

REVISTA JURÍDICA DO

# Ministério Público



Ministério Público do Estado da Paraíba

**Número 10**

Janeiro/Dezembro 2016

A administração do Ministério Público de uma forma geral tem voltado sua preocupação para a visão jurídica que se revela acerca de questões sociais e jurídicos sociais que despontam ao longo do desenvolvimento natural da espécie humana.

Buscando acompanhar essa evolução, fomenta a expressão de profissionais e estudiosos da área com a produção gráfica de textos, devidamente abalizados, que têm por condão trazer à baila vivências, experiências e aferições textuais que enriquecem o campo de atuação de cada um dos que acessem o conteúdo produzido.

Com o espírito contributivo põe-se a disposição de seus leitores mais uma Revista Jurídica, voltando-se como mais um meio de apoio e incentivo a estudos e discussões futuras.

Nesta edição são colocados temas como: A dignidade no fim da vida ; A ineficiência da Lei 4.898/65 no âmbito da atividade policial ; A natureza do método científico com aplicações à resolutividade do Ministério Público; Da aplicação da teoria da coculpabilidade social a responsabilização de adolescentes; Da colaboração premiada e a sua natureza jurídica; Mérito processual participado na ADIN 3510; Movimentos de política criminal; Noções de orçamento público; Planos de saúde; O aviso prévio nas Empresas públicas prestadoras de serviço público; O paradigma da efetividade normativa do Direito constitucional da infância e juventude e o modelo de responsabilização diferenciada; Quem controla os controladores? e tutela da confiança nas relações administrativas.

Em perfeito alinhamento com o que há de mais atual e com as diretrizes de discussões no âmbito nacional, resta evidenciado o interesse no engrandecimento desse meio instrutivo.

Fazemos, pois, nossos agradecimentos a todos que participaram da construção desse exemplar e contribuem sobremaneira para solidificar o saber de toda uma gama de interessados em expandir seus conhecimentos jurídicos sociais.

**Bertrand de Araújo Asfora**

Procurador-Geral de Justiça



ESTADO DA PARAÍBA  
MINISTÉRIO PÚBLICO  
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA  
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF

# Revista Jurídica do Ministério Público

## **REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

**BERTRAND DE ARAÚJO ASFORA**  
**PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**

**NELSON ANTÔNIO CAVALCANTE LEMOS**  
**1º SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**

**VALBERTO COSME DE LIRA**  
**2º SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**

**LUCIANO DE ALMEIDA MARACAJÁ**  
**CORREGEDOR-GERAL**

**JOÃO ARLINDO CORREA NETO**  
**SECRETÁRIO-GERAL**

**JOSÉ RAIMUNDO LIMA**  
**DIRETOR DO CEAF**

**LÚCIO MENDES CAVALCANTE**  
**COORDENADOR DO CEAF**

**REVISÃO:**  
PROF. FRANCELINO SOARES DE SOUZA

**CAPA:**  
RICARDO ARAÚJO

**FOTOS:**  
ARQUIVO DO MEMORIAL DO MPPB

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA  
CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF  
Rua Rodrigues de Aquino, s/n - Centro  
CEP: 58013-030 - João Pessoa - Paraíba - Fone: (83) 3221-0917  
E-mail: ceaf@mp.pb.gov.br / ceaf.secretaria@mp.pb.gov.br  
Direitos Reservados ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do  
Ministério Público do Estado da Paraíba  
A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.  
Catalogação na publicação elaborada pela Biblioteca do MPPB

Revista Jurídica do Ministério Público  
Ministério Público. Procuradoria Geral de Justiça /  
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - João  
Pessoa: MP/PGJPB, CEAF, ano 8, n.10. (jan./dez.2016-).  
Anual

Revista com interrupção do período de jul. 2008 a dez. 2009.  
Passando a ser publicação anual a partir da Revista n.4.

1. Direito - periódicos I. Ministério Público do Estado  
da Paraíba. Procuradoria-Geral de Justiça II. Centro de Estudos  
e Aperfeiçoamento Funcional/CEAF.

CDU 34 (05)  
ISSN 1980-9662

# **REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Publicada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

## **CONSELHO EDITORIAL**

**José Raimundo de Lima**

PRESIDENTE

**Lúcio Mendes Cavalcante**

SECRETÁRIO

**Doriel Veloso Gouveia**

PROCURADOR DE JUSTIÇA

**Kátia Rejane Medeiros Lira Lucena**

PROCURADORA DE JUSTIÇA

**Francisco Bergson Gomes Formiga Barros**

PROMOTOR DE JUSTIÇA

**José Farias de Sousa Filho**

PROMOTOR DE JUSTIÇA

**Maria Áurea Baroni Cecato**

PROFESSORA

**Rômulo Rhemo Palitot Braga**

PROFESSOR

**Josinaldo José Fernandes Malaquias**

PROFESSOR

## **APOIO EDITORIAL**

**Nigéria Pereira da Silva Gomes**  
OFICIAL DE PROMOTORIA - EDITORAÇÃO E  
NORMALIZAÇÃO

**Geraldo Alves Flôr**  
DIAGRAMADOR - DRT 5152/98 - DIAGRAMAÇÃO

**Silvana Cantalice Ramos**  
ASSESSORA DE APOIO DO CEAF

**Irenylza Carla Alves de Almeida**  
TÉCNICO DE PROMOTORIA

**Lúcia de Fátima Lucena da Costa**  
TÉCNICO DE PROMOTORIA

**Roberta Pereira Cabral**  
OFICIAL DE PROMOTORIA

## **APOIO**

**APMP** - Associação Paraibana do Ministério Público  
**Francisco Bergson Gomes Formiga Barros**  
PRESIDENTE

**FESMIP** - Fundação Escola Superior do Ministério Público  
**José Farias de Sousa Filho**  
DIRETOR-GERAL

## **COLÉGIO DE PROCURADORES**

Bertrand de Araújo Asfora - Presidente  
José Marcos Navarro Serrano  
Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo  
Janete Maria Ismael da Costa Macedo  
Lúcia de Fátima Maia de Farias  
Alcides Orlando de Moura Jansen  
Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena  
Doriel Veloso Gouveia  
José Raimundo de Lima  
Álvaro Cristino Pinto Gadelha Campos  
Marcus Vilar Souto Maior  
José Roseno Neto  
Francisco Sagres Macedo Vieira  
Nelson Antônio Cavalcante Lemos  
Marilene de Lima Campos de Carvalho  
Jacilene Nicolau Faustino Gomes  
Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes  
Valberto Cosme de Lira  
Luciano de Almeida Maracajá  
Herbert Douglas Targino

## **CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Bertrand de Araújo Asfora  
Presidente

Luciano de Almeida Maracajá  
Corregedor-Geral

José Marcos Navarro Serrano  
Nelson Antônio Cavalcanti Lemos  
Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena  
Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes  
Valberto Cosme de Lira  
João Arlindo Corrêa Neto



## **MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

### **PROCURADORES DE JUSTIÇA**

---

José Marcos Navarro Serrano, Maria Lurdélia Diniz de Albuquerque Melo, Janete Maria Ismael da Costa Macêdo, Lúcia de Fátima Maia de Farias, Alcides Orlando de Moura Jansen, Kátia Rejane de Medeiros Lira Lucena, Doriel Veloso Gouveia, José Raimundo de Lima, Álvaro Cristino Pinto Gadelha Campos, Marcus Vilar Souto Maior, José Roseno Neto, Francisco Sagres Macedo Vieira, Nelson Antônio Cavalcante Lemos, Marilene de Lima Campos de Carvalho, Jacilene Nicolau Faustino Gomes, Vasti Cléa Marinho da Costa Lopes, Valberto Cosme de Lira, Luciano de Almeida Maracajá, Herbert Douglas Targino.

### **PROMOTORES DE 3ª ENTRÂNCIA**

---

Joaci Juvino da Costa Silva, Victor Manoel Magalhães Granadeiro Rio, Maria das Graças de Azevedo Santos, José Eulâmpio Duarte, Sônia Maria de Paula Maia, Francisco Antônio de Sarmento Vieira, Maria Ferreira Lopes Roseno, Ana Lúcia Torres de Oliveira, Nilo de Siqueira Costa Filho, Sócrates da Costa Agra, Berlino Estrela de Oliveira, Maria Salete de Araújo Melo Porto, Maria do Socorro Silva Lacerda, Ana Raquel Brito Lira Beltrão, Flávio Wanderley da Nóbrega Cabral Vasconcelos, Arlan Costa Barbosa, José Guilherme Soares Lemos, João Geraldo Carneiro Barbosa, Aristóteles de Santana Ferreira, Clark de Souza Benjamim, Francisco Paula Ferreira Lavor, João Arlindo Corrêa Neto, Dinalba Araruna Gonçalves, José Farias de Sousa Filho, Osvaldo Lopes Barbosa, Guilherme Barros Soares, Rogério Rodrigues Lucas de Oliveira, Arlindo Almeida da Silva, Noel Crisóstomo de Oliveira, Fernando Antônio Ferreira de Andrade, Valdete Costa Silva Figueiredo, Francisco Glauberto Bezerra, Rosane Maria Araújo e Oliveira, Alexandre César Fernandes Teixeira, Vanina Nóbrega de Freitas Dias, Eny Nóbrega de Moura Filho, Roseane Costa Pinto Lopes, Soraya Soares da Nóbrega Escorel, Alley Borges Escorel, Silvana Targino Alcoforado, Luís Nicomedes de Figueiredo Neto, Cristiana Ferreira Moreira Cabral de Vasconcellos, Catarina Campos Batista Gaudêncio, Manoel Cacimiro Neto, Ádrio Nobre Leite, Júlia Cristina do Amaral Nóbrega Ferreira, Renata Carvalho da Luz, Rodrigo Marques da Nóbrega, Alexandre Jorge do Amaral Nóbrega, João Manoel de Carvalho Costa Filho, Carlos Romero Lauria Paulo Neto, Antônio Hortêncio Rocha Neto, Ernani Lucena Filho, Aluísio

Cavalcanti Bezerra, Valfredo Alves Teixeira, Maria Socorro Lemos Mayer, Ronaldo José Guerra, Cláudio Antônio Cavalcanti, Leonardo Pereira de Assis, Maria Edlúgia Chaves Leite, Amadeus Lopes Ferreira, Dmitri Nóbrega Amorim, Luiz William Aires Urquiza, Ivete Leônia Soares de Oliveira Arruda, Isamark Leite Fontes Arnaud, Tatjana Maria Nascimento Lemos, Carla Simone Gurgel da Silva, Priscylla Miranda Morais Maroja, Bertrand de Araújo Asfora, Octávio Celso Gondim Paulo Neto, Guilherme Costa Câmara, Hamilton de Souza Neves Filho, Darcy Leite Ciraulo, Francisco Seráfico Ferraz da Nóbrega Filho, Ana Cândida Espínola, Francisco Bergson Gomes Formiga Barros, Alyrio Batista de Souza Segundo, Lúcio Mendes Cavalcanti, Edmilson de Campos Leite Filho, Nara Elizabeth Torres de Souza Lemos, Romualdo Tadeu de Araújo Dias, Anne Emanuelle Malheiros Costa Y Plá Trevas, Ismânia do Nascimento Rodrigues Pessoa Nóbrega, Otoni Lima de Oliveira, Demétrius Castor de Albuquerque Cruz, Antônio Barroso Pontes Neto, Fabiana Maria Lôbo da Silva, Pedro Alves da Nóbrega, Francisco Lianza Neto, Anita Bethânia Silva da Rocha, Onéssimo César Gomes da Silva Cruz, Ricardo José de Medeiros e Silva, Jovana Maria Silva Tabosa, Ana Maria França Cavalcante de Oliveira, Otacílio Marcus Machado Cordeiro, Maricelly Fernandes Vieira, Adriana Amorim de Lacerda, Artemise Leal Silva, Herbert Vitério Serafim de Carvalho, Rhomeika Maria de França Porto, Ana Guarabira de Lima Cabral, Marcus Antonius da Silva Leite, Ana Caroline Almeida Moreira, Rodrigo Silva Pires de Sá, Edjacir Luna da Silva, Alessandro de Lacerda Siqueira.

## **PROMOTORES DE 2ª ENTRÂNCIA**

---

Newton da Silva Chagas, José Raldeck de Oliveira, Alexandre José Irineu, Marinho Mendes Machado, Gláucia Maria de Carvalho Xavier, Manoel Pereira de Alencar, Gláucia da Silva Campos Porpino, Henrique Cândido Ribeiro de Moraes, Maria de Lourdes Neves Pedrosa Bezerra, Patrícia Maria de Souza Ismael da Costa, Norma Maia Peixoto, Dulcerita Soares Alves de Carvalho, Márcia Betânia Casado e Silva Vieira, Judith Maria de Almeida Lemos Evangelista, Ana Maria Pordeus Gadelha Braga, Adriana de França Campos, **Sandra Regina Lauria Paulo Neto de Melo**, Liana Espínola Pereira de Carvalho, Ranieri da Silva Dantas, Dóris Ayalla Anacleto Duarte, Juliana Couto Ramos, Andréa Bezerra Pequeno Alustau, Gardênia Cirne de Almeida Galdino, Márcio Gondim do Nascimento, Juliana Lima Salmito, Clístenes Bezerra de Holanda, Eduardo Barros Mayer, Fernando Cordeiro Sátiro Júnior, José Leonardo

Clementino Pinto, Joseane dos Santos Amaral, Alexandre Varandas Paiva, Sandremary Vieira de Melo Agra Duarte, Ricardo Alex Almeida Lins, Rafael Lima Linhares, José Bezerra Diniz, Abraão Falcão de Carvalho, Elaine Cristina Pereira Alencar, Alcides Leite de Amorim, Luciana Lima Simeão Moura, Edivane Saraiva de Souza, Miriam Pereira Vasconcelos, Cláudia Cabral Cavalcante, Márcio Teixeira de Albuquerque, Paula da Silva Camillo Amorim, Caroline Freire Monteiro da Franca, Leonardo Cunha Lima de Oliveira, Cláudia de Souza Cavalcanti Bezerra Viegas, João Benjamim Delgado Neto, Carmem Eleonora da Silva Perazzo, Fábria Cristina Dantas Pereira, Ismael Vidal Lacerda, Ana Carolina Coutinho Ramalho Cavalcanti, Ítalo Mácio de Oliveira Sousa, Eduardo de Freitas Torres, Geovanna Patrícia de Queiroz Rego, Leonardo Fernandes Furtado, Ilcléia Cruz de Souza Neves Mouzalas, Túlio César Fernandes Neves, Lean Matheus de Xerez, Jamille Lemos Henriques Cavalcanti, Elmar Thiago Pereira de Alencar, Diogo D'arolla Pedrosa Galvão, Lívia Vilanova Cabral, Danielle Lucena da Costa Rocha, Glauco Coutinho Nóbrega, Leonardo Quintans Coutinho, José Carlos Patrício, Ana Grazielle Araújo Batista de Oliveira, Bruno Leonardo Lins, Alberto Vinícius Cartaxo da Cunha, Uirassu de Melo Medeiros, Pedro Henrique de Freitas Andrade, Leidimar Carneiro Rocha dos Santos, Dennys Carneiro Rocha dos Santos, Fabiana Pereira Guedes, Stoessel Wanderley de Sousa Neto, Sarah Araújo Viana, Samuel Miranda Colares, Erika Bueno Muzzi, Flávia Cesarino de Sousa, Reynaldo Di Lorenzo Serpa Filho, Mariana Neves Pedrosa Bezerra.

## **PROMOTORES DE 1ª ENTRÂNCIA**

---

Jeaziel Carneiro dos Santos, Rosa Cristina de Carvalho, Cassiana Mendes de Sá, Airles Kátia Borges Rameh de Souza, Carolina Soares Honorato de Macedo, Jaine Aretakis Cordeiro Didier, Simone Duarte Doca, Fabiana Alves Mueller.

## **PROMOTORES SUBSTITUTOS**

---

Thomaz Ilton Ferreira dos Santos, Ernani Lucas Nunes Menezes .



## COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

---

### **Alana Maria Soares Cavalcante Colares**

Graduada em Direito pela Universidade do Ceará - UFC  
Mestranda em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba - UFPB

### **Bárbara Statília Rodrigues Alves**

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia  
Estagiária da 6ª Promotoria de Justiça do Cidadão de Uberlândia-MG

### **Camyla Figueiredo de Carvalho**

Assessora Jurídica de Promotor de Justiça  
Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB  
Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública pela FIP  
Pós-Graduada em Controle e Repressão a Desvios de Recursos Públicos na Universidade Estácio de Sá e CERS

### **Dorgival Renê Tolentino Leite**

Bacharel em Direito pela UEPB  
Pós-Graduação em Gestão Pública pela UFPB  
Mestrando em Direitos Humanos pela UFPB  
Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado da Paraíba

### **Fabrcio Veiga Costa**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia

Professor de Direito na Faculdade de Pará de Minas

Professor Lato Sensu em Direito Processual no Instituto de Educação Continuada da PUCMINAS

Professor de Mestrado em Direito da universidade de Itaúna

Especialização em Direito Processual pelo IEC – PUCMINAS

Especialização em Direito Educacional pela PUCMINAS

Especialização em Direito de Família  
Mestre em Direito processual pela PUCMINAS

Advogado Cível e Especializado em Direito de família e Sucessões em Belo Horizonte e Pará de Minas  
Relator do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/MG

### **Giovana Aparecida Sabino**

Bacharela em Direito pela UFMG  
Assessora 18ª PJ Defesa dos Direitos Humanos, Apoio Comunitário, Conflitos Agrários e de Fiscalização da Atividade Policial em Belo Horizonte

### **João Gaspar Rodrigues**

Promotor de Justiça do Estado do Amazonas  
Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes – RJ  
Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra

### **Lívia Vilanova Cabral**

Promotora de Justiça do Estado da Paraíba

**Marcus da Costa Fernandes**  
Bacharel em Direito  
Especialista em Direito Penal e  
Processual Penal  
Analista Ministerial do Ministério  
Público do Estado da Paraíba

**Mayara do Nascimento e Silva**  
Bacharela em Direito pela UFPB  
Mestrado em Ciências Jurídica pela  
Universidade Federal da Paraíba -  
UFPB

**Samantha Furtado Ferreira  
Carvalho**  
Bacharela em Direito  
Analista Ministerial do Ministério  
Público do Estado de Minas Gerais

**Thaysa Maura Tavares de  
Miranda Coelho Tabosa Braga**  
Advogada  
Especialista em Ciências Criminais  
Servidora do Ministério Público do  
Estado da Paraíba

**Vivianne Sulzbeck Guimarães  
Mendonça**  
Bacharela em Direito pela Universi-  
dade Federal de Uberlândia  
Analista da Coordenadoria Regional  
de Defesa do Patrimônio Público de  
Uberlândia

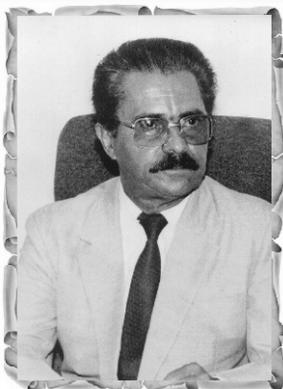
**Yoseph Emanuel dos Santos Vaz**  
Acadêmico de Direito na UEPB



**Newton Soares de Oliveira**

◊ 1971 - 1981  
◊ 1989 - 1990

---



**Arlindo Monteiro de  
Carvalho**

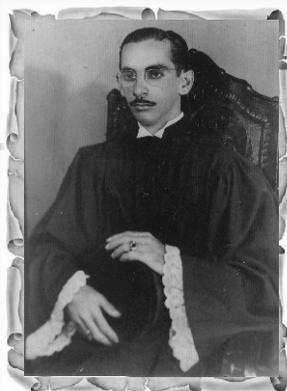
◊ 1981 - 1982

---

**Onaldo Nóbrega Montenegro**

◊ 1983 - 1984

---





## **EDITORIAL**

---

Com grata satisfação apresentamos a décima edição da Revista Jurídica do Ministério Público. Um trabalho que ganha corpo e que vem crescendo com o passar dos anos.

Poderoso instrumento de discussão e atualização do direito, busca expor o brilhantismo de escritos que questionam hodiernamente a aplicação da lei e o direito posto.

A atualização é necessária, e acompanhar a evolução do tempo constitui obrigação para quem tem por mister praticar a justiça.

Não há como olvidar a realidade em detrimento do direito perquirido. A essência da justiça não vem à esquiva do que se apresenta. Mas se requer olhos voltados para o horizonte, sem que a cegueira automática desnude o fato de sua efetiva conceituação.

Os temas discutidos nos artigos desta revista revelam a importância dessa busca constante da atualização do direito com a situação social, sem a qual fada-se ao fracasso na aplicação da justiça.

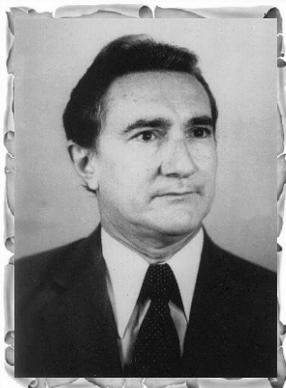
A par de tudo isso, conclamamos a todos a debruçarem-se sobre os temas propostos, no afã de que novas discussões se apresentem e deem azo e inspiração para as próximas produções.

**José Raimundo de Lima**  
Procurador de Justiça  
Diretor do CEARF  
Presidente do Conselho Editorial



## SUMÁRIO

---



**Ednaldo Dias de Barros**

◊ 1985 - 1986

---



**Ginaldo Ferreira  
Soares**

◊ 1987 - 1988

---

**Walter Mendonça da Silva Porto**

◊ 1989 - 1989

---





# SUMÁRIO

## **1 DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO FINANCEIRO**

---

O aviso prévio nas empresas públicas prestadoras de serviço público..... 25  
Alana Maria Soares Cavalcante Colares

Tutela da confiança nas relações administrativas: incidência de boa-fé objetiva na atuação da administração pública..... 39  
Camyla Figueiredo de Carvalho

Noções de orçamento público: transparência e fiscalização..... 69  
Barbara Statília Rodrigues Alves e Vivianne Sulzbeck  
Guimarães Mendonça

## **2 DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

---

A dignidade no fim da vida: o direito e as novas possibilidades..... 101  
Yoseph Emanuel dos Santos Vaz

O paradigma da efetividade normativa do direito constitucional da infância e juventude e o modelo de responsabilização diferenciada..... 119  
Mayara do Nascimento e Silva

A ineficácia da lei 4.898/65 no âmbito da atividade policial..... 145  
Giovana Aparecida Sabino

Da aplicação da teoria da coculpabilidade social a responsabilização de adolescentes..... 167  
Lívia Vilanova Cabral

## **3 DIREITO FUNDAMENTAL E DIREITO DO CONSUMIDOR**

---

A natureza do método científico com aplicações à resolutividade do Ministério Público..... 183  
João Gaspar Rodrigues

Quem controla os controladores? a atividade policial sob o controle externo do Ministério Público..... 221  
Dorgival Renê Tolentino Leite

Planos de saúde: o direito do usuário ao atendimento domiciliar (home care) ..... 239  
Samantha Furtado Ferreira Carvalho

#### **4 DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL CÍVEL**

---

Da colaboração premiada e a sua natureza jurídica: meio de prova ou meio de obtenção de prova?..... 257  
Marcus da Costa Fernandes

Movimentos de política criminal: lei e ordem, direito penal do inimigo, abolicionismo penal e direito penal mínimo..... 279  
Thaysa Maura Tavares de Miranda Coelho Tabosa Braga

Mérito processual participado na ADIN 3510..... 307  
Fabrício Veiga Costa

# 1 DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO FINANCEIRO

---



**Getúlio Campêlo Salviano**

◊ 1991 - 1992

---



**Artur Gonçalves  
Ribeiro**

◊ 1993 - 1996

---

**Maria do Socorro Diniz**

◊ 1997 - 2000

---



**Corregedores-Gerais do Ministério Público do Estado da Paraíba**  
(Arquivo do Memorial do MPPB)



# O AVISO PRÉVIO NAS EMPRESAS PÚBLICAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO

Alana Maria Soares Cavalcante Colares  
Bacharela em Direito

## Resumo

O presente estudo tem como objetivo investigar o Aviso prévio nas empresas públicas prestadoras de serviços públicos, buscando respostas para as lacunas legislativas acerca do tema. Investiga-se, por conseguinte, a matéria constante na Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho e jurisprudência dos Tribunais Superiores. O trabalho tem como escopo buscar soluções para questionamentos acerca do cumprimento do aviso em caso de obtenção de novo emprego, bem como a possibilidade de retratação no caso específico das empresas públicas prestadoras de serviço público, uma vez que a questão não tem sido objeto de outros estudos na área, concluindo-se pela necessidade de se aprofundar na matéria, de forma a entender quais são os pressupostos e requisitos para que empregados vinculados a esse tipo específico de empresa tenham assegurados os direitos previstos na legislação trabalhista.

**Palavras-chave:** Aviso prévio. Empresa Pública. Novo emprego. Serviço público. Retratação.

## Abstract

The present study aims to investigate the notice in the public utilities public companies, seeking answers to the legislative gaps on the subject. Investigating, therefore, the matters contained in the Federal Constitution, Consolidated Labor Laws and jurisprudence of the Superior Courts. The work is scoped to seek solutions to questions regarding compliance with the notice in the event of getting a new job, and the possibility of withdrawal in the specific case of public service providing public companies, since the issue has not been the subject of other studies in the area, concluding the need to delve into the matter in order to understand what are the assumptions and requirements for employees relating to this particular type of company have the rights provided for in labor legislation ensured.

**Keywords:** Early warning. Public company. New job. Public service. Retraction.

## 1 Introdução

O Estado brasileiro tem sido cobrado em sua eficiência e produtividade, especialmente quando pensamos num modelo que taxa em quase 40% as atividades produtivas e pouco retorna à sua população, tais como serviços de saúde e educação.

Ao longo dos anos, buscando melhorar a gestão dos serviços públicos, houve a incorporação de diversos instrumentos à prática da gestão pública, a exemplo das sociedades de economia mista e empresas públicas, cujos capitais constituidores são oriundos da esfera pública, mas os moldes de atuação estão mais próximos da iniciativa privada.

A inserção de “personagens” com características públicas e privadas, submetidas em determinados momentos ao regramento jurídico privado e, em outros, ao regime jurídico público, dá-lhes características híbridas, motivando o estudo particular pelo Direito Administrativo e gerando estudos interdisciplinares com matérias da seara privada, como é o caso do presente trabalho, cuja matéria é intersetorial, contemplando tópicos tanto do Direito Administrativo quanto do Direito do Trabalho.

Os problemas apresentados pelas empresas retrocitadas são solucionados também de forma mista, pois as fontes de solução encontram-se pulverizadas em institutos de direito público e de direito privado.

Debruçamo-nos, então, sobre questões relativas ao rompimento do contrato de trabalho entre empregados e empresas públicas prestadoras de serviços públicos, especialmente no que se refere ao Aviso prévio, instituto há muito conhecido na seara trabalhista, mas pouco estudado na esfera pública, uma vez que a estabilidade nas relações trabalhistas entre o Poder Público e seus servidores conduz o rompimento contratual à esfera da excepcionalidade.

O questionamento central gira em torno de dois temas: primeiro, a obrigatoriedade do cumprimento do aviso prévio mesmo quando o empregado tenha sido admitido em novo emprego, como ocorre com a assunção de cargos públicos para os quais tenha sido aprovado; num segundo momento, analisamos a possibilidade de retratação do aviso, ou seja, a desistência do rompimento do contrato de trabalho implica, necessariamente, a aceitação por parte do notificado? No caso das empresas públicas prestadoras de serviço público, há necessidade de motivação para a recusa do ato?

Nosso estudo busca encontrar elementos na Doutrina, Legislação e

Jurisprudência para solucionar pontos controversos em relação ao des-  
conto do Aviso prévio em caso de obtenção de novo emprego, bem como  
a possibilidade de retratação (e aceitação) desse mesmo aviso por parte  
das pessoas envolvidas nessa relação jurídica específica.

## 2 Empresas Públicas: surgimento, conceito e princípios aplicáveis

Ao lidarmos com o Direito Administrativo, seja ele o contratual,  
econômico ou regulatório (dentre outros sub-ramos), devemos ter em  
mente que seu princípio máximo norteador é a supremacia do interesse  
público. Não há que se falar em Direito Administrativo se, dentre todos  
os princípios a serem observados e obedecidos, não for o interesse públi-  
co priorizado nas relações entre a Administração Pública e os demais  
entes e pessoas com as quais ela se relaciona, afinal, a origem do Estado e  
o conceito contemporâneo que utilizamos para defini-lo parte do pressu-  
posto de sobreposição dos interesses da coletividade sobre os interesses  
meramente particulares, com vistas a alcançar o bem-estar público e soci-  
al, realizando, dessa forma, necessidades básicas dos administrados.

A repartição de funções do poder do Estado resulta na distribuição  
de atividades entre o Judiciário, o Legislativo e o Executivo, cabendo a  
este último – de forma prioritária, mas não exclusiva – a execução da  
vontade da lei.

A Administração Pública pode ser definida, de acordo com LUCIA  
VALLE FIGUEIREDO (2006, p. 37), como:

*A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concre-  
to, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual,  
para a realização dos fins públicos, sob regime prevalecente  
de direito público, por meio de atos e comportamentos contro-  
láveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo  
(com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis  
pelo Judiciário.*

Tal função é orientada, conforme ditames constitucionais (art. 37,  
*caput*), pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade,  
publicidade e eficiência (havendo outros princípios implícitos na própria  
CF/88, bem como outros dispersos na legislação infraconstitucional).

Uma das formas de se buscar a eficiência administrativa é se utili-  
zar da descentralização, instituto que se caracteriza por outorgar a pesso-

as jurídicas de direito privado (dentre as quais as empresas públicas e sociedades de economia mista) a realização de atividades delegadas pelo Estado.

