penal como elemento fundante e limitador do *jus puniendi*.

Pode-se afirmar que, nesse frutífero debate, prevalece o entendimento que consubstancia um “meio-termo”: o que, sem abdicar da posição central do bem jurídico como objeto de tutela e da vinculação às garantias limitadoras do poder punitivo estatal – embora por vezes defendendo algumas adaptações e acomodações delas às novas realidades tuteladas –, compreende legítima a intervenção penal em domínios da vida social típicos das transformações experimentadas no decorrer do século XX e nestas quase duas primeiras décadas do século XXI. Assim, preconiza a dignidade penal dos bens jurídicos supraindividuais desvelados pelas mutações

advindas da sociedade pós-industrial, do risco e de massa e a sua correlativa carência de tutela penal, em casos de sérias turbações.

Com efeito, ressaltando bastante claro que, nos dias atuais, preservar a noção de bem jurídico-penal implica aceitar também a existência de bens difusos e coletivos, os quais, em última análise, são aqueles que permitem o desenvolvimento integral do ser humano, incidindo sobremaneira no aspecto social da vida. Por consequência, deve-se recusar uma descabida restrição do conceito de bem jurídico aos de natureza puramente individual, atribuíveis a pessoas singulares, aceitando-se a legitimidade dos bens supraindividuais perante o Direito Penal. Logo, apesar de haver sofrido fortes transformações em sua configuração, o bem jurídico prossegue ocupando lugar fundamental no que tange à justificação e à limitação da atividade repressiva penal (DIAS, 1999, p. 74; YACOBUCCI, 2005, p. 97-98).

O reconhecimento da legitimidade da proteção penal de bens jurídicos supraindividuais também implicou séria discussão da possibilidade de responsabilização criminal de pessoas jurídicas quanto à delinquência que os afete.

É amplamente percebido que as formas mais socialmente ofensivas das criminalidades ambiental e econômica têm origem, hodiernamente, em grandes e poderosas corporações. Também a comercialização de produtos lesivos à saúde é um problema cada vez maior para o ordenamento jurídico-penal, uma vez que, nestes casos, quando se pratica uma conduta delituosa, é frequentemente difícil, ou mesmo impossível, descobrir as pessoas naturais realmente responsáveis dentro da estrutura da pessoa jurídica, pois a cadeia causal se distribui e se dilui entre vários sujeitos e a contribuição de cada um deles se mostra de tormentosa aferição. Outrossim, também não se consegue enfrentar de modo eficaz os perigos que emanam de um grande ente empresarial com a singela punição de um indivíduo substituível de seus quadros. Ao contrário, sanções que se acoplam a uma falha da organização da sociedade podem ter intensos efeitos preventivos (ROXIN, 2008, p. 27-28; CAFFARENA, 1998, n. I; DANNECKER, 2001, n. I.1).

De fato, raras vezes se aplicam penas a pessoas diversas dos agentes diretos das transgressões, lembrando-se que costumam ser trabalhadores de escalões inferiores. A punição desses agentes diretos é inócua, visto que eles são

absolutamente intercambiáveis e porque não ostentam qualquer poder para influir sobre o comportamento do ente coletivo a que estão vinculados. De outro lado, sempre que se pretende o apenamento dos verdadeiros responsáveis – habitualmente aqueles que detêm os cargos de direção –, esbarra-se nas notórias dificuldades probatórias inerentes ao âmbito da criminalidade empresarial (SHECAIRA, 2012, n. 3).

Constata-se que uma das vantagens mais importantes da introdução de um sistema autônomo de responsabilidade penal de pessoas jurídicas – vale dizer, independente da responsabilização individual de pessoa natural – é a promoção de uma cultura de cumprimento da legalidade por parte delas. Isto é, se as sociedades empresárias podem evitar sofrer a imposição de uma pena através da institucionalização de uma verdadeira e efetiva cultura de fidelidade ao Direito, isso constituirá um incentivo para que adotem programas de conformidade (*compliance programs*) que reduzam o risco de cometimento de ilícitos penais. Se, ao contrário, não é premiado adequadamente o ente coletivo cumpridor da legalidade, então os comportamentos corporativos que produzem tanto dano social seguirão acontecendo (DÍEZ, 2013, n. 1).

Fundamentar a responsabilidade penal da pessoa jurídica na organização e na cultura empresariais não somente é mais justo, como também mais eficaz. É mais justo porque distingue adequadamente entre os cidadãos corporativos fiéis ao Direito e aqueles que não o são; seria injusto considerar iguais duas sociedades, uma dotada de sistema de conformidade (*compliance*) efetivo e outra carecedora de qualquer mecanismo desse jaez. E é mais eficaz porque, ao permitir às pessoas jurídicas evitar a responsabilidade penal mediante uma organização correta e uma cultura de cumprimento da legalidade, elas realizarão grandes esforços para implementar tais exigências (DÍEZ, 2013, n. 1).

A responsabilidade penal das pessoas jurídicas foi introduzida no nosso ordenamento jurídico por obra do constituinte originário, que se referiu ao tema nos arts. 173, § 5º, e 225, § 3º, da CF/1988, no que concerne, respectivamente, aos crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular e aos delitos cometidos contra o meio ambiente (BELLO FILHO, 2015, n. 1). Todavia, até o momento,

ela só foi implementada *pleno jure* para as infrações penais ambientais, por força da Lei 9.605/1998.²

Embora na primeira década que intermediou a promulgação da CF/1988 e o advento da Lei dos Crimes Ambientais tenha havido tergiversação, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, no que tange à efetiva admissão da responsabilização criminal das pessoas jurídicas, ela hoje se encontra consolidada, seja entre os teóricos do Direito Penal, seja nos tribunais, inclusive no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. O brocardo latino *societas delinquere non potest* apenas pode apoiar posicionamentos *de lege ferenda*, e em sede de reforma constitucional, pois não tem o condão de inverter a dicção de enunciados normativos claros e vigentes, os quais, ademais, refletem uma tendência político-criminal mundial (BELLO FILHO, 2015, n. 1; SHECAIRA, 2011, p. 121-133).

De todo o exposto até agora, resulta fácil notar que o Direito Penal tem sido invocado cada vez mais para prestar a sua tutela a bens jurídicos supraindividuais indissociáveis do conceito e do contexto do desenvolvimento sustentável, que têm neste um *eixo teleológico comum* ao redor do qual orbitam. É nesse sentido que entendemos pertinente falar em *tutela jurídico-penal do desenvolvimento sustentável*.

Melhor esclarecendo, não reputamos o desenvolvimento sustentável, em si mesmo, um bem jurídico. Como referimos na seção anterior, trata-se de um princípio jurídico, uma espécie de norma jurídica com viés finalístico-prospectivo e tessitura flexível. Ele serve, portanto, de *elemento agregador* para uma *coordenação sistemática* dos bens jurídicos supraindividuais e respectivos meios jurídico-penais de tutela relacionados com seus três pilares – o ambiental, o econômico e o social. Destacam-se aí os *bens jurídicos categoriais* meio ambiente, ordem econômica e Administração Pública, objetos, respectivamente, dos chamados Direito Penal Ambiental e Direito Penal Econômico e dos crimes contra a Administração Pública.

² “Art. 3º. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.”

Bem jurídico categorial é um objeto genérico de proteção, que engloba uma série de aspectos ou nuances capazes de serem pinçados pelo legislador na formulação dos tipos penais. Cada um desses aspectos ou nuances que se torna protegido em um tipo legal de infração penal é um *bem jurídico específico (ou em sentido técnico)*, ou seja, a objetividade jurídica própria da figura criminosa (PRADO, 2005, p. 128; PRADO, 2007, p. 38).

Assim, o meio ambiente é um bem jurídico categorial, enquanto a fauna e a flora são, respectivamente, os bens jurídicos específicos dos tipos incriminadores insculpidos nos arts. 29 e 38 da Lei 9.605/1998; a ordem econômica é um bem jurídico categorial, enquanto a coibição do abuso do poder econômico e a livre concorrência são bens jurídicos específicos do tipo incriminador previsto no art. 4º, inc. II, da Lei 8.137/1990; a Administração Pública é um bem jurídico categorial, enquanto o patrimônio público e a moralidade administrativa, de um lado, e a confiabilidade, a integridade e a veracidade das informações constantes de sistemas informatizados e bancos de dados do Poder Público, de outro, são, respectivamente, os bens jurídicos específicos dos crimes de peculato (art. 312 do CP) e de inserção de dados falsos em sistemas de informação (art. 313-A do CP).

Entre o bem jurídico-penal categorial e o bem jurídico-penal específico há uma conexão inafastável, visto que o primeiro não existe, como entidade jurídico-penal, sem o último. Por outro lado, o bem jurídico-penal específico consiste em uma manifestação menos abstrata que revela o categorial.

Vejamos os relacionamentos do Direito Penal Ambiental, do Direito Penal Econômico e dos crimes contra a Administração Pública com o desenvolvimento sustentável.

Quanto ao Direito Penal Ambiental, o vínculo é por demais óbvio: tal subramo – não-autônomo, porém especializado – do Direito Penal guarda completa pertinência com o pilar ambiental do desenvolvimento sustentável, protegendo bens jurídicos supraindividuais sem os quais aquele simplesmente restaria inviabilizado.

Como afirmamos linhas atrás, e sob a perspectiva dogmática jurídico-penal, o meio ambiente consiste em um bem jurídico categorial, um objeto genérico de tutela,

que engloba uma série de aspectos ou nuances capazes de serem pinçados pelo legislador na formulação dos tipos penais, justamente os bens jurídicos específicos (ou em sentido técnico) das figuras delitivas. Dentre os mencionados aspectos ou nuances, frisam-se a fauna, a flora, a biodiversidade, os recursos naturais, a qualidade do ar e da água e as interações ecológicas entre todos estes e entre eles e a humanidade, por exemplo, inseparáveis da ideia de desenvolvimento sustentável e contemplados nos arts. 29 e seguintes da Lei 9.605/1998.

Ao seu turno, o Direito Penal Econômico dispensa proteção tanto ao pilar econômico quanto ao pilar social do desenvolvimento sustentável, o que se compreenderá logo em seguida à explicação da abrangência desse sub-ramo – também não-autônomo, porém especializado – do ordenamento jurídico-penal no Brasil.

Vale deixar claro que a historicidade, o dinamismo e o caráter principalmente nacional do Direito Penal Econômico, determinado que é pelas opções político-jurídicas de cada Estado no que concerne à disciplina normativa da ordem econômica – que podem ir de tendências mais liberais e descentralizadoras a tendências mais sociais-estatizantes e centralizadoras – e por seus reflexos nas opções político-criminais quanto à intervenção penal nesse domínio da vida comunitária, tornam sobremaneira dificultosa uma conceituação dele que logre cumprir pretensões de completude, generalidade e perenidade sem correr o risco de recair na vagueza e na porosidade, ao procurar englobar sob um mesmo “rótulo” realidades as mais diversas e não raro colidentes entre si (DIAS; ANDRADE, 2000, p. 80-81; CERVINI, 2003, n. 1.1; SCHMIDT, 2014, n. 1 e 3).

Porém, um substrato se mantém constante na noção de disciplina normativa da ordem econômica, a qual é pressuposto do Direito Penal Econômico: a concepção de um *Estado regulador*, presente, ainda que a sua presença se possa sentir em variáveis medidas e intensidades. O modelo de Estado regulador, na seara econômica, é aquele que busca, através da equilibrada relação entre políticas de renda, monetária, fiscal, financeira, cambial e econômica (*stricto sensu*), o fino ajuste do convívio dialógico entre as exigências do *welfare state* e a “mão invisível” do mercado (SCHMIDT, 2014, n. 3).

Nessa linha, e para efeito de proteção penal, a ordem econômica *lato sensu* pode ser apreendida como ordem econômica do Estado, que abrange a intervenção estatal na economia e a organização, o desenvolvimento, a produção, a conservação, a circulação, a distribuição e o consumo dos bens econômicos, inclusive serviços (PRADO, 2007, p. 37).

Tal compreensão de ordem econômica agasalha as ordens tributária, financeira, monetária e cambial, a defesa da concorrência, a coibição do abuso do poder econômico e a regularidade das relações de consumo, entre outros setores, e constitui um bem jurídico-penal supraindividual, genericamente considerado – bem jurídico categorial, como já visto –, o que, por si só, não exclui a tutela de interesses individuais. Fundamenta-se assim, na esfera penal, um conceito amplo de delito econômico, mas não totalizador ou amplíssimo (PRADO, 2007, p. 38).

Importa frisar que o conteúdo econômico do bem jurídico não está restrito a uma concepção patrimonial individual, mas cede espaço a uma concepção econômica supraindividual. A lesão ou a exposição a perigo dos bens jurídicos supraindividuais outorga uma nova dimensão à criminalidade econômica (RIOS, 2000, n. 1).

De tudo isso, percebe-se que o Direito Penal Econômico dispensa proteção ao pilar econômico do desenvolvimento sustentável ao reprimir condutas que contrariem a sua aspiração de propiciar adequada criação e distribuição de riquezas e o acesso a bens imprescindíveis para um patamar mínimo de vida digna, impedindo ou dificultando que os resultados benéficos oriundos do conjunto das forças produtivas circulem por toda a sociedade e acarretem enriquecimentos proporcionais aos seus membros e a erradicação da pobreza. É o que se dá, especialmente, por meio das disposições penais que tutelam a livre concorrência e o uso legítimo e moderado do poder econômico (por exemplo, o art. 4º da Lei 8.137/1990), as circulações financeira, monetária e de valores mobiliários e a política cambial (por exemplo, arts. 27-C a 27-F da Lei 6.385/1976 e Lei 7.492/1986) e a higidez das relações consumeristas (por exemplo, arts. 61 a 79 do CDC e art. 7º da Lei 8.137/1990).

Por outro lado, nota-se que o Direito Penal Econômico dispensa proteção ao pilar social do desenvolvimento sustentável ao reprimir condutas que contrariem a sua aspiração de promover a melhoria da qualidade de vida geral da população e buscar

alcançar um nível satisfatório de justiça social e de igualdade substancial entre as pessoas. É o que se dá por meio dos tipos penais que tutelam as finanças públicas (arts. 315 e 359-A a 359-H do Código Penal), a ordem tributária (art. 334 do CP e arts. 1º a 3º da Lei 8.137/1990) e o sistema previdenciário (arts. 168-A e 337-A do CP), bens jurídicos com impactos diretos e inevitáveis na arrecadação, na gestão e na distribuição de recursos públicos e, por conseguinte, na consecução e no desempenho das políticas públicas sociais que o Estado deve executar para implementar as condições materiais e jurídicas necessárias ao pleno exercício da liberdade, da autonomia e da cidadania de cada ser humano, com destaque para as áreas da educação, da saúde pública, da seguridade social e da segurança pública.

Finalmente, e do mesmo modo, os tipos penais que definem crimes contra a Administração Pública também dispensam proteção ao pilar social do desenvolvimento sustentável ao reprimirem a malversação do patrimônio público e o descumprimento de deveres estatais que possam comprometer as citadas políticas públicas sociais. A propósito, sobressaem os dispositivos que preveem os chamados *delitos funcionais* – infrações penais praticadas por funcionários públicos, na acepção ampla do art. 327 do CP, contra a Administração Pública –, a exemplo do peculato (arts. 312 e 313 do CP), da concussão (art. 316 do CP), da corrupção passiva (art. 317 do CP), da prevaricação (art. 319 do CP) e dos delitos especiais próprios de prefeitos municipais (art. 1º do Decreto-lei 201/1967), sem olvidar a corrupção ativa (art. 333 do CP) e os crimes licitatórios (arts. 89 a 98 da Lei 8.666/1993).

CONCLUSÃO

O desenvolvimento sustentável, como tivemos a oportunidade de expor, já era uma ideia intuída desde muito tempo na História da humanidade, conquanto sua expressão mais bem delineada tenha surgido há pouquíssimo mais de três décadas.

Na virada do século XX para o século XXI, outrossim, a noção expandiu seus contornos e ganhou sua hoje amplamente reconhecida e aceita tríplice perspectiva. Desse modo, suas aspirações atualmente se voltam aos campos ambiental, econômico e social.

No plano jurídico, o desenvolvimento sustentável configura um princípio de Direito Internacional cogente aos Estados perante a comunidade mundial e perante seus próprios cidadãos, bem como, sob a ótica estrita do sistema normativo brasileiro, um princípio jurídico de assento constitucional, que origina um verdadeiro direito fundamental difuso.

No quadro de mecanismos legais destinados a conferir efetividade ao princípio do desenvolvimento sustentável, o Direito Penal aparece com enorme relevância, pois tutela bens jurídicos supraindividuais indissociáveis do seu conceito e do seu contexto, especialmente por intermédio dos chamados Direito Penal Ambiental e Direito Penal Econômico e dos crimes contra a Administração Pública. O princípio do desenvolvimento sustentável, assim, surge como um eixo teleológico ao redor do qual aqueles bens jurídicos supraindividuais e seus meios jurídico-penais de proteção podem ser agregados e coordenados sistematicamente.

O Direito Penal Ambiental, como ressoa bastante óbvio, presta tutela ao pilar ambiental do desenvolvimento sustentável, defendendo o bem jurídico-penal categorial meio ambiente em seus multifacetados aspectos, tomados como bens jurídico-penais específicos de tipos penais incriminadores previstos na legislação brasileira, com destaque para a Lei 9.605/1998.

O Direito Penal Econômico, por sua vez, presta tutela tanto ao pilar econômico quanto ao pilar social do desenvolvimento sustentável, defendendo o bem jurídico-penal categorial ordem econômica em seus também múltiplos elementos, que, da mesma maneira, configuram bens jurídico-penais específicos de tipos penais incriminadores previstos no Código Penal e na legislação extravagante. O pilar econômico é protegido, em suma, ao se coibirem abusos de concentração do poder econômico, práticas anticoncorrenciais, fraudes financeiras e infrações à lisura das relações consumeristas, enquanto o pilar social é protegido pela repressão de condutas lesivas à arrecadação e correta gestão e distribuição de recursos públicos, notadamente os direcionados às políticas públicas sociais.

Por fim, os crimes contra a Administração Pública prestam tutela ao pilar social do desenvolvimento sustentável ao defenderem o bom uso do patrimônio

público e o cumprimento dos deveres estatais relacionados, de igual forma, com as políticas públicas sociais.

Não resta dúvida, por isso, que os bens jurídicos supraindividuais categoriais meio ambiente, ordem econômica e Administração Pública, naqueles sentidos inerentes ao desenvolvimento sustentável, são evidentemente dignos de proteção penal. Contudo, também é certo que somente as ações e omissões mais graves que os aviltem devem ser sancionadas com penas criminais, observando-se as normas constitucionais fundamentadoras e limitadoras do *jus puniendi* e guardando-se, tal como em outros âmbitos da intervenção penal, o seu caráter de *ultima ratio*, ante a sua intensa e agressiva interferência sobre a esfera de liberdades das pessoas.

REFERÊNCIAS

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

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BELLO FILHO, Ney de Barros. Responsabilidade criminal da pessoa jurídica por crimes contra o ambiente: um balanço após 27 anos de Constituição. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 80, p. 233-256, nov./dez. 2015.

BULZICO, Bettina Augusta Amorim; GOMES, Eduardo Biacchi. Desenvolvimento sustentável e direito humano ao meio ambiente: breves apontamentos. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Tarragona, v. 1, n. 1, p. 1-22, jan./jun. 2010.

CAFFARENA, Borja Mapelli. Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal. *Revista Penal*, Barcelona, v. 1, p. 43-53, jan./jun. 1998.

CALIENDO, Paulo; RAMMÊ, Rogério; MUNIZ, Veyzon. Tributação e sustentabilidade ambiental: a extrafiscalidade como instrumento de proteção do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 76, p. 471-489, out./dez. 2014.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CERVINI, Raúl. “Derecho penal económico: concepto y bien jurídico”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 43, p. 81-108, abr./jun. 2003.

DANNECKER, Gerhard. Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tradução de Ana Cristina Rodríguez Yagüe. *Revista Penal*, Barcelona, v. 7, p. 40-54, jan./jun. 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delincente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997.

_____. Problemática geral das infracções contra a economia nacional. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 64-98.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: exposição e respostas às críticas formuladas. Tradução de Carolina de Freitas Paladino e Natália de Campos Grey. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 100, p. 415-451, jan./fev. 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERRER, Gabriel Real. “La sostenibilidad tecnológica y sus desafíos frente al derecho”. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 78, p. 17-58, abr./jun. 2015.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología e al derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Tutela constitucional do acesso à justiça*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MILARÉ, Édis. Agenda 21: a cartilha do desenvolvimento sustentável. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 5, p. 53-55, jan./mar. 1997.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio; DINIZ, Pedro Ivo Ribeiro. Desenvolvimento sustentável como arquétipo da finalidade tributária. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 87, p. 369-397, jul./set. 2017.

OLIVEIRA, Flávio Augusto de. O desenvolvimento nacional sustentável como direito fundamental à luz da Constituição de 1988. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 1, p. 27-50, jul./dez. 2011.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SOARES, Mário Lúcio Quintão. Desenvolvimento sustentável e desastre ambiental em Minas Gerais: um caso de inefetividade?. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v. 2, p. 215-226, jul./set. 2017.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território, biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIBEIRO, Ana Cândida de Paula. O desenvolvimento sustentável como diretriz da atividade econômica. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 27, p. 77-91, abr./jun. 2002.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, p. 432-448, mai. 2000.

ROCHA, Ibraim. O conceito de desenvolvimento sustentável sob a melhor luz da jurisprudência do STF. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 954, p. 33-82, abr. 2015.

RODRIGUES JR., Edson Beas. O princípio do desenvolvimento sustentável como princípio geral do direito: origem histórica e conteúdo normativo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 940, p. 309-341, fev. 2014.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Fundamentos para uma parte geral do direito penal econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 111, p. 61-89, nov./dez. 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Tradução de Adriano Teixeira et al. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 921, p. 281-294, jul. 2012.

SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da. Meio ambiente nas Constituições brasileiras: dispositivos e princípios. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 77, p. 321-346, out./dez. 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVEIRA, Mateus. O meio ambiente como direito humano de terceira dimensão e a ética da responsabilidade na metateoria do direito fraterno. *Revista de Direito e Sustentabilidade*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 130-143, jan./jun. 2018.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. As grandes transformações do direito penal tradicional. In: GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. Tradução da 2ª. parte de Lauren Paoletti Stefanini, revisão da tradução de Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 25-141.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Tradução de Marina Gascón. 9. ed. Madri: Trotta, 2009.

Considerações sobre a ordem pública: aplicação da prisão preventiva nos crimes contra a dignidade sexual

*Considerations on the public order:
application of preventive detention to
crimes against sexual dignity*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Constituição de 1988 e Estado Democrático de Direito; 3. Divergências Doutrinárias; 4. Insegurança Jurídica; 5. Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná sobre os crimes contra a dignidade sexual; 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas.

¹ Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1985). Especialista em Processo Penal pela PUC (1998).

² Estagiária de Pós-Graduação no Ministério Público do Estado do Paraná. Graduada em Direito pela UFPR (2017). Especialização em andamento na Fundação Escola do Ministério Público do Paraná.

RESUMO: O presente artigo tem como escopo o estudo da aplicação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública nos crimes contra a dignidade sexual. Para tal, será: demonstrada a compatibilidade do instituto com a Constituição de 1988 e com o Estado Democrático de Direito; mencionada doutrina e jurisprudência a fim de compreender e aprimorar o instituto; e, enfim, analisados precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, especificamente sobre a prisão preventiva para delitos sexuais.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to study the application of preventive detention based on public order to crimes against sexual dignity. To that end, it will be: demonstrated the compatibility of the institute with the Constitution 1988 and with the Democratic State of Law; mentioned doctrine and jurisprudence in order to understand and improve the institute; and, finally, analyzed precedents of the Court of Justice of the State of Paraná, specifically on the preventive custody for sexual offenses.*

PALAVRAS-CHAVE: Ordem pública; prisão preventiva; crimes contra a dignidade sexual.

KEYWORDS: *Public order; preventive detention; crimes against sexual dignity.*

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo dedica-se ao estudo da ordem pública, um dos fundamentos elencados no rol do art. 312, do CPP, para a decretação da prisão preventiva em casos de delitos contra a dignidade sexual.

A ordem pública recebe diversas críticas, tanto no plano abstrato, sobre a sua constitucionalidade (ressalta-se que o próprio instituto da prisão preventiva é criticado) quanto no plano concreto, quanto às fundamentações com que foi embasada em decisões judiciais.

Assim, primeiro será demonstrado como a ordem pública foi recepcionada pelo ordenamento constitucionalizado pós-1988, o respectivo filtro, a fim de mantê-la, porém, sob uma nova roupagem, atenta aos dizeres principiológicos. A seguir, serão apreciadas reflexões doutrinárias divergentes que, se bem compreendidas, podem contribuir para o aprimoramento do instituto.

Após, será analisada a insegurança jurídica proveniente do modo de aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, mencionando-se dois casos de grande repercussão social. A seguir, serão colacionados precedentes que indicam como o STF, atualmente, tem interpretado a ordem pública, em especial nos crimes contra a dignidade sexual. Tais apreciações representam uma espécie de continuação em relação ao tópico anterior, pois à Suprema Corte compete, precipuamente, a guarda da Constituição.

Enfim, será analisada a ordem pública conforme a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, especificamente para os delitos contra a dignidade sexual. A escolha do tribunal (material e territorial) justifica-se por ser do âmbito de competência destinatária dos pareceres dos representantes do Ministério Público paranaense.

O intuito deste artigo é demonstrar que, em que pese a existência de críticas, a fundamentação embasada na ordem pública pode, desde que com suficiente substrato probatório, ser utilizada para decretar prisão preventiva.

2. CONSTITUIÇÃO DE 1988 E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A partir da promulgação da Constituição de 1988, iniciou-se um novo capítulo para o país. Em que pese a importância por si só de um novo diploma constitucional, acrescentando-se, neste caso, o redesenho de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Tantas promessas trouxe a Constituição de 1988, que, mesmo após 30 anos, continuam a surgir as mais diversas dúvidas interpretativas, sobre quaisquer ramos do Direito.³ Divergências doutrinárias e embates nos tribunais prosseguirão por duas razões, a serem sucintamente mencionadas: uma, pela própria complexidade e amplitude do cenário real que se descortina; duas, pelo caráter dirigente do referido diploma constitucional, que, assim como as Constituições europeias do pós-segunda guerra, buscou ampliar a área de alcance para além do constitucionalismo tradicional (cujos principais expoentes são Estados Unidos e França⁴), preocupando-se em expandir a amplitude dos direitos anteriormente elencados e, também, em inaugurar novos direitos, para sujeitos que não são necessariamente os seres humanos considerados em sua dimensão individual.

Interessante notar que, de carta de boas intenções, os diplomas constitucionais passaram a ter sua normatividade reconhecida. Assim, o aporte principiológico tornou-se tanto a base para a construção de um novo país quanto mecanismo preferencial para guiar o mesmo, com suas diretrizes irradiando-se por todo o ordenamento jurídico.

A Constituição de 1988 elenca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF/1988) e assegura, dentre o rol previsto no título de direitos e garantias fundamentais: o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/1988); o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/1988); e a presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/1988).

³ Sobre a diversidade interpretativa da Constituição, *vide*: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

⁴ Sobre a importância desses dois diferentes vieses de constitucionalismo, *vide*: ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

Mesmo sem uma explanação dos dispositivos *supra*, percebe-se que a Constituição de 1988 preocupou-se com a proteção ao acusado, pois seu intento não foi reger um Estado da literatura de Kafka⁵ (art. 5º, XXXVII, da CF/1988), mas sim um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CF/1988).

Porém, a Constituição não pensou apenas no acusado, pois também há outros valores e interesses protegidos no mesmo rol de direitos e garantias fundamentais, conforme depreende-se dos mandados constitucionais seguintes, que determinam como inafiançáveis: o racismo (art. 5º, XLII, da CF/1988); a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos em lei como hediondos (art. 5º, XLIII, da CF/1988); e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, da CF/1988).

Ora, da determinação *supra*, emanada da Constituição de 1988 no sentido de que a gravidade dos crimes expressamente mencionados é exacerbada, depreende-se a relevância que o próprio diploma constitucional assegurou para a gravidade *in abstracto* de alguns delitos.

Porém, o Supremo Tribunal Federal considerou que a inafiançabilidade prevista no diploma constitucional para crimes expressamente mencionados não obsta a concessão da liberdade provisória. Tal argumentação, embasada no princípio da presunção de inocência (dentre outros), determina que, mesmo para os delitos com mandamento constitucional mais rigoroso, seja analisado o caso concreto.⁶

⁵ Kafka reflete sobre as incertezas do indivíduo em relação à garantia de seus direitos perante o imenso aparato estatal, em uma atmosfera de incerteza e angústia, apesar de estar, aparentemente, em um Estado de Direito. Uma de suas obras, *O Processo*, traz o personagem Josef K., bancário que leva uma vida comum, até que, em uma certa manhã, acorda com dois guardas na pensão em que reside, alertando-o de que está sob detenção, mas que não sabem informar o porquê e que enfrentará um processo. O protagonista não acredita que semelhante situação esteja ocorrendo, pensa ser uma brincadeira: “Que tipo de pessoas eram aquelas? Do que estavam falando? A que repartição pertenciam? Ora, K. vivia em um Estado de Direito e, por todos os lados imperava a paz, todas as leis seguiam vigorando; quem poderia ousar cair sobre ele dentro de sua própria moradia? Ele desde sempre se inclinava a encarar tudo da maneira mais fácil possível a acreditar no pior apenas quando o pior passava a acontecer, a não tomar nenhuma medida preventiva em relação ao futuro, mesmo quando tudo o ameaçava. Mas aquilo que estava acontecendo não lhe parecia direito, até se poderia encarar tudo como uma brincadeira, como uma brincadeira de mau gosto, que os colegas do banco lhe aprontavam por motivos que desconhecia, talvez porque aquele era o dia de seu trigésimo aniversário”. In: KAFKA, Franz. *O Processo*. Porto Alegre: L&PM, 2015. p. 18.

⁶ Dentre as decisões a serem mencionadas, *vide* a fundamentação da repercussão geral: STF. RE 1038925/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, j. 18/08/2017.

Nota-se que, se o juiz entende pela concessão da liberdade provisória para um crime inafiançável, ocorre um tratamento mais “leniente” – pois sem fiança – para uma situação estabelecida abstratamente pela Constituição como mais grave. E, ao conceder a liberdade provisória para crimes afiançáveis, há o tratamento mais severo – pois com fiança – para crimes abstratamente considerados pela Constituição como menos gravosos.

Como nem aos crimes com mandamentos constitucionais de tratamento mais rigoroso se pode decidir com base na gravidade *in abstracto*, pode-se considerar que a ordem pública, entendida na gravidade *in concreto* e em outros elementos aferidos caso a caso, quando amparada em provas de materialidade e indícios de autoria (art. 312, do CPP) e coadunada com delito que preencher o disposto no art. 313, do CPP⁷, é fundamento para a decretação da prisão preventiva do acusado.

Observa-se, em tal raciocínio hermenêutico, que a prisão preventiva é medida cautelar a ser utilizada em último caso (art. 282, §4º, do CPP), quando insuficientes/ineficazes as medidas diversas da prisão (art. 319, do CPP) e inviável a concessão da liberdade provisória (art. 321, do CPP). Obviamente, não significa uma antecipação de pena, por isso há compatibilidade do instituto com o princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade.

Também merece vênias os que afirmam uma suposta incompatibilidade da ordem pública com o Estado Democrático de Direito (tratado aqui por ser um alicerce da Constituição de 1988). Os argumentos a seguir expostos são direcionados aos equívocos do Projeto de Lei nº 7028/2017, que atualmente tramita em regime especial na Câmara dos Deputados, visando à alteração do art. 312, do CPP, com a retirada dos fundamentos da ordem pública e da ordem econômica: “A prisão preventiva só poderá

⁷ “Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência”. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] União*, Rio de Janeiro, DF, 03 out. 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

ser decretada nas hipóteses necessárias para afastar risco concreto à conveniência da instrução criminal ou à futura aplicação da lei penal, isso se existir prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria.”⁸

Aliás, ao mencionar dados da lamentável realidade carcerária brasileira⁹, o projeto parece inferir que, retirando dois importantes fundamentos da prisão preventiva, ocorrerá uma mudança de cenário absoluta, como num passe de mágica. Porém, o que parece ter sido esquecido é que a população trazida nos dados estatísticos não costuma praticar crimes econômicos e, assim, o argumento é uma tese de Sutherland¹⁰ às avessas: utiliza-se a baixa criminalidade na tentativa de salvaguardar criminosos de colarinho branco, atualmente (ou em vias de serem) presos preventivamente, com o decreto prisional embasado em elementos concretos que comprovam risco à ordem pública e à ordem econômica.

Sobre as alegações, constantes no referido projeto, de que o Código de Processo Penal é de 1942, época de influências autoritárias nos planos interno e externo, menciona-se que, apesar do texto ter sido redigido em tal período, a norma não se resume ao mesmo: é necessário que ocorra interpretação hermenêutica, a fim de conformar o instituto. Deste modo, percebe-se que, para concretizar a norma, são considerados os princípios e os valores constitucionais atuais, superando concepções que pudessem ter ocorrido em contexto pré-1988. Aparentemente, “o projeto esquece a segunda vertente do Estado Democrático de Direito orientada pela previsão

⁸ BRASIL. PL nº 7028, de 2017. Altera o art. 312 da Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

⁹ É oportuno mencionar que os dados trazidos do relatório do DEPEN incluem no cômputo da população carcerária privada de liberdade de mais de 700 mil presos os sentenciados em regime aberto (6%) e semiaberto (21%). Também relevante que os dados, atualizados em junho de 2016, mencionam como presos provisórios os sem julgamento (40%) – porém, tal universo compreende os já condenados em primeira instância, mas com recursos nas Cortes de Apelação, no STJ e no STF. Para visualizar os dados: BRASIL. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – junho de 2016. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2018.

¹⁰ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

da prisão cautelar como garantia constitucional do direito à vida, à propriedade e à segurança, nos moldes previstos no *caput* do art. 5º.”¹¹

Percebe-se que o projeto tenta associar a ordem pública ao nazismo. O que ocorre é uma situação paradoxal duplamente lamentável: de um lado, a banalização das monstruosidades ocorridas no Holocausto, a dor e o sofrimento de milhões sendo manietados por meio da tentativa anacrônica de comparar um estado de exceção pretérito a um atual Estado Democrático de Direito; de outro lado, a afirmação não apresenta consistência frente ao direito comparado, pois a ordem pública tem origem e continuidade em países democráticos.

Busca-se superar o estranho paradoxo anteriormente descrito, que consiste em associar um instituto a um passado de exceção e fechar-se a um estudo sério de direito comparado. Assim, exemplificativamente, coloca-se que o instituto é oriundo da França, berço do constitucionalismo e de forte tradição liberal-democrática.

Na França, o decreto de 20 de maio de 1903, ao disciplinar as relações da *gendarmerie* com as autoridades constituídas, já utilizava o conceito de ordem pública em seu art. 51, ao determinar relatórios ou comunicações à autoridade administrativa em caso de interesse da ordem pública.¹² No mesmo diploma normativo, o art. 53¹³

¹¹ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. “Crônicas de estupros e mortes anunciadas” e a tese de que a “prisão preventiva para garantir a ordem pública é inconstitucional.” In: *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*. Ano 4, n. 7, p. 109-121, dez. 2017. p. 121.

¹² “Article 51. Pour que l'action de l'autorité administrative ou celle de la justice ne puisse être entravée, il importe que la gendarmerie n'adresse des rapports ou ne fasse des communications qu'aux autorités directement intéressées : à l'autorité judiciaire (art. 81), pour les faits qui sont de nature à motiver des poursuites ; à l'autorité administrative (art. 87), pour les événements pouvant intéresser l'ordre public ou la sûreté générale ; à l'autorité militaire, pour tous les événements extraordinaires énumérés à l'article 53 et pour ceux concernant des militaires. Si les événements intéressent à la fois des autorités différentes, elles doivent être saisies simultanément. Lorsqu'un document est établi en plusieurs expéditions, chacune d'elles porte en marge l'indication de toutes les autorités auxquelles il a été simultanément adressé ; l'autorité à qui l'expédition est destinée est soulignée.” FRANCE. Décret du 20 mai 1903 portant règlement sur l'organisation et le service de la gendarmerie. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=21C51C1B846E33112B187E278FD70E66.tplgr34s_1?cidTexte=LEGITEXT000006070705&dateTexte=20090806>. Acesso em: 19 mar. 2018.

¹³ “Les événements de nature à motiver l'envoi de rapports spéciaux peuvent être rangés dans les catégories suivantes :

1° Événements ayant le caractère d'un véritable sinistre et qui nécessitent des mesures promptes et décisives, soit pour porter secours aux personnes, soit pour protéger les personnes et les biens (inondations, avalanches, éboulements, accidents de chemin de fer, naufrages, explosions, incendies, etc.);

2° Événements ayant une sérieuse importance au point de vue de l'ordre public ou de la sûreté de l'Etat et nécessitant des mesures spéciales pour maintenir l'ordre (grèves, émeutes populaires, attentats

disciplina categorias de eventos suscetíveis de motivar o envio de relatórios especiais, sendo arrolados no §2º eventos com importância do ponto de vista da ordem pública ou da segurança do Estado, tais como greves, motins populares, conspirações, atentados anarquistas, provocações à revolta, descobertas de depósitos de armas e munições e locais clandestinos de fabricação de explosivos. Obviamente, aos olhos de hoje, seria questionável que alguns eventos, como as greves, figurassem em semelhante lista. O intuito, aqui, não é questionar o rol trazido no referido decreto, mas demonstrar que o mesmo, apesar das críticas que possam ser colocadas, é oriundo de um Estado Liberal, não de um nazifascista. Também no referido decreto, na seção que se refere aos reportes da *gendarmerie* às autoridades administrativas, o art. 87 incumbe ao comandante local reportar ao subprefeito relatórios de assuntos de interesse da ordem pública.¹⁴ Os artigos mencionados foram revogados pelo art. 25 da Lei nº 2009-971 de 3 de outubro de 2009 relativa à *gendarmerie* nacional¹⁵. Este novo diploma normativo considera que cabe à *gendarmerie* assegurar a segurança pública e a ordem pública.¹⁶

anarchistes, complots, provocations à la révolte, découvertes de dépôts d'armes ou de munitions, d'ateliers clandestins de fabrication d'explosifs, etc.);

3° Crimes et délits qui, soit par leur fréquence, soit par les circonstances dans lesquelles ils se sont produits, soit encore par la qualité des personnes en cause, ont causé de l'émotion, de l'inquiétude dans les régions, ou nécessitent des mesures spéciales (faits de banditisme, attentats contre les fonctionnaires publics, enlèvement des caisses publiques, attentats contre les voies ferrées, les lignes télégraphiques ou téléphoniques, etc.); Digite a equação aqui.

4° Actes ou manoeuvres intéressant la défense nationale (faits d'espionnage, attaque contre les postes ou sentinelles, provocations de militaires à l'indiscipline, à la désertion, etc.).

Quant aux incidents auxquels sont mêlés des militaires ou dont ils sont les auteurs, le rôle de la gendarmerie se borne à faire parvenir une expédition du procès-verbal constatant les faits à l'autorité militaire, dans les conditions indiquées aux articles 234 et 298. En cas d'urgence, le commandant de compagnie intéressé fait précéder l'envoi du procès-verbal d'un compte rendu télégraphique.” FRANCE. Décret du 20 mai 1903 portant règlement sur l'organisation et le service de la gendarmerie. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=21C51C1B846E33112B187E278FD70E66.tplgr34s_1?cidTexte=LEGITEXT000006070705&dateTexte=20090806>. Acesso em: 19 mar. 2018.

¹⁴ “Article 87. Le commandant d'un arrondissement externe envoie, toutes les fois qu'il y a lieu, et d'urgence au besoin, au sous-préfet, le rapport de tous les événements qui peuvent intéresser l'ordre public ; il lui communique également tous les renseignements que lui fournit la correspondance des brigades, lorsque ces renseignements ont pour objet le maintien de l'ordre et qu'ils peuvent donner lieu à des mesures de précaution ou de répression.” FRANCE. Décret du 20 mai 1903 portant règlement sur l'organisation et le service de la gendarmerie. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=21C51C1B846E33112B187E278FD70E66.tplgr34s_1?cidTexte=LEGITEXT000006070705&dateTexte=20090806>. Acesso em: 19 mar. 2018.

¹⁵ Apesar de constar que houve modificação ao art. 53 pelo Decreto 58-1002 de 1958, não se alterou o parágrafo sobre a ordem pública, somente o §3º.

¹⁶ “Article 1. (...) 3º (...) La gendarmerie nationale est destinée à assurer la sécurité publique et l'ordre public, particulièrement dans les zones rurales et périurbaines, ainsi que sur les voies de communication.”

Quando for necessária a utilização de meios militares, a *gendarmerie* precisa de autorização e, quanto às condições de uso de arma de fogo para assegurar a ordem pública, tais estão previstas no Código Penal francês.¹⁷ E, para finalizar, o diploma menciona relatórios do Governo a serem submetidos ao Parlamento, sobre a ação da *gendarmerie* com o Ministério do Interior, a fim de assegurar a segurança e a ordem pública.¹⁸

O art. 431-3, do Código Penal francês, na seção que trata da participação delituosa em multidão, prescreve que aglomeração de pessoas em vias ou locais públicos que possa perturbar a ordem pública, pode ser dispersada por força policial, após duas convocações para dispersar não terem efeito.¹⁹

Por fim, o instituto também se encontra positivado no art. 144, 7º, do Código de Processo Penal francês, que dispõe que, dentre as hipóteses de detenção provisória (medida utilizada apenas quando demonstrado à luz de elementos específicos e

FRANCE. *Loi n° 2009-971 du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2009/8/3/IOCX0814116L/jo/texte>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

¹⁷ “Article 4. (...)Toutefois, lorsque le maintien de l'ordre public nécessite le recours à des moyens militaires spécifiques, leur utilisation est soumise à autorisation dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat. Les conditions d'usage des armes à feu pour le maintien de l'ordre public sont définies à l'article 431-3 du code pénal.” FRANCE. *Loi n° 2009-971 du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale*. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2009/8/3/IOCX0814116L/jo/texte>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

¹⁸ “Article 27. Le Gouvernement remet au Parlement, tous les deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, un rapport évaluant, d'une part, les modalités concrètes du rattachement organique et budgétaire de la gendarmerie nationale au ministère de l'intérieur, et notamment son impact sur son organisation interne, ses effectifs, l'exercice de ses missions et sa présence sur le territoire et, d'autre part, les effets de ce rattachement concernant l'efficacité de l'action de l'Etat en matière de sécurité et d'ordre publics et la mutualisation des moyens entre la police et la gendarmerie. Ce rapport comporte les éléments relatifs à l'obtention d'une parité globale entre les personnels des deux forces. Il est préparé par une instance extérieure aux services concernés. La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.” FRANCE. *Loi n° 2009-971 du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale*. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2009/8/3/IOCX0814116L/jo/texte>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

¹⁹ “Article. 431-3. Constitue un attroupement tout rassemblement de personnes sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de troubler l'ordre public. Un attroupement peut être dissipé par la force publique après deux sommations de se disperser restées sans effet adressées dans les conditions et selon les modalités prévues par l'article L. 211-9 du code de la sécurité intérieure.” FRANCE. *Code Pénal*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=21C51C1B846E33112B187E278FD70E66.tplgfr34s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165359&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20180324>. Acesso em: 19 mar. 2018.

Nota-se que a permissão para dispersão pela força pública foi trazida pelo art. 8º, da *Ordonnance* 2012-351 de 12 de março de 2012.

circunstâncias resultantes do procedimento, que é o único meio a se atingir o rol de objetivos), está pôr fim à perturbação excepcional e persistente da ordem pública provocada pela gravidade da infração, pelas circunstâncias do crime ou pela extensão do dano causado.²⁰

Assim, compreende-se que a ordem pública – desde que mediante a análise dos elementos do caso concreto - pode ser utilizada em conformidade com a Constituição. Aliás, a compatibilidade com o Estado Democrático de Direito é assegurada pelo direito comparado, como mencionado com a França, país de enorme legado constitucional e liberal-democrático que utiliza o instituto nos dias atuais, além do mesmo já ser positivado em seu ordenamento jurídico no início do século XX, antes da ascensão dos regimes nazifascistas. O que se coloca a seguir é o debate dos parâmetros doutrinários norteadores do instituto.

3. DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

O conceito de ordem pública, pelo grau de indeterminação legislativa, suscita severas divergências no âmbito da doutrina.²¹

²⁰ “ Article 144. La détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que s'il est démontré, au regard des éléments précis et circonstanciés résultant de la procédure, qu'elle constitue l'unique moyen de parvenir à l'un ou plusieurs des objectifs suivants et que ceux-ci ne sauraient être atteints en cas de placement sous contrôle judiciaire ou d'assignation à résidence avec surveillance électronique:

1° Conserver les preuves ou les indices matériels qui sont nécessaires à la manifestation de la vérité;

2° Empêcher une pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille;

3° Empêcher une concertation frauduleuse entre la personne mise en examen et ses coauteurs ou complices;

4° Protéger la personne mise en examen;

5° Garantir le maintien de la personne mise en examen à la disposition de la justice;

6° Mettre fin à l'infraction ou prévenir son renouvellement;

7° Mettre fin au trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public provoqué par la gravité de l'infraction, les circonstances de sa commission ou l'importance du préjudice qu'elle a causé. Ce trouble ne peut résulter du seul retentissement médiatique de l'affaire. Toutefois, le présent alinéa n'est pas applicable en matière correctionnelle.” FRANCE. Code de procédure pénale. 17 mar. 2018. Disponível em: <codes.droit.org/CodV3/procedure_penale.pdf.> Acesso em: 23 mar. 2018.

Nota-se que a modificação trazida pelo art. 93 da Lei nº 2009-1436 de 24 de novembro de 2009 não alterou o 7º do art. 144.

²¹ O instituto não é apenas atinente ao âmbito penal, também aparece em outros ramos jurídicos, porém, como uma análise pormenorizada escapa às limitações do presente estudo, apenas a título de esclarecimento menciona-se, sob a ótica do Direito Internacional Privado, que: “a ordem pública, de caráter indeterminado, mutante e de difícil definição, precisa ser vista pela ótica dos direitos humanos constitucionalmente e

Um dos pontos destacados contra o instituto é a vagueza do mesmo. Porém, a ausência de detalhamento no próprio diploma legal remete ao julgador a análise que, embora possa ser considerada ampla, não extrapola para o arbítrio, pois deve ser proferida aferindo-se as particularidades do caso e circunscrita em limitações concernentes ao mesmo:

O legislador poderia ter ousado, definindo ou detalhando o que vem a ser cada um dos fatores da prisão preventiva, ao menos os mais abrangentes, como garantia da ordem pública e da ordem econômica. Não o fez, possivelmente para continuar tolerando seja o juiz o protagonista da conceituação, conforme o caso concreto. Qualquer interferência, nesse setor, poderia dar margem ao cerceamento no uso da prisão cautelar. De todo modo, devemos conferir à garantia da ordem pública um significado realmente concreto, distante de ilações ou presunções de gravidade abstrata de qualquer infração penal. A garantia da ordem pública envolve a própria segurança pública, não sendo necessário abranger toda uma cidade, bastando um bairro, uma região ou uma comunidade. Demanda quesitos básicos como *gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa*.²²

Aliás, a textura aberta ou indeterminada do instituto é direcionada ao atendimento das peculiaridades do caso concreto, em conformidade aos preceitos constitucionais, pois “relacionada à proteção dos valores que informam o sistema constitucional e o próprio processo penal, instância adequada para a retomada da tranquilidade social assegurada.”²³

Nota-se que, às vezes, há confusão entre a crítica ao instituto e a relacionada à aplicação errônea do mesmo, cf. depreende-se de obra cujo escopo era “verificar a

internacionalmente protegidos, pois não se pode mais conceber que seu embasamento diga respeito, apenas, às conveniências legislativas do Estado. (...) como referência primordial e imediata as normas constitucionais, em especial aquelas garantidoras de direitos fundamentais, estes por sua vez de origem internacional na esteira dos direitos humanos protegidos, tendo como eixo axiológico a proteção à dignidade da pessoa humana.” In: ARAÚJO, Nádia de. A aplicação do direito internacional privado e a proteção da pessoa humana – utilização do princípio de sua dignidade como informador da ordem pública. In: ANNONI, Danielle. *Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional: Cidadania, democracia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 421-423. p. 423.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 63-64.

²³ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 193.

(in)utilidade e a (in)constitucionalidade da decretação de prisão preventiva fundamentada na genérica necessidade de garantia da ordem pública e econômica.”²⁴ Reitera-se que a decisão que utilizar o instituto deve ser adequadamente valorada, atenta às particularidades do caso concreto, pois não se sustenta, obviamente, argumentação voltada a ditames abstratos e genéricos.

Também não parece suficiente esvaziar o instituto equiparando seu significado ao clamor público²⁵, pois “não é o fator determinante para a decretação preventiva, embora não possa ser, singelamente, desprezado, como se não existisse. Associado a outros fatores (maus antecedentes do agente, gravidade do delito, fuga etc.) deve servir de base para a custódia cautelar.”²⁶ Assim, o clamor público não é sinônimo de ordem pública e, se utilizado, é apenas um dentre argumentos mais consistentes, todos corretamente embasados no caso concreto.

Uma observação relacionada ao instituto em si é que haveria ausência de instrumentalidade: “A ordem pública e a ordem econômica, por não guardarem qualquer relação com o regular andamento do processo penal, não podem ser alcançadas pelas medidas cautelares.”²⁷ Porém, nota-se que tal raciocínio não se sustenta, pois a instrumentalidade da ordem pública “ao invés de proteger o objeto direto, tutela o objetivo mediato,²⁸ conforme verifica-se a seguir:

A ordem pública enquanto fundamento para a decretação da prisão preventiva, não se distancia da instrumentalidade característica das medidas cautelares em geral, na medida em que se relaciona diretamente com o escopo social do processo, traduzido no restabelecimento da paz pública. Este fim é colocado em risco, quando o imputado ostenta perfil e características que fazem presumir não somente o cometimento de novas infrações, mas igualmente que

²⁴ BARBOSA, Reinaldo Denis Viana. A prisão preventiva como instrumento do instrumento. In: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 13, n. 76, p. 95-114, fev/mar. 2017. p. 96.

²⁵ V.g. “não raras vezes, o clamor público utilizado para fundamentar a segregação cautelar é criado pela própria instituição.” BARBOSA, Reinaldo Denis Viana. A prisão preventiva como instrumento do instrumento. In: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 13, n. 76, p. 95-114, fev/mar. 2017. p. 111.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 16. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 797.

²⁷ BARBOSA, Reinaldo Denis Viana. A prisão preventiva como instrumento do instrumento. In: *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 13, n. 76, p. 95-114, fev/mar. 2017. p. 113.

²⁸ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 193.

coloquem sob dúvida a credibilidade da Justiça ou mesmo a inquietação do meio.²⁹

Interessante mencionar que o garantismo penal tem como uma de suas bases a proteção dos direitos fundamentais individuais, mas também compreende uma dimensão coletiva, o dever estatal de proteção, considerado a fim de “estabelecer uma *interpretação adequada e proporcional* dos princípios do Estado Democrático e Social de Direito – que protege a todos – e uma *proteção efetiva* dos bens jurídicos – que a todos pertencem – delineados na Constituição da República”.³⁰ No mesmo sentido, considera-se que o “processo penal deve ser pensado a partir de uma dupla funcionalidade: proibição de excessos, de um lado, e proibição de proteção insuficiente, de outro.”³¹

Assim, não se trata de uma dicotomia entre a aplicação da lei por “punitivistas”, defensores da escola criminológica da Defesa Social v. a não aplicação da lei por “garantistas”, defensores da liberdade e dos direitos individuais. Até porque, obviamente, se não há instituições efetivas, não há como se manter um Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, não há meios de assegurar os próprios

²⁹ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 192.

³⁰ GRANDIS, Rodrigo de. Prisões processuais: Uma releitura à luz do garantismo penal integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 397-414. p. 413.

³¹ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. “Crônicas de estupros e mortes anunciadas” e a tese de que a “prisão preventiva para garantir a ordem pública é inconstitucional”. In: *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*. Ano 4, nº 7, p. 109-121, dez. 2017. p. 121.

Sobre o dever estatal de segurança: “A proibição de insuficiência (*Untermassverbot*) como outra face da moeda da proteção dos direitos fundamentais, ao lado da proibição de excesso (*Übermassverbot*) é especialmente relevante em relação ao dever estatal de garantir a segurança, tanto em seu sentido objetivo, de segurança exterior, ou seja, de proteção a riscos e perigos efetivos, como no sentido subjetivo ou interno, de ausência de medo (*Freisein von Furcht*), bem jurídico que conforma e condiciona o exercício dos direitos fundamentais. Fala-se aqui não apenas de segurança jurídica (*Rechtsicherheit*), mas de segurança dos bens jurídicos (*Rechtsgütersicherheit*), ou seja, de uma proteção que se dá não apenas no nível normativo, mas efetivo, da realidade contra agressões de terceiros.” BALTAZAR JR., José Paulo. Limites constitucionais à investigação. O conflito entre o direito fundamental à segurança e o direito de liberdade no âmbito da investigação criminal. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009. p. 184-221. p. 184-185.

direitos dos indivíduos.³² A realidade é complexa e apresenta sociedade e indivíduos como faces da mesma moeda.³³

Mais um ponto doutrinário é que a ordem econômica, embora fundamento autônomo para a prisão preventiva, é originada da ordem pública, assim como a magnitude da lesão causada “se perfaz em espécie de garantia da ordem econômica, que, ademais, não deixa de ser hipótese de garantia da ordem pública.”³⁴ Assim, a magnitude da lesão (v.g. crimes de gestão fraudulenta e de lavagem de dinheiro), requisito que pode ser utilizado desde que coadunado ou coadjuvado com os do art. 312, do CPP, aparece como um desdobramento do desdobramento da ordem pública (fundamento a partir do qual origina outros igualmente positivados):

sob o contexto de uma bem engendrada organização criminosa ou, ainda, se os seus efeitos jurídicos deletérios não ficarem restritos à ordem jurídica nacional (*criminalidade globalizada*), inegável que a lesão produzida deve ser considerada elevada, magnânima. O mesmo sucederá na hipótese de a conduta proibida ostentar uma *vocação para a permanência* ou *para a reiteração de atos*, de modo que apenas a segregação cautelar do agente ou dos membros da agremiação criminosa é que fará cessar a lesão ao bem ou bens jurídicos constitucionalmente protegidos.³⁵

³² Sobre as investigações como oriundas de ditames dos direitos humanos e fundamentais, *vide*: FELDENS, Luciano. O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009. p. 222-243.

³³ Aliás, “integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. Noutras palavras, significa que o Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional, sempre ocorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles.” FISCHER, Douglas. *Investigação Criminal pelo Ministério Público: sua determinação pela Constituição brasileira como garantia do acusado e da sociedade*. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: RT, 2009. p. 46-71. p. 67-68.

³⁴ GRANDIS, Rodrigo de. Prisões processuais: Uma releitura à luz do garantismo penal integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 397-414. p. 410.

³⁵ GRANDIS, Rodrigo de. Prisões processuais: Uma releitura à luz do garantismo penal integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: Questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 397-414. p. 412-413.

Como o direito é suscetível, constantemente, a transformações, observa-se que já ocorreu tentativa pretérita de retirar a ordem pública como fundamento da prisão preventiva. Quando o Projeto de Lei nº 4.208/2001, de iniciativa do Poder Executivo, se encontrava em tramitação no Congresso Nacional, membros do Ministério Público redigiram a tese nº 95: “A garantia da ordem pública é hipótese fundamental de prisão preventiva como instrumento de combate à criminalidade, não se concebendo a possibilidade de ela ser retirada da legislação. ”³⁶ O instituto permaneceu no ordenamento jurídico pátrio. Aliás, observa-se que os fundamentos da prisão preventiva previstas no *caput* do art. 312, do CPP mantiveram-se inalterados pelas reformas processuais penais trazidas pela lei 12.403/2011.

Atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 7028/2017, que visa à alteração do art. 312, do CPP, retirando os fundamentos da ordem pública e da ordem econômica: “A prisão preventiva só poderá ser decretada nas hipóteses necessárias para afastar risco concreto à conveniência da instrução criminal ou à futura aplicação da lei penal, isso se existir prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria. ”³⁷

Aparentemente, tal projeto olvida que a prisão preventiva com fundamento na ordem pública “é necessária em casos que ultrapassam a visão de mundos ideais ou de ajustes de compreensão do processo penal a partir do processo civil. ”³⁸ Assim é a crônica de “estupros e mortes anunciadas”.³⁹ Perante o Promotor de Justiça, mãe e filha. A menina é estuprada reiteradamente pelo padrasto. Trata-se de uma comarca que não tem as estruturas de apoio previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei Maria da Penha. O Promotor requereu uma medida cautelar de afastamento

³⁶ SILVA, David Medina da. *et al.* A garantia da ordem pública é hipótese fundamental de prisão preventiva. In: VII CONGRESSO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL, 2002, Canela. *Teses: O Ministério Público e a Paz Social*. Canela: Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2002. p. 178.

³⁷ BRASIL. PL nº 7028, de 2017. Altera o art. 312 da Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

³⁸ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. “Crônicas de estupros e mortes anunciadas” e a tese de que a “prisão preventiva para garantir a ordem pública é inconstitucional. ” In: *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*. Ano 4, nº 7, p. 109-121, dez. 2017. p. 119-120.

³⁹ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. “Crônicas de estupros e mortes anunciadas” e a tese de que a “prisão preventiva para garantir a ordem pública é inconstitucional. ” In: *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*. Ano 4, nº 7, p. 109-121, dez. 2017.

do lar, que foi autorizada pelo Juiz. Porém, no bar, ao receber a intimação, o sujeito afirma que matará a companheira e a enteada. O Promotor lembra-se da graduação: “A prisão preventiva não pode servir para outra finalidade que não seja acautelar o próprio processo!”, lecionou seu professor de processo penal na faculdade. ‘Por isso a prisão como forma de garantir a ordem pública e a ordem econômica são inconstitucionais!’, dizia ele.”⁴⁰

Enfim, o representante do *Parquet* requer a prisão preventiva, com a ordem pública fundamentada concretamente na periculosidade do agente e no risco de reiteração delitiva. O juiz decreta, o policial cumpre a ordem e o desfecho da narrativa é o seguinte:

Como promotor de Justiça naquela pequena “Macondo” onde mortes e estupros eram anunciados de forma concreta tarde da noite de sexta para sábado, naquela comarca desassistida de estrutura de apoio pelo desinteresse da classe política em cumprir o que a legislação determina, foi preciso viver o mundo real para você entender isso. Ainda bem que não lavou as mãos e não se alienou do problema como os moradores da “Macondo” ficcional de Garcia Marquez fizeram. Você agiu a tempo de evitar os delitos anunciados. A criança e sua mãe, ainda vivas, agradecem ao Estado. No caso, você.⁴¹

Após observações doutrinárias sobre a ordem pública, espera-se a permanência da mesma no ordenamento jurídico pátrio, a fim de, inclusive, ser aprimorada em âmbitos teórico e de aplicação, em conformidade com o Estado Democrático de Direito. A seguir, passa-se à análise jurisprudencial.

4. INSEGURANÇA JURÍDICA

Por ser um conceito aberto, o termo ordem pública é delineado de modo genérico na legislação, definido com parâmetros amplos pela doutrina e, por

⁴⁰ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. “Crônicas de estupros e mortes anunciadas” e a tese de que a “prisão preventiva para garantir a ordem pública é inconstitucional.” In: *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*. Ano 4, nº 7, p. 109-121, dez. 2017. p. 117.

⁴¹ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. “Crônicas de estupros e mortes anunciadas” e a tese de que a “prisão preventiva para garantir a ordem pública é inconstitucional.” In: *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*. Ano 4, nº 7, p. 109-121, dez. 2017. p. 121.

consequente, necessita que o próprio sentido seja preenchido pelas peculiaridades do caso concreto. Eis a atividade do magistrado: fundamentar adequadamente o convencimento *prima facie* no sentido de determinar a medida acautelatória.

Neste tópico serão apresentados dois casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal para exemplificar interpretações divergentes que podem, por conseguinte, suscitar insegurança jurídica em relação ao instituto. Após, serão colacionados alguns precedentes, a fim de delinear o entendimento atual da Corte e, em especial, sua aplicação para a prisão preventiva nos casos de delitos contra a dignidade sexual.

Porém, antes, é oportuno mencionar brevemente a importância do Supremo Tribunal Federal para o ordenamento pátrio, com a competência de, precipuamente, guardar a Constituição.

A tese do Poder Judiciário como guardião da Constituição pode ser encontrada n' *O Federalista*, obra que reúne ensaios de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, publicados na imprensa de Nova York em 1788, a fim de facilitar a aceitação e a ratificação da Constituição de 1787.⁴² A efetivação da tese ocorreu no célebre *Marbury v. Madison*, de 1803, início do primado da Suprema Corte norte-americana na interpretação do Direito: "É da competência especial, bem como o dever do Poder Judiciário dizer o que é o direito."⁴³

⁴² Colaciona-se, a título ilustrativo: "não é possível que a Constituição tenha querido dar aos representantes do povo o direito de substituir a sua própria vontade à dos seus constituintes. Muito mais razoável é a suposição de que a Constituição quis colocar os tribunais judiciários entre o povo e a legislatura, principalmente para conter essa última nos limites das suas atribuições. A Constituição é e deve ser considerada pelos juizes como lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve preferir aquela, cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preterida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes. Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo; segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a essa última que os juizes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que com aquelas que não o são." In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 459-460.

⁴³ SWISHER, Carl Brent. *Decisões Históricas da Corte Suprema*. Rio de Janeiro: Forense, 1964. p. 11.

No Brasil, a criação do Supremo Tribunal Federal na Primeira República almejava uma Suprema Corte nos moldes da norte-americana, como demonstrado por Rui Barbosa:

Incomparável é, portanto, a situação dos tribunais e, sobretudo, a do Supremo Tribunal, no organismo das nossas instituições atuais; pois, ao passo que os transvios do outros dois poderes têm, na ação do judiciário, o mais eficaz dos corretivos, a justiça da República funciona como uma entidade oracular na declaração do direito constitucional, tendo por únicas seguranças da sua fidelidade ao seu papel a independência da sua magistratura, a índole orgânica das suas correlações legais, a inexpugnabilidade do seu posto através das agitações políticas, a vigilância da opinião nacional.⁴⁴

Embora as expectativas quanto ao Supremo Tribunal Federal nem sempre tenham se realizado, Leda Boechat Rodrigues defende que, sem o mesmo, teria se configurado uma realidade ainda pior.⁴⁵

Após vicissitudes, avanços e retrocessos que permearam uma existência centenária, o Supremo Tribunal Federal inicia a ordem constitucional pós-1988 reconhecido como guardião da Constituição (art. 102, da CF/1988).

Assim, após compreendida, de maneira extremamente sucinta, a importância do Supremo Tribunal Federal, passa-se à análise dos dois casos, escolhidos devido à repercussão social⁴⁶ que tiveram e que, pelo entendimento divergente do instituto da ordem pública, bem ilustram a insegurança jurídica que paira sobre o mesmo.

⁴⁴ BARBOSA, Rui. Trabalhos Jurídicos – Petição de *Habeas-Corpus* nº 300 requerido ao Supremo Tribunal Federal a favor das vítimas dos decretos de 10 e 12 de abril. In: _____. *Obras Completas de Rui Barbosa*. v. XIX, tomo III. p. 11-136. p. 38.

⁴⁵ Assim, a autora defende que: “a democracia brasileira teria funcionado de modo ainda mais defeituoso sem o símbolo do Supremo Tribunal Federal e de sua capacidade de encarnar, em determinados momentos, o que existe de melhor na consciência nacional. Supremo intérprete da Constituição, num sistema de controle jurisdicional dos atos do Congresso e do Executivo, ele mantém viva a esperança de que os abusos de poder, ainda quando não corrigidos nos momentos de ditadura e de grande conturbação política, o poderão ser quando restaurado o pleno regime legal.” In: RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: 1891-1898: defesa das liberdades civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v.1. p. 6.

⁴⁶ Considerando a amplitude, esclarece-se o conceito, a seguir: “A repercussão social não se destaca pela influência da mídia, embora possa ocorrer o acompanhamento dos meios de comunicação. A infração penal repercute em determinada comunidade com maior ou menor intensidade, a depender do caso concreto. Aliás, há delitos cometidos e totalmente ignorados pelos habitantes de uma região. O Judiciário precisa atentar para os crimes que provocam o clamor social fidedigno, gerando comoção, revolta,

Trata-se do *habeas corpus* nº 80.717-8/SP, impetrado no STF com pedido de medida liminar, substitutivo de recurso ordinário contra a denegação da ordem do *habeas corpus* 14.270, Rel. Min. Fernando Gonçalves, pela sexta turma do STJ⁴⁷. O paciente Nicolau dos Santos Neto foi acusado de crimes decorrentes da execução do contrato de pré-aquisição e construção do Fórum Trabalhista de São Paulo, celebrado com a Incal Incorporações S.A, assim como aproveitamento e dissimulação de recursos auferidos ilicitamente com a referida execução. Assim, foi processado pelos crimes seguintes: art. 22, § único, da Lei nº 7.492/86; art. 1º, I e II, da Lei nº 9.613/98; art. 171, §3º, do CP; art. 288, do CP; art. 312, do CP; e art. 317, § único, do CP.

A liminar foi indeferida, pois o Rel. Min. Sepúlveda Pertence preferiu não manifestar juízo pessoal sobre os conceitos da ordem pública e da magnitude da lesão causada, preferindo aguardar decisão definitiva, a ser proferida pelo Plenário: “O caso é dos [que] impõem, por motivos óbvios, especial resistência à tentação de sobrepor o juiz sua opinião pessoal à jurisprudência do Tribunal, assim como à imprevisibilidade da futura manifestação do colegiado sobre a questão nova.”⁴⁸ Em seu voto, o Relator criticou as prisões processuais, considerando-as como “formas de execução provisória de condenações não definitivas.”⁴⁹ Após dissertar teoricamente sobre a (in)compatibilidade da prisão preventiva em relação à presunção de inocência e o

descrédito na Justiça, sentimento de impunidade, enfim, insegurança. Geralmente, aptos a gerar tal situação são os delitos verdadeiramente graves.” NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 64.

⁴⁷ “HABEAS CORPUS. SUSTENTAÇÃO ORAL. FALTA. CONSEQUÊNCIA. SÚMULA 394-STF. REVOGAÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. MAGNITUDE DA LESÃO. FUGA. (...)”

3. O desvio de vultosas quantias dos cofres públicos causa repercussão negativa na opinião pública, até mesmo em função da publicidade opressiva envolvente no caso e invoca a garantia da ordem pública, aliada à magnitude da lesão, a justificar o decreto de prisão preventiva, com fundamento no art. 30, da Lei 7.492, de 1896, c/c o art. 312 do CPP. 4. Não merece censura o julgado local ao amparar-se, também, no fato objetivo da fuga, malgrado em recurso exclusivo da defesa, cabendo ponderar, diante da notoriedade dos acontecimentos, que o Judiciário não pode e nem deve ficar alheio a eles, levando-os, pelo contrário, na devida linha de conta em suas decisões, deixando de ser, na linguagem do Ministro FRANCISCO DE CAMPOS, ‘um espectador inerte’. A fuga, na maioria das vezes, indica a intenção de se subtrair aos efeitos de eventual condenação. Se, por longo tempo, como é notório, o paciente esteve foragido, mesmo com todo aparelhamento do Estado à sua procura, escudado por um alvará judicial, pelo menos na atualidade, a presunção é de que, muito possivelmente, buscará evadir-se e com êxito. 5. Ordem negada.” (STJ. HC 14.270/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Sexta Turma, j. 12/12/200).

⁴⁸ STF. HC 80.717-8/SP. Rel. p/ ac. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 13/06/2001. p. 715.

⁴⁹ STF. HC 80.717-8/SP. Rel. p/ ac. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 13/06/2001. p. 731.

conceito de necessidade para uma prisão cautelar, o Relator entendeu que não haveria risco à ordem pública por não perceber possibilidade de reiteração delitiva: “afastado da administração da obra malsinada do Fórum Trabalhista de São Paulo, o paciente não tem hoje como infligir novas lesões ao patrimônio público, e, por força das medidas de cautela patrimonial já impostas, sequer pode gerir sua própria fortuna”.⁵⁰ O Relator entendeu que o caso não configuraria risco à ordem pública, pois “não passa de mais um triste episódio de suspeitada malversação de fundos públicos pela junção de um administrador desonesto a empreiteiros inescrupulosos.”⁵¹

Com devida vênia ao Relator, a Min. Ellen Gracie considera que “A decretação da prisão cautelar não faz tábula rasa, como pretende o impetrante, da presunção constitucional da inocência. Esta última convive com a restrição desde que presentes os requisitos postos em lei para sua imposição.”⁵² No caso, entende que “a lesão aos cofres públicos ocorreu, nem o paciente contesta. Que seu vulto seja elevado, tampouco. Estão presentes fortes indícios que o apontam como um dos possíveis responsáveis pelo desvio.”⁵³ A decretação da prisão preventiva “Faz expressa referência à gravidade dos fatos e à hierarquia dos envolvidos, em despachos bem ponderados em que não vejo qualquer indício de uma sede de justificação prematuro dos acusados.”⁵⁴ Menciona que o afastamento do cargo não foi suficiente para dirimir o risco, como nitidamente demonstrado pela “fuga rocambolesca intentada pelo réu”⁵⁵ até sua apresentação nas condições estabelecidas pelo mesmo.⁵⁶ A ilustre Ministra analisa as condições pessoais do paciente (argumenta que as mesmas podem ser consideradas para um juízo cautelar), considerando que a conduta extremamente reprovável de um juiz macula não

⁵⁰ STF. HC 80.717-8/SP. Rel. p/ ac. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 13/06/2001. p. 740.

⁵¹ STF. HC 80.717-8/SP. Rel. p/ ac. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 13/06/2001. p. 743.

⁵² STF. HC 80.717-8/SP. Rel. p/ ac. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 13/06/2001. p. 755.

⁵³ STF. HC 80.717-8/SP. Rel. p/ ac. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 13/06/2001. p. 755.

⁵⁴ STF. HC 80.717-8/SP. Rel. p/ ac. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 13/06/2001. p. 755.

⁵⁵ STF. HC 80.717-8/SP. Rel. p/ ac. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 13/06/2001. p. 715.

⁵⁶ “Ao empreender tal fuga o paciente deu demonstração cabal de sua quase inesgotável fonte de recursos materiais e de conexão e infraestrutura que lhe permitiram manter-se a salvo de toda a considerável investida persecutória das polícias estadual e federal, bem como da Interpol, também mobilizada. Nem é demais lembrar que o paciente, afinal ‘apresentou-se espontaneamente’ quando, onde e nas condições que estabeleceu, dando farta demonstração da quase absoluta impotência das autoridades diante da ardisidade com que se movimentava.” STF. HC 80.717-8/SP. Rel. p/ ac. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 13/06/2001. p. 757.

apenas o mesmo, mas que a quebra da confiança esperada atinge a magistratura de uma forma geral, como se todos os demais membros da carreira agissem de forma igualmente lastimável: “A serem comprovados os indícios apontados, os fatos atribuídos ao paciente contradizem de forma gritante as pautas de comportamento que a sociedade tem o direito de esperar de seus magistrados.”⁵⁷ E, por considerar ausência de constrangimento ilegal, votou no sentido de denegar a ordem.

A maioria dos ministros seguiu a relatoria ou a divergência, sem trazer argumentações novas. Mas, há algumas interessantes exceções.

O Min. Nelson Jobim acompanhou o voto da Min. Ellen Gracie e acrescentou, quanto à possibilidade de reiteração delitiva do paciente: “ninguém, como é o caso específico, tendo se apropriado, pego ou tomado conta de valores, deposita valores em seu próprio nome. Há um recurso que se faz em paraísos fiscais mundiais (...) em que é possível, sem identificação, gerir conta.”⁵⁸

Também se menciona o juízo prudencial do STF, em termos de manutenção ou revogação de prisão preventiva, presente no voto do Min. Néri da Silveira: “Se as instâncias inferiores, mais próximas dos fatos, mantiveram o decreto de prisão preventiva, não é de dizer-se que, em chegando a matéria a esta Corte, o Supremo Tribunal Federal possa desconsiderar os fatos da causa, no desempenho de seu ofício.”⁵⁹

No voto do Min. Marco Aurélio Mello: “O clamor público não deve nortear os julgamentos. A revolta popular não respalda a prisão preventiva. Sem fazer qualquer comparação, não é demais lembrar que a voz do povo levou Cristo ao Calvário.”⁶⁰ Também considerou que “a hipótese não se amolda ao figurino ao artigo 312 do Código de Processo Penal, pouco importando, para mim, a repercussão que o episódio da construção do prédio do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo teve na sociedade brasileira.”⁶¹

⁵⁷ STF. HC 80.717-8/SP. Rel. p/ ac. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 13/06/2001. p. 756.

⁵⁸ STF. HC 80.717-8/SP. Rel. p/ ac. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 13/06/2001. p. 789.

⁵⁹ STF. HC 80.717-8/SP. Rel. p/ ac. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 13/06/2001. p. 800.

⁶⁰ STF. HC 80.717-8/SP. Rel. p/ ac. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 13/06/2001. p. 804-805.

⁶¹ STF. HC 80.717-8/SP. Rel. p/ ac. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 13/06/2001. p. 806.

Como o Plenário do STF denegou a ordem, mantendo a prisão preventiva, redigiu o acórdão a Min. Ellen Gracie:

HABEAS CORPUS. JULGAMENTO. PEDIDO DE ADIAMENTO. SUSTENTAÇÃO ORAL. AUSÊNCIA DO ADVOGADO NA SESSÃO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.

PREVENÇÃO. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. SÚMULA/STF 394. CANCELAMENTO.

CONEXÃO ENTRE TRÊS AÇÕES PENAIS. ALEGAÇÃO DE OBRIGATORIEDADE DE REUNIÃO DE PROCESSOS AFASTADA. CPP, ART. 80.

PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP PREENCHIDOS. APLICAÇÃO DO ART. 30 DA LEI Nº 7.492/86.

1. Alegação de nulidade do julgamento de habeas corpus pelo TRF 3ª Região rejeitada, por não configurar a falta de sustentação oral violação ao princípio da ampla defesa, ante seu caráter facultativo. Ademais, encontrava-se presente à sessão outra advogada, igualmente constituída nos autos, com os mesmos poderes outorgados ao patrono ausente.

2. Prevento é o juízo da 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo, por ter, antes de qualquer outro, despachado, determinando a quebra do sigilo bancário de corréus em processo conexo anterior, o que impede a livre distribuição de denúncias posteriores. Excluída a competência originária do STJ para proceder à perquirição, em razão da prerrogativa de função do réu, ante o cancelamento da Súmula/STF 394.

3. Desde que submetidos ao mesmo juízo, pode o magistrado utilizar-se da faculdade de não reunir processos conexos, por força do que dispõe o art. 80, do CPP.

4. Verificados os pressupostos estabelecidos pela norma processual (CPP, art. 312), coadjuvando-os ao disposto no art. 30 da Lei nº 7.492/86, que reforça os motivos de decretação da prisão preventiva em razão da magnitude da lesão causada, não há falar em revogação da medida acautelatória. A necessidade de se resguardar a ordem pública revela-se em consequência dos graves prejuízos causados à credibilidade das instituições públicas.

5. *Habeas corpus* indeferido.⁶²

Interessante, no julgado *supra*, observar a ênfase à credibilidade das instituições como fundamento para decretar a prisão preventiva. Neste sentido, não significa ceder a um clamor público, mas sim uma resposta de fortalecimento das instituições. Não se

⁶² STF. HC 80.717-8/SP. Rel. p/ ac. Min. Ellen Gracie, Plenário, j. 13/06/2001. p. 707.

trata de antecipar a pena, mas de assegurar à comunidade que a lei é para todos e que mesmo os poderosos responderão pelos seus atos. Também se considerou risco de reiteração delitiva, pelas intrincadas redes de influência do paciente (que, inclusive, conseguiu permanecer foragido mesmo com extenso aparato – polícias federal, estadual e Interpol - em seu encalço e se entregou nas condições por si mesmo propostas). E, por fim, a sociedade, pelo sentimento de confiança na Lei e na Justiça, espera de seus magistrados postura íntegra, e, ao se constatarem provas de materialidade e indícios de autoria em direção duramente contrária, é justificável a medida extrema, quando as demais cautelares forem insuficientes, a fim de restabelecer a confiança abalada, enquanto o devido processo está em curso.

Inicia-se o *habeas corpus* nº 89.238-8, impetrado no STF com pedido de medida liminar, após denegação da ordem do *habeas corpus* nº 53.060/SP pela quinta turma do STJ, com relatoria do Min. Gilson Dipp.⁶³ Neste caso, destaca-se o *modus operandi* do suposto crime. De acordo com a Acusação (e aceito como fundamento para a manutenção da prisão preventiva, nos termos do acórdão recorrido do STJ), o paciente, Farah Jorge Farah, médico (cirurgião plástico), optou por terminar o relacionamento com a vítima Maria do Carmo Alves com a prática do homicídio. Em sua clínica, o acusado teria aplicado à vítima o medicamento Dormonid (sonífero). Após, com uso de conhecimentos médicos e de instrumentos cirúrgicos, teria provocado a morte da vítima, com esquartejamento e retaliação, separando a cabeça e partes dos membros do corpo, removido tecidos e órgãos. Em seguida, o acusado teria procedido à limpeza do ambiente e ao acondicionamento do cadáver em sacos de lixo. O corpo da vítima foi

⁶³ “CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. PRISÃO PREVENTIVA. *MODUS OPERANDI*. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DA PRÁTICA DELITIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRONÚNCIA. PERSISTÊNCIA DOS MOTIVOS ENSEJADORES DA SEGREGAÇÃO. EXCESSO DE PRAZO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS DEFENSIVOS CONTRA A PRONÚNCIA. SUSPENSÃO DO JULGAMENTO DO JÚRI. DEMORA JUSTIFICADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

I. Hipótese em que ao paciente foi imputada a suposta prática dos crimes de homicídio qualificado e ocultação de cadáver, tendo sido decretada sua prisão preventiva para garantia da ordem pública.

II. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.

encontrado no veículo do paciente e houve prova testemunhal a corroborar a tese do homicídio.

Em que pese o contexto fático *supra*, a Segunda Turma do STF entendeu pela concessão da ordem, nos termos do voto do Relator: não haveria óbice à instrução criminal, pois já ocorrera a pronúncia do acusado; não inviabilizaria a garantia da lei penal a característica de hediondo, por ser possível conceder a liberdade provisória; e, quanto à ordem pública, considerou-se que a fundamentação não foi suficientemente concreta: “Da simples leitura do decreto prisional, as únicas afirmações ou adjetivações apresentadas pelo juízo de origem são ilações de que a constrição pautar-se-ia no ‘modus operandi’ da prática criminosa imputada ao paciente (fl. 55) e na ‘comoção social’”.⁶⁴ De acordo com o Relator, o caso concreto não estaria amparado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A fim de possibilitar, em linhas gerais, a conformação da ordem pública no entender do STF, o Relator mencionou os seguintes requisitos:

- i) a necessidade de resguardar a integridade física ou psíquica do paciente ou de terceiros;
- ii) o objetivo de impedir a reiteração das práticas criminosas, desde que lastreado em elementos concretos expostos fundamentadamente no decreto de custódia cautelar; e

⁶⁴ III. Cabe ao Julgador interpretar restritivamente os pressupostos do art. 312 da Lei Processual Penal, fazendo-se mister a configuração empírica dos referidos requisitos.

IV. O *modus operandi* da eventual prática delituosa empreendida, em tese, pelo paciente obsta a revogação da segregação cautelar para a garantia da ordem pública.

V. Em casos como o dos autos, em que se sobressalta a forma fria, cruel e insidiosa como supostamente foi cometido o crime pelo agente, cujo modo de proceder em muito se distancia de outros comportamentos capazes de atingir o mesmo fim, a jurisprudência tem entendido pela manutenção da custódia cautelar. Precedentes do STJ e do STF.

VI. A manutenção da custódia cautelar constitui efeito natural da pronúncia, se continuam presentes os motivos ensejadores do decreto, como verificado *in casu*. Precedente.

VII. Considerando o disposto no art. 584 do Código de Processo Penal, o recurso manejado contra a pronúncia suspende o julgamento do réu pelo Júri, protelando o andamento do processo e impedindo o seu regular prosseguimento.

VIII. Presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, elencados no art. 312 da Lei Processual adjetiva, e verificada a interposição sucessiva de recursos somente pela defesa, capazes de suspender a Sessão Plenária do Júri, e, no caso, foram seis recursos, não se pode admitir o argumento de excesso de prazo para a soltura do paciente. IX. Ordem denegada”. (STJ. HC 53.060/SP. Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, j. 01/06/2006).

STF. HC 89.238-8. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 29/05/2007. p. 468.

iii) para assegurar a credibilidade das instituições públicas, em especial do poder judiciário, no sentido da adoção tempestiva de medidas adequadas, eficazes e fundamentadas quanto à visibilidade e transparência da implementação de políticas públicas de persecução criminal.⁶⁵

A concessão da ordem, por maioria, teve o voto divergente do Min. Joaquim Barbosa: “eu me pergunto se nós não estaríamos aqui diante de uma gravidade imanente que decorre da brutalidade e da crueldade que levaria seguramente a uma ameaça à ordem pública.”⁶⁶

O julgamento foi assim ementado:

Habeas corpus. 1. Paciente pronunciado pela suposta prática dos crimes descritos nos arts. 121, §2º, incisos I e IV (homicídio duplamente qualificado). 211 (destruição e ocultação de cadáver); 212 (vilipêndio a cadáver) e 347, parágrafo único (fraude processual), todos do Código Penal. A Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP), por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso em sentido estrito da defesa, afastando da pronúncia o delito de vilipêndio a cadáver (art. 212 do CP). No julgamento do HC nº 88.733/SP, DJ 15.12.2006, Rel. Min. Gilmar Mendes, a Segunda Turma desta Corte concedeu a ordem, por empate na votação, para que fosse afastada a imputação do delito de fraude processual (CP, art. 347). 2. Alegações da defesa: a) excesso de prazo na prisão preventiva e b) falta de fundamentação do decreto cautelar. (...) 7. Com relação à falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva, a defesa aduz que o acórdão coator, ao fundamentar, exclusivamente, a prisão preventiva do paciente no modus operandi da conduta supostamente perpetrada, não satisfaz as exigências legais do artigo 312 do CPP. 8. O decreto de custódia provisória atendeu ao disposto nos arts. 41 e 43, do CPP. A decretação da preventiva lastreou-se nos fundamentos da garantia da ordem pública, garantia da aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal, nos termos do art. 312 do CPP. 9. Na linha jurisprudência deste Tribunal, porém, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP. (...) 1. Da simples leitura do decreto prisional, as únicas afirmações ou adjetivações apresentadas pelo juízo de origem são ilações de que a constrição pautar-se-ia no “modus operandi” da prática criminosa imputada ao paciente e na “comoção social que a gravidade do delito causou na sociedade paulistana”. Não há razões bastantes para a manutenção da custódia preventiva, seja tanto pela garantia da ordem pública, seja pela aplicação da lei penal e

⁶⁵ STF. HC 89.238-8. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 29/05/2007. p. 465.

⁶⁶ STF. HC 89.238-8. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 29/05/2007. p. 471.

conveniência da instrução criminal, as quais se revelam intimamente vinculadas. 11. Situação de constrangimento ilegal apta a ensejar o deferimento da ordem. 12. Habeas corpus deferido para invalidar a decisão que decretou a prisão preventiva nos autos do Processo Crime nº 003.03.001450-9.”⁶⁷

No julgado *supra*, concedeu-se a ordem por considerar que a fundamentação do decreto cautelar não estava suficientemente amparado no caso concreto. Diferente do caso anterior, em que as condições pessoais do paciente foram levadas em conta (acusação de desvio e lavagem de dinheiro por um juiz), nesse, as supostas acusações (morte, esquartejamento e ocultação de cadáver) de crimes que teriam sido praticados por um médico, utilizando friamente os conhecimentos e instrumentos da profissão, além do próprio local do ofício, não foram consideradas, o que demonstra que, em uma mesma Corte, mesmo os requisitos para aferir a ordem pública podem mudar de um ministro para outro.

Atualmente, percebe-se na jurisprudência do STF que o embasamento para decretação da prisão preventiva com fundamento na ordem pública deve ser amparado em aspectos concretos, como o *modus operandi* (em que pese a direção contrária do mencionado *habeas corpus* 89.238-8), a periculosidade do agente (às vezes, equiparada ao *modus operandi*, às vezes colocada como fundamentação distinta) e a gravidade *in concreto* do crime. Não é necessário que os três requisitos apareçam cumulativamente:

“HABEAS CORPUS” – PRISÃO PREVENTIVA – NECESSIDADE COMPROVADA DE SUA DECRETAÇÃO – DECISÃO FUNDAMENTADA – MOTIVAÇÃO IDÔNEA QUE ENCONTRA APOIO EM FATOS CONCRETOS – PERICULOSIDADE DO ACUSADO/RÉU EVIDENCIADA PELO “MODUS OPERANDI” DA REALIZAÇÃO DA PRÁTICA DELITUOSA – PRECEDENTES DESTA SUPREMA CORTE – LEGALIDADE DA DECISÃO QUE DETERMINOU A PRISÃO CAUTELAR – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A PRISÃO CAUTELAR CONSTITUI MEDIDA DE NATUREZA EXCEPCIONAL –

A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada ou mantida em situações de absoluta necessidade. – A questão da decretabilidade ou da manutenção da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da

⁶⁷ STF. HC 89.238-8. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 29/05/2007.

imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária. Precedentes. DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DA NECESSIDADE CONCRETA DE DECRETAR-SE A PRISÃO CAUTELAR DO PACIENTE – Revela-se legítima a prisão cautelar se a decisão que a decreta encontra suporte idôneo em elementos concretos e reais que – além de ajustarem-se aos fundamentos abstratos definidos em sede legal – demonstram que a permanência em liberdade do suposto autor do delito comprometerá a garantia da ordem pública e frustrará a aplicação da lei penal.

(STF. HC 143342/PA-Ag. Reg. Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 02/03/2018)⁶⁸

Quanto aos crimes contra a dignidade sexual, além das hipóteses de periculosidade do agente e risco de reiteração delitiva, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal admite a prisão preventiva quando há fundamentação idônea quanto à gravidade *in concreto* do crime:

Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus. Processual Penal. Violência doméstica. Estupro de vulnerável. Condenação. Manutenção da prisão preventiva. Revogação. Impossibilidade. Custódia assentada na periculosidade do agravante para a ordem pública, evidenciada pela gravidade em concreto da conduta. Precedentes. Questão decidida em impetração anteriormente dirigida ao Supremo Tribunal Federal. Reiteração configurada. Agravo regimental não provido.

1. Constitui fundamentação idônea para a decretação da custódia preventiva, a periculosidade do agravante, aferida a partir da gravidade concreta da conduta imputada, notadamente pelo modus operandi na prática do crime.

2. O recurso ordinário apresenta exatamente o mesmo objeto e as mesmas causas de pedir do HC nº 146.446/SP, motivo pelo que não há razão para seu prosseguimento, visto que se trata de mera reiteração de impetração anterior, cujo tema já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

⁶⁸ No mesmo sentido: STF. HC 150993/SP- Ag. Reg. Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 23/02/2018. Também há precedentes que coadunam a gravidade *in concreto* do delito com a possibilidade de reiteração delitiva: STF. HC 144904/RS- Ag. Reg. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 20/02/2018; STF. HC 150687/MG- Ag. Reg. Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. 20/02/2018; STF. RCH 146329/RS- Ag. Reg. Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 05/02/2018; HC 149759/SP- Ag.Reg. Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 12/12/2017; Precedentes que se alinham com a periculosidade do(s) agente(s): STF. HC 144904/RS- Ag. Reg. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 20/02/2018; STF. RHC 148625/SP- Ag. Reg. Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. 20/02/2018; STF. HC 149759/SP-Ag.Reg. Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 12/12/2017; STF. HC 123024/SP. Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, Primeira Turma, j. 23/02/2016.

3. É firme a jurisprudência da Corte quanto à inadmissibilidade de “*habeas corpus* em que se reitera pretensão veiculada em impetração anterior já examinada e denegada” (HC nº 126.835/DF-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Roberto Barroso, DJe 18/8/15).

4. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

(STF. RHC 150311/SP- Ag. Reg. Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 18/12/2017) ⁶⁹

Assim, em que pese existir divergência no Supremo Tribunal Federal sobre a ordem pública, nota-se que é possível um delineamento do instituto no tocante à fundamentação idônea, embasada com elementos concretos, da qual se extrai (não necessariamente de maneira cumulativa): gravidade *in concreto*, *modus operandi*, periculosidade do agente e risco de reiteração delitiva.

Tais elementos também são aptos a concretizar o instituto da ordem pública no tocante aos crimes contra a dignidade sexual, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal para este conjunto específico de delitos.

Assim, percebe-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é pela utilização da ordem pública, desde que devidamente motivada, amparada em substratos concretos, além de preenchidos os demais requisitos legais e constitucionais.

A seguir, passa-se ao entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná sobre a prisão preventiva fundamentada na ordem pública para os crimes sexuais.

⁶⁹ No mesmo sentido: STF. HC 135072/PR- Ag.Reg. Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, j. 05/12/2017; STF. RHC 133942/AL. Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 14/06/2016; STF. RHC 121721/SP. Rel. p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 09/04/2014; STF. HC 123675/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, 01/03/2016; STF. HC 112209/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 26/06/2012. Ordem pública relacionada à periculosidade do agente: STF. HC 146446/SP-Ag.Reg. Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, j. 22/09/2017; STF. RHC 127295/GO-Ag. Reg. Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 29/09/2015; STF. HC 123465/AM. Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 25/11/2014; STF. RHC 117802/PR. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 10/06/2014; STF. RHC 118034/DF. Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 03/02/2013; STF. HC 114536/MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 13/11/2012; STF. HC 112763/MG. Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 21/08/2012; STF. HC 111521/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 08/05/2012; Ordem pública como periculosidade/*modus operandi* e risco de reiteração delitiva: STF. RHC 127757/DF. Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 02/05/2015; STF. HC 123465/AM. Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 25/11/2014; STF. RHC 121508/SP. Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 18/03/2014; STF. RHC 118268/RR. Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 25/02/2014; STF. HC 118566/MG. Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 05/11/2013; STF. HC 116864/RR. Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, j. 20/08/2013; STF. HC 113148/SP. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 09/04/2013; STF. HC 106326/BA. Rel. p/ ac. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, j. 17/04/2012; STF. HC 102098/SP. Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, j. 15/02/2011; STF. HC 102464/RR. Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, j. 09/03/2010.

5. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ SOBRE OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Neste tópico serão elencados precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná a fim de compreender a jurisprudência no tocante à prisão preventiva tendo como fundamento a ordem pública, referente aos crimes contra a dignidade sexual.

Os precedentes mencionados encontram-se disponíveis para pesquisa de jurisprudência (ou seja, não estão em segredo de justiça) e, para uma visão mais ampla sobre o Tribunal, não se restringiu a busca a uma câmara específica, mas foram incluídas todas as que proferiram decisões envolvendo delitos contra a dignidade sexual. Optou-se pelos acórdãos em detrimento das decisões monocráticas, por serem expressões do colegiado.

O primeiro precedente refere-se a crime de estupro (art. 213, do CP). Percebe-se que a prisão preventiva foi decretada nos autos como *ultima ratio*, mediante não apenas a gravidade concreta, mas também o descumprimento de cautelares diversas anteriormente aplicadas e o consequente risco de reiteração criminosa, tratando-se de violência doméstica. Também interessante que o não cumprimento pretérito foi considerado para argumentação de credibilidade da Justiça:

HABEAS CORPUS CRIME. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI MARIA DA PENHA. CRIMES DE ESTUPRO, LESÃO CORPORAL DOLOSA LEVE QUALIFICADA, CONSTRANGIMENTO ILEGAL, AMEAÇA E SEQUESTRO E CARCERE PRIVADO E CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO. AÇÃO PENAL EM CURSO. PACIENTE PRESO PREVENTIVAMENTE. DECISÃO DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.FUNDAMENTAÇÃO HÍGIDA DO DECRETO CAUTELAR ANTE A PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA EXCEPCIONAL. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E RESGUARDO DA SAÚDE FÍSICA, MENTAL E EMOCIONAL DA VÍTIMA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INAPLICABILIDADE. INOCUIDADE DAS PROVIDENCIAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA IMPOSTAS ANTERIORMENTE. DESCUMPRIMENTO DELIBERADO POR PARTE DO PACIENTE. PRISÃO PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO SATISFATIVA DA PRETENSÃO PUNITIVA.INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DIANTE DAS CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS. IMPERATIVIDADE DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E ASSEGURAMENTO DA INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DA VÍTIMA E EVITANDO A REITERAÇÃO CRIMINOSA CONTRA A OFENDIDA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PLENAMENTE AFASTADO COM A SIMPLES ANÁLISE DA CONDUTA DO

PACIENTE NO DECORRER DO PROCEDIMENTO DE PROTEÇÃO INSTAURADO EM PRIMEIRO GRAU. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

I - A manutenção da medida constritiva encontra fundamento na necessidade de se acautelar a ordem pública, em razão não apenas da gravidade concreta dos delitos imputados ao paciente, mas também do desrespeito reiterado às medidas protetivas previamente deferidas. II - A conduta perpetrada pelo paciente no decorrer da ação penal acabou por revelar seu desapareço com o Poder Judiciário e sua descrença nas ordens emanadas da Justiça.

III - Inexiste constrangimento ilegal quando da análise da conduta perpetrada pelo paciente, é possível extrair a presença do *periculum in libertatis*, fazendo necessária sua custódia cautelar para a garantia da ordem pública.

IV - “A necessidade de proteger a integridade física e psíquica da ofendida e de cessar a reiteração delitiva, que no caso não é mera presunção, mas risco concreto, são indicativas do *periculum libertatis* exigido para a constrição processual. (...) Não há o que se falar em desproporcionalidade da constrição quando a intenção do legislador, ao permitir a medida, foi a de assegurar o cumprimento das medidas coercitivas já impostas e descumpridas em casos de violência doméstica. “ (HC 337.123/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2015, DJe 18/12/2015)

V - A prisão preventiva não tem natureza de antecipação da pena, tratando-se de medida de natureza processual, que não dispensa o preenchimento de seus pressupostos legais, traduzidos por intermédio de fundamentação idônea, calcada em elementos concretos, consoante visualizado no quadro fático desenhado nos autos, havendo a necessidade, também, de acautelar a integridade física e psíquica da paciente.

(TJPR. HCC 1558293-3/Curitiba. Rel. Celso Jair Mainardi, 4ª C.Criminal, j. 18/08/2016)⁷⁰

O julgado seguinte refere-se ao crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, do CP), sendo a prisão cautelar pautada pela gravidade *in concreto* do delito e pela periculosidade do paciente. Assim como no caso anteriormente mencionado, houve violência doméstica:

HABEAS CORPUS CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. LESÕES CORPORAIS NO ÂMBITO DOMÉSTICO. DECISÃO DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA EM DESFAVOR DO PACIENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO DECRETO

⁷⁰ No mesmo sentido: TJPR. HCC 6720-35/Sengés. Rel. Celso Jair Mainardi, 4ª C. Criminal, j. 15/03/2018; TJPR. HCC 44386-07/São José dos Pinhais. Rel. Juíza Subst. 2ª Grau Ângela Regina Ramina de Lucca, 3ª C. Criminal, j. 05/02/2018.

PRISIONAL. DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA EXCEPCIONAL, PREVISTOS NOS ARTIGOS 312 E 313 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. ELEVADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA PERPETRADA PELO PACIENTE. EVIDENCIADA A PERICULOSIDADE DO AGENTE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

I - A prisão preventiva do paciente foi decretada com base em seus pressupostos legais, consistentes na prova da materialidade e nos indícios suficientes da autoria da prática dos crimes de estupro de vulnerável e lesão corporal no âmbito doméstico.

II - A manutenção da medida constritiva, encontra fundamento na necessidade de se acautelar a ordem pública em razão não apenas da gravidade própria do tipo penal, mas de forma concreta em face da exacerbada reprovabilidade da conduta do paciente, a qual evidencia sua real periculosidade, bem como da extrema gravidade dos fatos.

III – Eventuais condições pessoais favoráveis do paciente não têm o condão de, por si só, inviabilizar a decretação da custódia preventiva quando preenchidos os requisitos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal.

(TJPR. HCC 1746346-2/Francisco Beltrão. Rel. Celso Jair Mainardi, 4ª C. Criminal, j. 01/02/2018)⁷¹

Dentre o número considerável de acórdãos referentes ao delito do art. 217-A, do CP, optou-se pelo adiante colacionado, pela descrição pormenorizada das provas constantes nos autos, que embasaram tanto a decretação da prisão preventiva pelo Juízo de 1º grau, quanto a sua manutenção pelo Tribunal de Justiça. Assim, demonstra-se com maior exatidão a justificativa da restrição à liberdade do paciente e por que não restou caracterizada ofensa à presunção de inocência:

⁷¹ No mesmo sentido, em outros casos de estupro de vulnerável, a considerar a fundamentação idônea, pautada em elementos concretos: TJPR. HCC 1738824-6/Fazenda Rio Grande. Rel. Celso Jair Mainardi, 4ª C. Criminal, j. 16/11/2017; TJPR. HCC 1738756-3/Medianeira. Rel. Fernando Wolff Bodziak, 4ª C. Criminal, j. 16/11/2017; TJPR. HCC 1740399-9/Paranaguá. Rel. Celso Jair Mainardi, 4ª C. Criminal, j. 09/11/2017; TJPR. HCC 1550932-3/Curitiba. Rel. Rogério Coelho, 5ª C. Criminal, j. 18/08/2016; TJPR. HCC 1504649-4/Curitiba. Rel. Rogério Coelho, 5ª C. Criminal, j. 31/03/2016; TJPR. HCC 1491509-8/Londrina. Rel. Rogério Coelho, 5ª C. Criminal, j. 11/02/2016; TJPR. HCC 1445299-8/Jacarezinho. Rel. José Laurindo de Souza Netto, 5ª C. Criminal, j. 05/11/2015; TJPR. HCC 1053530-1/Curitiba. Rel.: Fernando Wolff Bodziak 4ª C. Criminal, j. 27/06/2013; TJPR. HCC 1057992-7/Prudentópolis. Rel.: Fernando Wolff Bodziak, 4ª C. Criminal, j. 27/06/2013; TJPR. HCC 919384-8/Londrina. Rel.: Clayton Camargo, 3ª C. Criminal, j. 05/07/2012; TJPR. HCC 706841-9/Arapongas. Rel. Rui Bacellar Filho, 3ª C. Criminal, j. 23/09/2010.

HABEAS CORPUS CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. NÃO CONHECIDO, PORÉM RECEBIDO COMO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DO PLEITO LIMINAR QUE RESTOU PREJUDICADO EM RAZÃO DA ANÁLISE DO MÉRITO DO *WRIT*. TESE DE EXACERBADA VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TESE NÃO CONHECIDA. APLICAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA E POSTERIOR DECRETAÇÃO DA PREVENTIVA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL VEZ QUE A SEGREGAÇÃO RESTOU PAUTADA EM NOVOS ELEMENTOS, RECHAÇANDO, POIS, A MANUTENÇÃO DAS MEDIDAS DIVERSAS PRETERITAMENTE APLICADAS. NEGATIVA DE INDÍCIOS DE MATERIALIDADE FRENTE AO CONTIDO NO EXAME DE CORPO DE DELITO. PRESENTES INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA A MATERIALIDADE DECORRENTES DO RELATÓRIO PSICOLÓGICO E ENTREVISTA COM ASSISTENTE SOCIAL. PALAVRA DA VÍTIMA QUE TEM ESPECIAL RELEVÂNCIA PROBATÓRIA EM CRIMES DESSA NATUREZA RESSALTANDO OS INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE IN CASU. ALEGADA NULIDADE DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA DECISÃO MOTIVADA NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO - MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA FUNDADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DOS FATOS E REITERAÇÃO DELITIVA. PACIENTE QUE TERIA SUBMETIDO VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS À PELO MENOS DOIS ANOS À CONDUTA TIPIFICADA NO ARTIGO 217-A, CAPUT, COMBINADO COM ARTIGO 226, INCISO I, AMBOS DO CÓDIGO PENAL E ARTIGO 1º, INCISO VI, DA LEI Nº8.072/90. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. AVENTADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRISÃO CAUTELAR NÃO É INCOMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA PELA INEXISTÊNCIA DE INTERROGATÓRIO DO RÉU NA FASE PREFACIAL E DEPOIS DE INICIADA A AÇÃO PENAL. INOCORRÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL DISPENSÁVEL. PACIENTE QUE SE UTILIZOU DOS MEIOS DE DEFESA, INCLUSIVE APRESENTANDO RESPOSTA À ACUSAÇÃO. INICIADO O PROCESSO CRIME O INTERROGATÓRIO DO ORA PACIENTE SE DARÁ EM MOMENTO OPORTUNO ASSEGURANDO A AMPLA DEFESA, O CONTRADITÓRIO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

(TJPR. HCC 1290204-0/Medianeira. Rel. Ruy Alves Henriques Filho, 5ª C. Criminal, j. 27/11/2014)

Obviamente, quando não há fundamentação idônea para prisão preventiva, como *v.g.* inferir apenas abstratamente ofensa à ordem pública, a restrição à liberdade não pode subsistir. Houve concessão da ordem em caso que o Tribunal assim considerou:

HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, DO CP). PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME E POSSIBILIDADE DE CONSTRANGIMENTO POR PARTE DA VITIMA E TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MEDIDA DE CARATER EXCEPCIONAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, COM APLICAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR.

1. Não constitui fundamento jurídico idôneo para o decreto da prisão preventiva, a gravidade abstrata do delito ou meras suposições acerca de circunstâncias que possam ameaçar a ordem pública, a instrução criminal ou frustrar a aplicação da lei penal. 2. A decisão que não encontra respaldo em elementos probatórios concretos contidos nos autos, constitui ato ilegal passível de ser remediado pela via do habeas corpus.

(TJPR. HCC 1056398-5/Ubiratã. Rel. Carvilio da Silveira Filho, 4ª C. Criminal, j. 06/06/2013)

O crime de indução de menor de 14 anos a satisfazer lascívia (art. 218, do CP) aparece no julgado a seguir, referente a *habeas corpus* que teve ordem denegada, a fim de manter a prisão preventiva com base no *modus operandi* do paciente:

HABEAS CORPUS CRIME. ARTIGO 35 E ARTIGO 33, *CAPUT*, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006, ARTIGO 218 DO CÓDIGO PENAL. PETIÇÃO INICIAL APÓCRIFA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 654, §1º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO CONHECIDO. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE DILIGÊNCIAS DA DEFESA QUE NÃO PODEM PREJUDICAR O PACIENTE. PLEITO PELA CONCESSÃO DA ORDEM ANTE A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE RESGUARDAR A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. *MODUS OPERANDI*. REQUISITOS DA PREVENTIVA PRESENTES. INEXISTÊNCIA DE EVENTUAL ILEGALIDADE. ORDEM NÃO CONHECIDA E DENEGADA DE OFÍCIO (...)

(TJPR. HCC 1608408-1/Curitiba. Rel. Ruy Alves Henriques Filho, 5ª C. Criminal, j. 23/02/2017)

O precedente adiante refere-se à satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A, do CP). Nota-se, mais uma vez, que, além do Tribunal de Justiça considerar que os requisitos para configurar ofensa à ordem pública, bem como autorizar a prisão preventiva foram cumpridos, também há descumprimento de medidas cautelares diversas da prisão, anteriormente impostas ao paciente:

HABEAS CORPUS CRIME - ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE (ARTS. 217-A, 218-A, AMBOS C/C ART. 226, INCISO II, TODOS DO CP) - PRISÃO PREVENTIVA ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DA MEDIDA EXTREMA - NÃO OCORRÊNCIA NA ESPÉCIE - PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA - NECESSIDADE DE RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA - PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES - DECISÃO MONOCRÁTICA MOTIVADA EM ELEMENTOS CONCRETOS – PERICULOSIDADE CONCRETA DO AGENTE EVIDENCIADA - DESCUMPRIMENTO, EM MOMENTO ANTERIOR, DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS - PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO - INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO AO CASO CONCRETO - DISCUSSÃO ACERCA DA AUTORIA DELITIVA - ANÁLISE QUE DEMANDA EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS - IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA - ORDEM DENEGADA.

(TJPR. HCC 1745417-2/Londrina. Rel. Renato Naves Barcellos, 4ª C. Criminal, j. 11/01/2018)⁷²

O último precedente refere-se à facilitação da prostituição de menor de 18 anos ou de quem, por enfermidade ou doença, não tenha o discernimento necessário (art. 218-B, do CP) à prática do ato. Interessante menção, no julgado, à doutrina da proteção integral às crianças e aos adolescentes:

HABEAS CORPUS - ARTIGOS 218-B E 218, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO - PRISÃO EM FLAGRANTE DECRETADA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL - ALEGADO SER PACIENTE IDOSO - HAVER CONSTRANGIMENTO ILEGAL DECORRENTE DE NEGATIVA DE AUTORIA E MENORES JÁ PROSTITUÍDAS. PALAVRAS DAS ADOLESCENTES QUE NÃO SE PRESTAM A ESTE FEITO HERÓICO DESNECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO, INOCÊNCIA PRESUMIDA E FALTA DE AMPARO LEGAL OU MORAL PARA A PRISÃO - PARCELA DO *WRIT* QUE REMETE À APRECIACÃO VALORATIVA DA PROVA - IMPERTINÊNCIA - NÃO CONHECIMENTO - PREVENTIVA DECRETADA COM BASE EM FUNDAMENTOS SÓLIDOS E VINCULADOS - IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA EVIDENCIADA-PROTEÇÃO INTEGRAL À CRIANÇA E ADOLESCENTE É O ESPÍRITO DA LEI QUE INCRIMINA TAIS CONDUTAS, E NÃO PODE SER IGNORADO PELO PODER JUDICIÁRIO - PESSOA IDOSA QUE NÃO ESTÁ LIVRE DO PODER DE CAUTELA ESTATAL - PRECEDENTES - CONSTRANGIMENTO ILEGAL

⁷² No mesmo sentido: TJPR. HCC 1483679-0/Ponta Grossa. Rel. Gamaliel Seme Scaff, 3ª C. Criminal, j. 04/02/2016; TJPR. HCC 1445299-8/Jacarezinho. Rel. José Laurindo de Souza Netto, 5ª C. Criminal, j. 05/11/2015; TJPR, HCC 706841-9/Arapongas. Rel. Rui Bacellar Filho, 3ª C. Criminal, j. 23/09/2010.

NÃO EVIDENCIADO - ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA. (...)

2. A decisão monocrática aponta e transcreve trechos dos depoimentos das vítimas, extraídos dos autos pertinentes, trazendo concretude à necessidade da segregação, a qual não foi derrubada pela impetração, em análise processualmente autorizada, até o limite possível para não se adentrar em seara de mérito.

3. O Estatuto da Criança e Adolescente veda certas condutas envolvendo menores, por adotar o princípio da proteção integral, não importando, na espécie concreta, se a vítima era ou não habituada à prostituição, ou mesmo se tinha aparência que possibilitasse o engano sobre sua idade.

4. A qualidade de idoso não garante ao paciente imunidade em face do poder de cautela do Estado, tornando-o imune aos ditames e rigores da lei; quando evidenciada a necessidade dessa aplicação extrema, como é o caso da prisão preventiva decretada em seu desfavor, é de ser a mesma mantida nesta instância julgadora.

5. Consigne-se que não há no ordenamento jurídico pátrio qualquer dispositivo que impeça, limite ou retarde a prisão cautelar do idoso quando ela é imperiosa e decretada fundamentadamente e dentro do modelo legal. 6. Primariedade e bons antecedentes, bem como, bom conceito social, não impedem a medida de cautela quando imperiosa.

(TJPR. HCC 1353351-6/Londrina. Rel. Ruy Alves Henriques Filho, 5ª C. Criminal, j. 09/04/2015)⁷³

Conforme os precedentes colacionados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (mencionados de maneira direta no corpo do texto ou indireta, nas notas de rodapé, para enfatizar a linha dos expressamente elencados), percebeu-se que a ordem pública é um dos fundamentos para a prisão preventiva, que pode ser decretada em *ultima ratio*. Também se nota, pela análise dos julgados, que a fundamentação deve ser idônea, com embasamento em elementos concretos, que comprovem, *v.g.*, a periculosidade e o *modus operandi* do agente, o risco de reiteração delitiva e a gravidade *in concreto*. Há casos em que, além de tais requisitos (que não são cumulativos), também se enfatizou o descumprimento de medida cautelar diversa da prisão, anteriormente imposta. De igual modo, alinhando-se à jurisprudência dos Tribunais

⁷³ No mesmo sentido: TJPR. HCC 1719704-7/Cidade Gaúcha. Rel. Carvilio da Silveira Filho, 4ª C. Criminal, j. 14/09/2017; TJPR. HCC 1490040-0/Ponta Grossa. Rel. Gamaliel Seme Scaff, 3ª C. Criminal, j. 18/02/2016; TJPR. HCC 1490126-5/Ponta Grossa. Rel. Gamaliel Seme Scaff, 3ª C. Criminal, j. 18/02/2016; TJPR. HCC 744358-3/Realeza. Rel. Jefferson Alberto Johnsson, 3ª C. Criminal, j. 24/03/2011.

Superiores, reiteradamente considera-se que primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão lícita não impedem a prisão preventiva.

6. CONCLUSÃO

A ordem pública, prevista no art. 312, do CPP, é fundamento para decretação da prisão preventiva no ordenamento jurídico pátrio.

Em que pese a existência de críticas, considerou-se, pelas razões mencionadas ao longo deste artigo, que há compatibilidade da ordem pública com a Constituição de 1988 e com o Estado Democrático de Direito, desde que adequadamente motivada em elementos concretos, assim como demonstrado o preenchimento dos requisitos legais e de acordo com os princípios e valores constitucionais. Aliás, a França, berço do constitucionalismo e com forte tradição liberal-democrática, também continua a utilizar o instituto nos dias atuais.

Nota-se que o instituto, pela vagueza legislativa, apresenta divergências doutrinárias e jurisprudenciais (conforme mencionados dois *habeas corpus* do STF). Porém, numa comunidade ampla de intérpretes, a realidade apresenta desafios diários, a serem solucionados a partir da concretude dos fatos.

Aliás, dos diversos precedentes elencados do Supremo Tribunal Federal, percebe-se que a ordem pública, apta a fundamentar a prisão preventiva, deve ter argumentação idônea, amparada em elementos concretos, que demonstrem, embora não necessariamente de forma cumulativa, a gravidade *in concreto* do crime, a periculosidade do agente, o *modus operandi* e o risco de reiteração delitiva. Tais itens podem ser utilizados, no entender dos precedentes da Suprema Corte, para a prisão preventiva nos crimes contra a dignidade sexual.

Com os precedentes colacionados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná especificamente sobre a prisão preventiva nos delitos contra a dignidade sexual, observou-se que a ordem pública pode ser utilizada, desde que haja fundamentação idônea com elementos do caso concreto e preenchidos os demais requisitos legais e constitucionais. Constatou-se que houve embasamento na ordem pública em casos que envolveram: violência em âmbito doméstico; descumprimento de medidas cautelares

diversas da prisão anteriormente impostas; vítimas crianças e adolescentes (alguns considerados vulneráveis, por serem menores de 14 anos), dentre outras situações da realidade que não se adequam a uma lógica de processo civil transplantada ao processo penal.

Deste modo, buscou-se compreender a ordem pública a partir dos ditames constitucionais e do Estado Democrático de Direito e entender a conformação legislativa, doutrinária e jurisprudencial atual. Assim, demonstrou-se que o instituto, desde que devidamente embasado em elementos do caso concreto, pode ser utilizado e, portanto, mantido no ordenamento jurídico pátrio.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Nádia de. A aplicação do direito internacional privado e a proteção da pessoa humana: utilização do princípio de sua dignidade como informador da ordem pública. In: ANNONI, Danielle (Org.). *Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 421-423.

ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BALTAZAR JR. José Paulo. Limites constitucionais à investigação. O conflito entre o direito fundamental à segurança e o direito de liberdade no âmbito da investigação criminal. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 184-221. p. 184-221.

BARBOSA, Reinaldo Denis Viana. A prisão preventiva como instrumento do instrumento. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 13, n. 76, p. 95-114, fev./mar. 2017.

BARBOSA, Rui. Trabalhos Jurídicos. Petição de *Habeas-Corpus* nº 300 requerido ao Supremo Tribunal Federal a favor das vítimas dos decretos de 10 e 12 de abril. In: _____. *Obras Completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1956. v. XIX, t. III, p. 11-136.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Prisão cautelar*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7028, de 7 de março de 2017. Altera o art. 312 da Lei 12.403 de 4 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2124647>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

_____. Decreto-lei nº 3.689. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] União*, Rio de Janeiro, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 15 mar. 2018.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias: atualização – junho de 2016. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 14270/SP, da 6ª Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves, 12 de dezembro de 2000. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 19 mar. 2001, p. 142. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=61502&num_registro=200000898228&data=20010319&formato=PDF>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. _____. Habeas Corpus nº 53060/SP, da 5ª Turma. Relator: Ministro Gilson Dipp, 01 de junho de 2006. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 19 jun. 2006, p. 164. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=631035&num_registro=20060>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 126835/DF, da 1ª Turma. Relator: Ministro Roberto Barroso, 23 de junho de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 161, 18 ago. 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/ctoliveira/Downloads/texto_307469311.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. _____. Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 150311/SP, da 2ª Turma. Relator: Ministro Dias Toffoli, 18 de dezembro de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 30, 20 fev. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RHC+150311%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7b5gh56>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. _____. Habeas Corpus nº 80717/SP, do Tribunal Pleno. Relatora para o acórdão: Ministra Ellen Gracie, de 13 de junho de 2001. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 05 mar. 2004, p. 15. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78492>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. _____. Habeas Corpus nº 89238/SP, da 2ª Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 29 de maio 2007. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 101, 14 set. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=486736>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. _____. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1038925/SP, do Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 18 de agosto de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 212, 19 set. 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/ctoliveira/Downloads/texto_312754415.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

FELDENS, Luciano. O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativos de tutela. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 222-243.

FISCHER, Douglas. Investigação Criminal pelo Ministério Público: sua determinação pela Constituição brasileira como garantia do acusado e da sociedade. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Limites constitucionais da investigação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 46-71.

FRANCE. *Code de procédure pénale*. 17 mar. 2018. Disponível em: <codes.droit.org/CodV3/procedure_penale.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

_____. *Code Pénal*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=21C51C1B846E33112B187E278FD70E66.tplgfr34s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006165359&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20180324>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. *Décret du 20 mai 1903 portant règlement sur l'organisation et le service de la gendarmerie*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=21C51C1B846E33112B187E278FD70E66.tplgfr34s_1?cidTexte=LEGITEXT000006070705&dateTexte=20090806>. Acesso em: 19 mar. 2018.

_____. *Loi n° 2009-971, du 3 août 2009 relative à la gendarmerie nationale*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2009/8/3/IOCX0814116L/jo/texte___>. Acesso em: 19 mar. 2018.