Acerca das empresas públicas, é interessante trazer os apontamentos de ALOÍZIO ZIMMER JÚNIOR ([www.stf.jus.br/repositorio](http://www.stf.jus.br/repositorio)):

*Como regra, as empresas públicas são pessoas jurídicas de Direito Privado, com patrimônio próprio e com capital exclusivo do Estado; entretanto, admitem a participação excepcional de outros entes e de outras entidades de Administração Direta e Indireta na sua composição. A maioria do capital votante, de toda sorte, deve pertencer ao ente da Federação; no âmbito federal, a União. São autorizadas por lei (art. 37, XLIX), com estatuto próprio, devidamente registrado (atos de constituição arquivados) na Junta Comercial (se sociedade mercantil), ou no Cartório de Registro de Títulos e Documentos (se sociedade civil).*

*Como já se sabe, são pessoas jurídicas de Direito Privado 1, incumbidas de prestar serviço público ou exercer atividade econômica em situações de exceção (CF, art. 173). Autorizadas por lei, só desaparecem por lei (Decreto-Lei 200/1967, art. 5.º, II; Decreto-Lei 900/1967, art. 5.º). Sua raiz é o Direito Privado, sua natureza é civil, contudo sofrem ponderações ou diminuições em sua autonomia a partir das regras de Direito Público.*

Importa ressaltar que uma vez atuando no mercado privado, tem-se a (errônea) ideia de que a Administração Pública se equipara totalmente a qualquer empresa privada. Ainda que em determinadas e específicas situações haja efetiva equiparação (a exemplo das isenções tributárias não extensíveis às demais empresas privadas), na realização de suas atividades não pode ser afastada a realização do interesse público, dada a sua supremacia e estando em confronto normas que regem as relações privadas (sejam elas no âmbito comercial, trabalhista ou consumerista, por exemplo) e o interesse público, deve esse ser *sempre* priorizado, implicando nulidade todos os atos que contrariarem, ainda que de forma indireta, esse princípio máximo do Direito Administrativo (é nesse sentido que foi editada a Súmula 473 do STF, cujo teor prevê a possibilidade de anulação de seus próprios atos, quando constatada a sua ilegalidade).

As empresas públicas, como objeto primordial de nosso estudo, tanto podem prestar serviços públicos quanto privados, ou seja, podem atuar no mercado de consumo, competindo com as demais empresas privadas ou sendo criadas para a prestação de serviços públicos, de forma a garantir melhor eficiência na gestão dos recursos públicos àquela área destinados.

Um exemplo dessa última categoria é o da Empresa Pública EBSEH (Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares), cujo histórico de criação, no ano de 2011, liga-se à necessidade de recuperar os hospitais vinculados às universidades federais. Ou seja, a empresa pública firma contrato com os hospitais universitários federais e passa a atuar de forma a reestruturar e modernizar a gestão de tais hospitais.

### 3 O contrato de trabalho dos empregados das Empresas Públicas

Resumidamente, podemos dizer que o contrato de trabalho é celebrado entre duas pessoas: uma física (obrigatoriamente), que é o trabalhador<sup>1</sup>, e uma jurídica (ou física) que é a empregadora.

Para a celebração de tal contrato na esfera exclusivamente privada, basta que ambos os agentes preencham os requisitos dos negócios jurídicos em geral e obedeçam às especificidades elencadas na legislação trabalhista (como a idade mínima para o trabalho, por exemplo), sendo tal contrato regido pelas disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Quando tratamos da esfera pública, o simples elemento volitivo não pode dar ensejo à celebração do contrato, uma vez que a Constituição Federal de 1988 impõe como requisito à contratação de servidores públicos a prévia aprovação em concurso público de provas ou provas e títulos, conforme dispõe o artigo 37, II e §2º. Assim, para que haja prestação de serviço público *intuitu personae*, torna-se necessário que o agente não somente queira ser servidor público e a Administração Pública – em qualquer esfera de poder – aceite tal condição; há o requisito prévio e objetivo de submissão a um certame.

Uma vez aprovado em concurso público, o servidor pode ser nomeado para o exercício em cargo previsto e regulamentado por lei, submetendo-se a um regime denominado de “regime jurídico único”, ou seja, todas as nuances relativas ao exercício de sua atividade estão previstas e delimitadas por lei, sendo somente por esta modificadas.

Tal regime, contudo, não se aplica às empresas públicas e sociedades de economia mista, uma vez que sua constituição e funcionamento são regidos por normas de direito privado parcialmente derogadas por

<sup>1</sup> Aqui devemos ressaltar que o Direito do Trabalho diferencia trabalhador (gênero) de empregado (espécie).

normas de direito público (a exemplo do que ocorre na celebração de contratos, contratação de servidores e submissão à licitação).

Os empregados dessas empresas são submetidos a concurso público (conforme ditame constitucional), mas seu regime de trabalho está vinculado ao que dispõe a CLT, ou seja, a admissão se submete ao regime público de contratação de servidores (via concurso público), mas todas as demais regras relativas àquele trabalho estão previstas na legislação trabalhista privada – inclusive quanto ao rompimento contratual trabalhista.

#### **4 Do rompimento contratual**

Dentre as várias formas de pôr fim à relação contratual estabelecida, estudaremos aqui a resolução contratual a pedido do empregado e suas consequências nas empresas públicas prestadoras de serviços públicos.

O fim da relação contratual a pedido do empregado tem um pressuposto constitucional: a liberdade (ou seja, a única limitação admissível é a imposta pela própria Constituição ou legislação que ela apontar com atributos para tanto). Assim, tanto o empregado possui liberdade de escolha para trabalhar (onde, quando e em quais circunstâncias), como para não trabalhar (com ou sem motivação aparente), rompendo o contrato de trabalho.

Uma das formas possíveis (e comum) de rompimento é o acesso a novo emprego, ou seja, o empregado encontra-se trabalhando para determinada empresa e, em certo momento da relação, uma outra oportunidade se apresenta, motivando a saída do empregado.

Nesse momento, questiona-se: quais são os direitos e deveres de empregado e empregador quando há o encerramento do contrato a pedido do primeiro?

Uma das obrigações é a do empregador pagar pelo serviço efetivamente prestado pelo empregado, gerando o direito ao empregado de receber a contraprestação pecuniária devida.

Há outro direito/dever que nos interessa mais de perto para o estudo do presente tema: o Aviso prévio, visto que ele está intrinsecamente ligado aos rompimentos contratuais inesperados, ou seja, quando uma das partes não supõe que aquela relação irá terminar em certo e determinado prazo, uma vez que a regra é sua indeterminação.

O Direito do Trabalho prevê o Aviso prévio como um direito e dever tanto do empregado quanto do empregador. É um dos poucos institutos no Direito do Trabalho que têm natureza dúplice, ou seja, é direito e obrigação

de ambas as partes contratantes (empregado e empregador). Entretanto, seu exercício possui regras próprias (que estão previstas na Consolidação das Leis do Trabalho – arts. 487 a 491), inclusive quanto ao Aviso prévio que é dado pelo empregado – como é o caso do nosso estudo.

Mas o que vem a ser o Aviso prévio?

O Aviso prévio existe ordinariamente nas relações sem prazo determinado de encerramento, ou seja, nos contratos com prazo indeterminado. Consiste na comunicação que uma parte faz à outra de seu desejo de encerrar a relação contratual em curso, permitindo que a outra ou substitua o empregado (com tempo hábil para seleção e treinamento do substituto, nos casos de encerramento a pedido do empregado) ou que se recoloca no mercado (com prazo razoável para pesquisa de oportunidades, requalificação e participação em processos seletivos).

O Aviso prévio também possui natureza salarial, uma vez que, no seu curso, o contrato de trabalho continua com plena vigência e persistem todos os direitos e obrigações para ambas as partes, com exceção daquelas que a lei expressamente prevê como diferenciadas nesse período (a exemplo da jornada de trabalho – que é diminuída para o empregado quando o aviso é dado pelo empregador).

Atualmente, além dessas funções, o aviso tem caráter indenizatório, sendo proporcional ao tempo de trabalho (superior a um ano).

Uma questão pouco falada, mas que gera controvérsias na prática trabalhista, é a dispensa ou cumprimento do Aviso prévio em caso de obtenção de novo emprego. A opção por uma ou pelo outro representa motivo de embate entre empregado e empregador, uma vez que o cumprimento ou não do aviso tem repercussão salarial direta: o desconto (ou não) do valor relativo a um mês de remuneração.

Continuemos com o exemplo da EBSERH (empresa pública prestadora do serviço público de saúde): suponhamos que determinada pessoa tenha se submetido a concurso público para o cargo de enfermeira no Hospital Público “X”, vinculado à Universidade Federal do Ceará. Encontra-se em pleno exercício da função quando é chamada para assumir a mesma função (via concurso público, obviamente) no Hospital Público “Y”, vinculado à Universidade Federal da Paraíba. Questiona-se: o prazo relativo ao Aviso prévio será descontado das verbas rescisórias do empregado ou ele irá ser dispensado do cumprimento do aviso e receberá somente pelos dias efetivamente trabalhados?

De acordo com o Precedente Normativo 24 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), “*O empregado despedido fica dispensado do cumprimento do Aviso prévio quando comprovar a obtenção de novo emprego, desonerando a empresa do pagamento dos dias não trabalhados*”.

Note-se que precedente trata do empregado “despedido”, mas silencia sobre aquele que pede demissão.

Na prática trabalhista, o Ministério do Trabalho e Emprego autua as empresas que “multam” os empregados que não trabalham todo o período do aviso, por motivo de obtenção de novo emprego.

Sobre isso, conclui o Auditor Fiscal do Trabalho, José Carlos Batista:

*A ocorrência de caso fortuito ou motivo de força maior desobrigam o cumprimento do Aviso prévio. O pedido de demissão em virtude de novo emprego não é caso fortuito ou motivo de força maior, mas é um justo motivo. O justo motivo desobriga o empregado de cumprir o Aviso prévio. Assim está grafado no caput do artigo 487 da Consolidação das Leis do Trabalho.*

*O trabalhador que pede demissão em virtude de surgimento de novo emprego privado, ou em virtude de aprovação em concurso público faz jus, por uma questão de direito fundamental alicerçado no inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal a ser dispensado por seu empregador de cumprir (de pagar) o Aviso prévio, vez que a República Federativa do Brasil estabelece ser um direito fundamental os valores sociais do trabalho. (...)*

Ou seja, para o auditor, ainda que não haja previsão legal expressa quanto ao motivo de rompimento do contrato de trabalho por iniciativa do empregado em virtude da obtenção de novo emprego, tal se classificaria dentre aquelas hipóteses – doutrinariamente justificadas – de rompimento do vínculo contratual sem penalização ao empregado. Assim, para aquele autor,

*Se fosse o caso do empregador haver dispensado o empregado sem justa causa, poderíamos aplicar a Súmula 276 do TST e o Precedente Normativo 24 também do TST:*

*“Súmula 276 – Aviso prévio. Renúncia pelo empregado – O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego.”*

*“Precedente Normativo 24 – O empregado despedido fica dispensado do cumprimento do Aviso prévio quando comprovar a*

*obtenção de novo emprego, desonerando a empresa do pagamento dos dias não trabalhados”.*

*Então, tanto a súmula quanto o precedente normativo tratam do caso de despedida do trabalhador por parte do empregador:*

*No caso de pedido de demissão por motivo de novo emprego, também é justo que o trabalhador não sofra o desconto do aviso prévio. Ou, melhor esclarecendo: o que vale para o caso do empregador dispensar o trabalhador, também deve prevalecer para o caso do trabalhador que pedir demissão para assumir novo emprego ou cargo público.*

Em relação ao tratamento dispensado pelo Ministério do Trabalho e Emprego para casos postos à sua apreciação, o auditor é enfático quanto ao posicionamento daquela instituição:

*É exatamente nesse sentido a redação do artigo 15 da Instrução Normativa nº 15, de 14 de julho de 2010, da Secretaria de Relações do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego, que estabelece procedimentos para assistência e homologação na rescisão de contrato de trabalho:*

*“Art. 15 – O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado, salvo se houver comprovação de que ele obteve novo emprego.”*

*O artigo 15 acima transcrito não faz distinção entre a dispensa feita pelo empregador e o pedido de demissão. Ou seja, o artigo 15 trata de forma igualitária as duas situações.*

O que se pode concluir é que a empresa não fica obrigada a pagar o aviso prévio, mas também não pode multar o empregado, descontando os dias não cumpridos do aviso prévio, pelos dias que ele não conseguir trabalhar por ter começado no novo emprego. Assim, se o empregado só trabalha quinze dias do aviso, a empresa lhe paga os quinze dias trabalhados e não pode descontar os outros quinze.

Casos como o ora estudados são relativamente comuns na Justiça do Trabalho, cujas decisões têm sido favoráveis a esse entendimento, ainda que não haja previsão legal expressa acerca do tema. Tal posicionamento pode ser visto na notícia abaixo (divulgada em 04.08.2015), fruto do julgamento do Recurso Ordinário (Processo 0001157-05.2013.5.03.0079 RO) pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG):

## RESCISÃO CONTRATUAL

*Empregado não deve indenizar empresa por não cumprir aviso prévio.*

*Quando o contrato de trabalho é por prazo indeterminado, se o trabalhador pede demissão e não cumpre o aviso prévio, o empregador poderá descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo, como estabelece o parágrafo 2º do artigo 487 da CLT. Porém, o empregador não tem direito de cobrar do empregado a quantia referente ao aviso prévio, na forma de indenização. Adotando esse entendimento, expresso no voto da juíza convocada Maria Cecília Alves Pinto, a 1ª Turma do TRT mineiro deu provimento ao recurso do reclamante nesse aspecto para excluir da condenação o pagamento do aviso prévio não cumprido pelo empregado.*

Como se percebe pelo entendimento acima exposto, a exemplo do TRT-3, alguns Tribunais trabalhistas corroboram o entendimento da impossibilidade de desconto do aviso prévio não trabalhado, em virtude da obtenção de novo emprego, seja por novo contrato de trabalho ou por aprovação em concurso público – como no caso anteriormente visto.

### 5 Da retratação do aviso prévio

Outra questão de interessante relevo nas relações estabelecidas entre empresas públicas prestadoras de serviço público é a possibilidade de retratação do aviso prévio. Em simples palavras, a retratação é o arrependimento da parte que deu o aviso prévio, significando que pretende desistir da rescisão e permanecer com o contrato de trabalho em pleno vigor.

O artigo 489 da CLT assim dispõe:

*Dado o aviso prévio, a rescisão torna-se efetiva depois de expirado o respectivo prazo, mas, se a parte notificante reconsiderar o ato, antes de seu termo, à outra parte é facultado aceitar ou não a reconsideração.*

*Parágrafo único - Caso seja aceita a reconsideração ou continuando a prestação depois de expirado o prazo, o contrato continuará a vigorar, como se o aviso não tivesse sido dado.*

Pela leitura do artigo, podemos perceber que o aviso prévio é retratável, ou seja, a parte que notificou a outra do interesse em encerrar o contrato de trabalho pode voltar atrás e continuá-lo.

Na seara privada, tal artigo é de fácil entendimento: se o empregado, por exemplo, avisa à empregadora que não pretende mais trabalhar na empresa e, posteriormente, se arrepende, manifestando sua intenção de permanecer no posto de trabalho, cabe à empregadora a decisão de aceitar ou não a retratação (na prática, uma vez dado o aviso pelo empregado, é possível e provável que o empregador tenha selecionado e treinado um substituto, tornando inviável o retorno da relação ao seu status anterior).

A questão que aqui se coloca diz respeito à pessoa investida em poderes para representar os interesses da Administração Pública no ato. Ao contrário do particular, para o qual a permissão é fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, o administrador público só pode fazer aquilo que a lei determina. Pode, por exemplo, o gestor de um hospital público negar-se a aceitar a retratação de uma enfermeira que solicitou seu desligamento, em virtude da obtenção de novo emprego?

Entendemos, quanto à questão da faculdade da outra parte em aceitar ou não a retratação, como previsto na parte final do *caput* do artigo, sua aplicabilidade tão somente às relações eminentemente privadas (o que não é o caso, pelo fato de haver interesse do Estado envolvido), restando incontroverso que há carência efetiva de pessoal da saúde em todos os estados brasileiros, sendo inegável o prejuízo para o estado quando há desfalque de profissionais em qualquer área relacionada a esse segmento.

Ainda que se aceitasse a ideia de possível recusa do gestor em aceitar a retratação, defendemos ainda que, tal como os demais atos administrativos, a recusa deve ser motivada, demonstrando-se cabalmente que o Estado pode prescindir da mão de obra já selecionada e com despesa corrente assegurada (uma vez que a pessoa já ocupa determinada função pública).

Assim, uma vez que a rescisão do contrato de trabalho só se efetiva após o último dia do aviso prévio, sendo legalmente prevista a retratação e havendo necessidade comprovada de pessoal, entendemos que, uma vez comunicada em tempo hábil a desistência quanto à demissão por iniciativa do empregado, a instituição é obrigada a aceitar a retratação, vez que há interesse público envolvido.

## 6 Conclusão

O estudo do presente tema traz à tona uma série de questionamentos acerca da relação contratual trabalhista estabelecida entre o empregado e o empregador empresa pública prestadora de serviços públicos.

Ainda que a Constituição traga uma série de direitos e garantias aos trabalhadores, não há, nem no texto constitucional e nem na legislação infraconstitucional que lhe esmiúça os termos, qualquer menção às questões trazidas à análise no presente artigo, quais sejam, o aviso prévio concedido aos empregados por motivo de obtenção de novo emprego, bem como a possibilidade de retratação do aviso dado, quando o empregador for empresa pública prestadora de serviços públicos.

O estudo levado a efeito buscou demonstrar a impossibilidade de desconto do valor relativo a aviso prévio não cumprido em caso de admissão em novo emprego, baseada especialmente em decisões oriundas dos Tribunais trabalhistas acerca do tema, uma vez que se busca, prioritariamente, fazer garantir direitos sociais do trabalhador.

Além de tal questão, pôs-se em relevo outro tema concernente ao aviso prévio: a retratação em tais casos, cujos polos da relação jurídica são preenchidos pelas pessoas retrocitadas. Observando-se a legislação referente ao tema e os princípios a ela aplicáveis, conclui-se que ao administrador público não é dada a faculdade de aceitar ou não a retratação, devendo o mesmo se ater aos limites impostos pela lei e, excepcionalmente, no caso de recusa, motivar o ato, fundamentando a impossibilidade de aceitar o pedido de reconsideração do aviso dado.

## Referências

BATISTA, José Carlos. *O pedido de demissão motivado por novo emprego exclui a obrigatoriedade de cumprimento de aviso prévio*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9203](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9203)>. Acesso em: 12 dez. 2015.

CONSULTOR jurídico. *Empregado não deve indenizar empresa por não cumprir aviso prévio*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ag0-04/empregado-nao-indenizar-empresa-nao-cumprir-aviso-previo>>. Acesso em: 3 dez. 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAVATÁ, Isabelli et al. *CLT organizada*. 7 ed. São Paulo: LTr, 2015.

ZIMMER, Aloísio Jr. *A administração pública e o serviço público*. Disponível em: <[www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/ALOISIO\\_ZIMMER\\_JR.doc+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/ALOISIO_ZIMMER_JR.doc+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 05 out. 2015.



# TUTELA DA CONFIANÇA NAS RELAÇÕES ADMINISTRATIVAS: INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ OBJETIVA NA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**Camyla Figueiredo de Carvalho**

Assessora Jurídica de Promotor de Justiça

## Resumo

O presente trabalho visa justificar a incidência dos princípios constitucionais e civilísticos da boa-fé objetiva, dos deveres anexos ou laterais das relações jurídicas e demais institutos correlatos no âmbito das relações administrativas. O estudo será desenvolvido a partir da análise histórica e constitucional dos institutos no âmbito privado e sua recente e necessária incursão no atuar administrativo. A problematização que se apresenta inicialmente consiste no aparente descompasso entre princípios historicamente regentes das relações privadas e sua incidência no âmbito administrativo, marcado que é pela principiologia própria da superioridade do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público. Objetiva-se demonstrar, com o presente trabalho, a compatibilidade destes institutos à luz da redefinição dos paradigmas do Direito Administrativo a partir da atual ordem constitucional.

**Palavras-Chave:** Tutela da confiança. Boa-fé objetiva. Administração Pública.

## Abstract

This work aims to justify the incidence of constitutional principles of objective good faith, the accompanying duties of legal relations and other related institutes within the administrative relations. The study will be developed from the historical and constitutional analysis of the institutes in the private sector and its recent foray into the necessary administrative doing. The problematics that initially presents is the apparent mismatch between principles historically regents of private relations and their impact on the administrative level, which is marked by its own principles of superiority of the public interest over the private and the unavailability of public interest. The objective is to demonstrate with this work, the compatibility of these institutes in the light of the redefinition of paradigms of Administrative Law from the current constitutional order.

**Keywords:** Protection of trust. Objective good faith. Publica Administration.

## 1 Introdução

É cediço que a vigente ordem constitucional regula-se pela marca do pós-positivismo, pautado que é na superação de valores outrora delimitadores da ciência jurídica, tais como a separação estanque entre prescrição e descrição da norma posta e a dissociação da ciência jurídica dos demais ramos do conhecimento.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e de seus fundamentos principiológicos, todo o ordenamento jurídico pátrio recebeu incursões que modificaram substancialmente o caráter da norma, superando a já insuficiente dicotomia entre público e privado e estabelecendo diretrizes fundamentais que balizam não só as relações privadas, mas, e decerto com maior enfoque, o atuar administrativo.

Dentre estas diretrizes basilares da ordem constitucional contemporânea, destaca-se o princípio da boa-fé objetiva, conceituada como cláusula geral atinente à valorização da ética e da lealdade entre as partes de uma relação jurídica. Corolário que é dos princípios constitucionais da solidariedade social, da segurança jurídica, e da dignidade da pessoa humana, a boa-fé objetiva reveste-se de natureza jurídica de dever geral de conduta, seja entre particulares, seja nas relações institucionais.

A rigor, a boa-fé objetiva, pelos seus próprios caracteres essenciais, é exigida de quaisquer sujeitos, integrantes de toda sorte de relações jurídicas, haja vista que, não raramente, as fórmulas legais são insuficientes para resolver todos os conflitos surgidos no seio da sociedade. Desse modo, é juridicamente exigível de quaisquer pessoas ou entes o respeito à lealdade e moralidade nas relações que firmam entre si.

Nesse contexto, insere-se a Administração Pública como parte nas relações jurídicas e questiona-se a incidência de tal dever geral de conduta por parte de seus agentes e representantes. É dizer, exige-se dos entes da Administração Pública, tal qual se exige dos administrados particulares, o respeito à lealdade, moralidade, proibidade, e aos demais deveres anexos à boa-fé objetiva no trato da coisa pública, talvez em maior grau e com maior fundamento, haja vista o interesse público que pauta toda a atuação administrativa.

É assente na doutrina que a Administração Pública pauta-se pelos princípios estruturantes da indisponibilidade e da supremacia do interesse público sobre o privado e que dispõe de prerrogativas e sujeições pró-

prias, atinentes ao atingimento do interesse público. Dentre as prerrogativas, citam-se a autotutela de seus atos, revisão e resolução unilateral de contratos, a exigência de cumprimento dos pactos pelo administrado, ainda que a despeito de sua contraprestação, a legitimidade para instituir cláusulas exorbitantes, dentre outras.

Todavia, à luz dos princípios constitucionais contemporâneos da segurança jurídica, da solidariedade social, dignidade da pessoa humana e igualdade, questionam-se os limites de tais prerrogativas e, sobremaneira, a finalidade última da atuação administrativa. Com efeito, à vista de que não se encontram em relação horizontal – o Estado e o administrado – vislumbra-se a necessidade de se assegurar, à luz do princípio da boa-fé objetiva que se impõe como dever geral de conduta, a conservação das relações jurídicas por ambas as partes, questionando-se os limites da vulneração por parte dos entes administrativos, dos deveres principais e anexos às relações administrativas firmadas.

Destarte, à luz dos princípios constitucionais que informam a Administração Pública e em consonância com o papel do poder público na contemporaneidade, faz-se necessária a harmonização das cláusulas gerais historicamente alçadas à seara particular com a atuação administrativa, na busca pela concretização da finalidade pública e da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o presente trabalho pretende analisar a aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva na atuação dos entes da Administração Pública em suas relações com os particulares. Objetiva-se inicialmente estudar o histórico do princípio da boa-fé, suas acepções e funções à luz da nova ordem civil-constitucional. Num segundo momento, pretende-se identificar a nova ordem das relações privadas dentro da perspectiva civil constitucional da tutela da confiança, através do estudo dos deveres anexos e demais institutos cíveis relacionados com o princípio da boa-fé objetiva.

Em outro capítulo, apresenta-se a análise da tutela da confiança nas relações administrativas, mais especificamente a aplicação do princípio da boa-fé objetiva na atuação da Administração Pública como corolário da redefinição dos paradigmas do Direito Administrativo à luz da nova ordem constitucional. Fez-se opção por traçar um paralelo entre o regramento civil e administrativo à luz das diretrizes constitucionais, a fim de permitir a harmonização dos princípios tradicionais da Administração Pública com a tutela da confiança nas relações público-privadas,

pautando os limites da autotutela administrativa sob a ótica do modelo dialógico de Administração Pública.

Caminhando em direção às conclusões, objetiva-se responder ao seguinte questionamento: é oponível à Administração Pública a observância da boa-fé objetiva nas relações com os particulares?

## 2 A boa-fé objetiva na atual ordem constitucional

### 2.1 Histórico da boa-fé

Remontam ao Direito Romano as primeiras demonstrações fáticas e jurídicas do postulado da boa-fé objetiva como dever geral de conduta nas relações jurídicas. A delimitação do conteúdo que hoje representa o atual estágio de evolução do referido instituto decorre, em análise histórica, da adesão ou rejeição às ideias morais e políticas, bem como aos padrões comportamentais do povo romano, sendo um de seus institutos primordiais a noção da *fides*.

Conceituada como ideia central do pensamento político, jurídico e social romano, a *fides* constitui o valor mais genuíno e operante, diretriz das relações jurídicas do povo romano. Seu conceito tradicionalmente difundido é relacionado à existência de liames ou vínculos entre as partes e à consequente expectativa de respeito aos acordos promovidos na relação. Doutrinariamente traduzida como “confiança”, “lealdade”, “honra-dez” ou “confiabilidade”, é a *fides* o antepassado histórico mais remoto da atual boa-fé objetiva.

A doutrina apresenta três acepções – ou prismas semânticos – da *fides* romana, os quais compõem a noção do instituto e concretizam a sua realização, uma vez que interagem entre si. No dizer de Flávio Rubinstein (2004), as acepções da *fides* romana baseiam-se em elementos históricos, que revelam distintos aspectos relacionados à vida romana. Estes aspectos referem-se, nomeadamente, à religião, ao poder e à manutenção da palavra dada.

Tocante à primeira acepção, relacionada à noção religiosa da *fides*, a doutrina aponta, como antecedente histórico, o antiquíssimo culto à deusa *Fides*, que remonta à própria origem de Roma. A referida divindade era costumeiramente invocada na celebração de negócios entre cidadãos romanos e entre estes e os peregrinos, velando pelo justo cumprimento destes negócios mediante proteção aos cumpridores e castigos aos faltosos.

A doutrina romanística aponta a existência de um ritual pelo qual, a cada ano, três sacerdotes eram levados em um carro puxado por dois cavalos a fim de realizar um sacrifício à *Fides*, no qual se cobria a mão direita da estátua da divindade, símbolo máximo de lealdade à palavra dada.

Flávio Rubinstein (2004), citando Francisco Amaral (1996), destaca:

*Dai o hábito dos contratantes de dar um aperto das mãos direitas (dextrarumporrectio) para conferir solenidade à promessa, gesto que, mesmo após o desaparecimento do culto à deusa Fides, permaneceu como sinal de confiança mútua, origem remota e significado da forma de cumprimento comumente adotada pelos povos ocidentais.*

Na acepção de poder, por sua vez, a *fides* romana volta-se à proteção da parte mais fraca das relações jurídicas, no sentido de possibilitar, com o respeito ao cumprimento das promessas e da palavra dada, a superação da arbitrariedade da parte mais forte no liame subjetivo. A doutrina aponta como instrumentos concretizadores desta acepção da *fides* a Lei das XII Tábuas, responsável por limitar alguns poderes do tutor e do patrão romanos; e a *Lex Poetelia-Papiria*, responsável pela superação das formalidades absolutas dos empréstimos romanos e a vinculação exclusiva do patrimônio do devedor no cumprimento de suas obrigações.

Nesse contexto, o viés interpretativo do poder na *fides* romana permitiu o estabelecimento de relações de proteção e fidelidade entre o mais forte e o mais fraco, representando verdadeira garantia aos hipossuficientes e figurando como o antecedente histórico mais remoto das legislações protetivas existentes na atualidade.

Por sua vez, a terceira e última acepção semântica da *fides* romana – considerada a mais significativa em termos de formação do instituto da boa-fé objetiva, como atualmente delimitada – consiste no postulado romano da manutenção da palavra dada.

Nos ensinamentos de Menezes Cordeiro, citado por Flávio Rubinstein (2004),

*Mais do que mero fato, a exigência de manutenção da palavra dada seria sintoma de um desenvolvimento conceitual incipiente, implicando o sentido de dever, ainda quando não recebida pelo Direito. Desde o momento em que a "garantia" expressa pela noção de poder passou a residir na qualidade de uma pes-*

*soa, a fides passou a ser dotada também de matizes morais. Diferentemente das relações de poder, passa-se a estar diante de um curso histórico particular nas relações privadas, no qual, ao contrário, acentuar-se-iam os limites que expressavam o respeito a fides. Nascia, assim, um princípio ético que se desenvolvia por meio de relações estabelecidas sob um plano de igualdade.*

Atualmente centrada no fundamento constitucional da segurança jurídica, esta terceira acepção da *fides* romana assenta-se na noção de fidelidade às promessas e aos acordos firmados, ao conseqüente respeito ao teor do acordado entre as partes e à proibição de comportamentos divergentes à legítima expectativa da outra parte.