GRANDIS, Rodrigo de. Prisões processuais: uma releitura à luz do garantismo penal integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013. p. 397-414.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. “Crônicas de estupros e mortes anunciadas” e a tese de que a “prisão preventiva para garantir a ordem pública é inconstitucional”. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, Curitiba, ano 4, n. 7, p. 109-121, dez. 2017.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

KAFKA, Franz. *O Processo*. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Porto Alegre: L&PM, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 16. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus Crime nº 1558293-3/Curitiba, da 4ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Celso Jair Mainardi, 18 de agosto de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, Curitiba, PR, n. 1873, 29 ago. 2016. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12216889/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1558293-3>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. _____. Habeas Corpus Crime nº 1746346-2/Francisco Beltrão, da 4ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Celso Jair Mainardi, 1 de fevereiro de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, Curitiba, PR, n. 1177, 22 fev. 2018. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12492314/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1746346-2>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. _____. Habeas Corpus Crime nº 1290204-0/Medianeira, da 5ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Ruy Alves Henriques Filho, 27 de novembro de 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*, Curitiba, PR, n. 1520, 6 mar. 2015. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11846875/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1290204-0>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. _____. Habeas Corpus Crime nº 1056398-5/Ubiratã, da 4ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Carvilio da Silveira Filho, 6 de junho de 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, Curitiba, PR, n. 1139, 12 jul. 2013. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11484939/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1056398-5>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. _____. Habeas Corpus Crime nº 1608408-1/Curitiba, da 5ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Ruy Alves Henriques Filho, 23 de fevereiro 2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, Curitiba, PR, n. 1988, 14 mar. 2017. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12309947/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1608408-1>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. _____. Habeas Corpus Crime nº 1745417-2/Londrina, da 4ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Renato Naves Barcellos, 11 de janeiro 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, Curitiba, PR, n. 2188, 26 jan. 2018. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12481719/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1745417-2>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

_____. _____. Habeas Corpus Crime nº 1353351-6/Londrina, da 5ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador: Ruy Alves Henriques Filho, 9 de abril de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*, Curitiba, PR, n. 1556, 4 maio 2015. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11888813/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1353351-6>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal: 1891-1898: defesa das liberdades civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v.1.

SILVA, David Medina da et al. A garantia da ordem pública é hipótese fundamental de prisão preventiva. In: CONGRESSO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL, 7., 2002, Canela. *Teses: o Ministério Público e a paz social*. Canela: Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 2002. p. 178.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco*. Tradução, apresentação e notas: Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Côrte Suprema*. Tradução de Arlette Pastor Centurion. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

LEITURAS ADICIONAIS EM NOSSA BIBLIOTECA

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. Desconstruindo a ordem pública e reconstruindo a prisão preventiva. *Repertório IOB de jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*, São Paulo, n. 24, p. 924-923, 2. quin. dez. 2017.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS Diego Prezzi.. Ordem pública e Constituição: um escorço de delimitação conceitual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 107, n. 990, p. 309-329, abr. 2018.

VENTURIN, Brunna Pessotti; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. A prisão preventiva e as questões da ordem pública e da duração razoável da prisão. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 14, n. 80, p. 46-72, out./nov. 2017.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)

The Repetitive Demand Resolution Incident (IRDR)

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Precedentes - 3. Identificação e Distinção - 4. Objetivos do IRDR - 5. Do Processamento do IRDR - 6. Da afetação e Instrução - 7. O Ministério Público no incidente - 8. Aplicação da Tese Fixada. Efeitos - 9. Suspensão ou Sustação da Suspensão (*distinguishing*) - 10. Abrangência do Conteúdo do Julgamento e Obrigatoriedade de Observância da Decisão - 11. Da Reclamação - 12. Da extensão Nacional dos Efeitos da Suspensão - 13. Coisa Julgada ou Estabilidade da Eficácia Vinculante *erga omnes* da Tese - 14. Da Revisão da Tese - 15. Conclusão.

¹ Procurador de Justiça.

RESUMO: No contexto da formação de precedentes no direito processual civil brasileiro, em especial com a edição do novo Código de Processo Civil, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas representa avanço na uniformização do direito aplicado visando em especial à segurança jurídica e equidade. No enfrentamento de demandas com mesmo norte jurídico e buscando circunstancialmente aliviar a carga de processos, os tribunais podem fixar tese jurídica via incidente de resolução de demandas repetitivas. Fiel a um direcionamento voltado aos propósitos de um processo colaborativo e participativo que o novo Código de Processo Civil imprimiu, ainda que de forma prevalecente, caracterizado pelo *Civil Law*, há aproximação às premissas do *Common Law*, na função de moldar regras abstratas trazidas pelo legislador. No sentido de dar azo a pesquisas sobre as disposições do novo Código de Processo Civil é que se procurou abordar tópicos específicos do instituto, com finalidade de conhecer peculiaridades consideradas dignas de enfrentamento e, com isso, encontrar no direito subjetivo sua real aplicação e concretização.

ABSTRACT: *In the context of the formation of precedents in Brazilian civil procedural law, especially with the edition of the new Code of Civil Procedure, the Incident of Resolution of Repetitive Claims represents progress in the uniformization of applied law aiming in particular at the legal security and equity. In dealing with lawsuits with the same legal north and seeking circumstantially to alleviate the burden of lawsuits, the courts can establish legal theory through an incident of resolution of repetitive demands. True to a purpose-oriented approach to a collaborative and participatory process that the new Civil Process Code has printed, although prevalently characterized by the Civil Law, there is an approximation to the premises of Common Law, in the function of shaping abstract rules brought by the legislator. In order to give rise to research on the provisions of the new Code of Civil Procedure, it was sought to address specific topics of the institute, with the purpose of knowing peculiarities considered worthy of confrontation and, with that, to find in the subjective law its real application and concretization.*

PALAVRAS CHAVES: Incidente. Resolução. Demandas Repetitivas. Precedentes.

KEYWORDS: *Incident. Resolution. Repetitive Requests. Precedents.*

1. Introdução.

Os institutos processuais do Novo Código de Processo Civil apresentam características próprias que lhe proporcionam maior sistematização, de modo a tornar o processo mais colaborativo para o atingimento do fim justo, deixando de lado o viés exclusivamente praxista, procedimental, onde prevalecia a ideia da lide, da parte litigante (*litigator*) a qualquer argumento, para uma ideia de encontro de solução concertada, de participação, quando não alcançado o meio termo na conciliação ou mediação.

Tira-se da exposição de motivos a fixação desse direcionamento, considerando a maior proximidade aos princípios constitucionais, com proeminência à busca da paz social com proposta de mudança cultural de efetivação do direito material pretendido, em grau prioritário, oferecendo vias mais simplificadas para a concretização desses objetivos. Essa sistematização não se afasta da busca da razoável duração do processo e da efetivação da equidade e segurança dos julgados. O propósito é moldar o ordenamento jurídico como função paradigmática inerente ao sistema.

Na perseguição da uniformização e estabilidade da jurisprudência, além da Súmula Vinculante do STF, inovou-se exemplificativamente pelos institutos do artigo 927, destacando-se para a finalidade deste artigo o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR).

Referido incidente, atribuído como originário do sistema processual tedesco (*Musterverfahren*), segundo Wolkart, veio para acomodar eventuais incongruências na jurisprudência e induzir ao represamento de pretensões repetitivas pela estabilidade da fixação de tese jurídica acerca do direito pinçado em procedimento chamado de “causa piloto”, de incumbência dos colegiados (tribunais).

Perante um quadro fático de multiplicação de processos em que há identidade de questões unicamente de direito, com afronta possível à isonomia e à segurança jurídica, o novo Código de Processo Civil, no artigo 976, previu o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

2. Precedentes.

Não é possível tratar do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas sem antes enfrentar algumas linhas informativas acerca dos precedentes, instituto jurídico trazido como novidade no atual Código de Processo Civil.

No século passado o processo civil enveredou-se por ampliar seus horizontes para além da aplicação simples da lei, pois esta não alcançava os objetivos almejados, pelo menos em condições de uma desejável uniformidade, sistema esse chamado de *Civil Law*, e percebeu-se que as decisões concretizadas exerciam papel mais efetivo nesse sentido. O sistema do *Common Law* emprega tal prática, em que um julgado oferece parâmetro a outros, e enseja a adesão ao chamado sistema de precedentes.

Isso num contexto de reiteração de demandas similares ou idênticas, propostas de forma individualizada, ou coletiva mesmo. Não é razoável que haja divergências de solução de mesmos casos, ou de aplicação de orientações jurídicas diferentes, em detrimento da segurança jurídica e do desprestígio do judiciário, certo que a jurisdição hoje visa a uma atuação ampliada e com caráter preventivo, diferentemente do que ocorria anteriormente no exercício de função atomizada e repressiva.

3. Identificação e Distinção.

Trata-se neste trabalho da observação do incidente como novidade. Com a finalidade de tangenciar o instituto propriamente dito, há que se delimitar previamente o campo de análise, com a utilização do que se considera “julgamento de casos repetitivos” para efeito de conhecimento da novel figura processual. Define-os, propriamente, o artigo 928, nos incisos I e II, respectivamente, como “incidente de resolução de demandas repetitivas” e “recursos especial e extraordinário repetitivos”. Limitado quanto às questões de direito, estas podem incidir, para efeito do julgamento, tanto ao direito material quanto ao processual, na dicção no parágrafo único do mesmo dispositivo.

Daí que o artigo 927 arrolou os institutos que servem como precedentes, a saber:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - *os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;*

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. (destaquei em itálico)

Diversos institutos jurídicos, de consequência, são considerados precedentes, cada qual com suas peculiares características. Há aqueles que têm força vinculante por determinação legal e há aqueles que servem de parametrização para as decisões de outros órgãos do poder judiciário. Ou seja, o rol não é fechado.

4. Objetivos do IRDR.

Diante do fenômeno de demandas carreadoras de pretensões baseadas em casos que fundamentalmente são idênticos, a formação dos precedentes possibilita a uniformização de teses jurídicas. A origem da tese e o alcance de sua *ratio decidendi*, ao mesmo tempo facilitam a aplicação do direito pelos juízes e dão maior certeza aos jurisdicionados, além de proporcionar maior eficácia judicial, emprestando a almejada segurança jurídica e isonomia.

Como diz Neves:

“Os precedentes judiciais têm como objetivo o fortalecimento da jurisprudência dos tribunais superiores e, ainda mais importante, garantir a uniformidade vertical (de cima para baixo) e horizontal (dentro do mesmo tribunal) dos entendimentos sedimentados”.

Daí que o NCPC, ao par das já previstas formas de fixação de precedentes, inovou em alguns instrumentos, evoluindo para possibilitar maior concretização do direito a partir de casos julgados e promovendo a afirmação da lei sobre teses extraídas

dessas decisões, conseqüentemente retirando a abstratividade do preceito antecipado pelo legislador.

O processo civil, que já previa a influência, mesmo que sem caráter obrigatório, de casos julgados em situação de similaridade, senão de perfeita identidade, e guardada uniformidade, ainda assim não alcançava casos de maior grau de repetitividade, que no aspecto quantitativo aliviasse a demanda mais recorrente ao Estado na sua função *monopolística* da jurisdição.

O que ocorreu próximo ao sistema de precedentes eram principalmente as chamadas *súmulas vinculantes*, e também, naturalmente, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Ainda, mais propriamente, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

Assim, pensou-se no aperfeiçoamento do sistema processual, buscando a resolução dessas demandas repetitivas, da assunção de competência e em decisões em recursos extraordinário e especial repetitivos, diante de uma realidade de demanda massiva. Essa massividade, indutora da repetitividade, decorre da modernização dos processos sociais mais frequentemente coletivizados. Deles se extraem a homogeneidade de interesses, até a coletivização mesmo, abrangendo situações, em maior grau, de difusidade.

Perante esse quadro emergiu o processo civil coletivo, cujas demandas com legitimação *ope legis* visam à solução e construção de coisa julgada *ultra partes* e *erga omnes*. A função principal, além de se prestar a uma solução uniforme, é a busca da unificação do julgado, com manifesto objetivo de desafogamento do poder jurisdicional.

Não obstante, prega-se que tal realidade não é vencida pelo processo civil coletivo, lançando-se críticas à sua insuficiência para as situações em especial da homogeneidade de direitos e interesses, já que nestes a divisibilidade se faz presente, embora com uniformidade da origem fática, de significativo grau, que pode dar ensejo à tutela coletiva. São os chamados falsos coletivos.

Não se limita a tutela coletiva aos direitos homogêneos. O ordenamento jurídico dispõe de diversos instrumentos para solucionar “litígios em série”, na

adequada expressão de Rudiniki Neto. Depois de mencionar o julgamento liminar de improcedência do artigo 285-A do CPC/73, com essa possibilidade, independente de citação, nas agora renovadas hipóteses do artigo 332 do NCPC, o autor acrescenta:

“Ainda no âmbito das técnicas processuais destinadas ao trato da litigância em grande escala, é possível citar o julgamento por amostragem de recursos repetitivos, previstos nos arts. 543-B e 543-C do CPC/73, e arts. 1.036 A 1.041 do NCPC, o qual evita que as Cortes Superiores decidam sucessivas e inúmeras vezes a mesma questão de direito. Tal mecanismo opera mediante a suspensão de todos os processos pendentes nos quais é discutida a mesma questão de direito. Aos processos sobrestados deverá ser aplicada a solução ditada pelos tribunais de vértice quando da resolução do recurso paradigma”.

Ademais, o NCPC preferiu direcionamento diverso do aperfeiçoamento do instituto da ação coletiva, avanço que se daria de certa forma ante o disposto no artigo 333, pelo qual notificaria o juiz os casos de repetitividade fática experimentada no contexto dos processos. O dispositivo sofreu veto que sepultou essa possibilidade como comando autorizativo legal. Mas persiste a prerrogativa do juiz determinar a extração de peças e encaminhá-las ao legitimado coletivo, na dicção do artigo 139, X e mesmo do artigo 7º da Lei da Ação Civil Pública.

De qualquer forma, o veto à tentativa de coletivização representou a perda da oportunidade de aperfeiçoamento e do prestígio do processo coletivo.

Contornos ao veto são apontados como já presentes nas situações dos dispositivos acima relacionados, pois, ao comunicar o juiz a existência de demandas repetitivas aos legitimados do processo coletivo, e proposta a ação coletiva, a solução processual seria praticamente a mesma caso fosse conservado o artigo 333 ao NCPC, na conclusão de Zencner. Ainda, terá o magistrado a prerrogativa de suspender as ações individuais, independentemente de requerimento da parte nesse sentido. A doutrina segue essa linha, conforme exalta o autor a lição doutrinária de Didier Jr e Zaneti Junior.

Também vale, a título argumentativo e no mesmo viés, destacar outra inovação do NCPC, qual seja, a do artigo 506, que é tirada da seguinte redação: “A sentença faz coisa julgada entre as partes às quais é dada, não prejudicando terceiros”. Por este

dispositivo, decisão em ação individual pode beneficiar terceiros que não participaram do processo, condição essa impossível antes da edição do CPC/2015, pela dicção do artigo 472 do CPC/1973. É uma tentativa de adotar a coisa julgada *secundum eventum litis in utilibus*, antes prevista no Código de Defesa do Consumidor, no artigo 103, § 3º.

A doutrina até admite que na sentença “de procedência” seja possível dar essa extensão, desde que a “relação jurídica base” tenha sido alterada em razão de decisão judicial, cujos efeitos beneficiam a todos, “independentemente de quem tenha sido o responsável pela iniciativa de acionar o Poder Judiciário”.

5. Do Processamento do IRDR.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é passível de instauração pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição, ou de ofício pelo juiz ou relator em grau de recurso, livre de custas.

Pelo incidente, pinça-se um processo no qual se identifica a situação de repetitividade que não tenha evoluído até uma decisão transitada em julgado, em primeiro grau ou em grau de recurso, cujo julgamento repercutirá em todos os processos em tramitação e para os eventuais futuros. Isso já evidencia que a delimitação temporal para o exercício do incidente é aquela vinculada à exigência de tramitação do chamado processo modelo.

O incidente trata, portanto, de questão somente de direito, afastada a possibilidade de conhecimento de questão de fato, podendo, todavia, abranger uma ou mais questões de direito. A questão de fato deve ser incontroversa. Por isso que devem acompanhar o ofício ou a petição os documentos que assegurem a repetitividade e os riscos à isonomia e segurança jurídica, pressupostos para a instauração (artigo 977, parágrafo único).

Para a acolhida do incidente é desnecessário existir pendência de julgamento em Tribunal, mas não pode, por outro lado, existir análise de recurso repetitivo já com afetação por Tribunal Superior. Como ensina Marinoni, basta a multiplicação de feitos no Poder Judiciário. Acrescenta que:

“Se o IRDR busca evitar o risco à isonomia e à segurança jurídica decorrentes do tratamento diverso da mesma questão de direito, seria um disparate imaginar que, só depois que a questão já estivesse submetida à análise do tribunal – e, portanto, tivesse tramitado longamente em 1º grau – é que o incidente poderia ser instaurado”.

E no caso de desistência ou abandono do processo o que ocorrerá? Essas circunstâncias não impedirão que o incidente seja julgado. Porém, cabe ao Ministério Público assumir a titularidade.

Quanto ainda aos requisitos para o incidente, no entendimento de Marinoni, se estiverem presentes no processo negócios processuais, na forma dos artigos 190 e 191, não se perfazem. Poder-se-ia concordar que, ante condições procedimentais alteradas, ainda que por consenso das partes e assentimento do juiz, não seria propício enfrentar questão cuja decisão repercutisse de forma geral em todos os processos similares.

Pode-se objetar, no entanto, o pensamento do doutrinador, que a coexistência do negócio jurídico não proporciona impedimento ao conhecimento do IRDR. É que essa prerrogativa de alargamento da participação das partes tem limites e critérios que devem passar pelo crivo do juiz e, mais, vincular-se a regras processuais indeclináveis, superando o chamado formalismo exagerado, a fim de prestigiar o sentido da democratização das regras processuais permitidas pelo legislador do NCPC.

Prevalecerá o incidente em prejuízo da temporária tramitação do processo piloto ou dos demais atingidos, por óbvio. Não se pode sacrificar um interesse à segurança jurídica e à isonomia que a fixação da tese proporcionará, em benefício de apenas um processo ou poucos processos nos quais subsistem negócios jurídicos processuais.

Haverá necessariamente o sobrestamento das disposições negociadas por força da suspensão do processo e dos processos similares, como efeito da admissão do incidente. As condições negociadas serão retomadas e observadas naquilo que não ferir os fundamentos da tese (*ratio decidendi*) após o julgamento.

A competência para realizar o juízo de admissibilidade, processamento e julgamento é de um tribunal, que restará prevento para o julgamento de eventuais

recursos, conforme se extrai da letra do artigo 978, parágrafo único, do NCPC, recaindo sobre órgão indicado pelo regimento interno do tribunal, dentre os competentes para a uniformização de jurisprudência do “tribunal”.

O órgão apontado pelo regimento interno do tribunal fará o juízo de admissibilidade do IRDR, ou seja, o exame dos seus requisitos objetivos (mesma questão de direito, risco à isonomia e à segurança jurídica e inexistência de afetação de recurso repetitivo por Tribunal Superior). Afinal, além da fixação da tese jurídica, a partir da controvérsia instalada, o incidente carrega repercussão social, econômica e também política.

Questão merecedora de atenção é a da divulgação da instauração do incidente para a sociedade, bem assim aos órgãos do Poder Judiciário. Seguindo a orientação do Enunciado 591 do FPPC, a publicidade deve ser ampla, com a utilização da rede mundial de computadores. O artigo 979 remete ao cadastro do Conselho Nacional de Justiça, cuja comunicação sobre as “questões de direito” objeto do incidente é de forma imediata.

Sobre o assunto, resume Mendes:

“A ampla publicidade do incidente deve compreender tanto o momento de sua admissão, com a identificação precisa da questão de direito controvertida que será objeto de análise pelo tribunal, formando-se uma espécie de ementa prévia do tema sob julgamento, com a identificação dos argumentos jurídicos sob apreciação, como o momento posterior ao julgamento, com a divulgação da tese jurídica adotada”.

A divulgação é relevantíssima para que os interessados possam avaliar o objeto do dispositivo, a extensão dos argumentos e os dispositivos relacionados, e dar adequadas condições para participação nos debates. Além do que, previne a instauração de novos IRDRs sob o mesmo fundamento, eventualmente. Havia no Brasil a previsão do Cadastro Nacional de Processos Coletivos e do Cadastro Nacional de Inquéritos Civil e Compromissos de Ajustamento de Conduta, que ficaria a cargo do CNJ e do CNMP, previsto no Projeto de Lei 5.139/2009, o qual tramitava na Câmara de Deputados, que não vingou.

Para dar sustentabilidade ao IRDR, no aspecto da constitucionalidade, é essencial a comunicação aos interessados para que estes possam acompanhar e intervir quando julgarem necessário.

Também sustenta a doutrina que, para não se incorrer no vício da inconstitucionalidade por ausência de regular contraditório, e a fim de possibilitar participação no IRDR, deve-se convocar todos os legitimados ao processo. Isso, à vista dos efeitos *erga omnes* da decisão, já que esses legitimados têm condições de representar adequadamente os interessados.

Sempre que a tese firmada em IRDR tratar de prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, deve o tribunal comunicar sua conclusão à agência reguladora do setor para que imponha a observância da tese e fiscalize sua aplicação (art. 985, §2º do CPC).

6. Da Afetação e Instrução.

Admitido o IRDR, seguem-se as fases da afetação e da respectiva instrução do feito. Para tanto, o relator deve apreciar os fundamentos apresentados pelo requerente na petição, ou o próprio relator expô-los de ofício na instauração, cingindo-se a três pilares básicos, apontados por Mendes, quais sejam: indicação da repetitividade, geral e comum, indicando um conjunto de demandas no mesmo sentido; questão de direito, a futura tese jurídica emergente dos processos individuais; e, finalmente, controvérsia atual e relevante entre os julgadores (existência de necessidade-utilidade).

Efetivada a tramitação do incidente, os processos que envolvam a mesma questão de direito em curso perante a esfera de atribuição do tribunal que examinará o incidente serão suspensos por 01 (um) ano, podendo tal prazo ser prorrogado a critério do relator, por decisão fundamentada. A sua tramitação, todavia, até o julgamento, deve ocorrer no limite temporal de 01 (um) ano a partir da sua instauração. Os feitos que agasalham o IRDR têm preferência de julgamento, a não ser em relação ao *habeas corpus* e aos processos de réus presos (artigo 980).

Independente do decurso do prazo para deslinde do IRDR, há possibilidade da desafetação, ou seja, quando a questão não deva mais ser submetida ao incidente.

Ressalve-se a possibilidade de suspensão apenas parcial, quando outras questões de direito submetidas a pedidos diversos não forem objeto do incidente de resolução de demandas repetitivas. Neste caso, atos processuais do juiz, ou do relator, são praticados regularmente, tal qual a possibilidade de conhecer de pedido de tutela de urgência. E mesmo que o procedimento sofra a suspensão decorrente de IRDR (artigo 982, § 2º).

Com a finalidade de contribuir com os melhores elementos para a fixação da tese, o relator pode admitir que pessoas interessadas, órgãos ou entidades, bem como *amici curiae*, participem do incidente. Esses participantes, em 15 dias, poderão requerer a juntada de documentos e outras diligências ante a questão controvertida, inclusive a designação de data para audiência pública.

Mas apesar da possível juntada de documentos essenciais para a formação da convicção da tese, à etapa preparatória devem-se seguir duas fases: da identificação e formulação da questão ou questões a serem elucidadas; e a do aprofundamento do contraditório, a bem da instrução, em termos de extensão.

Para bem prover essas etapas, e de forma complementar, podem-se realizar requisições de informações, dar oportunidade de manifestação às partes (inclusive ao *amicus curiae*) e realizar audiência pública para a colheita de depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento. Tudo feito, abrem-se vistas ao Ministério Público, como último a se manifestar, caso não seja ele o autor do incidente.

A fim de que melhor seja instruído o IRDR, o relator tem a prerrogativa, ainda, de requisitar informações aos próprios órgãos judiciários nos quais tramitam os processos objeto do incidente, requisição esta que os juízes devem atender no prazo de 15 dias.

Designado dia para julgamento, pela ordem estabelecida nos incisos do artigo 984, após exposição do relator, sustentarão autor, réu e o Ministério Público, no processo originário, por 30 minutos. Em seguida os demais interessados que requereram com 02 dias de antecedência, também por 30 minutos, podendo ser ampliado esse tempo.

Caso não venha a ser admitido o incidente, e por se tratar de incidente, não há impedimento de que seja posteriormente novamente suscitado, desta feita com novos substratos probatórios representativos de sua necessidade.

7. O Ministério Público no Incidente.

A participação do Ministério Público no processo civil a partir da Constituição Federal de 1988 adquiriu destaque, pela ocorrência de novos direitos, em especial os chamados direitos supra ou metaindividuais. O novo CPC deu maior assertividade à intervenção do Ministério Público no processo civil, mas manteve a coerência de que, como fiscal da ordem jurídica, somente se justifica nos casos de interesse público, social ou individual indisponível, conforme prevê o artigo 127 da CF.

Para além das situações anteriores de intervenção, trouxe o novo Código de Processo Civil outras de “intimação obrigatória”, dentre as quais aquela do novel Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (arts. 976 e seguintes) prevendo a participação do Ministério Público como interveniente e mesmo como agente, neste caso obrigatória (art. 982, III).

Quando há obrigatoriedade da intimação, Didier Jr e Cunha citam o seguinte:

“Convém destacar que, em qualquer caso de intervenção obrigatória do Ministério Público, é suficiente sua intimação, não sendo necessária sua manifestação. Com efeito, o STF, ao julgar a ADIn 1.936-0, reafirmou seu entendimento segundo o qual a falta de manifestação do Ministério Público, nos casos em que deve intervir não acarreta a nulidade do processo, desde que tenha havido sua regular intimação. De acordo com STF, para se atender à exigência normativa de sua intervenção, basta a intimação do Ministério Público, sendo prescindível seu pronunciamento expresso.”

A intimação, portanto, evita que seja decretada a nulidade nos casos em que o Ministério Público tenha que atuar como “custos legis”. Porém nas situações em que o Ministério Público deva agir na condição de parte, a sua ausência invalidará os atos a partir da oportunidade em que deveria haver a sua intervenção.

No caso dos IRDRs, o Ministério Público terá participação necessária, sob pena de nulidade, conforme os artigos 178, III, 976, §2º e 982, III, do CPC, a partir do momento em que deveria ter ocorrido sua intervenção. E também para que assuma o incidente, por desistência ou abandono, em respeito ao princípio da obrigatoriedade da atuação do Ministério Público. “A intervenção do Ministério Público é obrigatória, e, portanto, aqui não basta a mera intimação”, nas palavras de Assagra.

Inclusive, pelo artigo 991, na reclamação que não houver formulado, o MP terá vista do processo. E no Incidente de Assunção de Competência, por importar discussão importante de direito, a repercussão social é manifesta (art. 947, caput) e, por consequência, o interesse social subsiste a impulsionar a intervenção do MP (art. 178, I).

A desistência pelo titular do processo modelo (*Musterverfahren*) afetado impede o conhecimento do mérito do incidente? O artigo 976, § 1º expressa-se pela negativa.

Na desistência, se o Ministério Público intervir na condição de parte, também exerce o *munus* de *custos legis*. Porém, se estiver presente somente nesta condição, passará à condição de parte.

Finalmente, quando presentes razões para revisão da tese fixada no incidente, pelo artigo 986 combinado com o artigo 977, III, do CPC, está o Ministério Público colegitimado a requerê-la.

8. Aplicação da Tese Fixada. Efeitos.

Uma vez encerrado o julgamento do incidente, sem que caiba qualquer recurso, a tese fixada será aplicada, aos casos presentes e futuros, de acordo com o artigo 985, incisos I e II. Nos processos individuais sobrestados, além da suspensão da tramitação, como efeito natural, diz-se que há aplicação da técnica de litígios agregados, ou seja, àqueles que ingressaram com processos, o que Zanetti Jr. chama de “técnicas diversificadas *opt in*”. Para os casos futuros, a tese fixada serve verdadeiramente como *precedente* vinculante. Diz-se que há duas eficácias distintas.

O juiz, ao aplicar a tese, deve observar os fundamentos determinantes para as situações dos processos pendentes. Para os já propostos, não se adota o disposto no art. 489, § 1º, inciso V, porque isso já foi feito no exame do caso modelo. Porém, na aplicação da tese aos casos futuros, a fundamentação é necessária, conforme o mesmo artigo 489, § 1º inciso VI, pois segue a premissa de precedentes.

Relevantes os efeitos da fixação da tese. Na esteira do ensinamento de Sofia Temer, resumem-se em relação aos feitos em tramitação das demandas sobrestadas:

- “a) concessão de tutela provisória de evidência (art. 311);
- b) julgamento de improcedência liminar do pedido (art. 332);
- c) julgamento unipessoal de recursos e conflitos de competência (arts. 932 e 955);
- d) cabimento de embargos de declaração contra decisão que silencia sobre tese firmada em casos repetitivos, criando uma hipótese de omissão típica (art. 1022);
- e) nulidade da decisão por ausência de fundamentação quanto ao precedente obrigatório (art. 489, § 1º, V e VI);
- f) dispensa de remessa necessária (art. 496, § 4º);
- g) dispensa de caução no cumprimento provisório da sentença, salvo quando houver risco de dano (art. 521);
- h) exceção à ordem cronológica de julgamento (art. 12, § 2º, III);
- i) possibilidade de desistência sem consentimento da parte adversa e dispensa de custas e honorários antes da contestação (art. 1.040, §§1º a 3º);
- j) cabimento de reclamação (art. 988, IV)”.

Um dos efeitos da admissão do IRDR seria, pela redação originária do projeto, a suspensão da prescrição das pretensões deduzidas nos processos individuais. Isso não veio a ocorrer na edição definitiva do NCP. A justificativa reside em que o incidente é de natureza processual e não material.

O efeito principal, portanto, é a suspensão dos processos individuais e coletivos pendentes que tramitam no Estado ou na região (artigo 982, I). Interessante que o dispositivo do parágrafo único do artigo 980 determina que, ressalvada decisão fundamentada do relator, a suspensão dos processos pendentes cessará e estes retomarão seu trâmite normal.

9. Suspensão ou Sustação da Suspensão (*distinguishing*).

Para que ocorra a suspensão dos processos pendentes há necessidade, do magistrado competente para o feito de primeiro grau, ou o relator do processo no tribunal, decidir, ainda que “em bloco”, determinando a intimação das partes acerca do ato. Por conta disso, pode a parte requerer a distinção do seu caso para ser apreciado no IRDR, seja porque a situação não se assemelha ao fato-tipo, seja porque a “questão jurídica” do seu processo se divorcia daquela que está sendo julgada no incidente. Em vista de inexistir preceito legal específico para o IRDR acerca disso, adota-se o comando do artigo 1.037, § 8º quanto à intimação das partes, aplicável no processamento dos Recursos Especiais e Extraordinários.

É o denominado *distinguishing* dos precedentes, admitido pelo direito processual civil brasileiro, ainda que não com a denominação do direito anglo-saxônico. Pelo *distinguishing*, como técnica própria do *common law*, não se aplica o precedente quando há peculiaridade em decisão independente do precedente, ou seja, desigualdades em “pontos essenciais”. O precedente persiste, porém o caso é tratado como diverso dos fundamentos do precedente.

Pois bem, tomada a decisão pelo julgador, dela caberá Agravo de Instrumento (artigo 1.015, II), ou Agravo Interno se a causa já estiver sujeita à competência do tribunal.

10. Abrangência do Conteúdo do Julgamento e Obrigatoriedade de Observância da Decisão.

Como já foi mencionado neste artigo, o julgamento da fixação da tese tem efeito vinculativo aos processos em andamento e dos futuros, no âmbito de abrangência do tribunal. Neste caso, opera-se, com a decisão de efeito *erga omnes*, o desestímulo ao ingresso de novas ações, pois a fixação da tese estabiliza a situação objeto da controvérsia.

Mas a abrangência dos efeitos da estabilização dá-se pelos fundamentos (*ratio decidendi*) suscitados das questões *pro et contra*, extraída das mais amplas informações e dados carregados por todos os intervenientes na chamada *macrolide* ou *causa piloto*.

Todos os argumentos que circundaram a análise desses fundamentos (*obiter dictum*) poderão ser úteis para o exercício da revisão da tese, no futuro, se for necessário.

A vinculação dos processos pela fixação da tese não significa ofensa ao princípio do juiz natural ? Houve relevante debate na tramitação do projeto do NCPD nesse sentido, conforme narra em nota de rodapé Gonçalves. No caso em que a tese fixada se amolde ao fato submetido a julgamento, não. Significa que o direito posto segue o comando legal de que o juiz deverá, na fundamentação da decisão, seguir o precedente.

Já na situação em que a pretensão sobre fato não se amolda ao precedente, é obrigação do magistrado, antes de prerrogativa, distingui-lo para exercer o seu livre convencimento. O *distinguishing* deve ser feito, aliás, a qualquer precedente e não só para o do IRDR.

11. Da Reclamação.

A reclamação é o instrumento jurídico adequado à disposição dos interessados ante a abstenção da adoção da tese jurídica nos processos sobrestados, por quem deva fazê-lo. Isso, evidentemente, depende da comprovação de que não admita o caso a distinção nem a sua ruptura (*distinguishing* ou *overruling*).

Questão relevante é quanto ao aspecto do esgotamento das instâncias ordinárias para justificar o uso da reclamação, abordada por Marinoni:

“O esgotamento das instâncias ordinárias para o cabimento da reclamação perante as Cortes Supremas (imposto pela Lei 13.256/2016) também se aplica para tutelar a aplicação de decisões tomadas em recursos, especial ou extraordinário, oriundos de incidentes de resolução de demandas repetitivas. Embora o dispositivo mencionado aluda especificamente apenas a recursos extraordinários com repercussão geral admitida e a recursos extraordinário e especial repetitivos, é certo que a reclamação tutela todo e qualquer precedente constitucional e todo e qualquer precedente federal, pouco importando a forma repetitiva. Por isso, deve-se concluir que em todos os casos de decisões obrigatórias, a reclamação para a instância superior depende do esgotamento das vias ordinárias”. (sublinhei para destacar)

O exercício da reclamação não prevalecerá se não forem esgotados os recursos ordinários disponíveis, por força do artigo 988, § 5º, inc. II, com trânsito em julgado. Com efeito, para todas as medidas processuais possíveis há recursos ordinários, vale dizer, desde recursos especiais, extraordinários, agravos internos, embargos declaratórios, e até juízos de retratação.

Mais recentemente, tal entendimento se consolidou por força de decisões do STF. E no âmbito do STJ, o ministro Sérgio Luiz Kukina posicionou-se no sentido de que se devem vencer todas as possibilidades de recursos nas Cortes de origem, antes da proposição da reclamação. Extraí-se do voto do julgamento referido:

[...] “evitar-se-á o indiscriminado uso da reclamação como imediato sucedâneo recursal, inibindo-se o emprego de prematuros atalhos processuais (como se sabe, a reclamação, ao contrário dos recursos de natureza extraordinária, é ajuizada diretamente perante os Tribunais Superiores e, portanto, não se submete ao juízo de admissibilidade na origem), assegurando-se, com isso, que a Suprema Corte e o Superior Tribunal de Justiça confirmem aplicação concreta às teses firmadas em recursos extraordinários e especiais repetitivos apenas em situações excepcionalíssimas”.

A natureza da reclamação não é de recurso, mas de ação autônoma, com semelhanças procedimentais ao Mandado de Segurança. Este, como consabido, é ação, não recurso. Aliás, no projeto do novo código estava prevista a expressa remessa à normatização procedimental do Mandado de Segurança, mas foi retirada. Todavia, entende Amorim que a aplicação em caráter subsidiário das regras do *writ* tende a continuar.

Embora trate-se de ação, a reclamação não é sucedâneo de recurso e, portanto, não pode ser proposta após o trânsito em julgado da decisão que desacolhe a tese. Decorre tal fato da imprescindibilidade do esgotamento de todas as vias ordinárias.

Digno de referência o dispositivo do artigo 988, incisos III e IV, § 4º, que assim reza: “As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam”.

Significa que, nos casos similares ou repetitivos, se não forem considerados os efeitos da tese jurídica fixada, cabe reclamação. Isso, no entender de Neves, é a

aplicação da chamada “teoria dos efeitos transcendentais dos motivos determinantes”, que o STF teve oportunidade de adotar para dar efeitos *erga omnes* aos julgamentos de declaração concentrada de inconstitucionalidade. Todavia, cita o referido doutrinador que o Supremo Tribunal Federal tornou-se “refratário” à teoria. A teoria, agora, no seu entender, por força do dispositivo antes referido, foi acolhida para estender os efeitos *erga omnes* quando se tratar de IRDR.

O tribunal competente para a reclamação, por prevenção, é aquele que conheceu e julgou os recursos inerentes ao IRDR, seguindo a linha do que dispõe o parágrafo único do artigo 978.

Expressamente preveem os incisos I a IV do artigo 988 as hipóteses de cabimento de reclamação aos tribunais. A regulamentação da reclamação já vinha sendo tratada na Lei nº 8.038/1990 (que institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal). A Constituição Federal prevê duas situações passíveis do exercício dessa medida judicial. Uma terceira foi contemplada pela Lei 11.417/2016, artigo 7º, que trata da contrariedade à Súmula Vinculante. E, agora, inovou o Código, estabelecendo a quarta hipótese de utilização da reclamação, que é a inobservância de julgamento de casos repetitivos ou incidente de assunção de competência.

Ainda, cabe a reclamação a qualquer tribunal, também em segundo grau, dispensando previsão na Constituição Estadual e no Tribunal Regional. Em relação a este, não precisa previsão na Constituição Federal para que seja manejada a reclamação.

12. Da Extensão Nacional dos Efeitos da Suspensão.

Da decisão de mérito é possível a interposição de Recurso Especial e de Recurso Extraordinário. Antes mesmo da fixação da tese no contexto estadual ou regional, os legitimados ao IRDR podem requerer no recurso que o STJ ou STF ao conhecê-lo amplie a eficácia da suspensão em nível nacional. Neste caso, os processos repetitivos com identidade de controvérsia serão também sobrestados em outro Estado ou região sob a jurisdição do tribunal, para lançar seus efeitos a todos os processos do território nacional, com a mesma controvérsia jurídica.

Justifica-se tal providência para que não se pratiquem atos desnecessários, ou se percam os praticados, caso não vingue a tese jurídica fixada e que ensejou este ou aquele dos recursos cabíveis. Haverá a extensão, portanto, dos efeitos da tese fixada para além dos limites de um Estado sobrestando as ações individuais de outros (vide artigo 987, §§ 1º e 2º). Por força destes dispositivos, a questão constitucional transportada no recurso para análise do Tribunal Supremo assume a condição de Repercussão Geral, dada a relevância econômica, social ou política da questão.

Quanto à Repercussão Geral, levanta a inconstitucionalidade do dispositivo Marinoni, porque:

“A presunção de repercussão geral, portanto, é totalmente ilegítima e contrasta com o art. 102, §3º da CF, não merecendo aplicação. Daí que, por coerência, a revogação operada pela Lei 13.256/2016 do inciso II do §3º do art. 1.035 CPC, alcança o §1º do art. 987, CPC”.

Se a repercussão geral foi retirada do Recurso Extraordinário em razão de julgamento de casos repetitivos, pela lógica, a mesma repercussão geral é atingida quando reportada pelo artigo 987, § 1º. É o que, nesse particular, sustenta o doutrinador paranaense.

Na mesma linha, Néry Jr. entende que há inconstitucionalidade do artigo 987, trazendo à colação, em sua obra, nas notas de casuísticas, o seguinte:

RE e REsp contra tese fixada em IRDR. Previsão, pelo CPC 987 caput, de cabimento de RE e/ou REsp contra acórdão que resolve IRDR fixando tese jurídica. Inconstitucionalidade. É inconstitucional o disposto no caput do CPC 987, quando prevê cabimento de RE e/ou REsp contra tese fixada no acórdão que decide IRDR, pois o cabimento de RE/REsp é dado exclusivamente pela CF 102 III e 105 III, vedado à lei infraconstitucional (CPC) conferir atribuição e competência ao STF e ao STJ. Em sentido mais ou menos conforme: Cavalcanti. IRDR2, pp. 396/397; STJ, SIRDR 13, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Presidente da Comissão Gestora de Precedentes [Portaria STJ 299/2017], j. 15.2.2018, dec. Monocrática, DJUE 22.2.2018; STJ, SIRDR 9, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Presidente da Comissão Gestora de Precedentes [Portaria STJ 99/2017], j. 16.9.2017, dec. Monocrática, DJUE 2.10.2017.

Em favor da dicção do dispositivo do artigo 987 de presunção da repercussão geral, quer nos parecer que seja sim absoluta, dada a essencialidade do instituto que é exatamente a de suspender todas as ações consideradas repetitivas. Embora o exame da questão seja feita no processo piloto, no IRDR, como de essência, visa à resolução de todos os demais sobrestados. E isso, por si só, em vista da dimensão coletiva das pretensões, a repercussão torna-se extensiva. Caso contrário, inócuo restaria o incidente, pois o seu efeito não adiantaria à finalidade, que é essencialmente preventiva, voltada a dar segurança, equidade e, de consequência, efetividade processual, à luz das importantes implicações social, econômica e política.

13. Coisa Julgada ou Estabilidade da Eficácia Vinculante *erga omnes* da Tese.

Segundo Marinoni, se há, pela fixação da tese, a proibição de rediscutir a questão jurídica nos processos individuais, opera-se coisa julgada que se estende a terceiros. Isto pelo fato do próprio artigo 503 *caput* referir-se ao julgamento total ou parcial de “mérito”, e pela dicção do § 1º, ao mesmo dispositivo, estabelecer que “aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo”.

Pois bem, no entendimento do jurista, o dispositivo tem perfeita consonância com o sistema do incidente de resolução de demandas repetitivas. Isto por entender que a ação incidental declaratória no NCPC não foi prevista. Mas agora o juiz tem competência absoluta para a solução de questão prejudicial, cuja decisão integra o dispositivo da sentença, sujeitando-se, por isso, à coisa julgada (503, § 1º). O efeito da decisão não gera mero precedente, mas coisa julgada *erga omnes*. Cita, como exemplo, a ação de alimentos que pressupõe a questão incidental da paternidade, para depois a obrigação de prestar, e da ação de natureza locatícia, que pressupõe a existência de contrato de aluguel para depois a obrigação de pagamento.

Diz em outro ponto, em reforço, o jurista paranaense, que a decisão em IRDR remete à figura do *collateral estoppel* anglo-americano e que por este ocorre coisa julgada sobre questão repetitiva.

Antepõe-se veementemente a jurista Sofia Temer quanto ao posicionamento expressado acima, porque a sua compreensão é a de que não faz coisa julgada a tese fixada, por diversos motivos. Em destaque, argumenta que é admitido o incidente para cravar tese, na condição de precedente, para questões jurídicas processuais meramente. Entende que coisa julgada refere-se a matéria de fato meritória, coisa que é própria do processo coletivo e, por isso, Marinoni estaria equiparando o IRDR ao processo coletivo. E para a estudiosa não se confundem o incidente e o processo coletivo.

É de sua dicção literal:

“Ao restringir o cabimento do IRDR – como forma de caracterizá-lo como sistema de resolução de questão idêntica, com coisa julgada – o autor acaba por praticamente equipará-lo às ações coletivas para direitos individuais homogêneos. Já há, contudo, legislação específica quanto a tais técnicas processuais, e o CPC não se propôs a alterá-la, senão a instituir outro sistema, com cabimento e natureza diferenciados”.

Atenta-se ainda ao pensamento de Marinoni no sentido de que a representação para o IRDR deveria equivaler-se à das *Class Actions* estadunidense para que pudesse gerar efeito de coisa julgada *erga omnes* ante uma “representatividade adequada”, quer dizer, tecnicamente adequada, ante os interesses representativos dos litigantes excluídos. Diz Temer que o IRDR pode ser utilizado em situações em que não haja grupos ou classes identificáveis, como numa prestação de serviços não consumerista entre inúmeras pessoas ou também em questões de vencimentos antecipados de prestações locatícias (de variadas espécies).

Sob outro enfoque, caracteriza-se o incidente como processo *multipolarizado*, diferentemente do que ocorre no processo singularmente *polarizado da lide*, na relação processual de direito material. Naquele não haverá grupos ou classes de “vencedores” ou “perdedores”, logo, não seria possível também só aproveitar a coisa julgada *benéfica* aos litigantes de lides suspensas, mas apenas uma “interpretação uníssona do tribunal acerca de uma questão de direito”.

De fato, o julgamento do incidente da fixação da tese sofre, realmente, dificuldade de definitividade pela coisa julgada, ainda mais coisa julgada material. Parece assistir razão à segunda jurista quando diz que o resultado final deve carrear “estabilização” para a fixação da tese. Tese como resultado de uma discussão exauriente dos fundamentos da decisão e dos dispositivos normativos relacionados possibilitando a identificação dos processos por ela abrangidos (v. artigo 979 e §§). Mais, sendo possível a revisão da tese e, também, o seu *distinguishing*, ou mesmo o *overruling*, a característica de maior definitividade como o da coisa julgada não se coadunaria com os efeitos desta e aos objetivos do IRDR.

Escreve, a esse propósito, Gonçalves:

“Trata-se, portanto, de edição de uma norma geral e abstrata, com eficácia erga omnes, 'cujo teor será observado pelos demais juízes e órgãos fracionários situados no âmbito de sua competência' (art. 933, § 2.º, do Substitutivo)”.

Prevalecerá, portanto, o efeito vinculativo e geral, no sentido de que os processos individuais em andamento se suspendem. Em relação aos demais, futuros, não alcançarão motivação para tramitar, pelo efeito produzido do precedente. Tal alcance tem o sentido de prevenir ações judiciais, a não ser que sobrevenha a sua revisão.

14. Da Revisão da Tese

Os fundamentos que levaram à fixação da tese podem ser revistos, com vistas à sua adequação, quando não mais sejam consistentes. Isso com o objetivo de proporcionar segurança jurídica, proteção da confiança e isonomia, diante de um quadro de alteração econômica, social e política, revogação ou modificação da norma em que era baseada, até por mutação constitucional.

A revisão ocorrerá, segundo o artigo 986, pelo mesmo tribunal que julgou o incidente, de ofício, ou pelos legitimados indicados no artigo 977, inciso III. O inciso III limita-se a indicar o Ministério Público e a Defensoria Pública. A parte do processo piloto

não pode requerer a revisão porque se presume que tenha exercitado todos os recursos inerentes ao julgamento da tese. Mas, os demais titulares dos processos suspensos, no entendimento de Aluísio Mendes e Sofia Temer, têm interesse jurídico evidente e podem requerer a revisão, certamente com pedido “substancialmente fundamentado”.

Sustenta-se que só o tribunal que fixou a tese, ou o tribunal superior, pode revisá-la, atribuindo-se ao próprio juiz de primeiro grau a possibilidade do *distinguishing*, considerando, em especial, situação de mudança de legislação, incompatível com o precedente, independente de superação. Dessa forma, há referência no Enunciado 324 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Pela distinção, não significa haver a superação ou revogação do precedente invocado, nem que esteja equívocado. Evidentemente que ao juiz cabe necessária e profunda fundamentação, sob pena de nulidade de sua decisão.

Logo, a superação (*overruling*) e a revisão da tese cabem ao tribunal ou colegiado, na forma do citado dispositivo legal. A superação de precedente é forma compatível com os ditames democráticos, que evita “imunidade a mudanças interpretativas” que nem os textos constitucionais têm.

Superado o precedente, ou mesmo modificada a tese, sustenta-se que o tribunal deverá aplicar a chamada modulação temporal, pois será necessário acomodar o impacto causado a fim da preservação de efeitos. Não sendo assim, fica passível de haver a quebra da segurança jurídica e da integridade do sistema de precedentes.

15. Conclusão.

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem a finalidade específica inserida no direito processual civil de efetividade pela materialização do direito dentro da razoável duração do processo, imprimindo segurança jurídica e equidade às partes.

Ainda que voltado a processos com características de massificação, decorrente de pretensões repetitivas, dispõe o IRDR de específicos requisitos que lhe dão próprias e essenciais características para enfrentamento dos chamados direitos coletivizados. Dada essa peculiaridade inerente, veio operar em determinada consonância e harmonia

com outros institutos, robustecendo a formação de precedentes, ou mesmo de enfrentamento de direitos supraindividuais, como nas chamadas ações coletivas.

Tira-se de alguns questionamentos levantados, que o incidente não está infenso a adaptações e acomodações dentro do sistema processual, mas que lhe não retiram, por outro lado, o caráter de instrumento adequado, com manifestas vantagens para a concretização do direito.

Referências bibliográficas.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição 1988 e no Novo CPC para o Brasil*. In: Ministério Público. Coordenadores Robinson Renault Godinho, Susana Henriques da Costa (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 6, coordenador geral, Fredie Didie Jr). Juspodivm, Salvador, 2015.

ALVES, Gustavo Silva. *O incidente de resolução de demandas repetitivas irá extinguir as ações coletivas em defesa dos direitos individuais homogêneos? A convivência dos mecanismos no ordenamento jurídico brasileiro*. In: Revista de Direito do Consumidor, nº 113, set/out 2017, Editora RT, SP, 2017.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. RePro 241, março de 2015. In: Novo CPC. Coleção Doutrina, Processos e Procedimentos. Coordenação de Nelson Nery Junior e Georges Abboud. Editora RT, SP.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes*. In: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>, acessado em 14.11.2018.

CAMBI, Eduardo. ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. *Segurança jurídica e isonomia como vetores argumentativos para a aplicação dos precedentes judiciais*. In: Revista de Processo, ano 41, n. 260, outubro/2016, SP.

CAVALCANTI, Marcos Araújo. *Mecanismos de resolução de demandas repetitivas no direito estrangeiro: um estudo sobre o procedimento-modelo alemão e as ordens de litígios em grupo inglesas*. Revista de Processo, vol. 238, dez/2014, Ed. RT, SP.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. *O incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Magistratura Deitada*. Revista de Processo vol. 222, Ago/2013, Ed. RT, SP.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2º Vol, Ed. RT, 3ª ed. revista e ampliada, SP, 2017.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2ª edição. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2017.

_____. TEMER, Sofia. *O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil*. In: Processo Coletivo. Coordenador, Hermes Zaneti Jr., (Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8; coordenador geral, Fredie Didier Jr). Juspodivm, Salvador, 2016.

MORAIS, Dalton Santos. *A perda da oportunidade de coletivização do processo contra o poder público no novo Código de Processo Civil*. In: Coleção Repercussões do Novo CPC, V. 8. Coordenador Hermes Zaneti Jr., Editora Juspodivm, Salvador, out. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. *CPC Comentado*. Editora RT, SP, 2018, notas ao artigo 987 (edição *on line*).

_____. ABBOUD, Georges. *Novo CPC*. In: Coleção Doutrina, Processos e Procedimentos. Coordenação de Nelson Nery Junior e Georges Abboud. Editora RT, SP, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. 2ª Ed. Revista e Atualizada, Ed. Método, SP, 2015.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de; ANDERLE, René José. *O sistema de precedentes no Código de Processo Civil projetado: engessamento do direito?* *Repro* 232, jun. 2014. In: *Novo CPC*. Coleção Doutrina, Processos e Procedimentos. Coordenação de Nelson Nery Junior e Georges Abboud. Editora RT, SP, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *O microsistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC*. In: *Revista de Processo* 259, set/2016, Ed. RT, SP.

REICHELDT, Luis Alberto. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil e a concretização do direito fundamental ao processo justo*. In: *Grandes Temas do novo Código de Processo Civil*, org. Fernando Rubin, Luis Alberto Reichelt. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015.

RUDINIKI NETO, Rogério. *Processo Coletivo Passivo: uma proposta de sistematização e operacionalização*. Ed. Almedina, S.P., 2018.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. In: *Temas Essenciais do novo CPC. Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, coordenadores. SP, RT, 2016.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Editora JusPodivm, 2ª edição, revista e ampliada, Salvador, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro (de acordo com o Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015)*. Coordenação Humberto Theodoro Júnior, Fernanda Alvim Ribeiro de Lima, Ester Camila Gomes Norato Rezende. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2015.

WOLKART, Erik Navarro. *Precedentes no Brasil e cultura – um caminho tortuoso, mas ainda, um caminho*. Repró 2434/409-433, maio 2015. In: Coleção Doutrina, Processos e Procedimentos. Coordenação de Nelson Nery Junior e Georges Abboud. Editora RT, SP, 2015.

ZENCNER, Marcelo. *Conversão de Ações Individuais em Coletivas: Contornos Pragmáticos ao Veto do Artigo 333 do Novo Código de Processo Civil*. In: Coleção Repercussões do Novo CPC, V. 6. Coordenação Geral, Fredie Didier Jr. Editora Juspodivm, Salvador, out. 2015.

O Estado de Coisas Inconstitucional na segurança pública brasileira

The State of Things Unconstitutional in brazilian public security

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Estado de Coisas Inconstitucional; 3. Precedentes da Corte Constitucional Colombiana; 4. O Caso Brasileiro – A ADPF 347; 5. A Violência e a Violação Massiva de Direitos Fundamentais; 6. A Segurança Pública e a Omissão Estrutural; 7. O Papel do Ministério Público; 8. Conclusão; 9. Referências

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Foi Oficial da Polícia Militar do Espírito Santo (PMES) por 15 anos, ocupando atualmente o Posto de Capitão PM da Reserva Não Remunerada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Graduado pela Escola de Formação de Oficiais da PMES.

² Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Piauí. Foi Oficial da Polícia Militar do Espírito Santo (PMES) por 15 anos, ocupando atualmente o Posto de Capitão PM da Reserva Não Remunerada. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Graduado pela Escola de Formação de Oficiais da PMES. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera Uniderp/Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes (LFG). Membro Titular da Associação Colombiana de Direito Processual Constitucional.

RESUMO: O quadro fático da segurança pública no Brasil revela verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional. A persistente omissão estrutural, atribuída a representantes dos 03 (três) Poderes da República, provoca uma massiva violação de direitos fundamentais, com mais de 60 mil mortes violentas anuais registradas no país nos últimos anos. O presente artigo detalha as falhas na promoção do direito fundamental à segurança pública, desde o atraso na tramitação de leis e emendas constitucionais, até a falta de investimento na área. O cenário é similar ao do Estado de Coisas Inconstitucional, formatado, inicialmente, na Corte Constitucional da Colômbia e reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347 em relação ao Sistema Penitenciário.

ABSTRACT: *The medical picture of public security in Brazil reveals the State of Things Unconstitutional. The persistent structural omission attributed to the three years of fundamental rights, with more than 60,000 violent deaths in any country in recent years. This article details the responsibilities in defense of the fundamental right to public security, from the delay in the processing of laws and constitutional amendments, to a lack of investment in the area of public security. The scenario is incompatible with the São Paulo State Institute. Unconstitutional, initially formatted in the Colombian Constitutional Court and recognized by the Federal Supreme Court in ADPF 347.*

PALAVRAS-CHAVE: Segurança Pública; Estado de Coisas Inconstitucional; Omissão Estrutural; Violação de Direitos Fundamentais; Ministério Público.

KEYWORDS: *Public Security; State of Things Unconstitutional; Structural Omission; Violation of Fundamental Rights; public ministry.*

1. Introdução

De acordo com o levantamento feito pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, no ano de 2017 houve 63.880 (sessenta e três mil oitocentos e oitenta) mortes violentas no país, maior número anual já registrado pela mencionada organização não governamental. De acordo com tais dados, são 175 (cento e setenta e cinco) mortes violentas por dia.

Os dados referentes aos crimes contra o patrimônio também são alarmantes. A cada minuto, um carro é roubado ou furtado no Brasil. Além disso, foram registrados 2.460 (dois mil quatrocentos e sessenta) casos de latrocínio.

O estudo ainda aponta que 367 (trezentos e sessenta e sete) policiais foram mortos e 5.144 (cinco mil cento e quarenta e quatro) civis mortos em intervenções policiais.

Há algo errado! Isso é perceptível por qualquer cidadão. Os números acima apenas corroboram o medo, quotidianamente, sentido pelo cidadão brasileiro ao sair às ruas; habituado a desviar os caminhos para evitar vias perigosas; jogando-se ao chão quando é surpreendido por uma troca de tiros; diariamente deparando-se com notícias sobre a violência urbana.

A segurança pública está em colapso e, infelizmente, essa frase já nos soa como um lugar-comum. Em contrapartida, nota-se uma leniência do Estado na promoção desse importante direito fundamental.

A omissão estatal inicia-se com uma total carência legislativa sobre o tema. A Constituição Federal de 1988 pouco se dedica à Segurança Pública. No âmbito infraconstitucional, muito embora tenha sido publicada a lei que regulamenta o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), o tema ainda carece de maior regulamentação, principalmente em relação às responsabilidades e às atribuições dos entes federativos.

O colapso também pode ser imputado ao Poder Executivo. A falta de investimentos acarreta o sucateamento das forças policiais, que sofrem com a falta de efetivo, com a precariedade de estruturas físicas e carência de equipamentos.

No início do ano de 2017, vários Estados registraram paralisações dos organismos policiais. O Espírito Santo, por exemplo, enfrentou uma grave crise na segurança pública, após a paralisação da Polícia Militar, cujos profissionais reivindicavam melhores condições de trabalho e reajuste salarial.

Atualmente, observa-se o crescimento de mais um sintoma da insegurança: o apoio a soluções autoritárias. Diante da inércia do Estado, parcela da população – já cansada do caos – passou a apoiar o autoritarismo das forças de segurança. Em recente pesquisa realizada pelo Fórum de Segurança Pública, verificou-se um elevado índice de propensão ao apoio de soluções autoritárias.

O quadro apontado é similar ao delineado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar a Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, que decretou o Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Penitenciário Brasileiro.

Sendo assim, com base no que decidiu o Tribunal Constitucional naquela oportunidade, pode-se dizer que o atual contexto fático da Segurança Pública no Brasil é um Estado de Coisas Inconstitucional, que - tal como a crise do Sistema Penitenciário -, necessita de uma intervenção planejada e articulada dos três Poderes.

2. O Estado de Coisas Inconstitucional

Em apertada síntese, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) pode ser definido como uma situação fática, proveniente de reiterada omissão inconstitucional, responsável por uma violação massiva de direitos fundamentais.

É, pois, uma situação fática, vislumbrada a partir de um caso concreto, daí a dificuldade em formatar um conceito abstrato do instituto.

Carlos Alexandre de Azevedo CAMPOS, em excelente obra sobre o tema, apresenta 04 (quatro) pressupostos para que seja reconhecido o ECI. Primeiramente, constata-se uma violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, proveniente de um grave problema social. O segundo pressuposto é a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas, com absoluta ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias, representando verdadeira falha estrutural. Como terceiro pressuposto, está a necessidade de uma confluência de esforços para a

superação da situação. O quarto pressuposto é a potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, que se somariam às já existentes, podendo causar uma sobrecarga do Judiciário.

Para CAMPOS (2016), a doutrina do Estado de Coisas Inconstitucional encontra raízes filosóficas no liberalismo igualitário de John Rawls, precisamente na noção de mínimo social, porquanto as condições sociais mínimas são pressupostos para que os indivíduos possam exercer liberdades e direitos básicos. Ausentes tais condições, cabe a intervenção das cortes constitucionais para garantir o exercício desses direitos.

Importante registrar que no ECI é prolatada uma sentença estrutural:

“Trata-se de decisão que busca conduzir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias dos direitos fundamentais uma vez que esteja em curso graves violações a esses direitos por omissão dos poderes públicos. O juiz constitucional depara-se com uma realidade social necessitada de transformação urgente e, ao mesmo tempo, com falhas estruturais e impasses políticos que implicam, além do estado inconstitucional em si mesmo, a improbabilidade de o governo superar esse estágio de coisas contrário ao sistema de direitos fundamentais, sem que o seja a partir de uma forte e ampla intervenção judicial”.

Pode-se dizer que o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional é um ponto de partida, a partir do qual a Corte traça metas e agendas positivas com o intuito de superar o quadro fático inconstitucional constatado. O Tribunal Constitucional assume o seu papel de harmonizar os demais Poderes e, assim agindo, pretende estruturar a situação com o fito de superar a omissão inconstitucional.

Muito embora o instituto tenha sido construído no âmbito das cortes constitucionais, conferindo protagonismo ao Poder Judiciário, nada impede que a construção de um pacto de metas e de uma agenda positiva em prol da superação do quadro fático seja promovida por outra instituição, como o Ministério Público, assegurando-se – por óbvio – a participação ativa da população.

Inclusive, o Ministério Público, pelo arquétipo constitucional que lhe foi conferido pelo legislador constituinte de 1988, possui legitimidade para engendrar tal agenda positiva com metas estruturais, por meio de Termos de Ajustamento de

Conduta (TAC), sem olvidar da necessidade de participação popular, o que poderá ser feito por meio de audiências públicas, participação em conselhos de segurança pública, reuniões públicas etc.

3. Precedentes da Corte Constitucional Colombiana

O primeiro Tribunal Constitucional a utilizar a técnica de decisão do ECI foi a Corte Constitucional Colombiana. Ao se analisar os precedentes colombianos, percebe-se que a citada corte latina, ao longo do tempo, evoluiu na maneira de usar a técnica de decisão do ECI. Isso porque as primeiras decisões, embora representassem valioso efeito teórico e moral, tiveram pouca efetividade. Posteriormente, porém, houve um aprimoramento, com a implementação das sentenças estruturais.

Sobre o primeiro precedente - acerca do sistema carcerário colombiano -, assim dispõe Carlos Alexandre Azevedo CAMPOS:

“A Corte Constitucional, em uma de suas decisões mais notórias, todavia, mais decepcionantes, declarou o ECI relativo ao quadro de superlotação das penitenciárias do país. A demanda, julgada na Sentencia T – 153, de 1998, envolvia o problema da superlotação carcerária e das condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín. A Corte, apoiada em dados e estudos empíricos, constatou que a situação de violação de direitos era generalizada na Colômbia, estando presente nas demais instituições carcerárias do país.”

Após reconhecer o quadro fático do ECI, a Corte prolatou decisão com ordens dirigidas a várias instituições, representativas de todos os Poderes.

Apesar do esforço da suprema corte colombiana, o reconhecimento do ECI não surtiu o efeito esperado, sendo que a própria Corte reconheceu ineficácia da decisão, porquanto persistiu a violação de direitos fundamentais no sistema penitenciário colombiano.

Como bem pontua CAMPOS (2016), embora emblemática, a decisão que reconheceu o ECI no Sistema Prisional Colombiano foi ineficaz, uma vez que não foi implementado um sistema eficaz de monitoramento das ordens emanadas.

O caso mais emblemático – e de maior sucesso – foi o ECI em relação ao

deslocamento forçado de pessoas (Sentença T-025, de 2004). Em tal caso, o Tribunal afirmou que havia mais de três milhões de pessoas deslocadas pela violência e, em razão de falhas estruturais, havia uma violação massiva dos direitos fundamentais de tais pessoas.

Havia uma incapacidade institucional em resolver o problema. Tal incapacidade decorria de três fatores: o desenho e a regulamentação equivocadas das políticas públicas voltadas a defender a população deslocada; falhas da implementação da política e supervisão e avaliação insuficientes. Havia, portanto, falhas em diferentes fases ou ciclos das políticas públicas: na definição da agenda, na formulação, na implementação e na avaliação.

Sendo assim, houve uma intervenção estrutural do Tribunal Constitucional da Colômbia a fim de corrigir as apontadas falhas. Várias medidas foram ordenadas pela Corte. Agora, no entanto, com a implementação do devido monitoramento das medidas.

“(…) a principal marca dessa sentença talvez não seja o seu conteúdo propriamente dito, e sim a forma como a corte cuidou de sua implementação. Preocupada com a eficácia de sua decisão e tendo em conta as falhas passadas de efetividade, principalmente, no caso do sistema carcerário, a Corte monitorou as providências adotadas pelo Governo: em dez anos (até abril de 2014), realizou vinte audiências públicas com a presença das autoridades envolvidas e dos setores interessados da sociedade civil, nas quais deliberou sobre a adequação, o andamento e o aperfeiçoamento das políticas públicas formuladas. Para além da justificação e formulação das ordens estruturais, a Corte preocupou-se com a ‘sentença em movimento’.

Além disso, a Corte implementou o mecanismo de “decisões de sequência” destinadas a monitorar o cumprimento das ordens emanadas. Tais decisões tinham o fito de solicitar informações e ações concretas de atores específicos, fixar datas das audiências públicas e avaliar o progresso da realização dos direitos das pessoas.

Percebe-se, pois, que, para garantir a eficácia da decisão, a sentença estrutural prolatada no ECI deve vir acompanhada de um sistema de monitoramento das ordens emanadas, fomentando a participação popular por meio das audiências públicas, como foi feito pela Corte colombiana no caso do deslocamento forçado de pessoas.

4. O Caso Brasileiro – ADPF 347

Nas palavras do Ministro Celso de Melo, a petição inicial da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, subscrita pelo constitucionalista Daniel Sarmento, assemelha-se a um verdadeiro libelo contra o Sistema Penitenciário Brasileiro, tamanha a quantidade de profundas violações aos direitos fundamentais da população carcerária narradas na peça.

Dentre tais violações, foram citadas a superlotação carcerária; acomodações insalubres; proliferação de doenças; alimentação inadequada; falta de assistência judiciária; violência e tortura etc. Foi relatado que em presídios femininos, não há disponibilização de itens básicos de higiene, sendo que algumas detentas tinham que usar miolo de pão para conter o fluxo menstrual. Destarte, o quadro delineado é a patente violação massiva de direitos fundamentais.

Ao analisar os pedidos cautelares da inicial, o plenário do Supremo Tribunal Federal concedeu a tutela provisória pretendida. Na oportunidade, o Tribunal determinou a regulamentação das audiências de custódia em todos os Estados, bem como proibiu o contingenciamento dos valores contidos no Fundo Penitenciário Nacional.

Apesar de ainda faltar o julgamento de mérito da ação, a ADPF 347 é um importante precedente acerca do controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Em tal julgamento, a Corte definiu os requisitos para o reconhecimento do ECI. Ficou, portanto, assentado que, em caso de violação generalizada de direitos fundamentais, fruto de uma omissão reiterada dos Poderes, cabe ao Judiciário interferir para modificar o quadro fático apresentado.

Em casos tais, o Poder Judiciário define uma ação orquestrada. Conforme pontuou o Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF 347, para superar o quadro fático é preciso um concerto com “c” para, então, ocorrer um concerto com “s”. É dizer: para modificar o Estado de Coisas Inconstitucional é necessária uma atuação conjunta e coordenada dos três Poderes. O reconhecimento do quadro fático – como ocorreu na ADPF 347 – é apenas o início. É a partir de então que medidas devem ser tomadas, com supervisão, monitoramento e prestação de contas até que haja a modificação do

estado de coisas e os direitos fundamentais voltem a ser respeitados, protegidos e promovidos.

5. A Violência e a Violação Massiva de Direitos Fundamentais

De início, é preciso registrar que a própria segurança pública é um direito fundamental de 2ª dimensão, assim como é a educação, a saúde, a alimentação etc. Mais do que isso, a segurança pública é um direito que, devidamente assegurado, resguarda os demais direitos fundamentais, principalmente aqueles de 1ª dimensão, como a liberdade, a vida e a propriedade.

O colapso da segurança pública no Brasil repercute a relativização do direito à vida. Apenas no ano de 2017 foram mais de 63.880 (sessenta e três mil seiscientos e oitenta) mortes violentas, resultando no inacreditável número de 175 (cento e setenta e cinco) mortes violentas por dia, números que superam países que estão em guerra.

Os dados também apontam um grande número de crimes contra o patrimônio, como o roubo de cargas, explosão de caixas eletrônicos, roubo e furto de veículos etc., vulnerando, assim, o direito fundamental à propriedade, também assegurado expressamente na Constituição Federal.

Conforme os dados do anuário, no ano de 2017 foram registrados mais de 60 mil casos de estupro. Além disso, foram mais de 220 mil casos de violência doméstica, mostrando a ineficiência do Brasil em garantir os direitos das mulheres, conforme compromisso internacional assumido pelo Estado (Convenção de Belém do Pará).

É preciso ainda citar o completo domínio de regiões por organizações criminosas, que, aproveitando-se da omissão do Estado, instalam-se em comunidades e passam a ditar as regras locais, impondo o medo por meio do porte ostensivo de armas de fogo de grosso calibre, impedindo a livre circulação das pessoas.

De dentro dos presídios, traficantes planejam ações criminosas e dão ordens para invasão em comunidades, roubos a banco, execução de rivais etc.

Até mesmo o direito à educação é vilipendiado em razão da insegurança. No Rio de Janeiro, por exemplo, é comum a interrupção de aulas em comunidades

carentes em razão de tiroteios. Recentemente, durante uma troca de tiros entre a polícia e traficantes, uma aluna morreu após ser alvejada no interior de uma escola.

Está-se longe, portanto, de garantir o direito à paz, axioma da humanidade segundo o constitucionalista Paulo Bonavides, o qual classifica o direito à paz como direito fundamental de 5ª dimensão.

Os dados, no entanto, apontam que no Brasil vive-se em outra realidade: a guerra; longe, portanto, do direito à paz.

6. A Segurança Pública e a Omissão Estrutural

A partir dos precedentes colombianos, bem como analisando-se o caso brasileiro da ADPF 347, pode-se dizer que o Sistema de Segurança Pública Brasileiro enfrenta um caso clássico de Estado de Coisas Inconstitucional.

Há uma falha estrutural do sistema, proveniente de uma reiterada omissão dos Poderes, o que resulta em violação massiva de direitos fundamentais, sendo necessária – e urgente – uma intervenção planejada e orquestrada para reverter o quadro fático responsável pela ineficiência do Estado em garantir o direito fundamental à segurança do cidadão.

A dita omissão inicia-se por uma completa falta de regulamentação sobre o tema. E agrava-se em razão da falta de investimentos públicos, bem como pela falta de definição de uma política pública sólida e clara.

A Constituição Federal de 1988 – a Constituição Cidadã – dedicou boa parte de seus dispositivos à implementação dos direitos sociais. A seguridade social está bem disciplinada num capítulo específico. Há regras específicas também sobre a educação, sobre a saúde e sobre a assistência social. Os direitos fundamentais de 3ª dimensão, como o direito ao meio ambiente equilibrado e o direito à cultura, também estão bem representados na Carta Magna.

No campo infraconstitucional, pode-se citar também a presença de leis que organizam políticas públicas e estruturam sistemas unificados para promover direitos fundamentais. A Lei Federal 8.080/90, por exemplo, organiza e estrutura o Sistema

Único de Saúde (SUS). Cite-se, ainda, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96), a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) etc.

Por outro lado, em relação à Segurança Pública há uma escassez de regulamentação. O tema ficou esquecido tanto pelo legislador constituinte como pelo legislador ordinário.

A Constituição pouco se dedica ao tema. O capítulo nominado “Da Segurança Pública” possui apenas um artigo, que sofreu alterações pontuais desde 1988, mantém, portanto, boa parte de sua redação originária, inclusive com a previsão da Polícia Ferroviária Federal, totalmente desnecessária atualmente.

Convém ainda destacar que a Segurança Pública também não está listada dentre os dispositivos que definem as competências administrativas e legislativas dos entes federativos. E pode-se apontar dita omissão como responsável por grande parte dos problemas enfrentados atualmente.

Isso porque, como a Lei Maior não lhe atribuiu qualquer missão específica, a União sempre manteve-se omissa em relação à Segurança Pública. Os Municípios pouco fazem, limitando-se à criação de organismos próprios de segurança (as Guardas Municipais), que atuam, na maioria das vezes, de forma desarticulada com as outras forças policiais. Os Estados, em razão da competência residual (artigo 25, § 1º da Constituição Federal de 1988) assumiram **sozinhos** - é importante frisar - o ônus de promover a Segurança Pública no país.

Parece-me evidente, no entanto, que o tema deveria ser tratado de forma uniforme e mediante um esforço conjunto e intermitente de todos os entes federativos. No entanto, a falta dessa articulação, em última análise, é fruto - repita-se - da falta de previsão constitucional.

A solução para tal omissão está consubstanciada na Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 33/2014, que pretende alterar os artigos 23 e 24 da Constituição Federal, inserindo a Segurança Pública como matéria de competência administrativa comum entre a União, Estados e Municípios e, ainda, como competência legislativa concorrente entre a União e os Estados.

Embora pareça uma mudança singela, não o é. Este é o impulso inicial para a

regulamentação do tema, uma vez que a lei - sobretudo a Constituição – é o móvel da Administração Pública. Inclusive, a partir de tal previsão constitucional, será possível editar uma lei complementar para especificar a competência administrativa de cada ente, bem como editar uma política nacional de segurança pública, sólida, sóbria e eficiente, como requer o tema.

Não obstante a importância da PEC 33/2014, a proposta tramita no Congresso Nacional há quase 04 (quatro) anos. Já foi aprovada em 02 (dois) turnos no Senado Federal e desde 17/09/2015 aguarda votação na Câmara dos Deputados.

Ainda em termos constitucionais, há a PEC 51/2013, uma proposta mais complexa, que modifica a estrutura e concepção das polícias, criando dispositivos no capítulo afeto à Segurança Pública. Dentre as mudanças propostas está a desmilitarização das polícias, bem como implementação do “ciclo completo de polícia”, permitindo ao organismo policial reunir as funções de polícia ostensiva e polícia judiciária, em abandono do modelo binário brasileiro de polícia (Polícia Militar e Polícia Civil).

Não obstante a polêmica da proposta, o que evidencia a necessidade de um amplo debate e discussão, a matéria tramita no Congresso Nacional desde 2013. Ficou paralisada nos serviços de apoio ao Senado Federal por vários anos e aguarda votação na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) desde 20/10/2015.

Percebe-se, pois, que embora o texto original da Constituição de 1988 seja muito raso em relação ao tema, as propostas legislativas encontram-se em tramitação há vários anos, configurando, assim, a mora e a omissão do Poder Legislativo no trato com a Segurança Pública.

A omissão legislativa se estende também para o campo infraconstitucional. A lei que criou o Sistema Único de Segurança Pública (Lei 13.675/2018) tramitou no Congresso Nacional por mais de 10 (dez) anos (PL 3734/2012). Apesar de dar diretrizes para uma Política Nacional de Segurança Pública, a nova lei deixou de definir as responsabilidades de cada ente federativo, o que seria essencial para evitar omissões e impedir sobreposição de esforços.

Em relação ao Poder Executivo, inicialmente deve-se frisar que a criação tardia

de um Ministério de Segurança Pública não permitiu a implementação de uma política pública nacional sobre o tema, o que reflete na falta de uniformidade com que o tema é tratado pelos Estados, bem como na falta de articulação entre os entes da Federação.

A simples obtenção de dados e estatísticas já é uma grande dificuldade. A título de exemplo, o anuário brasileiro de segurança pública é produzido por uma organização privada, uma vez que não há um órgão público incumbido da tarefa de centralizar e compilar os dados dos 26 Estados e do Distrito Federal. Pior do que isso, não há uma doutrina nacional na compilação dos dados. Cada Estado adota uma forma de catalogar as ocorrências, o que, obviamente, dificulta a obtenção de uma estatística segura sobre Segurança Pública.

Atribui-se também ao Poder Executivo a falha na reposição de efetivo policial e a falta de investimentos em logística para as polícias. Um levantamento realizado no ano de 2017 pelo Jornal O GLOBO identificou uma redução do número de policiais militares em 05 (cinco) Estados brasileiros (São Paulo, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Rio de Janeiro e Pará). No período de dezembro de 2013 a fevereiro de 2017, somados os 05 (cinco) Estados, o deficit chegou a 17 mil policiais militares. Considerando que nos mesmos Estados houve um aumento da população, o prejuízo na diminuição do efetivo gera uma deficiência do policiamento ostensivo/preventivo, tarefa primordial da Polícia Militar.

A pesquisa também identificou uma total falta de uniformidade na relação policiais/habitantes, quando comparados os 10 (dez) Estados mais populosos do país. No Rio de Janeiro, por exemplo, esse número foi de 363 (trezentos e sessenta e três), enquanto que no Maranhão havia um policial para cada 763 habitantes.

À guisa de exemplo, cite-se o Estado do Espírito Santo, que vivenciou uma aguda crise na segurança pública no ano de 2017. Em rápida pesquisa, verifica-se que os últimos concursos finalizados para ingresso na Polícia Militar e da Polícia Civil do Estado foram realizados no ano de 2014. São, portanto, 04 (quatro) anos sem reposição do efetivo.

Conforme o Relatório do Controle da Atividade Policial, publicado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) no ano de 2016, de todas as

delegacias de polícia civil visitadas, apenas 12,89% possuíam quantidade de servidores suficientes para o desempenho da atividade-fim. Além disso, 42,86% ainda possuíam cela de custódia/carceragem, misturando a atividade de polícia judiciária e investigativa com a custódia de presos. Das delegacias que possuíam carceragem, cerca de 70% estavam em condições péssimas ou regulares.

Ressalte-se que a falta de investimentos na Polícia Civil reflete diretamente na precariedade da investigação dos delitos. Os dados acima referidos apontam que mais de 70% das delegacias visitadas possuem inquéritos policiais em trâmite há mais de 02 (dois) anos.

Dados extraídos do Monitor da Violência do Portal G1 revelam que das 1.195 (mil cento e noventa e cinco) mortes violentas acompanhadas pelo portal, em 57% dos casos não se chegou à autoria definida.

Insta mencionar que a falta de investimento no Sistema Penitenciário também reflete na Segurança Pública. Em vários Estados brasileiros não há vagas nos estabelecimentos prisionais destinados ao cumprimento das penas no regime semiaberto. Com efeito, os condenados são beneficiados com regimes prisionais mais brandos, transmitindo a sensação de impunidade, o que, certamente, contribui para a reiteração criminosa. Além disso, há um déficit de vagas. De acordo com o anuário brasileiro de segurança, há 367.217 vagas no sistema penitenciário brasileiro para uma população carcerária de 729.463 detentos.

Destarte, verifica-se que há uma falha estrutural no Sistema de Segurança Pública no Brasil, provocada pela leniência dos Poderes. A omissão estrutural inicia-se – como visto - com o Poder Legislativo, que ignora a importância do tema e não discute as propostas de mudança na Constituição e os projetos de lei relacionados à Segurança Pública. Além disso, o Poder Executivo não investe o necessário na área, deixando de repor o efetivo policial, o que reflete na falta de policiamento ostensivo e na deficiência das investigações.

Como visto, o quadro fático revela verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional, sendo necessária uma ação estrutural, harmoniosa e coordenada para superá-lo.

7. O Papel do Ministério Público

A Constituição Federal de 1988 conferiu um arquétipo de Ministério Público protetor e promotor dos direitos sociais, dentre os quais o direito à Segurança Pública. O membro do Ministério Público é, pois, verdadeiro agente de transformação social, devendo agir nos termos do artigo 3º do texto constitucional.

Na proteção e na promoção dos direitos fundamentais (sobretudo nos direitos sociais), o Ministério Público deve agir como indutor de políticas públicas, participando de todo o ciclo de formação das políticas. Exige-se, portanto, uma atuação articulada com os demais atores do Estado, discutindo estratégias, fomentando o debate e, sobretudo, monitorando e fiscalizando os resultados. Para o sucesso desse importante mister, deve ser assegurada a participação da sociedade na formulação das políticas públicas.

Com efeito, a deficiência da política pública de segurança é tema a ser enfrentado pelo Ministério Público. Para além da atribuição do controle externo da atividade policial – atribuição expressa do *Parquet* – o velamento pela Segurança Pública deve ser visto sob o prisma da atribuição de proteção dos direitos difusos. É dizer que, em matéria de Segurança Pública, a ação do Ministério Público não pode ser tão somente direcionada aos órgãos policiais. O tema é muito complexo e exige, portanto, uma ação mais incisiva e estrutural.

Ao passo que a Constituição de 1988 atribuiu a importante – e instigante – missão de defesa dos direitos fundamentais, também dotou a Instituição de meios e instrumentos para que pudesse cumprir a contento essa difícil tarefa. Sendo assim, o membro do *Parquet* possui instrumentos judiciais e extrajudiciais a sua disposição.

Pode, portanto, ingressar com a Ação Civil Pública visando a proteção, a promoção ou o reparo dos interesses metaindividuais. E assim o órgão tem feito na área da Segurança Pública, ajuizando ações pontuais pleiteando a reposição do efetivo policial em determinados locais, visando à construção de estabelecimentos prisionais, pedindo a interdição de alguns estabelecimentos etc.

Ocorre que, conforme já explanado, o caos da segurança exige uma ação coordenada, com a fixação de uma agenda positiva e com ações harmonizadas. Tal

exigência dificilmente será suprida de forma pontual por meio de uma decisão comum emanada do Poder Judiciário.

É preciso estabelecer um pacto de ações estruturais em que as partes assumam o compromisso de realizar diversas obrigações de forma coordenada. O monitoramento dos resultados e a fiscalização do cumprimento das obrigações também são essenciais para superar o quadro fático inconstitucional e devem constar do instrumento extrajudicial a ser formulado.

Como já afirmado, o Ministério Público tem o dever de induzir políticas públicas e possui os instrumentos necessários para aglutinar, coordenar e compatibilizar os interesses.

Num tema tão caro à população, cabe, primeiramente, ao órgão ministerial o fomento à participação popular. Nessa esteira, as audiências públicas são instrumentos essenciais para discutir a Segurança Pública. Além disso, a participação nos conselhos de segurança pública – cuja existência agora está expressamente prevista no Sistema Único de Segurança Pública – é necessária para discutir e controlar as políticas públicas de segurança. Inclusive, a participação e o controle social são princípios da Política Nacional de Segurança Pública, conforme o artigo 4º, inciso VII da Lei 13.675/2018.

É possível, ainda, a promoção de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) com as autoridades, nos quais as autoridades de todos os Poderes assumam o compromisso - perante a sociedade - de adotar as medidas que faltam para a promoção do direito à Segurança Pública. Nada obsta que a decisão estrutural proferida no âmbito do Estado de Coisas Inconstitucional seja substituída por um acordo (TAC) promovido pelo Ministério Público cujas cláusulas obriguem as autoridades a adotar as medidas estruturais que faltam para uma política de segurança pública consistente.

Registre-se que o Termo de Ajustamento de Conduta é o instrumento ideal para propiciar a conciliação e a mediação, possibilitando o debate, o que resulta em assunção de obrigações não impostas, mas sim negociadas pelas partes e, portanto, com maior grau de legitimidade.

Cumprido salientar que as obrigações podem ser acompanhadas de um prazo

para cumprimento, bem como é possível também prever no TAC a realização de audiências públicas para monitoramento e acompanhamento do cumprimento das obrigações pactuadas.

8. Conclusão

O problema da Segurança Pública é complexo, ocasionado por uma falha estrutural proveniente de uma omissão que perdura há décadas, o que configura verdadeiro Estado de Coisa Inconstitucional.

A solução não vai ocorrer de forma repentina, por meio de atos isolados, mas sim através de uma ação conjunta e harmoniosa. É imperioso que todos os Poderes, de todos os entes, se conscientizem da necessidade de um trabalho conjunto, contínuo e com múltiplas frentes.

De início, faz-se necessário incluir o tema na Lei Maior, colocando a Segurança Pública como atribuição de todos os entes federativos, elencando as atribuições de cada ente por meio de Lei Complementar.

Além disso, é preciso maior investimento na área, aparelhando as polícias com equipamentos e tecnologias para o enfrentamento da criminalidade. A investigação e a inteligência policial também precisam ser aprimoradas para o enfrentamento do crime organizado. Pode-se, inclusive, na esteira das decisões estruturais, fixar um percentual mínimo de gasto em segurança pública para os próximos 05 (cinco) anos.

É bem verdade que a gênese do Estado de Coisas Inconstitucional como instituto jurídico nasceu no âmbito das cortes constitucionais, por meio da produção de sentenças estruturais. No entanto, nada impede que a construção de um pacto de metas seja capitaneada pelo Ministério Público por meio de Termo de Ajustamento de Conduta, garantindo-se a participação popular através de audiências públicas, discussões nos conselhos de segurança pública etc.

Várias ações podem – e devem – ser efetivadas. Não se pode admitir a continuidade da omissão dos Poderes diante do grave problema que afeta a sociedade.

9. Referências Bibliográficas

AMORIM, Sílvia. Número de PMs nas ruas teve queda em cinco estados nos últimos três anos. Publicado: 19/02/2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/numero-de-pms-nas-ruas-teve-queda-em-cinco-estados-nos-ultimos-tres-anos-20948836>>. Acesso em: 15 de ago de 2018.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, Direto do Plenário, TV Justiça. 2015. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=WdvYZOchZQU>>. Acesso em 15 set. 2018

BONAVIDES, Paulo, *A Quinta Geração de Direitos Fundamentais*, 2008, disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). STF. MC ADPF 347/DF. Relator Min. Marco Aurélio, julgado em 09/09/2015

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 de ago de 2018.

_____. Decreto Federal 1.973 de 1º de Agosto de 1996, Promulga a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará em 9 de junho de 1994. Diário Oficial da União, Brasília, DF, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em 20 de set. 2018

_____. CONGRESSO NACIONAL. *Projeto de Emenda Constitucional (PEC) nº 51/2013*. Altera os arts. 21, 24 e 144 da Constituição; acrescenta os arts. 143-A, 144-A e 144-B, reestrutura o modelo de segurança pública a partir da desmilitarização do modelo policial. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114516>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. CONGRESSO NACIONAL. *Projeto de Emenda Constitucional (PEC) nº 33/2014*. Altera os art. 23 e art. 24 da Constituição Federal para inserir a segurança pública entre as competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118712>>. Acesso em: 01 set. 2018.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em 15 de set. 2018

_____. Lei nº 8.080, de 10 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para

promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em 15 de set. 2018

_____. Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018. Disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal; cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS); institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm> Acesso em: 20 set. 2018.

MANSO, Bruno Paes. Núcleo de Estudos da Violência da USP. *Fragilidade na investigação e na punição do homicida provoca multiplicação de assassinatos*. Publicado: 05/09/2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2018/09/05/fragilidade-na-investigacao-e-na-punicao-do-homicida-provoca-multiplicacao-de-assassinatos.ghtml>> Acesso em 20 de set de 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*, Salvador, Juspodivm, 2016, 1ª Edição.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *O Ministério Público e o controle externo da Atividade Policial: Dados 2016*. – Brasília: CNMP, 2017. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Livro controle externo da atividade policia l internet.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Livro_controle_externo_da_atividade_policial_internet.pdf)>. Acesso em 05 de out de 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018*. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/08/FBSP_Anuario_Brasileiro_Seguranca_Publica_Infogr%C3%A1fico_2018.pdf. Acesso em: 05 de set. 2018

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Medo da violência e o apoio ao autoritarismo no Brasil: índice de propensão ao apoio a posições autoritárias*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017 Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/medo-da-violencia-e-o-apoio-ao-autoritarismo-no-brasil/>> Acesso em: 07 de set. 2018

Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: definição de parâmetros para o controle da administração pública

*New Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law:
definition of parameters for the control
of the public administration*

Ementa. 1. Introdução. 2. Do positivismo jurídico: o direito como conjunto de regras. 3. Do pós-positivismo: os princípios e os canais de diálogo com a realidade. 4. Da pretensa racionalidade administrativa. 5. Primeiro parâmetro: a segurança jurídica. 6. Segundo parâmetro: concepções do legalismo consequencialista. 7. Terceiro parâmetro: a proporcionalidade. 8. Quarto parâmetro: regra de transição. 9. Quinto parâmetro: motivação. 10. Sexto parâmetro: restrições orçamentárias. 11. Sétimo parâmetro: participação social. 12. Oitavo parâmetro: consensualidade. 13. Nono parâmetro: a proteção ao gestor inábil, porém íntegro. 14. Conclusão. 15. Referências.

1 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Doutor em Direito. Professor de Direito Administrativo.

2 Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Doutoranda em Educação (UFPR).

RESUMO: A Lei nº 13.655, de 25.04.2018, inclui na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições fundadas na segurança jurídica e na eficiência na interpretação do direito público, promovendo profundas alterações nos critérios de aplicação das normas jurídicas que disciplinam as relações deste campo de estudo. O presente ensaio aborda esses novos parâmetros, com a intenção de verificar se as mudanças havidas representam um avanço ou um enfraquecimento da atividade de controle.

ABSTRACT: *The Law 13.655, dated 04.25.2018, includes in the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law provisions based on legal certainty and efficiency in the interpretation of public law, promoting profound changes in the criteria for applying the legal rules that govern the relations of this law field of study. The present study addresses these new parameters, with the intention of verifying if the changes involved represent an advance or a weakening of the control activity.*

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Direito Público. Segurança Jurídica.

KEYWORDS: Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law. Public right. Legal Security.

1. INTRODUÇÃO

A denominada “Lei de Introdução ao Código Civil” (Decreto-lei 4.657/1942), editada em uma época em que o Código Civil ocupava um espaço central no Direito (na prática, preponderava até mesmo em relação à Constituição), acaba de sofrer uma segunda modificação substancial.

A primeira delas foi veiculada pela Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010, alterando sua própria denominação, transformando-a em “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” e, assim, ao lhe conferir caráter de transversalidade, estendeu seu campo de incidência para além do Código Civil, irradiando suas disposições por todo o Direito.

Propõe-se, desde então, em razão de seu caráter supralegal, a ser uma lei que serve, justamente, para regular normas e, nesse sentido, disciplina a vigência e a eficácia das leis, o conflito de leis no tempo e no espaço, os critérios de hermenêutica jurídica, os instrumentos de integração do ordenamento jurídico e as normas gerais de Direito Internacional Privado.

A segunda modificação, que de fato interessa à presente proposição, foi trazida pela recente Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, decorrente do Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015, da autoria do Senador Antonio Anastasia, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, critérios de aplicação da norma fundados na segurança jurídica e na eficiência.

Pretende a norma conferir racionalidade ao sistema jurídico, o que se justifica em razão do atual contexto em que se encontra, caracterizado pela transposição da concepção de um modelo jurídico fechado e autossuficiente para o sistema na contemporaneidade, pautado na supremacia constitucional, que prima pela abertura conceitual e pela forte carga valorativa e, assim, também pela fluidez de suas definições.

Para isso, a nova Lei estabelece parâmetros de aplicação do direito público, a exemplo da segurança jurídica, da consequencialidade, das regras de transição e da participação social. Contudo, tais parâmetros são objeto de críticas de determinados segmentos, que veem neles a outorga de indevidas responsabilidades aos órgãos de

controle e, porque estabelece restrições, representaria uma investida legislativa visando ao seu enfraquecimento.

É disso que se quer tratar.

2. DO POSITIVISMO JURÍDICO: O DIREITO COMO CONJUNTO DE REGRAS

O positivismo jurídico submete o Direito ao texto da lei, conferindo, portanto, caráter objetivo e racional ao exercício da aplicação das regras jurídicas. Nessa linha, a interpretação das regras, ao contrário do que ocorre com a interpretação dos princípios, submete-se à denominada lógica do “tudo ou nada”, segundo a qual, diante de um caso concreto, o operador do Direito deverá avaliar qual a regra que incide naquela hipótese e, em consequência disso, as demais regras, em aparente conflito, restam naturalmente afastadas do campo de incidência. Em suma, apenas uma regra é aplicada ao fato concreto, enquanto as demais são excluídas.

A definição de qual regra deverá incidir decorre de sistemática preestabelecida no ordenamento jurídico. Assim, a lei situada em patamar superior prevalece sobre a que se encontra em patamar inferior (critério hierárquico), a lei cronologicamente mais recente prevalece sobre a mais antiga (critério temporal) e, por fim, a lei especial prevalece sobre a geral (critério da especialidade). Trata-se de ambiente relativamente seguro e, de certa forma, previsível, pois seria possível antever o conteúdo de provimentos judiciais.

Por outro lado, há também aspectos desfavoráveis nesse engessamento. Trata-se de sistema de restrita abertura e, porque o Direito encontra-se adstrito à regra, tudo para além dela, inclusive o que decorre de modificações ocorridas no quadro político e social, é concebido como metajurídico e, portanto, imune à sua cognição³. Assim, as regras são capazes de tratar do que já existia. Não se prestam ao porvir, ao fato novo, do qual, muitas vezes, sequer se cogitava quando da sua feitura.

³ Para uma defesa do positivismo jurídico, harmonizando-o com o novo pensamento constitucional, ver: BORGES, José Souto Maior. Pró-Dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. Revista Trimestral de Direito Público – 59, p. 240-247.

3. DO PÓS-POSITIVISMO: OS PRINCÍPIOS E OS CANAIS DE DIÁLOGO COM A REALIDADE

Imbuído deste propósito de abertura e consequente atualização permanente, na contemporaneidade, o direito assume nova dimensão em relação à interpretação da norma, promovendo verdadeira separação entre texto e norma, na medida em que o primeiro passa a ser apenas o ponto de partida e, assim, o atingimento da norma completa dar-se-á após o percurso do caminho da interpretação⁴. A Constituição aparece, portanto, não como resultado, mas como o ponto de partida e, assim, deixa de ser descritiva, para ser criadora.

Para o exercício interpretativo, mostra-se determinante o caráter normativo assumido pelos princípios. Passa-se a neles reconhecer força cogente e não função meramente supletiva de suposta lacuna no tratamento de dada matéria. Os princípios, dotados de maior grau de abstração e mais elevada carga valorativa, comparativamente às regras, conferem coerência ao sistema jurídico, além de veicularem valores não estáticos tendentes a orientar o trabalho do intérprete.

A aplicação dos princípios submete-se à lógica da ponderação⁵, por meio da qual se concebe a incidência de mais de um princípio sobre o mesmo fato jurídico, de tal forma que os efeitos de cada qual podem se dar em uma extensão maior ou menor, já que a plasticidade de que são dotados propicia-lhes a cedência para a superação do conflito decorrente de eventual colisão entre eles.

Em outras palavras, na hipótese de colisão entre os princípios, eles não se excluem, mas harmonizam-se e, assim, diante do caso concreto, deverá ser verificado qual deles merece maior consideração, já que inexistente prévia hierarquização.

4 O Novo Código de Processo Civil bem assimilou esta transformação, como, por exemplo, quando dispõe que o Ministério Público deixa de intervir como “fiscal da lei” (CPC/1973, art. 83) para atuar na “defesa da ordem jurídica” (NCPC, art. 176) ou quando estabelece que a ação rescisória deixa de se fundar na violação literal de “disposição de lei” (CPC/1973, art. 486, V) para veicular a discussão quanto à manifesta violação à “norma jurídica” (NCPC, art. 966, V).

5 Por exemplo, o Supremo Tribunal Federal, ao ponderar princípios constitucionais, considerou que o exercício da liberdade religiosa e de expressão não é absoluto, pois deve respeitar restrições previstas na própria Constituição. Nessa medida, os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode e não deve ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público (STF. RHC 146.303-RJ. Rel. Min. Edson Fachin. Red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli. J. 06.03.2018).

Segundo Martha Nussbaum, os princípios “*não assimilam os finos detalhes do particular concreto, que é a matéria da escolha ética. Eles devem ser apreendidos em confronto com a própria situação, por uma faculdade que é adequada para confrontá-la como uma totalidade complexa*”⁶.

É por isso que, ao interpretar-se principiologicamente, faz-se, antes de tudo, um juízo de valor. Conforme aborda Luiz Roberto Barroso: “*O Direito, a partir da segunda metade do Século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade*”⁷. Ingressa-se, pois, na era das interpretações.

Apresenta-se, portanto, o ordenamento jurídico mais aberto, propenso a conferir maior espaço às normas principiológicas e, assim, recomendar ao intérprete a utilização da argumentação jurídica como ferramenta de trabalho, conectada com variados ramos do conhecimento. É este o campo de estudo de Habermas:

[...] o discurso jurídico não pode mover-se autossuficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente; precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas de direito⁸.

O novo cenário é naturalmente mais rico, dentre outros aspectos, porque a incorporação de normas de elevado teor valorativo representa a sensibilidade do ordenamento jurídico a tudo que se obteve, ao longo do tempo, por meio de legítimas conquistas políticas e sociais.

O Direito, assim, deixa de ser visto com um ideal único decorrente da razão,

6 NUSSBAUM, Martha C. A fragilidade da bondade: fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega. Tradução Ana Aguiar Cotrim; revisão da tradução Aníbal Mari, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 262.

7 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). São Paulo, *Interesse Público IP*, ano 3, n. 11, p. 42-73, jul./ set. 2001.

8 HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. reimpr. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 287.

para assumir seu caráter de instrumento da construção social, histórica e cultural e, nesse contexto, os princípios contribuem para esse processo dinâmico, ao conferirem juízo de valor na aplicação da norma. Com isso, terminam por legitimar e realçar a importância do Direito.

Sucedem que os princípios, por sua própria natureza, são dotados de grande abstratividade, o que os faz potencialmente contraditórios entre si, gerando certa margem de insegurança aos destinatários da aplicação das normas e, por antever-se certa imprevisibilidade do quanto será decidido no exercício das atividades de controle, surge a inquietude, sobretudo de gestores e particulares que mantenham vínculos jurídicos com a Administração Pública. É isso que a Nova Lei de Introdução pretende corrigir, buscando o que se poderia chamar de sustentabilidade dos atos de controle.

4. DA PRETENSÃO RACIONALIDADE INTERPRETATIVA

O outro lado da história, portanto, estampa a inegável fluidez de normas que veiculam princípios e, nessa condição, vislumbra-se uma exposição generalizada à elástica discricionariedade conferida ao intérprete, assim como aos critérios pessoais que possam ser utilizados no exercício da ponderação, na hipótese de conflito entre normas.

Com essa mesma forma de ver as coisas, Carlos Ari Sundfeld já anunciava a suposta crise gerada pela imprevisibilidade ou descontrole de um direito excessivamente principiológico, a imprimir, nas respectivas decisões, inaceitável dose de subjetivismo:

Crise: este é o nome, agora, também desse direito de princípios. Os males do *excesso* (a principiológica frouxa desamarrando as normas, embaralhando tudo) e do *superficial* (o princípio lugar-comum, pura forma sem substância): nisso vivemos. Vale, então, a nota prévia de saudade: nesses anos, o direito dos princípios subia, subia, todos o amávamos; nos próximos, não será assim. Os administrativistas principiamos a cansar. Novos amores virão⁹.

9 SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p.33-39, abr./jun. 2007.

A crítica passa pelo uso exagerado da retórica dos princípios na fundamentação da decisão, conforme aborda Carlos Ari Sundfeld, na obra *Direito Administrativo para Céticos*¹⁰, alertando que os princípios podem se tornar um refúgio retórico onde se escondem o jurista preguiçoso ou que conhece pouco o Direito.

Outro recorte deste novo cenário refere-se ao fato de que a interpretação constitucional envolve todos os órgãos estatais e, para além disso, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado de intérpretes da Constituição¹¹. A pluralidade de intérpretes, portanto, torna a norma tanto mais legítima, quanto fluida.

Assim, diante de casos complexos, em relação aos quais incide significativa carga principiológica, pretende a Lei coibir a aplicação do Direito que represente a absoluta desconsideração das consequências que decorrem da decisão.

Isto não significa dizer que a Nova Lei de Introdução afaste, por completo, a flexibilidade interpretativa, o que se daria por meio de equivocado resgate de premissas estritamente positivistas, fundadas na concepção de que a resposta do Direito está contida objetivamente na lei. Na verdade, pretende-se estabelecer balizamentos que definam, a partir da lei, mas para além dela, quais seriam as interpretações possíveis, constituindo-se certos espaços de certeza intransponíveis ao aplicador da norma.

5. PRIMEIRO PARÂMETRO: A SEGURANÇA JURÍDICA

Os comandos previstos na LINDB dirigem-se às decisões administrativas, provenientes dos órgãos de controle (abrangendo a Administração Direta, Tribunais de Contas, Ministério Público) e também judiciais, de todos os ramos e instâncias.

Seu cerne encontra-se na segurança jurídica que se espera das decisões, conferindo-lhes, tanto quanto possível, previsibilidade. É por essa razão que Carlos Ari

10 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. Cap. 8.

11 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. Reimpressão 2002. p. 12-13.

Sundfeld e José Guilherme Giacomuzzi denominam a Lei de que se está a tratar de “Lei da Segurança para a Inovação Pública”¹².

Max Weber, em trabalho publicado no ano de 1923, tratava das premissas para a existência de empresas comprometidas com as necessidades cotidianas e, dentre elas, estaria a observância de um Direito que denomina de racional ou calculável:

Para que la explotación económica capitalista proceda racionalmente precisa confiar en que la justicia y la administración seguirán determinadas pautas. Ni en la época de la *polis* helénica, ni en los estados patrimoniales de Asia, ni en los países occidentales hasta los Estuardos pudo garantizarse tal cosa. La arbitrariedad de la justicia regia, con su otorgamiento de mercedes, trajo constantes perturbaciones en los cálculos peculiares de la vida económica [...] ¹³

Em suma, busca-se a certeza quanto às normas jurídicas e a estabilidade das relações entre Administração-Administrado, sobretudo quando da aplicação de “valores jurídicos abstratos” (art. 20, *caput*), conceito dentro do qual se compreendem os princípios constitucionais, a exemplo do interesse público, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade.

De fato, como foi acima examinado, os princípios, se por um lado servem de instrumento para o controle da Administração Pública, por outro são causadores de certa instabilidade na ordem jurídica, exigindo do aplicador certa ponderação em relação aos efeitos de sua aplicação.

Outro aspecto sobre o mesmo tema encontra-se no art. 24 da LINDB que orienta no sentido de que a revisão de entendimento deverá considerar as “orientações gerais da época”¹⁴ e não aquelas que constituem o posicionamento posterior, “sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se

12 SUNDFELD, Carlos Ari; GIACOMUZZI, José Guilherme. O espírito da Lei nº 13.665/2018: impulso realista para a segurança jurídica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 62, p. 39-41, abr./jun. 2018.

13 WEBER, Max. *Historia Económica General*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 289.

14 “Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público” (art. 24, parágrafo único).

declarem inválidas situações plenamente constituídas” (art. 24, caput).

E, ainda, o art. 30 que prevê o incremento da segurança jurídica “*por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas*”, com “*caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão*”.

Observa-se, sobretudo em relação a este último dispositivo, certo fortalecimento dos órgãos de controle, na medida em que se conferiu caráter vinculante a atos de orientação, especialmente a consultas.

6. SEGUNDO PARÂMETRO: CONCEPÇÕES DO LEGALISMO CONSEQUENCIALISTA

Outro balizamento a ser observado volta-se a uma racionalidade prospectiva, da qual nasce a necessidade de se atentar para a consequentialidade prática das decisões que decretam “*a invalidação de ato concreto, ajuste, processo ou norma administrativa*” (art. 21, caput).

Reconhece-se, portanto, que a interpretação do Direito não se resume à mera subsunção do fato à norma, mas envolve um processo criativo de construção e, nessa medida, o aplicador deve estar consciente das consequências de suas decisões e das possíveis alternativas que, porventura, possam existir.

Em síntese, busca-se exigir daquele que decide, o sopesamento no processo decisório, não somente dos efeitos de sua decisão, isoladamente considerada, como também dos potenciais reflexos no correspondente contexto econômico-social. Transcreve-se a redação do dispositivo:

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

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

Exemplo dessa situação ocorre em relação à implementação de políticas públicas, à extinção de contratos de concessão, às revisões de normas regulatórias, as quais devem considerar o impacto regulatório de seus atos.

O parágrafo único do art. 21 prevê a implementação de técnicas processuais estruturantes, as quais se opõem à concepção processual clássica, fundada no princípio da demanda, compreendido como a adstrição judicial à pretensão deduzida na petição inicial.

Critica-se o modelo tradicional em razão de sua insuficiência, sobretudo em sua aplicação aos litígios complexos, nos quais os efeitos da sentença atingem diferentes esferas de interesse, inclusive no campo extraprocessual. Nesse sentido, o processo estrutural defende a necessidade de utilização de tutela processual diferenciada, menos rígida, nos processos complexos, especialmente na fase de cumprimento da sentença.

Assim, exemplificativamente, o juiz poderia deixar de impor obrigações de cumprimento imediato e estabelecer cronograma para a implementação das obrigações impostas, em exata consonância com o princípio da cooperação previsto no Código de Processo Civil, considerando-se, para assim agir, as repercussões da decisão.

Foi esta a orientação seguida pelo legislador, impondo a obrigação de, nas hipóteses de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, que ocasionar ônus ou perdas anormais ou excessivas, o órgão de controle deverá orientar a regularização de forma *“proporcional, equânime e sem prejuízo aos interesses gerais”*.

A crítica que se dirige ao consequencialismo, contudo, concentra-se no fato de que a tentativa de avaliar o impacto do Direito na realidade, ocorre por meio do sopesamento de dados empíricos, muitas vezes descontextualizados, sem que as fontes sejam testadas e sem o devido cuidado com o método. Assim, não raras vezes, a análise das consequências resume-se a uma avaliação intuitiva da realidade social e econômica.

Todavia, não se compartilha da preocupação revelada, ao menos não na mesma intensidade, pois os aspectos consequenciais deverão ser aqueles constantes dos

autos, não raras vezes trazidos pelos interessados, em relação aos quais é possível a solicitação de esclarecimentos. Não seria razoável exigir-se dos órgãos de controle que, *sponte propria*, perquirissem de forma exauriente acerca de todas as consequências que o ato de controle encerra.

7. TERCEIRO PARÂMETRO: A PROPORCIONALIDADE

Estabelece-se a proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) como um dos parâmetros a serem observados, evidenciando a preocupação com o exercício do controle sobre a Administração Pública, no que se refere às consequências decorrentes do ato decisório, especialmente quando são atingidas situações jurídicas consolidadas.

Nessa linha, em vedação ao enriquecimento ilícito, o art. 27¹⁵ possibilita o estabelecimento de compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta de supostos envolvidos. Trata-se de regra que pressupõe o cometimento de ilicitude irreversível e, nessa medida, procura corrigir a distorção em proteção ao interesse público.

8. QUARTO PARÂMETRO: REGRA DE TRANSIÇÃO

Em decorrência direta do princípio da segurança jurídica, estabelece-se a preferência pela utilização de regra de transição, na hipótese de a decisão proferida a partir de norma indeterminada impor orientação diversa daquela que vinha sendo adotada: *“novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”* (art. 23, *caput*)¹⁶.

15 “Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. § 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. § 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos”.

16 Interessante a observação quanto à previsão de que a regra de transição, em

Preocupação idêntica encontra-se presente na sistemática do controle abstrato da constitucionalidade, quando os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade são modulados e, assim, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringe os efeitos da declaração ou fixa termo inicial para sua eficácia (Lei 9.868/1999, art. 27).

9. QUINTO PARÂMETRO: MOTIVAÇÃO

As decisões de controle devem ser motivadas, o que passa pela análise das alternativas que se acenam para o caso concreto, lembrando-se que o art. 55 da Lei 9.784/99 indica a preferência, sempre, pela convalidação e não pela anulação dos atos administrativos.

No que diz respeito à motivação, há inevitavelmente que se reportar aos requisitos da fundamentação da sentença judicial, trazidos pelo Novo Código de Processo Civil, os quais são naturalmente aplicáveis aos processos judiciais e supletiva e subsidiariamente aos processos administrativos (NCPC, art. 15).

Nesse sentido, considera-se não fundamentada a decisão que (NCPC, art. 489, § 1º):

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo, capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou

virtude de mudança de entendimento, teria espaço, nos termos da Lei, apenas em relação às normas de “conteúdo indeterminado”, como se somente as normas com conceitos vagos estivessem sujeitas a oscilações interpretativas.

precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A própria motivação oferece segurança jurídica aos cidadãos, pois, a partir dela, poderá ser provocada a revisão de decisões administrativas.

10. SEXTO PARÂMETRO: RESTRIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS

A LINDB, no *caput* do seu art. 22¹⁷, exige que, na interpretação jurídica, sejam utilizados filtros de realidade, mediante o sopesamento das dificuldades reais, concretas, do administrador, precaução que se encontra diretamente relacionada à finitude dos recursos financeiros e, partir daí, obtenha-se o equilíbrio entre a reserva do possível (“obstáculos e dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”) e o mínimo existencial (“direitos dos administrados”).

Compreende-se o mínimo existencial como “um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir *condições adequadas de existência digna*, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança” (STF. AgReg. no RE com Agravo 639.337–SP. Rel. Min. Celso de Mello. J. 23.08.2011).

Ou, para Clèmerson Merlin Clève:

O conceito de mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combatida sua vontade, vê destruída sua autonomia,

17 “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. [...]

resultando num ente perdido num cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino¹⁸.

Ana Paula de Barcellos trata desta inafastável priorização de certos direitos, em decorrência de expressa previsão constitucional, opondo-se, portanto, à incondicional discricionariedade do administrador público na formulação das políticas públicas:

Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas *jurídicas*, dotadas de *superioridade* hierárquica e de *centralidade* no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição de políticas públicas – que irá, ou não, realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo¹⁹.

Além disso, deve-se adentrar nos ajustes necessários nas respectivas propostas orçamentárias, identificando possíveis alocações para fazer frente às despesas que se pretende ver assumidas.

A matéria encontra evidente fundamento constitucional, destacando-se que a atual concepção acerca das leis orçamentárias confere-lhes caráter impositivo. Vale dizer, as leis orçamentárias determinam destinações de recursos e não simplesmente as autorizam²⁰ (STF. STA 175-AgR/CE. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 17.03.2010), pois, antes de mais nada, concretizam decisões fundamentais tomadas anteriormente. Em relação ao tema, Ana Paula de Barcellos assim se posiciona:

A Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais. As políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente, mas envolvem gasto de dinheiro público. As escolhas de matéria de gastos e políticas públicas não

18 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, p. 27, jul./dez. 2003.

19 BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, Abr./Jun. 2005, p. 92.

20 A superada concepção autorizativa do orçamento implica a concessão de certa margem de liberdade ao administrador público para, inclusive, não empregar a totalidade das verbas previstas para determinada política pública.

constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas constitucionais²¹.

Embora o Supremo Tribunal Federal apresentara resistência em efetivar o controle concentrado da constitucionalidade em relação às leis orçamentárias²², esse entendimento vem sendo revisto pela própria Corte. Nesse sentido: *“Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta”* (STF. ADI 2.925/DF. Rel. Min. Ellen Gracie. J. 19.12.2003)²³.

11. SÉTIMO PARÂMETRO: PARTICIPAÇÃO SOCIAL

A concepção clássica do Direito Administrativo parte da Administração como agressiva dos direitos dos cidadãos, atuando de forma unilateral e autoritária, enquanto o particular, destituído de direitos subjetivos, ocupa a posição de mero “objeto” do poder soberano²⁴.

Na verdade, o regime jurídico administrativo, tradicionalmente, está fundado na supremacia do interesse público, em detrimento do particular, do que decorrem as prerrogativas da Administração Pública, estabelecendo-se, em razão disso, uma relação notadamente verticalizada entre a Administração Pública e os cidadãos.

Em sentido oposto, desde a segunda metade do séc. XX, vivencia-se um movimento voltado a exigir a legitimidade das ações governamentais, o que ocorre, em

21 BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 816.

22 CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COM EFEITO CONCRETO. LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS: Lei 10.266, de 2001. I. - Leis com efeitos concretos, assim atos administrativos em sentido material: não se admite o seu controle em abstrato, ou no controle concentrado de constitucionalidade. II. - Lei de diretrizes orçamentárias, que tem objeto determinado e destinatários certos, assim sem generalidade abstrata, é lei de efeitos concretos, que não está sujeita à fiscalização jurisdicional no controle concentrado. III. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal. IV. - Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. (STF. ADI 2.484-MC/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 19.12.2001). No mesmo sentido: STF. ADI 1.716/DF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. J. 19.12.1997.

23 No mesmo sentido: i) STF. ADI 4.048-MC/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 14.05.2008; ii) STF. ADI 3.949-MC/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 14.08.2008}.

24 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 150.

linhas gerais, com a apresentação de alternativas à participação popular, de forma a considerar a vontade do povo na tomada de decisões, especialmente naquelas que dizem respeito às políticas públicas.

O princípio da participação está previsto no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, que trata da democracia representativa e da democracia direta. A repetição deste princípio encontra-se presente em diversos dispositivos constitucionais, como no inc. VII do art. 194, que trata da seguridade social; no inc. III do art. 198, que trata da participação da comunidade na política de saúde; no inc. II do art. 204, o qual preconiza a participação da população na formulação das políticas e no controle das ações na área da assistência social; e, no inc. VI do art. 206, que dispõe sobre a gestão democrática no ensino público.

A democracia participativa consubstancia-se na estruturação de mecanismos que ofereçam aos cidadãos efetivas condições de *“aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer o controle crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos”*²⁵.

Canotilho fala em *“democratizar a democracia através da participação”*, o que *“significa, em termos gerais, intensificar a otimização da participação directa e activa de homens e mulheres no processo de decisão”*²⁶.

De fato, a fiscalização do atendimento das normas que regem o desempenho da função administrativa pode e deve ser amplamente realizada por toda a sociedade. Nessa perspectiva, o princípio da participação busca a aproximação entre a Administração e os administrados, seja no que se refere ao controle da atividade estatal, seja em uma participação mais efetiva nas decisões que afetarão a todos.

Nessa diretriz, a LINDB estimula a participação social, ao prever que:

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será

25 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 288.

26 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 301.

considerada na decisão.

§ 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

§ 2º (VETADO).

Nessa medida, o agente público, por reconhecer a complexidade da questão posta à decisão, compensa eventuais limitações com o debate amplo e com a coleta de informações, conforme, aliás, vem ocorrendo no âmbito dos tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal, com a admissão da figura do *amicus curiae* e com a designação de audiências públicas que buscam subsidiar os julgadores com informações e diferentes visões acerca do tema sob apreciação.

Tal providência encontra perfeita adequação ao princípio democrático, de matriz constitucional, tendente à descentralização das decisões de diferentes searas, intensificando-se o processo de participação. De fato, pondera Hermes Zaneti Júnior que para a realização de um Estado democrático, *“as instâncias de participação democrática deverão ser tantas quantas sejam possíveis, e os poderes institucionalizados deverão abrir seu procedimento às luzes desses outros centros decisórios da sociedade civil”*²⁷.

Afinal, o *“primeiro elemento importante da democracia participativa seria o aprofundamento dos casos nos quais o sistema político abre mão de prerrogativas de decisão em favor de instâncias participativas”*²⁸.

12. OITAVO PARÂMETRO: CONSENSUALIDADE

Acompanha-se no cenário jurídico brasileiro significativa modificação de concepção no tocante aos mecanismos de solução dos conflitos, sendo possível observar o surgimento de novas frentes desjudicializadas, de onde se destacam a

27 ZANETI JR., Hermes. A Constitucionalização do Processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 128.

28 SANTOS, Boaventura de Sousa. Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 77.

arbitragem, a mediação e a conciliação.

Diversos marcos regulatórios, recentemente introduzidos na ordem jurídica nacional, evidenciam a tendência à modificação de paradigma de que se está a tratar.

A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dispõe sobre a Política Nacional de Resolução Apropriada de Conflitos e apresenta as primeiras diretrizes para a implementação dos meios não adjudicatórios de resolução de conflitos.

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por sua vez, editou a Resolução nº 118, de 01.12.2014, que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público. Essa Resolução determina não só a orientação para que os agentes ministeriais busquem os meios consensuais, mas também a realização de cursos e preparações técnicas quanto a tais métodos²⁹.

Na mesma esteira e com projeção significativamente maior, o Novo Código de Processo Civil (NCPC) privilegia a arbitragem e a solução consensual dos conflitos (NCPC, art. 3º, §§ 2º e 3º, e art. 42). Determina que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados, dentre outros, pelos membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (NCPC, art. 3º, § 3º).