É de observar-se, portanto, que a manutenção da palavra dada dos romanos constitui a diretriz mais próxima dos atuais contornos da boa-fé objetiva, que compreende um conjunto de prestações, direitos e deveres que incumbem às partes, com base na exigência genérica de adotarem comportamentos segundo um critério de retidão, pressupondo que a parte de uma relação contratual mantenha um comportamento que corresponda à legítima expectativa da outra parte. (Amaral, 1996).

Neste sentido, verificando-se a evolução do instituto da *fides* romana como antecedente histórico da atual boa-fé objetiva, observa-se que o instituto representava um vínculo de garantia, que se consubstanciava na necessidade de manter a palavra dada – seja nas relações entre cidadãos, seja entre cidadãos e estrangeiros – inicialmente com níveis de controle sociais sacros e, mais tarde, éticos e morais.

A partir desta delimitação doutrinária, não se atribuía à *fides* propriamente dita a força vinculativa apta à punição legal dos contendores que desobedeciam ao dever geral de conduta de retidão em suas relações. À *fides* era conferido um conteúdo de natureza ética e moral, mas não jurídica. É apenas com o desenvolvimento do instituto da *bona fides* romana como norma jurídica propriamente dita que se inaugura doutrinariamente o caráter vinculante da boa-fé romana, esta sim apta a gerar a responsabilidade pelo descumprimento dos deveres gerais de conduta.

O instituto surge como inovação semântica criada pelos pretores em sede processual, atribuindo um sentido técnico-jurídico à noção ético-moral da sua diretriz *fides*, já profundamente enraizada nas relações sociais romanas.

Nesse contexto, a evolução do próprio modelo jurisdicional romano favoreceu a incursão do instituto da *bona fides*, no que se convencionou chamar de “juízos de boa-fé”, ou *bonaefidei iudicia*, através dos

quais se superava o modelo do direito estrito, pautado nas *legis actiones* (ações da lei), para atingir o chamado processo formular, menos rígido quanto à forma e conferindo maior liberdade de apreciação das demandas aos juízes.

Não há consenso na doutrina acerca da natureza da atuação dos juízes no implemento dos juízos de boa-fé. Parcela da doutrina entende que o trabalho conferido aos pretores romanos consistiu apenas no reconhecimento da *fides* já atuante na sociedade romana. Seria a atividade judicante do pretor uma mera aplicação do direito consuetudinário pautado nos ditames ético-morais da *fides*.

Outra corrente confere aos pretores romanos a titularidade da própria criação do instituto da *bona fides* nos referidos juízos de boa-fé, evocando a evolução do conteúdo ético-moral da sociedade para o caráter técnico-jurídico vinculante das relações levadas a juízo.

Prevalece a segunda corrente, sustentando que o conceito de *bona fides* é de fato resultado do trabalho criativo dos juízes romanos, que, atentos à realidade da expansão comercial romana e à pluralidade de relações entre cidadãos e peregrinos, superaram a estrita legalidade e passaram a admitir a eficácia vinculante das relações pautadas na confiança e no dever geral de conduta atribuído à noção de *fides* já enraizada na sociedade.

Desse modo, ao juiz cumpria, como cumpre atualmente, a apreciação do comportamento das partes seja no momento da estipulação do contrato, seja na execução deste e ainda no momento da propositura da ação judicial, sendo este alargamento das funções judiciais no tocante ao exame da *bona fides* o antepassado histórico mais contundente do que hoje se entende como manutenção judicial do sinalagma obrigacional nas relações jurídicas.

Inegável, portanto, a equiparação da *bona fides* romana ao atual conceito de boa-fé objetiva como dever geral de retidão nas condutas, atuando como princípio interpretativo e integrativo das mais diversas espécies de relações jurídicas.

## 2.2 A nova ordem constitucional e a exigência da boa-fé objetiva

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu título primeiro, um princípio fundamental que veicula a força motriz de todo o ordenamento jurídico pátrio, a saber, a dignidade da pessoa humana. A vigen-

te ordem constitucional brasileira instituiu um Estado Democrático de Direito, superação dos modelos de Estado liberal e social, que não atendiam a contento a finalidade última do Estado organizado, que tem como premissas e objetivos a solidariedade social e a promoção do bem de todos os cidadãos.

Com efeito, o próprio período histórico em que se inaugurou a nova ordem constitucional brasileira denota a superação do estado de crise política e exceção por que passava a República, o que demonstra, ainda mais patente, a necessidade de promoção de novos valores constitucionais a fim de reconstruir as estruturas do Estado a partir da proteção da pessoa humana e da busca pela justiça social.

Some-se a isto a nova dinâmica das relações sociais que, pautadas no risco e na fluidez, passou a exigir do sistema jurídico um mínimo de normatização, a fim de assegurar o comportamento ético e probo dos seres humanos e o atingimento das finalidades últimas do Estado Democrático, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social.

É nesse contexto que se insere a exigência constitucional do princípio da boa-fé objetiva nas relações jurídicas, seja entre particulares, seja entre estes e os entes públicos. De efeito, apesar de não estar expressamente textualizada na Constituição de 1988, a boa-fé objetiva retrata sobremaneira os interesses sociais, agregando valores e conteúdo à efetivação do princípio motriz da dignidade da pessoa humana.

Sobre a confluência da individualidade com os valores sociais da atual ordem constitucional, Ehrhardt Jr. (2014) diz:

*No atual sistema jurídico brasileiro, a perspectiva solidarista encontra fundamento no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (sic) e no inciso XXIII de nossa Constituição Federal, que torna imperiosa a tentativa de conciliação entre duas ideias aparentemente antagônicas: individualidade e dimensão social, que num processo dialético devem orientar o conteúdo e a direção das normas que regem as relações privadas.*

Isso porque a doutrina pátria reconhece no direito contratual privado a mais nítida expressão da aplicação da boa-fé objetiva, e atribui esta evolução prática do princípio ao paradigma do dirigismo contratual e seus institutos correlatos, tais como a ordem pública, a função

social, o interesse público e a própria boa-fé, responsáveis pela chamada “repersonalização” do direito privado através da adoção das chamadas cláusulas gerais.

Comumente referenciada como resposta à complexidade e às expectativas da sociedade globalizada, a adoção das cláusulas gerais no direito privado propicia condições para a fluidez dos valores constitucionais nas relações humanas, mediante “valorização da interpretação criativa do direito de acordo com as exigências de justiça nos casos concretos” (Nery Júnior, 2014).

Desse modo, a doutrina do atual direito civil-constitucional aponta que o princípio da boa-fé objetiva configura uma verdadeira ponte que permite a passagem do formalismo para o consensualismo entre as partes, servindo de base principiológica das relações jurídicas e impondo o dever geral de conduta de retidão entre as partes, em concretização aos postulados constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

Em respeito a este dever geral de conduta, os contratantes são entendidos não mais como rivais, polos opostos de uma mesma relação jurídica, mas sim, como parceiros leais e probos que, dirigidos pelo dever geral de mútua cooperação, atingirão seus objetivos sem vulnerar as expectativas legítimas geradas na outra parte.

Nesse contexto impende diferenciar a boa-fé objetiva, enquanto regra de conduta e critério de orientação para interpretação e integração das relações jurídicas, da boa-fé subjetiva, enquanto estado psicológico de um sujeito que supõe estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento, cuja consciência e reserva mental se colocam estaticamente em consonância com a ética.

A boa-fé objetiva pode ser compreendida como norma de correção e, neste sentido, não guarda qualquer relação com a esfera íntima dos indivíduos. Desenvolve-se de modo dinâmico e é exterior ao sujeito, podendo ser valorada juridicamente e, se desrespeitada, servir de parâmetro à responsabilidade civil da parte faltosa, dado que o seu conteúdo gera deveres secundários de conduta que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente no instrumento negocial. Relaciona-se menos com a esfera de consciência dos sujeitos do que propriamente como dever objetivo de manutenção do equilíbrio negocial entre as partes.

Nos dizeres de Judith Martins-Costa (2005):

*Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard... o que vem a significar que, na concreção da boa-fé objetiva deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico.*

Nesse sentido, o comportamento *standard*, ou conduta padrão do homem médio (*reasonableman*), tem a pretensão de generalidade no tocante aos deveres que compõem o conteúdo da boa-fé objetiva, considerando-se sempre os aspectos sociais envolvidos, a evolução das relações humanas e o princípio da solidariedade social.

Atento aos ditames constitucionais e em compasso com o histórico do instituto da boa-fé objetiva, verifica-se ainda um importante mecanismo de salvaguarda às garantias da segurança jurídica e da lealdade nas relações negociais, qual seja, o papel regulador do Poder Judiciário.

Com efeito, a adoção de cláusulas gerais no ordenamento jurídico e a valorização da dignidade humana como postulado máximo da nova ordem constitucional exige do magistrado uma atuação direta no controle e na aferição da boa-fé entre os litigantes, atendendo-se ao paradigma do dirigismo contratual e aos postulados da ordem pública e da função social dos negócios jurídicos.

Destarte, é a própria superação dos valores estanques de outrora, advinda com a nova ordem constitucional, que permite inferir a exigência da boa-fé objetiva como corolário direto dos princípios fundamentais da Carta Política de 1988. É porque se funda na dignidade da pessoa humana e na solidariedade social que a nova ordem constitucional vigente faz presumir a exigência do respeito ao postulado da boa-fé objetiva enquanto dever geral de conduta nas relações jurídicas, tanto particulares, quanto públicas.

### **3 Os deveres anexos e as funções da boa-fé objetiva**

A boa-fé objetiva, entendida até aqui como cláusula geral atinente à valorização da ética e da moralidade nas relações jurídicas, foi alçada à condição de dever geral de conduta com o advento do Código

Civil de 2002 e, embora indireta, mas conseqüentemente, à promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu novos princípios fundamentais inspiradores de toda a legislação pátria.

A doutrina civilista, com maior vagar, debruça-se sobre a natureza jurídica e as acepções do princípio da boa-fé objetiva, haja vista ser um dos princípios fundantes da nova codificação civil que, orientada pelos fundamentos da sociabilidade, eticidade e operabilidade, fornecem substrato e referenciais para a caracterização deste dever geral de conduta.

Tartuce (2016), discorrendo acerca do princípio da eticidade no Código Civil, extrai do princípio da boa-fé objetiva três acepções ou funções informativas do conceito. São suas palavras:

*Pelo Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva tem função de interpretação dos negócios jurídicos em geral (art. 113 do CC). Serve ainda como controle das condutas humanas, eis que a sua violação pode gerar o abuso de direito, nova modalidade de ilícito (art. 187). Por fim, a boa-fé objetiva tem a função de integrar todas as fases pelas quais passa o contrato (art. 422 do CC). Acrescente-se que a eticidade também parece ser regra adotada pelo Novo Código de Processo Civil, pela constante valorização da boa-fé processual, notadamente pelos seus arts. 5º e 6º.*

Pelo exposto, sob o viés interpretativo do princípio da boa-fé objetiva, o dever geral de conduta de retidão deve pautar todos os momentos e fases das relações jurídicas, de modo a flexibilizar a vontade das partes, fazendo prevalecer a intenção nela consubstanciada face ao sentido literal da linguagem. A função hermenêutica ou interpretativa corrobora a dinamicidade da boa-fé objetiva e permite o enquadramento das diversas relações jurídicas à principiologia constitucional.

Por sua vez, a função de controle da boa-fé objetiva assenta-se na noção dos limites ao exercício dos direitos subjetivos e relaciona-se com diversos institutos notadamente consagrados no direito civil os quais impedem que sejam exercidos determinados direitos subjetivos em razão da confiança legitimamente despertada na outra parte. Citam-se os institutos do *venire contra factum proprium*, *supressio*, *tu quoque* e *surrectio*, dentre outros, como concreções do princípio da boa-fé objetiva na sua função de controle.

A doutrina civilista, portanto, dispõe sobre os parâmetros funcionais da boa-fé objetiva no âmbito das relações privadas, estabelecendo um verdadeiro dever geral de conduta entre os particulares, apto a gerar, com o seu

eventual desrespeito, a ilicitude do comportamento, nos termos do art. 187 do Código Civil, impondo o reconhecimento do abuso do direito à parte que excede manifestamente os limites impostos pela boa-fé.

Já a função integrativa da boa-fé objetiva dá-se pela exigência de que os contratantes guardem, tanto na execução quanto na conclusão das suas relações jurídicas, o dever geral de lealdade, probidade e boa-fé. Funciona, por conseguinte, tanto como norma hermenêutico-integrativa quanto como norma criadora de deveres jurídicos, os chamados deveres anexos.

A delimitação dos deveres anexos na ótica da boa-fé objetiva decorre, como o próprio nome sugere, da superação da obrigação primária da relação jurídica como única finalidade da dinâmica relacional entre as partes, no sentido de atribuir ao efetivo adimplemento uma carga ainda mais substancial, que ultrapassa o conteúdo propriamente dito da prestação para abranger parâmetros comportamentais dos indivíduos que entre si se relacionam.

Fazendo alusão aos deveres anexos como mandamentos gerais de conduta, Paulo Luiz Netto Lôbo (2011) diz:

*Esses deveres não derivam da relação jurídica obrigacional, e muito menos do dever de adimplemento; estão acima de ambos, tanto como limites externos ou negativos, quanto como limites internos ou positivos. Derivam diretamente dos princípios normativos e irradiam-se sobre a relação jurídica obrigacional e seus efeitos, conformando e determinando, de modo cogente, assim o débito como o crédito. Os deveres gerais de conduta exigem interpretação de seus efeitos e alcances diretamente conjugada aos dos princípios de ontem promanam. A compreensão de uns implica a dos outros (...). Os deveres gerais de conduta, ainda que incidam diretamente nas relações obrigacionais, independentemente da manifestação de vontade dos participantes, necessitam de concreção de seu conteúdo, em cada relação, considerados o ambiente social e as dimensões do tempo e do espaço de sua observância ou aplicação. Essa é a sua característica, razão porque são insuscetíveis ao processo tradicional de subsunção do fato à norma jurídica.*

O desenvolvimento da categoria dos deveres anexos, também conhecidos como deveres laterais, colaterais, instrumentais ou fiduciários, deve-se aos estudos de Hermann Staub e Heinrich Stoll no contexto da modernização do Código Civil Alemão, pelo qual o atual desenvolvimento das relações jurídicas exigiria a atribuição de deveres relacionados, para além do próprio cumprimento das prestações, à satisfação das expectativas geradas na contraparte e à garantia da plena realização dos interesses dos figurantes na relação.

Relacionam-se estes deveres anexos com a obrigatoriedade de informação, esclarecimento, proteção, cooperação e lealdade entre as partes, o que demonstra a estreita correlação destes com o postulado da boa-fé objetiva.

Explica Menezes Cordeiro (2001):

*O conteúdo dos deveres laterais de proteção está relacionado à exigência de que as partes evitem que sejam infligidos danos mútuos à suas esferas jurídicas. Por sua vez, os deveres laterais de esclarecimento obrigam as partes a se informarem mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, aos quais devem ser somados os deveres de lealdade, impondo a elas a abstenção de qualquer comportamento que possa desequilibrar as prestações, como também a adoção de deveres de atuação positiva para garantir o mesmo objetivo.*

Mister ressaltar, como esclarece Ehrhardt (2014), que os deveres laterais são exigíveis durante todo o *iter* da relação obrigacional complexa, desde a fase pré-contratual – quando se exige a prévia relação de confiança entre as partes –, passando pela fase de execução e desenvolvimento do acordo e perdurando após a extinção deste, pelo cumprimento dos deveres de prestação, já que se exige, na fase pós-contratual, que os figurantes assegurem a plena utilidade dos direitos adquiridos.

Exemplos contundentes da incidência dos deveres anexos na fase pós-contratual na legislação pátria verifica-se nos institutos cíveis da evicção, dos vícios redibitórios e nas relações consumeristas, notadamente na atribuição de responsabilidade objetiva ao fornecedor pelos fatos e vícios dos produtos e serviços comercializados.

Enquanto decorrência inafastável da boa-fé objetiva, os deveres anexos apresentam sobremaneira uma tendência expansionista, verificando-se sua exigência não apenas nas relações negociais, como também no direito de família, direito das coisas e, ainda, no direito processual e administrativo.

Com efeito, se é inconcebível que os particulares ajam de modo temerário no trâmite de suas relações pessoais, ainda mais contundente é o dever geral de lealdade e de cooperação quando presente o Estado nas relações jurídicas, seja por meio do Poder Judiciário nas relações processuais, seja pela Administração Pública no trato e efetivação do interesse da coletividade.

No ponto, importa especificar os deveres anexos enquanto decorrência da boa-fé objetiva a fim de averiguar as possíveis consequências

que advêm do seu inadimplemento, seguindo a pertinente premissa doutrinária de que se diferenciam o dever de prestação propriamente dito e o efetivo adimplemento relacional.

Nesse sentido, compõem o exemplificativo rol de deveres anexos: o dever de proteção, que impõe às partes a tarefa de prevenir prejuízos, próprios ou, da outra parte, adotando comportamentos diligentes, observadas a cautela e a segurança jurídica; o dever de informação, consistente nas condutas de esclarecer, advertir, explicar, prestar contas e avisar à outra parte sobre eventuais mudanças passíveis de alteração no equilíbrio da relação firmada com a contraparte; dever de cooperação, que exige das partes o mútuo auxílio no desenvolvimento da relação, enviando-se mútuos esforços no sentido de superar eventuais circunstâncias obstativas do interesse dos sujeitos; e, por fim, decorrente da cooperação, o dever de mitigação, imposto ao credor da relação jurídica no sentido de evitar que o resultado danoso do inadimplemento se agrave ainda mais, prejudicando desproporcionalmente a outra parte.

Sobre este dever de mitigar o prejuízo, advindo da teoria do *duty-tomitigatetheloss* dos países adeptos da *common law*, explica José Jairo Gomes (2005):

*Feita a ponderação de valores, no momento em que se estabelece a indenização deve-se ter em conta se o autor do dano adotou atitude indiscutivelmente solidária e cooperativa para com a vítima. Não bastam meras exteriorizações de boas intenções; é fundamental que estas se materializem em atos concretos, efetivos e relevantes, no sentido de minorar os efeitos maléficos do próprio comportamento danoso. Cabe igualmente cogitar do agravamento da indenização se o causador do dano não tiver se solidarizado com a vítima, no sentido indicado.*

Desse modo, ainda que numa circunstância de descumprimento das obrigações por uma das partes da relação, a contraparte deve assegurar o próprio comportamento leal, íntegro e cauteloso, a fim de evitar o agravamento da situação da parte com quem se relaciona. É dizer ainda que, numa situação que justifica uma possível conduta agressiva por uma das partes, deve esta guardar a retidão no comportamento, a fidelidade aos acordos firmados e a cooperação com a outra parte no sentido de promover o adimplemento substancial do objeto da relação jurídica.

O dever de mitigação, nos termos acima expostos, traduz-se em um dos institutos de maior refinamento do conteúdo da boa-fé objetiva, que se apresenta como superação do próprio interesse particular para

assegurar a legitimidade e a garantia de uma relação jurídica justa e pautada na cooperação entre as partes.

Tal é a carga valorativa do dever de mitigação nas relações jurídicas que o Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião da III Jornada de Direito Civil, elaborou o Enunciado nº 169 com o seguinte teor: “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”, demonstrando estreme de dúvidas que o dever de cooperação entre as partes compõe o conteúdo inafastável da boa-fé objetiva e que esta se aplica de forma cogente nas diversas relações jurídicas nacionais.

Ressalte-se que todas as condutas das partes encontram limites nos próprios contornos da relação jurídica firmada, o que não retira dos deveres anexos o seu caráter independente. Com efeito, “o fato de ser impossível o cumprimento da prestação principal não impede o surgimento dos demais efeitos que podem decorrer da relação jurídica obrigacional” (Ehrhardt Jr. 2014).

É nesse contexto que se insere o conceito de violação positiva dos negócios jurídicos, como descumprimento dos deveres anexos da conduta das partes que, ainda que não importe em inadimplemento da prestação, representam uma quebra no liame subjetivo em face ao descumprimento da confiança legitimamente gerada na contraparte.

### 3.1 Violação positiva dos negócios jurídicos pelo descumprimento dos deveres anexos

Analisado o conteúdo dos deveres anexos ou laterais da conduta como resultantes da exigência da boa-fé objetiva nas relações jurídicas, mister identificar neste ponto as consequências de seu eventual descumprimento. No ponto, importa distinguir os atuais contornos da noção de inadimplemento do seu conceito tradicional, relegado à mera inexecução ou descumprimento da prestação objeto da relação jurídica entre as partes.

Tradicionalmente, o inadimplemento dos acordos firmados consubstancia-se em duas classificações: a que leva em consideração a atuação do devedor e a que leva em conta o interesse violado (SILVA, 2007). No primeiro critério, assenta-se a noção da responsabilidade civil em consequência do inadimplemento atribuível à conduta específica de uma das partes da relação; já o segundo critério enfoca a plena satisfação ou não do interesse objeto da relação jurídica.

Diferencia-se, portanto, o inadimplemento absoluto, que ocorre diante da impossibilidade objetiva de realização da prestação ou de sua inexibibilidade por alteração superveniente das circunstâncias; do inadimplemento relativo, que traduz o conceito civil de mora, caracterizado pelo não cumprimento da prestação no tempo, lugar, ou nas condições previamente fixadas, nos termos da redação expressa do art. 394 do Código Civil de 2002.

Nesse sentido, explica Cavalieri Filho (2010) que seria correto afirmar que o inadimplemento absoluto é a impossibilidade de receber a prestação por falta de interesse do credor; já a mora se caracteriza pela persistência da possibilidade do cumprimento.

A concepção atual de inadimplemento, todavia, não se delimita tão somente pelo descumprimento da prestação objeto da relação jurídica. Nesse sentido, surge a violação positiva dos negócios jurídicos como terceira via no campo da perturbação da relação obrigacional (EHRHARDT, 2014).

A violação positiva não guarda correspondência com o objeto da prestação pactuada entre as partes, e sim, como já apresentado, com o conteúdo dos deveres anexos à relação jurídica. É dizer, são os comportamentos das partes, e não a questão de fundo de direito sob a qual negociam, que implica a atuação conforme ou contra o adimplemento substancial do negócio. Ainda, é a conduta dos figurantes na relação jurídica que representa a proximidade ou a distância dos mesmos com o conteúdo da boa-fé objetiva e que permite visualizar a presença ou a ausência da violação positiva na relação jurídica firmada.

Com efeito, a boa-fé objetiva pode ser compreendida no seu viés negativo, que condiz com o dever de lealdade, ou melhor, na ausência de comportamentos desleais na relação jurídica; e, no seu sentido positivo, qual seja, a criação do dever mútuo de cooperação entre as partes da relação jurídica, espectro de criação dos estudados deveres anexos de conduta.

Nesse contexto, a teoria da violação positiva, criada pelos teóricos Hermann Staub e Heinrich Stoll para resolver lacunas no regramento do inadimplemento no BGB alemão, serve de substrato para a criação de consequências jurídicas no âmbito civil nacional tocante ao descumprimento dos deveres anexos de proteção, informação e cooperação nas relações jurídicas. Desse modo, a violação positiva exsurge no cenário de complexidade das relações, a ensejar de ambas as partes

que entre si se relacionam comportamentos éticos, probos e, sobretudo, cooperativos.

Ehrhardt Jr. (2014) atribui a esta complexidade do conteúdo do inadimplemento a nomenclatura de *perturbação das prestações obrigacionais*, a qual figuraria como gênero do qual seria possível extrair as espécies de inadimplemento absoluto, mora e violação positiva, sendo esta última sinônimo de cumprimento imperfeito do objeto da relação jurídica. O autor exemplifica didaticamente as espécies de inadimplemento com os seguintes cenários:

*Se, no caso do inadimplemento absoluto, o credor pode afirmar “não me interessa mais” e, no de mora, sustenta “interessa-me, mas você está atrasado”, no campo da violação positiva (ou cumprimento imperfeito, como se prefere), uma das afirmações possíveis seria “recebi sim, mas não foi isso que combinamos”. Os exemplos utilizados permitem uma melhor visualização da distinção entre cumprimento imperfeito e o denominado adimplemento substancial.*

Nesse sentido, é possível asseverar que a boa-fé, enquanto criadora dos deveres anexos ou laterais das relações jurídicas, funciona como verdadeira norma principiológica de extensão do efetivo adimplemento das relações. É dizer, o conteúdo material das relações jurídicas não se esgota na prestação objeto da avença, se espraiando pelo próprio comportamento dos figurantes da relação. O desrespeito a esta boa-fé objetiva e a seus deveres anexos é de tal relevância que importa na violação positiva destas relações, apta a ensejar responsabilização e até mesmo desconstituir a relação anteriormente firmada.

### 3.2 A função de controle da boa-fé e os institutos cíveis correlatos

Para além das funções hermenêutica e integrativa do princípio da boa-fé objetiva destaca-se a função de controle deste princípio vetor das relações jurídicas. É o terreno fértil para o desenvolvimento do estudo do abuso do direito, nos termos tipificados no art. 187 do Código Civil de 2002 que representa a limitação expressa à liberdade por vezes arbitrária das partes na relação jurídica.

Nesse sentido, a boa-fé objetiva surge como limite ao exercício disfuncional de uma posição jurídica por parte dos figurantes na relação, velando pela segurança jurídica e, sobretudo, pela observância

dos fundamentos constitucionais da dignidade humana e da solidariedade social.

Desponta a função de controle da boa-fé objetiva como criadora de *standard*, arquétipo social adequado para limitação do exercício abusivo ou disfuncional de direitos, nos termos do art. 187 do Código Civil (Ehrhardt Jr., 2014).

O exercício dos direitos, portanto, deve respeito não apenas ao acordo firmado e às regras cíveis aplicáveis à espécie, mas também, e sobremaneira, aos princípios advindos da ordem constitucional e do postulado da boa-fé objetiva. Traçando os contornos do conceito de abuso do direito, verifica-se que o exercício de um direito será abusivo ou ilegítimo se houver quebra de confiança das legítimas expectativas das partes (LOPES, 2009).

Nesse contexto, mister analisar os institutos cíveis correlatos ao tema do abuso do direito e à função de controle da boa-fé objetiva, a saber, a doutrina dos atos próprios e a teoria da confiança.

O estudo da doutrina dos atos próprios remonta ao instituto do *venire contra factum proprium*, de origem canônica, que representa a reprovação social e moral que recai sobre aquele que assume comportamento contraditório (Menezes Cordeiro, 2004). Segundo Nanni (2008), através do estudo do presente instituto analisam-se dois comportamentos de uma mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro (*factum proprium*) é contrariado pelo segundo (*venire*).

A tradução “Vir contra fato próprio” demonstra o conteúdo da atuação da parte que desrespeita o anteriormente acordado para, ao arrepio da confiança gerada na contraparte, buscar nova pretensão, de modo que, quando alçada à categoria de abuso do direito, o *venire contra factum proprium* deixa de se configurar um comportamento lícito para se tornar ilícito pela inadmissibilidade que gera perante a outra parte. Entra em cena a proteção da confiança legitimamente despertada na contraparte como substrato necessário ao atendimento da boa-fé objetiva nas relações jurídicas.

Conforme Ehrhardt Jr. (2014), diversas são as consequências que podem advir do reconhecimento do *venire contra factum proprium*, tais como, a manutenção do primeiro comportamento adotado pelo sujeito; o afastamento de determinadas consequências dos atos praticados ou ainda a indenização pelos danos causados ao sujeito em virtude da quebra da confiança verificada.

A despeito de ser o instituto mais bem delineado no âmbito da doutrina dos atos próprios, não é o *venire contra factum proprium* a única consequência da quebra da confiança nas relações jurídicas.

Com efeito, pode-se destacar no âmbito processual a figura da *exceptio doli*, enquanto forma indireta de defesa processual através da qual a parte demandada tem a possibilidade de afastar a pretensão do demandante – mesmo sem questionar-lhe a existência do direito – demonstrando que tal demanda foi exercida de forma dolosa, desrespeitando o mandamento geral de conduta segundo a boa-fé. Diferenciam-se os institutos da *exceptio doli* e do *venire contra factum proprium* na medida em que o primeiro pressupõe o dolo do sujeito para sua configuração (Ehrhardt Jr. 2014).

Ainda no campo da teoria dos atos próprios, cita a doutrina civilística a existência dos institutos correlacionados da *supressio* e da *surrectio*, sendo o primeiro conceituado como a perda de um direito quando o seu titular deixa de exercê-lo durante longo tempo, e o correspondente surgimento de um direito relacionado para a contraparte, que gerou, com a conduta inerte do outro negociante, uma expectativa legítima de que de tal modo se daria a relação jurídica. À supressão (*supressio*) do direito de uma parte, portanto, corresponde o surgimento (*surrectio*) do direito de quem com ele se relaciona.

Esmiuchando-lhes o conteúdo, assevera Menezes Cordeiro (2001):

*O fenômeno da supressio, traduzido no desaparecimento de posições jurídicas que, não sendo exercidas em certas condições, durante determinado lapso de tempo, não mais podem sê-lo sob pena de contrariar a boa-fé, corresponde uma forma invertida de apresentar a realidade. A supressio é apenas o subproduto da formação, na esfera do beneficiário, seja de um espaço de liberdade onde antes havia adstricção, seja de um direito incompatível com o do titular preterido, seja, finalmente, de um direito que visa adstringir outra pessoa por, a esse mesmo beneficiário, se ter permitido actuar (sic) desse modo, em circunstâncias tais que a cessação superveniente da vantagem atentaria contra a boa-fé.*

Com clareza solar, explica a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrighi, em sede de julgamento de recurso especial interposto neste sodalício (Resp. nº 1.202.514/RS, 3ª Turma), que “a *supressio* indica a possibilidade de redução do conteúdo obrigacional pela inércia qualificada de uma das partes, ao longo da execução do negócio, em

exercer direito ou faculdade, criando para a outra a legítima expectativa de ter havido renúncia à prerrogativa”.