Estabelece a nova legislação processual ser incumbência do juiz promover a autocomposição (NCPC, art. 139, V), além de dispor sobre os conciliadores e mediadores judiciais (NCPC, art. 165 a 175). Prevê expressamente a audiência de conciliação ou de mediação (NCPC, art. 334), não sendo esta realizada apenas em duas

29 Neste ato normativo do CNMP, vale destacar as seguintes regras: “Art. 1º. Fica instituída a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição. Parágrafo único. Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos. Art. 2º Na implementação da Política Nacional descrita no artigo 1º, com vista à boa qualidade dos serviços, à disseminação da cultura de pacificação, à redução da litigiosidade, à satisfação social, ao empoderamento social e ao estímulo de soluções consensuais, serão observados: [...] IV – a valorização do protagonismo institucional na obtenção de resultados socialmente relevantes que promovam a justiça de modo célere e efetivo. [...] Art. 8º A negociação é recomendada para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art. 129, III, da CR/1988) [...]”.

hipóteses: i) se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; e, ii) quando não se admitir a autocomposição (NCPC, art. 334, § 4º). Com efeito, ainda que seja o desejo de apenas uma das partes, haverá a designação de audiência conciliatória.

O art. 174 do NCPC prescreve que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão instituir câmaras de conciliação, na esfera administrativa, para dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades administrativas, avaliar a admissibilidade de solução de conflitos por meio de conciliação e promover, quando for o caso, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Complementarmente, ainda quando da *vacatio legis* do NCPC, promulgou-se a chamada “Lei de Mediação” (Lei 13.140/2015), com o objetivo de disciplinar a autocomposição de conflitos. São exemplos de instrumentos de desjudicialização dos conflitos os acordos de leniência (Lei Anticorrupção), os termos de compromisso de cessação (Lei Antitruste), os termos de ajustamento de conduta (Lei Antitruste) e a colaboração premiada (esfera criminal).

A nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655, de 25.04.2018) determina que:

Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após a realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar **compromisso com os interessados**, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (art. 26, caput)

Em nítido incentivo à consensualidade, o *caput* do art. 26, no mesmo sentido da Lei da Mediação, permite que a Administração, para “*eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público*”, celebre compromisso com os interessados, hipótese que se viabiliza por meio dos denominados termos de ajustamento de conduta.

O compromisso “*buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais*” (art. 26, § 1º, I), “*não poderá conferir desoneração*

permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral” (art. 26, § 1º, III) e “deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento” (art. 26, § 1º, IV).

13. NONO PARÂMETRO: A PROTEÇÃO AO GESTOR INÁBIL, PORÉM ÍNTEGRO

Outro ponto a ser observado no exercício do controle, especificamente no campo da responsabilização, encontra-se na diferenciação entre o gestor corrupto do gestor que, por ser inábil, comete ilicitudes, sem, contudo, ser desonesto.

A responsabilidade pessoal por decisões ou opiniões técnicas fica adstrita às hipóteses de *“dolo ou erro grosseiro”* (art. 28, *caput*). Segundo a eminente Procuradora-Geral da República, Doutora Raquel Dodge, em Nota Técnica que subscreveu a propósito do art. 28, a norma afetaria *“negativamente o atual sistema de controle, responsabilização e punição de agentes públicos e de ressarcimento por atos causadores de lesão ao erário”*, quando *“a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem sancionando infrações à moralidade administrativa, à impessoalidade e à legalidade”*.

O § 2º do art. 22 estabelece que: *“Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”*.

Preceitua, ainda, a nova legislação, a uniformização sancionatória. Nesse sentido, o § 3º do art. 22 indica que: *“As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”*.

14. CONCLUSÃO

Apesar de vislumbrar legitimidade nas pretensões da nova Lei de Introdução, como a ponderação, a segurança jurídica, a consequencialidade e a proporcionalidade, não se espera, em absoluto, que as disposições nela constantes sejam capazes de

afastar o natural grau de incerteza inerente à aplicação do Direito ou mesmo estabelecer espaços reduzidos de decidibilidade.

Vê-se, com bons olhos, a preocupação de fazer com que a aplicação da norma considere, de alguma forma, o primado da realidade, o estado das coisas e as dificuldades de gestão, assim como a vulnerabilidade dos particulares frente aos comandos administrativos.

Reafirma-se, contudo, que a nova LINDB não deve representar uma restrição ao exercício do controle sobre a Administração Pública. Se de um lado, o controle não pode descuidar-se da segurança jurídica e das consequências de seus atos, por outro lado não é desejável que, diante da complexidade das matérias, deixe-se de exercer o controle, conferindo perniciosa liberdade ao Executivo e ao Legislativo, sob o argumento questionável da legitimidade democrática e da capacidade institucional.

15. REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 240, p. 83-103, Abr./Jun. 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). São Paulo, *Interesse Público IP*, ano 3, n. 11, p. 42-73, jul./ set. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito - O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 129-173.

BORGES, José Souto Maior. Pró-Dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. *Revista Trimestral de Direito Público* – 59, p. 240-247.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, p. 27, jul./dez. 2003.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. Reimpressão 2002.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. reimp. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. Alteração da Lei de Introdução às Normas e a interpretação do Direito Administrativo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 18, n. 207, p. 23-31, maio 2018.

NUSSBAUM, Martha C. A fragilidade da bondade: fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega. Tradução Ana Aguiar Cotrim; revisão da tradução Aníbal Mari, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, Almiro do Couto. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, abril/maio/junho, 2005.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. Cap. 8.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p.33-39, abr./jun. 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari; GIACOMUZZI, José Guilherme. O espírito da Lei nº 13.665/2018: impulso realista para a segurança jurídica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 62, p. 39-41, abr./jun. 2018.

WEBER, Max. *Historia Económica General*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo. O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2014.

O planejamento institucional do Ministério Público como premissa à eficácia na persecução da corrupção³

*The institutional planning of the Public Ministry⁴
as a premise for effectiveness in the pursuit of corruption*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Aspectos estruturantes da atuação planejada; 3. Aspectos metodológicos da atuação planejada; 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas.

1 O autor é Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná.

2 A autora é Assessora de Promotoria no Ministério Público do Estado do Paraná.

3 Este artigo foi elaborado a partir de estudos desenvolvidos junto ao Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo, coordenado pelo Dr. Claudio Smirne Diniz, com o apoio do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Paraná. Sua versão inicial foi submetida à apreciação do referido Grupo em 19/10/2018.

4 A expressão "Ministério Público" na língua inglesa é comumente traduzida para "Prosecution Office" ou "Public Prosecution Service". Diante da ausência de uma Instituição similar no mundo àquela prevista no ordenamento brasileiro, neste texto, os autores optaram por uma tradução literal que, ao que parece, mostra-se mais adequada ao contexto tratado.

RESUMO: O trabalho objetiva demonstrar que uma mais exata dimensão da noção de planejamento tem vínculo imediato com a eficácia do exercício da persecução no enfrentamento da corrupção pelo Ministério Público brasileiro. A partir de uma concepção sociológica, busca-se aferir toda extensão de uma atuação planejada eficaz, compreendida a partir do nível de satisfação das expectativas sociais. Com o propósito de firmar as diretrizes aptas a compor um planejamento persecutório institucional, aborda-se, inicialmente, os aspectos estruturantes que envolvem esta expressão. Num momento final, são vistos os aspectos metodológicos que devem ser enfrentados numa etapa ainda preparatória à execução de atividades tipicamente persecutórias, utilizando-se para tanto, como referencial empírico, um projeto desenvolvido no âmbito do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais do Ministério Público do Estado do Paraná, que evidenciou a importância desta fase preparatória também para potencializar a persecução ministerial.

ABSTRACT: *This paper aims to demonstrate that a more accurate dimension of the notion of planning has an immediate link with the effectiveness of prosecution in confronting corruption by the so-called Public Ministry in the Portuguese-speaking world. From a sociological conception, it sought to measure the full extent of an effective planned action, understood from the level of social expectations satisfaction. With the purpose of establishing the directives capable of composing an institutional persecutory planning, we first approach the structural aspects that involve this expression. At a final moment, the methodological aspects that must be faced in a stage that is still preparatory to the execution of typically persecutory activities, using for this purpose, as an empirical reference, a project developed within the scope of the Operational Support Center of the Public Ministry of the State of Paraná, which demonstrated the importance of this preparatory phase also to enhance the ministerial persecution.*

PALAVRAS-CHAVE: Planejamento persecutório institucional; Ministério Público; Corrupção.

KEYWORDS: *Institutional planning of persecution - Public Ministry - Corruption.*

1. Introdução

Na condição de instituição integrante da organização política do Estado, o Ministério Público brasileiro encontra nos objetivos fundamentais da República (CR, art. 3º, I a IV) o substrato a partir do qual deve extrair o delineamento de sua *missão*. Por isto, ao figurar como objetivo institucional o de atuar em prol da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento esteja voltado para a erradicação da pobreza e da marginalização, para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a promoção do bem de todos, é compreensível que tenha sido entregue ao Ministério Público a título de *missão institucional* aquela voltada à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CR, art. 127, *caput*)⁵.

Mais do que uma mera carta programática, esta missão delimita o campo de atuação institucional⁶, fazendo com que sua concretização seja realizada através do cumprimento de determinadas *funções* que, estando previstas nos incisos do artigo 129 da Constituição, delineiam o que pode ser considerado como o *núcleo da atuação* do Ministério Público pátrio.

Dentre estas *funções*, para fins do que ora interessa, destaca-se inicialmente aquela afeta ao *exercício da persecução penal* (CR, art. 129, I). Na condição de uma das funções institucionais essenciais⁷, o exercício ministerial relacionado à persecução penal é uma atividade cuja exata compreensão e dimensionamento ainda deve figurar como preocupação institucional, em especial num cenário em que coexiste um elevado gasto estatal afeto às políticas de segurança pública⁸ sem que seja notada

5 GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 167.

6 Igualmente reconhecendo os *objetivos fundamentais da República* como uma “diretriz segura” para delimitar os interesses sociais relevantes que serão abarcados pela atuação do Ministério Público, cf. FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Um novo modelo de gestão para o Ministério Público: bases de uma necessária reengenharia institucional*. São Paulo: Edições APMP, 2003, p. 107.

7 A classificação é igualmente extraída de GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, pp. 168 ss.

8 Conforme Relatório de Gestão elaborado pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná, só neste unidade federativa, no ano de 2017, em valores empenhados, os recursos afetos à segurança pública foram da ordem de R\$ 4,4 bilhões, correspondendo a 9% do orçamento estadual, atrás, apenas, dos gastos classificados como Encargos Especiais (25%), Educação (22%) e Saúde (10%). Cf. Relatório Contas do Governador, Exercício 2017. Caderno Gestão da Segurança. Disponível em <<https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/contas-do-governador/70/area/250>>. Acesso em 9.10.2018.

uma melhora efetiva nas cifras de violência, o que parece justificar a generalizada sensação social de insegurança⁹.

Em matéria de corrupção, ademais, a busca por esta precisa dimensão do *exercício da persecução penal* leva ao necessário reconhecimento do protagonismo de uma segunda função institucional igualmente essencial, relacionada à *promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público* (CR, art. 129, III).

Com efeito, para o enfrentamento da corrupção, estas duas funções institucionais devem ser compreendidas como atividades inseparáveis, figurando como mais um dos corolários do princípio da unidade que rege a Instituição (CR, art 127, § 1º). Afinal, se o próprio perfil constitucional do Ministério Público já justificaria esta postura, a complexidade do fenômeno social a ser enfrentado faz com que sua aceitação seja imprescindível, se o que se busca é uma real *eficácia na atuação ministerial*. Em especial quando já se sabe ser a corrupção um fato que transcende em muito a questão jurídica, apresentando vertentes política, econômica e social¹⁰.

Neste contexto, faz-se necessário reconhecer que esta *pretensão de atuação eficaz* desautoriza, de imediato, que a mensuração da *eficácia* da atividade possa ocorrer, tão somente, através de dados afetos à *quantidade dos serviços prestados à sociedade*. Ou seja, se o que se deseja é que a atuação ministerial nesta área seja verdadeiramente *eficaz* deve-se admitir, no mínimo, uma concepção mais sociológica da expressão *eficácia*¹¹. No sentido de que só será *eficaz* aquela postura institucional

9 Muito embora não se ignore a existência de uma sensação subjetiva e coletiva de riscos desproporcional que leva a que parte da doutrina venha a referir-se à chamada “insegurança sentida” (Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. *La expansión del derecho penal*. Montevideo: Editorial B de F, 2011 [1999], pp. 20 ss.), é forçoso reconhecer que, não raro, esta sensação também deriva de fatores objetivos de perigo (Cf. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*. Granada: Editorial Comares, 2007, pp. 53 ss.).

10 A respeito dos impactos da corrupção, as altas cifras de recursos públicos envolvidos e os prejuízos à prestação de serviço público e, inclusive, à legitimidade democrática, cf. estudo produzido pela Transparência Internacional, *Corruption Peceptions Index 2017*. Disponível em <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017?gclid=EAlaIaQobChMIIOKO8_m83AIVmRrTCh3-MwHBEEAYASAAEgJSy_D_BwE>. Acesso em 15.7.2018

11 Para uma aproximação a respeito da complexidade desta questão, cf. JEAMMAUD, Antoine (1984): “En torno a al problema de la efectividad del derecho”, *Crítica Jurídica*, 6, pp. 5-15; VILAJOSANA RUBIO, J. M., “Eficacia normativa y existencia del derecho”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, vol. 8, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 103-120; HIERRO, Liborio (2003): *La eficacia de las normas jurídicas*,

que leve à *satisfação da sociedade enquanto destinatária das políticas públicas*. Em síntese, deve-se perseguir aquilo que a sociologia intitulará "eficácia social"¹², ampliando-se a dimensão da *atividade persecutória*, de modo a exigir que a persecução institucional só seja considerada *eficaz* se valorada pela sociedade de uma forma satisfatória.

Fixada esta premissa, o problema que passa a se apresentar ao Ministério Público está em saber se a Instituição estaria devidamente *estruturada* para conduzir persecuções relacionadas à corrupção de um modo satisfatoriamente valorado pela sociedade.

Afinal, muito embora sejam vários os exemplos de persecuções que apresentaram (e vêm apresentando) inegáveis resultados¹³, a Instituição ainda parece carecer de uma *estruturação* que lhe permita manter a constância, uniformidade e unidade na forma de exercitar esta atuação, de modo a estabelecer como pretende impactar no enfrentamento do fenômeno e de apresentar-se, efetivamente, como *gestora dos rumos da política pública estatal* nesta área, em particular, no tocante à atividade persecutória. Um exemplo corriqueiro da praxe ministerial diz respeito aos critérios que pautam a seletividade do fato a ser perseguido institucionalmente, sendo regra que as investigações sejam deflagradas a partir de provocações que são endereçadas à Instituição, impedindo-a de pautar uma legítima agenda de atuação, como seria desejável.

Tem-se, aqui, por hipótese que este fluxo deriva, em parte, da ausência de uma mais precisa compreensão da dimensão que envolve o *planejamento persecutório institucional*. Próprio de períodos de transição entre modelos de gestão, ao que

Barcelona, Ariel, p. 18; NAVARRO, Pablo E. (2017): *Dinámica y eficacia del Derecho: una análisis conceptual de la obediencia*, México, D. F., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política.

12 Em certa medida, a chamada *eficácia social* constitui uma perspectiva introduzida por força de um enfoque funcionalista, referindo-se aos efeitos sociais, econômicos e políticos, derivados do cumprimento das normas sociais. Neste sentido, cf. ACOSTA, Rolando Pavó (2016): "Las investigaciones sociojurídicas acerca de la eficacia y efectividad del Derecho: algunas alternativas metodológicas", *Revista Internacional Consinter de Direito*, II, pp. 437-462 (443). Em sentido similar, mas a partir da teoria geral do direito, cf. HIERRO, Liborio (2003): *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel, p. 20.

13 Por todas, citem-se aqui as altas cifras e números relacionados à Operação Lava-Jato, conduzida pelo Ministério Público Federal desde março de 2014. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/para-cidadao/caso-lava-jato>>. Acesso em 9.10.2018.

parece, vivencia-se nesta área mais uma das consequências da ausência de uma integral concretização do discurso voltado ao atuar planejado, com toda a densidade que envolve esta expressão.

Assim, nos limites deste espaço, o que se pretende é procurar enunciar o que deve estar contido na expressão *planejamento persecutório* em matéria de enfrentamento da corrupção. É que se, por um lado, também nesta área é necessária uma especial atenção à capacitação e ao aperfeiçoamento contínuo dos membros e servidores do Ministério Público no uso de técnicas diferenciadas de investigação, por outro, a *eficácia* da postura institucional igualmente dependerá de vertentes prévias que devem estar presentes na elaboração de qualquer proposta que pretenda entregar uma *visão estratégica* à Instituição.

Para tanto, o tema será tratado de modo a que, num momento inicial, possam ser enunciados os *aspectos estruturantes* que envolvem a elaboração do que chamamos aqui de planejamento persecutório institucional, no sentido de resgatar conceitos que nem sempre são de fácil percepção. Mais do que nos reportar tão somente à tradicional questão relacionada à *estrutura física* (a qual também deve ser melhor compreendida), o momento será propício para recordar da existência de um necessário vínculo da atividade planejada com as questões de cunho *orçamentário*, de *transparência social* e envoltas à *participação institucional* na construção e implementação deste planejamento.

Em sua parte final, o artigo se debruçará sob uma perspectiva que pode ser intitulada de *metodológica*, referindo-se a determinados aspectos que deverão ser enfrentados ainda numa etapa preparatória à execução de atividades tipicamente persecutórias. Igualmente vinculados ao planejamento, tem-se que, em sendo negligenciados, estes aspectos poderão comprometer definitivamente o rumo de uma apuração, com consequências inevitáveis à efetividade da atuação ministerial. Por isto, nesta oportunidade, haverá de se dispensar alguma atenção à *definição dos critérios de priorização da atuação* e, conseqüentemente, *daqueles critérios de mensuração do desempenho da atuação ministerial*. Ganhará protagonismo, ainda, os aspectos voltados à adoção de um distinto *fluxo organizacional documental*, de forma a viabilizar a realização de um preciso *diagnóstico* da situação fática a ser investigada

que, por sua vez, permitirá aferir a imprescindibilidade da utilização de *técnicas diferenciadas de investigação financeira e patrimonial*.

Como se nota, mais do que uma análise individual de cada um destes aspectos - o que, inevitavelmente, demandaria um estudo monográfico - nossa pretensão aqui não será outra senão enunciar a complexidade da estruturação relacionada ao exercício da atividade persecutória no enfrentamento da corrupção, despertando para a compreensão de que a busca da *eficácia* no exercício desta função demanda uma contínua reflexão e aperfeiçoamento que toca aos mais diversos setores da Instituição.

2. Aspectos estruturantes da atuação planejada

Na condição de instituição integrante do poder público, também do Ministério Público exige-se uma atuação pautada no planejamento. Mais do que um apego à forma ou a um específico comando normativo, a complexidade organizacional ministerial já justificaria uma tal exigência. A inabarcável amplitude de demandas que decorrem dos objetivos estratégicos que foram traçados pelo constituinte à Instituição (CR, art. 3º) torna o atuar planejado uma necessidade que, nesta medida, tardou a ser institucionalmente positivado¹⁴.

Até porque, parece de todo evidente que tão só por meio de um planejamento adequado é que será possível viabilizar uma *integração* que compatibilize os objetivos estratégicos institucionais e suas limitações administrativo-financeiras. E serão, precisamente, os esclarecimentos prestados à sociedade sobre esta *integração* que vão permitir um nível de transparência na atuação do Ministério Público cuja percepção de *eficácia* não reste comprometida.

Fato é, de toda forma, que a aceitação de uma tal visão gerencial faz com que o foco institucional assuma uma distinta diretriz. Ao invés de persistir atenta

14 Já no início dos anos 2000, advertia-se que a Instituição vinha atuando “como se fosse possível, num país pobre e repleto de problemas sociais crônicos e imemoriais, tutelar, concomitantemente, todos os interesses da coletividade, nas inúmeras áreas cobertas por sua legitimação constitucional - ou seja, de todas as camadas sociais e de forma a abranger desde o mais simples interesse coletivo ou individual homogêneo ao mais amplo e grave interesse social” (FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Um novo modelo de gestão para o Ministério Público: bases de uma necessária reengenharia institucional*. São Paulo: Edições APMP, 2003, p. 19).

exclusivamente ao controle dos *meios* de que dispõe (materiais, de pessoal, etc.), passa ela a observar essencialmente suas *ações e resultados*. Afinal, embora o controle dos *recursos* seja de todo necessário, serão as *consequências de suas ações* que efetivamente vão importar à sociedade. E, neste cenário, não restará alternativa senão estabelecer-se que a avaliação de cada *resultado* dependerá de uma mensuração pautada em *indicadores* e *metas* previamente divulgadas e definidas a partir de critérios científicos.

No âmbito do Ministério Público, o tema afeto à atuação planejada assumiu protagonismo a partir dos anos 2000¹⁵, mas longe está de poder ser tratado como algo recente. De fato, a importância do planejamento na seara da administração pública é tema que já completou cinco décadas. Desde sua redação original, a Lei n. 4.320/64 já trazia diversos dispositivos que tomavam por base, essencialmente, *critérios gerenciais*, apresentando uma clara preocupação com o zelo orçamentário e com a atividade planejada do administrador¹⁶. Neste sentido, o parágrafo único do artigo 25 já conceituava as *metas* como sendo “os resultados que se pretendem obter com a realização de cada programa”.

É da mesma época o Decreto-Lei nº 200/67, prevendo o “planejamento” como um dos princípios da administração pública (art. 6º, I)¹⁷. Ainda de forma prévia à atual Constituição, convém também recordar do Decreto n.º 93.872 de 1986 que foi concebido com o *foco no resultado do gasto estatal*, dispondo expressamente o parágrafo 1º do artigo 142 que o custo dos projetos e das atividades a cargo da

15 Na condição de uma das primeiras publicações que despertaram para o tema, cf. FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Um novo modelo de gestão para o Ministério Público: bases de uma necessária reengenharia institucional*. São Paulo: Edições APMP, 2003.

16 Neste sentido, confira-se o artigo 5º (que proíbe a dotação orçamentária sem delimitação específica de seu objeto), o artigo 22, parágrafo único (ressaltando que deve constar na proposta orçamentária uma “descrição sucinta de suas principais finalidades”, com indicação da previsão legal correspondente) e o próprio artigo 75 (ao dispor no inciso III que o controle da execução orçamentária estará diretamente relacionado às realizações da área-fim de cada órgão).

17 Tanto que, no artigo 7º, constou o que haveria de se compreender por *planejamento*: “Art. 7º A ação governamental obedecerá a planejamento que vise a promover o desenvolvimento econômico-social do País e a segurança nacional, norteados segundo planos e programas elaborados, na forma do Título III, e compreenderá a elaboração e atualização dos seguintes instrumentos básicos: a) plano geral de governo; b) programas gerais, setoriais e regionais, de duração plurianual; c) orçamento-programa anual; d) programação financeira de desembolso”.

administração pública deve ser “objeto de exames de auditoria”, voltados a verificar os objetivos alcançados “em confronto com o programa de trabalho aprovado”.

Competiu à Constituição, entretanto, consagrar a necessidade de um planejamento de longo, médio e curto prazos na administração pública, vinculando-o definitivamente à perspectiva orçamentária. Com efeito, foi a partir desta concepção que foram idealizados, pelo artigo 165, o *Plano Plurianual (PPA)*, a *Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)* e a *Lei Orçamentária Anual (LOA)*. Embora não raro vistos como meros instrumentos de cunho financeiro, sua dimensão vai muito além, competindo também a eles evidenciar que os *resultados estatais* a serem obtidos derivam de um dado dispêndio do erário. Por isto, enquanto o parágrafo primeiro deste dispositivo trata do *plano plurianual* e faz expressa referência às “diretrizes, objetivos e metas da administração pública”, seu parágrafo segundo refere que será na *lei de diretrizes orçamentárias* que estarão presentes “as metas e prioridades da administração pública”.

Também figurando como um claro fruto desta evolução normativa, o chamado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado¹⁸, em 1995, formalizaria definitivamente um gerencialismo no Estado brasileiro. Este Plano representaria um arcabouço planificador apto a influenciar em toda a estrutura administrativa. Tanto que, um ano após sua edição, com a Lei nº 9.276/96, passaria a estar detalhada a necessidade de *planos plurianuais com objetivos, indicadores e metas* para cada órgão da administração.

Sob a exclusiva perspectiva interna do Ministério Público, a cultura do planejamento passou a estar normatizada em âmbito nacional a partir de 2007, com a publicação da Resolução n.º 25 pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que criou o então chamado “Núcleo de Ação Estratégica” e alterou sua Resolução n.º 12 para determinar que todos os ramos e unidades ministeriais deveriam encaminhar relatórios de atividades funcionais, nos quais apontariam os *resultados* alcançados.

18 BRASIL, Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

Em 2011, um novo reforço normativo foi institucionalizado a partir da vinda da Resolução nº 74/2011 do mesmo Conselho, reconhecendo a necessidade e a importância de que fossem instituídos *mecanismos de aferição do desempenho* da atuação ministerial, como forma inclusive de subsidiar o planejamento estratégico da Instituição.

Foi, porém, apenas com sua Resolução n.º 147 de 2016 que uma integral estruturação normativa de planejamento estratégico viria efetivamente a ser implementada, traçando diretrizes para toda e qualquer estrutura estatal afeta ao Ministério Público, abarcando assim não somente a totalidade das unidades e ramos ministeriais, como também o próprio Conselho Nacional do Ministério Público.

Toda esta normatização, como se nota, surge dentro de um contexto marcado por uma profunda alteração de concepção no atuar administrativo, mas também como fruto de recomendações que vinham sendo endereçadas ao Ministério Público pelo próprio Tribunal de Contas da União, alertando a Instituição da necessidade de seus planejamentos estratégicos contemplarem “objetivos, indicadores e metas para suas ações”¹⁹, assim como de prever mecanismos que intensificassem a transparência e a prestação de contas das atividades institucionais²⁰. Neste mesmo sentido, a certos ramos institucionais reportou-se, inclusive, a imprescindibilidade de que fossem idealizadas “metas quantificáveis” que permitissem ao gestor “o monitoramento e avaliação da estratégia traçada”, bem como de que fossem fixados “indicadores capazes de comunicar e mensurar o alcance da estratégia, de forma a serem utilizados como ferramenta para auxiliar as decisões dos gestores”²¹.

19 Neste sentido, cf. o Acórdão TCU Plenário nº 1.233/2012.

20 Neste particular, cf. o Acórdão TCU Plenário nº 3.023/2013, que referia à necessidade de formalização dos (i) objetivos de gestão de pessoas alinhados às estratégias de negócio; (ii) indicadores para cada objetivo definido, preferencialmente em termos de benefícios para o negócio; (iii) metas para cada indicador definido, atentando-se para as metas legais de cumprimento obrigatório; e (iv) mecanismos para que a alta administração acompanhe o desempenho da gestão de pessoas.

21 Cf. Acórdão de Relação TCU nº 11.563/2016, 2ª Câmara, que julgou “regular com ressalvas” as contas do Ministério Público do Trabalho, no exercício de 2014, precisamente por falhas em seu planejamento estratégico. Referido Acórdão, em seus itens 1.8.1 e 1.8.2, recomendou ao MPT que fossem estabelecidas “metas para cada exercício, o grau de atingimento dessas metas de maneira quantificável, e [que se] garanta o alinhamento dessas ações com o planejamento estratégico vigente, bem como [que se] apresente essas informações no relatório de gestão”, assim como que fossem estabelecidas, ainda, “metas para os indicadores de desempenho, meça os indicadores de desempenho na periodicidade

Contudo, sem embargo do grande avanço que representou toda esta formalização relacionada ao planejamento institucional, na atualidade, é possível verificar que sua extensão ainda merece uma mais clara compreensão, tanto pelo público interno quanto externo, em especial naquilo que diz respeito aos seus reflexos para a atividade persecutória.

Isto porque, se por um lado, já se encontra ao menos normativamente sedimentado que o planejamento de todo e qualquer órgão público deve estabelecer aqueles *objetivos* que comprovem o alcance da *missão* institucional. Se, igualmente, já está inclusive positivado que cada um destes *objetivos estratégicos* deve vir acompanhado de *indicadores* e *metas* que permitam a aferição da efetividade das atividades, tomando como referência um critério de satisfação das necessidades da sociedade. Por outro, não parece ter-se despertado para a imprescindível *integração* que deve existir entre este discurso e a perspectiva institucional orçamentária há pouco referida.

Não se ignora que, no âmbito do Ministério Público, a própria Resolução n. 147/2016 do CNMP procurou traçar uma inicial diretriz neste sentido, dispondo que “os orçamentos das instituições deverão estar alinhados aos seus respectivos planejamentos estratégicos” (art. 21). A concretização desta *integração* e *alinhamento*, porém, ainda não parece ter sido inteiramente dimensionada pela Instituição.

Com efeito, mais do que tão só de natureza financeira, o orçamento apresenta variáveis política, econômica, técnica e jurídica. Por isto, embora por vezes genéricas, figuram nos planos plurianuais *metas de cunho finalístico* imediatamente relacionadas à execução da verba orçamentária. Até porque, na condição de instrumento que materializa políticas públicas, o plano plurianual exerce uma função que, sob este viés, justifica a necessidade dos *planos de ação institucionais*. Trata-se verdadeiramente de uma necessidade que deriva da unidade e universalidade do orçamento, da vedação do orçamento genérico, mas também da publicidade orçamentária.

determinada, implante sistema de banco de dados para armazenar os históricos de medidas, e garanta a utilização dos indicadores de desempenho como subsídio às decisões dos gestores”.

Em certa medida, estas *metas* se equiparam àquelas vinculadas aos *objetivos estratégicos* dos planejamentos institucionais. Uma equiparação que, por isto, legitima a exigência de uma articulação entre ambos instrumentos, ao ponto de esperar-se que as *metas* do *plano plurianual* e as derivadas do *planejamento estratégico* estejam integradas e “dialoguem” entre si.

Até porque, estando cada planejamento dotado de *objetivos estratégicos* cuja dimensão supera um exercício financeiro e vai consumir *recursos fixos* (v.g., folha de pessoal) e *variáveis* (v.g., manutenção de patrimônio, aquisição de materiais), que exigem previsão legal específica²², um consectário inevitável passa a ser que estes *objetivos* encontrem sustentação no *plano plurianual*, de forma a evidenciar uma sistematização adequada de seus custos.

De mais a mais, se não bastassem as perspectivas até aqui referidas, isto é, de ordem financeira, estratégica e normativa²³, é válido ainda reconhecer como esta visão de *alinhamento e integração* também permitirá uma mais precisa *transparência social* da própria limitação administrativo-financeira da Instituição em confronto com os objetivos por ela concretizados.

Mais do que uma decorrência do quanto previsto na Lei nº 12.527/11 – que entregou a qualquer pessoa o direito de obter informações relativas aos órgãos públicos afetas “à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações”, assim como de suas “metas e indicadores propostos” (art. 7º, VII) - a *transparência* figura como um corolário da ampla margem assegurada ao Ministério

22 Ao tratar da integração do planejamento estratégico e das leis orçamentárias, o Manual do Ordenador de Despesas, referenciado pelo CNMP, bem sintetiza que “o orçamento é uno, universal e deve ser detalhado em cada um de seus objetivos. Assim sendo, não é possível que os custos fixos estejam previstos legalmente e os custos variáveis estejam estabelecidos apenas em documento interno, como o Planejamento Estratégico. Se assim ocorresse, esses custos variáveis estariam sendo registrados de forma genérica no orçamento legal. Mais do que isso, não teriam a oportunidade de serem amplamente divulgados à sociedade”. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-controle-administrativo-e-financeiro/atuacao/manual-do-ordenador-de-despesas/planejamento-estrategico/integracao-do-planejamento-estrategico-e-as-leis-orcamentarias>>. Acesso em 13.10.2018.

23 Neste sentido, cf. arts. 74, I, e 167, VII e §1º, da CR/88; arts. 5º, §§ 4º e 5º, da Lei Complementar nº 101/2000; arts. 7º, VII, “a”, e 8º, V, da Lei nº 12.527/11; e arts. 4º e 75, III, da Lei nº 4.320/64.

Público de estabelecer suas prioridades institucionais²⁴. Trata-se, nesta medida, de uma decorrência necessária da atuação planejada.

Tem-se, assim, todo um cenário que, analisado agora sob um viés da *estruturação persecutória*, fará com que o discurso da exigência do *atuar planejado integrado com a vertente orçamentária* implique em inúmeros reflexos institucionais, a começar pelo próprio direcionamento dos investimentos da Instituição.

Com efeito, ao referir a necessidade de uma *estrutura física persecutória* que observe as peculiaridades da natureza da infração cuja persecução seja institucionalmente priorizada, quer-se entender algo mais do que a mera existência de uma cumulação de atribuições por uma determinada unidade, ou mesmo da idealização da reestruturação (material e humana) de um equipamento público. Para atender ao significado da expressão *integração* como aqui a empregamos deve-se entregar imediata relevância, tanto a aproximação entre determinadas atividades finalísticas afins, quanto entre setores ministeriais tradicionalmente vinculados a atividades-meio.

Isto significa que, no âmbito ministerial paranaense, por exemplo, as inúmeras vertentes do fenômeno da corrupção fazem com que a busca de uma *atuação persecutória eficaz* demande uma intensa aproximação, coesão e definição de planos estratégicos de atuação que envolvam setores distintos, tanto das atividades-meio (Centro de Apoio Técnico à Execução e seus respectivos Núcleos de Inteligência e de Apoio Técnico Especializado; Centro de Apoio Operacionais vinculados à área etc.), quanto das atividades-fim (Promotorias de Proteção ao Patrimônio Público, Promotorias Criminais, Grupos de Atuação Especializados de Combate ao Crime Organizado, de Proteção ao Patrimônio Público etc.).

Esta interlocução não há de ser de cunho casuístico, mas deve ser assumida como um pressuposto para o planejamento da Instituição na seara persecutória.

Daí a grande relevância que assumem aqueles espaços institucionais nos quais esta articulação pode ser mantida e fomentada (Comissões de Alinhamento

24 Inclusive a partir do quanto legitimado pelo parágrafo 1º do artigo 16 da Res. 147/2016 do CNMP, ao estabelecer que “a critério de cada unidade poderão ser eleitas prioridades da atividade finalística e da atividade-meio de cumprimento obrigatório”.

Estratégico, Grupos Intersetoriais de Pesquisa etc.), compreendendo que toda mudança de modelo de gestão demanda, inevitavelmente, mudanças de concepção e de visões institucionais que não ocorrem de maneira imediata, mas dependem, nesta medida, do desenvolvimento de uma *cultura institucional* que, substancialmente e gradualmente, passe a identificar-se com esta nova forma de agir.

Só assim, quer-se crer, caminha-se em prol de uma desejável e abrangente *participação institucional* que esteja efetivamente relacionada à construção de ambos aqueles instrumentos planificadores já mencionados, vistos agora sob a lógica de uma *perspectiva estratégica macro*.

Uma vez atingido um tal nível de estruturação no âmbito do enfrentamento da corrupção, estará o Ministério Público apto a concretizar, materialmente, uma política planejada que considere, em especial, “o desenvolvimento da cultura de gestão por resultados” (Res. 147/2016, art. 18, II) e que lhe permita a “comunicação externa dos resultados, desempenho e relatórios de planejamento estratégico” (Res. 147/2016, art. 18, III), de modo a potencializar o reconhecimento da *eficácia* de sua atuação.

3. Aspectos metodológicos da atuação planejada

O baixo índice na efetividade da persecução da corrupção costuma estar associado à fragilidade da fase investigatória²⁵. Por isto, é comum referir que seu enfrentamento, tanto sob a perspectiva da apuração da improbidade, quanto daquela de cunho penal, demandaria uma melhor capacitação e o contínuo aperfeiçoamento institucional em *técnicas diferenciadas de investigação*. Aposta-se, assim, que o desenvolvimento e a disseminação no uso destas *técnicas diferenciadas* teria o potencial de incrementar a efetividade da atuação ministerial nesta seara.

Neste espaço, não se pretende contrariar esta hipótese, pois no âmbito de apuração deste tipo de desvio de conduta, realmente, é necessário o emprego de uma

25 Estas conclusões longe estão de corresponder exclusivamente ao cenário pátrio. Em estudo empírico realizado na Espanha em 2017, verificou-se que, num recorte de quatro anos de pesquisas, de 1900 investigações, menos de 10% levaram à condenação. Cf. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. “La investigación

forma de investigar distinta, com particular atenção aos reflexos *financeiros* e *patrimoniais* da ilicitude. Cumpre reconhecer, porém, que a grande complexidade que envolve a utilização das referidas *técnicas*, assim como suas peculiaridades exigiram, por si só, um estudo individualizado, cujo aprofundamento fugiria às pretensões deste espaço²⁶.

Por isto, o que se deseja é bem mais contido e limita-se a complementar a hipótese mencionada, observando que independentemente da capacitação e do aperfeiçoamento referidos, há muito a ser feito para refinar o *planejamento persecutório institucional* sob uma perspectiva metodológica.

Mais especificamente, compreende-se que, se a pretensão é a de que se atinja uma atuação ministerial *eficaz*, a capacitação e o aperfeiçoamento isolados pouco contribuirão para uma mudança significativa no enfrentamento *institucional* da corrupção. Não há dúvida de que eles terão o potencial de impactar em investigações individuais, vistas exclusivamente sob o viés da atuação de uma dada unidade ministerial. No entanto, no cenário global, cada uma destas atuações individualmente consideradas pouco contribuirão para a concretização do *planejamento persecutório institucional* necessário para o enfrentamento da corrupção.

Assim, ao referir-se aqui a uma vertente *metodológica*, o que se deseja é reportar-se a determinados *aspectos* que devem ser observados ainda numa etapa prévia à concretização da persecução do fato em si.

Vinculados ao planejamento, tem-se como premissa que estes *aspectos* também possuem o potencial de interferir na *eficácia* da apuração ministerial, daí reservar-se uma atenção especial ao seu respeito.

de los crímenes de corrupción: una introducción”. In: BARONA VILAR, Silvia (Org.). *Justicia civil y penal en la era global*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 433–458.

26 Uma brevíssima aproximação ao tema da *investigação patrimonial*, sob uma perspectiva eminentemente prática, pode ser vista no excelente material disponibilizado pelo Ministério Público Federal em data recente (cf. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal e 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Combate à corrupção. *Roteiro de atuação: persecução patrimonial e administração de bens*. Brasília: MPF, 2017.

Ademais, por já tocarem diretamente aos critérios de seleção da apuração a ser deflagrada, optou-se por compreender estes *aspectos* sob um viés distinto daquele de cunho *estruturante*, visto no tópico anterior.

Desta forma, *três* serão os *aspectos metodológicos* que ora interessam e que, a nosso sentir, deverão ser igualmente considerados na elaboração de um *planejamento persecutório institucional*.

Dois deles podem ser analisados conjuntamente, já que dizem respeito a determinadas *definições* que, necessariamente, implicarão na adoção de uma postura institucional. Justamente por isto, parece de todo salutar que sua elaboração envolva a maior *participação institucional* possível, sob pena de comprometer a unidade ministerial e, conseqüentemente, interferir de forma negativa na pretendida *eficácia* da atuação. Vinculam-se a esta vertente àquelas *definições* relacionadas *aos critérios de priorização da atuação* e, ainda, *aos critérios de mensuração do desempenho da atuação ministerial*.

Quanto à *primeira - definição dos critérios de priorização de atuação ministerial* -, é válido recordar tratar-se de aspecto diretamente relacionado ao exercício de um poder discricionário inerente ao Ministério Público. Neste sentido, trata-se de tema de enorme densidade e que, até os dias atuais, estaria na pendência de um mais preciso aprofundamento científico. Afinal, não parece existir uma única resposta que consiga justificar por que a suspeita de corrupção “A” recebeu um maior enfrentamento institucional, em prejuízo da suspeita das corrupções “B” e “C”.

Se a Constituição traçou os *objetivos estratégicos institucionais* nos termos já referidos, não parece existir igual norte a respeito da definição das *prioridades da atuação*, nem de suas *metas* e respectivos *indicadores*. Isto não significa, porém, que esta ordem de discricionariedade possa estar ancorada exclusivamente numa leitura isolada da independência funcional de cada membro da Instituição. Em absoluto. Afinal, o próprio caráter democrático e republicano do Ministério Público parece indicar que critérios racionais e objetivos devem ser buscados, ao menos para que possam servir como uma *diretriz* deste processo de decisão.

Dáí porque, em tema de apuração de corrupção, é possível admitir-se que a *priorização de atuação* paute-se, por exemplo, (i) no *uso adequado de dados estatísticos que viabilizem um conhecimento abrangente da realidade social* a ser impactada por uma dada atuação²⁷. Até porque é justamente o fato de atuar sem pleno contato com a realidade social que explica em boa medida porque a Instituição costuma agir por provocação externa, como antes referido²⁸.

Da mesma forma, não parece que exista qualquer dúvida em considerar que sejam estabelecidos como *critérios objetivos de priorização*, aquelas situações fáticas que envolvam (ii) aparente concorrência de criminalidade organizada; (iii) a relevância econômica da conduta ilícita; (iv) a multiplicidade de afetados; ou (v) a especial complexidade do caso²⁹.

Igualmente densa é a *segunda* questão acima mencionada, ou seja, aquela referente à *definição dos critérios de mensuração do desempenho da atuação ministerial*. De fato, sua profundidade está diretamente afeta à *aferição do desempenho de políticas públicas*, uma questão que não é nova e envolve uma zelosa utilização científica de métodos quantitativos e qualitativos.

Tema frequentemente estudado no âmbito das ciências políticas e sociais, o ponto de partida aqui, na verdade, volta-se à adoção de um *modelo para mensuração do desempenho*, o que invariavelmente abrange a valoração de *dimensões* distintas, tanto de *esforço*, quanto de *resultado*. A título de exemplo da complexidade envolvida, basta referir que certos programas nacionais de gestão pública utilizam como *dimensões de esforço* aquelas relacionadas à *economicidade, execução e excelência*, ao

27 A advertência a respeito da necessidade de um uso “adequado e inteligente” da informação estatística e sua importância para uma persecução penal estratégica também consta em POSTIGO, Leonel González. *Pensar na reforma judicial no Brasil: Conhecimento teórico e práticas transformadoras*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

28 No mesmo sentido, FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Um novo modelo de gestão para o Ministério Público: bases de uma necessária reengenharia institucional*. São Paulo: Edições APMP, 2003, p. 108.

29 Critérios similares restaram previstos, por exemplo, no Protocolo de Atuação das "Unidad de Apoyo para Causas por Corrupción" (UACC), vinculadas ao *Consejo General de Poder Judicial* espanhol. Cf. BENITO Y BENÍTEZ DE LUGO, José Luís de; PALACIOS JAREÑO, Cristina (Orgs.). *Guía práctica de actuación en la tramitación de causas complejas por corrupción*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2017, p. 10.

passo que consideram como *dimensões de resultado a eficiência, eficácia e efetividade*, empregando precisos conceitos para cada uma destas *expressões*³⁰.

A matéria resta ainda mais profunda quando se identifica que, na construção deste *modelo de mensuração*, deverá ser considerado um conjunto de passos voltados à *formulação de indicadores*, com o propósito de assegurar que a qualidade e o sistema de medição esteja em conformidade com o pretendido pela Instituição. Ainda que este *processo de construção de indicadores de desempenho* não possua uma metodologia padrão, não raro são adotadas etapas que propiciam a coerência desta formulação³¹. Para aqueles programas que adotam este modelo, só a partir de então é que a *mensuração do desempenho* realmente passará a ser potencialmente valorada³².

Pois bem, até onde se nota, uma mensuração deste tipo, especificamente voltada às atividades do Ministério Público, ainda é estranha à realidade institucional. Sua importância, de toda forma, é inegável, já que toda e qualquer atividade planejada exige uma etapa propícia a *avaliação e mensuração do desempenho institucional*, que tanto deve preocupar-se com a perspectiva das *dimensões de esforço*, quanto daquelas afeta ao *resultado*, não podendo traduzir-se, por isto, numa mera análise quantitativa de atividades e iniciativas.

30 Para uma aproximação ao tema, cf. BRASIL, Presidência da República. *Melhoria da gestão pública por meio da definição de um guia referencial para medição do desempenho da gestão e controle para o gerenciamento dos indicadores de eficiência, eficácia e de resultados do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização. Produto 4: Guia referencial para medição de desempenho e manual para construção de indicadores*. Brasília, 2009.

31 Algumas noções básicas a respeito do uso de indicadores pela gestão pública podem ser vistas em BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Indicadores. Orientações básicas aplicadas à gestão pública*. Brasília, 2012. Sobre os critérios a serem considerados durante a construção de indicadores, cf. BRASIL, Presidência da República. *Melhoria da gestão pública por meio da definição de um guia referencial para medição do desempenho da gestão e controle para o gerenciamento dos indicadores de eficiência, eficácia e de resultados do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização. Produto 4: Guia referencial para medição de desempenho e manual para construção de indicadores*. Brasília, 2009, em especial, Cap. 3.

32 Daí referir-se que um *sistema de mensuração* deve ir além da mera geração de indicadores e permitir: a) a geração de indicadores em distintas dimensões de esforços e resultados, com diferentes pesos entre estes; e b) a geração de uma nota para cada indicador, que expresse uma medida relativa. Trata-se, assim de uma mensuração agregada e ponderada que permitirá a geração de uma medida síntese do desempenho, uma nota global, que, de certa forma, carrega consigo um componente avaliativo (Cf. BRASIL, Presidência da República. *Melhoria da gestão pública por meio da definição de um guia referencial para medição do desempenho da gestão e controle para o gerenciamento dos indicadores de eficiência, eficácia e de resultados do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização. Produto 4: Guia referencial para medição de desempenho e manual para construção de indicadores*. Brasília, 2009, p. 10).

Por fim, existe ainda *um terceiro e último aspecto metodológico* que merece atenção. Seu tratamento em separado decorre da circunstância dele estar na dependência da adoção de determinadas diligências, exclusivamente, pela unidade atrelada à persecução, distintamente do quanto visto em relação aos aspectos anteriormente tratados. Ademais, trata-se de um aspecto que, em certa medida, inaugura e direciona concretamente os rumos das atividades investigatórias que serão adotadas em relação a uma dada situação fática.

Com efeito, neste âmbito infracional, como caráter prévio à deflagração do uso de quaisquer dos instrumentos investigatórios, é de todo necessário *adotar um distinto fluxo organizacional documental*, que viabilizará a realização de um *diagnóstico* detalhado da situação fática a ser investigada e permitirá traçar uma linha condutora para a investigação. Compreende-se, aqui, que será um tal agir que possibilitará, inclusive, aferir o momento e a oportunidade do uso de determinadas *técnicas diferenciadas de investigação*, em especial daquelas de cunho *financeiro e patrimonial*.

Embora a questão pareça ser comezinha, a prática tem demonstrado que um número importante de investigações restam absolutamente inviabilizadas por carecerem de providências introdutórias organizadoras.

Neste sentido, um recente projeto desenvolvido no âmbito do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais do Ministério Público do Estado do Paraná descortinou este cenário sob uma perspectiva empírica.

Após uma etapa inicial de estudos e pesquisas de modelos estruturais e/ou institucionais que pudessem servir de paradigma, verificou-se que o tema recebia pouca atenção pela doutrina pátria, sendo invariavelmente negligenciado pelas Instituições responsáveis pela atividade persecutória³³. Neste particular, embora tenha sido aferido que inúmeros foram os projetos e modelos “estruturais” de uma atuação

33 Exceção seja feita, neste particular, ao quanto previsto na Portaria n. 175, de 17 de novembro de 2016 do Ministério Público Militar que dispõe sobre a criação, a composição e as atribuições do Núcleo de Combate à Corrupção. Embora diversos outros núcleos e grupos especializados existam no cenário institucional pátrio, poucos são aqueles em que se faça referência à elaboração de um “plano de trabalho para a gestão do caso” (art. 3º, par.ún.). No âmbito doutrinário, serve de referência publicação efetuada pelo *Consejo General del Poder Judicial* espanhol, com seu “Guía práctica de actuación en la tramitación de causas complejas por corrupción”.

especializada na área, praticamente não existia registro de preocupação com o “fluxo de atividades” que há de ser seguido durante as investigações em si, principalmente daquelas afetas ao momento inicial, presumindo-se que cada investigação deve ser individualmente considerada, sem que fosse possível idealizar-se qualquer tipo de *rotina de trabalho*.

Assim, envolvendo uma específica zona territorial de nosso Estado e um número delimitado de feitos criteriosamente elencados para o projeto, identificou-se uma inadvertida limitação no potencial investigatório ministerial por força, quase que exclusiva, de problemas organizacionais atribuíveis a uma prática institucionalizada, que longe está de corresponder a qualquer tipo de descaso funcional.

Intitulado *Fluxo Organizacional de Investigação de Crimes contra a Administração Pública*, este projeto partiu da hipótese de que uma maior eficiência, economicidade, eficácia e celeridade investigatórias seriam possíveis sempre que, de partida, fossem adotadas providências organizacionais derivadas das próprias peculiaridades da natureza infracional envolvida. Ou seja, a hipótese a ser confirmada foi a de que a apuração dos crimes contra a administração pública de natureza complexa, em particular de corrupção, sofria uma grave descontinuidade por força da *desorganização documental inicial* que, com o avançar temporal e com a deflagração de novas diligências de forma intuitiva, acabava por comprometer definitivamente o destino da investigação.

Sem desconsiderar a imprescindibilidade da adoção e domínio das *técnicas diferenciadas de investigação*, reconheceu-se que a perspectiva organizacional também deve figurar como determinante no momento da *definição da estratégia investigatória* específica destas infrações, sob pena de fazer com que aquelas próprias técnicas apresentem uma ínfima utilidade.

O que se descortinou, em síntese, foi que a adoção de simples providências inaugurais já seria apta a proporcionar referida ordenação. Aferiu-se, assim, que diligências em prol (i) da separação e identificação de documentos existentes nos autos, de forma cronológica, (ii) da categorização documental (iii) do tabelamento documental e (iv) da contínua atualização documental, tem o potencial de entregar ao

gestor da investigação uma imediata obtenção de subsídios capazes de otimizar a atividade persecutória.

Até mesmo porque, se por um lado, como referido, será este fluxo organizacional que permitirá uma definição mais exata do *diagnóstico da situação a ser investigada*, por outro torna-se muito mais preciso o processo decisório da *estratégia investigatória* a ser adotada pelo Ministério Público, inclusive permitindo, em cada caso concreto e pela própria unidade ministerial envolvida, desenvolver um individualizado “plano de investigação”³⁴.

Logo, ainda que se aceite que o referencial metodológico idealizado deve ser considerado como *flexível e adaptável* aos mais diversos casos concretos, sua proposta permite ao menos um desenho de *planejamento investigativo* para o caso.

Em definitivo, se o quanto proposto reconheceu a imprescindibilidade do domínio de um conhecimento diferenciado nesta seara infracional, também descortinou que a inexistência de *rotinas organizacionais* preestabelecidas vem fazendo com que estas investigações, não raro, assumam trâmites burocráticos que impactam diretamente na precariedade dos resultados obtidos e, conseqüentemente, no nível de *eficácia* da atuação ministerial.

4. Considerações finais

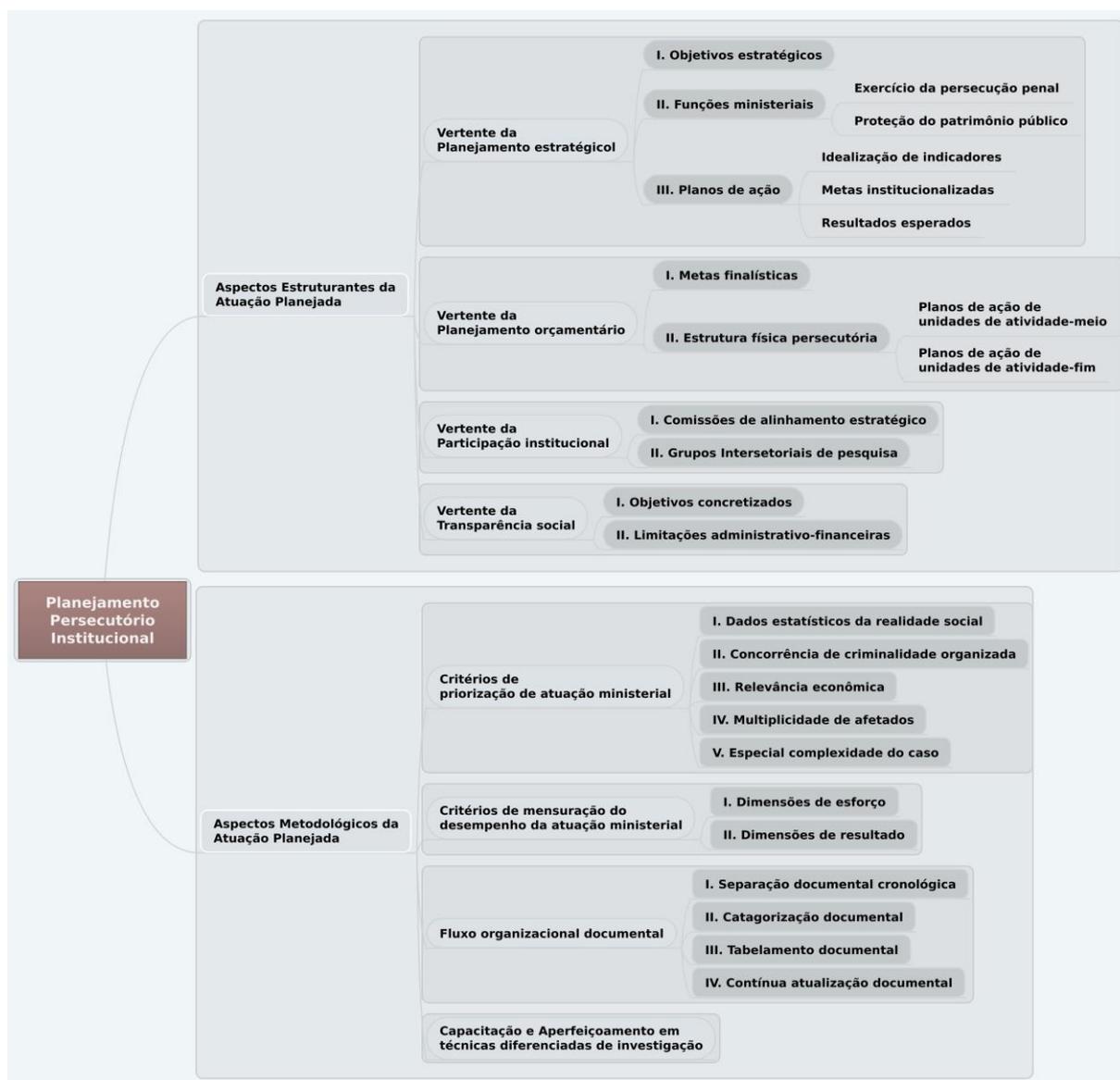
Nestas breves anotações, o que se pretendeu foi demonstrar que a busca da eficácia da atuação do Ministério Público no enfrentamento da corrupção, ao ter como referencial a satisfação das expectativas sociais, deve adotar como premissa inafastável uma perspectiva relacionada ao planejamento institucional também no âmbito da persecução.

Para isso é imprescindível que seja melhor compreendida a exata dimensão do que intitulou-se como *planejamento persecutório institucional*. Dotada de *aspectos estruturantes e metodológicos*, a noção de planejamento aqui proposta referiu-se a

34 A respeito dos detalhes deste Projeto, bem como da extensa pesquisa metodológica proposta, cf. o Relatório Introdutório disponível em <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Projetopiloto_Plano_de_Investigacao_Relatorio_em_construcao.pdf>.

questões orçamentárias, de priorização de atuação, de mensuração de desempenho e, para ficar apenas em alguns exemplos, de fluxo organizacional documental.

Em certa medida, pode-se dizer que a proposta desenvolvida assume a seguinte estruturação gráfica:



Esta estruturação, porém, longe está de apresentar-se como um produto acabado e definitivamente refinado. Trata-se, sim, de reflexões ainda em processo de desenvolvimento.

De toda forma, se por um lado ela foi idealizada com o fim de atender a uma maior *eficácia da atuação ministerial*, por outro também serve para despertar para uma importante frente ministerial eminentemente finalística. Isto porque, uma mais

precisa compreensão da atuação planejada, torna factível atuar *em prol da exigência de planejamentos estratégicos governamentais*, já que a partir deles será absolutamente possível *fiscalizar e monitorar*, de forma concreta, a execução orçamentária de um dado ente público. Uma proposta como está, porém, assume uma linha de pesquisa distinta daquela aqui traçada, despertando para um estudo que ainda há de ser realizado.

5. Referências bibliográficas

ACOSTA, Rolando Pavó. **Las linvestigaciones sociojurídicas acerca de la eficacia y efectividad del Derecho: algunas alternativas metodológicas**: Revista Internacional Consinter de Direito, 2, 2016.

BENITO Y BENÍTEZ DE LUGO, José Luís de; PALACIOS JAREÑO, Cristina (Orgs.). **Guía práctica de actuación en la tramitación de causas complejas por corrupción**: Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2017.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**: Granada: Editorial Comares, 2007.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Indicadores**: Orientações básicas aplicadas à gestão pública. Brasília, 2012.

BRASIL. Presidência da República. **Melhoria da gestão pública por meio da definição de um guia referencial para medição do desempenho da gestão e controle para o gerenciamento dos indicadores de eficiência, eficácia e de resultados do Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização**. Produto 4: Guia referencial para medição de desempenho e manual para construção de indicadores. Brasília, 2009.

BRASIL. Presidência da República. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo (Org.). **Um novo modelo de gestão para o Ministério Público**: bases de uma necessária reengenharia institucional. São Paulo: Edições APMP, 2003.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. **La investigación de los crímenes de corrupción**: una introducción. In: BARONA VILAR, Silvia (Org.). Justicia civil y penal en la era global. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

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

HIERRO, Liborio. **La eficacia de las normas jurídicas**. Barcelona, Ariel, 2003.

JEAMMAUD, Antoine. **En torno a al problema de la efectividad del derecho**. Crítica Jurídica, 6, 1984.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal e 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, Combate à corrupção**. Roteiro de atuação: persecução patrimonial e administração de bens. Brasília: MPF, 2017.

NAVARRO, Pablo E.. **Dinámica y eficacia del Derecho**: una análisis conceptual de la obediencia, México, D. F., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 2017.

POSTIGO, Leonel González. **Pensar na reforma judicial no Brasil**: Conhecimento teórico e práticas transformadoras. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.. **La expansión del derecho penal**. Montevideo: Editorial B de F, 2011 [1999].

VILAJOSANA RUBIO, J. M.. **Eficacia normativa y existencia del derecho, Teoría y derecho**: revista de pensamiento jurídico, volume 8, Tirant lo Blanch, 2010.

4.

Seção Estudante

O controle extrajudicial da administração pública a cargo do Ministério Público

The extrajudicial control of the public administration by Public Prosecution Service

SUMÁRIO: Introdução; 1. Controle da Administração Pública pelo Ministério Público; 2. Instrumentos extrajudiciais de controle da Administração Pública pelo Ministério Público; 3. Efeitos da atuação extrajudicial do Ministério Público para a Administração Pública; Considerações finais; Referências Bibliográficas.

¹Graduado em Direito pela Universidade Paranaense – Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNICURITIBA – Especialista em Ministério Público Estado Democrático de Direito pela FEMPAR. Servidor Público Federal.

RESUMO: O Ministério Público brasileiro, Instituição de caráter constitucional conta com feixe de atribuições de extremada relevância para a conquista da democracia no Brasil. Ao longo deste trabalho busca-se estabelecer em linhas gerais, suas importantes funções essenciais à Justiça e seu papel institucional para a defesa e preservação da democracia. De igual modo, cumpre apontar suas vocações institucionais para representar a sociedade, fundada pela atual ordem constitucional, de defesa de Direitos Sociais Fundamentais. Explana-se sobre a independência funcional dos Membros do Ministério Público, o desenvolvimento de mecanismos técnicos e jurídicos para a solução pacífica de conflitos, bem como o Controle que o *Parquet* desempenha sobre a Administração Pública no âmbito extrajudicial, a fim de atingir objetivos de natureza primária da Administração para a promoção da Justiça Social, a partir da perspectiva de atuação resolutiva da instituição.

ABSTRACT: *The Brazilian Public Prosecution Service, institution of constitutional status, has a range of attributions exceedingly relevant to the accomplishment of democracy in Brazil. This paper aims to demonstrate, in general terms, important functions of Public Prosecution Service, which are essential to Justice, and its institutional role in defense and preservation of democracy. Likewise, it is important to highlight its institutional mission to represent society, founded on the current constitutional order of defense of fundamental social rights. It expatiates upon functional independence of members of the Public Prosecution Service, development of technical and legal mechanisms to peaceful conflict resolution, as well as upon the control Parquet exercises over Public Administration in extrajudicial sphere; in order to achieve primary goals of Public Administration to foster Social Justice from a perspective of resolute performance of this institution.*

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público; Administração Pública; Controle extrajudicial; Direitos sociais; Justiça social.

KEYWORDS: *Public Prosecution Service; Public Administration; Extrajudicial control; Social rights; Social justice.*

Introdução

Desde a lei Complementar n. 40/1981 até a aprovação no ano de 1986 da proposta denominada Carta de Curitiba, durante o 1º Encontro Nacional de Procuradores de Justiça e Presidentes de Associações, realizado na Capital do Estado do Paraná no período de 20 a 22 de junho, cujo teor refletia as principais aspirações do Ministério Público e resultou dos trabalhos preparatórios à Constituição de 1988, que a instituição experimentou profunda e significativa reformulação de sua arquitetura: sagrou-se instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, singular, indivisível, dotada de autonomia funcional, administrativa e financeira. Todavia, a Carta Maior de 1988 alçou o Ministério Público brasileiro quando consolidou seus alicerces no Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça) distinto dos demais Poderes. Apesar de presentes os marcos institucionais do MP dentro dos contornos do Título IV (da Organização dos Poderes), seus vínculos com o Poder Executivo foram dissociados. O Constituinte asseverou ao Ministério Público brasileiro as autonomias financeira e administrativa então conquistadas e garantiu à instituição independência funcional de seus membros com a outorga de garantias idênticas àquelas dos Magistrados, o que cunhou a Instituição como “Órgão” independente. Decorrente do reposicionamento topográfico constitucional do Ministério Público, ocorrido há aproximadamente trinta anos, suas vocações constitucionais foram fomentadas, mormente, com relação à representação da sociedade com forte expressão no art. 129, incisos I e II da CF, consistindo referido dispositivo legal em importante incremento dos instrumentos jurídicos de realização de Justiça à disposição do Ministério Público. Por outro lado, com a “constitucionalização” do Direito, o efeito expansivo das normas da Constituição propagou-se para todo ordenamento jurídico, com consequências para o Direito Administrativo donde novo paradigma de atuação se impôs para a Administração Pública, sobretudo, pela diminuição de sua discricionariedade e a ampliação de seu Controle. De igual modo, do comprometimento da Constituição da República de 1988 com a solução pacífica dos conflitos no plano interno e externo, a consensualidade tornou-se objetivo a ser buscado no Direito brasileiro. Nesse caminho, desenvolveram-se técnicas e instrumentos jurídicos para solução extrajudicial de conflitos, destacados neste trabalho os instrumentos identificados com a atuação extrajudicial do Ministério

Público, manejados para a consecução dos objetivos primários da Administração. Neste espaço, buscar-se-á delinear em linhas gerais o tema que discute os mecanismos de controle extrajudicial da Administração Pública pelo Ministério Público, para concretização célere da Justiça Social.

1. Controle da Administração Pública pelo Ministério Público

Sendo as funções do Ministério Público essenciais à Justiça, à defesa da ordem jurídica e do regime democrático, bem como pelo caráter de zelo cometido ao *Parquet*, pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e aos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, resta ainda abordar tema que poderia gerar alguma controvérsia, a saber: se a Instituição Ministerial se qualifica como “órgão” que exerce controle sobre a função administrativa do Estado.

Sob essa perspectiva, poder-se-ia aventar se o exercício de determinadas prerrogativas e o emprego de mecanismos pelo MP sugerem Controle sobre a Administração Pública, a partir da ideia de que ao Ministério Público não foi conferido o *status* de Poder, portanto, sua atuação não teria o condão de exercer controle sobre os Poderes Públicos.

Admita-se, no entanto, que tal linha de ponderação cai por terra tão logo se verifique que aquilo que caracteriza a esfera de poderes da Instituição Ministerial ou de qualquer outro órgão deriva das atribuições que lhe são conferidas e a seus membros pelo ordenamento jurídico.

Nesse sentido, veja-se acima tema sobre os contornos constitucionais que legitimam o MP, amplamente vergastados, sobretudo quanto à primazia de seu Poder Constitucional primário, em pé de igualdade com os demais Poderes da República.

Também, a leitura sem o devido aprofundamento teórico do dispositivo constitucional sobre a natureza da função do Ministério Público essencial à Justiça, poderia levar a uma conclusão precipitada de que ao Ministério Público cumpre exercer papel coadjuvante do Poder Judiciário, não sendo seus atos administrativos dotados de poderes vinculantes, por incapazes de coagir a Administração a cumprir suas decisões, por ausência de cogência do Poder Jurisdicional, considerando-se como Controle, em

sentido *stricto*, atividade que possibilite a imediata edição de ato ou medida pelo agente controlador, após o confronto realizado.”² (MEDAUAR, 2014).

Com relação à função do Ministério Público essencial à Justiça, sobretudo quando se atenta para a legitimidade constitucional do *Parquet* à defesa do regime democrático e de interesses públicos transindividuais, ou, metaindividuais, a seu cargo.

Registre-se, nesse sentido, ter caminhado bastante a doutrina administrativista, com expressão em Odete MEDAUAR, cujo inserto convém trazer à colação para boa conclusão:

“Sua inserção no capítulo sobre as funções essenciais à Justiça pode levar à ideia de que esteja vinculado à função jurisdicional, ao Poder Judiciário; no entanto, a Justiça, como valor e prática, se efetiva na sociedade não somente pela via jurisdicional. Cabe a todos os Poderes, órgãos e entidades estatais, a realização da Justiça com os mecanismos que lhe são próprios. O Ministério Público realiza a Justiça também por meio do exercício de suas funções extrajudiciais. Daí se apresentar reducionista a caracterização que lhe dá o art. 127 da Constituição Federal, quando menciona a presença essencial do Ministério Público ligado à função jurisdicional, nos moldes seguintes: “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”. Melhor teria sido a expressão *essencial à realização da Justiça na sociedade*.³ (grifos da autora).

No que respeita ao Controle da Administração, a Doutrina aponta para dois aspectos distintos, o de aceção restrita e de aceção ampla.

Como visto, o controle em sentido restrito se perfaz pela confrontação da atividade administrativa amparada por princípios gerais de atuação, cuja transgressão imporá medidas ao administrador, decorrentes do juízo formulado pelo agente controlador.

² MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 32.

³ MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014,, p. 176.

Em acepção ampla, o controle consiste na verificação dos atos administrativos para saber se estão ou não em conformidade com determinados parâmetros, independentemente da imposição de medidas pelo agente controlador que afetem na esfera jurídica o agente controlado ou sua decisão.

Para esclarecer, traz-se à colação outra lição de Odete MEDAUAR:

Em acepção restrita considera-se *controle* a atividade que possibilita a edição de ato ou medida pelo agente controlador em decorrência do confronto que realizou. Daí o conceito seguinte: *Controle da Administração Pública é a verificação da conformidade da atuação desta a um cânone, possibilitando ao agente controlador a adoção de medida ou proposta em decorrência do juízo formado*. Em acepção ampla, o *controle* significa a verificação da conformidade da atuação da Administração Pública a certos parâmetros, independentemente de ser adotada, pelo controlador, medida que afete, do ponto de vista jurídico, a decisão ou o agente.⁴ (grifos da autora).

A partir dos conceitos referidos, haja vista o fato de que o Ministério Público tem dentre os seus instrumentos de atuação extrajudicial a possibilidade de adoção de medidas para a correção das atividades da Administração, a exemplo: instauração de Inquérito Civil para colher elementos de convicção acerca de determinados fatos que embasarão a adoção de outras medidas extrajudiciais, tais como: o Compromisso de Ajustamento de Conduta (CAC) e a expedição de Recomendações, sendo adotadas medidas extrajudiciais, pelo Ministério Público, ainda que não vinculem a Administração, está caracterizada a atividade de controle da Administração Pública.

A Constituição Federal, ao atribuir ao Ministério Público no art. 129 e incisos a função de zelar pelo respeito aos Poderes Públicos e aos serviços de relevância pública, aos direitos assegurados constitucionalmente e de promover o inquérito civil para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos, tais como: os direitos decorrentes de infância e de juventude; de educação; de defesa dos consumidores; de pessoas portadoras de deficiência; de idosos; da probidade administrativa, dentre outros, conferiu ao Ministério Público amplos poderes

⁴ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 25.

para avaliar, por meio de suas prerrogativas, a atuação da Administração Pública quanto à conformidade ou não ao direito vigente.

É notória a relevância da atuação extrajudicial da Instituição Ministerial e sua credibilidade junto à sociedade como fiscal da ordem jurídica pública, sendo o papel desempenhado sobre o controle dos atos e atividades da Administração o grande promotor de eficácia e eficiência administrativa, assaz das vezes, sem que a atuação processual ocorra. No tocante ao papel do Ministério Público de controle da Administração, a Doutrina realçou seu papel de Instituição relevante, dadas suas funções constitucionais, atribuídas pelo art. 129 da CR/1988, destacando-o como a instituição mais bem estruturada e mais apta à realização do controle da Administração.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

Além da tradicional função de denunciar autoridades públicas por crimes no exercício de suas funções, ainda atua como autor na ação civil pública, seja para a defesa de interesses difusos e coletivos, seja para a repressão à improbidade administrativa. Embora outras entidades disponham de legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública, a independência do Ministério Público e os instrumentos que lhe foram outorgados pelo referido dispositivo constitucional (competência para realizar o inquérito civil, expedir notificações, requisitar informações e documentos, requisitar diligências investigatórias) fazem dele o órgão mais bem estruturado e mais apto para o controle da Administração Pública.⁵

Ante o exposto, evidencia-se por todos os lados que o Ministério Público brasileiro, a par de sua atuação junto ao Poder Jurisdicional, exerce controle restrito e amplo sobre a Administração Pública, essencialmente por meio da atuação extrajudicial.

2. Instrumentos extrajudiciais de controle da Administração Pública pelo Ministério Público

Antes de se prosseguir nas categorias de atuação extrajudicial dispostas ao Ministério Público, deve-se observar que, na esfera de atuação extrajudicial, não é

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 908.

aplicável de modo absoluto a noção processual de legitimidade para atuação do *Parquet*.

Para Gabriel Lino de Paula PIRES, Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, “a relatividade das normas jurídicas e das situações concretas, sobretudo, impede o simples deslocamento da noção de legitimidade processual para o âmbito extraprocessual.”⁶ (PIRES, 2016).

A assertiva acima leva em conta que muitas vezes é desconhecida, de início, a categoria dos interesses investigados.

Outras vezes, em razão das dificuldades de precisar com exatidão os pedidos a serem formulados em juízo, torna-se dificultosa a verificação de legitimidade ou não do Ministério Público para atuar.

Por derradeiro, embora se conclua que o Ministério Público não tem legitimidade processual para atuar em dado caso concreto, é bastante possível que tenha para atuar de modo extraprocessual. A exemplo, cite-se a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995 — Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras Providências —, cujo teor do parágrafo único do art. 57 encerra: “O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial. Parágrafo único. Valerá como título extrajudicial o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público.”⁷

“As características da seara em que atua o Ministério Público extraprocessualmente são muito particulares e guardam certa distância da rigidez metodológica própria da esfera judicial”⁸. (PIRES, 2016)

Nesse sentido, quando houver situação em que seja reclamada atuação do Ministério Público, uma vez verificada que a situação concreta se subsumi ao comando

⁶ PIRES, Gabriel Lino de Paula. Ministério Público e controle da administração pública: enfoque sobre a atuação extrajudicial do *Parquet*. 1. ed. São Paulo: Boreal, 2016, 78.

⁷ LEI dos Juizados especiais cíveis e criminais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 11 mar. 2018.

⁸ PIRES, Gabriel Lino de Paula. Ministério Público e controle da administração pública: enfoque sobre a atuação extrajudicial do *Parquet*. 1. ed. São Paulo: Boreal, 2016, PIRES, Gabriel Lino de Paula, p. 79.

dos arts. 127 e 129 da Constituição Federal (defesa da ordem jurídica; do regime democrático; zelo pelo efetivo respeito aos Poderes Públicos e pelos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição; interesses difusos, coletivos ou individuais indisponíveis), será válida sua atuação no campo extrajudicial, mesmo que se cogite da ausência de legitimidade processual para o mesmo fato.

O art. 129 da Constituição Federal, c/c os arts. 25, 26 e 27 da LONMP (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), fundamenta diversas formas de controle da Administração pelo *Parquet*.

O art. 32, inc. II da LONMP, traz a primeira forma de possibilidade de controle da Administração incumbindo ao Ministério Público, dentro de suas esferas de atribuições, atender a qualquer do povo para tomada de providências cabíveis.

Dentro do exercício dessa função de atendimento ao público, registre-se que, conforme art. 27 do mesmo diploma legal:

Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

pelos poderes estaduais ou municipais;

pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta;

pelos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal;

por entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública.

Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

I- receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis e dar-lhes solução adequada;

II- zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos;

III- dar andamento, no prazo de trinta dias, às notícias de irregularidades, petições ou reclamações referidas no inciso I;

IV – promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades

mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.⁹

2.1 Atendimento ao público

Por esse instrumento o Ministério Público poderá tomar conhecimento da violação de direitos transindividuais ou individuais homogêneos, e atos de improbidade administrativa, e iniciar de pronto confrontação dos atos da Administração, a fim de saber se estão ou não em consonância com o Direito.

Na legislação infraconstitucional são encontrados diversos dispositivos que conferem à população levar ao conhecimento do Ministério Público elementos de prova ou indícios de cometimento de ilícitos que oportunizem a atuação do órgão Ministerial, a exemplo: o art. 6º da Lei 7.347 de 1985 (Lei de Ação Civil Pública); os arts. 14 e 22 da Lei 8.429 de 1992 — LIA — (Lei de Improbidade Administrativa); art. 27 do Decreto-lei nº 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal); o art. 89 da Lei nº 10.741 de 2003 (Estatuto do Idoso); e o art. 101 da Lei nº 8666 de 1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

2.2 Audiências públicas

Constituem as audiências públicas instrumento importante de controle da Administração, tendo em vista que por ela se obtém informações de natureza técnica e científica para instrução de outros procedimentos no âmbito administrativo. A exemplo, sua necessária ocorrência antecedente à liberação de licenças ambientais para projetos diversos pertinentes ao Meio Ambiente.

Constam as audiências públicas de diversas normatizações no âmbito da Administração Pública. Em dia, hora e local predeterminado e divulgado, pessoas qualificadas sobre determinado assunto que se discute, autoridades, interessados e qualquer do povo, se reúnem para debater assunto de interesse geral da população.

⁹ LEI Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei 8625/93. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm. Acesso em 06 ago. 2018.

As audiências públicas encerradas não vinculam de plano a atuação administrativa, mas servem de parâmetro para sua atuação. No que concerne à atuação do Ministério Público, oportunizam a aquisição de informações técnicas e científicas, e o conhecimento dos anseios da população sobre determinado acontecimento social, com o intuito de subsidiar e fundamentar eventual atuação ministerial.

No plano nacional as audiências públicas são tratadas na Resolução nº 82, de 29 de fevereiro de 2012, do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público).

Importa ressaltar que a audiência pública não se restringe a mero formalismo, não podendo ser realizada quando a decisão sobre determinado assunto já estiver resolvida. Cuida-se, aqui, de informação e participação popular amplamente promovida pelo Ministério Público, a qual visa ao atendimento dos reclamos da sociedade, constituindo efetivo meio de controle das decisões da Administração para o futuro.

Odete MEDAUAR esclarece o tema:

As audiências públicas, na referência de Marcelo Zenkner⁵ representam instrumentos de legitimação e atuação ministerial, principalmente na tomada de providências em relação a questões polêmicas ou complexas”. Propiciam a ouvida de pluralidade de pessoas, as quais trazem ao Ministério Público seus pontos de vista, seu conhecimento dos fatos, a fim de que haja visão plena da questão. As audiências configuram meio prévio à tomada de providências, pelo Ministério Público, em relação a atos e omissões da Administração. Por outro lado, a notícia de realização da audiência, por si só, pode levar a autoridade a se debruçar sobre a questão ventilada para resolvê-la ou lhe conferir diverso tratamento; ou, ainda, a contatar o Ministério Público para ouvi-lo a respeito.¹⁰

Infere-se do inserto colacionado acima que as audiências públicas promovidas pelo Ministério Público constituem meio propício para a ampliação dos debates, sobre interesses de cunho social e direitos de caráter fundamental, visto que durante as audiências se desdobra uma gama de possíveis efeitos da atuação da Administração Pública sobre a população, que de outra forma, sem o concerto do debate público, não

¹⁰ MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 180.

viriam à tona, sendo, portanto, instrumento de realização de controle sobre a Administração.

2.3 Notificações e requisições

Notificações e requisições também se prestam ao controle da Administração pelo Órgão Ministerial e encontram seu fundamento na Constituição da República de 1988, no art. 129, incs. VI e VIII, bem como, no art. 26, inc. I, da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.

As notificações são intimações destinadas a pessoas físicas ou jurídicas, para que esclareçam, deponham, ou declarem nos autos de procedimentos administrativos do *Parquet*, sobre questões de vulto no bojo de investigações empreendidas pelo Ministério Público. As requisições consubstanciam-se em determinações legais do Ministério Público para entrega de documentos e realização de outros atos e comportamentos, sendo as notificações e as requisições atos administrativos de caráter acessório, vez que se relacionam ao inquérito civil ou a outros procedimentos existentes.

Acentua Gabriel Lino de Paula PIRES:

Observe-se que normalmente as requisições e notificações são expedidas pelos membros do Ministério Público no âmbito de outros procedimentos já existentes, como o inquérito civil. Assim utilizadas, caracterizam verdadeiros instrumentos por meio dos quais ocorre controle dos comportamentos da Administração Pública. Por meio de notificações e requisições é dado ao Ministério Público conhecer de atos, motivos e outras circunstâncias que envolvem a ação administrativa do Estado, assim como é possibilitado ao *Parquet* determinar a adoção de medidas tendentes à correção de comportamento tido por ilícito ou inadequado. Não raras vezes, a simples expedição de notificação ou requisição dirigida a determinado órgão ou agente público por si só acarreta neste a preocupação em manter ou corrigir a retidão de seu comportamento.¹¹

¹¹ PIRES, Gabriel Lino de Paula. Ministério Público e controle da administração pública: enfoque sobre a atuação extrajudicial do *Parquet*. 1. ed. São Paulo: Boreal, 2016, PIRES, Gabriel Lino de Paula, p. 107.

Destaca-se na visão do autor, imprescindível papel que cumpre o Ministério Público, para o controle da Administração Pública, quando põe em marcha determinados procedimentos administrativos acessórios, cujos efeitos colaterais são capazes de suscitar no agente público mudança de seu comportamento irregular ou sedimentação e fortalecimento dos comportamentos adequados em curso, na atividade diária de determinado meio da Administração, demonstração cabal de que eventuais medidas extrajudiciais adotadas pelo Ministério Público têm o condão de produzir reflexos imediatos na atuação da Administração Pública.

2.4 Inquérito civil

O inquérito civil foi criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que em seu artigo 8º, § 1º dispõe: O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

Mais tarde, a Constituição da República Federativa do Brasil previu no art. 129, inc. III, dentre as funções do Ministério Público, a promoção do inquérito civil, sendo que o CNMP o disciplinou por meio da Resolução nº 23, de 17 de dezembro de 2007, com alterações trazidas pela Resolução nº 35, de 23 de março de 2009, e pela Resolução nº 59, de 27 de julho de 2010.

O inquérito civil é procedimento administrativo, de natureza facultativa, inquisitiva e, portanto, unilateral.

O Ministério Público, regido pelo princípio da obrigatoriedade, conforme dispõe o § 1º do art. 2º da resolução nº 23/2007 do CNMP, ao tomar conhecimento de fato que possa representar lesão a direitos e interesses cuja tutela lhe incumbe, deverá tomar providências para a instauração de inquérito civil.

Presta-se o inquérito civil à apuração de informações que servirão de embasamento para proposição de Ação Civil Pública em defesa de interesses difusos e coletivos, proteção do patrimônio público e social e do meio ambiente.

Encerrada a fase instrutória do inquérito civil, o membro do Ministério Público poderá: a) ajuizar ação civil pública, postulando a reparação dos danos causados aos interesses protegidos e a responsabilização das pessoas físicas e/ou jurídicas pela violação do ordenamento jurídico; b) promover seu arquivamento, sem adoção de qualquer outra medida; c) promover seu arquivamento com a adoção de outras medidas extrajudiciais, tais como: Recomendações ou celebração de Compromisso de Ajustamento de Conduta.

A decisão do arquivamento submete-se, via de regra, ao crivo do CSMP (Conselho Superior do Ministério Público), consistindo falta grave a promoção de arquivamento de inquérito civil sem a devida comunicação no prazo máximo de três dias.

Concebido como procedimento de investigação, sob a presidência do Ministério Público, cuja finalidade é a de angariar provas e formar sua convicção para a adoção de medidas judiciais ou extrajudiciais, constitui-se em ferramenta jurídica quando manejado que possibilita a mais ampla abertura para a atuação extrajudicial do *Parquet*, visto que: a) amplia a possibilidade de colheita de elementos de provas, não necessariamente submetidos aos requisitos judiciais de produção de provas; b) devido à ausência dos rígidos limites do processo judicial, no inquérito civil os meios de solução de conflitos são flexibilizados, podendo resultar em outras medidas extrajudiciais, como Recomendação e Compromisso de Ajustamento de Conduta; c) possibilita a participação social na instrução e controle do inquérito civil; d) permite que terceiros interessados participem do desenvolvimento das investigações e contribuam para solução do conflito de forma mais justa.

Gabriel Lino de Paula PIRES traz distinta lição a propósito:

Por vezes, o inquérito civil é instaurado por representação de terceiros e é no âmbito deste procedimento que comumente são praticados outros atos, tais como a recomendação, o compromisso de ajustamento de conduta, requisições e notificações diversas. Ou seja, os demais instrumentos de atuação extrajudicial podem, na maioria das vezes, ser utilizados no decorrer do próprio inquérito civil. Revela-se o inquérito civil, portanto, como o mais amplo instrumento de atuação extrajudicial de que dispõe o Ministério Público e, por assim dizer, o mais amplo e potencial meio de controle da Administração Pública pelo *Parquet*. Tal instituto constitui verdadeiro ambiente para

a atuação proativa do Ministério Público na tentativa de encontrar adequada solução para as complexas questões sociais submetidas à análise da instituição. É no âmbito do inquérito civil que é dado ao membro do Ministério Público desempenhar ampla investigação de temas sociais, buscando soluções consensuais adequadas, as quais, no mais das vezes, não são encontradas no ambiente do processo judicial.¹²

O texto acima demonstra a atuação de um Ministério Público resolutivo. Sobre esse assunto, adiante se delineará com maior precisão seus contornos. Importa, por ora, esclarecer que a visão demandista tradicional do Ministério Público, voltada para a atuação judicial, vem sendo cada vez mais superada pela construção de um perfil institucional dos membros do Ministério Público, dirigido à satisfação dos interesses da população, por meio da atuação extrajudicial do *Parquet*, levada a efeito por um agir prático que objetiva uma atuação preventiva para salvaguardar os interesses difusos e coletivos da sociedade, de lesão ou ameaça de lesão, muitas vezes de difícil reparação, no todo ou em parte, pelos meios processuais.

2.5 Compromisso de ajustamento de conduta

O CAC (Compromisso de Ajustamento de Conduta) é o instrumento de resolução extrajudicial por meio do qual pessoa física ou jurídica, em tese investigada, comparece espontaneamente perante a órgão público legitimado, e assume formalmente obrigações para adequação de sua conduta conforme ao Direito vigente.

Diversamente do que ocorre com o inquérito civil, não é instrumento exclusivo de atuação do Ministério Público, existindo outros órgãos legitimados para firmá-lo.

A Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), previu o Compromisso de Ajustamento de Conduta no art. 211, pela primeira vez no Direito brasileiro.

Por força do art. 113, do CDC lei 8.078, de 26 de setembro de 1990, e das Disposições Finais de referido Código, foi inserido na Lei 7.347, de 24 de julho de 1985,

¹² PIRES, Gabriel Lino de Paula. Ministério Público e controle da administração pública: enfoque sobre a atuação extrajudicial do *Parquet*. 1. ed. São Paulo: Boreal, 2016, PIRES, Gabriel Lino de Paula, p. 91.

— Lei de Ação Civil Pública — no art. 5º, o §6º, que passou a prever o CAC.

Está disciplinado pela Resolução nº 23 do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público), no art. 14, facultando ao Ministério Público firmar compromisso de ajustamento de conduta em casos de lesão ou ameaça aos interesses, ou direitos previstos no art. 1º de referida Resolução.

Por meio do CAC, o Ministério Público adota medidas para ajustar a conduta do compromissado às exigências legais e normativas, reparar danos causados, ou indenizar, em caso de reparação impossível; quanto à eficácia, o CAC constitui-se em título executivo extrajudicial.

“Pode ser celebrado por uma estrutura de poder cognominada de órgão público pelo § 6º do art. 5º da Lei 7347/1985, como são os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e os órgãos propriamente ditos, desprovidos de personalidade jurídica e legitimados para propor ações coletivas.¹³ (GARCIA, 2018).

O compromisso deverá ser reduzido a termo, não carecendo de assinatura de testemunhas e dispensará a homologação judicial, sendo que qualquer legitimado poderá promover a execução forçada, consoante o disposto nos arts. 778 e 784, inc. XII, do Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

A consensualidade é por excelência característica intrínseca do compromisso de ajustamento de conduta e tem nos seus efeitos, além da pacificação social e da exequibilidade do título extrajudicial, já apontada, a possibilidade de revisão judicial.

Questão controversa existente sobre o tema, diz respeito à natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta, pois, segundo alguns doutrinadores, trata-se o CAC de transação.

Ocorre que, sendo os direitos difusos e coletivos e os interesses sociais de natureza indisponível, não se cogita em admitir que o compromisso de ajustamento de conduta possa ser empregado para transacionar com aqueles interesses e direitos de ordem pública e social.

¹³ GARCIA, Emerson. A Consensualidade no Direito Sancionador Brasileiro. In: —Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: Uma Análise Crítica a partir dos Julgados dos Tribunais Superiores. Belo Horizonte. ed. Del Rey, 2018, p. 299-365.

Nessa etapa da exposição sobre o Compromisso de Ajustamento de Conduta, importa incursionar no assunto com maior delonga, a fim de dirimir controvérsias que possam suscitar a ideia de que sua utilização, pelo Órgão Ministerial, ou, ainda, por outros colegitimados, não seja apta à produção dos efeitos desejados, sobretudo por sua larga utilização e efeitos benéficos resultantes para a Sociedade.

Nesse eito, a doutrina capitaneada por Emerson GARCIA é de suma relevância:

É muito difundida a tese de que o compromisso de ajustamento de conduta não tem a natureza jurídica de transação, já que os órgãos públicos não poderiam transigir com aspectos materiais do interesse público, de feição reconhecidamente indisponível.⁵⁴ Essa conclusão, alias, encontra aparente amparo no disposto do art. 841 do Código Civil de 2002, Segundo o qual *“só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”*.⁵⁵ O raciocínio, no entanto, somente se mostra correto se adotarmos como paradigma de análise o modelo de transação plena, não o modelo híbrido. Tanto a submissão como a transação plena consubstanciam negócios jurídicos que pressupõem, por óbvio, a convergência de vontades.¹⁴

Nesta senda, cumpre estabelecer desde logo que o espaço de negociação híbrida conforma o violador do direito transindividual de forma participativa no pacto celebrado com o Ministério Público, ou outro órgão colegitimado e, em que pese estar submetido na negociação desenvolvida à vontade do Poder Público, que consiste na vontade da lei, os órgãos de Estado não moldam interiramente a negociação.

De outro modo, o compromisso de ajustamento de conduta se refere aos aspectos periféricos do bem tutelado juridicamente, e as obrigações advindas de sua celebração são acessórias ao direito material principal, no caso, os direitos transindividuais que são indisponíveis.

Resulta que os acordos transacionados de modelo híbrido atuam na esfera de disponibilidade jurídica do violador, como já dito, periférica, quanto aqueles direitos difusos e coletivos, porém, não adentram na esfera de indisponibilidade desses direitos

¹⁴ GARCIA, Emerson. A CONSENSUALIDADE no Direito Sancionador Brasileiro. In: —Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: Uma Análise Crítica a partir dos Julgados dos Tribunais Superiores, p. 345.

e interesses metaindividuais, o que tornaria o acordo eivado de vícios.

Assim, quando se utiliza o compromisso de ajustamento de conduta, se reconhece de plano a preexistência de outras obrigações do violador, atual ou iminente, de diretos metaindividuais.

Deriva do reconhecimento da existência de direitos e interesses indisponíveis precedentes à celebração do CAC, que a transação somente se consolida no plano acessório ou periférico. A título de exemplo: a) pactos com relação aos prazos para implementação do CAC; b) valores de multas aplicadas; c) modo de compensação e valor da indenização; d) discriminação das técnicas a serem utilizadas para reparação de determinado dano e do resultado pretendido.

Demonstra-se que a composição híbrida conserva intocável aquilo que é indisponível, pois o objetivo do CAC é evitar a violação dos direitos e interesses difusos e recompor o bem jurídico que se tutela.

Na mesma lição, preceitua Emerson GARCIA que:

No que diz respeito ao direito material, prevalece, ao menos no plano conceitual, a submissão. Fala-se em plano conceitual por uma razão muito simples: o órgão público deveria limitar-se a identificar o direito material e a definir as obrigações a serem cumpridas para sua plena efetividade, não restando ao outro pactuante qualquer opção senão submeter-se. Ocorre que essa pureza conceitual nem sempre se projeta na realidade. O órgão público, em verdade, realiza um juízo valorativo a respeito do direito material a ser protegido e das obrigações a serem cumpridas. Conceitualmente não há disposição de interesse; factualmente, é possível que o juízo valorativo realizado produza esse efeito de maneira indireta. Para tanto, basta que, propositadamente ou não, sejam realizadas avaliações distorcidas desses fatores, com ou sem a influência do outro pactuante.¹⁵

Há que se considerar, entretanto, que em caso de algum dos colegitimados entender que os termos ajustados no CAC são insuficientes para a efetiva proteção dos direitos difusos e coletivos e dos interesses indisponíveis, poderá requerer de outro

¹⁵ GARCIA, Emerson. A CONSENSUALIDADE no Direito sancionador Brasileiro. In: — Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: Uma Análise Crítica a partir dos Julgados dos Tribunais Superiores, p. 346.

modo em juízo. Outrossim, se entender que aquilo que foi pactuado afronta o núcleo material dos direitos em comento, poderá requerer anulação do CAC, posto que os efeitos dos atos de algum dos legitimados não se estendem aos outros.

Termos de ajustamentos de condutas, eventualmente contaminados por vícios de má fé ou técnica inadequada, não possuem o condão de tornar disponível o direito que se tem como indisponível, do contrário, estaria impossibilitada sua revisão pelo Poder Jurisdicional. Da mesma forma, CAC distinto que padecer de vícios quaisquer, não retira ou anula a eficácia de CAC realizado anteriormente.

Saliente-se, também, que “a consensualidade empregada no CAC difere-se da consensualidade de pura reprimenda, portanto não reduz a esfera jurídica individual do violador, vez que se trata de sanção cível *lato sensu* e não reparação civil *stricto sensu*. É sanção extrapenal judicial cível.”¹⁶ (GARCIA, 2018).

Os objetivos do CAC são de ordem integrativa e não substitutiva de outras medidas sancionadoras disponibilizadas pelo Direito. Sua seara é de reparação ou de composição.

2.6 Recomendações

As recomendações constituem prerrogativas do Ministério Público para formular sugestões e orientações a órgãos públicos e privados, cujo objetivo é o de melhorar o atendimento ao interesse público.

Por meio das recomendações são propostas medidas destinadas à efetividade dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sugestões de edição de normas, de alteração da legislação em vigor e de adoção de medidas destinadas à prevenção e ao controle de irregularidades.

¹⁶ GARCIA, Emerson. A CONSENSUALIDADE no Direito sancionador Brasileiro. In: —. Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: Uma Análise Crítica a partir dos Julgados dos Tribunais Superiores, p. 347.

Encontram-se prevista no art. 27, parágrafo único, inc. IV da LONMP, bem como nos arts. 1º e 2º, incs. I a XI, da Resolução CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público) nº 164, de 28 de março de 2017.

Também estão dispostas pelo Ato Normativo do Colégio de Procuradores de Justiça do Estado de São Paulo, nº 484, em seus arts. 94 a 98.

O art. 6º da Resolução CNMP nº 164/2017 dispõe que “Sendo cabível a recomendação, esta deve ser manejada anterior e preferencialmente à ação judicial.”

De igual modo, dispõe o art. 1º de aludida Resolução que a recomendação é instrumento de atuação extrajudicial do MP e, por meio de ato formal, o Ministério Público a emprega expondo as razões fáticas e jurídicas sobre determinado assunto, cujo objetivo é o de persuadir o destinatário a praticar ou abster-se de determinada conduta, em benefício da melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, ou do respeito aos interesses, direitos e bens defendidos pela instituição, utilizada assim a recomendação, como instrumento de prevenção de responsabilidades ou de correção de condutas.

São meios de atuação extrajudicial exclusivos do Ministério Público, formais, não coercitivos, cujos objetivos são traduzir a vontade da ordem jurídica pública aos seus destinatários, e atingir finalidades de interesses públicos primários, expressos explícita ou implicitamente nas Constituições Federal e dos Estados.

Devem ser realizadas com fundamentação fática e jurídica, especialmente frente ao caráter não coercitivo que as consubstanciam, motivo que exige para seu perfeito acatamento, convencimento por parte dos destinatários.

Poderão ser expedidas pelo Ministério Público, de ofício ou por provocação, nos autos de inquérito civil, procedimento administrativo, ou preparatório de inquérito civil.

Suas formas de incidência podem se dar de maneira preventiva, corretiva, preliminar e definitiva, prescindindo de procedimento administrativo prévio, em casos emergenciais, sendo necessária, no entanto, a instauração posterior de procedimento administrativo.

Não são ordens, não vinculam e, portanto, não acarretam consequências judiciais automáticas das recomendações decorrentes.

Constituem as recomendações em verdadeiras advertências, por meio das quais o Ministério Público dá conhecimento de medidas que podem reparar, prevenir ou mitigar os ilícitos ou irregularidades praticadas e suas consequências.

Constituem efetivo instrumento de controle da Administração, pois possibilitam o confronto da postura do administrador público com o Direito vigente e a possibilidade de formulação de sugestões ao Poder Público.

Aspectos importantes que merecem atenção dizem respeito ao próprio Ministério Público, pois as recomendações demarcam seu entendimento acerca de determinado assunto, cujos resultados servirão para ações ulteriores.

Por outro ponto de vista, apesar de não vincularem seu destinatário, as recomendações podem produzir efeitos na seara judicial, nas esferas individuais jurídicas, tendo em vista a impossibilidade de o destinatário alegar, posteriormente, desconhecimento sobre sua conduta, o que se lhe afiguraria prejudicial no plano processual, ou mesmo para benefícios de defesa, uma vez demonstrada a correção e adequação da conduta questionada, em atendimento às recomendações expedidas.

Segundo dispõe o art. 2º da resolução nº 164, de 28 de março de 2017, do CNMP, a recomendação rege-se, entre outros, pelos seguintes princípios: I – motivação; II – formalidade e solenidade; III – celeridade e implementação tempestiva das medidas recomendadas; IV – publicidade, moralidade, eficiência, impessoalidade e legalidade; V – máxima amplitude do objeto e das medidas recomendadas; VI – garantia de acesso à justiça; VII – máxima utilidade e efetividade; VIII – caráter não-vinculativo das medidas recomendadas; IX – caráter preventivo ou corretivo; X – resolutividade; XI – segurança jurídica; XII – a ponderação e a proporcionalidade nos casos de tensão entre direitos fundamentais.

Verifica-se que o uso das recomendações significa ampliação da efetividade da Administração para satisfação da justiça social, visto que incrementa a resolução de questões relacionadas aos serviços públicos que asseguram direitos constitucionais, com rapidez e clareza, conferindo ao destinatário segurança jurídica e confiança nas proposições formuladas, bem como a possibilidade de exercer amplamente o contraditório, haja vista a possibilidade de rebater o teor das recomendações de forma

fundamentada, pois conhece de antemão os contornos objetivos daquilo que se lhe imputa como irregular ou ilícito, dada a formalidade e solenidade do referido instrumento.

Igualmente, representa celeridade para as soluções propostas, pois evita a judicialização das questões administrativas. Ainda assim, sendo necessária a escolha da via judicial para solução de conflitos, as recomendações por atreladas que estão à investigação prévia de fatos e fundamentos de direito, contribuem para tornar o processo de conhecimento de determinado assunto submetido ao Ministério Público muito mais célere.

3. Efeitos da atuação extrajudicial do Ministério Público para a Administração Pública

Quanto à atuação extrajudicial do Ministério Público devem ser levados em conta os aspectos da consensualidade para medida de seus efeitos.

Compromissos de Ajustamento de Conduta e Recomendações constituem instrumentos amplamente utilizados pelo *Parquet*, em sua atuação. A esse respeito, dados extraídos do site do Ministério Público do Estado do Paraná dão conta das seguintes ações ministeriais, em números no ano de 2017: a) realização de 123.163 (cento e vinte e três mil, cento e sessenta e três) atendimentos ao público; b) 1.939 (mil novecentos e trinta e nove) recomendações administrativas feitas; e c) 602 (seiscentos e dois) compromissos de ajustamento de conduta firmados.¹⁷

Decorre que referida atuação surtirá efeitos somente quando a atuação da Administração for concorrente, isto é, o elemento de vontade deverá se fazer presente.

A não definitividade das manifestações ministeriais conta com a possibilidade permanente de serem revistas pelo Poder Jurisdicional, tendo em vista que as medidas adotadas pelo MP não vinculam seu destinatário, como exposto anteriormente.

Apesar disso, a Justiça de caráter consensual é relevante sob a perspectiva de sua natureza e de sua eficácia. Quanto à sua natureza destacam-se as soluções

¹⁷ MINISTÉRIO Público do Estado do Paraná. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/>. Acesso em: 13 mar. 2018.

compatibilizadas com maior participação popular, portanto, mais democráticas. No plano da eficácia é sem dúvida positivo o plano das medidas aplicadas.

Observe-se que a consensualidade permite harmonizar as relações sociais de modo pacífico, objetivo que deve sempre ser perseguido para dirimir controvérsias.

Contribui, também, para diminuição dos gastos com o ingresso de disputas judiciais e reduz o tempo de tramitação longa de processos administrativos, desafogando a Administração para a realização de outros haveres, consistindo, também, em alternativa de investigação, menos morosa, e muitas vezes mais exitosa, porque estimula a colaboração dos envolvidos e seu retorno ao plano da juridicidade.

No aspecto da consensualidade se divisa ainda a atuação ministerial como importante fator de risco às organizações criminosas.

Nas palavras de Emerson GARCIA, “coloca em risco permanente os que atuam em grupo, por receio de que um dos seus integrantes se valia da colaboração premiada, no plano sancionatório de reprimenda, sendo elemento desestabilizador da ilicitude.”¹⁸ (GARCIA, 2018).

Além disso, mesmo que o controle extrajudicial exercido pelo Ministério Público não vincule outros órgãos no que diz respeito às medidas adotadas, suas manifestações podem influenciar as de outros poderes públicos e seus órgãos.

Órgãos de controle interno pertencentes a pessoa jurídica que tenha acolhido deliberações do Ministério Público, sujeitam-se às mesmas medidas sob pena de indiretamente promoverem o descumprimento do compromisso firmado ou da recomendação acatada pela pessoa jurídica a qual pertencem.

Os Tribunais de Contas e o Poder Legislativo, porém, estão desobrigados de cumprirem as medidas promovidas pelo Ministério Público no campo extrajudicial do controle administrativo. O Poder Legislativo por conta de sua função de controle político do Poder Executivo é absolutamente independente às manifestações ministeriais e o Tribunal de Contas, como órgão auxiliar do Poder Legislativo na atividade de Controle

¹⁸ GARCIA, Emerson. A CONSENSUALIDADE no Direito sancionador Brasileiro. In: — Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: Uma Análise Crítica a partir dos Julgados dos Tribunais Superiores, p. 364.

da Administração, possui prerrogativas inerentes às suas funções que lhe dão ampla autonomia acerca de seus entendimentos.

O Poder Judiciário, devido ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, ou cláusula de acesso à Justiça, possui absoluta e ampla independência com relação as decisões emanadas de quaisquer Poderes e Órgãos de Estado.

Considerações finais

A Administração Pública passa por profunda crise de efetividade e eficiência, tendo em vista que os mecanismos clássicos adotados para o Controle da Administração Pública revelam-se insuficientes para a concretização dos direitos sociais assegurados na Constituição Federal de 1988.

A atuação administrativa do Estado, antes de 1988, se dava distante do ideal de implementação de Justiça social preconizado pela Carta Política atual, em razão da ausência de previsão constitucional dos interesses primários da população: direitos difusos e coletivos e individuais homogêneos.

Em que pese a materialização desses direitos em diplomas legais preexistentes à Constituição da República de 1988, previstos com a edição da Política Nacional de Meio Ambiente de 1981 e posteriormente na Lei de Ação Civil Pública, Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, seu marco constitucional ocorre com o advento da Constituição Federal de 1988.

A ausência de previsão constitucional dos direitos transindividuais e o não reconhecimento da força normativa superiora dos princípios fundamentais às normas gerais, possibilitou no passado o equivocado entendimento de que os interesses da Administração Pública e os interesses da população eram os mesmos.

O Controle da Administração Pública recaía sobre a legalidade, mas não incidia sobre a legitimidade dos atos e atividades da Administração, consistindo quase que em um dogma para o exercício do Controle, o impedimento para aferir se os atos e as atividades da Administração Pública consubstanciavam-se na concretização de direitos sociais à população, haja vista o fato de que o Controle não incursionava nos motivos e

finalidades determinantes das decisões administrativas, muitas vezes contraídas com desvios de finalidade.

A Administração se materializava na vida da população sem levar em conta direitos primários dos administrados. Ao contrário, para o Direito Administrativo vigente à época, a vontade da Administração materializava a vontade da população, que por seu atuar relegava a segundo plano a ação do Estado para promoção da dignidade e da igualdade social, como Direito e prática.

Em razão da confusão conceitual sobre interesses públicos primários e interesses públicos secundários, anteriormente explanados, os interesses sociais da população existiam em continência aos interesses da Administração Pública. As atividades administrativas eram dirigidas à população, sem se considerar a efetivação da dignidade, princípio fundamental dos Estados Democráticos de Direito.

Assim, a Administração Pública atuava emoldurada pelos contornos da legalidade, mas divorciada dos aspectos axiológicos intrínsecos aos direitos e interesses transindividuais.

Esse quadro sem dúvida favoreceu a existência de uma cultura de injuridicidade na Administração Pública, que sem contar com o balizamento dos direitos sociais fundamentais para atuar, hoje previstos no Capítulo II, do Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, concebia os princípios fundamentais de Direito como meros instrumentos de interpretação e integração de regras, sem o poder de vincular a Administração e de impingir-lá a construir os alicerces da verdadeira cidadania.

Com o advento da Constituição de 1988 e a consagração dos princípios básicos da Administração Pública que norteiam a atividade administrativa para a consecução dos objetivos estratégicos constitucionais de realização do conteúdo social de direitos fundamentais, a Administração sofre profunda transformação em suas diretrizes, ao menos no plano teórico, pois seus atos devem revestir-se de legitimidade, a partir do paradigma em perspectiva de constitucionalização do direito que permeia todo ordenamento jurídico.

Da nova arquitetura constitucional, com a Administração Pública regida por princípios basilares: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência,

previstos no art. 37, seção I, do Capítulo VII, da Administração Pública, surge para o Poder Executivo o dever de operar com vistas à efetivação dos direitos fundamentais sociais previstos no art. 6º da Constituição da República de 1988, para o alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil contidos do art. 3º da CF de 1988: “construção de uma sociedade livre e solidária, desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalidade e redução das desigualdades sociais, e promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

O presente modelo de atuação administrativa, cuja essencialidade finca raízes no compromisso constitucional com a dignidade do ser humano, deve o Poder Público abriga-lo para dar-lhe manifestação singular em suas atividades cotidianas.

Nesse tear, o constituinte originário, com sabedoria, soube identificar o órgão vocacionado à defesa da Sociedade brasileira e projetar na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a Instituição Ministério Público, com sua armadura redesenhada, forjada em têmpera e aço revenido, disposta à defesa dos princípios fundamentais de direitos sociais, à defesa da ordem jurídica pública, e do regime democrático de Direito, a fim de propugnar a construção de Justiça Social.

Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dotou o Ministério Público e seus agentes políticos, de poderes constitucionais, dentre os quais se ressalta a autonomia financeira, administrativa e independência funcional.

Alçou o Ministério Público à instituição de vanguarda na conquista da Justiça Social, e o legitimou para o Controle da Administração Pública.

Em decorrência do compromisso previsto no preâmbulo da CF de 1988, de solução pacífica dos conflitos, o Ministério Público brasileiro, consentâneo com suas funções essenciais à Justiça, deu preferência à atuação extrajudicial com seus instrumentos correlatos, a fim de dirimir os conflitos existentes com a Administração Pública, promover o bem da população e buscar a eficiente concretização dos direitos sociais.

Exige-se, contudo, uma atuação Resolutiva do Ministério Público, em construção a partir do novo modelo institucional, refundado com a Constituição da República de 1988.

Por este enfoque, deseja-se que os membros do Ministério Público, no exercício hodierno de suas funções operem com engajamento real a serviço das causas sociais. O Ministério Público deve adotar postura de proatividade na execução de suas funções, menos demandista e passiva, e propugnar pela realização dos direitos fundamentais junto à sociedade, extrajudicialmente.

Para tanto, os membros do *Parquet* devem agir de forma reflexiva frente às demandas da sociedade, o que somente lhes será possível se forem dotados de conhecimento interdisciplinar.

A intervenção política direta em sociedade constitui uma das funções mais nobres atribuídas ao Órgão Ministerial pela Constituição de 1988, e das mais complexas também. De sua idiosincrasia, impõe-se aos membros do Ministério Público capacitar-se nos mais diversos ramos do conhecimento, para além de sua formação jurídica, a fim de consolidar um modelo de atuação política e extrajudicial de instituição.

Daí a imprescindibilidade do Órgão Ministerial em buscar, seja por meio das audiências públicas, quando ouve a população, ou pelo relacionamento que estabelece com as Universidades para compreensão científica dos mais diversos assuntos que se apresentam carentes de solução técnica rigorosa, formação interdisciplinar constante para cumprir seu papel extrajudicial a contento da legitimidade política que a Constituição Federal de 1988 lhe atribui.

Observe-se que a atuação política do Ministério Público deve ser feita com a prudência e a sabedoria que lhe são inerentes, visto que implica em maior exposição institucional nas vidraças públicas, o que sujeita o *Parquet* às ofensivas naturalmente insurgentes, em face de sua operacionalidade política, portanto, o agente político do Ministério Público deve atuar amparado por aparato cognitivo eficiente, das causas que lhe são correlatas, a fim de se posicionar com êxito no enfrentamento de grupos beligerantes contra a Administração Pública. Neste sentido, o CEAFF (Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional), do Paraná, previsto nos arts. 77 a 80 da Lei Orgânica do

MPPR, a exemplo, constitui-se relevante órgão auxiliar para a promoção da capacitação interdisciplinar dos membros do Ministério Público e instrumento de apoio na construção de um Ministério Público resolutivo.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Curso de **Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. **Princípios da Administração**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 1º mar. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GARCIA, Emerson. A consensualidade no direito sancionador brasileiro. In: — **Aspectos Controvertidos da Lei de Improbidade Administrativa: Uma Análise Crítica a partir dos Julgados dos Tribunais Superiores**. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 299-374.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público, organização, atribuições e regime jurídico**. 4. Ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 11 mar. 2018.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. atual. até Emenda Constitucional 90, de 15.09.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **MP em Ação: Números da atuação do MPPR nas esferas judicial e extrajudicial, em 2017**. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/>. Acesso em: 13 mar. 2018.

NOVELINO, Curso de Direito Constitucional. 12. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **O que aconteceu pode se repetir diz chefe da ONU no aniversário de libertação de Auschwitz**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/o-que-aconteceu-pode-se-repetir-diz-chefe-da-onu-no-aniversario-da-libertacao-de-auschwitz/>. Acesso em: 09. Mar. 2018.

PIRES, Gabriel Lino de Paula. **Ministério Público e controle da administração pública: enfoque sobre a atuação extrajudicial do *Parquet***. 1. ed. São Paulo: Boreal, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40. ed., rev., e atual., até a Emenda Constitucional n. 95 de 15.12.2016. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. 5. ed. Atualizada de acordo com as Leis federais n. 12.651/2012 e 12.727/2012 (novo Código Florestal) São Paulo. Saraiva, 2013.

5.

Resenha

Resenha:

LEI DA MATA ATLÂNTICA

COMENTADA

GAIO, Alexandre

I – Dados da obra:

Título: Lei da Mata Atlântica Comentada. 2ª edição

Editora: Almedina - São Paulo

Autor: GAIO, Alexandre

Lançamento: Setembro/2018

Número de páginas: 349

II – Resenha:

A obra *Lei da Mata Atlântica Comentada*, lançada em sua segunda edição, revisada, atualizada e ampliada no mês de setembro de 2018, busca difundir a importância da adequada aplicação e interpretação da Lei Federal 11.428/2006, visando à proteção e à recuperação da Mata Atlântica.

O livro se encontra estruturado em dois capítulos. No primeiro deles, a obra traz relevantes fundamentos a respeito da necessidade de proteção da Mata Atlântica em razão da sua importância ambiental e socioambiental, especialmente sob o enfoque da proteção da biodiversidade, além da abordagem a respeito dos principais fatores de pressão que contribuem para a ilegal continuidade do seu desmatamento, com o intuito de auxiliar no planejamento de iniciativas dirigidas à sua preservação.

Diante desse contexto, a obra promove inferências a respeito do tratamento conferido ao bioma Mata Atlântica pela Constituição da República, notadamente a respeito da adequada interpretação do reconhecimento do bioma como "patrimônio nacional" e das obrigações positivas assumidas pelo Estado para promover a sua proteção e recuperação para as presentes e futuras gerações.

O principal foco e diferencial do livro se encontra no segundo capítulo, que conta com os comentários e análise detalhada do conteúdo de cada um dos artigos da Lei Federal 11.428/2006, desde o seu processo de formação pós Constituição Federal de 1988, passando pela definição da área de abrangência do bioma Mata Atlântica, de

modo a contemplar as suas diferentes configurações de formações florestais nativas e ecossistemas associados, até o enfrentamento de sua aplicação prática nos casos concretos e sua interpretação levando em consideração os princípios e objetivos do regime jurídico do bioma Mata Atlântica.

Nessa perspectiva, a obra traz ao leitor uma análise minuciosa de todas as hipóteses vedadas e permissíveis de exploração, corte e supressão de vegetação do bioma Mata Atlântica, bem como o tratamento diferenciado que a Lei Federal 11.428/2006 e seu Decreto regulamentador atribuem às referidas hipóteses de acordo com a vegetação, os estágios de sua regeneração, a finalidade da intervenção, a sua localização urbana ou rural, dentre outros fatores.

Dentre diversas questões que ganham destaque na obra, cita-se a análise de situações que explicitam aparente conflito entre as normas da Lei Federal 11.428/2006 e as normas do Código Florestal, inclusive sob a perspectiva da defesa da especialidade da Lei da Mata Atlântica, e a apreciação dos precedentes legais desta sob a ótica das consequências dos desmatamentos não autorizados ocorridos anteriormente à data de início de sua vigência.

Como considerações finais, apresentam-se os limites da lei, com diversas lacunas, bem como algumas contradições entre seus princípios e instrumentos, sendo sugeridos um rol de ações possíveis para o cumprimento integral do diploma e para potencializar a efetividade de seus princípios.

O público alvo do livro em questão abrange todos que se dedicam a essa temática, mas em especial a diversas instituições que atuam na fiscalização ambiental, desde os órgãos públicos ambientais e órgãos policiais, e instituições que trabalham com o Direito Ambiental, tais como o Ministério Público e o Poder Judiciário.

Em suma, a obra pretende contribuir para o desenvolvimento das discussões sobre a Lei da Mata Atlântica na seara do Direito Ambiental a partir da abordagem dos principais fundamentos que demonstram a indispensabilidade da proteção do aludido bioma e da aproximação entre teoria e prática.

De outro lado, o livro busca viabilizar ao intérprete da Lei Federal 11.428/2006 uma aplicação que confira uma efetiva proteção e à recuperação da Mata Atlântica, conforme as diretrizes constitucionais.

6.

Jurisprudência Comentada

AS VIOLAÇÕES DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO NO CENÁRIO JURISPRUDENCIAL. IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO DA PENA

CONTEXTUALIZAÇÃO DO ESTUDO

A opção político-penitenciária por uma cada vez mais ampla utilização da monitoração eletrônica na condição de importante alternativa penal vem apresentando desafios às diversas instâncias estatais envolvidas com a sua implantação e, conseqüentemente, aos distintos atores da Justiça Criminal.

Embora a *eficiência* do instrumento seja de todo evidente, a comprovação de sua *eficácia* está diretamente relacionada a não ocorrência de uma banalização no seu uso, bem como à existência de uma escurreia fiscalização na sua concessão e manutenção.

Foi com este propósito e por ter identificado que o Estado do Paraná figurou como uma das unidades federativas que mais investimentos efetuou nesta área, que nossa Equipe, desde o ano de 2016, traçou como uma das iniciativas de seus consecutivos Planos de Ação aquela voltada a “monitorar a política estatal de monitoração eletrônica”.

Mais recentemente, durante reunião de trabalho vinculada ao Procedimento Administrativo n. MPPR-0046.16.102186-3, o Departamento Penitenciário do Estado do

Paraná anunciou que toda e qualquer violação de monitoração identificada pelos sistemas eletrônicos será *imediatamente* comunicada ao Juízo devido.

A notícia atende àquilo que o Ministério Público do Estado do Paraná, desde 2016, vinha ressaltando ao Poder Executivo, no sentido de que a mensuração a respeito da consequência jurídica derivada da violação é tarefa que não compete às autoridades administrativas, senão única e exclusivamente ao Juízo da Execução, após procedimento especificamente deflagrado para tanto.

O ora anunciado, no entanto, se por um lado adequa-se ao quanto vinha sendo referido pelo Ministério Público, por outro passa a entregar aos operadores jurídicos a importante tarefa de mensurar a natureza da violação e as consequências jurídicas decorrentes das comunicações administrativas de violação pelo sentenciado dos deveres da monitoração eletrônica.

Isto porque, diferentemente do que fizera o legislador em relação a outros institutos, especificamente em relação à violação da monitoração eletrônica, limitou-se a arrolar quais as possíveis consequências derivadas do descumprimento da medida.

Com efeito, conforme previsto nos artigos 146-C e 146-D da LEP:

Art. 146-C (...) A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa:

I – a regressão de regime;

II – a revogação da autorização de saída temporária;

VI – a revogação da prisão domiciliar;

VII – advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos I a VI deste parágrafo.

Art. 146-D. A monitoração eletrônica poderá ser revogada:

I – quando se tornar desnecessária ou inadequada;

II – se o acusado ou condenado violar os deveres a que estiver sujeito durante a sua vigência ou cometer falta grave.