Por fim, outro instituto comumente relacionado ao abuso do direito no âmbito da boa-fé objetiva é o *tu quoque*. Oriundo da célebre frase proferida por Júlio César “*Tu quoque, Brute, fili mi*” (Até tu, Brutus, meu filho), o *tu quoque* (também tu) foi erigido à categoria do abuso do direito para assegurar o sistema jurídico da atuação desonesta e infringente da boa-fé dos sujeitos que violam certa norma jurídica e, posteriormente, com o intuito de tirar proveito, recrimina outrem pela violação à mesma norma.

Advinda da máxima latina segundo a qual “a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza”, o instituto traduz a inadmissão no sistema jurídico de que alguém pretenda exigir que terceiros acatem os comandos legais ou contratuais que eles próprios desrespeitam. No dizer de Nelson Rosenvald (2005), “quem não cumpre seus deveres também não pode exigir os seus direitos com base na norma violada, sob pena de abuso”.

O instituto encontra amparo legal no ordenamento pátrio, sobretudo no teor do art. 180 do Código Civil, que veda ao menor entre dezesseis e dezoito anos de eximir-se de uma obrigação assumida, utilizando-se de sua idade como fundamento, quando a ocultou dolosamente na formação da relação jurídica.

Verifica-se, destarte, que a doutrina dos atos próprios e seus institutos correlatos concretizam a função de controle da boa-fé objetiva e encontram larga incidência nos diversos ramos do direito pátrio, tanto legalmente quanto doutrinária e jurisprudencialmente, elevando sobremaneira o conteúdo substancial da boa-fé e da proteção da confiança na diversificada gama de relações jurídicas.

#### **4 Tutela da confiança nas relações administrativas**

Até aqui se tratou amiúde acerca da exigência da boa-fé objetiva nas relações jurídicas entre particulares, suas funções, histórico, fundamentos constitucionais, institutos relacionados, consequências de seu eventual descumprimento, e, sobretudo, a legitimidade da sua incidência nas mais diversas acepções do agir conforme o dever geral de retidão na conduta.

Importa neste capítulo aferir a incidência do postulado geral da

boa-fé objetiva enquanto exigência deste dever geral de retidão e lealdade nas relações envolvendo a Administração Pública e, para tal escopo, mister se faz estudar a evolução da administração pública desde o modelo patrimonial até os atuais moldes gerenciais da gestão pública; apreciar a evolução do direito administrativo à luz da Constituição Federal de 1988 e, por fim, identificar a compatibilidade da exigência do postulado da boa-fé objetiva com o regime jurídico administrativo, esmiuçando, sobremaneira, a oponibilidade deste dever geral de conduta aos entes administrativos.

Com efeito, se é evidente a incidência da boa-fé objetiva nas relações entre particulares, decorrência direta da nova ordem constitucional e da perspectiva horizontal dos direitos fundamentais, não menos correta é a incursão desse dever geral de conduta na esfera do direito público. Com efeito, “seria inconcebível que aos vínculos entre os cidadãos e o Estado fosse completamente estranha a nota da lealdade” (NOBRE JR, 2009).

Inicialmente, tocante à exigibilidade da boa-fé no âmbito da administração pública, a doutrina aponta alguns entraves iniciais que merecem ser sopesados, quais sejam, a distinção qualitativa das partes na relação jurídico-administrativa; a vinculação da Administração ao princípio da legalidade e a natureza diversa dos interesses em discussão.

É cediço que a relação firmada entre a Administração Pública e os particulares se reveste de um caráter vertical, em que o ente administrativo atua não só como parte da relação, mas também como fiscalizador da atuação do administrado. Prova desta posição de superioridade dos entes administrativos sobre os particulares reside na própria principiologia que estrutura o regime jurídico administrativo.

De efeito, pelos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público sobre o privado que orientam todo o complexo de relações jurídicas dirigidas pelo regime jurídico administrativo, é consabido que a Administração Pública dispõe de prerrogativas e sujeições próprias, atinentes ao atingimento do interesse público. Dentre as prerrogativas, citam-se a autotutela de seus atos, a revisão e resolução unilateral de contratos, a exigência de cumprimento dos pactos pelo administrado, ainda que a despeito de sua contraprestação, a legitimidade para instituir cláusulas exorbitantes, dentre outras.

Nesse contexto, a verticalidade que caracteriza as relações jurídicas entre administração pública e particular figuraria como primeira rea-

ção adversa à exigibilidade da boa-fé objetiva na atuação administrativa. Todavia, sustenta a doutrina administrativista mais moderna que, na atual ordem constitucional, o lugar institucional ocupado pela administração pública, por si só, não é capaz de afastar a incidência do princípio da boa-fé, pois é superiormente legítimo que aquela confie no cidadão e vice-versa (NOBRE JR., 2009).

Um segundo entrave inicial à exigência da atuação administrativa, conforme os preceitos da boa-fé objetiva, seria a vinculação estrita dos entes administrativos ao princípio da legalidade. Com efeito, tradicionalmente a Administração Pública atende à máxima de só agir de tal ou qual modo quando assim a lei a autorizar, sendo o princípio da legalidade fundamento máximo legitimador dos papéis assumidos pelos entes da administração.

Entretanto, também o princípio da legalidade estrita não diverge do conteúdo da boa-fé objetiva: a uma, porque a vinculação da Administração Pública à legalidade condiz com o respeito ao ordenamento jurídico em toda a sua completude – mormente às regras e princípios constitucionais – e não apenas a dogmas legais estanques: a duas, porque a boa-fé objetiva, enquanto reconhecimento de valor ético e moral das condutas, jamais representaria afronta, direta ou indireta, ao ordenamento jurídico sob o seu viés da legalidade.

Nesse sentido, aponta Menezes Cordeiro (2001) que a só menção da boa-fé nas codificações, à guisa de princípio geral, é suficiente, só por si, para seu trespasse ao direito administrativo, tendo em vista o caráter de generalidade que lhe é conferido.

Ato contínuo de análise, uma derradeira reação adversa à exigibilidade da boa-fé objetiva na atuação administrativa seria a divergência dos interesses buscados pela administração e pelos particulares. Nesse sentido, “a evolução histórica do Direito Administrativo resulta da tensão dialética entre a lógica da autoridade (poder) e a lógica da liberdade (direitos individuais)” (FACCI, 2015).

No ponto, faz-se remissão à tradicional divergência entre o interesse público e os interesses individuais dos particulares, sendo que o primeiro estaria necessariamente relacionado à ideia de bem coletivo devendo *incontinenti* prevalecer sobre o interesse particular.

Todavia, mais uma vez, entra em cena a eficácia horizontal e onipresente da Constituição Federal, que impôs o atendimento pela administração pública aos postulados gerais da dignidade da pessoa

humana, da solidariedade social, da isonomia e do bem-estar social. É dizer, o interesse público – tanto primário quanto secundário – continuam merecendo a tutela incontestada dos entes públicos e dos particulares, entretanto os direitos fundamentais expressos e decorrentes da nova ordem constitucional devem pautar a conduta dos entes públicos e dos indivíduos, não apenas como diretriz, mas também como limite a eventuais abusos.

Frise-se que a busca pelo atingimento dos interesses públicos por parte da administração muito mais impõe o seu dever de manter uma conduta pautada na boa-fé objetiva do que representa justificativas ao desrespeito irrefreável aos direitos individuais dos cidadãos.

Conforme assevera Héctor Mairal *apud* Edilson Nobre (2009) “parece difícil considerar o Estado excluído da obrigação de respeitar um princípio básico do direito e da moral, como é o da boa-fé, pois o simples fato da administração procurar o bem comum não lhe autoriza querer fugir de tal limite”.

Superados os aparentes entraves à exigência da boa-fé objetiva na atuação da administração pública, mister se faz identificar o conteúdo deste dever geral de conduta à luz das noções de segurança jurídica e da tutela da confiança enquanto princípios estruturantes da atuação administrativa.

A doutrina administrativista costuma apresentar ambos os princípios na ótica da aplicação da boa-fé objetiva no regime jurídico administrativo, todavia não é de todo comum a discussão que perpassa as aproximações e discriminações entre os institutos.

Di Pietro (2014) aborda ambos os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança nas linhas introdutórias do seu trabalho, no capítulo que toca ao regime jurídico administrativo, especificamente quando elenca os princípios estruturantes da Administração Pública, notadamente a boa-fé objetiva.

No que importa ao princípio da segurança jurídica, com fundamento constitucional (art. 5º, inciso XXXVI, CRFB), a doutrina aponta a adoção expressa da diretriz logo nos primeiros artigos da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e o faz com o objetivo expresso de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de texto normativo no âmbito da Administração Pública.

No dizer de Di Pietro (2014):

*O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa. (...). Isto não significa que a interpretação da lei não possa mudar; ela frequentemente muda com a decorrência e imposição da própria evolução do direito. O que não é possível é fazê-la retroagir a casos já decididos com base em interpretação anterior; considerada válida diante das circunstâncias do momento em que foi adotada.*

É a adoção do princípio da irretroatividade no direito administrativo, decorrência direta do postulado constitucional da segurança jurídica, que confere aos particulares a manutenção de uma dada circunstância face à mudança superveniente de entendimento da administração sobre seus próprios atos e sobre as normas jurídicas em geral.

Nesse contexto, importa considerar outro princípio que rege a administração pública e que ele confere autonomia no resguardo dos atos por si própria emanados. Trata-se do princípio da autotutela administrativa, que confere à Administração Pública a capacidade de anular seus próprios atos quando eivados de ilegalidade, ou de revogá-los por motivos de conveniência e oportunidade.

A supracitada Lei 9.784/1999, bem como o Enunciado sumular da jurisprudência dominante do STF de nº 473 estabelecem expressamente estas prerrogativas da Administração Pública quando lhe permitem o controle dos seus próprios atos através da anulação, revogação ou convalidação destes atos jurídicos administrativos. Estabelece a referida Súmula:

*Súmula 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*

Entretanto, em respeito aos princípios constitucionais da segurança jurídica e do direito adquirido, ressalvam tanto o referido enunciado

sumular quanto a supracitada lei, os limites a esta atuação administrativa. Neste sentido, estabelece o art. 54 da Lei 9.784/1999:

*Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.*

*(...)*

*§2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato. (grifou--se).*

Verifica-se, portanto, a limitação da autotutela administrativa em respeito às situações jurídicas já consolidadas e referendadas pelo decurso do tempo. É dizer, tendo o particular atingido certa situação jurídica favorável à luz de um ato administrativo válido ao tempo em que adquiriu o seu direito, desde que não infrinja a ordem constitucional, deve a Administração Pública, em eventuais mudanças futuras de interpretação de seus atos, respeitar a situação jurídica já consolidada daquele cidadão que a adquiriu.

Corroborando este entendimento e expondo com precisão a relação da segurança jurídica com o princípio da boa-fé, aduz Di Pietro (2014):

*A segurança jurídica tem muita relação com a ideia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação. Se o administrado teve reconhecido determinado direito com base em interpretação adotada em caráter uniforme para toda a Administração, é evidente que a sua boa-fé deve ser respeitada. Se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.*

Nesse sentido, é assente na doutrina administrativista que o princípio da segurança jurídica possui duas vertentes: uma objetiva, que enfatiza a exigência de que a Administração Pública respeite, por meio de seus atos, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido; e a subjetiva, que estabelece a necessidade de uma atuação moral da Adminis-

tração Pública, pautada na boa-fé objetiva e no respeito aos deveres anexos de modo a não surpreender negativamente os particulares.

Sob um segundo viés justificador da proteção à confiança nas relações administrativas, cita-se a própria autolimitação da Administração Pública no resguardo das expectativas geradas pelos seus atos, importando ressaltar, sobretudo, a responsabilidade das entidades e agentes públicos pelo eventual desrespeito às perspectivas dos particulares que com eles se relacionam.

Sobre o tema, explica Carneiro da Frada (2004):

*A proteção de expectativas pode constituir perfeitamente um escopo de certa regra jurídica (de responsabilidade) sem que a defraudação de expectativas figure sequer na sua previsão, e que, ao contrário: uma responsabilidade pela confiança como realidade jurídica autônoma existirá somente na medida em que a proteção da confiança constitua o vero fundamento da imputação de determinados danos.*

Nesse sentido, o só desrespeito à boa-fé objetiva na condução de determinado comportamento pela Administração Pública, por si, configura uma afronta direta à confiança legitimamente gerada no particular, eivando de imoralidade uma relação jurídica firmada pela administração, donde se depreende a compatibilidade da já debatida Teoria dos Atos Próprios nas condutas da Administração Pública tocante à tutela da confiança do administrado.

## **5 Considerações finais: oponibilidade do dever geral de conduta de boa-fé à administração pública**

À vista de tudo quanto foi amiúde exposto, verifica-se que o dever geral de conduta de retidão e lealdade na atuação da Administração Pública reveste-se de caráter cogente tanto pela característica elementar da fidelidade e do respeito às expectativas geradas na contraparte de uma relação jurídica quanto pela principiologia fundamental inaugurada com a Constituição Federal de 1988, que se espraia de modo ostensivo sob todos os ramos do conhecimento jurídico, notadamente no Direito Administrativo.

Da análise da doutrina administrativista majoritária, é possível aferir a compatibilidade entre os princípios da boa-fé objetiva e da tutela da confiança, mormente se considerado o arcabouço principiológico-

normativo da Constituição Federal de 1988 e o seu inafastável influxo nos diversos ramos do Direito. Da doutrina moderna, extraem-se algumas hipóteses em que se solucionam conflitos entre a Administração Pública e o cidadão-administrado, a exemplo da manutenção de certos atos administrativos inválidos quando sua alteração implica prejuízo ao particular, o qual, em atendimento aos princípios da segurança jurídica, proteção à confiança e boa-fé objetiva, permanece eficaz diante da aparência de legitimidade que ostentam os atos administrativos.

No mesmo sentido, elenca a doutrina a hipótese de manutenção de atos praticados por funcionário de fato, a fixação de prazo para anulação de atos administrativos, a regulação de efeitos já produzidos por eventuais atos ilegais e a própria modulação dos efeitos das súmulas vinculantes, como aplicação direta dos princípios ora discutidos, da segurança jurídica, boa-fé objetiva e tutela da confiança.

Não se olvide, por fim, da própria principiologia específica da Administração Pública constante do *caput* do art. 37 da Constituição Federal e dos demais dispositivos que orientam a atuação administrativa, bem como do controle da probidade alçada às competências tanto das instituições de controle quanto dos próprios cidadãos-administrados.

É de concluir-se, enfim, que o dever de observância dos imperativos constitucionais que oram fundamenta o Estado Democrático de Direito conferem substância à boa-fé objetiva e a seus princípios correlatos não apenas como diretriz orientadora das condutas perpetradas no âmbito da Administração Pública, mas, sobretudo, como mote concretizador dos princípios da cidadania e da solidariedade social.

## Referências

- AMARAL, Francisco. A boa-fé no processo romano. *Revista de Direito Civil* 78. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1996;1000524057>>. Acesso em: 6 Set. 2016.
- BRASIL. *Lei nº 9.784 de 29 de Janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2016.
- CARNEIRO DA FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ERHARDT JR, Marcos. *Responsabilidade civil pelo inadimplemento da boa-fé*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- FACCI, Lucio Picanço. *A proibição de comportamento contraditório no âmbito da administração pública: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*. Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/745065](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/745065)>. Acesso em: 15 ago. 2016.
- GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- LOPES, Tereza Ancona. Exercício do direito e suas limitações: abuso do direito. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério. *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. Ilicitude derivada do exercício do contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium. *Ajuris, Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, a. XXXII, n.97, p. 143-169, 2005.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2001.

NANNI, Giovanni Ettore. Abuso de direito: art. 187. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NOBRE JR, Edilson Pereira. *Boa-fé como baliza da relação jurídico-administrativa*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/boa-fe-como-baliza-da-relacao-juridico-administrativa/4037>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUBINSTEIN, Flávio. *A bona fides como origem da boa-fé objetiva do direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67639/70249>>. Acesso em: 6 set. 2016.

SILVA, José Cesar Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 6.ed. São Paulo: Grupo Editorial Nacional, 2016.



# NOÇÕES DE ORÇAMENTO PÚBLICO: TRANSPARÊNCIA E FISCALIZAÇÃO

**Bárbara Statília Rodrigues Alves**

Bacharela em Direito

**Vivianne Sulzbeck Guimarães Mendonça**

Bacharela em Direito

## Resumo

Sendo as Leis Orçamentárias a base de todo planejamento financeiro de um gestor público, faz-se necessário um estudo que permita um melhor entendimento de como funcionam as principais Leis que compõem o ordenamento jurídico pátrio, quando o assunto é orçamento público, razão pela qual são tecidos breves comentários sobre o PPA – Plano Plurianual, a LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias e a LOA – Lei Orçamentária Anual. Neste sentido, faz-se essencial a publicidade e transparência na divulgação das contas públicas, sendo, pois, determinado legalmente o direito de acesso às informações relativas às receitas e despesas dos entes federados. Importa ressaltar que o amplo acesso a essas informações descortina novas possibilidades de fiscalização legislativa, cidadã e, sobretudo, ministerial. Assim, vê-se que o Ministério Público tem em mãos um conhecimento empoderador capaz de ajudá-lo a servir melhor. Com efeito, são inúmeras as possibilidades que viabilizam um controle orçamentário, difuso e preventivo, que possa atuar na qualificação à gestão pública, de modo a reduzir, por conseguinte, o inadimplemento constitucional, caracterizado, assim, pelo descumprimento do dever estatal de dar concretude aos direitos que são constitucionalmente garantidos aos cidadãos.

**Palavras-chave:** Orçamento público. Transparência. Fiscalização. Inadimplemento constitucional.

## Abstract

Since the Budget Law the basis of all financial planning of a public officer, a study is necessary to enable a better understanding of how the main Laws that make up the native legal system when it comes to public budget, why are woven brief comments on the PPA - Multi-Year Plan, the LDO - Budgetary Guidelines Law and the LOA - Annual Budgetary Law. In this sense, it is essential publicity and transparency in the disclo-

sure of public accounts, and therefore legally given the right to access to information on income and expenditure of federal entities. It is noteworthy that the broad access to this information reveals new possibilities for legislative oversight, citizen and, above all ministerial. Thus, we see that prosecutors have on hand an empowering knowledge can help you serve better. Indeed, there are countless possibilities that enable a budget, diffuse and preventive control that can act in the quality of public administration, in order to reduce therefore the constitutional breach, characterized thus the failure of the state duty to give concreteness rights which are constitutionally guaranteed to citizens.

**Key words:** Public budget. Transparency. Monitoring. Default constitutional.

## Introdução

A importância dada ao conhecimento da destinação dos Recursos Públicos há muito tem ganhado destaque no cenário jurídico pátrio. Hodiernamente, em razão da situação política e econômica do país, é possível afirmar que o empoderamento angariado pela informação talvez seja um caminho de atuação – e por que não? – de transformação e evolução no que toca às crises enfrentadas.

À guisa deste entendimento do quão rico é conhecer a destinação dos recursos, enquanto fruto da atividade tributária exercida pelo Estado, interessante se faz que sejam esclarecidos alguns aspectos que elucidem a questão, facilitando, portanto, o seu entendimento.

Nesse viés, uma vez compreendidos conceitos básicos, o caminho a ser percorrido aborda a importância de uma fiscalização proativa. Insta ressaltar, outrossim, que o papel fiscalizatório poderá ser exercido por cada cidadão, seja individualmente ou coletivamente, bem como pelo Ministério Público, enquanto instituição consagrada por zelar pelo efetivo cumprimento das políticas públicas e pela concretude dos interesses sociais e individuais indisponíveis, consoante se verifica pela previsão do artigo 1º, da Lei Orgânica do Ministério Público<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 fev. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm)>. Acesso em: 12 out. 2016.

Posto isso, tem-se que o cidadão, como contribuinte e destinatário do dinheiro público, tem o direito, quiçá o dever, de conhecer como e onde estão sendo alocados os recursos financeiros que deverão ser utilizados para dar efetividade aos direitos individuais, fundamentais e coletivos que lhe são garantidos constitucionalmente.

Ao Ministério Público, por sua vez, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbe, além da defesa da ordem jurídica e do regime democrático, o combate à corrupção, no amparo de uma gestão proba, valendo-se, pois, dos instrumentos que lhe são próprios, a saber, o Inquérito Civil, que colhe dados necessários à propositura de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85)<sup>2</sup>, podendo adentrar também no campo de incidência da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92)<sup>3</sup>.

Demais disso, cumpre dizer que o conhecimento, como instrumento de monitoramento das contas públicas, pode ser considerado um objeto de transformação e uma ferramenta de atuação ministerial na fiscalização do que é tido como prioridade pela administração estatal no que concerne à realização das políticas públicas.

Dessa forma, ressalta-se a necessidade de que sejam os olhos voltados ao que fora estabelecido pela Lei Orçamentária, quando da fixação das receitas e despesas imiscuídas no plano de trabalho de cada governo<sup>4</sup> no exercício financeiro anual, o que determinará, assim, o *quantum* a ser gasto e investido em benefício da população, decorrendo daí a necessidade de sua avaliação e controle.

<sup>2</sup>BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 jul. 1985. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347\\_orig.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347_orig.htm)>. Acesso em: 12 out. 2016.

<sup>3</sup>BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 02 jun. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso em: 12 out. 2016.

<sup>4</sup>BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 04 maio 1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm)>. Acesso em: 12 out. 2016. Consoante disposto no art. 2º do citado diploma legal: “A Lei do Orçamento conterà a discriminação da receita e despesa de forma a evidenciar a política econômica financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos os princípios de unidade universalidade e anualidade.”

Em face do exposto, é salutar a abordagem a respeito da transparência das contas públicas como derivada do princípio da publicidade. Nisto, resta clarividente que exsurge, com cada vez mais força, a luta em favor de uma gestão ética, a partir de inserções relativas a um controle fiscal responsável, na medida em que se pugna pela obediência do que fora estabelecido nas Leis Orçamentárias, de modo a impedir que o erário seja esbanjado em detrimento de ser investido naquilo que é considerado essencial.

Não obstante, a par de todos esses ideários a serem concretizados, não se pode perder de vista as consequências de seu descumprimento e como o tema deságua na seara do inadimplemento constitucional, frente aos direitos e garantias previstos pela Carta Maior.

Com efeito, urge acrescentar que o legislador constituinte também deu espaço à deveres e obrigações, que em sua maior parte são direcionados ao Estado, enquanto gestor do interesse público e do erário, incluído neste último a abordagem sobre o patrimônio público que, por conseguinte, abre espaço para atuação das promotorias especializadas em sua defesa.

## 2 Noções de Orçamento Público

Inicialmente, a fim de que sejam esclarecidas a magnitude e a relevância que cercam o orçamento público, interessante dar azo às palavras do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal – Carlos Ayres Britto –, que acertadamente ensinou, quando de seu voto na ADI 4.048 – MC/DF, que a Lei Orçamentária pode ser considerada, sob o ponto de vista de seu conteúdo, a mais importante ficando, pois, somente abaixo da própria Carta Magna. Senão vejamos:

*E, no caso da Lei Orçamentária – Vossa Excelência disse muito bem –, no fundo abaixo da Constituição, não há lei mais importante para o país, porque a que mais influencia o destino da coletividade, do que esta lei. A Lei Orçamentária é a lei materialmente mais importante do ordenamento jurídico logo abaixo da Constituição. E deixar essa lei do lado de fora do controle de constitucionalidade, em processos objetivos, parece um contrasenso realmente<sup>5</sup>. (Grifos nossos)*

<sup>5</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Med. Caut. *Em Ação direta de inconstitucionalidade 4.048 Distrito Federal*. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência Dje nº 157 Divulgação 21/08/2008 Publicação 22/08/2008 Ementário nº 2329-1. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542881>. Acesso em: 12 de out. 2016.

Assim, diante dessa oportuna consideração, interessante que venha a lume alguns aspectos relativos à evolução histórica que permeiam os estudos acerca do orçamento público, aqui representados pela própria história do direito financeiro.

## 2.1 Considerações históricas sobre a evolução do direito financeiro

Enquanto ramo do direito dedicado ao estudo das “finanças do Estado em sua estreita relação com a sua atividade financeira [...] compreendida esta como receita, despesa, orçamento e créditos públicos”<sup>6</sup> vê-se, pois, necessário que sejam tecidas algumas considerações sobre a origem histórica do direito financeiro, bem como sobre as Leis Orçamentárias que compõem o cenário legislativo vigente no país.

Nesse contexto, segundo preleciona o professor Fernando Scaff<sup>7</sup>, o estudo concernente ao direito financeiro, em toda sua generalidade, teria nascido no Brasil, com a primeira Carta Magna, contando, pois, com uma história de mais de oitocentos anos. Não obstante, continua o douto tributarista a apontar que existem, desde a Grécia clássica, registros históricos que evidenciam fórmulas mais primitivas sobre o controle financeiro dos gastos públicos.

No Brasil, o que se percebe é que este assunto permaneceu por muito tempo adormecido, mormente no período da ditadura militar, no qual poucos ousavam discutir sobre a melhor maneira de alocação dos recursos arrecadados pelo Estado no exercício de sua competência tributária, razão pela qual, até mesmo no âmbito acadêmico, este ramo do direito ocupou, por longo período, papel secundário quando comparado, por exemplo, aos estudos dedicados ao direito tributário.

No entanto, este panorama viu-se modificado nos últimos dois anos, quando o país começou a assistir a uma retomada dos estudos sobre como o Estado gasta as receitas que arrecada. Observa-se, assim, que o cenário político em muito contribuiu para a abertura dada ao direito financeiro.

Nesse panorama, observa-se que temas como “pedaladas fis-

<sup>6</sup> LEITE, Harrison. *Manual de direito financeiro*. 5 ed. Jus Podium. Salvador: 2014. p.27.

<sup>7</sup> SCAFF, Fernando Facury. *Retrospectiva 2015: o ano da redescoberta do direito financeiro no Brasil*. In: CONSULTOR Jurídico. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-29/retrospectiva-2015-ano-redescoberta-direito-financeiro>> Acesso: 13 out. 2016.

cais”, envolvendo o *impeachment* presidencial, foram pauta de acalorados debates, ganhando amplo espaço na mídia e tornando-se um dos assuntos mais comentados na ordem do dia aliado às notícias sobre corrupção e a tão falada Operação Lava Jato, que já se encontra em sua 35ª fase de investigação<sup>8</sup>.

## 2.2 Leis Orçamentárias e demais previsões legislativas

Ultrapassadas as considerações históricas, cumpre averbar que a disciplina relativa ao direito financeiro encontra guarida na Constituição Federal, em seus artigos 70 a 75, quando da seção que trata da fiscalização contábil, financeira e orçamentária e, nos artigos 163 a 169, quando da abordagem acerca das finanças e do orçamento.

Assim, dada a importância do arquétipo constitucional, insta mencionar outros dois diplomas legais umbilicalmente ligados à regulamentação do orçamento público, a saber, a Lei 4.320/64 – Lei de Finanças Públicas<sup>9</sup> e Lei Complementar 101/00 – Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>10</sup>.

Com efeito, no que tange à noção de orçamento público, válido trazer à baila as palavras de Kiyoshi Harada<sup>11</sup>, segundo o qual o orçamento é uma peça que contém a aprovação prévia da despesa e da receita para um período determinado. Existem, nessa toada, três espécies de Leis Orçamentárias, todas de iniciativa do Poder Executivo, conforme disposto no artigo 165, *caput* e incisos I, II e III da CRFB/88.

---

<sup>8</sup> ARBEX, Rafael. *Relembre as fases e desdobramentos da Operação Lava Jato*. In: UOL. 2016. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/politica/listas/relembre-as-fases-da-operacao-lava-jato.htm>. Acesso em: 13 out. 2016.

<sup>9</sup> BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 04 maio 1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm)>. Acesso em: 12 out. 2016.

<sup>10</sup> BRASIL. Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 04 maio 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 12 out. 2016.

<sup>11</sup> HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

### 2.2.1 Lei do Plano Plurianual (PPA)

A Lei do Plano Plurianual busca estabelecer programas e metas governamentais a serem cumpridas a médio prazo, conforme regulamentação dada pelo Decreto 2.829, de 29 de outubro de 1998<sup>12</sup>, ao artigo 165, da CRFB/88<sup>13</sup> que instituiu diretrizes e objetivos, de modo a organizar as ações que visam concretizar bens e serviços em prol da população<sup>14</sup>.

Aprovado de quatro em quatro anos, sendo vigente do segundo ano de um mandato majoritário até o final do primeiro ano do mandato seguinte, o PPA tem inserido em seu bojo a clara identificação dos objetivos e prioridades de cada governo, bem como os órgãos que serão responsáveis pela execução e organização dos programas governamentais, de modo que seja observado o princípio da transparência como regente da atividade administrativa em todas as suas nuances.

Vê-se que o PPA necessariamente será elaborado pelo chefe do Poder Executivo, devendo em seguida ser entregue ao Poder Legislativo até o final do mês de abril do primeiro ano de seu mandato, até mesmo porque nele estarão delineadas as metas relativas ao cumprimento das propostas feitas em sede de campanha eleitoral, funcionando, dessa forma, como “carta de princípios orçamentários” nos dizeres do professor Fernando Martins<sup>15</sup>.

Em vista disso, impera ressaltar que quaisquer investimentos ou gastos que extrapolem o determinado no exercício financeiro devem constar de previsão expressa no PPA, de modo a evitar danos ao erário, tais como aqueles oriundos de obras inacabadas e manobras tendentes à prática de lavagem de dinheiro. Somente assim, se caminha rumo à efetiva proteção ao patrimônio público.

<sup>12</sup>BRASIL. Decreto 2.829 de 29 de outubro de 1998, que estabelece normas para a elaboração e execução do Plano Plurianual e dos Orçamentos da União, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 29 out. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2829.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2829.htm)>. Acesso em: 12 out. 2016.