Neste cenário, é importante recordar que já no ano de 2017, a partir de provocações então endereçadas a esse Centro de Apoio, tivemos a oportunidade de nos

debruçar sobre o tema da *harmonização do regime semiaberto na forma de prisão domiciliar*, com o uso de monitoração eletrônica. E, naquela ocasião, efetuamos uma primeira aproximação ao tema da monitoração. No que ora interessa, a então numerada como Pesquisa n. 185/2017, concluiu que:

i) Desde 2016, a súmula vinculante n.º 56 do Supremo Tribunal Federal (STF) passou a admitir, como *uma das alternativas* à ausência de vagas no regime prisional, a possibilidade da concessão do regime semiaberto de forma harmonizada a ser cumprido em residência particular com o uso de monitoramento eletrônico;

ii) Nos termos da LEP (art. 146-C), a referida concessão implicaria a concomitante fixação de condições, cujo descumprimento, *conforme as circunstâncias do caso, poderia ensejar*:

ii.a) **A revogação do benefício** da prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, hipótese em que o sentenciado deverá retornar ao cumprimento de pena em estabelecimento penal adequado ao regime semiaberto (art. 146-D da LEP, arts. 2º, § 1º e 3º, inc. II do Decreto Estadual n. 12015/14 e itens 4.4.1, II e 4.5.1, incs. II, ambos da Instrução Normativa n. 09/2015-TJPR);

ii.b) **A configuração de descumprimento dos deveres**, pois, nos termos da LEP, o condenado que cumpre pena no regime semiaberto de forma harmonizada e tem comprovada a violação de seus *deveres* pode ter seu regime regredido na forma do art. 146-C, parágrafo único, inc. I da LEP e item 4.4.1, inc. I, da Instrução Normativa n. 09/2015-TJPR);

ii.c) **A configuração de falta grave**, a qual, porém, demanda a seguinte atenção:

- Conforme entendimento que vem se firmando no **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**, haveria *falta grave* nos casos de **rompimento do dispositivo**, de **falta de bateria** ou de **violação do perímetro delimitado**. Isto porque, no entender deste colegiado, a configuração da falta grave derivaria da mera “inobservância dos deveres relativos à execução das tarefas e das ordens recebidas” (arts. 50, VI e 39, V, ambos da LEP), podendo, neste ponto, assemelhar-se à fuga (nos moldes do art. 50, II, LEP);

Neste cenário, caracterizada a falta grave, o condenado poderia ter seu benefício revogado na forma do art. 146-D da LEP e do art. 3º do Decreto Estadual n. 12.025/2014, bem como regredido o seu regime prisional, nos termos dos arts. 118, inc. I e 146-C, parágrafo único, inc. I, ambos da LEP, desde que *devidamente respeitado o trâmite devido*.

- Conforme já sinalizava a **Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça**, no entanto, a **violação do perímetro delimitado** por si só não configuraria *falta grave*, mas, *descumprimento de condição obrigatória* que autoriza sanção disciplinar de regressão do regime nos termos do artigo 146-C.

Embora as consequências previstas para cada hipótese sejam aparentemente similares, o Estudo ressaltava que seus reflexos seriam sentidos, especialmente, no tocante à **exigência ou não de Procedimento Administrativo Disciplinar**, em especial diante do quanto previsto pela Súmula 533 do STJ, que só teria incidência quando **reconhecida a configuração da falta grave**.

Sem embargo daquele Estudo persistir atual, o recente caminhar jurisprudencial desperta para a conveniência de, uma vez mais, aferir a forma como os Tribunais Superiores e o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná vêm tratando os possíveis **descumprimentos das condições impostas** na concessão do monitoramento eletrônico.

E isso, como referido, precisamente por força do cenário normativo criado pela Lei de Execução Penal - que deixou de apresentar de forma expressa em seu artigo 50 que tais condutas podem caracterizar faltas disciplinares de natureza grave -, além da própria mudança na postura da política penitenciária paranaense que, como referido, passará a emitir certificados de descumprimento de forma imediata.

CONSEQUÊNCIAS DO DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS PARA O MONITORAMENTO ELETRÔNICO

Em recente pesquisa ao acervo jurisprudencial do **Superior Tribunal de Justiça**, pode-se vislumbrar que, na atualidade, **ainda há divergência de entendimentos** quanto

às consequências inerentes ao descumprimento dos deveres impostos ao monitorado na fase de cumprimento de pena.

Com efeito, conseguimos aferir que o **entendimento majoritário** da **Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça** tem sido no sentido de que o *rompimento da tornozeleira, o descarregamento de bateria, a violação de perímetro e o bloqueio intencional de sinal do aparelho* são circunstâncias que se equiparariam à prática de **falta de natureza grave**. Argumenta-se que se estaria diante da *inobservância dos deveres do sentenciado*, o que, nos termos do art. 50, VI c/c art. 39, II da LEP, daria ensejo à incidência do art. 146-C, II, do mesmo Diploma.

Deve-se ressaltar, porém, que há **entendimentos dissonantes** dentro de **ambas as Turmas**. Basta ver, por exemplo, que no julgamento do REsp nº 1.739.380, julgado em 22/06/2018, de Relatoria do Min. Jorge Mussi, a Quinta Turma decidiu que, no caso de *violação de perímetro*, haveria apenas incidência do art. 146-C, II, da LEP, sob pena de violar-se o rol taxativo das faltas graves previsto no artigo 50.

Nessa mesma Turma, ademais, em julgamento monocrático do REsp nº 1.685.036, em 28/11/2017, o Min. Joel Paciornik reconheceu que a *perda do sinal do aparelho* sem o rompimento da tornozeleira não caracteriza falta grave mas mero *descumprimento*, nos termos do art. 146-C, II, da LEP.

Na Sexta Turma, por sua vez, foram igualmente localizadas decisões (duas monocráticas e uma do colegiado) que destoaram do entendimento majoritário. A primeira delas, do Min. Rogério Schietti Cruz, julgou, em 02/08/2018, o *Habeas Corpus* n. 461.676, entendendo que a *violação de perímetro*, por si só, não daria ensejo à configuração de *falta grave*. Sim o daria o *descarregamento da bateria*, já que apenas neste caso estaria inviabilizado o monitoramento.

No mesmo sentido foi a decisão colegiada do Recurso Especial n. 1.519.802, que teve como Relatora a Min. Maria Thereza, cuja fundamentação foi no sentido de que, embora o *descarregamento de bateria* e *rompimento da tornozeleira* possam ser equiparados, em última análise, à *fuga* (hipótese prevista como falta grave pela LEP), a *violação do perímetro* não constituiria falta grave, mas mero descumprimento, nos termos do art. 146-C, II, da LEP.

Apesar da diferença traçada, longe está ela, porém, de figurar como ponto de consenso. Afinal, vale recordar a decisão monocrática da própria Min. Maria Thereza de Assis Moura, no HC nº 414.434 em 15/12/2017, a qual equiparou a *violação de perímetro* com a falta grave decorrente da *violação das condições do regime aberto* (art. 50, V, da LEP).

Merece atenção, ainda, a **configuração de crime de dano ao patrimônio público**, nos casos em que há *destruição da tornozeleira eletrônica*. Com efeito, nossa pesquisa aferiu a existência de, ao menos, duas decisões dispondo que tal conduta seria *atípica* pela ausência de *animus nocendi*.

O cenário é distinto, até onde se consegue afirmar, no âmbito do **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Com efeito, o entendimento que prevalece é que o *descumprimento dos deveres impostos ao monitorado* ensejariam, por si só, a configuração de *falta grave* prevista no art. 50, VI, da LEP (isto é, *desobediência ao servidor*). Essa seria, portanto, a subsunção em casos de *violação de perímetro*, *descarregamento de bateria*, *rompimento de tornozeleira* e, inclusive, nos casos de *perda de sinal do aparelho*.

Em duas decisões colegiadas, no julgamento dos Agravos em Execução n. 0007940-11.2018.8.16.0019 e n. 0009338-90.2018.8.16.0019 (julgados em 19/07/2018, de relatoria do Des. João Domingos Kuster) foi anulada decisão de homologação de falta grave por *violação de perímetro* por não estar esta hipótese, conforme se entendeu, elencada no rol taxativo do art. 50 da LEP.

Também destoou da orientação majoritária a decisão emanada pela Juíza Substituta em 2º grau, Dilmária Kessler, no julgamento do Agravo em Execução nº 0016786-85.2016.8.16.0019, em 15/03/2018, que entendeu que a *violação de perímetro*, o *descarregamento de bateria* e o *rompimento de tornozeleira* incidiriam em falta grave prevista no art. 50, V, da LEP, entendendo-se como violações das condições do regime aberto.

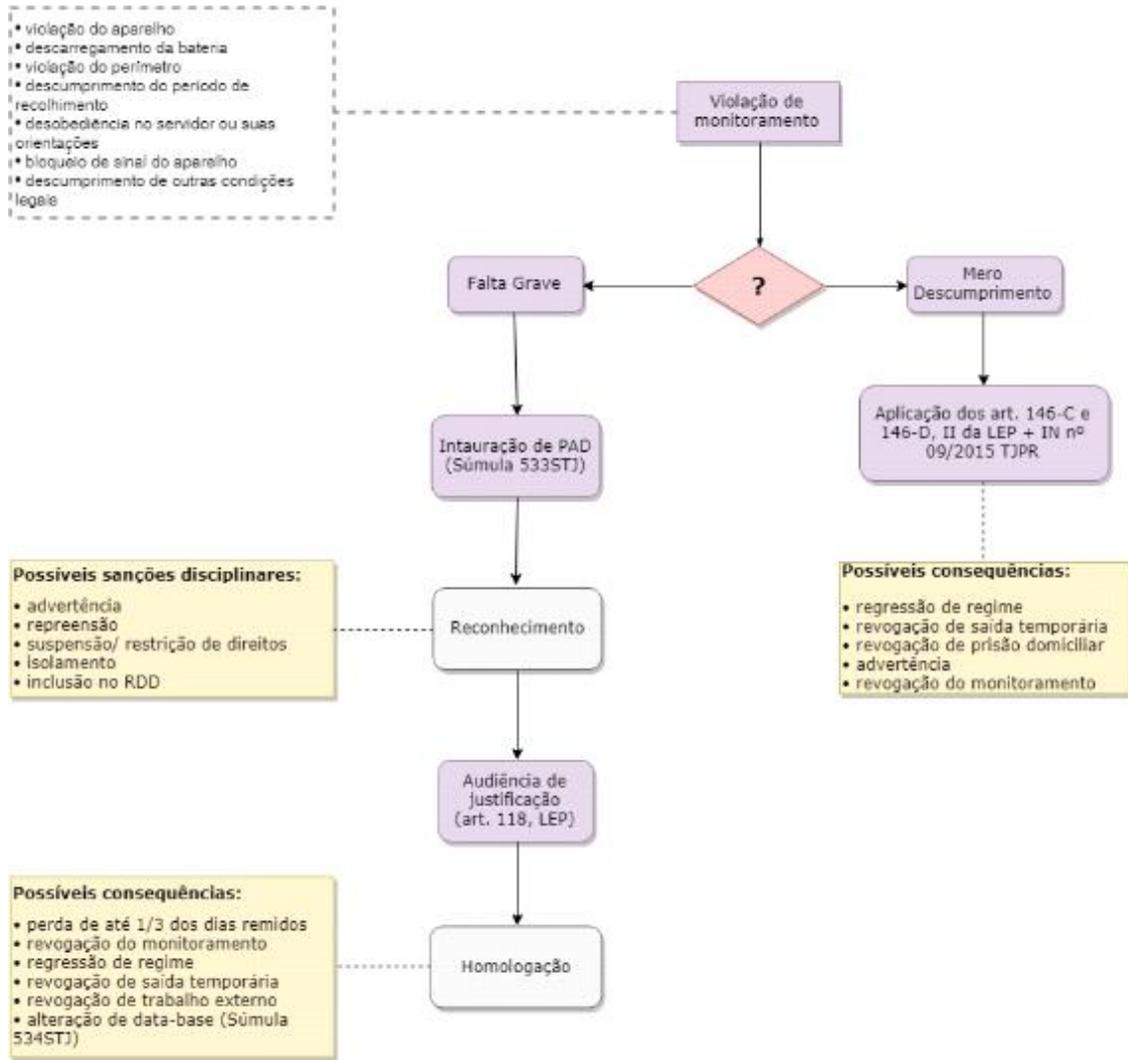
O contexto, portanto, longe está de poder assentar pontos seguros a respeito de supostas 'posições pacificadas', seja no âmbito dos Tribunais Superiores, seja no do

Tribunal local. De toda forma, o que sim nos permite é ressaltar a importância do papel do operador para os efeitos de um dado reconhecimento.

Isto porque, uma vez aplicado o entendimento de que o *descumprimento dos deveres pelo monitorado configuraria falta grave*, será fundamental que se observe o fluxo exigido para sua apuração e homologação.

Por outro lado, compreendendo-se que o *descumprimento dos deveres pelo monitorado não configuraria falta disciplinar de natureza grave* – sob pena de violação do princípio da legalidade, na vertente *taxatividade* (art. 50 da LEP) – aplicar-se-ia apenas o fluxo previsto pelo próprio art. 146-C, parágrafo único, o qual confere a possibilidade do Juízo da execução, após ouvido o Ministério Público e a defesa, determinar desde uma mera *advertência* por escrito até a *revogação do próprio monitoramento*, da *saída temporária*, da *prisão domiciliar* ou, ainda, a *regressão do regime prisional*.

Em síntese, a título ilustrativo, pode-se mesmo concluir que todo este cenário jurisprudencial encontraria o seguinte fluxograma:



Enfim, diante de tão grave diferenciação e da ausência de delimitação normativa traçada pela própria Lei 7.210/84, tanto no que diz respeito à imposição das hipóteses sancionatórias disciplinares, como daquelas implicações decorrentes do descumprimento das condições impostas quando da concessão do monitoramento eletrônico, parece fundamental que competirá ao operador jurídico e intérprete pautar-se pelos critérios afetos à proporcionalidade sancionatória.

COMPETÊNCIA PARA FISCALIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS NA CONCESSÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO

Mostra-se oportuno, ainda, traçar algumas observações finais a respeito do Juízo competente para *acompanhar e fiscalizar* o cumprimento de pena em regime semiaberto harmonizado, na forma de prisão domiciliar com monitoramento eletrônico.

Neste particular, merecem especial atenção *duas situações* de ordem prática que têm sido verificadas como problemáticas na prática forense. Com efeito, a partir de Consultas chegadas nesta unidade e do quanto já normatizado pelo Estado do Paraná, é necessário diferenciar:

i) aqueles casos em que o cumprimento da medida se dá em comarca diversa da concessiva do benefício, porém, dentro do Estado do Paraná; e

ii) aqueles casos em que o cumprimento de pena se dá em comarca de outras unidades federativas.

De fato, a Resolução n. 93/2015 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em seu art. 30, § 2º, dispõe que *“a concessão de recolhimento domiciliar como forma de adequação do regime semiaberto não altera a competência prevista no art. 29”*.

De acordo com o art. 29 referido, a competência para execução das penas em *regime semiaberto* ou *fechado*, será atribuída:

Art. 29 [...].

I – à Vara de execuções penais da área de jurisdição, sem prejuízo da competência concorrente do juiz da 1ª Vara Criminal,

onde houver ou, inexistindo, à vara criminal do local da prisão. (redação do inciso dada pela Resolução 177-2017, de 16 de janeiro de 2017).

II – à 1ª Vara Criminal, onde houver ou, inexistindo, à vara criminal do local do Centro de Reintegração Social mantido em convênios com APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), em que estiver implantado o sentenciado, nos moldes da Lei Estadual nº 17.138/2012. (redação do inciso dada pela Resolução 177- 2017, de 16 de janeiro de 2017).

§ 1º Incluem-se nos efeitos deste artigo as condenações ao cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto decorrentes de sentenças proferidas pelos juizados especiais criminais.

§ 2º No Foro Regional de São José dos Pinhais, será observada a seguinte competência:

I – à 1ª Vara Criminal competirá a execução das penas privativas de liberdade em regime semiaberto;

II – à 2ª Vara Criminal competirá a execução das penas privativas de liberdade em regime fechado. (redação do § 2º dada pela Resolução 185-2017, de 26 de junho de 2017).

Com a harmonização do regime semiaberto na forma de prisão domiciliar, portanto, os sentenciados passam a cumprir a pena na Comarca de sua residência. Isto tem gerado frequentes conflitos de competência entre este Juízo e aquele responsável pela harmonização.

Foi neste cenário que, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, a 5ª Câmara Criminal suscitou incidente de uniformização de jurisprudência no Conflito Negativo de Competência 1.447.147-7, buscando aferir a *competência para execução e fiscalização do cumprimento da pena em regime semiaberto harmonizado, com ou sem monitoramento eletrônico, de apenado que fixasse residência em comarca diversa da condenação*.

Na ocasião, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo acolhimento da uniformização, compreendendo que seria devida uma aplicação analógica do art. 27 da Resolução nº 93/2013/TJPR, de forma que a competência restasse atribuída ao Juízo da Comarca do domicílio do sentenciado.

Esse entendimento restaria, finalmente, reconhecido pela Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ao editar a súmula que enuncia que “*a competência para a execução, nos casos de regime semiaberto harmonizado, é do Juízo da Comarca da residência do apenado*”.

Nos termos do voto do Relator Des. Rogério Coelho, haveria evidente semelhança entre o regime aberto e o regime semiaberto harmonizado em prisão domiciliar, devendo ser aplicado, no caso em tela, os princípios da praticidade, economicidade, eficácia e efetividade, na medida em que a fiscalização do cumprimento das condições impostas seria dificultada, senão inviabilizada, por parte da Comarca em local diverso daquele onde o sentenciado reside ou pretende residir.

Outrossim, destacou em seu voto que, nos termos do art. 25 da Resolução n. 93/2013/TJPR, é vedada a expedição de carta precatória no âmbito do Estado do Paraná com o fim de fiscalização de pena no processo de execução penal. Daí porque diante da notícia, no processo de execução, da alteração do local de residência do sentenciado, há de providenciar-se o declínio da competência ao Juízo em questão, nos termos do previsto no art. 27, § 1º, daquele diploma.

Distinta será a situação, por outro lado, nos casos que envolvam mudança de domicílio para outro estado da Federação. Cita-se, aqui, a título de exemplo, o Conflito Negativo de Competência n. 158.418-DF, instaurado entre o Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais de Brasília/DF (suscitante) e o Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais de Foz do Iguaçu/PR (suscitado).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão monocrática, o Min. Relator Sebastião Reis Júnior entendeu que o fato do apenado ter sido agraciado com a progressão ao regime semiaberto harmonizado e ter indicado, como domicílio, local diverso da execução, *não implicará em alteração da competência*, haja vista uma absoluta ausência de previsão legal. Destacou, na ocasião, que nada impedirá que a *supervisão* e o *acompanhamento* da reprimenda fossem deprecados ao Juízo do domicílio do apenado, conforme entendimento firmado naquela Corte.

Daí porque, ao conhecer daquele conflito negativo, reconheceu-se o Juízo de Foz do Iguaçu/PR como competente para processar a execução penal, sendo-lhe

facultado deprecar a fiscalização e acompanhamento da execução, desde que o apenado comprovasse possuir domicílio em local diverso.

Muito embora jurisprudencialmente essa tenha sido a solução adotada, é importante salientar um problema prático que já foi identificado em nosso Estado: uma vez concedido o regime semiaberto na forma de prisão domiciliar com monitoramento eletrônico por um Juízo do Estado do Paraná, a *instalação do aparelho* será efetuada ainda neste Estado, por empresa especificamente contratada pelo Executivo estadual.

Essa instalação implicará a imediata assunção de responsabilidade por parte da Central de Monitoramento Eletrônico do Estado do Paraná, a quem competiria fiscalizar todo e qualquer cumprimento das condições impostas por Juízos paranaenses, nos termos do previsto pela Instrução Normativa n. 09/2015.

Esse cenário sugere várias perguntas que longe estão de encontrar solução tranquila até esta data. Afinal, diante do caso de um sentenciado que venha a transferir seu domicílio para outro Estado da Federação, será o caso de se indagar, por exemplo:

- Como se dará esta fiscalização? Ou seja, considerando-se que, nos termos do entendimento lançado pelo STJ – de que a competência permaneceria com o Juízo que concedeu o benefício (PR), expedindo-se carta precatória de fiscalização para outro Estado –, como se daria uma fiscalização cuja Central de Monitoramento continua sendo a do Estado do Paraná?
- Havendo violações, qual Juízo deverá ser comunicado pela Central de Monitoramento Eletrônico paranaense: o Juízo competente pela execução (deprecante) ou o Juízo responsável pela fiscalização (deprecado)?
- De que forma deve ser realizada a manutenção e a desinstalação do aparelho, já que cada Estado possui, em tese, uma empresa contratada?
- Seria razoável exigir-se que o monitorado se desloque até a Central de Monitoramento Eletrônico do Estado do Paraná para realizar a manutenção e desinstalação do aparelho, tal qual recente consulta endereçada a este Centro de Apoio?

- Quais os limites do sinal do monitoramento eletrônico fornecido pelo Estado do Paraná? Tem ele efetivo alcance em todo território nacional?

Tais questões, como se vê, só demonstram o quão incipiente ainda são as soluções que vêm sendo apresentadas pelos Tribunais.

Um cenário que demanda absoluta cautela e ponderação por parte dos operadores. E, neste sentido, justifica-se uma vez mais advertir para os problemas que podem decorrer da banalização e massificação descontrolada no uso da monitoração eletrônica.

Enfim, é necessário recordar que o monitoramento figura como apenas uma das alternativas voltadas à harmonização do regime prisional e o caso concreto poderá trazer indicativos que justifiquem a aplicação de outras medidas diversas do monitoramento eletrônico que, não por outra razão, já estavam contempladas no paradigmático Recurso Extraordinário 641.320/RS, que serve de base à Súmula Vinculante n. 56 do Supremo Tribunal Federal.

Comentário de Jurisprudência Cível sobre a Intervenção Ministerial em Segundo Grau

RESUMO: A jurisprudência analisada trata da negativa de intimação pessoal e vista dos autos, na fase recursal, ao Procurador de Justiça, quando o Ministério Público é parte, sob a justificativa da desnecessidade de dois membros atuarem no processo. Abordou-se em contraponto a essa conduta processual do órgão jurisdicional de segunda instância, o fato de que é ao próprio Ministério Público que compete a análise de ser ou não caso de intervenção. A negativa de vista o impede de exercer com inteireza seu dever constitucional, para o que lhe foi conferida capacidade institucional, que fica cerceada e, inclusive, se desvia do que, na atualidade, tem caracterizado a conduta do Judiciário, que é de ampliar a capacidade de dialogar com outros poderes e instituições, não se compreendendo que possa, nesse quadro, alijar o Ministério Público da importante atribuição que tem, especialmente no segundo grau, de prestar colaboração processual e participar ativamente da construção da jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Intervenção em segundo grau de jurisdição. Natureza híbrida. Colaboração processual. Capacidade institucional.

Nota: Os autores são integrantes da Coordenação de Recursos Cíveis do Ministério Público do Estado do Paraná:

1 Procuradora de Justiça.

2 Promotor de Justiça.

3 Assessor Jurídico.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 0016052-53.2006.87.16.0030, DA COMARCA DE FOZ DO IGUAÇU, ESTADO DO PARANÁ. Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Recorrido: JOSÉ AVELINO DINIZ. Relator: Desembargador LEONEL CUNHA. Julgado em 21/08/2018.

Ementa: 1) DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO-AUTOR E MINISTÉRIO PÚBLICO *CUSTOS JURIS*. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO CONJUNTA. RACIONALIZAÇÃO DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. a) Se o Ministério Público é Autor da Ação Civil Pública, segue-se que é desnecessária sua intervenção como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*), posto que não há, na forma da lei processual vigente, tal figura. b) É certo que o processo não tramita desnecessariamente e o Ministério Público, aceitando a “racionalização” de sua intervenção (expressão do CNMP, na Recomendação nº 34/2016), deve contribuir com a “razoável duração do processo” (art. 5º, LXXVIII, da CF)”, evitando-se movimentações e retardamentos desnecessários. c) Por isso, é desnecessário manifestação, agora em segundo grau porque, além de desequilibrar o tratamento isonômico devido às partes, a manifestação já ocorreu por ato do Promotor de Justiça que atuou no processo em primeira instância. d) Ainda, a participação do Ministério Público na sessão de julgamento é garantida por meio de sua intimação pessoal da pauta de julgamento - idêntica à endereçada aos Desembargadores - além do envio da pauta completa às respectivas assessorias, para as providências necessárias.

A jurisprudência escolhida para análise, cuja ementa está acima transcrita, veicula um comportamento que tem sido adotado pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, - a quem compete o julgamento das questões envolvendo matérias de direito público -, no sentido de reputar desnecessária a nova manifestação do Procurador de Justiça naquelas ações propostas pelo próprio Ministério Público, sobretudo as que visem a responsabilização de agentes públicos por ato de improbidade administrativa e ações coletivas para implementação de políticas públicas, como: saúde, meio ambiente, consumidor, educação, habitação e urbanismo.

Depreende-se deste ato jurisdicional a afirmação equivocada de que, em se tratando de ação proposta pelo Ministério Público em primeiro de grau de jurisdição,

afigura-se desnecessária uma reanálise pelo Procurador de Justiça na instância superior, pois sua atuação seria exclusivamente a título de fiscal da ordem jurídica, ou seja, “não há necessidade de intervenção conjunta, devido à ‘racionalização da intervenção’ e da razoável duração do processo.”

Diz a ementa: “Se o Ministério Público é autor da ação civil pública, segue-se que é desnecessária sua intervenção como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*), posto que não há, na forma da lei processual vigente, tal figura”.

Desde logo, é forçoso concluir que se trata de uma conclusão desprovida da reflexão sobre o papel das instituições públicas e a forma como são desenhadas no quadro constitucional e orgânico do país. Tal entendimento mostra-se descontextualizado, e, sobretudo, antidemocrático, porque conclui, sem abrir possibilidade de contraditório (e diálogo), no lugar e na instância em que a atuação processual do Ministério Público sofre a indevida restrição (segunda instância), retirando do próprio órgão ministerial a decisão sobre ser ou não o caso de atuar, para a defesa de um interesse que está sob sua atribuição, e que normalmente tem relevância social.

Essa postura é, antes de mais nada, antidemocrática. Atinge uma instituição que vela pela ordem democrática e que incorpora este valor (RODRIGUES, 2018, p.192), sendo que é o Ministério Público, que na expressão do professor Caio Tácito, representa uma “magistratura de persuasão”, diante da amplitude de suas funções que possuem caráter mais significativo, envolvendo diversas matérias, como saúde, educação, meio ambiente, direito do consumidor e tantas outras, sempre na perspectiva coletiva (RODRIGUES, 2018, p. 191).

Para além disso, é importante enfatizar que, no segundo grau, nas ações em que o Ministério Público atua como parte, ele não perde a condição de *fiscal da ordem jurídica*, atuando a um só tempo como parte interessada e, sobretudo, como guardião da ordem jurídica, portanto, forma híbrida, como pontuado pelo Ministro Mauro Campbell: “o Supremo Tribunal Federal já firmou premissa em demandas propostas pelo Ministério Público da União, por qualquer de seus ramos, somente pode officiar perante o Pretório Excelso o Procurador-Geral da República, exercendo simultaneamente o papel de parte e de *custos iuris*”.

E para completar a ideia, é importante ainda reproduzir outra parte dessa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Edcl no AgRg no AREsp n.º 194892), que vem agregar elementos na fundamentação deste comentário:

(...) 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na QO no RE 593.727/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, 21.6.2012, em inequívoca evolução jurisprudencial, proclamou a legitimidade do Ministério Público Estadual para atuar diretamente no âmbito da Corte Constitucional nos processos em que figurar como parte e estabeleceu, entre outras, as seguintes premissas (Informativo 671/STF): a) em matéria de regras gerais e diretrizes, o PGR poderia desempenhar no Supremo Tribunal Federal dois papéis simultâneos, o de fiscal da lei e o de parte; b) nas hipóteses que o Ministério Público da União (MPU) figurar como parte no processo, por qualquer dos seus ramos, somente o Procurador Geral da República (PGR) poderia officiar perante o Supremo Tribunal Federal, o qual encarnaria os interesses confiados pela lei e pela constituição ao referido órgão; c) nos demais casos, o Ministério Público Federal exerceria, evidentemente, a função de fiscal da lei e, nessa última condição, a sua manifestação não poderia pré-excluir a das partes, sob pena de ofensa ao contraditório; (...)

Então, a postura do órgão jurisdicional colegiado, não guarda sintonia com a *democracia da execução*, e foi Kelsen que salientou o fato de que a gestão do interesse público não se restringia ao campo da elaboração das normas – *democracia da legislação* – mas deveria avançar para o campo da execução das opções normativas (a *democracia da execução*) (RODRIGUES, 2018, p. 192).

Por isso Bobbio também se preocupava com essa necessidade de avaliar o “efetivo grau de democratização de um país investigando se todas as esferas públicas estão contaminadas pelo vírus da democracia” (RODRIGUES, 2018, p. 192).

O que se quer dizer é que essa atitude jurisdicional, de um agente “não democrático”, porque não eleito diretamente pela sociedade, vai de encontro com o comando normativo partido do circuito democrático, ou seja, despreza a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, razão pela qual quando constrói uma fundamentação que busca basear-se na “racionalização” e na “duração razoável do

processo”, tenta criar um ambiente de adequação à *garantia constitucional da duração razoável do processo*, para desfocar a questão do seu ponto central, que é o fato de se violar de forma substancial a *conformação infraconstitucional*. Primeiramente porque a sociedade tem direito ao processo justo, e é em nome dela que o Ministério Público atua; e ainda pelo fato de não ser respeitada a *capacidade institucional* deste órgão, que é dotado de estrutura própria, depende recursos públicos de grande monta e precisa dar cabo do seu mister, da forma mais completa possível.

Essa *capacidade institucional* tem outras dimensões - para além do aspecto estrutural e funcional, do preparo para o desempenho perante os órgãos jurisdicionais, no primeiro e no segundo grau -, que são relacionadas à capacidade estratégica, ou seja, aquela que tem o Ministério Público, de criar o espaço de diálogo, possibilitando a comunicação entre os principais atores que compõem, por exemplo, o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em importantes áreas como já mencionado (saúde, educação, habitação e urbanismo, meio ambiente, gestão do patrimônio público). Isso tudo parece ser ignorado em conceitos fechados no acórdão, como se a visão da atividade processual fosse só burocrática, sendo ignorada a instrumentalidade e a amplitude social, impregnadas na atuação ministerial neste século XXI.

A leitura feita pelo órgão jurisdicional colegiado, sobre a *paridade de armas*, não considera o papel exercido pelo Ministério Público, que não vem integrar a relação jurídica processual numa condição de poder ser comparado a qualquer outro participante, a não ser com ele mesmo, porque só o Ministério Público tem muitas das atribuições que possui, tendo recebido a respectiva estrutura pública para desempenhá-las, como também foi preparado organicamente para exercê-las, da forma preconizada inicialmente pelo constituinte e depois pelo legislador infraconstitucional.

Segundo Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO, ao tratarem dos direitos fundamentais processuais, o direito ao processo justo: “goza de eficácia *vertical* (além da *horizontal* e da *vertical com repercussão lateral*), isso quer dizer que “obriga o Estado Constitucional a adotar condutas concretizadoras do ideal de protetividade que dela dimana” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 772).

E, ainda, continuam para dizer que esse direito (ao processo justo) é *multifuncional*, tem função *integrativa*, *interpretativa*, *bloqueadora* e *otimizadora*. Decorre daí que:

exige a realização de um estado ideal de proteção aos direitos, determinando a criação dos elementos necessários à promoção do ideal de protetividade, a interpretação das normas que já preveem elementos necessários à promoção do estado ideal de tutelabilidade, o bloqueio à eficácia de normas contrárias ou incompatíveis com a promoção do estado de proteção e a otimização do alcance do ideal de protetividade dos direitos no Estado Constitucional” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p.772).

Ora, ainda para os autores, o “problema central do processo está na sua equilibrada organização – vale dizer, da ‘divisão do trabalho’ entre os participantes. O modelo do nosso processo justo é o *modelo cooperativo* – pautado pela colaboração do juiz para com as partes” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p.773). Sendo por essa razão tratado dessa forma no art. 6º do Código de Processo Civil.

Isso portanto implica que a colaboração “rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil”, segundo eles, justamente porque este é um ângulo de visão que é unilateral do fenômeno processual, mas não é a jurisdição que está no centro, é o próprio processo, o diálogo, o contraditório, ou seja, uma concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática ínsita ao Estado Constitucional. Nesse contexto, é um modelo que “resulta da *superação histórica* – e, pois, cultural, dos modelos de *processo isonômico* e de *processo assimétrico*” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 774).

E ainda ressaltam que: “do ponto de vista lógico, o processo cooperativo pressupõe o reconhecimento do caráter problemático do direito, reabilitando-se sua *feição argumentativa*. Passa-se da lógica apodítica à lógica dialética” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 775). Portanto, concluem que: o papel do juiz no processo colaborativo, é paritário no diálogo e assimétrico na decisão ((SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 776).

Mas a compreensão do acórdão sobre a atuação do Ministério Público, no âmbito do novo Código de Processo Civil foi feita de maneira superficial, posto que busca o órgão jurisdicional descer às minúcias, para buscar o detalhamento da forma como deve se dar a intervenção no segundo grau, entendendo que não há uma previsão expressa na legislação processual, para concluir então, que ela não pode acontecer da forma como sempre foi feita (intimação com abertura de vista para manifestação), e a isso chama de um “interpretação sistemática”. Ocorre que se olvida de que há um poder e um dever implícito de participação e colaboração processual que é em parte desempenhado pelo Ministério Público no primeiro grau, pelos Promotores de Justiça, e noutra parte pelo Ministério Público de segundo grau, pelos Procuradores de Justiça, o que aliás, nunca foi e nem é diferente, em todos os tribunais do país.

Não é possível que o Poder Judiciário, o qual sempre manteve estreito relacionamento com o Ministério Público - instituição que é “indispensável à função jurisdicional do Estado” (art. 127 da CF) -, adote uma postura de desprezo por esta interação, que não se desenvolve apenas no plano da etiqueta social. Para Clèmerson Merlin CLÈVE e Bruno Meneses LORENZETTO, (2016, fls. 69), deve ser considerado que, do passado quase silencioso imposto ao Judiciário, passou-se para um paradigma da necessária interação com os outros Poderes, em certos momentos, no sentido da cooperação, em certas ocasiões, como freio, ou mesmo como protagonista de uma tensão produtiva.

Nesse sentido, o que acontece hoje com o Judiciário é a tendência de se abrir a novos diálogos com a sociedade, e não restringir espaços antigos e já sedimentados de instituições como o Ministério Público, razão inclusive pela qual, é desnecessário que a legislação processual, que não faz isso em relação a outras instituições, tenha previsão, de forma específica, sobre como cada órgão ministerial participa do processo, dado que a interpretação sistemática que deve ser feita, implica em considerar a estrutura da instituição como posta na sua legislação de regência, tanto no âmbito federal como estadual, ou seja, com uma estrutura formada para atuação nos dois graus de jurisdição.

Resulta daí o que se tem chamado de diálogos institucionais, no sentido de que as instituições não podem tomar decisões que possam obstruir o desempenho de outras, as quais possuem uma configuração constitucional e também legal, não sendo dado a

nenhum órgão jurisdicional, por ferir aquilo que é chamado de “conformidade funcional”, ao dar uma interpretação restritiva, que imponha à instituição Ministério Público, atuação em modo diferente do que o legislador ordinário lhe conferiu.

Portanto, quando um órgão jurisdicional atua visando restringir a atuação do Ministério Público, interferindo no seu desempenho e criando obstáculos, contrariamente ao que foi previsto na sua legislação orgânica nacional e complementarmente na dos Estados da Federação, impede o exercício do *munus* (do dever) constitucional, desrespeitando frontalmente sua organização interna.

Há uma carreira do Ministério Público que se compõe de integrantes que atuam no primeiro grau de jurisdição, os Promotores de Justiça, e no segundo grau de jurisdição, os Procuradores de Justiça, cada um com atribuições próprias e específicas, como se pode observar nos artigos 19 a 24 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

É intuitivo, portanto, que existe uma estrutura hierárquica, uma funcionalidade diferente entre Procuradorias de Justiça e Promotorias de Justiça, e a decisão colegiada pretende impor uma dinâmica subversiva de funcionamento, na qual é o primeiro grau que detém o protagonismo perante o tribunal, órgão de segunda instância, reservando para o Procurador de Justiça, uma postura menor que a de um coadjuvante, pois sua intervenção é tida como “desnecessária”, e se resume à possibilidade de participar da sessão de julgamento (pois admite a intimação para este ato), de forma a reduzir, limitar e impossibilitar uma atuação com toda a potencialidade de interferir na construção da jurisprudência, palco da atuação do Procurador de Justiça, a quem a legislação conferiu a incumbência de atuar perante os tribunais, mas que na ótica e na imposição desta postura jurisdicional, não democrática, diga-se em reforço, deveria agora, se pautar pelas conclusões veiculadas pelo órgão de primeiro grau.

Ocorre que essa decisão não decorre do ordenamento, ou mesmo da própria configuração do Ministério Público, sendo um composto interpretativo da jurisprudência dos Tribunais Superiores, a partir de julgados que se formaram em condições absolutamente diferentes e para outros fins, mas que ainda que assim não fosse, são resultantes da visão que se tinha de outra conformação em relação ao que hoje se espera que aconteça no ambiente processual.

Em conclusão, não importa se o Procurador de Justiça atua como parte ou como *custos iuris*, posto que, em qualquer situação, sempre deve ser oportunizada a manifestação nos autos em segundo grau, e o contrário disso sempre configura prejuízo em razão de se mostrar obstáculo à capacidade institucional, impossibilitando que os diálogos entre instituições aconteçam, e que o processo de cunho democrático se estabeleça no plano da colaboração entre os sujeitos processuais.

Referências bibliográficas:

CLÈVE, Clèmerson Merlin, LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo Democrático e Juridicção Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RODRIGUES, Geiza de Assis, Breves considerações sobre o Ministério Público Federal no século XXI, *in Manual de Direitos Difusos*, org. VITORELLI, Edilson. Salvador: Ed. Juspodvum, 2018, p. 181-207.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2017

Legislação:

Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015

Constituição Federal do Brasil de 1988

Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei nº 8.625/1993

7.

Espaço Institucional

Ciro Expedito Scheraiber¹
Ana Lúcia Longhi Peixoto²
Rodrigo Joaquim Busnardo³

PLANOS DE SAÚDE POPULARES: ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

*POPULAR HEALTH INSURANCES: CRITICAL ANALYSIS
FROM CONSUMER RIGHTS*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breves apontamentos sobre o direito à saúde; 3. A saúde como direito do consumidor; 4. Saúde privada e regulação; 5. A proposta de planos de saúde populares; 5.1 Projeto de Lei nº 7.419/2006; 5.2 Análise crítica; 6. Considerações finais.

1 Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor e da Ordem Econômica. Integrante do 1º Grupo Cível de Procuradorias do MPPR. Graduado pela PUC/PR em Direito. Especialista em Direito Processual Civil (FESP/IBEJ) e em Ciências Penais (UFPR).

2 Promotora de Justiça em exercício junto ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor e da Ordem Econômica do Ministério Público do Estado do Paraná.

3 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Graduando em Direito Penal e Processual Penal pelo Curso Luiz Carlos (Escola Brasileira de Direito Aplicado). Estagiário de Pós-Graduação no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor e da Ordem Econômica do Ministério Público do Estado do Paraná.

RESUMO: O direito à saúde, direito fundamental e um dos direitos básicos dos consumidores, exige que o fornecimento de serviços de saúde pelo setor privado observe premissas constitucionais e legais em prol da vida humana digna e saudável dos consumidores de planos de saúde. A proposta de instituição de planos de saúde populares, objeto de projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados, visa à comercialização de planos de saúde, os quais, ainda que com preços mais acessíveis do que aqueles praticados atualmente, ofertam cobertura de serviços reduzida em relação ao que exige a lei, representando excessiva restrição dos direitos fundamentais, destacadamente dos direitos dos consumidores.

ABSTRACT: *The right to health, a fundamental right and a basic consumer right, demands that the supply of health services by the private sector observe constitutional and legal premises in favor of a healthy and dignified human life for consumers of health insurances. The proposition to structure popular health insurances, a goal of the Project of Law n. 7.419/2006, seeks to commercialize health insurances that cost less, but cover a reduced list of services in relation to what the law commands, thus representing an excessive restriction of consumer rights and disrespecting fundamental rights.*

PALAVRAS-CHAVE: Planos de saúde populares. Direito à saúde. Direito do consumidor.

KEYWORDS: *Popular health insurances. Right to health. Consumer rights.*

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende analisar a recente proposta, apresentada pelo governo federal, de estruturação e comercialização dos chamados "planos de saúde acessíveis" ou "populares", em tese mais baratos, e que, por outro lado, ofertam menos serviços do que prevê o rol mínimo de procedimentos estabelecido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) a ser observado pelos planos privados de saúde. A medida está contida no Projeto de Lei nº 7.419, de 2006 – que altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, a qual dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde –, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados.

A proposição de planos populares será analisada principalmente sob a lente constitucional, vez que o ordenamento jurídico brasileiro, cujo fundamento maior é a dignidade da pessoa humana, consagra o direito à saúde como direito fundamental, prevendo sua promoção de modo amplo, universalizado e democrático, a ser efetivado pelo Estado, primariamente, e, pela iniciativa popular, suplementarmente.

As reflexões levantadas ao longo do texto procuram aferir a real intenção da implementação dos planos populares, fazendo-se o contraponto entre argumentos favoráveis e contrários à pretensão em questão, e confrontando-os com direitos básicos constitucionalmente tutelados, como o direito à saúde e à proteção ao consumidor, ambos intrinsecamente relacionados.

2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE O DIREITO À SAÚDE

A saúde é definida pelo Ministério da Saúde como a garantia estatal de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis e a todos os habitantes do território nacional, conduzindo ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade⁴. Já de acordo com a Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), de 1946, a saúde é "um completo estado de bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade"⁵.

4 BRASIL. Ministério da Saúde. *Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 1986, p. 382.

5 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946*. Disponível em:

Ambos os conceitos são propositadamente amplos, visto que têm por objetivo salvaguardar da melhor maneira a saúde e a dignidade da vida humana⁶. Ainda que não o tenha feito de modo expresso, a Constituição Federal trabalha também com um conceito amplo de saúde, que fica enaltecido ao se considerar que o sistema jurídico brasileiro adota como fundamento para todo o ordenamento a dignidade da pessoa humana.

Pela Carta Magna, pois, a saúde é um direito fundamental social, assim elencado expressamente no *caput* de seu artigo 6º. Desse dispositivo deflui implicitamente a adoção de uma concepção de saúde na qual repousa a tutela da dignidade humana, para a qual a saúde há de ser compreendida em suas dimensões promocional, preventiva e curativa, devendo ser esse o sentido norteador do Poder Público na elaboração das políticas públicas sanitárias⁷.

Ademais, a saúde pública é uma das modalidades da Seguridade Social e, segundo o artigo 196 da Constituição Federal:

“É direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Já o seu artigo 198⁸ estabelece a integralidade de atendimento nas ações e nos serviços públicos que constituem o Sistema Único de Saúde (SUS), cuja base legal é a Lei Federal nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. No mesmo sentido, a Lei Federal nº 8.212 de 24 de julho de 1991 (que dispõe sobre a organização da Seguridade Social) preconiza, no parágrafo único de seu artigo 2º, a relevância pública das atividades de saúde, a qual deverá observar, dentre outros, os princípios do acesso universal e igualitário, do

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%Bade/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omsworld.html>>. Acesso em: out. 2017.

6 Ressalta-se que há propostas de se ampliar ainda mais esse conceito para incluir também o bem-estar espiritual, em vista da relevância que a espiritualidade e a religiosidade podem exercer sobre a saúde e a vida humana. Cf. MAIA, Murilo Casas. O Direito à saúde à luz da constituição e do código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 84/2012, p. 197-221, out./dez. 2012. Disponível em: <rt-online.mppr.mp.br>. Acesso em: out. 2017.

7 MAIA, M. C.; VASCONCELOS, F. A. O direito à saúde na constituição e no código de defesa do consumidor. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, v.1, n. 17, p. 181-196, 2012, p. 183.

8 Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

atendimento integral, com prioridade a atividades preventivas, e da participação da iniciativa privada, obedecidos os preceitos constitucionais.

Assim, além de direito social, inserido no Título II da Constituição Federal (que trata dos direitos e garantias fundamentais), a saúde constitui também garantia subjetiva⁹ e direito individual do cidadão¹⁰, possuindo, dessa forma, natureza dúplice, de direito individual e de direito coletivo, a qual não obsta sua proteção judicial em qualquer de seus aspectos¹¹.

Desse modo, enquanto norma constitucional, o direito à saúde se traduz, ao mesmo tempo, em norma de eficácia plena – como direito fundamental com força normativa de incidência imediata – e de caráter programático – como diretriz ao legislador. Outrossim, ressalta-se que o direito à saúde possui dimensão negativa ou defensiva, no sentido de ser norma impositiva de abstenção à sua inviabilização, e positiva ou prestacional, abrangendo prestações em sentido amplo (por exemplo, como na organização de procedimentos para o acesso à saúde pela população e distribuição de recursos pelo SUS), e em sentido estrito (como na distribuição de medicamentos, realização de cirurgias e consulta)¹².

3. A SAÚDE COMO DIREITO DO CONSUMIDOR

A Constituição Federal estabeleceu "uma necessária conexão de direitos fundamentais em prol da vida humana digna e saudável"¹³, isto é, um sistema protetor da vida humana digna por meio de direitos mutuamente dependentes, dentre os quais, o direito à saúde, à informação, à proteção do meio ambiente equilibrado e à tutela do

9 "[...] 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão [...]" (STJ, Resp 1068731/RS, 2ª T., j. 17.02.2011, rel. Min. Herman Benjamin, Dje 08.03.2012).

10 "O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida" (STF, AgRg no RE 393175, 2ª T. j. 12.12.2006, rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.02.2007, p. 140, Ement. 2262-08, p. 1524).

11 MAIA, M. C.; VASCONCELOS, F. A. O direito à saúde na constituição e no código de defesa do consumidor. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, v.1, n. 17, p. 181-196, 2012, p. 186.

12 MAIA, M. C.; VASCONCELOS, F. A. O direito à saúde na constituição e no código de defesa do consumidor. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, v.1, n. 17, p. 181-196, 2012, p. 185-186.

13 MAIA, Murilo Casas. O Direito à saúde à luz da constituição e do código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 84/2012, p. 197-221, out./dez. 2012. Disponível em: <rt-online.mppr.mp.br>. Acesso em: out. 2017.

consumidor.

Ao tratar sobre a proteção constitucional do direito à vida e à saúde, Aurisvaldo Sampaio¹⁴ registra que

“A vida é o pressuposto de todos os demais direitos. Faz-se coro com Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, para dizer que 'somente aqueles que possuem vida, e, ainda mais, vida com qualidade e saúde, é que terão condições de exercitarem os demais direitos humanos, nestes compreendidos os direitos sociais da personalidade e políticos do ser'”.

Dentro desse enfoque, diversas são as esferas de atuação para a proteção desse direito fundamental.

A leitura do artigo 225 da Constituição Federal¹⁵, por exemplo, demonstra que a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado está atrelado ao conceito de saúde. Ademais, o meio ambiente é princípio da ordem econômica, assim como a defesa do consumidor, conforme o artigo 170 da Carta Magna¹⁶, o que demonstra a relação de interdependência dos temas.

Nesse mesmo sentido, a proteção do consumidor está expressa no artigo 5º, inciso XXXII¹⁷, como direito fundamental da pessoa e dever fundamental do Estado, refletida e amparada pelo Código de Defesa do Consumidor, diploma legal no qual a saúde vem arrolada como um dos instrumentos da Política Nacional das Relações de Consumo (artigo 4º, *caput*, CDC¹⁸), o que faz desse direito "um dos eixos sobre o qual deve ser desenvolvida a relação de consumo"¹⁹.

Outrossim, a saúde é um dos direitos básicos do consumidor, conforme artigo

14 SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 50.

15 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

16 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [...].

17 Art. 5º. [...] XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; [...].

18 Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...].

19 MAIA, Murilo Casas. O Direito à saúde à luz da constituição e do código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 84/2012, p. 197-221, out./dez. 2012. Disponível em: <rt-online.mppr.mp.br>. Acesso em: out. 2017.

6º, inciso I, do referido diploma legal²⁰, assim como a vida e a segurança, demonstrando a preocupação do Código consumerista com valores de caráter extrapatrimonial, pertencentes ao consumidor vulnerável, ratificando a tendência atual de repersonalização das relações jurídicas²¹.

Destacam-se também outros dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que tratam da tutela da saúde na esfera consumerista, como o seu artigo 8º, que determina que produtos e serviços colocados à venda no mercado não devem acarretar riscos à saúde e à segurança dos consumidores; o artigo 9º, que trata do dever de informar ostensiva e adequadamente sobre a nocividade do produto ou do serviço; o seu artigo 10, cujo fim é evitar a colocação no mercado de produtos ou serviços com alto grau de periculosidade; e, ainda, o artigo 18, §6º, da mesma lei, no qual a saúde serve de referência para a definição de produto impróprio para uso ou consumo.

Outrossim, o direito à informação, expresso tanto no *caput* do artigo 4º, como no inciso III do artigo 6º²², ambos do Código de Defesa do Consumidor, possui forte vínculo com a efetivação do direito à saúde e com a prevenção de danos à saúde do consumidor, representando "verdadeiro vetor de dados necessários e úteis ao cidadão para a tomada dos mais variados tipos de decisão, inclusive para a escolha dos riscos aos quais aceita se expor conscientemente"²³.

Dessa forma, é perceptível como o Código de Defesa do Consumidor lança mão do direito fundamental à saúde para a efetivação de sua proteção, da mesma forma que a saúde se beneficia da proteção do cidadão na área consumerista.

4. SAÚDE PRIVADA E REGULAÇÃO

A população brasileira conta, atualmente, com duas alternativas de assistência à saúde – a pública e a privada. Esta última é dividida entre a contratação direta de

20 Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; [...].

21 MAIA, Murilo Casas. O Direito à saúde à luz da constituição e do código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 84/2012, p. 197-221, out./dez. 2012. Disponível em: <rt-online.mppr.mp.br>. Acesso em: out. 2017.

22 Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; [...].

23 MAIA, Murilo Casas. O Direito à saúde à luz da constituição e do código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 84/2012, p. 197-221, out./dez. 2012. Disponível em: <rt-online.mppr.mp.br>. Acesso em: out. 2017.

profissionais em seus consultórios e a contratação indireta, através de planos e seguros de saúde, sendo a que é abarcada pela tutela consumerista. Destaque-se que o consumidor de planos de saúde privados pode utilizar, conjuntamente, se assim o quiser, dos serviços prestados pela Administração Pública.

A Constituição Federal consolidou a participação da iniciativa privada na prestação de serviços à saúde de forma suplementar, de forma àquela não ficar sujeita ao ordenamento próprio do serviço (isto é, a Lei nº 8.080/1990), podendo explorar livremente o mercado de saúde suplementar, tendo, contudo, o dever de observar os preceitos constitucionais e de preservar a dignidade humana de todos os seus participantes, mormente de seus usuários/consumidores²⁴.

Dessarte, por conta do efeito irradiador dos direitos fundamentais, estes incidem diretamente na relação entre particulares – e não só entre o particular e o Estado –, estando o particular, nesta seara, obrigado a realizar prestações positivas em prol da saúde alheia. Segundo Maia e Vasconcelos²⁵:

“[...] deve-se firmar que os riscos à saúde humana não provêm somente do Estado e emanam, por vezes, dos particulares. O Direito à saúde, mesmo no âmbito privado, deve ser de cogente respeito, ainda mais com a crescente aceitação da aplicabilidade dos direitos fundamentais entre particulares, para quem a assistência à saúde é livre. [...] Assim, pode-se afirmar que, nas relações entre particulares, defluem do direito à saúde dois deveres gerais básicos: o dever geral de respeito (defensivo) e o dever geral de proteção com base na solidariedade”.

Riani²⁶, por sua vez, aponta que a saúde privada pode ser prestada de três formas: a primeira, particular pura, em que o cidadão escolhe o profissional ou prestador e paga o preço combinado, firmando um contrato; a segunda, por intermédio de operadora de plano de saúde, em que o consumidor, por meio de contrato de adesão, tem à sua disposição um catálogo de prestadores para escolher, pagando um preço determinado, reajustado anualmente; a terceira, por intermédio de prestadora de

24 RIANI, M. K. *Planos de saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo*. 2010. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2010, p. 23.

25 RIANI, M. K. *Planos de saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo*. 2010. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2010, p. 186.

26 RIANI, M. K. *Planos de saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo*. 2010. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2010, p. 23.

serviço do Estado, atuando de forma complementar e remunerada pelas realizações dos serviços por meio de uma tabela pactuada.

Nesse contexto, a promulgação da Lei Federal nº 9.656 de 3 de junho de 1998, a qual dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, representou verdadeiro marco regulatório relativo à saúde privada. Para Riani, a Lei nº 9.656/1998 foi um divisor de águas para esse ramo de atividade econômica, tendo trazido ao ordenamento jurídico "um conjunto específico de direitos, deveres e responsabilidades para as pessoas que compõem esse mercado, quais sejam, beneficiários, operadoras de plano de saúde e prestadores de serviços"²⁷.

Com a proliferação da atividade econômica de saúde suplementar – cuja presença é intensa, contando com mais de 47 milhões de beneficiários no país²⁸, e cuja manutenção é uma necessidade –, tornou-se imprescindível a regulamentação do setor, papel exercido atualmente pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei Federal nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, como "órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde" (conforme seu artigo 1º). Seu fim precípuo, enquanto instituição, segundo o artigo 3º da Lei, é o de "promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores".

A saúde privada, então, assumiu, efetivamente, contornos compatíveis com a proteção consumerista que lhe é inerente. Isso decorre da premissa de que, em se tratando de contratos que regem necessidades vitais, a vulnerabilidade do contratante se torna ainda maior.

A esse respeito, o conceituado doutrinador Bruno Miragem²⁹ leciona que:

“Trata-se de contratos que apresentam características peculiares, na medida em que: a) revestem-se de grande importância social, dado o caráter vital da prestação principal do fornecedor; b) seu interesse útil revela-se na promoção e preservação da vida e da saúde do consumidor, vinculando-se por isso com a própria proteção da pessoa

27 RIANI, M. K. *Planos de saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo*. 2010. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2010, p. 24.

28 Informação retirada do site da ANS. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: out. 2017.

29 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 463.

humana; c) durante a execução do contrato, em muitas situações percebe-se a vulnerabilidade agravada do consumidor, em vista de enfermidade e a necessidade da obtenção de meios para seu tratamento. Da mesma forma, o objeto dos serviços prestados pelo fornecedor vincula-se com o direito fundamental à saúde e à vida, os quais merecem, na comparação com direitos fundamentais normalmente em conflito nos contratos, tratamento preferencial”.

Não se pode olvidar que se trata de prestação de execução continuada e, não bastasse, em que o consumidor acaba trabalhando com o fator da incerteza. De fato, não há como se precisar se irá necessitar efetivamente se utilizar dos serviços disponibilizados, muito menos a forma com que tal irá se dar. Contudo, como pontuado na transcrição acima, em geral, quando a contraprestação é demandada, a fragilidade é agravada, estando o contratante em situação em que sua "subordinação é ainda mais intensa"³⁰.

Em decorrência, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 469, substituída, recentemente³¹, pela de número 608, segundo a qual "aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão".

Ou seja, a análise acerca dos planos de assistência à saúde pressupõe um enfoque distinto, com inúmeros reflexos, dentre os quais, a relatividade dos efeitos do contrato e a sua submissão aos princípios que regem as relações de consumo. Por conseguinte, são vedadas condutas que violem a boa-fé, por exemplo.

Dentro desta lógica, são inegáveis os avanços refletidos aos consumidores obtidos pela regulamentação acerca dos planos de saúde, de modo a se evitar que os usuários de planos privados se vejam desamparados perante a regras de contratação estabelecidas unilateralmente pelas prestadoras.

Nesse sentido, destacam-se algumas conquistas da regulação do setor, quais sejam: cobertura obrigatória pelas operadoras de quase três mil procedimentos em saúde; proibição de exclusão de doenças de forma genérica denominadas de "crônicas" (por exemplo, o câncer), "congênitas" (adquiridas na gestação) ou "infectocontagiosas de notificação compulsória" (como a Aids); proibição de limite de tempo de internação;

30 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 466.

31 Em 11 de abril de 2018.

proibição de rompimento unilateral do contrato a qualquer tempo; imposição de regras transparentes sobre reajuste por faixa etária; estabelecimento de períodos máximos de carência; garantia do direito de empregado e aposentado permanecerem no plano do empregador³².

O legislador estabeleceu, outrossim, um plano de referência (artigo 10 da Lei nº 9.656/98), elencando as exigências mínimas que, segundo Bruno Miragem³³, visam a "evitar a exclusão de parte da prestação devida que viesse a comprometer a própria finalidade do contrato e o interesse útil do consumidor".

Não bastasse, recentemente³⁴, foi editada a Súmula 609 do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado", consolidando, pois, a indispensabilidade de se dar atenção e proteção especial aos segurados de planos de saúde.

5. A PROPOSTA DE PLANOS DE SAÚDE POPULARES

Do que até aqui já foi exposto, infere-se a existência, no sistema jurídico brasileiro, de um verdadeiro arcabouço protetivo da saúde humana, que se traduz em um dos mais importantes pilares de uma vida digna. Desde a Constituição Federal – para a qual a saúde está atrelada à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, aos direitos do consumidor e ao direito à informação –, passando-se pelos microssistemas cuja criação dela advém, incluídos nestes o Código de Defesa do Consumidor e outras leis infraconstitucionais relativas à regulação do setor da saúde privada, encontram-se normas que procuram resguardar o consumidor dos serviços privados de saúde³⁵ tendo em vista a vulnerabilidade inerente àquele.

Trata-se de premissas constitucionais, legais, doutrinárias e jurisprudenciais, que

32 RIANI, M. K. *Planos de saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo*. 2010. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2010, p. 26-27.

33 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2016, p. 467.

34 Em 11 de abril de 2018.

35 Segundo o Glossário Temático da ANS, define-se beneficiário de plano privado de assistência à saúde como "pessoa física, titular ou dependente, que possui direitos e deveres definidos em legislação e em contrato assinado com a operadora de plano privado de assistência à saúde, para garantia da assistência médico-hospitalar e/ou odontológica". Cf. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). *Glossário temático: saúde suplementar*. Brasília: Ministério da Saúde, 2009, p. 26.

constituem direitos básicos, resultados de intensos processos e conquistas que se deram ao longo do tempo – mormente desde a redemocratização da política brasileira –, que dão segurança e amparo aos milhões de consumidores de planos de saúde em todo o país e que, por isso, devem iluminar o processo decisório no âmbito político e guiá-lo em direção à concretização do interesse público, sobrepondo-se, pois, a eventuais interesses políticos e econômicos circunstanciais.

Conforme explicitado acima, a regulação da saúde suplementar consistiu em grande avanço para o consumidor, trazendo-lhe maior amparo e proteção. Contudo, no momento em que aquela está a completar vinte anos, desponta uma ameaça às conquistas efetivadas: vem sendo rediscutido o projeto de criação de planos de saúde acessíveis ou populares.

5.1 Projeto de Lei nº 7.419/2006

A proposta relacionada aos chamados "planos populares" está contida no Projeto de Lei nº 7.419/2006 – que altera a Lei Federal nº 9.656/1998 –, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados.

Tais planos permitiriam a seus usuários o acesso a um conjunto mais restrito de serviços de saúde do que aqueles arrolados como sendo a cobertura mínima exigida pela ANS (definida hoje em dia pela Resolução Normativa nº 387/2015), oferecendo como suposta vantagem um menor custo.

O objetivo, teoricamente, seria o desafogamento do SUS. Sustenta-se que a medida daria acesso a milhões de brasileiros que deixaram, nos últimos anos, por conta da crise econômica, de possuir planos de saúde a serviços básicos dessa natureza. Já se disse alhures que seria um plano sem internação nem urgência³⁶.

Em 05 de agosto de 2016, o Ministério da Saúde publicou a Portaria nº 1.482, por meio da qual instituiu o Grupo de Trabalho para discutir o projeto de criação de planos de saúde acessíveis. Inicialmente, pois, foram realizadas cinco reuniões pelo grupo em questão, com a participação da Confederação Nacional das Empresas de

36 LENHARO, Mariana. *Proposta de 'plano de saúde popular' inclui modalidade sem internação nem urgência*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/proposta-de-plano-de-saude-popular-inclui-modalidade-sem-internacao-nem-urgencia.ghhtml>>. Acesso em: mai. 2018.

Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CnSeg) e da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANSS) – ou seja, apenas porta-vozes do governo e do setor privado, sem a presença de nenhuma entidade de defesa do SUS, da sociedade ou dos consumidores em potencial.

Como decorrência, foi remetido o Ofício nº 60-GS/SAS, pela Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde à ANS, em 18 de janeiro de 2017, explicitando que o projeto "pretende viabilizar a criação de um plano de saúde mais acessível à população brasileira", tendo em vista que a redução drástica do número de beneficiários de planos médico-hospitalares – causada pela crise econômica que aflige o país, a qual se reflete diretamente no mercado de trabalho – "eleva as despesas per capita das operadoras e impacta na precificação do produto, o que dificulta ainda mais o acesso da população à saúde suplementar".

Por sua vez, a ANS também instituiu Grupo de Trabalho, através da Portaria nº 8.851 de 23 de março de 2017, visando à avaliação da proposta. Foram realizadas novas reuniões, desta vez com outros setores da sociedade, dentre os quais a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), a Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), a Universidade de São Paulo (USP), a Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), dentre outros, especificados naquela normativa.

Foi publicado, pela ANS, o Relatório Descritivo do Grupo de Trabalho de Planos Acessíveis (Relatório Conjunto SEGER/Gabinete/ANS nº 01/2017), no qual constam as conclusões de cada órgão participante, bem como as considerações finais da própria ANS, que não barrou o andamento do projeto, tendo concluído que "as propostas encaminhadas pelo Ministério da Saúde concorrem com ações regulatórias já em andamento na ANS", sendo que alguns temas "já ocorrem no mercado, independente de quaisquer sugestões contidas nessas propostas"³⁷.

Apenas uma restrição ao projeto foi feita pela ANS no relatório, qual seja, com relação à possibilidade de reajuste de preços.

Ocorre, no entanto, que não se pode deixar de mencionar que a ANS, em se tratando de agência reguladora, não possui independência plena em relação à

37 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). Relatório descritivo do GT de Planos Acessíveis. Rio de Janeiro, 2017, p. 48.

Administração Indireta. Sobre este aspecto, vale-se das ponderações tecidas pelo Bruno Miragem³⁸, no sentido de que

“[...] examinando a experiência regulatória na última década, percebem-se nitidamente dois fenômenos: a) houve um excesso de confiança do legislador na competência regulatória das agências, frustrada por uma ação pouco convincente do órgão na proteção do interesse dos consumidores; e b) o superdimensionamento da competência normativa secundária (regulamentar) da agência, tem dado causa à edição de regulamentos de frágil conformidade com as disposições e/ou o fundamento teleológico da Lei 9.656/98 e do Código de Defesa do Consumidor”.

Ou seja: a despeito do fim para o qual foi criada, não se pode depositar expectativas de que a ANS vá efetivamente resguardar o direito à saúde em sua forma plena, vez que há inúmeros interesses em voga.

Importa colacionar as considerações feitas pela SENACON, expressando preocupação com a proposta de planos acessíveis e se posicionando contra sua implementação. Para a Secretaria em questão, deve haver "uma forma de conciliar a proteção do consumidor com o equilíbrio econômico-financeiro e lucratividade das empresas"³⁹. O órgão questiona, ainda, o papel das administradoras de benefícios⁴⁰ na proteção dos consumidores, referindo que, se tais administradoras de benefícios protegessem de fato os consumidores, "elas não iriam figurar tanto como réis como vem acontecendo"⁴¹.

Por sua vez, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro⁴² consignou que a limitação da cobertura mínima constante do rol de procedimentos definido pela ANS contraria a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, que vem ampliando

38 MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 466.

39 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). Relatório descritivo do GT de Planos Acessíveis. Rio de Janeiro, 2017, p. 29.

40 A expressão "Administradora de Benefícios" foi criada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), para caracterizar empresas que atuam como intermediárias na relação entre a operadora de planos de saúde e seus usuários, especializadas na viabilização e administração de planos de saúde e odontológicos para categorias profissionais e empresas. Trata-se da pessoa jurídica que propõe a contratação de plano privado coletivo na condição de estipulante ou que presta serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados coletivos de assistência à saúde, e desenvolve atividades previstas em regulamentação específica da ANS. Cf. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). *Glossário temático: saúde suplementar*. Brasília: Ministério da Saúde, 2009, p. 16-17.

41 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). Relatório descritivo do GT de Planos Acessíveis. Rio de Janeiro, 2017, p. 29.

42 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). Relatório descritivo do GT de Planos Acessíveis. Rio de Janeiro, 2017, p. 32-36.

cada vez mais as hipóteses de cobertura quando as prestadoras inviabilizam o tratamento de saúde. A instituição se posicionou contrariamente à integralidade da proposta, nos termos em que foi apresentada.

Em sentido semelhante, a Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (Proteste) também demonstrou preocupação com a redução do rol de procedimentos: "qualquer plano com cobertura inferior ao Rol de Procedimentos da ANS não vai solucionar as necessidades do consumidor porque vai criar os chamados 'planos fake' que fingem que atendem, mas não vão atender"⁴³.

Sobre o tema, o Ministério Público Federal referiu que "o esforço da ANS em manter o Rol de Procedimentos protege o consumidor das condições desfavoráveis caracterizadas pela assimetria de informação"⁴⁴.

A seu turno, o Conselho Federal de Medicina (CFM), que não participou das reuniões por não acreditar na pertinência ou na eficácia da proposta, criticou veementemente o projeto de criação dos planos em questão, nos seguintes termos:

“Se implementada, esta proposta não trará solução para os problemas do SUS, possivelmente sem a inclusão de doentes crônicos e idosos, resultando em planos limitados a consultas ambulatoriais e a exames subsidiários de menor complexidade. Portanto, não evitarão a procura pela rede pública ou impacto prejudicial ao financiamento do SUS”⁴⁵.

5.2 Análise crítica

A proposta de criação de planos populares se depara com inúmeras inconsistências, que deságuam em injustiças e inconstitucionalidades.

Primeiramente, caminha na contramão do que dispõe a Constituição Federal, que trata da saúde como direito de todos e dever do Estado, cumprindo a este garantir seu acesso universal e igualitário (nos termos do artigo 196 da CF).

Diversamente, porém, vem sendo maximizada uma perspectiva mercadológica, de custo-benefício de ações e serviços em saúde, perdendo esta sua concepção de

43 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). Relatório descritivo do GT de Planos Acessíveis. Rio de Janeiro, 2017, p. 36.

44 AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). Relatório descritivo do GT de Planos Acessíveis. Rio de Janeiro, 2017, p. 40.

45 ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA (APM). *CFM critica proposta de 'plano de saúde popular' divulgada pelo Ministério da Saúde*. Disponível em: <<http://associacaopaulistamedicina.org.br/noticia/cfm-critica-proposta-de-plano-de-saude-popular-divulgada-pelo-ministerio-da-saude>>. Acesso em: out. 2017.

cidadania e transformando-se em mera mercadoria, "passível de ser reproduzida de forma linear, armazenada e investida"⁴⁶.

A iniciativa de estimular planos baratos encontra encaixes com recomendações internacionais, como as provenientes do Banco Mundial, para se implementar uma cobertura universal de saúde em países de baixa e média rendas, com fundamento em políticas de suporte à demanda, como subsídios para aquisição de planos privados, em substituição aos sistemas públicos⁴⁷. Entretanto, há diferença entre uma "cobertura universal" e o que se denomina de "saúde para todos": aquela é um contraponto a esta, visto que a cobertura universal é um somatório de coberturas parciais, com atendimentos diferentes, uma parte no setor privado particular, outra nos planos privados, e uma terceira no setor público⁴⁸.

Nessa esteira, fortalece-se, equivocadamente, o conceito de saúde desenvolvido pelo Banco Mundial e outras instituições multilaterais, segundo o qual aquela seria identificada como ausência de doença⁴⁹. Contudo, como já visto, a saúde, como um dos mais importantes pilares da efetivação da dignidade da pessoa humana, abrange uma concepção muito mais ampla, representando bem mais que a mera inexistência de doença: em verdade, saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doença ou incapacidade.

Dessarte, a instituição de planos que cubram menos que o rol mínimo estabelecido pela ANS representa excessiva onerosidade aos consumidores e grave afronta aos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Ora, a Lei Federal nº 9.961/2000 dispõe que a elaboração do rol de procedimentos⁵⁰ em saúde é de competência da ANS, nos termos de seu artigo 4º, inciso III⁵¹. Por conseguinte, o objetivo

46 GAVA, Gustavo Bonin. *Temer: políticas de saúde pobres para os pobres*. Disponível em: <<http://brasildebate.com.br/temer-politicas-de-saude-pobres-para-os-pobres/>>. Acesso em: out. 2017.

47 BAHIA, Ligia et al. Planos privados de saúde com coberturas restritas: atualização da agenda privatizante no contexto de crise política e econômica no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016001200504&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: out. 2017.

48 "O que importa é que se garanta a todas as pessoas o acesso a alguns serviços, ainda que as formas de acesso, de remuneração e a qualidade sejam diversas". Cf. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA (ABRASCO). *A quem interessam os planos de saúde 'populares'?* Disponível em: <<https://www.abrasco.org.br/site/noticias/sistemas-de-saude/a-quem-interessam-os-planos-de-saude-populares/20484/>>. Acesso em: out. 2017.

49 GAVA, Gustavo Bonin. *Temer: políticas de saúde pobres para os pobres*. Disponível em: <<http://brasildebate.com.br/temer-politicas-de-saude-pobres-para-os-pobres/>>. Acesso em: out. 2017.

50 Ressalte-se que o Rol de Procedimentos e Eventos da ANS é definido e atualizado por meio de resolução, sendo a Resolução Normativa - RN nº 387, de 28 de outubro de 2015, aquela em vigor atualmente.

51 Art. 4º Compete à ANS: [...] III - elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades; [...].

da ANS, como promotora do interesse público na assistência suplementar à saúde, seria o de conferir máxima proteção ao direito fundamental de proteção ao consumidor, no que se refere à saúde suplementar. Aparentemente, pois, está indo de encontro ao que deveria preconizar, anuindo com a restrição de direitos, que certamente se perpetrará caso a estruturação dos planos "acessíveis" se concretize.

Causa preocupação, contudo, a tendência a se permitir – e, pior, a se entender como solução adequada ao verdadeiro caos na área de saúde vivenciado diariamente por milhões de brasileiros – que haja um retrocesso nas conquistas arduamente obtidas ao longo dos anos.

Evidente o avanço consistente em se estabelecer um padrão mínimo a ser oferecido ao usuário, que, por vezes, vê-se iludido quanto ao que lhe é, de fato, oferecido no plano contratado, descobrindo, porém, alguns pormenores restritivos somente quando está diante da necessidade de efetivo uso do que contratou, momento em que sua vulnerabilidade é extrema. Ocorre que a implementação de planos nos moldes explicitados somente aumentará esta indefinição. Por conta do custo mais baixo, o consumidor, sabedor de que o sistema público não funciona a contento, mas, com dificuldades financeiras naturais, identificará como boa opção a contratação de um plano popular, sem, todavia, vislumbrar pragmaticamente que este não será apto a lhe atender integralmente, de forma que, o que teoricamente aparenta ser de baixo custo, acabará tendo um valor alto para o que oferece.

Alia-se a isso o fato de os contratos de planos de saúde serem geralmente de adesão, instrumento no qual uma das partes, o estipulante, impõe unilateralmente o conteúdo negocial, restando à outra parte, o aderente, duas opções, quais sejam, aceitar ou não o conteúdo desse negócio⁵². Nítido, pois, o campo fértil criado para a desinformação do consumidor e, por conseguinte, para a frustração de suas expectativas.

Nesse tocante, insta registrar a lição de Aurisvaldo Sampaio⁵³ no sentido de que

“[...] o princípio da defesa do consumidor reforça a proibição do retrocesso – que abrange quaisquer direitos fundamentais –

52 TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel. *Manual de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 341.

53 SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 56.

especificamente nesta matéria, dado que ao Estado se determinou a proteção do consumidor na forma da lei, jamais podendo ele desprotegê-lo por meio da edição de norma que suprima ou reduza um direito que antes lhe fora assegurado”.

Ao discorrer acerca da eficácia dos princípios constitucionais, o autor explica que:

“Deve-se destacar, ainda, a eficácia vedativa do retrocesso, que Luiz Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos entendem derivar da eficácia negativa, a qual impede a revogação de norma regulamentadora de direito fundamental, sem substituição por outra, importando a sua pura e simples supressão, com esvaziamento do comando constitucional, bem como a mitigação do seu grau de efetividade por via de alteração, exceto quando ocorrer a implementação de suficientes medidas compensatórias”⁵⁴.

Ora, como ponderado acima, a alteração legislativa visada acaba por mitigar a proteção que havia sido dada aos contratos de plano de assistência à saúde, garantindo ao consumidor uma gama de serviços mínima, a fim de dar efetividade à proposta a que se destinam. Planos de saúde que não atendem adequadamente às necessidades que venham a ser deflagradas no caso de doença não atendem ao fim para os quais existem – e nos quais se pauta o consumidor. Este, embora em um primeiro momento, possa arcar com um valor mais baixo, acabará por despender valor infinitamente superior na hipótese de efetivamente precisar de amparo, deixando, no entanto, de se preparar para isso, o que implica em dizer que o custo aparentemente baixo será, em verdade, elevado diante das restrições que serão impostas.

Ademais, apresenta-se altamente questionável o argumento de que a implementação da proposta irá “desafogar” o SUS, visto que usuários de planos privados com cobertura limitada e insuficiente acabarão tendo de recorrer ao sistema público ao constatar que a limitação imposta representa um obstáculo na resolução de seus problemas. Segundo a pesquisadora Luciane Pilotto, do Departamento de Odontologia Preventiva e Social da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), parte significativa de usuários de planos privados utiliza o SUS, devido às limitações de

54 SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 34.

cobertura daqueles e da qualidade do sistema público⁵⁵, principalmente no que se refere a serviços de alto custo ou alta complexidade.

Em sua tese de doutorado, a pesquisadora também aponta que o sistema brasileiro de saúde, que é misto (público e privado), abre espaço a inúmeras iniquidades, já que mais de um quarto da população tem acesso duplicado aos serviços de saúde⁵⁶.

Em outras palavras, usuários de planos privados também utilizam o sistema público, caracterizando a chamada "dupla entrada", prática que faz com que os beneficiários dos planos e o Estado gastem duplamente pelos serviços de saúde, gerando desigualdades no sistema. Segundo Pilotto:

“Os indivíduos gastam duas vezes quando pagam para ter um plano de saúde, mas optam em pagar diretamente do bolso o atendimento ou utilizam o sistema público que é financiado pelos impostos que pagam [...]. E o governo financia duplamente o serviço quando um cidadão com plano privado utiliza o SUS porque este é o financiador do sistema público e também do plano privado que não foi usado. Este último é financiado por meio das isenções fiscais”⁵⁷.

Visualiza-se, assim, que a utilização de serviços de saúde no Brasil não ocorre da mesma maneira entre os cidadãos, vez que ainda se verificam formas de acesso excludentes, seja em relação ao uso de serviços públicos, seja de serviços privados. A mesma autora conclui em seu trabalho que:

“Se os planos que existem hoje no mercado não estão satisfazendo os beneficiários, é improvável que um plano popular, com cobertura mais reduzida, irá resolver os problemas de acesso aos serviços dos cidadãos e tampouco aliviar o custo do governo ou o SUS”⁵⁸.

55 "O Brasil possui um sistema de saúde público de acesso universal, o SUS, que serve de exemplo a muitos outros países". Cf. PILOTTO, L. M. *Os planos privados de saúde no Brasil e sua influência no uso de serviços de saúde: análise dos dados da PNAD 1998, 2003, 2008 e da PNS 2013*. 2016. 93 f. Tese (Doutorado em Odontologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2016, p. 81.

56 PILOTTO, L. M. *Os planos privados de saúde no Brasil e sua influência no uso de serviços de saúde: análise dos dados da PNAD 1998, 2003, 2008 e da PNS 2013*. 2016. 93 f. Tese (Doutorado em Odontologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2016, p. 81.

57 PILOTTO, L. M. *Os planos privados de saúde no Brasil e sua influência no uso de serviços de saúde: análise dos dados da PNAD 1998, 2003, 2008 e da PNS 2013*. 2016. 93 f. Tese (Doutorado em Odontologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2016, p. 81.

58 PILOTTO, L. M. *Os planos privados de saúde no Brasil e sua influência no uso de serviços de saúde: análise dos dados da PNAD 1998, 2003, 2008 e da PNS 2013*. 2016. 93 f. Tese (Doutorado em Odontologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2016, p. 82-83.

De outra parte, ao incitar tal tipo de proposição, o Estado visa a, de certa forma, desonerar-se daquilo pelo que é responsável. Com efeito, não se pode esperar melhorias no Sistema Único de Saúde quando nitidamente se está a buscar e defender a adoção de uma solução "milagrosa" - porém, irreal – para a situação caótica vivenciada na área, como se tal fosse suprir as obrigações que competiam ao sistema público.

Nesse contexto, é preciso que os órgãos reguladores se posicionem de maneira a efetivar os direitos do consumidor e evitar gastos excessivos em saúde, seja pelos beneficiários, seja pelo próprio Estado, visando a corrigir as iniquidades no acesso e no uso dos serviços de saúde entre os cidadãos⁵⁹.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que a intenção manifesta da proposta de estruturação de planos de saúde populares seja, em tese, a de combate à crise econômica, por meio da redução do gasto público *per capita* em saúde, o que de fato se verifica é uma medida que apenas contribuirá para o aprofundamento das iniquidades já existentes no acesso à saúde no Brasil⁶⁰.

Trata-se de uma fórmula fundada na desregulamentação de regras de cobertura, especialmente daquelas estabelecidas na Lei Federal nº 9.656/1998 e na Lei Federal nº 9.961/2000, visando a facilitar a ingerência do mercado de planos privados nas políticas de saúde, priorizando interesses econômicos e políticos circunstanciais em detrimento de direitos e garantias historicamente conquistados e constitucionalmente protegidos.

Provável consequência da proposta, especialmente no que se refere à redução de cobertura para abaixo do mínimo disciplinado pela ANS, é o aumento das demandas judiciais buscando a efetivação do direito à saúde. Já muito expressiva atualmente, a judicialização de questões sanitárias, se, por um lado, indica a ampliação do direito constitucional do acesso à justiça, por outro, é motivado por razões perniciosas, tais como "a resistência dos agentes privados em submeterem-se à lei ou à falência do órgão

59 PILOTTO, L. M. *Os planos privados de saúde no Brasil e sua influência no uso de serviços de saúde: análise dos dados da PNAD 1998, 2003, 2008 e da PNS 2013*. 2016. 93 f. Tese (Doutorado em Odontologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2016, p. 81.

60 BAHIA, Ligia et al. Planos privados de saúde com coberturas restritas: atualização da agenda privatizante no contexto de crise política e econômica no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016001200504&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: out. 2017.

regulador, que, com a sua atuação, deveria conduzir a um estado de prevenção de litígios⁶¹. Ao oferecerem cobertura reduzida, os planos populares ficam mais propensos a figurar no polo passivo de pleitos judiciais que combatam a oferta de serviços de saúde "pela metade".

Vai-se de encontro, pois, à perspectiva que se espera da assistência à saúde, com a atribuição, nos dizeres de Maria Stella Gregori⁶², de "novas responsabilidades para todos os atores da saúde", dentre as quais, o "incentivo às operadoras de planos de assistência à saúde a atuarem como gestoras de saúde através da promoção, prevenção e recuperação da saúde de seus consumidores".

Conclui a autora⁶³que:

“[...] no contexto de responsabilidade social presente, hoje, na ordem jurídica e política, torna-se essencial um consenso em torno do aprimoramento do marco regulatório do setor de saúde complementar. Para tanto, há de se levar em conta, principalmente, que se trata de uma relação de consumo diferenciada, por ser um mercado com características próprias e, mais do que tudo, porque o serviço que se opera neste mercado afeta um bem constitucionalmente indisponível: a vida, a qual só pode caminhar pelos trolhos da saúde”.

A solução mais evidente a ser defendida para a superação da crise na saúde é o fortalecimento do Sistema Único de Saúde, com adequada aplicação de recursos e valorização dos profissionais da área, consolidando-se um sistema público universal, eficaz e de qualidade, que sirva de exemplo a outros países e que ofereça resistência às imposições de instituições internacionais multilaterais que objetivam a precarização da estrutura interna de países em desenvolvimento em prol de interesses econômicos privados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). *Glossário temático: saúde*

61 RIANI, M. K. *Planos de saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo*. 2010. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2010, p. 75.

62 GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 213.

63 GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 214.

suplementar. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

_____. *Relatório descritivo do GT de Planos Acessíveis*. Rio de Janeiro, 2017.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA (ABRASCO). *A quem interessam os planos de saúde 'populares'?* Disponível em: <<https://www.abrasco.org.br/site/noticias/sistemas-de-saude/a-quem-interessam-os-planos-de-saude-populares/20484/>>. Acesso em: out. 2017.

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA (APM). *CFM critica proposta de 'plano de saúde popular' divulgada pelo Ministério da Saúde*. Disponível em: <<http://associacaopaulistamedicina.org.br/noticia/cfm-critica-proposta-de-plano-de-saude-popular-divulgada-pelo-ministerio-da-saude>>. Acesso em: out. 2017.

BAHIA, Ligia et al. Planos privados de saúde com coberturas restritas: atualização da agenda privatizante no contexto de crise política e econômica no Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016001200504&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: out. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 1986.

GAVA, Gustavo Bonin. *Temer: políticas de saúde pobres para os pobres*. Disponível em: <<http://brasildebate.com.br/temer-politicas-de-saude-pobres-para-os-pobres/>>. Acesso em: out. 2017.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LENHARO, Mariana. *Proposta de 'plano de saúde popular' inclui modalidade sem internação nem urgência*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/noticia/proposta-de-plano-de-saude-popular-inclui-modalidade-sem-internacao-nem-urgencia.ghtml>>. Acesso em: mai. 2018.

MAIA, Murilo Casas. O Direito à saúde à luz da constituição e do código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 84/2012, p. 197-221, out./dez. 2012. Disponível em: <rt-online.mppr.mp.br>. Acesso em: out. 2017.

MAIA, M. C.; VASCONCELOS, F. A. O direito à saúde na constituição e no código de defesa do consumidor. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, v.1, n. 17, p. 181-196, 2012.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%Bade/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: out. 2017.

PILOTTO, L. M. *Os planos privados de saúde no Brasil e sua influência no uso de serviços de saúde: análise dos dados da PNAD 1998, 2003, 2008 e da PNS 2013*. 2016. 93 f. Tese (Doutorado em Odontologia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2016.

RIANI, M. K. *Planos de saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo*. 2010. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2010.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. *O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel. *Manual de Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Método, 2015.

8.

Espaço Memorial do Ministério Público



Memorial
MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ

Cristiano de Oliveira Viana Correia

Os olhos sobre o Passado que se torna Presente: a História Oral no Memorial do Ministério Público do Estado do Paraná e o programa REConto

*The eyes of the Past that becomes the Present: The Oral History on
the Memorial do Ministério Público do Estado do Paraná and the
program REConto*

SUMÁRIO: 1. História Oral; 1.1. Conceito de História Oral; 1.2. Finalidades da História Oral; 1.3. A Estruturação de um Projeto de História Oral; 1.4. Críticas à História Oral; 2.A História Oral como meio para a construção da identidade e memória do Ministério Público paranaense; 2.1. O Programa REConto; 2.2 A importância para o Presente.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo publicar para os leitores da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná informações sobre as atividades do Memorial (unidade organizacional responsável por recuperar, conservar e divulgar a história do Ministério Público do Estado do Paraná e das pessoas que por meio da instituição serviram e servem à sociedade paranaense, esforçando-se em defender o interesse público), de modo a apresentar as potencialidades de se construir uma identidade do MPPR por meio da História Oral e do programa REConto.

ABSTRACT: *The present article aims to publish to the readers of the Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná informations about the activities of the Memorial (Organizational unit responsible to recover, conserve and publish the history of the Ministério Público of Paraná and its people that worked and work to the paranaense society, making an effort to defend the public interest), presenting the possibilities of building an identity of the MPPR using Oral History and the program REConto.*

PALAVRAS-CHAVE: História Oral, Memorial do Ministério Público, Memória.

KEYWORDS: *Oral History, Memorial of Ministério Público, Memory.*

1. História Oral

Para uma melhor contextualização sobre a História Oral no presente artigo, os itens seguintes abordarão o conceito de História Oral, suas finalidades, como se estrutura um projeto de História Oral, bem como comentar algumas das críticas que costumeiramente recebe, antes de se adentrar à História Oral como meio para construção da identidade e Memória do Ministério Público Paranaense e, enfim, o Programa REConto.

1.1. Conceito de História Oral

Diversas podem ser as definições atribuídas à “História Oral”, tendo em vista as diversas possibilidades de abordagens, métodos e particularidades em cada caso concreto. No entanto, alguns pontos de intersecção podem ser destacados dentre as abordagens dos profissionais de História, bem como da Antropologia e da Etnografia, relacionadas ao modo de selecionar e questionar o grupo demográfico. Por essa razão, a fim de criar uma imagem mental menos esfumada do que possa ser “essa tal de História Oral”, trazem-se aqui conceitos apresentados por Axt, Meihy & Holanda e Ichikawa & Santos, que muito serão relevantes para a compreensão deste trabalho.

Para Axt:

A História Oral desenvolveu-se inicialmente como uma estratégia para dar voz a personagens sociais com baixo índice de participação na construção da memória coletiva. Foi assim que, no pós-Segunda Guerra Mundial, os historiadores começaram, cada vez mais, a entrevistar pessoas do povo que tendiam a não ser lembradas pelos livros e pelos espaços de memória, mas que tinham algo a dizer sobre sua visão de mundo, suas experiências de vida, sua percepção da realidade. Este “algo a dizer” falava-nos sobre usos e costumes, sobre experiências não registradas em páginas e em documentos, sobre afetos e sentimentos que, de alguma forma, adquiriam universalidade e passavam a ter importância não mais apenas para aquele indivíduo isolado, mas para segmentos expressivos da sociedade. (In: Brasil, 2016, p.7).

Meihy & Holanda (2015, pp. 15-17), por sua vez, entendem que a História Oral seja um conjunto de procedimentos práticos direcionados à elaboração de um projeto planejado de condução das gravações sobre um grupo específico e predeterminado.

Ainda, Ichikawa & Santos, sobre a conceituação de História Oral:

Ela é uma alternativa à história oficial, consagrada por expressar interpretações feitas, quase sempre, com o auxílio exclusivo da documentação escrita e oficial. Ela se apresenta como forma de captação de experiências de pessoas dispostas a falar sobre aspectos de sua vida mantendo um compromisso com o contexto social. (s/ ano, pp.2).

É importante lembrar que a História Oral deve ser produzida por meio do contato direto com o entrevistado, sem ferramentas indiretas de diálogo, como telefone e Internet. É também relevante frisar que, em todas as diferentes interpretações de como se produz e como se define História Oral, evita-se expressamente antagonizar as ideias do entrevistado, por se tratar de um processo de colaboração voluntária. Assim, veda-se, deliberadamente, a contraposição dos discursos durante a entrevista oral para não coagir e reprimir o entrevistado que, ao se transtornar com o conflito, pode diminuir a sua participação colaborativa. É viável, porém, a posterior da coleta dos dados, principalmente no caso de uma análise sobre os resultados captados, que se contraponham os discursos, mas nunca à legitimidade destes. Em consequência disso, a entrevista para História Oral se diferencia da entrevista jornalística pela sua metodologia, seu objetivo e a relação com o entrevistado.

Desse modo, pode-se afirmar, de forma abrangente e sem fugir à sua essência, que a História Oral é a premeditada captação do testemunho oral relacionado a eventos, personagens, locais ou instituições, por meio de equipamentos eletrônicos de gravação, voltada à construção do discurso e do ponto de vista do entrevistado, com fins à formulação de um documento, físico ou virtual.

1.2 Finalidades da História Oral

Objetiva-se, então, com a captação através da metodologia de História Oral a produção de um documento específico, a construção de um discurso sobre o passado com base no protagonismo do entrevistado em relação à sua participação na Instituição, relembando, rememorando e reconhecendo ambos. Essa participação por muitas vezes não é captada pela documentação tradicional, que privilegia grandes nomes e grandes acontecimentos.

O historiador francês Etienne François defende que o argumento mais consistente sobre o impacto da História Oral na produção de documentação não existente é relacionado à possibilidade de acesso a novos grupos sociais, não-alfabetizados ou marginalizados:

(A História Oral) seria inovadora por suas abordagens, que dão preferência a uma 'história vista de baixo' (Geschichte von unten, Geschichte von innen), atenta às maneiras de ver e de sentir, e que às estruturas 'objetivas' e às determinações coletivas prefere as visões subjetivas e os percursos individuais, numa perspectiva decididamente 'micro-histórica' (In: Amado & Ferreira, 2006, p. 4).

O entrevistado, além de trazer a sua interpretação pessoal dos fatos, eventos e personalidades que encontrou, pode contribuir tanto para uma nova visão desses objetos quanto trazer novas informações complementares sobre estes, pois as histórias pessoais se entrecruzam entre os diferentes atores e espectadores.

1.3. A estruturação do projeto de História Oral

Segundo Meihy (2015, p. 30), um projeto de História Oral se estrutura em seis pilares principais: a elaboração do projeto, limitando os critérios teórico-metodológicos de coleta e a amostragem do grupo a ser investigado; a elaboração de um procedimento de gravação eletrônica; a transformação da gravação em documento escrito, mediante transcrição ou transcrição; a análise documental e produção científica, se houver no projeto; o armazenamento dos resultados e a responsabilidade de manutenção dessa nova documentação; e, por fim, a devolução social do produto do projeto ao grupo base.

É na concepção dos critérios que se define qual o tipo de estrutura a ser utilizada para a constituição documental, se o procedimento será o depoimento por si só, se haverá mediação de um ou vários entrevistadores, se haverá transcrição direta do vídeo ou mesmo a transcrição deste.

O projeto se estrutura, então, de acordo com a necessidade do público-alvo e o que se pretende retornar para este. É apenas a coleta e resguardo da memória? De

quantos indivíduos? É a análise sociológica de como se constituem as relações endógenas e exógenas do grupo social? É a análise do processo histórico de constituição do grupo? Ou da manutenção deste? O destaque é sua perpetuação? Ou da semiologia particular?

1.4. Críticas à História Oral

Diferente de outras análises de fontes históricas, a História Oral permite ao seu operador uma maior flexibilidade de abordagem documental, possibilitando um direcionamento mais evidente no trato com o mediado. Pelo fato de a História Oral ser praticada comumente fora do mundo acadêmico, é necessária uma relativa cautela considerando as teorias metodológicas. Porém, Amado & Ferreira compreendem essa pluralidade documental como capaz de “gerar um rico diálogo com outras áreas” (2006, p. XV), como antropologia, sociologia, administração e sistemas de informação.

Ronald Grele (In: Amado & Ferreira, 2006, pp. 267-270), na década de 80, levantava dois principais problemas da História Oral, sobre a organização do gerenciamento dos registros e a acessibilidade para o público. O advento da Internet permite o compartilhamento em escala mundial através da plataforma de vídeos do *Youtube*, com o gerenciamento dos registros facilitado pelas ferramentas de busca *online*.

Uma das críticas mais comuns à legitimidade da História Oral como documentação se baseia no questionamento da veracidade do depoimento e na capacidade da memória de deturpar, consciente ou inconscientemente, a narrativa do passado, inflando o protagonismo de determinados grupos, influenciados pelo preconceito do entrevistado, pela deterioração física causada pelo avanço da idade, pela nostalgia ou condicionamento social, em diferentes graus.

Segundo Thomson, (In: Amado & Ferreira, 2006, p. 66) a confiabilidade da memória como fonte histórica sempre foi uma crítica presente desde o surgimento dos primeiros projetos de captação na década de 60. Em decorrência disso, essa confiabilidade transformou-se na década de 70 e 80 em objeto de debate entre

historiadores e antropólogos. Ainda, para Thomson, os críticos da confiabilidade da memória focam apenas no aspecto da construção de uma história única, sem levar em consideração os desvios e a pluralidade de pontos de vista. Igualmente, é a busca por uma história única, fixa e recuperável que gera a ilusão de que um mesmo evento deve ter apenas uma única interpretação plausível.

Num primeiro momento, poderia até se assumir que, a partir desses discursos individuais, seriam obtidos apenas aspectos do cotidiano daquele indivíduo: engana-se, porém, quem presume apenas isso. Nos discursos, sejam eles individuais ou coletivos, é possível se perceber as repetições de uma memória coletiva, de eventos significantes para o grupo. Inclusive, muitos dos próprios entrevistados, durante a entrevista, em algum momento curiosamente pontuam que a sua trajetória pessoal não é relevante, mas que os eventos presenciados o são. Ledo engano. A percepção do evento, quer real ou não, é mais importante seja por afetar a coletividade do que a ocasião do evento *per se*, assim como por não serem excludentes das diferentes interpretações de importância deste.

Para além do evento ou da história, a memória individual trabalha com a interpretação e transformação em discurso da percepção do indivíduo sobre o evento, objeto, lugar ou símbolo. Se para Wittgenstein “*As fronteiras da minha linguagem são as fronteiras do meu universo*” (aforismo 5.6, 1968, p. 60), pode-se afirmar aqui que os limites da linguagem de alguém afetam então a construção discursiva de suas interpretações sobre o evento, mas nunca o evento por si só – se é que ele existe fora da construção discursiva. Mais que isso: as diferentes linguagens – sociais, culturais, simbólicas – impactam no processo de coletivização da memória, reproduzindo discursos para o grupo e pelo grupo. Conseqüentemente, as percepções contraditórias fazem parte do processo de construção narrativa de um evento, principalmente quando considerada a pluralidade de histórias.

Em decorrência do manuseio direto do Memorial com o entrevistado, critica-se a discricionariedade da produção documental e sua subsequente legitimidade. Porém, segundo Le Goff, toda documentação produzida é invariavelmente selecionada no

tempo e no espaço e o próprio documento é monumento, histórico por definição, dos diversos processos seletivos a que sobreviveu, conscientemente, através da preservação e, inconscientemente, através do esquecimento dos documentos em galpões: “O documento é monumento. Resulta do esforço das sociedades históricas para impor ao futuro – voluntária ou involuntariamente – determinada imagem de si próprias. No limite, não existe um documento-verdade. **Todo documento é mentira.**”.

Quando Le Goff declara que “todo documento é mentira”, ele defende a perspectiva de que o documento “verdadeiro” não existe por si só como algo absoluto. Ao contrário: só há documento quando este se insere em uma comunidade. Por exemplo: quais os critérios utilizados para se considerar um registro de cessão de terreno – seja do Século XII para a Igreja, seja no Século XXI para uma pessoa – uma verdade? Legitima-se através da mediação do Estado e da produção física documental necessária para conceder de uma autoridade constituída a blindagem da legitimidade daquele documento, seguindo as regras de legitimidade daquele tempo e daquele contexto social. Assim, Le Goff ataca a ideia de que haveria, para a História, um ideal de “documento verdade”. Porém, vale ressaltar que um projeto de História Oral consiste-se, além da produção documental, no manuseio de tal documentação.

Nesse sentido, a função social de um Memorial é, segundo Gunter Axt (2012, p 22), “*combinar memória, História e patrimônio*”, mesclando as trajetórias individuais, objetos físicos de relevância e construções discursivas sobre o passado da Instituição para construir seus *Lieux de Mémoire*. Caso haja interesse para a contraposição entre os discursos, deve-se atentar para uma metodologia de análise para estes. A produção documental relacionada à atividade de captação de memória Oral não é, portanto, forma menos legítima de produção documental, mas sim uma diversa forma de seleção e preservação das consideradas tradicionais.

2. A História Oral como meio para a Construção da Identidade e Memória do Ministério Público Paranaense

Falar sobre o Ministério Público Paranaense sem datar ou nomear quem foram e são seus membros, colaboradores e demais integrantes é o mesmo que se referir à

Revolução Francesa sem nomear qual o trecho dela de que se fala, dando-lhe assim, perigosamente, um peso histórico uniforme sob um título uniforme. Não se busca fazer aqui uma defesa da “História dos grandes homens”, mas sim resgatar a ação de diversos atores dentro dos eventos – estes por vezes orquestrados pelos próprios atores, gerando impacto, em diferentes proporções, no direcionamento e no cotidiano da Instituição. Inclusive, até mesmo a ausência de protagonismo é interessante de se resguardar para a análise posterior.

Colaboradores, estagiários, servidores, assessores, promotores substitutos, promotores de justiça de diferentes entrâncias, procuradores de justiça e procuradores-gerais de justiça convivem diariamente na Instituição, assumindo diferentes graus de aderência e protagonismo às respectivas ações e eventos ocorridos no Ministério Público, para o Ministério Público e a partir do Ministério Público.

Desse modo, seguindo a lógica constitutiva de um Memorial, de se transformar em um *Lieu de Mémoire*, o Projeto REConto busca, através de entrevistas realizadas com seus membros, costurar as narrativas interconectadas entre a trajetória pessoal e a Instituição, buscando evidenciar instituições, lugares, objetos, símbolos, pessoas e eventos relacionados ao Ministério Público.

2.1. O Programa REConto

Seguindo as diretrizes da preservação da memória institucional pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), consolidadas nas Resoluções nº 138 de 2016 e nº 158 de 2017 para a criação de projetos de preservação, proteção e difusão da memória institucional do Ministério Público, o Memorial do Ministério Público do Paraná criou um programa de captação da memória individual de seus membros e servidores.

O programa de História Oral REConto surgiu, então, de acordo com o artigo 3º, inciso VI, da Resolução CNMP nº 138/2016, que define as diretrizes gerais para a “difusão e a promoção da memória do Ministério Público como instrumento de

fortalecimento da identidade institucional, incluindo a utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação”.

O objetivo é entrevistar integrantes do Ministério Público, para a composição de um acervo de memória institucional, coletando fatos, vivências e percepções pessoais de cada um, valorizando a trajetória individual e abrangendo a vida da pessoa até o momento da entrevista, ou até sua saída da instituição.

Para tal, o procedimento de coleta ocorre com a gravação da entrevista. Além disso, elabora-se um dossiê biográfico do entrevistado sugerindo ao entrevistador questões relacionadas ao pré-ingresso no MPPR, às primeiras impressões e dificuldades encontradas, ao protagonismo de atividades relacionadas à Instituição e aos casos sintomáticos dentro dela.

Prioriza-se que o entrevistador seja alguém da mesma carreira que o prestigiado para a percepção de familiaridade, estimulando-o, assim, a compartilhar histórias em comum e particulares. Neste projeto o principal entrevistador é o Doutor Sérgio Renato Sinhori, procurador de Justiça aposentado e presidente do Conselho Curador do Memorial, responsável por entrevistar outros membros e servidores. Eventualmente, os servidores Ricardo Bueno Nunes, atuante na Comissão de Licitação, e Alexandre Augusto Galvão da Silva, coordenador executivo do Memorial, revezam-se na condução de entrevistas com outros integrantes, à exceção dos membros.

A captação da memória individual posiciona o entrevistador em uma posição de destaque, podendo controlar a narrativa e eventos dos quais gostaria que o entrevistado falasse. Para antecipar essa crítica, o mediador buscará, então, evitar interferir no discurso, apesar de guiá-lo cautelosamente pelos eventos comuns ou de conhecimento deste para produção documental. O entrevistado pode se esquecer de abordar determinados temas de sua própria trajetória e o entrevistador pode sugerir a este a continuação de determinada temática. Em alguns casos, por exemplo, ocorre de o entrevistado já ter escolhido anteriormente à entrevista o que considera ser digno de ser lembrado, consciente ou inconscientemente, priorizando constituir a documentação

desta forma. De forma alguma esta prática prejudica a captação documental, pois tal feito apenas estimula a construção de um ponto de vista solidificado do autor e a pluralidade de narrativas.

Um dos desafios principais desse projeto é deixar o entrevistado confortável o suficiente para que sua memória seja trazida à tona, verbalizando eventos que foram importantes em sua própria trajetória. Por essa razão, cabe ao entrevistador, em um primeiro momento, deixar o colaborador confortável para dividir sua memória. Similarmente, é usual que o entrevistador minimize os impactos de direcionamento e personifique o processo de transliteração, de destrinchar as partes formais e informais do discurso, traduzindo eventos específicos em uma linearidade mais acessível ao público, completando nomes, símbolos e protagonistas inseridos no diálogo entre membros do grupo social e que, entretanto, o espectador pode desconhecer.

Por meio de uma parceria com a Fundação Escola do Ministério Público (Fempar), o estúdio e a respectiva equipe técnica são colocados à disposição do Memorial para a gravação das entrevistas. Os vídeos resultantes são, então, publicados no acervo virtual do [Canal de vídeos do Memorial](#) para acesso universal, bem como são mantidas no acervo virtual local do MPPR, para resguardo.

Para o armazenamento de uma documentação física, a equipe do Memorial – especialmente os estagiários – transcrevem os diálogos da entrevista, transformando o documento audiovisual em um novo documento escrito. Em adição, a transcrição produzida pelo Memorial limita-se a remover eventuais vícios linguísticos repetitivos, assim como reestruturar frases ambíguas, adicionando comentários de referência, omitidos pelo falante. Por escolha, evita-se transcrever a linguagem corporal dos falantes ou as diferentes entonações de voz, normalmente não encontradas em documentos escritos. Os documentos transcritos estão armazenados no Memorial, com a intenção de se criar uma publicação escrita futuramente, mas desde já podem ser disponibilizados mediante requerimento.

Seguindo essa estrutura metodológica, é pertinente, portanto, o debate entre a necessidade de que apenas a produção da documentação constituiria História Oral, ou a inserção de um procedimento científico, produzido um sentido para as documentações coletadas, embasaria a História Oral.

Retornando às definições de História Oral, Meihy (2008, pp. 126-128) constrói o conceito de “Banco de Histórias”, como sendo o procedimento de recolhimento para garantir a produção documental enquanto não se pode concluir o projeto com uma análise e encerrá-lo definitivamente. Por ser parte integrante do Memorial, o projeto intenta se expandir, para alcançar ao maior número de integrantes do Ministério Público paranaense, para que compartilhem suas memórias e experiências.

2.2. A importância para o Presente

Durante a *Linguistic Turn*, em meados das décadas de 1960 e 1970, a História começa a se articular cada vez mais com outras Ciências Sociais, algumas vezes até obrigada, para discutir suas ferramentas, metodologias e sua função social. É nesse contexto que vai se tornando cada vez mais evidente a transição da identidade de “História como sendo a descoberta do Passado”, para a “História como interpretação do passado”. Essa mudança de percepção afeta o relacionamento que o Passado tem com o Presente, mas também como o Presente mantém o Passado, em quais *Lieux de Mémoire* o passado se solidifica e como se solidifica ali. Em síntese, Pierre Nora cita que é o Presente imediato que constrói a busca pelo passado, principalmente ocasionado pela perda dos meios de memória:

A curiosidade pelos lugares onde a memória se cristaliza e se refugia está ligada a este momento particular da nossa história. Momento de articulação onde a consciência da ruptura com o passado se confunde com o sentimento de uma memória esfacelada, mas onde o esfacelamento desperta ainda memória suficiente para que se possa colocar o problema de sua encarnação. O sentimento de continuidade torna-se residual aos locais. Há locais de memória porque não há mais meios de memória. (1993, p.1).

As transformações de como a História se relaciona com o seu tempo na década de 1970, a mudança de percepção sobre o passado e a necessidade de presentificá-lo

fisicamente – com objetos, fotos ou histórias – afetam o como se constrói a intenção de preservação da Memória.

É através da mudança de percepção para com um passado, menos presente, desaparecendo, que está sendo gradualmente danificado, que ocorrem os primeiros estímulos para reconstituir estes *Lieux de Mémoire*. É principalmente a partir da década de 1970 que começam os esforços não apenas pela proteção ao Patrimônio Histórico (iniciada no Brasil juridicamente em 1937), mas pela sua respectiva conservação e manutenção. É, então, durante essas décadas que Hartog estabelece as bases da mudança da percepção de um meio de memória, no qual as Histórias individuais buscam estruturar quais são os elementos antecessores, as raízes físicas de um passado factual “o presente descobre-se igualmente em busca de raízes e de identidade, preocupado com memória e genealogias” (Hartog, 2013, p.151). Por fim, mais do que se estudar o passado para recuperá-lo, estuda-se o passado para construí-lo no presente, para manter os vínculos daquele com este e, conseqüentemente, presentificá-lo.

Nesse sentido, a recuperação da memória por parte do Programa REConto se consolida tanto como um reconhecimento dos seus atores passados, quanto como um recurso presente para se construir documentação relativa à identidade do Ministério Público, presentificando seus eventos, protagonistas, objetos e símbolos, seus *Lieux de Mémoire*, para o presente. Assim, após tais reflexões, é possível perceber também que não foi obra do acaso a escolha do slogan para o Programa REConto, citado aqui para o encerramento deste artigo e para repisar a importância de se produzir e tutelar a história oral ministerial: **“A Memória do Ministério Público do Paraná contada por quem ajudou a construir sua História”**.

REFERÊNCIAS

AMADO, Janaína & FERREIRA, Marieta de Moraes. *Usos e Abusos da História Oral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

AXT, Gunter. *A Função social de um memorial: a experiência com memória e história no Ministério Público*. MÉTIS: história & cultura, v. 12, n. 24, p.64-89, jul./dez. 2012.

BRASIL. Ministério Público Militar. *Centro de Memória. Manual de História Oral*. Por Gunter Axt. Brasília, 2016. 31p. ISBN 978-85-5595-001-8. Disponível em: <<http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2016/03/manual-de-historia-oral.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2018.

PARANÁ, Ministério Público. *Canal de vídeos do Memorial do Ministério Público do Estado do Paraná no Youtube*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/channel/UCPYFOX3MSGNuv2tqN-yUpkQ/videos>>. Acesso em: 09 out. 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 138/2016*. 2016. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-138.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2018.

FRANÇOIS, Etienne. A Fecundidade da História Oral. In: AMADO, Janaína & FERREIRA, Marieta de Moraes. *Usos e Abusos da História Oral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

GRELE, Ronald J. Pode-se confiar em alguém com mais de 30 anos? Uma crítica construtiva à história oral. In: AMADO, Janaína & FERREIRA, Marieta de Moraes. *Usos e Abusos da História Oral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

HARTOG, François. *Regimes de Historicidade*. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

ICHIKAWA, Elisa Yoshie & SANTOS, Lucy Woellner dos. *Vozes da História: Contribuições da História Oral à Pesquisa Organizacional*. Sem data. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/enanpad2003-epa-0186.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2018.

LE GOFF, Jacques. *História e Memória*. Tradução de Bernardo Leitão [et al.]. Campinas: Editora da UNICAMP, 1990. Disponível em: <<https://www.ufrb.edu.br/ppgcom/images/Hist%C3%B3ria-e-Mem%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2018.

MEIHY, José Carlos Sebe Bom & HOLANDA, Fabíola. *História oral: como fazer, como pensar*. 2 ed. 4ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2015.

NORA, Pierre. *Entre memória e História: A problemática dos lugares*. Tradução de Yara Aun Khoury. Proj. História, São Paulo, vol. 10, dez. 1993. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/revph/article/viewFile/12101/8763>>. Acesso em: 06 out. 2018.

THOMSON, Alistair. *Aos cinquenta anos: uma perspectiva internacional da história oral*. In: ALBERTI, Verena, FERNANDES, Tânia Maria, & FERREIRA, Marieta de Moraes. *História oral: desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2000. 204p. ISBN 85-85676-84-1. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/2k2mb/pdf/ferreira-9788575412879.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2018.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução por José Arthur Giannotti. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1968. Disponível em: <<https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/tractatus-logico-philosophicus.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2018.

9.

Espaço Associação
Paranaense do MP

A participação da APMP na Assembleia Nacional Constituinte

Em 1988, foi promulgada uma nova Constituição Federal, alcunhada de “Constituição Cidadã”, que se consubstancia no documento jurídico de maior importância para o estabelecimento do novo perfil do Ministério Público brasileiro.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu entre seus fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana e entre seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, tendente à erradicação da pobreza e da marginalização e à redução das desigualdades sociais e regionais, bem como à promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito e discriminação. Além disso, estabeleceu um rol de direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos.

Contando com a possibilidade de que os fundamentos, objetivos, direitos e garantias previstos na Constituição, embora devessem orientar todas as atividades do poder público, em todos os níveis, nem sempre seriam observados de forma espontânea, decidiu o poder constituinte originário instrumentalizar uma instituição que pudesse exigir o seu efetivo respeito, no caso, o Ministério Público.

Hugo Nigro Mazzilli (2007, p. 135-136) salienta que, nas vésperas da Constituição de 1988, pensou-se na criação de um novo órgão, que seria um *defensor do povo* à parte, um *ombudsman* nacional. Ao invés do acolhimento de tal proposta decidiu-se que tal mister incumbiria ao Ministério Público.

O Ministério Público brasileiro abandona suas raízes eurocêntricas e direciona-se para uma atuação mais próxima dos anseios e necessidades do povo, sobretudo

1 Presidente da APMP.

2 Diretor de Defesa de Prerrogativas da APMP.

daqueles que, tradicionalmente, tiveram seus direitos e suas expectativas de vida digna desatendidas e desconsideradas.

E surge, assim, um novo Ministério Público, com perfil único no mundo, vocacionado e instrumentalizado à defesa dos direitos e interesses mais sensíveis para a vida em sociedade, sobretudo de caráter coletivo. Em relação à inexistência de outro Ministério Público com o mesmo perfil estabelecido pela Constituição Federal de 1988, informa Maria Tereza Sadek (2009, p. 130):

Em primeiro lugar, se considerarmos o panorama internacional, perceberemos que o Ministério Público brasileiro é singular. Eu costumo brincar dizendo que, quando as pessoas se gabam exclamando que a jabuticaba só existe no Brasil, retruco, observando que o que existe de fato só no Brasil é o nosso Ministério Público.

Podemos encontrar instituições análogas na América Latina, no mundo Europeu e na América do Norte. Em nenhum dos países, contudo, vamos nos deparar com um Ministério Público que apresente um perfil institucional semelhante ou que ostente igual conjunto de atribuições. O nosso Ministério Público, a partir da Constituição de 1988, passou a ser uma instituição que tem pouca semelhança com seus congêneres no exterior e tampouco com o Ministério Público brasileiro do passado. Eu até diria, ousando uma observação ainda mais radical, que o nome é o mesmo, mas a instituição não. Várias características mudaram. Entre essas alterações, ressalte-se, desde logo, a sua localização institucional e o rol de suas atribuições.

Para tanto, além de assegurar autonomia administrativa (art.127, §2º) e independência orçamentária (art.127, §3º) ao Ministério Público, a Constituição Federal estabeleceu seus princípios institucionais (art.127, §1º), suas garantias (art. 128, §5º, I), suas funções institucionais (art. 129) e o definiu como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e que lhe incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127).

O referido avanço não foi obra do acaso. Para tanto, houve a necessidade de forte articulação entre os integrantes dos Ministérios Públicos de todo o país.

Com efeito, ante a possibilidade de promulgação de uma nova Constituição Federal, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, após iniciativas da Associação Paulista, encabeçou um movimento de discussão sobre a

necessidade de reconfiguração do perfil da instituição, com a realização de debates, conferências, palestras e reuniões em todo o país.

Em junho de 1985 foi realizado, em São Paulo, o VI Congresso Nacional, reunindo aproximadamente 2.000 participantes. Na ocasião, foram aprovadas 50 teses sobre o Ministério Público.

Ainda, foram elaborados e distribuídos aproximadamente 5.000 questionários a integrantes de todo o país, com o objetivo de obter informações sobre as condições para o exercício das funções e sugestões sobre um novo modelo constitucional para a instituição.

As respostas recebidas foram utilizadas para elaboração de um texto provisório, que foi apresentado no 1º Encontro Nacional de procuradores-gerais de Justiça e presidentes das Associações do Ministério Público, realizado nos dias 20 e 22 de junho de 1986, em Curitiba.

A capital do estado do Paraná foi escolhida para sediar o encontro nacional como reconhecimento ao avanço obtido pelo Ministério Público paranaense em 1983, com a promulgação da Emenda Constitucional Estadual nº 16, que, com esteio na Lei Complementar Federal nº 40/1981, estabeleceu princípios institucionais, como a autonomia administrativa e a independência funcional, além de instituir garantias aos seus integrantes, como a da paridade com a magistratura.

Antonio Bassi, na época presidente da Associação Paranaense do Ministério Público - APMP, participou da comissão e subscreveu a “Carta de Curitiba”.

O referido texto sintetizou cinco fontes: 1) as leis vigentes; 2) as teses aprovadas no VI Congresso Nacional do Ministério Público; 3) as respostas ao questionário elaborado pela CONAMP; 4) o anteprojeto de autoria de Sepúlveda Pertence, adotado pela Comissão Afonso Arinos; 5) o texto provisório da própria CONAMP.

Além de sediar o encontro nacional que resultou na “Carta de Curitiba”, os representantes do Ministério Público do Paraná atuaram de forma direta junto à Assembleia Nacional Constituinte para que o texto fosse incorporado à Constituição.

Fajardo José Pereira Faria atuou na Comissão de Estudos Constitucionais, tendo contribuído para a influência do texto da CONAMP no anteprojeto elaborado pela comissão de notáveis.

Jerônimo de Albuquerque Maranhão, Marcílio de Sá Sottomaior Filho, Antero da Silveira, Murilo Rodrigues Cordeiro, Luiz Celso de Medeiros, Ronaldo Antônio Botelho, Olympio de Sá Sotto Maior Neto, Luiz Chemim Guimarães e Milton Riquelme de Macedo, ao lado de outros valorosos associados, também atuaram com grande empenho diretamente no plenário do Congresso Nacional, a fim de que a proposta de reconfiguração do Ministério Público, redigida por seus próprios integrantes, fosse incorporada ao texto constitucional.

A atuação integrada dos membros do Ministério Público paranaense, somada aos demais colegas de todo o país, foi decisiva para que, atualmente, tenhamos uma instituição forte, independente, unida e voltada à proteção dos direitos e interesses do povo.

Desta forma, no ano em que a Constituição Federal comemora 30 anos, registra-se o reconhecimento e o agradecimento da Associação Paranaense do Ministério Público à luta de diversos associados para o delineamento do perfil do novo Ministério Público brasileiro.

REFERÊNCIA:

Constituição Federal de 1988 – nasce um novo Ministério Público. Disponível em: <http://www.site.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=3239>. Acesso em 13 de outubro de 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O acesso à justiça e o Ministério Público. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SADEK, Maria Tereza. A construção de um novo Ministério Público resolutivo. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, jan. / jun. 2009, p.130-139.

**FOTOS DO CONCURSO
CULTURAL CLIQUE CIDADÃO
DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO PARANÁ**

FOTO 1

Eduardo Augusto Mansano Manso

FOTO 2

Antonio Paulo Cunha de Melo

FOTO 3

Maria Fernanda Moro

FOTO 4

Daniela Saviani Lemos

FOTO 5

Fabio dos Santos Reszko

FOTO 6

Gisele Caldeira de Freitas

FOTO 7

Renan Antônio Batista

FOTO 8

Iara Bittencourt

FOTO 9

Nina Guercio Marques

FOTO 10

Daniel Melo Costa