<sup>13</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 out. 2016.

<sup>14</sup>Goiás – Estado Inovador. In: SECRETARIA de Estado de Gestão e Planejamento. Disponível em: <<http://www.segplan.go.gov.br/post/ver/115737/o-que-e-o-plano-plurianual-ppa>>. Acesso em: 24 out. 2016.

<sup>15</sup>MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 309.

## 2.2.2 Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)

Outra questão interessante diz respeito à Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), uma vez que estabelece as metas a serem atingidas no próximo exercício financeiro. Tem-se por importante lembrar que, uma vez possuindo caráter anual, é cediço que este diploma sirva de orientação à elaboração da LOA – Lei Orçamentária Anual, consoante previsão do artigo 165, §2º, da CRFB/88.

Vê-se ainda que o projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias deve ser encaminhado no prazo limite de oito meses e meio, antes de que seja encerrado o exercício financeiro, devendo ser posteriormente devolvido, para que seja igualmente sancionado até o encerramento do primeiro período da sessão legislativa, em obediência ao que dispõe o art. 35, §2º, II do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Demais disso, evidencia-se que a LOA tem por objetivo aclarar as prioridades elencadas pela Administração, em todas as esferas, mormente no que se refere à política de pessoal e à matéria de arrecadação de tributos. Também de suma importância é a abordagem dada pela LOA quando o assunto se referir à limitação de empenhos e à movimentação financeira, que deverão estar em clara obediência ao que preceitua o art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000).

## 2.2.3 Lei Orçamentária Anual – LOA

Em última análise, como o próprio nome bem sugere, observa-se que a Lei de Orçamentária LOA é elaborada para vigorar somente por um exercício financeiro, devendo conter uma elucidação completa da receita que se espera arrecadar, bem como dos programas e projetos a serem executados a partir de então. Soma-se a isso que também deverá guardar a necessária consonância com o PPA – Plano Plurianual e com a LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias, alhures abordadas, bem como com a própria Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme prescrição do art. 5º, *caput*, da LRF.

Frisa-se ainda que a LOA deve abranger em seu conteúdo o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, aqui compreendida tanto a administração direta como a indireta, incluindo de igual modo as fundações que sejam instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Nesse mister, vê-se que também abrangerá o orçamento fiscal e de

investimento – nas empresas em que a União detenha a maioria do capital social e da seguridade social – também abarcando todas as entidades e órgãos a ela vinculados, tendo-se assim, por respeitada previsão estabelecida no artigo 165, §5º, da CRFB/88.

Realça notar ainda que deverá ser encaminhada ao Congresso Nacional em até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro, sob o risco de que o administrador incida em crime de responsabilidade.

### 3 Transparência e Fiscalização das Contas Públicas

Como gestor dos recursos que arrecada através do exercício de sua competência para instituir e cobrar tributos, é evidente que o Estado tem o dever de prestar contas de como gasta e distribui o dinheiro que tem em mãos. Assim, faz-se necessário que informe como os recursos são revertidos na concretização das políticas públicas, bem como a efetividade e honestidade com que são gastos, em respeito aos ditames de uma administração transparente.

Nesse espeque, tem-se como sendo inconcebível que num Estado Democrático de Direito<sup>16</sup> inexistam qualquer tipo de controle e/ou fiscalização. Não seria outro o entendimento a se delinear diante da previsão constante no art. 1º da CRFB/88 pelo qual, se todo poder emana do povo, somente em seu nome será exercido<sup>17</sup>.

A esse respeito, de interesse são os ensinamentos difundidos por Maria Sylvania Zanella Di Pietro. Veja-se:

*A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa<sup>18</sup>. (Grifos nossos)*

<sup>16</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O estado de direito*. Lisboa: Gradiva, 1999: “Tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do «direito» e do «poder» no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos” Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2016.

<sup>17</sup> SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 67

<sup>18</sup> DIPIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 478.

Diante dessas considerações, frisa-se que o controle da Administração poderá ser feito através de uma fiscalização proativa, a ser vislumbrada pela participação dos cidadãos e do Ministério Público, enquanto legitimado à propositura de ações, podendo ainda figurar como *custus legis* na defesa dos interesses coletivos.

Não obstante, é certo que a efetividade desta fiscalização se cumprirá, em maior nível e qualidade, de acordo com as informações que forem fornecidas, sendo, pois, de suma importância a transparência naquilo que envolver o que é público, em absoluta consonância com o que preceitua o princípio constitucional da publicidade<sup>19</sup>.

Ainda nesta esteira, entende-se que seja de bom alvitre a avaliação da importância que deve ser concedida às informações orçamentárias, bem como aos mecanismos pelos quais estas serão divulgadas e disponibilizadas, de tal modo que possam propiciar uma melhor atuação ministerial, sob uma perspectiva de fiscalização orçamentária.

### 3.1 Transparência e orçamento público

A transparência dos recursos públicos vem experimentando, desde 2008, uma franca expansão global, o que se deve, em grande parte, à crise financeira enfrentada pela economia norte-americana. Na oportunidade, o mundo assistiu a um alto investimento estatal na economia privada, em especial no setor bancário, na tentativa de que os efeitos da crise pudessem ser amenizados.

Entretanto, observa-se, com maior atenção, que a injeção de dinheiro público no setor privado suscitou grandes debates e levantou inúmeros questionamentos acerca da aplicação dos recursos públicos. Nessa mesma trilha ilustrativa, também é interessante a menção à Primavera Árabe<sup>20</sup>, como movimento questionador das decisões estatais.

---

<sup>19</sup> MELLO, Celso Antônio de. *Direito administrativo*. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 71. “O Princípio da Publicidade consagra o dever do administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um estado democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida”.

<sup>20</sup> PENA, Rodolfo F. Alves. *Primavera Árabe*. In: BRASIL Escola. Disponível em <<http://brasilescuela.uol.com.br/geografia/primavera-Arabe.htm>>. Acesso em: 19 de out. 2016.

No Brasil, por sua vez, insta consignar que o dever de transparência precisa ser diretamente relacionado com o direito ao acesso à informação<sup>21</sup>, enquanto derivado de previsão constitucional constante no art. 5º, inc. XXXIII, que estabelece, *ipsis litteris*, que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, [...]”.

Nesta mesma vertente, oportuno ressaltar também que as informações que dizem respeito à Administração Pública devem ser pautadas pelo princípio da publicidade, açambarcado no *caput* do art. 37 da CRFB/88.

Com efeito, no que concerne ao orçamento público, não se pode negar o reconhecimento ao princípio da publicidade. Assim, o que se percebe nesta seara é que as leis de planejamento orçamentário vêm sendo devidamente publicadas nos respectivos diários oficiais dos entes federados.

Nesse esboço, cita-se, a título exemplificativo, a Lei 9.755/98<sup>22</sup>, que dispõe sobre a criação de *homepage* na “Internet”, pelo Tribunal de Contas da União, para divulgação dos dados e informações, relativos à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Verifica-se ainda, consoante o diploma retro mencionado, que as informações devem versar sobre o montante dos tributos arrecadados, dos recursos recebidos, dos valores de origem tributária entregues e a entregar e a expressão numérica dos critérios de rateio; os relatórios resumidos de suas respectivas execuções orçamentárias; o balanço consolidado de suas contas; os orçamentos do exercício e os respectivos balanços do exercício anterior; os resumos dos instrumentos de contrato ou de seus aditivos e as comunicações ratificadas pela autoridade superior e as relações mensais de todas as compras feitas pela Administração direta ou indireta (art. 1º, incisos I a VI da Lei 9755/93).

Não obstante, parece sensato admitir que a publicidade das informações não deve reger-se apenas por aspectos estritamente formais. Ora, de

<sup>21</sup> Dada sua importância, tendo em vista fazer parte do rol dos direitos fundamentais, urge mencionar que o direito à informação pode ser tido como cláusula pétrea, vez que não poderá ser objeto de Emenda Constitucional, a teor do art. 60, §4º da Carta Maior.

<sup>22</sup> BRASIL. Lei 9.755/98 de 16 de dezembro de 1998, que dispõe sobre a criação de “homepage” na “Internet” pelo Tribunal de Contas da União, para divulgação dos dados e informações que especifica, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 16 dez.1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9755.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9755.htm)> Acesso em: 12 out. 2016.

nada adianta que as informações, mormente aquelas de cunho orçamentário, sejam disponibilizadas, se o cidadão que a elas acessar não tiver condições de compreendê-las. Afinal, como bem destaca Roberto Cavalcante, “Só quando revestidos de significado, os dados abstratos se tornam informação concreta ao usuário”<sup>23</sup>, posicionamento este que inclusive encontra abrigo no art. 37, §1º da CRFB/88.

Em derradeiro, a fim de dar aplicabilidade às disposições normativas que regem a matéria cumpre lembrar que o Brasil é parte integrante da Parceria para Governo Aberto<sup>24</sup> ou OGP (do inglês *Open Government Partnership*). De acordo com a definição encontrada no próprio portal oficial da OGP, mantido pelo governo federal brasileiro, a Parceria para Governo Aberto pode ser compreendida como sendo um “fórum de participação voluntária cujo objetivo é fortalecer políticas nacionais de participação social e *transparência*, defesa da democracia e respeito aos direitos humanos”<sup>25</sup>. (Grifo nosso)

Lançada em setembro de 2011, esta carta de intenções tem por objetivo propalar e entusiasmar a adoção de posturas condizentes a governos transparentes e marcados, por conseguinte, pelo amplo acesso à informação pública e pela participação popular.

Vê-se, outrossim, que, uma vez integrando a OGP, o Brasil viu-se motivado a viabilizar maior concretude ao acesso à informação orçamentária, inteligível e de qualidade. Tanto é assim, que passados quatro anos da fundação da OGP, o país lidera o *ranking* da transparência de dados sobre gastos do governo federal<sup>26</sup>, consoante se verifica do resultado da pesquisa feita ONG Open Knowledge (Conhecimento Aberto).

A despeito do que fora tratado até o momento, arremata-se a ques-

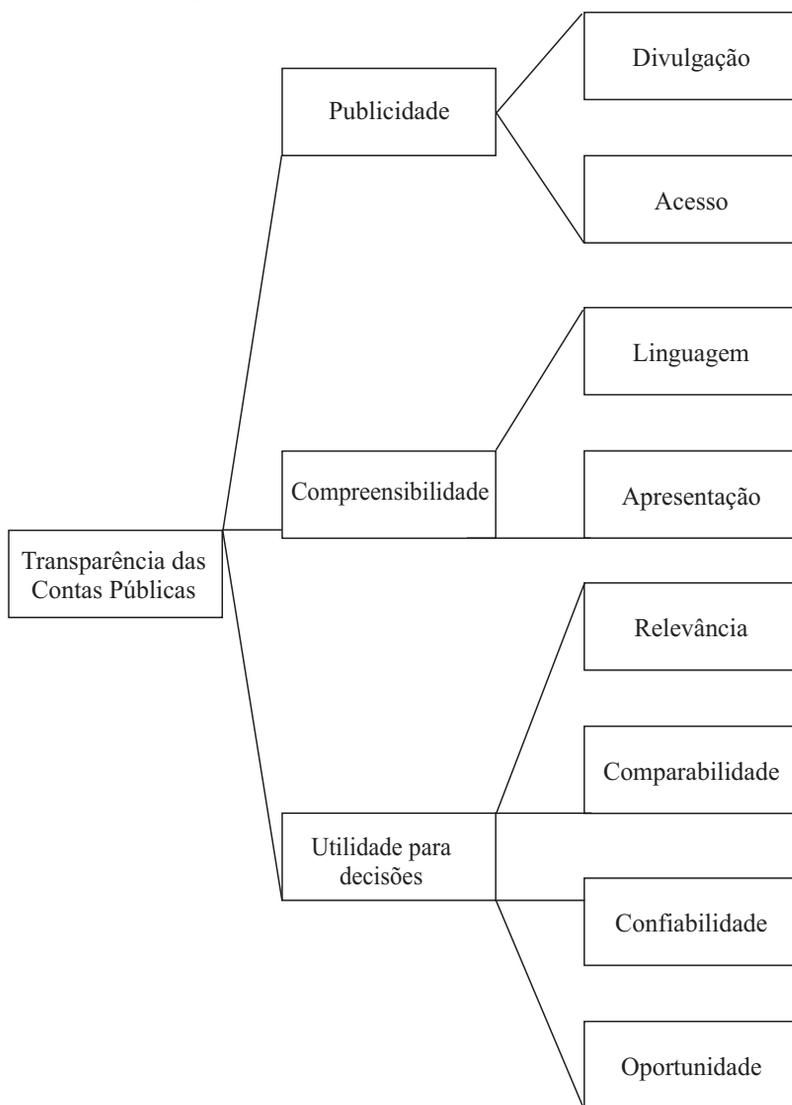
<sup>23</sup> CAVALCANTE, Roberto Jardim. *Transparência do orçamento público brasileiro* [manuscrito]: exame dos documentos orçamentários da União e uma proposta de estrutura para o Orçamento Cidadão. 2008. 98 f. Orientador: Renato Jorge Brown Ribeiro. Impresso por computador. Monografia (especialização) -- Instituto Serzedello Corrêa, do Tribunal de Contas da União, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados e Universidade do Legislativo Brasileiro (Unilegis), do Senado Federal, Curso de Especialização em Orçamento Público, 2008. P. 18. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180153/MonografiaRobertoJardim.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 out. 2016

<sup>24</sup> BRASIL. OGP. *Parceria para governo aberto*. Governo Federal. Disponível em: <<http://www.governoaberto.cgu.gov.br/>>. Acesso em: 19 out. 2016.

<sup>25</sup> BRASIL. OGP. *Parceria para governo aberto*. Governo Federal. Disponível em: <<http://www.governoaberto.cgu.gov.br/noticias/2015/brasil-lidera-ranking-da-transparencia>>. Acesso em: 19 out. 2016.

<sup>26</sup> CAVALCANTE, Roberto Jardim. *Transparência do orçamento público brasileiro* [manuscrito]: exame dos documentos orçamentários da União e uma proposta de estrutura para o Orçamento Cidadão. 2008. 98 f.

tão sob comento com a transcrição da tabela “Elementos da transparência das contas públicas”, extraída da monografia intitulada como “*Transparência do Orçamento Público Brasileiro: exame dos documentos orçamentários da União e uma proposta de estrutura para o Orçamento-Cidadão*”<sup>27</sup>. Vejamos:



Fonte: CAVALCANTE, Roberto Jardim. *Transparência do orçamento público brasileiro* [manuscrito]: exame dos documentos orçamentários da União e uma proposta de estrutura para o Orçamento Cidadão. 2008. 98 f.

<sup>27</sup> Ibidem.

### 3.2 Legislação aplicável e canais de acesso à informação orçamentária

Dada a necessidade de transparência na gestão daquilo que é público como desdobramento lógico dos princípios da publicidade, da informação e da boa-fé<sup>28</sup>, oportuno destacar os contornos dados à questão por intermédio da legislação pátria.

Inicialmente, abre-se espaço à LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/00), diploma responsável por trazer a obrigatoriedade da publicação das Leis Orçamentárias – PPA, LDO e LOA – em âmbito federal, estadual e municipal. Disponibilização esta que, segundo alteração dada pela Lei Complementar 131/09<sup>29</sup>, deverá ocorrer sempre em tempo real.

Não menos importante, também integra o ordenamento jurídico pátrio a LAI – Lei de Acesso à Informação (Lei 12.257/11)<sup>30</sup>. Esta exige que os órgãos públicos pertencentes à Administração direta e indireta, o Ministério Público e o Poder Judiciário divulguem informações e documentos que sejam de interesse público e que versem sobre assuntos internos de cada um dos entes subordinados à legislação em comento.

Dessa forma, para fins de efetividade da transparência das contas dos órgãos públicos, mormente aqueles ligados à Administração, é dever que se impõe que sejam mencionados alguns dos principais canais que possibilitam o acesso às informações orçamentárias.

#### 3.2.1 Orçamento federal

No que concerne às informações em esfera federal, de salutar importância é o portal mantido pelo Ministério do Planejamento, Orça-

<sup>28</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 311.

<sup>29</sup> BRASIL. Lei Complementar 131 de 27 de maio de 2009, que acrescenta dispositivos à Lei Complementar n° 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 27 de maio de 2009. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp131.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp131.htm)>. Acesso em: 14 out. 2016.

<sup>30</sup> BRASIL. Lei 12.257 de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n° 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n° 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)>. Acesso em: 14 out. 2016.

mento e Gestão ao trazer, entre outras informações o PPA, a LDO e a LOA da União de modo a possibilitar infinitas análises acerca de como estão sendo alocados os recursos públicos.

Nesse vértice, destaca-se que o portal poderá ser acessado pelo *link* <http://www.orcamentofederal.gov.br/>, a partir do qual se pode ter acesso às páginas “orçamentos anuais, orçamento 2016, informações orçamentárias, legislação, escola virtual SOF e educação orçamentária”.

Nesse portal, também são disponibilizados os orçamentos anuais de 1990 a 2017, inclusive com anexo relativo ao PLOA – Projeto de Lei Orçamentária Anual e PLDO 2017 – Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias. Além disso, também é possível ter acesso ao MTO – Manual Técnico de Orçamento e ao MCASP – Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, que juntos orientam a elaboração das Leis Orçamentárias de todos os entes federados.

Outro importante canal de acesso às informações orçamentárias federais encontra guarida no *link* <http://www.portaldatransparencia.gov.br/>, onde podem ser realizadas pesquisas acerca de despesas, receitas, convênios e servidores, bem como sobre imóveis de propriedade da União, o que propicia maior controle e fiscalização.

Além disso, ainda é possível verificar a transferência de recursos por Estado/Município, por Programa, por Ação e até mesmo por favorecido, bem como os gastos diretos do governo por Tipo de Despesa, por Órgão Executor, podendo ser realizadas, a critério, pesquisas temáticas sobre o investimento com o Bolsa Família e pagamento de diárias. Enfim, constata-se que são fantásticas as possibilidades de informações precisas e de qualidade acessíveis por um único “*click de mouse*”.

### 3.2.2 *Orçamentos estaduais e municipais*

Em relação às informações orçamentárias divulgadas por Estados e Municípios, a maior parte dos dados poderá ser acessada a partir dos portais de seus respectivos TCEs – Tribunais de Conta Estaduais – que abrangem, ainda que sem a precisão técnica alcançada pela União, as receitas e despesas estaduais e municipais.

Os Tribunais de Conta Estaduais permitem o acesso às informações, normalmente por ano e por assunto, no que se refere aos relatórios sobre prestações de contas, fiscalização da gestão municipal, balancetes, convênios e parcerias, valores gastos com obras públicas e com licita-

ções. Enfim, são inúmeras as informações disponibilizadas a depender do formato de cada portal.

A título ilustrativo, seguem alguns dos *links* relativos às páginas oficiais dos Tribunais de Contas Estaduais: *Acre* – <http://www.tce.ac.gov.br/>, *Paraíba* – <http://portal.tce.pb.gov.br/>, *Goiás* – <https://www.tce.go.gov.br/>, *Minas Gerais* – <http://www.tce.mg.gov.br/>, *São Paulo* – <https://www4.tce.sp.gov.br/> e *Paraná* – <http://www1.tce.pr.gov.br/>. Além dos Estados, oportuno lembrar que o Distrito Federal também disponibiliza na *internet* informações relativas ao seu orçamento, por meio do <http://www.tc.df.gov.br/web/tcdf1/>.

### 3.3 Papel do Ministério Público na fiscalização orçamentária

A Constituição Federal, ao tratar sobre a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da União, prevê, no *caput* dos arts. 70 e 71, que a competência para fiscalizar o orçamento público é direcionada ao Congresso Nacional, mediante controle externo – a ser exercido com o auxílio do Tribunal de Contas – e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Dispõe ainda, no art. 75, que este arcabouço normativo também se aplica à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, devendo as Constituições estaduais dispor sobre os Tribunais de Contas respectivos.

Não obstante, seria possível questionar se a competência alhures mencionada não deixa espaço para atuação dos cidadãos e do Ministério Público. Nesse ponto, observa-se que os tributos são recolhidos do povo para que sejam reinvestidos em grande medida em seu próprio benefício, exurgindo daí o interesse de todos os cidadãos na fiscalização de um patrimônio que lhes pertence. Destarte, uma vez versando sobre patrimônio público, a questão levantada atrai para si mesma a atuação dos órgãos ministeriais, responsáveis por excelência por proteger este patrimônio.

Neste vértice, em que pese a fiscalização e controle da Administração Pública ser atribuída ao Estado, verifica-se ademais que o cidadão também foi agraciado com alguns instrumentos de controle, como se percebe da dicção dada ao inciso XXXIV do art. 5º, da CRFB/88, quando assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas, o direito de

petição<sup>31</sup>, bem como garante o direito à obtenção, em repartições públicas, de certidões que viabilizem a defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal<sup>32</sup>.

Impera citar ainda que o cidadão também pode exercer seu direito de representação junto ao Ministério Público, inclusive de forma anônima por meio das ouvidorias dos respectivos órgãos ministeriais federais ou estaduais.

Entoa asseverar, a demais, que o Ministério Público, por intermédio da Ação Civil Pública, possui a prerrogativa de questionar junto ao judiciário a efetividade das políticas públicas. Dito isto, interessante trazer à baila menção à ADPF 45, oportunidade em que o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal – Celso de Mello – reconheceu, em belíssimo voto, a possibilidade de intervenção judicial na concretização das políticas públicas, mormente no que concerne à efetivação dos direitos sociais, conforme vislumbrado pela ementa abaixo transcrita:

Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da Arguição de Descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> NERY JR. Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 90, ensina que a compreensão do consagrado direito de petição não deve ser compreendido tão somente como direito à propositura de ação, devendo abranger de igual modo o direito à noticiar fato ilegal ou eivado de abuso de poder.

<sup>32</sup> BRASIL. Lei nº 9.051, de 18 de maio de 1995, que dispõe sobre a expedição de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 maio 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9051.htm)>. Acesso em: 20 out. 2016.

<sup>33</sup> ADPF 45-9. Relator Min. Celso de Mello. Data de Julgamento 29/04/2004. In: INFORMATIVO STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF>>. Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" (Transcrições). Acesso em: 19 out. 2016.

Diante deste cenário, insta destacar, portanto, o papel do Ministério Público – Estadual e Federal – na defesa dos direitos indisponíveis, tendo em vista uma perspectiva de atuação na fiscalização orçamentária, facilitada pelas informações que tem em mãos, graças à obediência ao princípio da publicidade, como defendido outrora.

Nesse vértice, impende lembrar que, na maioria das vezes em que pleiteia algum direito em favor do cidadão, a maior dificuldade enfrentada pelos órgãos ministeriais não é o reconhecimento teórico e judicial do direito, mas sim a possibilidade fática de sua efetivação diante da discussão que é travada entre o mínimo existencial e a tão avocada reserva do possível.

Ora, se a ausência de recursos é o maior empecilho na concretização dos direitos, entende-se ser de bom alvitre, os problemas sejam pensados sob o ponto de vista de sua origem, sendo, pois, válido o debruçar sobre as questões orçamentárias, a fim de “rastrear” os recursos e conhecer se de fato a justificativa apresentada pelo poder público é realmente um óbice à execução de uma sentença de procedência, nas áreas em que o Ministério Público exerce curadoria.

Diante disso, é de singular importância conhecer o “poder” atribuído a um estudo orçamentário e como podem as alternativas<sup>34</sup> de atuação do Ministério Público ser repensadas a partir de um controle e planejamento das receitas e despesas públicas, o que permite, sem dúvida, que novos caminhos sejam descortinados, a fim de que sejam reconhecidos os reais impactos de uma escolha orçamentária que atingirá toda a coletividade.

Neste diapasão, verifica-se que, principalmente em momentos de crise como o que o Brasil vem enfrentando nos últimos tempos, salta aos olhos a necessidade de que sejam concebidas novas alternativas de resolução dos problemas sociais e financeiros.

Assim, se a precariedade na saúde, na educação, nos direitos da criança, do adolescente e do idoso, no planejamento urbano e na defesa do consumidor<sup>35</sup> exsurge com cada vez mais força, clama-se em pé de

<sup>34</sup> REIS, Ludmila Costa. *Noções de orçamento público e papel do MP na fiscalização de seu cumprimento*. In: ESCOLA Institucional Do Ministério Público De Minas Gerais. 30 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Tx9BMDX4qPA&feature=youtu.be>>. Acesso em: 19 out. 2016. Vários exemplos acerca da atuação do Ministério Público em diversas questões sobre efetividade das políticas públicas e carência de receitas podem ser vislumbradas na palestra da Promotora de Justiça – Dra. Ludmila Reis, que inspirou muitas das ideias defendidas neste trabalho.

<sup>35</sup> A título exemplificativo destacou-se as principais áreas de atuação ministerial na defesa do cidadão.

igualdade uma atuação proativa, combativa e efetiva por parte dos ilustres membros do *parquet* na realização de um controle orçamentário difuso e preventivo.

Com efeito, diante dos canais de acesso à informação que lhes é disponibilizado, o Ministério Público passa a ter um rico arsenal para investigar e descobrir o foco dos problemas, buscando a melhor solução, a partir de uma análise orçamentária técnica, qualificada e específica.

#### 4 Inadimplemento Constitucional

Doutrinariamente, tem ganhado cada vez mais espaço os ideais que são simpáticos à teoria do neoconstitucionalismo. Esta defende que todo o sistema jurídico deve estar em consonância com as disposições constitucionais, respeitando-as e dando realizabilidade aos direitos fundamentais e sociais previstos pelo legislador constituinte.

Nesse panorama, buscando auxílio também na teoria consumerista quando da abordagem acerca do Diálogo das Fontes<sup>36</sup>, vê-se que é possível que seja traçado um paralelo entre o direito constitucional e o direito civil, sobretudo no que concerne ao direito obrigacional. Isto posto, pode-se vislumbrar uma coexistência harmônica entre um *direito civil constitucional* e um *direito constitucional obrigacional*, de modo que exsurja desta parceria o que se pode denominar de inadimplemento constitucional<sup>37</sup>.

Assim, observa-se que, quando o controle orçamentário não é exercido como deveria, abre-se espaço a maiores probabilidades de má gestão pública, uma vez que a ausência de fiscalização pode permitir “um jogo mais livre” e que, portanto, passe a desrespeitar as regras impostas pelo sistema.

<sup>36</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 89-90.

<sup>37</sup> MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 270. A expressão “Inadimplemento Constitucional” foi retirada da obra do professor Fernando Martins que, valendo da Teoria do Diálogo das Fontes, defendida pela consumerista Cláudia Lima Marques, estabeleceu um paralelo entre o descumprimento obrigacional do direito civil e o descumprimento dos direitos garantidos constitucionalmente: “Ante o exposto, pode-se dizer conforme abaixo, sobre a existência do inadimplemento constitucional, que é verificável quando as obrigações ou deveres fundamentais são prevaricados ou incumpridos. Daí prudente dizer que ao mesmo tempo em que próceres do direito privados defendem o chamado *direito civil constitucional* também é possível antever exsurgir um *direito constitucional obrigacional*”

Com isso, caberiam reflexões que questionem inclusive se a própria corrupção não bebe na fonte da inexistência ou ineficácia do controle orçamentário, seja ele exercido pelo legislativo, pelos Tribunais de Contas, pelos cidadãos ou até mesmo pelo Ministério Público.

Fato é que toda razão deve ser dada à procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo, Élide Graziane Pinto, segundo a qual uma “sociedade que não planeja aceita qualquer resultado”<sup>38</sup>. Pois bem, reconhecida a importância das leis de planejamento orçamentário, da transparência na divulgação dos dados a elas relativos e da fiscalização de seu cumprimento, na medida em esta propicia um controle qualificador da gestão pública, urge por fim abordar as consequências de um orçamento não planejado e como a questão deságua no inadimplemento das políticas públicas, podendo inclusive ferir princípios administrativos.

A partir daí, devem ganhar destaque os instrumentos que se levantam a favor do combate ao inadimplemento constitucional. Afinal, é preciso responsabilizar os gestores que, deliberadamente, se omitam na concretização das políticas públicas. Desse modo, seria aconselhável, ao lado de uma atuação *punitiva*, a adoção de uma postura *colaborativa* – que contribua na propositura de soluções quando há falta de recursos – e *preventiva* – a fim de evitar os danos oriundos de uma política pública que não alcança todo o potencial que deveria.

Dessa forma, verifica-se que o Ministério Público pode atuar, analisando quão bem os recursos são gastos e em que estão sendo aplicados, mediante uma perspectiva orçamentária que pode ser adotada nas curadorias específicas de Patrimônio Público e de Políticas Públicas e até mesmo na área criminal, podendo ser esta exemplificada pela questão da segurança pública<sup>39</sup>.

É clarividente, que a jurisprudência pátria já tem se posicionado a favor da responsabilização do gestor público, quando comprovadas falhas no planejamento e execução orçamentária. Veja-se:

<sup>38</sup> *Palestras destacam o planejamento em contexto de subfinanciamento da saúde e da educação*. 23 set. 2016. In: CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal\\_2015/todas-as-noticias/9710-palestras-destacam-o-planejamento-em-contexto-de-subfinanciamento-da-saude-e-da-educacao](http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/todas-as-noticias/9710-palestras-destacam-o-planejamento-em-contexto-de-subfinanciamento-da-saude-e-da-educacao)>. Acesso em: 20 out. 2016.

<sup>39</sup> Diante da crise do sistema carcerário interessante seria uma análise orçamentária que permitisse a verificação de quantos recursos foram arrecadados ou repassados, e como foram ou podem ser reinvestidos, por exemplo, na construção ou readaptação de presídios, na medida em que possibilite novos caminhos à solução do problema em comento.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE CONVÊNIO. FUNASA. APLICAÇÃO IRREGULAR DE VERBAS. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO OBJETO DO ACORDO. ATO ÍMPROBO POR DANO AO ERÁRIO CARACTERIZADO. DOLO CARACTERIZADO. ARTIGO 10 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PENALIDADES DA LEI N. 8.429/92. CABIMENTO. 1. A jurisprudência atual desta Corte é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Logo, para a tipificação das condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do art. 10. 2. *No caso dos autos, ficou comprovada a má utilização de recursos públicos oriundos de convênio com a FUNASA. Assim, além de proceder à alteração unilateral do objeto conveniado, também não comprovou a utilização do percentual de 51% das verbas em finalidades públicas no município, ficando, portanto, demonstrado o dolo do agente e o prejuízo ao erário, seja pelo descumprimento do pactuado, seja pela má gestão administrativa.* 3. *Caracterizado o ato de improbidade administrativa por dano ao erário, nos termos do art. 10 da Lei n. 8.429/92, já que, para enquadramento de conduta no citado artigo, é dispensável a configuração do dolo, contentando-se a norma com a simples culpa. O descumprimento do convênio com a não aplicação das verbas ao fim destinado, foi, no mínimo, um ato negligente.* 4. *Evidenciada no acórdão recorrido, a culpa por parte do recorrente, cabe a condenação com base no art. 10 da Lei n. 8.429/1992 e a aplicação das penalidades previstas no art. 12 do mesmo diploma, como bem determinou o tribunal de origem. Agravo regimental improvido. (Grifos nossos)*

(STJ - AgRg no AREsp: 532421 PE 2014/0142733-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 21/08/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/08/2014)

Nesse vértice, no campo da punição, destacam-se a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) e Lei Complementar 135/10, alcunhada popularmente como Lei da Ficha Limpa, esta, *a priori*, objetivou alterar alguns dispositivos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> BRASIL. Lei Complementar 64 de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 18 maio 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm)>. Acesso em: 15 out. 2016.

Verifica-se, pois, que a Lei de Improbidade Administrativa tem por objetivo proteger o Patrimônio Público material – bens e valores pertencentes ao Estado – e imaterial – princípios que devem reger toda a atividade administrativa, na medida em que estabelece um rol de condutas ímprobas, com a atribuição das respectivas punições àqueles que auferirem enriquecimento ilícito, causarem prejuízo ao erário ou atentarem contra os princípios da Administração Pública.

Ademais, a Lei da Ficha Limpa traz que os agentes políticos que tenham sido condenados por crimes contra a economia popular, a fé pública, a administração pública ou mesmo contra o patrimônio público, poderão ficar inelegíveis por oito anos, contados da condenação até o cumprimento da pena, desde que aquela tenha transitado em julgado ou sido proferida por órgão judicial colegiado, tornando-se, pois, mais um instrumento a favor da fiscalização e controle da Administração.

Portanto, diante dessas considerações salta aos olhos que diplomas alhures mencionados podem ser considerados como verdadeiras “armas” na luta por uma Administração mais limpa, justa e eficiente.

#### **4 Conclusão**

As Leis Orçamentárias são responsáveis por organizar a gestão e o planejamento acerca da utilização dos recursos públicos, ocupando, assim, lugar de destaque dentro do plexo normativo brasileiro. Desse modo, considerando sua importância e capacidade de impactar as decisões administrativas, o estudo orçamentário faz-se necessário para que os problemas sejam conhecidos sob o ponto de vista de sua origem, de modo a viabilizar melhores soluções às dificuldades do dia a dia da Administração Pública.

Neste diapasão, gize-se lembrar que, na atual conjuntura política e econômica do país, é cediço que a maior dificuldade apontada para a não concretização das políticas públicas é justamente a carência de recursos, daí decorrendo a singular relevância do estudo orçamentário, na medida em que descortina novas formas de atuação, sobretudo quando consideradas as atribuições conferidas ao Ministério Público, a partir de um conhecimento que lhe possibilita “servir melhor”.

A importância dada às informações orçamentárias, em todas as esferas federativas, deve, portanto, ser diretamente relacionada ao princípio da publicidade, vez que estas deverão ser acessíveis a todos aqueles

que delas queiram fazer uso, sendo, pois, intrínseco à questão o dever de transparência.

Com efeito, no afã de disponibilizar informações referentes ao orçamento público observa-se, outrossim, que os entes federados têm mantido páginas na *internet* que são especializadas em divulgar dados relativos às Leis Orçamentárias, aos gastos e receitas públicas e aos investimentos que são realizados para garantir efetividade aos direitos que o legislador constituinte garantiu aos cidadãos.

Além da divulgação dessas informações, é necessário que estas sejam claras e inteligíveis, de modo que possam ser bem utilizadas, uma vez que clamam por uma postura fiscalizatória e proativa em benefício do erário como um todo. Observa-se que, como dito, o controle poderá ser legislativo, cidadão e/ou ministerial.

Sob o enfoque do papel do Ministério Público na fiscalização orçamentária, destacam-se alguns diplomas legais hábeis a viabilizar uma melhor atuação dos membros do *parquet*, dentre os quais se sobressaem a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/11) e Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/10).

Obtempera-se ademais que, uma vez descumpridos os objetivos das Leis Orçamentárias, seja pela ausência ou pela desqualificação do planejamento, os recursos, discricionários ou vinculados, passam a ser mal alocados ou desperdiçados, deixando, assim, de beneficiar a população, fazendo com que a questão sob comento acabe por incidir no que se tem chamado de inadimplemento constitucional.

Urge interessante, portanto, a adoção de posturas *punitivas*, mas que, acima de tudo, também possam ser *colaborativas*, nas hipóteses em que de fato há ausência de recursos e, sobretudo *preventivas*, de modo a evitar os danos de uma política pública omissa e as severas consequências advindas da falta de planejamento e de controle orçamentário.

Diante do exposto, podem-se traçar algumas premissas básicas acerca da importância atribuída ao estudo do Orçamento Público, voltando-se espaço à evolução histórica do direito financeiro em âmbito internacional e nacional e às principais Leis Orçamentárias— PPA, LDO e LOA.

Assim, diante da relevância dedicada às questões orçamentárias, atenta-se, ao longo da defesa aqui travada, a necessidade de que as informações sobre orçamento sejam igualmente regidas pela publicidade e

transparência, a fim de viabilizar maior controle por parte do Poder Legislativo, da população e do Ministério Público.

Hodiernamente, é motivo de comemoração a facilidade com que as informações podem ser acessadas em tempo real, podendo viabilizar novos caminhos de atuação aos membros do Ministério Público, enriquecendo sua atuação, inclusive no combate ao inadimplemento constitucional.

Assim, se a maior justificativa para o descumprimento de um direito é justamente a falta de recursos disponíveis, eis aí o cerne do problema, ou seja, saber se de fato trata-se de impossibilidade fática ou apenas desdobramentos de um planejamento orçamentário ausente ou mal feito.

Em caso de ausência ou má qualificação orçamentária, tem-se certo que os responsáveis devem suportar as sanções que lhes são legalmente atribuídas, em virtude do inadimplemento decorrente da inconcretude das políticas públicas – em conseqüente desrespeito aos direitos fundamentais e sociais garantidos legalmente – ou mesmo em razão da incidência nas previsões constantes na Lei de Improbidade Administrativa.

## Referências

ADPF 45-9. Relator Min. Celso de Mello. Data de Julgamento 29/04/2004. In: INFORMATIVO STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF>>. Políticas Públicas - Intervenção Judicial - “Reserva do Possível” (Transcrições). Acesso em: 19 out. 2016.

ARBEX, Rafael. *Relembre as fases e desdobramentos da Operação Lava Jato*. In: UOL. 2016. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/listas/relembre-as-fases-da-operacao-lava-jato.htm>>. Acesso em: 13 out. 2016.

BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 5 out. 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto 2.829 de 29 de outubro de 1998, que estabelece normas para a elaboração e execução do Plano Plurianual e dos Orçamentos da União, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 29 out. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D2829.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2829.htm)>. Acesso em: 12 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 4 maio 1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm)>. Acesso em: 12 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-

ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 jul. 1985. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 12 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 fev. 1993. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/L8625.htm>>. Acesso em: 12 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 02 jun. 1992. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso em: 12 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 9.755/98 de 16 de dezembro de 1998, que dispõe sobre a criação de "homepage" na "Internet", pelo Tribunal de Contas da União, para divulgação dos dados e informações que especifica, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 16 dez. 1998. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9755.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9755.htm)>. Acesso em: 12 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.257 de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)>. Acesso em: 14 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 64 de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 18 maio 1990. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm)>. Acesso em: 15 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 101 de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 4 maio 2000. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 12 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 131 de 27 de maio de 2009, que acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 27 de maio de 2009. Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp131.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp131.htm)>. Acesso em: 14 out. 2016.

\_\_\_\_\_. OGP. *Parceria para governo aberto*. Governo Federal. Disponível em: < <http://www.governoaberto.cgu.gov.br/noticias/2015/brasil-lidera-ranking-da-transparencia>> Acesso em: 19 out. 2016.

\_\_\_\_\_. OGP. *Parceria para governo aberto*. Governo Federal. Disponível em: < <http://www.governoaberto.cgu.gov.br/>>. Acesso em: 19 out. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O estado de direito*. Gradiva. Lisboa: 1999. Disponível em: < <http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2016.

CAVALCANTE, Roberto Jardim. *Transparência do orçamento públi-*

*co brasileiro* [manuscrito]: exame dos documentos orçamentários da União e uma proposta de estrutura para o Orçamento Cidadão. 2008. 98 f. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180153/MonografiaRobertoJardim.pdf?sequence=1> >. Acesso em: 18 out. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2000. Goiás – Estado Inovador. In: SECRETARIA de Estado de Gestão e Planejamento. Disponível em: <<http://www.segplan.go.gov.br/post/ver/115737/o-que-e-o-plano-plurianual-ppa>>. Acesso em: 24 out. 2016.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LEITE, Harrison. *Manual de direito financeiro*. 5.ed. Jus Poduim. Salvador: 2014.

MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do patrimônio público*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio de. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros.

NERY JR. Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PALESTRAS destacam o planejamento em contexto de subfinanciamento da saúde e da educação. 23 set. 2016. In: CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: < [http://www.cnmp.mp.br/portal\\_2015/todas-as-noticias/9710-palestras-destacam-o-planejamento-em-contexto-de-subfinanciamento-da-saude-e-da-educacao](http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/todas-as-noticias/9710-palestras-destacam-o-planejamento-em-contexto-de-subfinanciamento-da-saude-e-da-educacao) >. Acesso em: 20 out. 2016.

PENA, Rodolfo F. Alves. *Primavera Árabe*. In: BRASIL Escola. Disponível em:<<http://brasilecola.uol.com.br/geografia/primavera-Arabe.htm>>. Acesso em: 19 out. 2016.

REIS, Ludmila Costa. *Noções de orçamento público e papel do MP*

*na fiscalização de seu cumprimento.* In: ESCOLA Institucional Do Ministério Público De Minas Gerais. 30 jul. 2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Tx9BMDX4qPA&feature=youtu.be>>. Acesso em: 19 out. 2016.

SCAFF, Fernando Facury. *Retrospectiva 2015: O ano da redescoberta do direito financeiro no Brasil.* In: CONSULTOR Jurídico. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-29/retrospectiva-2015-ano-redescoberta-direito-financeiro>>. Acesso: 13 out. 2016.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Direito administrativo de participação.* Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Med. Caut. *Em ação direta de inconstitucionalidade 4.048 Distrito Federal.* Coordenadoria de Análise de Jurisprudência Dje nº 157 Divulgação 21/08/2008 Publicação 22/08/2008 Ementário nº 2329-1. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=542881>> Acesso em: 12 out. 2016.



## 2 DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

---



**João da Silva Cruz**

◊ 2001 - 2002

---



**Júlio Paulo Neto**

◊ 2002 - 2002

---

**Amarília Sales de Farias**

◊ 2002 - 2004

---



**Corregedores-Gerais do Ministério Público do Estado da Paraíba**  
(Arquivo do Memorial do MPPB)



# A DIGNIDADE NO FIM DA VIDA: O DIREITO E AS NOVAS POSSIBILIDADES

Yoseph Emanuel dos Santos Vaz  
Acadêmico de Direito

## Resumo

No estado irreversível de término da vida por enfermidade, o indivíduo busca, acima de tudo, o cessar da dor. Essa situação envolve grande discussão de interesses éticos, morais, religiosos e científicos. No âmbito jurídico, variam muito as decisões que podem ser tomadas diante do caso concreto, levando a discussão ao principal conflito entre o direito à vida e à autonomia individual, abarcados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Por meio de análise teórica hipotético-dedutiva dos conceitos que envolvem o tema e de sua repercussão no campo médico e jurídico; diante de entendimento exegetico dos preceitos constitucionais; e da ciência de procedimentos médicos que podem facilitar a resolução da maioria dos casos relacionados ao tema, o presente artigo admitirá o direito à vida como indisponível, aliando o conhecimento médico do tratar da dor como alternativa mais viável para: a) sua prioritária prevalência, neste tema, frente a outros direitos, e b) o dever estatal da preservação deste bem jurídico.

**Palavras-chave:** Direito à vida. Autonomia. Dignidade da pessoa humana. Bioética. Dignidade na morte.

## Abstract

In irreversible state of end of life due to illness, the individual seeks, above all, the cessation of pain. This involves much discussion of ethical, moral, religious, and scientific concerns. In the legal field, the decisions that can be taken on the case vary widely, leading to discussion the main conflict between the right to life and the individual freedom, encompassed in article 5 of the 1988's Federal Constitution. Through theoretical hypothetical-deductive analysis of concepts involving the issue, and its impact on medical and legal areas; before exegetical understanding of constitutional provisions; and knowledge of medical procedures that can facilitate the resolution of most cases related to the topic, this article will admit the right to life as unavailable, combining medical knowledge to treat pain as the most viable alternative to a) his priority prevalence, in this theme,

compared to another rights, and b) the state duty to preserve this legal property.

**Keywords:** Right to life. Autonomy. Human dignity. Bioethics. Death's dignity

## 1 Introdução

*A única coisa tão inevitável quanto à morte é a vida*  
Charles Chaplin

Dos diversos temas pertinentes à sociedade contemporânea que no Direito buscam soluções, o processo de abreviação da duração da vida, em casos de doenças terminais, é um dos que envolve grande debate litigante, atraindo interesses éticos, morais, científicos e religiosos. Para o paciente, no fim das contas, o cessar da dor é o único desejo diante da situação. O tema, na esfera jurídica, abarca o conflito entre princípios fundamentais e constitucionais, como o direito à vida e à autonomia do indivíduo, positivados, sobretudo, no artigo 5º da Constituição Federal.

Inevitavelmente, ao tratar-se de autonomia individual, desemboca-se no tão consagrado princípio do Estado contemporâneo – pós-guerra –, o qual representa a valorização e reconhecimento do indivíduo como ser social e detentor de direitos inerentes e fundamentais ao seu viver: *a dignidade da pessoa humana*. Normatizado no artigo 1º, inciso 3 da Lei de 1988, o preceito, apesar de sua vagueza conceitual, expressa talvez o mais valorativo ideal da reconhecimento do indivíduo-pessoa. A dignidade é o preceito para o qual os outros direitos fundamentais convergem. O início da vida e, portanto, o direito a ela, representa o marco inicial do exercício de todos os outros direitos. A isso, então, é que se busca, numa estruturação constitucional e, igualmente, infraconstitucional, a garantia pelo direito a uma vida digna.

Mas, e a morte? Ainda que a Lei não prescreva, por analogia, haveria de ser pretendido o garantir de uma morte digna. Afinal, o dever do Estado não é a assistência integral do indivíduo?<sup>1</sup> O *ruim da morte* é tão somente o *pesar da dor*. Apesar dos avanços médicos para o prolongamento da vida, a dor – e este constitui o principal efeito da postulação aqui já mencionada – continua aparentemente fugindo ao controle da

---

<sup>1</sup> O fim social do texto constitucional de 1988, e das constituições contemporâneas, é um de seus objetivos. Ler títulos I, II, VIII da *Lei Maior*.

tecnologia médica. Nesse campo, o desenvolvimento do tema, de metodologia teórica hipotético-dedutiva, se dará pela adequação dos conceitos pertinentes à intervenção médica no processo do fim da vida em estágio terminal e se associará aos dispostos do ordenamento jurídico brasileiro, buscando aproximar os conhecimentos destas áreas para uma razoável operacionalidade ao problema.

O objetivo do trabalho é demonstrar que a intervenção médica, findando a vida, pode não ser unicamente solução viável ao fim da dor, de modo que o direito à vida não pode sempre ser limitado pela *autonomia individual* (ou representada), no âmbito do Direito. Especificamente, o trabalho abarcará, em primeiro momento, necessárias conceituações relacionadas ao tema, em vista de melhor clarificação ao leitor primário; em segundo momento, a dignidade humana, trabalhada em função do direito à morte digna, conflitará os postulados de direitos à vida e à autonomia, observando o primeiro como indisponível – gerador do exercício dos outros direitos dele decorrentes – e, portanto, *revestido de maior garantia*; no terceiro plano, serão observadas as normas médicas referentes ao problema, de modo a facilitar o objetivo do trabalho e a legitimar a incidência jurídica no tema; e, por fim, então, será posta nova alternativa solução ao tema, que justifica as conclusões do trabalho.

As ideias aqui desenvolvidas terão o principal escopo da defesa do direito à vida como direito fundamental e necessário para o exercício de uma vida digna, associando-se à dignidade da pessoa humana, os quais são vertentes básicas para o pleno exercício das garantias individuais.

## 2 Conceitos iniciais

Antes, porém, de aprofundar-se nas exposições sustentadoras da objetivação deste trabalho, faz-se necessário o entendimento de conceitos iniciais a fim de evitar aceções equivocadas ou mal relacionadas.

Ao processo de intervenção médica no fim da vida do paciente em estado terminal decorrente de enfermidade, traz a medicina, junto à compreensão “juridicizada” do assunto, quatro principais modalidades deste procedimento, quais sejam, a *eutanásia*, a *distanásia*, a *ortotanásia* e o *suicídio assistido*. O conceito de eutanásia já foi utilizado para significar todas as formas de intervenção médica no momento de estado terminal, entretanto, como já assinalado, as modalidades são, hoje, outras mais, e é importante que não sejam confundidas.

A *eutanásia* – do grego, *eu* (= bem, bom/boa) + *thánatos* (morte), donde se origina, por latinismo, o termo *euthanásia*/eutanásia geradores. Tal vocábulo alude a *Thánatos*, deus da morte e trata-se do procedimento médico interventivo a fim de interromper a vida do paciente pelo exclusivo intuito de findar a dor física ou psíquica. É preciso observar que a expressão “findar da dor” pode ser associada, sobretudo, ao sofrimento familiar frente a parente em estado terminal da vida, e sendo-lhe incapaz de poder ser assim representado<sup>2</sup>. Ainda, na conceituação do termo, a eutanásia pode ser *voluntária*, *involuntária* ou *não voluntária*.

No primeiro caso – *voluntária* – é a expressa vontade do paciente na escolha do procedimento. Neste ponto, faz-se necessário entender que esta vontade pode ser manifestada, ainda, pelo *testamento vital*. A modalidade *involuntária* seria a eutanásia por via de não consentimento do paciente, por mero entendimento médico, sob juízo próprio de que o fim da vida, naquele momento, seria o melhor a se fazer. É bom lembrar que tal prática tem consenso no meio médico como conduta criminosa, podendo sofrer repercussão penal. A eutanásia *não voluntária*, por sua vez, e de entendimento prático um tanto mais abstrato, seria a conduta médica realizada sem o conhecimento da vontade do paciente<sup>3</sup>.

A *distanásia* – do grego *dys* (= mal) + *thansia* (= morte). Em palavras rápidas, é o prolongamento excessivo da vida, mesmo que em estado terminal, por intervenção instrumental médica, buscando apenas o máximo viver da pessoa, independente de quaisquer outras circunstâncias.

A *ortotanásia* – do grego *orthós* (= normal, certo) + *thansia* (= morte), termo entendido como a morte em “momento normal, certo”. Possui maior consenso e regulação normativa na comunidade médica brasileira – como será visto adiante –, tratando-se do simples não intervir médico a fim de que o curso daquele estado terminal se dê em sua gradativa naturalidade.

O *suicídio assistido*, por fim, consiste na assistência de terceiro, seja pelo fornecimento de informações ou dos meios próprios para o qual

---

<sup>2</sup>Não se entende, neste trabalho, um critério unívoco quanto ao melhor procedimento a ser adotado nestes casos, afinal as circunstâncias poderão variar em muito no caso concreto.

<sup>3</sup>Este tipo foge talvez da própria ideia central de findar a vida em estágio terminal, afinal aqui poderia entender-se, por exemplo, o caso de filhos que decidiriam por extinguir a vida de um pai em estado vegetativo, não havendo previsão de morte, mas igualmente, sem esperanças de retorno da consciência.

um sujeito retira sua vida em detrimento de elevada dor física ou psíquica em estado enfermo. O *suicídio assistido*, é preciso assinalar, difere do *induzimento ao suicídio*, de modo que, no primeiro, a vontade provém do paciente, ao passo que, no segundo, a vontade é posta por terceiro, embaraçando a própria liberdade do paciente. Evidentemente, esta modalidade, provocada por ato médico, se enquadra no gênero tipificado no código penal<sup>4</sup>.

### 3 A Dignidade da pessoa humana e o direito à vida digna

Os direitos mencionados no título primeiro da Constituição Federal de 1988, inevitavelmente, associam a invocação do princípio da *dignidade da pessoa humana*, aqui já referido, como o grande intento humanitário dos Estados Contemporâneos. Apesar de sua vagueza conceitual, o preceito, por simples leitura, provoca a reflexão desses direitos inerentes ao indivíduo, os quais estão muito ligados, sobretudo, aos ideais *jusnaturalistas* (hoje em perspectiva pós-positivista), à concepção kantiana sobre a dignidade: “o homem é fim em si mesmo”. Dessa ideia, procura-se, muitas vezes, subsumir uma operacionalização do conceito, de modo que seu vago entendimento não provoque uma confusão lógica, podendo, por exemplo, ser invocado sem qualquer discricionariedade por ambas as partes litigantes em um mesmo caso.

A isso, Luís Roberto Barroso produz classificação tricotômica que coloca a *ideia* mais proximamente ao plano material, facilitando seu entendimento na colocação em casos concretos, quais sejam: a) *a dignidade humana como valor intrínseco*, que agrega uma carga axiológica de valores indisponíveis, como o direito à vida e o direito à honra, por exemplo; o direito à igualdade, enaltecendo o justo reconhecimento igualitário dos indivíduos uns perante aos outros; e ainda o direito à conservação da integridade física e psíquica individual; b) *a dignidade humana como autonomia*, a fim de comungar esses valores ao seu exercício em liberdade; novamente o direito à igualdade encontra-se também aqui, tomando a ideia do exercício igualitário de livre arbítrio de escolha; e c) *o valor comunitário da dignidade*, o qual relaciona a necessidade de uma regulação para a convivência pacífica das dignidades individuais, de modo que os valores aos quais ela se correlaciona não provoquem, na vida comuni-

---

<sup>4</sup> Artigo 122 do Código Penal brasileiro.

tária, um caos ao se interpoem uns aos outros; a este exemplo, a criminalização do homicídio seria uma espécie deste critério, que demonstra o controle da *autonomia*<sup>5</sup>.

#### 4 Autonomia Individual

De bases que suscitam a época dos estágios iniciais da organização jurídica, o princípio da autonomia talvez seja a ideia mais favorável de que o homem é um *fim em si mesmo*, delimitando suas ações por meio de suas próprias escolhas. Entretanto, a *autonomia*, ou a *liberdade*, não pode ser entendida pela sua literal significação, pois compreende limites. Como se aludiu no tópico anterior, uma *sociedade digna* não admite liberdades pessoais exacerbadas a ponto de limitar as de outrem. A subversão às normas jurídicas pode ser passível de sanção, e o exercício desordenado pode resultar o caos na sociedade.

São inúmeros os exemplos em que a autonomia exercida de maneira imponderada subverte a ordem e ganha rejeite social: a *liberdade de expressão* pode ser objeto de sanção penal, caso seja calúnia, injúria ou difamação, pelo Código Penal (artigos 138, 139 e 140); a *liberdade religiosa*, de maneira igual, ao escarnecer de alguém publicamente por motivo religioso, impedimento ou perturbação a culto ou prática religiosa, ou ainda o vilipêndio público a objeto de culto religioso, são cabíveis de penalidade (artigo 208 do mesmo código). O Direito Penal, afinal, trabalha a sanção quanto a desvios aos limites das liberdades. Desse modo, entende-se que a *liberdade é liberdade* desde que exista dentro de determinados limites. Jamais a liberdade deve ser motivo de subversão à ordem. *As dignidades não podem sobrepor umas às outras*.

Ponto importante: utilizamos dois termos de maneira indistinta, entretanto a diferenciação entre *liberdade* e *autonomia* ganha análise no campo jurídico e, inclusive, com certa conotação política. Nesse sentido, Noberto Bobbio, também por influência kantiana, interpreta a liberdade em três ramos coexistentes: a *liberdade liberal*, sendo o não impedimento, pelo Estado, da esfera de ações individuais: “*significa gozar de uma esfera de acción, más o menos amplia, no controlada por los órganos del*

---

<sup>5</sup>É interessante reconhecer que esta ideia do professor e Ministro do STF busca certa significação no pensamento de Immanuel Kant. Para melhor entendimento, Cf. “KANT, Immanuel. Fundamentos da metafísica dos costumes. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediuoro, 1997”.

*poder estatal*” (BOBBIO, 2003, p. 113); a *liberdade democrática*, ou *autonomia*, que seria a livre escolha de ações subjetivas por normas individuais, ou seja, antagonicamente à primeira, esta liberdade não representaria a inexistência de leis, ou a não concordância com elas, mas sim o respeito às leis que o indivíduo põe a ele próprio: “*no significa no tener leyes, sino darse leyes a si mismo*” (BOBBIO, 2003, p. 113).

A terceira, *liberdade positiva* – que possui vínculo aos ideais socialistas – seria a conformidade jurídica e material de concretizar os ideais abstratos presentes nas constituições liberais. Nesse sentido, este poder positivo individual de concretizar as ideias normativas constitucionais suscita uma correlação com o exercício da autonomia de uma vida digna. O autor estabelece que todo ser humano deve “possuir como próprios ou como parte de uma propriedade coletiva os bens suficientes para gozar de uma vida digna” (BOBBIO, 2003, p. 527), bem como o direito à proteção de suas ações contra a ingerência estatal, e a participação direta ou indireta na formulação das leis, o que suscita a própria ideia do *mínimo existencial*<sup>6 e 7</sup>. Essa partilha ideológica da liberdade com o exercício da vida digna é importante para o desenvolvimento que se segue. Por ora, o aprofundamento deste tópico poderia tangenciar a dissertação.

## 5 Direito à vida: perspectiva prática

*O primeiro dos direitos*, no campo de valor comunitário - o direito à vida -, assume dois caracteres: *o direito de defesa*, e *o direito de proteção*. No primeiro âmbito, o direito à vida se impõe aos poderes do exercício estatal e aos demais indivíduos como forma de evitar a agressão a tal bem jurídico; no segundo, é dever do Estado a proteção deste bem individual, tomando as providências necessárias para isso<sup>8</sup>. O direito à vida, no Cód-

<sup>6</sup> Portanto, *odever* estatal de assegurar condições básicas de existência para o usufruto de todos os direitos que o indivíduo deve possuir, proporcionando a efetiva garantia do exercício dos Direitos Fundamentais.

<sup>7</sup> Jürgen Habermas trabalha as ideias de autonomia, vinculando mais precisamente à regulação estatal. Para ele, são as autonomies “privada” e “pública”. Não caberia nesta dissertação aprofundar o assunto. Para isso, Cf. HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo, SP: Loyola, 2002. E HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

<sup>8</sup> Proposto igualmente em: OLIVEIRA, Nayla Soares de. RÊGO, Luciana de Moura Santos Nogueira. *Direito à vida na ordem constitucional brasileira*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36283/direito-a-vida-na-ordem-constitucional-brasileira>>. Acesso em: 20 out. 2016.

go Civil, por via infraconstitucional, gera todos os outros direitos que a ele, portanto, decorrem<sup>9</sup>. Entretanto, ao se aplicar a ideia, como a apresentada, da dignidade humana posta no tema deste trabalho, depara-se com choque entre os critérios e, propriamente, entre direitos fundamentais (constitucionais) da autonomia e da vida.

Sobre isto, é preciso assinalar, diz o Supremo Tribunal Federal, “Os direitos e garantias individuais *não têm caráter absoluto*” (STF, Informativo 163, 1999, grifo nosso). Em caso de colisão entre eles, aplica-se, como estuda o jurista alemão Robert Alexy, o método interpretativo-aplicativo da *ponderação*<sup>10</sup>, cabendo ao juiz – nas palavras de *Eros Grau*<sup>11</sup> – “o autêntico interprete da lei” adequar à lei e a principiologia que a reveste ao caso concreto, mediante as possibilidades fáticas, ou seja, é comum o entendimento de que os direitos fundamentais *não são absolutos* e, portanto, podem ser moduláveis ao caso concreto quando colidirem. Não obstante, isso ocorre comumente na vida cotidiana, contudo, aqui se entende que o direito à vida, apesar de compor a regra acima exposta, assume certa prioridade na aplicação da norma: primeiramente, pelo fato de sua existência provocar o exercício de todos os outros direitos assegurados à luz constitucional – *Se não há vida, não há exercício de direitos*; em segundo, cabe ao Estado – é válido repetir – a promoção de meios garantísticos ao exercício deste direito fundamental, o que se conforma, inclusive, com o *exercício da autonomia* como demonstrado no tópico anterior. Caso interessante, exemplificando, é a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança ou do capacete, que promove a proteção do bem jurídico da vida, ainda que, de certo modo, reprima a liberdade individual<sup>12</sup>.

O direito à vida digna, como observado no decorrer deste, é dever do Estado – o que pode ser observado por simples exegese do texto cons-

---

<sup>9</sup>Código Civil, artigo 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

<sup>10</sup>As técnicas em controle de constitucionalidade, principalmente, não serão aqui aprofundadas. Cf. ALEXY, Robert. Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro, 1998 (texto mimeografado).

<sup>11</sup>Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal. As palavras mencionadas estão trabalhadas em obra sua: GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. Malheiros, 2009.

<sup>12</sup>Encontra amparo principalmente no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

titucional (referência às normas programáticas<sup>13</sup>), ou mesmo dos princípios que sustentam sua formulação, como o dever de garantir ao indivíduo, como já citado, o *mínimo existencial*. A morte digna é, também, termo que aqui é colocado, como fundamental à condição humana, sendo, igualmente, dever estatal garantir a preservação da vida e, portanto, de sua dignidade, do início ao fim. Direito à vida digna é direito à morte digna. *Não são distintos*.

## 6 Normatividade e repercussão médica

Com a assustadora evolução das tecnologias biomédicas, o corpo, a vida e a morte do paciente passaram cada vez mais a ser objeto desse saber-poder exercido pelos profissionais de saúde. No caso da morte, esta não apenas passou a ser definida pela ciência médica, como a Medicina obteve um forte controle sobre a forma de morrer. (COSTANETO, 2016)

É preciso lembrar que a lei brasileira não trata diretamente do tema, e a isso se faz necessária a *ponderação* dos preceitos fundamentais no caso concreto, como anteriormente esclarecido. Entretanto, parece comum o entendimento do Conselho Federal de Medicina favorável quanto à prática da *ortotanásia*. De acordo com resolução de número 1.805/2006 deste mesmo órgão,

Art. 1º É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.

O texto, então, deixa clara a permissão da interrupção de procedimentos que prolonguem desnecessariamente a vida do paciente, ou seja, evidencia o aceite da prática da *ortotanásia*, tornando igualmente claro o pré-requisito do estado do paciente em *enfermidade grave e incurável*.

Em 2009, o CFM lançou seu novo e vigente Código de Ética Médica, o qual não abrange, também, o tema de maneira direta. Entretanto em sua primeira parte “Princípios Fundamentais”, o texto menciona:

---

<sup>13</sup> As normas constitucionais programáticas são aquelas que definem fins públicos a serem alcançados, como exemplo, no artigo 1º, inciso 3: “III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;”

XXII - Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.

Apesar de o texto ser formulado sob gramática tanto quanto vaga, mencionando, por exemplo, “procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários”, é adequado entender por isso que desnecessário, coadunando com a resolução de 2006, seria o prolongamento máximo da vida, por voluntária participação médica, aumentando apenas a dor, e não revertendo o estado terminal. Em contraproposta, o texto também cuida de esclarecer que “propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados”, o que representa, também, novas alternativas ao tema, que serão mais bem colocadas no tópico seguinte. Por ora, é importante, quanto ao que foi exposto e às resoluções normativas do CFM, entender como os *conceitos iniciais* se adequam junto ao entendimento médico no país.

A ortotanásia, aparentemente, ganha aceite consensual explícito, ao ponto que, também é evidente, sua prática parece incidir menos nas discussões mais polêmicas que envolvem o assunto, afinal, em se tratando de *deixar a enfermidade correr seu curso natural diante de estado terminal e irreversível*, também se entende, ao que parece, na maioria dos casos esta técnica poderia ser uma solução adequada.

Os dispositivos normativos aqui citados, ao tempo que promovem o aceite da *ortotanásia*, afastam a *distanásia* como opção razoável da prática interventiva médica, afinal ambos os citados demonstram o rejeite do CFM quanto a práticas que desnecessariamente ocasionem o prolongamento da vida nas condições já citadas.

A *eutanásia* pode ser entendida, no campo de prática médica, muitas vezes, mais como ato criminoso do que como conduta que respeite a ideia da autonomia do indivíduo, afinal o tema não se resume apenas à *eutanásia voluntária*. A esta, é preciso deixar claro, se apresenta certo consentimento quanto à sua prática nos casos de *testamento vital*, que seriam as disposições antecipadas de vontade do próprio paciente. O CFM resolve sobre o assunto, no dispositivo de número 1.995/2012:

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

É importante observar que, em muitos casos, essas diretivas antecipadas de vontade (DAV) podem não expressar a vontade de momento daquele paciente, afinal é possível que sejam feitas a qualquer momento da vida, bem como revogadas. José Oliveira de Ascensão trabalha a perspectiva da colocação de prazos-limites para a validade dessa disposição de vontade, podendo ser revalidadas em posterior, o que facilitaria a prática médica<sup>14</sup>. Quanto aos fins deste artigo, não se aprofundará a ideia.

O suicídio assistido (ou morte assistida), por sua vez, se afasta da prática médica, entendido como crime à vida, pode encaixar-se no que tipifica o artigo 122 do Código Penal, ao tratar do *induzimento, instigação ou auxílio a suicídio*, sua conduta criminosa é reconhecida como a mais evidente quanto ao tema.

## 7 Kalotanásia: novas possibilidades

A máxima *hipocraticiana* – “curar algumas vezes, aliviar muitas vezes e consolar sempre” (*medicus quando que sanat, saepe lenit et semper solatium est*)<sup>15</sup> – ressalta o entendimento ao tema, trazendo à reflexão a necessidade de práticas mais humanitárias que valorizem o cuidar integral do paciente, como *os cuidados paliativos*, ou seja, o tratamento médico da dor, em vez da finitude brusca da vida ou de seu prolongamento excessivamente desnecessário. A *kalotanásia*, do grego *kalo* (= sentir), expressa o que as pessoas buscam quanto ao momento de morrer: a morte com sentido, com dignidade<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Para uma leitura mais aprofundada: As disposições antecipadas de vontade – o chamado “testamento vital”, de José Oliveira de Ascensão (2014).

<sup>15</sup> É preciso deixar claro que a máxima citada não aparece explicitamente na obra de Hipócrates, sendo uma interpretação decorrente dela. Leitura sobre o assunto em: CURAR ALGUMAS VEZES, ALIVIAR MUITAS VEZES, CONSOLAR SEMPRE, de Joffre M. de Rezende. Disponível em: <<http://www.medicinabiomolecular.com.br/biblioteca/pdfs/Doencas/do-0175.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2016.

<sup>16</sup> Para uma leitura mais aprofundada ao sentido do viver pelos pontos de vista ético, moral e filosófico, Cf. COSTA NETO, Antônio Cavalcante da. O direito de morrer dignamente. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53184/o-direito-de-morrer-dignamente>>. Acesso em: 27 de out. 2016.

“A morte é um dia que vale a pena viver” pelas palavras de Ana Cláudia Quintana Arantes<sup>17</sup>, uma das principais difusoras da kalotanásia no Brasil. Traz ao exposto uma solução viável e aparentemente mais apropriada à preservação da dignidade na morte frente às outras: o tratamento e o acompanhamento do paciente, mesmo em estado terminal, evitando seu voluntário desejo de extinguir a própria vida, ou por terceiro que o faça. A técnica visa à integração entre as dimensões biológica, familiar, espiritual, emocional e social do paciente, bem como a prescrição correta de morfina atua não só atenuando a dor, mas restaurando a dignidade do viver.

O pioneirismo deste tipo de tratamento surge na década de 1960, nos Estados Unidos da América, trazido pela psiquiatra suíça, radicada americana, Elisabeth Kübler-Ross (1926-2004), através de experiências passadas nos leitos hospitalares desde o período em que foi assistente social e enfermeira. Ao observar a necessidade do tratar da morte pelo sofrimento relatado por seus pacientes, bem como a falta de atenção pelos médicos, ela começou a reunir os enfermos para que pudessem exprimir seus sentimentos. Aos poucos, o grupo foi ganhando a adesão de familiares e de outros profissionais. Em 1969, lançou o livro *On Death and Dying* (Sobre a Morte e o Morrer), o principal texto que trata diretamente o assunto.

No livro, Kübler-Ross relata experiências vivenciadas, analisando o processo sentimental que passa o enfermo mediante estágios elencados, como *a negação e o isolamento, a raiva, barganha, depressão, e aceitação*. Ao demonstrar a gradativa evolução emocional, então, insere, em cada um deles, os aspectos que balizam o tratamento da dor.

Neste livro, transcrevo simplesmente as experiências de meus pacientes que me comunicaram suas agonias, expectativas e frustrações. É de se esperar que outros se encorajem a não se afastar dos doentes “condenados”, mas a se aproximar mais deles para melhor ajudá-los em seus últimos momentos. (KÜBLER-ROSS, Elisabeth, 1969, contracapa)

---

<sup>17</sup>“Médica, formada pela USP com residência em Geriatria e Gerontologia no Hospital das Clínicas da FMUSP. Pos graduação em Psicologia - Intervenções em Luto pelo Instituto 4 Estações de Psicologia. Especialização em Cuidados Paliativos pelo Instituto Pallium e Universidade de Oxford. Entre outras publicações, é co-autora do livro Cuidado Paliativo do CREMESP, (2008) e Manual de Cuidados Paliativos – ANCP (2009)”. Retirado de: <<http://www.casadocuidar.org.br/site/socios/ana-claudia-de-lima-quintana-arantes.html>>. Acesso em: 24 out. 2016.

A médica brasileira Ana Cláudia Arantes acentua uma dificuldade dos dias atuais quanto à evolução desta área, especialmente no país: o preconceito que impede o aprimoramento da área pelo subjugamento da dor. Em tempos de “*no pain, no gain*”, a dor parece servir como fortalecimento da construção do caráter, não como problema a ser enfrentado no meio enfermo. A educação sobre *cuidados paliativos* é precária na medicina do país, desde o ensino universitário, o qual abarca apenas carga horária mínima nas grades curriculares dos cursos médicos no país, até a prática médica, que entende o tratar da dor como uma simples “gambiarra”, ou instrumento último quando nenhum outro é bem-sucedido.

Visto a necessidade da expansão desse tipo de conhecimento, em 2007, a médica, junto a três colegas, criou a *Casa do Cuidar*, que oferece o ensino médico dos cuidados paliativos e o atendimento destes a pacientes, apresentando resultados satisfatórios<sup>18</sup>. Ao que reforça Ana Cláudia: “*o paciente, sofrendo a dor, não tem como apresentar um posicionamento lúcido sobre a própria vida*”<sup>19</sup>.

## 8 Conclusões

Percorridos os tópicos de todo o desenvolvimento, observou-se que o principal preceito ao qual deve buscar o Estado Constitucional é a garantia da *dignidade da pessoa humana*, conceito que leva diretamente ao compromisso estatal de propiciar, como valor comunitário, – não sendo redundante – a *vida digna do indivíduo*. O ideal de dignidade da vida pressupõe a necessidade, também, da garantia à dignidade na morte, que se entende, igualmente, por preservar o bem jurídico da vida, como se exemplificou, em alguns casos, até mesmo limitando a própria autonomia individual.

Diante de colisão com outros direitos, no caso concreto, o Direito à vida pode, portanto, ser priorizado, por ser *indisponível e fundamental*, no âmbito dos direitos inerentes à pessoa humana, afinal *o exercício de direitos subjacentes depende de sua existência*, ao que aduz infraconstitucional-

---

<sup>18</sup> Infelizmente, os resultados ainda carecem de dados exatos. A Dra. Ana Cláudia propaga movimento relativamente recente no país, utilizando-se de palestras para difundi-lo, nas quais demonstra os resultados citando casos concretos vivenciados.

<sup>19</sup> Os posicionamentos e informações que dizem respeito à médica Ana Cláudia Quintana Arantes foram retirados de palestras que ela profere no meio acadêmico. Muitas destas estão disponíveis voluntariamente na internet.

mente, a exemplo, do Código Civil. Além disso, dificilmente as pessoas optam por extinguir o direito à vida em face de outras garantias que, evidentemente, são menos prioritárias. A autonomia, invariavelmente, como “núcleo das decisões da vida humana” não é uma *verdade absoluta* (e isso não existe no Direito), principalmente quando se trata de escolhas que permeiam direitos indisponíveis e indispensáveis. Em 1929, a grave crise econômica mundial levou milhares de pessoas ao suicídio, em decorrência de afetado estado psíquico. O sofrimento, seja psicológico ou físico, não pode unicamente justificar o exercício da autonomia ao extinguir a vida, como alternativa para findar a dor, exceto – a bem da verdade – em *situações extremas*, e, a estas, é preciso deixar claro, o trabalho não encarrega seu objetivo, a exemplo, do caso da escolha pela não transfusão de sangue, necessária à reversão de risco de vida, em virtude de instrução religiosa<sup>20</sup>. Invariavelmente, diante de caso concreto como este – em liberdade religiosa – o direito à autonomia pode acabar se valendo sobre outros direitos, afinal a concepção de vida digna, entendida por determinado tipo religioso de vida a que segue determinado indivíduo, pode mudar sua significação.

À luz do ordenamento jurídico brasileiro, é consensual a prática da *ortotanásia* como método mais prudente diante do tema. A *eutanásia*, a *distanásia*, e o *suicídio assistido* se afastam, cada vez mais, de possibilidades viáveis. A *kalotanásia*, aqui apresentada, ainda que de movimento minoritário e inicial, comunga com a *ortotanásia*, procedimento mais *dignamente humano*, que permite o tratar da dor aliado à promoção do conforto psíquico ou físico ao paciente, podendo extinguir *embaraçada manifestação da vontade mediante estado desesperante*. Desse modo, a morte por intervenção médica durante estado terminal decorrente de enfermidade, em termos, *unicamente*, de degradado estado psíquico ou físico, não se apresenta como o caminho mais adequado ao cumprimento do dever estatal fundamental de proteção da vida. O Estado não pode impor ao indivíduo a escolha por determinado procedimento, é claro, mas cumpre-se a induzir a preservação da vida digna. Opta-se, desse modo, pela *kalotanásia* – a morte com sentido – a qual objetiva o *findar da dor*. Por via consensual, deve-se considerar sua adequação com a *ortotanásia*, o que traz ao Direito certa resolução de grande parte dos casos relacionados.

---

<sup>20</sup> É interessante julgo do STJ, em 2013 (HABEAS CORPUS Nº 268.459) que, diante da morte de um incapaz, ocorrido há mais de 15 anos, em virtude da escolha de seus pais – Testemunhas de Jeová – pela não intervenção médica, entendeu o dever médico de haver intervindo no caso, por se tratar da salvaguarda de direito de menor.

## Referências

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Tradução informal de Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro, 1998 (texto mimeografado).

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

\_\_\_\_\_; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. *PANÓPTICA. Direito, Sociedade e Cultura*, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general de la política*. Trad. Antonio de Cabo de La Veja y Gerardo Pisarello Prados. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

BRASIL. 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União, Brasília, 191-A de 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002*. Institui o código civil. Diário Oficial da União, 11 de janeiro de 2002, p. 1.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso)* / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 1.805/2006*. Diário Oficial da União, Brasília. 28 de novembro de 2006, seção I, p. 169.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 1.995/2012*. Diário Oficial da União, Brasília. 31 de agosto de 2012, seção I, p. 269-270.

COSTA NETO, Antônio Cavalcante da. *O direito de morrer dignamente*. 2016. Disponível em:  
<<https://jus.com.br/artigos/53184/o-direito-de-morrer-dignamente>>.  
Acesso em: 26 out. 2016.

DE OLIVEIRA ASCENSÃO, José. As disposições antecipadas de vontade—o chamado “testamento vital – do I: 10.12818/P. 0304-2340.2014 v64,p493. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 64, p. 493-517, 2014.

FELIX, Zirleide Carlos et al. *Eutanásia, distanásia e ortotanásia: revisão integrativa da literatura*. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 9, p. 2733-2746, Set. 2013. Disponível em:  
<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232013000900029&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000900029&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 21 out. 2016.

FLORIANE, Ciro Augusto. Moderno movimento hospice: kalotanásia e o revivalismo estético da boa morte. *Rev. bioét. (Impr.)*, v. 21, n.3, 2013.

GRAU, E. R. . *Ensaio e discurso sobre a interpretação: aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. 1v.

KANT, Immanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Tradução de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, 1997.

KÜBLER-ROSS, Elisabeth. *Sobre a morte e o morrer: o que os doentes têm para ensinar a médicos, enfermeiras, religiosos e aos seus próprios parentes*. Trad. Paulo Menezes. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OLIVEIRA, Nayla Soares de. RÊGO, Luciana de Moura Santos Nogueira. *Direito à vida na ordem constitucional brasileira*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/36283/direito-a-vida-na-ordem-constitucional-brasileira>>. Acesso em: 20 out. 2016.

PULIDO, Carlos Bernal. O conceito de liberdade na teoria política de Norberto Bobbio. *PANÓPTICA-Direito, Sociedade e Cultura*, v. 4, n. 2, p. 48-71, 2009.

SANTOS, Daniel Abreu, et al. Reflexões bioéticas sobre a eutanásia a partir de caso paradigmático. *Rev. bioét.(Impr.)*, v.22, n.2 (2014): p. 367-372.

SOARES, Seline Nicole Martins; CANFIELD, Felipe Valdiere Soares. O Conselho Federal de Medicina e o consentimento informado à eutanásia diante do direito. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 17, n. 121, fev. 2014. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/mnt/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14293](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/mnt/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14293)>. Acesso em: 20 out. 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. HABEAS CORPUS Nº 268.459 - SP (2013/0106116-5). Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=38540079&sReg=201301061165&sData=20141028&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=38540079&sReg=201301061165&sData=20141028&sTipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 24 out. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Informativo 163*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo163.htm>>. Acesso em: 23 out. 2016.



# O PARADIGMA DA EFETIVIDADE NORMATIVA DO DIREITO CONSTITUCIONAL DA INFÂNCIA E JUVENTUDE E O MODELO DE RESPONSABILIZAÇÃO DIFERENCIADA

Mayara do Nascimento e Silva  
Bacharela em Direito

## Resumo

Este artigo pretende estabelecer uma diferenciação entre o sistema de responsabilização da infância e juventude e o sistema penal, a partir da definição conceitual e da análise do conteúdo e das finalidades do crime e da pena, do ato infracional e da medida socioeducativa. Além disso, tem por objetivo combater o discurso criminalizante do Direito Penal juvenil e justificar a inutilidade do debate da redução da maioria penal, a fim de legitimar a responsabilização diferenciada firmada pelo Direito Constitucional da Infância e Juventude. Trata-se de um tema erigido a partir da observação de uma das maiores problemáticas atuais, qual seja, a crescente e recorrente violência praticada pelo segmento infantojuvenil e, correlacionado a tal fato, um elevado déficit de efetividade normativa da legislação concernente ao público mencionado. Consta-se uma elevada reação de combate ao Estatuto da Criança e do Adolescente, com a qualificação de legislação da impunidade a qual é cultivada pela mídia e opinião pública, em detrimento do modelo de proteção integral. De fato, o que se observa é o aprofundamento da disparidade entre o texto legal e a efetividade de direitos reconhecidamente fundamentais, situação que revela um contexto de dificuldades relativas ao reconhecimento teórico-prático da condição de sujeitos de direitos fundamentais às crianças e aos adolescentes e que deve ser combatido de maneira crítica e racional a partir do fortalecimento dos princípios constitucionais. A pesquisa tem cunho bibliográfico, sob o método indutivo.

**Palavras-chave:** Constituição Federal. Estatuto da Criança e do Adolescente. Direito Constitucional da infância e juventude. Efetividade normativa.

## Abstract

This article aims to establish a differentiation between the system of accountability of childhood and youth and the criminal system, from

the conceptual definition and analysis of the content and purposes of crime and punishment, of the infraction and socio-educational measure. In addition, it aims to combat the criminalizing discourse of juvenile criminal law and justify the uselessness of the debate on reducing the age of criminality, in order to legitimize the differentiated accountability established by the Constitutional Law of Children and Youth. This is a topic that is based on the observation of one of the greatest problems today, namely, the growing and recidivist violence practiced by the child and juvenile segment and, correlated to this fact, a high deficit of normative effectiveness of the legislation concerning the public mentioned. There is a high reaction against the Statute of the Child and Adolescent, with the qualification of legislation of impunity that is cultivated by the media and public opinion, to the detriment of the integral protection model. In fact, what is observed is the deepening of the disparity between the legal text and the effectiveness of admittedly fundamental rights, a situation that reveals a context of difficulties related to the theoretical and practical recognition of the condition of subjects of fundamental rights to children and adolescents and which must be tackled in a critical and rational way by strengthening the constitutional principles. The research has a bibliographic, under the inductive method.

**Keywords:** Federal Constitution. Child and adolescent statute. Constitutional law of childhood and Youth. Normative effectiveness.

## **1 A necessária diferenciação entre crime e pena, ato infracional e medida socioeducativa**

### **1.1 Crime e pena**

Como sabido, o Direito Penal – como qualquer outro ramo do Direito – é estruturado em normas. O Direito Penal regula condutas através de enunciados gerais os quais prescrevem abstratamente modelos de comportamentos que devem ser seguidos, visto que, no caso do comportamento prescrito não ser seguido, será imputada, como consequência, uma sanção ao sujeito. O primeiro instituto que conforma o Direito Penal é a infração, posto que a norma prescreve um modelo abstrato de comportamento proibido, e esse modelo poderá ser qualificado pelo legislador como crime ou contravenção. Isto

posto, pode-se afirmar que infração é o gênero do qual crime e contravenção são espécies<sup>1</sup>.

O segundo instituto que molda o Direito Penal é a pena. Consoante foi consignado acima, a realização da conduta proibida tem como consequência a sanção. De fato, é propriedade exclusiva do Direito Penal a mais grave sanção de todo o ordenamento jurídico: a pena. Isto colocado, se a norma define o crime como conduta proibida e traz, como consequência da realização desta conduta, a pena, é imperioso afirmar-se que esta é a consequência jurídica do crime. Neste sentido, o extraordinário Tobias Barreto (1991, p. 102) afirmava que “a razão da pena está no crime”. Esta consequência é, inclusive, apontada como o marco diferencial deste ramo do Direito, pois, quando ela está presente, a norma obrigatoriamente pertencerá ao Direito Penal.

O Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1890 traziam o conceito de crime. Tal não ocorre na legislação atual, sendo tal conceituação relegada à doutrina, sendo pacífica a conceituação do crime a partir de seus elementos, ou seja, conceitua-se o crime como um fato típico, antijurídico e culpável, e adota-se a teoria tripartida do delito, tanto pela ótica da teoria causalista ou clássica, quanto pela vertente da teoria finalista. Desta forma, para que uma conduta humana seja descrita como crime, precisa ser prescrita em lei, ser contrária ao Direito, e o sujeito precisa ter culpabilidade.

Nessa perspectiva, o direito penal é compreendido como o ramo do conhecimento jurídico que delimita o âmbito legítimo de exercício da forma mais grave de expressão do poder punitivo do Estado, a sanção penal. No dizer de Luiz Flávio Gomes,

Pode-se definir o Direito Penal, do ponto de vista dinâmico e social, como um dos instrumentos do controle social formal por meio do qual o Estado, mediante um determinado sistema normativo (leia-se: mediante normas penais), castiga com sanções de particular gravidade (penas e outras consequências afins) as condutas desviadas (crimes e contravenções) mais nocivas para a convivência, visando a assegurar, dessa maneira, a necessária disciplina social bem como a convivência harmônica dos membros do grupo (GOMES, 2009, p. 24).

<sup>1</sup>Dispõe o art. 1.º da Lei de Introdução ao Código Penal – Dec.- Lei 3.914/1941, crime e contravenção penal são assim definidos: “Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal que a lei comina, isoladamente pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente”.

Nesse sentido, a pena é uma reação, que somente se imputa em face da realização prévia de um crime; “por isso o Estado, através do Direito Penal, qualifica-a como legítima, já que ela será uma consequência em face do cometimento de uma violência prévia – que é o crime – por parte do agente que a sofre” (BRANDÃO, 2011, p. 77).

Com a pena, pretende-se a defesa da sociedade com a segregação e exclusão social dos sujeitos apenados, isto é, a proteção de bens jurídicos por meio da incidência da pena sobre a personalidade do delinquente com a finalidade de evitar futuros delitos. Nesse sentido, resta claro que é o Estado que leva a efeito a aplicação da pena com um propósito fundamental e absolutamente claro: manutenção da sociedade sob controle. Isso porque, tanto a permissão de uma conduta criminosa, como a punição desta pela vítima (vingança privada) levariam a uma perda inadmissível do controle por parte do Estado. Nesse contexto, a pergunta “por que se pune?” parece ser adequada e satisfatoriamente respondida pela afirmação: “para manutenção do controle social, que é a tarefa precípua do Estado” (PEREIRA, 2011, p. 280).

De fato, inúmeros e diversos sempre foram os fins atribuídos à pena. As propostas retribucionistas visam, com a pena, à simples retribuição do mal causado, sem qualquer outra utilidade ou finalidade, ou seja, a pena devia ser aplicada pela simples prática da infração penal. As preventivas ou relativas, por sua vez, fundamentam a aplicação da pena na ideia de prevenção da ocorrência de delitos, seja uma prevenção geral (dirigida à sociedade como um todo), seja uma prevenção especial (dirigida pontualmente ao sujeito que infringiu a norma). As propostas mistas ou ecléticas, por seu turno, partindo da junção das duas pretensões anteriores, sustentam que a pena, a um só tempo, visa a prevenir delitos e retribuir o mal causado. Finalmente, aquelas aqui consideradas como propostas atuais relacionam-se com a ideia da prevenção geral positiva, em duas vertentes, fundamentadora e limitadora.

O Direito Penal apresenta atualmente uma orientação funcionalista seja na vertente de corte radical (linha de Jakobs – prevenção geral positiva fundamentadora), seja na vertente mais moderada (linha de Roxin – prevenção geral positiva limitadora desde os postulados garantistas). Günther Jakobs (2005, p. 12) parte da referência do Direito Penal para o sistema social; é dizer, a norma, aqui, constitui-se “uma necessidade funcional/sistêmica de estabilização de expectativas sociais por meio da aplicação de penas ante as frustrações que decorrem da violação das

normas”. Nessa concepção, “a finalidade da pena é manter a vigência da norma como modelo de contrato social”. Afinal, para Jakobs, os contatos e interações sociais geram as mais diversas expectativas, que devem ser asseguradas como condição de preservação do sistema social (JAKOBS, 2005, p. 12).

Na proposta de Roxin, contudo, de corte sensivelmente mais garantista, “a finalidade da pena é a prevenção geral positiva, porquanto a pena busca a restauração da paz pública e a reafirmação das regras de convivência” (BUSATO; HUAPAYA, 2007, p. 112), não apenas reconhecendo na pena uma função integradora – que se desenvolve com a prevenção especial –, mas também admitindo a culpabilidade como um limite da pena. Diante disso, três são os fins e efeitos da pena segundo essa perspectiva: a) o de aprendizagem, motivado social e pedagogicamente; b) o exercício da confiança no Direito que tem origem na população pela atividade da justiça penal; e c) o efeito de confiança que surge quando o cidadão observa o Direito aplicado.

Por sua vez, Ferrajoli declara que “ainda que seja um mal, a pena é de qualquer forma justificável se (e somente se) o condenado dela extrai o benefício de ser, por seu intermédio, poupado de punições informais, imprevisíveis, incontroladas e desproporcionais” (FERRAJOLI, 2006, p.313).

A finalidade da pena como sanção imposta pelo Estado ao criminoso, por meio da ação penal, pode ser deduzida da seguinte forma: retribuição ao delito praticado e prevenção a novos crimes. A pena possui caráter geral negativo, que consiste no poder intimidativo que ela representa a toda a sociedade, destinatária da norma penal; caráter geral positivo, que demonstra a existência e a eficiência do Direito Penal; caráter especial negativo, que consiste na intimidação do autor do delito para que este não volte a agir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário, a fim de evitar a prática de outros delitos; e caráter especial positivo, que é a proposta de ressocialização do condenado, para que ele retorne ao convívio social depois de cumprida a pena ou por benefícios que antecipam a sua liberdade. Tal compreensão pode ser obtida a partir da análise do art. 59 do nosso Código Penal<sup>2</sup> o qual, na parte final, conjuga a necessidade da reprovação com a prevenção do crime.

---

<sup>2</sup>Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (...).

O ordenamento jurídico brasileiro prevê três tipos de pena: as privativas de liberdade, as restritivas de direito e a pena pecuniária. Tais espécies de pena podem ser classificadas da seguinte forma:

- penas privativas de liberdade: reclusão, detenção e prisão simples, enquanto os dois primeiros tipos de pena decorrem da prática de crime, o último tipo decorre de contravenções penais;
- penas restritivas de direito: prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos, limitação de fins de semana, perda de bens e valores e prestação pecuniária. Consistem em sanções penais autônomas e substitutivas, conhecidas também como penas alternativas, servindo para evitar o cerceamento da liberdade de alguns autores de infrações penais com menor potencial ofensivo. As medidas previstas nas penas restritivas de direito visam recuperar o agente que praticou o crime através da restrição de alguns direitos;
- pena pecuniária: multa.

Assim, o Direito Penal, ao elaborar conceitos como o de crime e pena, condiciona e limita a atuação dos agentes do Estado encarregados do exercício do poder punitivo. Entretanto, Direito Penal e poder punitivo não se confundem, conforme a lição de Zaffaroni (2007, p. 26): “são conceitos que devem ser nitidamente separados, como passo prévio para a adequada compreensão do horizonte de projeção do direito penal”. Tobias Barreto<sup>3</sup> (2009, p. 54), por sua vez, defendia, entre nós, que “a pena constituía um meio extremo, da mesma forma que a guerra”.

De fato, a sanção penal acarreta sempre grave restrição de direitos fundamentais. Assim, sob a égide do Estado Democrático de Direito o qual busca garantir a todos esses mesmos direitos, a sua utilização deve sempre ser reservada às hipóteses de estrita e inafastável necessidade. Portanto, nesse mesmo contexto, não se pode legitimar qualquer expansão desmedida do Direito Penal, nem mesmo a pretexto de conferir-lhe maior eficácia, argumentando-se numa equivocada mentalidade segundo a qual problemas sociais se resolvem com repressão penal. Nesse sen-

---

<sup>3</sup> Efetivamente o professor da Faculdade do Recife afirma expressamente: “La pena constituye un medio extremo; como tal es también considerada la guerra. En la fuente en que cualquier dichoso pudiera gloriarse de haber larazón filosófica de una, encontraría igualmente el fundamento de la otra.” (2009, p. 54).

tido, Juarez Tavares (2004, p. 44) afirma: “A criminalização de condutas não pode ser confundida com as finalidades políticas de segurança pública, porque é uma condição do Estado Democrático de Direito o respeito dos direitos fundamentais e a proteção da pessoa humana”.

## 1.2 Ato infracional e medida socioeducativa

Segundo o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Entenda-se que houve uma equiparação do fundamento fático do ato infracional ao que é considerado relevante, ou seja, a conduta legalmente expressa na lei (ação ou omissão), sem que sejam levados em conta os demais critérios da responsabilização penal, quais sejam, antijuridicidade e culpabilidade.

A infração penal, como gênero, no sistema jurídico nacional, das espécies crime e contravenção, só pode ser atribuída, para efeito da respectiva pena, às pessoas imputáveis, que são, em regra, no Brasil, os maiores de dezoito anos. A estes, quando incidirem em determinado preceito criminal ou contravençional, tem cabimento a respectiva sanção, ou seja, comina-se pena no seu mais puro significado. Já, para os atos infracionais, a disciplina é diferenciada, posto que, quando crianças e adolescentes forem autores de atos infracionais, diante do aspecto da inimputabilidade e das medidas a lhes serem aplicadas, a reprimenda apresentará contornos diversos.

*A priori*, cumpre esclarecer que os adolescentes que praticarem atos infracionais serão, sim, responsabilizados, sendo que eles respondem não como adultos que cometeram crimes e são punidos perante o Código Penal, mas sim, respondem como adolescentes que cometeram atos infracionais e são responsabilizados frente ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Cumpre, ainda, combater a falsa ideia de que o ECA regulamenta a impunidade, pois esse regramento, na verdade, prevê um sistema especial para responsabilizar o adolescente de maneira específica, através de uma sistemática diferenciada. O jovem que cometer um ato infracional não ficará impune por não ser imputável, será responsabilizado pelo ECA através de regramento específico.

Assim, o preceito constitucional contido no art. 228 da Carta Magna reafirma a inimputabilidade penal das pessoas com idade inferior a dezoito anos, advertindo, pois, que são sujeitos às medidas previstas

naquela legislação especial. Dessa forma, metodicamente, restringe-se o poder de polícia, ou seja, o poder intervencionista do Estado, em que se limita, formal e materialmente, ao alinhamento da legislação especial à matriz constitucional e às diretrizes internacionais dos Direitos Humanos, nesse caso, os intrínsecos às crianças e aos adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente manifesta um conjunto de medidas que devem ser aplicadas mediante a autoria de ato infracional. Assim, às crianças cabe ao Conselho Tutelar as providências e encaminhamentos, aplicando as medidas de proteção. Já aos adolescentes, após efetuar o devido encaminhamento ao Ministério Público, a quem compete conceder remissão ou representar para a instauração de processo judicial, será aplicada a medida socioeducativa mais adequada, pelo Juiz da Infância e da Juventude.

Com relação à criança, por determinação expressa do art. 105 do ECA, quando sua conduta configura ato infracional, incumbe ao Conselho Tutelar, antes de tudo, mediante termo de responsabilidade, colocá-la sob a guarda de seus pais. Estes devem ser os primeiros responsáveis pela sua formação moral e social, mas, se não tiverem condições para tanto, há de encontrar-se um terceiro responsável dentro ou fora da linha de consanguinidade. O Conselho Tutelar também deverá acompanhar a criança, temporariamente, com orientação e apoio, determinando a sua matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino. Ademais, a situação econômica da família ou responsável, notadamente quando lhes forem escassos os recursos, permite ao Conselho Tutelar buscar o apoio de programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente. E, sendo o caso, poderá o Conselho, ainda, requisitar tratamento médico, psicológico, psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial, ou incluir em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos.

Outra providência cabível na hipótese de ato infracional praticado pela criança é a utilização do abrigo em entidade, a não implicar privação de liberdade. É sempre uma cautela excepcional e provisória, até a sua colocação em família substituta, que consiste também em outra medida possível de ser tomada, adstrita, entretanto, à competência da Justiça da Infância e da Juventude. Observa-se que a criança foi considerada pelo Estatuto como um ser, ainda, incapaz de refletir em profundidade o ato cometido e, portanto, alvo de medidas que visem à sua proteção.

Essa diferenciação na aplicação de medidas às crianças está em

consonância com as Regras de Beijin (Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude), em que a culpabilidade da situação que provocou o ato infracional não recai sobre a criança. São medidas que visam à garantia e à proteção dos direitos mais fundamentais e que, com a urgência necessária que certamente requer a situação, recolocarão em normalidade social e psicológica a vida da criança.

Desta forma, não se pode legitimamente dizer que a diferença entre ato infracional e crime reside tão somente na nomenclatura ou mesmo nas consequências jurídicas que são, ao mesmo tempo, cominadas legalmente e aplicadas judicialmente, isso porque o conteúdo normativo dos institutos jurídicos legais e o seu âmbito de aplicação destinam-se a objetos e finalidades particularmente próprias. Assim como as demais estruturas das respectivas consequências jurídicas, isto é, as medidas socioeducativas e as sanções penais, também não podem ser confundidas, pois, enquanto as primeiras possuem caráter essencialmente sociopedagógico, as segundas destinam-se primordialmente à retribuição e prevenção.

As medidas socioeducativas, por sua vez, só poderão ser aplicadas aos adolescentes, ou seja, aqueles com idade compreendida entre doze e dezoito anos de idade, segundo a legislação especial. Desta forma, verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas, conforme o art. 112 do ECA:

- advertência – consiste na repreensão verbal, reduzida a termo e assinada, em que o juiz da infância e da juventude procurará repercutir positivamente no íntimo do adolescente e sobre seus familiares, aos quais também se destina indiretamente a medida;
- obrigação de reparar o dano – medida que poderá ser aplicada quando o ato infracional repercutir patrimonialmente. Esta medida poderá trazer um ressarcimento útil à vítima;
- prestação de serviços à comunidade – medida em que o adolescente infrator realizará serviços gratuitos e de interesse geral à comunidade. O período de seu serviço não poderá ser superior a seis meses e nem a oito horas semanais, desde que não afete sua frequência escolar ou sua jornada de trabalho. Com intento preventivo, pedagógico e repressivo, determina a legislação pertinente que o jovem prestará seus serviços em entidades assistenciais, escolas, hospitais, creches, asilos e estabelecimentos congêneres, desde que sejam entidades filantrópicas;

- liberdade assistida – medida de caráter educativo e preventivo de fundamental importância, em que o adolescente infrator será atendido em meio aberto. É dirigida a adolescentes reincidentes os quais terão um programa especial de atendimento e que serão supervisionados por autoridade competente para serem reintegrados à comunidade, à escola e ao mercado de trabalho;
- semiliberdade – esta medida socioeducativa objetiva reintegrar o adolescente à sociedade, de forma gradual, fazendo com que o mesmo trabalhe e estude durante o dia e recolha-se ao estabelecimento de atendimento no período noturno. Cabível, de regra, aos adolescentes que não possuem responsáveis por si e aos que apresentam um âmbito familiar inadequado para o auxílio a sua reinserção;
- internação – constitui a mais severa dentre o rol das medidas socioeducativas, por ser uma medida privativa de liberdade. O Estado-Juiz deve aplicá-la somente nos casos mais graves e depois de ter verificado que nenhuma das outras medidas é suficiente para o caso.

As medidas socioeducativas serão aplicadas de acordo com a gravidade da infração, das circunstâncias e da capacidade do adolescente em cumpri-la, tendo por objetivo buscar a responsabilização do adolescente diante de sua conduta e, ao mesmo tempo, assegurar, no período de cumprimento da medida, condições que facilitem e promovam o seu desenvolvimento como pessoa e cidadão. Conforme Liberati (2003, p. 05), as medidas socioeducativas podem ser conceituadas como “aquelas atividades impostas aos adolescentes quando considerados autores de ato infracional. Destinam-se à formação do tratamento tutelar empreendido, a fim de reestruturar o adolescente para atingir a normalidade da integração social”<sup>4</sup>.

Nesse sentido, a execução das medidas socioeducativas deve concretizar uma real proposta pedagógica de transformação e deve priorizar os propósitos da ressocialização e reeducação, posto que direcionadas a pessoas que ainda se encontram em desenvolvimento psicológico e social. Obviamente, esse quadro revela uma discriminação positiva que não quer dizer o mesmo que impunidade, posto que se trata de uma sanção específica, direcionada de acordo com a idade e desenvolvimento do agente e com os objetivos e princípios da Constituição Federal.

---

<sup>4</sup>LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e ato infracional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

Resta claro que, por conta da determinação legal, o adolescente em conflito com a lei é submetido à medida socioeducativa e não à pena, sendo ambas distintas, tanto no conteúdo quanto na finalidade. As medidas socioeducativas são formuladas como oportunidades de reconstrução de cidadania, sendo relevante e predominante a sua dimensão educacional, de forma a propor aos adolescentes outras possibilidades de desenvolvimento de seus interesses e reinseri-los socialmente com uma nova proposta de vida, posto que, pedagogicamente, sua atuação alcança o jovem em desenvolvimento e deve interferir no processo de formação de valores e definição de comportamentos por meio de educação, disciplina e tratamento.

Ocorre que, parte da doutrina atual, passou a defender o posicionamento de que as medidas socioeducativas possuem uma natureza pedagógica e retributiva, tendo o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecido um mecanismo de punição de caráter pedagógico em sua concepção e conteúdo, mas retributivo em sua forma. Assim, defendem os partidários desse entendimento que a parte específica de atos infracionais do Direito da Infância e Juventude tem natureza penal e, portanto, deveria estar submetida aos princípios norteadores do sistema penal, recebendo a denominação de Direito Penal Juvenil.

## **2 A inaplicabilidade de um Direito Penal Juvenil, ante o caráter diferenciado da responsabilização de crianças e adolescentes**

O impacto social dos fatos delituosos cometidos por adolescentes e sua forte repercussão pública que, em muitas ocasiões, excedem os marcos de proporcionalidade em relação à preocupação com a criminalidade adulta e outras expressões de violência que afetam nossa sociedade, tem favorecido a percepção na opinião pública de que a delinquência juvenil é um dos problemas contemporâneos mais graves.

A Constituição, em seu art. 228, estabelece que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, diferencia a criança do adolescente em seu art. 2º para, em seguida, declarar a inimputabilidade dos menores de dezoito anos os quais são submetidos às suas regras. Define-se a inimputabilidade penal em razão da idade como resultado de uma incapacidade do menor de idade derivada da falta de condições pessoais mínimas de desenvolvimento biológico e saúde

psíquica. E mais, acrescenta-se que o menor de dezoito anos não possui o desenvolvimento biopsicológico e social necessário para compreender a natureza criminal de seus atos ou para determinar seu comportamento conforme essa compreensão.

Além disso, torna-se sensato compreender que o tratamento específico a respeito da conduta infracional leva em conta o fato de que a criança e o adolescente estão em processo de desenvolvimento em todos os aspectos, e uma sanção penal, com todas as suas consequências, só traria efeitos ainda piores a tal processo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é expresso ao recomendar a aplicação preferencial de medidas que não prejudiquem a socialização dos adolescentes, conforme art. 100 da Lei: “Na aplicação das medidas, levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários”. E, ainda, durante o período de internação, inclusive provisória, serão obrigatórias atividades pedagógicas (art. 123, parágrafo único).

O reconhecimento da condição peculiar vivenciada por crianças e adolescentes provém da concepção de que toda pessoa desenvolve permanentemente a sua personalidade, todavia, na infância e na adolescência, esse processo transcorre de forma mais intensa. A partir de toda uma matriz história, jurídica e social, nacional e internacional, firmou-se o entendimento da criança e do adolescente, como sendo ser humano em desenvolvimento, com particularidades, necessidades e, conseqüentemente, com direitos específicos. Decorre desse fato, a existência de diversos níveis de desenvolvimento e responsabilização, os quais acarretam exigibilidades diferenciadas a serem definidas consoante tal princípio. Não há, portanto, a exclusão do poder estatal sobre tal esfera e, sim, a adequação a um segmento específico.

Inserido em um processo mundial de consolidação, atenção e valorização dos direitos da criança e do adolescente, surge a revisão da legislação brasileira, fundamentada em uma nova concepção de direito e cidadania, a uma percepção da criança e do adolescente como ser humano com necessidades diferenciadas. O Direito Constitucional da Infância e Juventude concretizou mudanças na relação de responsabilidade existente entre crianças e adolescentes, Estado e sociedade civil, bem como na forma de tratamento, eliminando preceitos prejudiciais originados da associação equivocada entre menor, crime e delinquência.

Portanto, a consideração da infância e adolescência como fase

peculiar do desenvolvimento humano foi o princípio orientador para a construção de regras e normas jurídicas distintas do Direito Penal tradicional destinado aos adultos. Desta forma, o Direito Constitucional da Infância e Juventude reconheceu um sistema próprio de responsabilização para os menores de idade, fundado em um modelo de responsabilização diferenciado, em que o próprio legislador constitucional renuncia à imposição de uma pena criminal. E, apesar de o Estatuto da Criança e do Adolescente tomar por base para a definição de atos infracionais as condutas enumeradas pelo legislador penal, como não permitidas, por questão de facilidade conceitual, as medidas socioeducativas não cumprem o mesmo papel da pena, possuindo finalidades e conteúdo distintos.

As medidas socioeducativas diferem das penas, pois não devem cumprir apenas o papel de controle social. Elas buscam procurar evitar a prática de novos atos infracionais por adolescentes, mas, a partir da oferta de um conjunto de serviços e políticas sociais. As políticas públicas destinadas à infância e adolescência podem ser agrupadas em três segmentos distintos: (a) políticas básicas (art. 4º, ECA) – saúde, alimentação, habitação, educação, esporte, lazer, profissionalização e cultura; (b) políticas de proteção especial (arts. 23, parágrafo único, 34, 101 e 129, ECA – orientação, apoio e acompanhamento temporários, regresso escolar, apoio sociofamiliar/manutenção de vínculo, necessidades especiais de saúde, atendimento a vítimas de maus-tratos, tratamento da drogabilização, renda mínima familiar, guarda subsidiada e abrigo; e (c) políticas socioeducativas (arts. 112 e 129, ECA) m – advertência, reparação do dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação. As políticas básicas constituem o sistema primário o qual visa à prevenção e pretende abranger a universalidade dos jovens, propiciando que, indistintamente, alcancem condições favoráveis a seu desenvolvimento. Já o sistema secundário executa políticas de proteção especial, as quais atentam para situações de risco pessoal ou social da infância e juventude. Por fim, há o sistema terciário, que trata das medidas socioeducativas as quais são destinadas a adolescentes que praticaram ato infracional.

Considerando que a interpretação dos princípios, regras e normas do Estatuto da Criança e do Adolescente deve se dar de forma sistemática, e não pontual, evidencia-se que essas três categorias de políticas públicas voltadas à infância e juventude não são estanques nem independentes; pelo contrário, sua implementação implica a articulação de servi-

ços e programas. Ressalte-se, ainda, que todas essas políticas devem ser operacionalizadas em políticas, programas, serviços, atividades, ações diversas, de maneira articulada e universalizada. De fato, não chega a ser preciso visitar uma Vara da Infância e Juventude para saber que os adolescentes envolvidos com a prática de atos infracionais sempre revelam, em alguma fase de suas vidas, direitos negligenciados, desde famílias problemáticas, violência doméstica, baixa escolaridade, defasagem escolar, precária inserção no mercado de trabalho, abandono e vivência institucional em abrigos ou vivência de rua, envolvimento com drogas, por meio de dependência ou tráfico.

O rol de medidas socioeducativas revela uma escala de severidade, começando pela mais leve – advertência – e podendo chegar a mais grave – internação –, sendo que a aplicação dessas medidas está vinculada a princípios próprios indicados no ECA. A propósito da medida privativa de liberdade – internação –, o que a distingue fundamentalmente da pena privativa de liberdade imposta aos imputáveis consiste no caráter pedagógico, reeducacional e de ressocialização. Ressalte-se que as medidas devem ser cumpridas em estabelecimentos apropriados a partir de uma proposta de atendimentos pedagógico e psicoterápico, adequados à condição de pessoa em estágio de desenvolvimento, com o oferecimento de educação escolar, profissionalização, entre uma série de atividades a serem executadas durante o período de cumprimento, obedecendo-se à rigorosa segregação por critérios de idade e gravidade do ato.

Contudo, observa-se a defesa por parte de parcela da doutrina de um posicionamento que vem se expandindo atualmente no sentido de reconhecer a existência de um Direito Penal juvenil. O entendimento parte de que as medidas socioeducativas possuem um caráter punitivo/retributivo similar à sanção penal e, desta forma, as disposições estabelecidas no ECA sobre atos infracionais e medidas socioeducativas representam uma espécie de Direito Penal.

Trata-se de um Direito Penal especial o qual integra o Direito Penal comum, ou seja, poderia ser entendido como um setor especializado da dogmática penal, através de um sistema positivo juvenil cuja finalidade seria a inserção dos princípios penais no sistema infracional, de modo a contribuir com o fim desse sentimento de impunidade que a sociedade tanto evidencia. Nesse contexto, o ECA passaria a ser parcialmente tratado como uma lei penal, em razão de contemplar a matéria relacionada à prática de infrações penais por menores de idade e suas consequências.

Ocorre que os atos infracionais divergem das infrações penais em razão da atuação de um sujeito que, por mandamento constitucional, ocupa uma posição diferenciada no ordenamento jurídico e, desta feita, também tem uma responsabilização diferenciada a qual não tem natureza penal.

Ousamos tecer uma crítica ao Direito Penal juvenil, ou Direito Penal de adolescentes, posto que considerar a construção de uma dogmática penal no campo do Direito Constitucional da Infância e Juventude significa desconstruir toda a legitimação especial da criança e do adolescente enquanto sujeitos submetidos à proteção integral. De fato, o Direito Penal juvenil em nada contribui para o processo de crise de efetividade que o Direito Constitucional da Infância e Juventude apresenta, posto que, ao defender a aplicação dos princípios norteadores do sistema penal, traz, como consequência inevitável, um discurso criminalizante o qual só corrobora a equivocada necessidade de uma redução da maioridade penal.

A questão da criminalidade envolvendo adolescentes reforça uma percepção do senso comum de um sentimento de impunidade, indiferença penal e suposta benevolência da legislação especial no trato da questão, sendo que aqueles que lançam críticas ao tratamento dado aos adolescentes em conflito com a lei não se interessam em investigar em que grau as medidas socioeducativas acompanham as determinações trazidas pela legislação. Verifica-se uma gama ampla de dificuldades para a real implantação do que preconiza o Direito Constitucional da Infância e Juventude o qual traz um conjunto de princípios norteadores que visam às ações de ressocialização e aplicação de medidas socioeducativas, como forma de não deixar impune o ato praticado e, ao mesmo tempo, entendê-lo diferentemente do ato cometido por um adulto.

As medidas socioeducativas têm, em seu propósito, um caráter educativo e de responsabilização do adolescente em sua conduta e, além disso, buscam assegurar, no período de cumprimento, condições que facilitem e promovam o seu desenvolvimento como pessoa e cidadão. Contudo, no que diz respeito à efetividade da medida, observa-se um verdadeiro paradoxo entre o que o sistema propõe e aquilo que é alcançado na prática institucional.

A questão vai além de um sentido punitivo e denota uma relevância complexa e estrutural do ponto de vista da efetividade de todo um sistema constitucional da infância e juventude. De fato, não se faz necessário construir um novo ramo jurídico, mas concretizar, implementar e efeti-

var o que já está posto. Para refutar tal perspectiva penal, é preciso enfatizar que o caráter educativo e pedagógico do conteúdo das medidas socioeducativas não retira seu caráter de responsabilização, pois, em que pese serem responsabilizantes, devem ter por objetivo precípua a educação.

A solução legítima para tratar da incompatibilidade entre o conteúdo normativo e a prática operativa consiste em encarar o Direito Constitucional da Infância e Juventude como ramo jurídico, dotado de especificidades próprias e carente de efetividade em diversos aspectos. Apelar por uma aproximação, ou melhor, para uma redução desse ramo jurídico à espécie do Direito Penal não só é ineficaz como produz efeitos paradoxais, na medida em que parcela da sociedade e da comunidade jurídica, que sempre olhou o Direito Penal como última alternativa, agora quer fazer uso do mesmo para buscar uma solução para um problema estrutural e complexo representado por criminalidade e sensação de impunidade, mantendo o sistema normativo específico em alguns aspectos favoráveis e justificando uma retificação para o enquadramento da parte infracional como matéria penal.

A problemática envolvendo a inefetividade das medidas socioeducativas está ligada ao modo de execução que foge dos parâmetros já estabelecidos pela própria legislação. O que se deve combater é a sistemática repressiva e segregatória que aquelas apresentam e a influência desse processo na trajetória de criminalidade que se alastra entre os adolescentes institucionalizados. A presença do caráter de repressão nas medidas socioeducativas não pode justificar a categoria penal da medida, mas o predomínio desse caráter repressivo deve ser combatido.

De fato, o Direito Penal juvenil se deve muito mais ao desejo de demonstrar à sociedade que clama por medidas mais duras, como a redução da maioria penal, um sistema de punição efetivo apto a solucionar a sensação de impunidade ocasionada pela criminalidade noticiada. Ocorre que definir um sistema penal para adolescentes significa se distanciar da hermenêutica constitucional.

Perceba-se que, logo após a superação de um modelo disciplinar e reducionista no trato das questões ligadas ao segmento infantojuvenil, de fases de total carência de políticas sociais direcionadas à infância e juventude, a construção e disseminação de um discurso criminalizante representa um claro retrocesso, visto que o enfoque estratégico a perseguir seria combater a inexistência real de um sistema de garantia de direitos em favor de crianças e adolescentes, apontando as reais causas de um aumento da criminalidade.

Conforme Zaffaroni (2007, p. 13-14),

Nas últimas décadas, produziu-se uma notória transformação regressiva no campo da política penal, pois do debate entre políticas abolicionistas e reducionistas passou-se, quase sem solução de continuidade, ao debate da expansão do poder punitivo. Nesse debate, o tema do inimigo da sociedade ganhou o primeiro plano de discussão, tendo em vista a identificação dos destinatários mediante um forte movimento para o direito penal de autor.

O doutrinador (ZAFFARONI, 2007, p. 21-22) retoma a distinção romana entre *inimicus* e *hostis*, mediante a qual o *inimicus* era o inimigo pessoal, ao passo que o verdadeiro inimigo político seria o *hostis*, o qual carecia de direitos em termos absolutos, era quem estava fora da comunidade. Do próprio direito romano, surgiram os eixos troncais que haveriam de servir de suportes posteriores a todas as subclassificações do *hostis* levadas em conta para o exercício diferencial do poder punitivo e racionalizadas pela doutrina penal (AGAMBEN, 2004, p. 122). Nesse contexto, é forçoso trazer em exemplificação a instituição do *hostis judicatus* romano que cumpria a função de deixar o cidadão em condição semelhante à do escravo, para tornar-lhes aplicáveis as penas que eram vedadas para os cidadãos.

Como a figura do *hostis*, inimigo ou estranho, nunca desapareceu da realidade operativa do poder punitivo nem da teoria jurídico-penal, é possível extrair desse significado uma ligação com a realidade atual, no sentido de que a tentativa de submeter o adolescente em conflito com a lei, que está inserido num sistema de normas específico, ao Direito Penal Juvenil (criação de uma espécie do Direito Penal), significaria torná-lo de certa forma um *hostis judicatus* ou inimigo declarado pelo poder da atualidade, na medida em que, retirando-o da esfera legítima de proteção do Direito Constitucional da Infância e Juventude, poderia aplicar-lhe o que está vedado por essa legislação, ou seja, a pena criminal e, ainda, justificar, uma redução da maioria penal.

De fato, Zaffaroni (2007, p. 24) acrescenta que

Poderá se argumentar que o *hostis* dos dias de hoje é submetido à contenção como indivíduo perigoso apenas na estrita medida da necessidade, ou seja, só se priva o inimigo do estritamente necessário para neutralizar seu perigo, porém deixa-se aberta a porta para o seu retorno ou incorporação, mantendo todos os seus outros direitos. Ou seja, esta não seria nada além de uma simples limitação do princípio do Estado de direito imposta pela necessidade e em sua estrita medida.

Os partidários do Direito Penal juvenil sugerem esse propósito, tendo em vista que, diante do apelo da sociedade por medidas mais duras aos adolescentes, uma saída estratégica seria enquadrá-los numa espécie de Direito Penal a qual daria aos mesmos um tratamento bipolar, pois fariam parte do acervo de proteção do Direito Constitucional da Infância e Juventude, todavia, a partir do momento da prática de um ato infracional, sairiam desse âmbito da normatividade específica e enquadrar-se-iam como sujeitos comuns submetidos a uma espécie de pena, denominada medida socioeducativa a qual deveria ter conteúdo predominantemente eticopedagógico, mas que, na verdade, não passaria de sanção penal. Todavia, existe uma limitação constitucional substancial que estrategicamente impossibilita o tratamento penal ao segmento infanto-juvenil. Além disso, observando-se a história do exercício real do poder punitivo, nota-se que toda teorização legitimadora do tratamento penal diferenciado baseou-se em emergências, como a que aqui se verifica. Seria um direito da criança e do adolescente híbrido, ou seja, uma espécie de normas direcionada ao adolescente “bonzinho” e outro regramento destinado ao adolescente “malzinho”, perigoso<sup>5</sup>, criminoso. Segundo Zaffaroni (2007, p. 178), “O argumento de que muitas pessoas já estão sendo tratadas como inimigos e que isso é verificável não nos pode levar a aceitá-lo resignadamente e menos ainda a legitimá-lo, nem mesmo parcialmente”.

Ao estabelecer a prioridade absoluta da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 227 da Constituição, entre outros aspectos, indica o reconhecimento da igualdade jurídica entre todas as crianças e todos os adolescentes, que, possuindo o mesmo *status* jurídico, gozam da mesma gama de direitos fundamentais.

Apelar para um direito penal juvenil acaba por ser uma resposta mais satisfatória e imediata para a sociedade, posto que resolveria a questão da especificidade da categoria do adolescente simplesmente, acabando com tal especificidade e, estrategicamente, a partir da construção de um regime de responsabilidade penal, surgiria como um argumento para fortalecer a inconstitucional temática da redução da maioridade penal.

Nota-se que partir por esse caminho não resolverá a problemática e, sem dúvida, só levará tal questão para soluções emergenciais, desarra-

---

<sup>5</sup> Segundo Otto Kirchheimer: “Todo regime político tem seus inimigos ou os vai criando com o tempo” (Justicia Política, Granada, 2001, p. 3.)

zoadas e, sobretudo, inconstitucionais, pois desconstruem toda uma evolução jurídica e social condensada na Constituição Federal e que serve de parâmetro irreduzível para a legislação regulamentadora. Conforme Novelino (2009, p. 81):

Em princípio, pode parecer estranho a soberania popular impor limites materiais a si própria. Não obstante, a proteção de determinados conteúdos pelas Constituições visa a assegurar o próprio processo democrático, resguardando metas de longo prazo – muitas vezes subavaliadas por maiorias ávidas em maximizar seus interesses imediatos – a fim de proteger a sociedade de suas inconsistências temporais. Nesse sentido, as Constituições democráticas atuam como verdadeiros mecanismos de autovinculação (pré-comprometimento) adotados pela soberania popular para se proteger de suas paixões e fraquezas.

A realidade ainda demonstra que a crise no sistema de atendimento a adolescentes, privados de liberdade no Brasil, só não é maior que a crise do sistema penitenciário, para onde se pretende transferir os jovens infratores, menores de dezoito anos. A temática em questão é um desafio na busca de medidas eficientes que minimizem as problemáticas que envolvem crianças e adolescentes na prática de atos infracionais, possibilitando o resgate para a convivência social e formação adequada de sua personalidade.

As instituições destinadas à privação de liberdade de adolescentes não cumprem o objetivo eticopedagógico-educacional e, portanto, estão aplicando uma punição que não surte o efeito desejado pela própria sociedade e que emana da Constituição. Essa constatação revela uma crise de efetividade do sistema que leva a entender, para alguns, que o mesmo deve ser equiparado a Direito Penal a partir de uma aproximação equivocada de conteúdo e finalidade. Todavia, trata-se de uma interpretação que deve ser combatida, pois o que se deve buscar são meios para concretizar a efetividade de um ramo jurídico que já tem seu conteúdo normativo delimitado e precisa reforçar suas garantias para se fazer valer enquanto sistema jurídico autônomo extraído do texto constitucional.

O que se pretende é lançar as bases de um discurso construtivo e racional de que Direito Penal e Direito da Infância e Juventude são ramos distintos e, assim como exposto anteriormente, seus institutos possuem conteúdo e finalidades diferentes. Além disso, a sociedade clama por soluções imediatas, porém estas infelizmente não são satisfatórias. As soluções devem ser debatidas, construídas e concretizadas de maneira racional para que possam trazer estabilidade.

### 3 Considerações finais

O senso comum sempre apoia o legislador em mais rigor penal, porém, a punição pela punição não diminui nenhum tipo de violência, caso contrário, a criminalidade entre adultos diminuiria, quando o que se observa é um aumento contínuo na prática de crimes, notadamente de crimes contra a vida e presídios abarrotados, fazendo com que a própria justiça criminal aplique substitutivos penais como alternativa.

De fato, soluções mais produtivas e eficazes demandam vontade política e investimentos públicos. No entendimento da sociedade brasileira em geral, difundiu-se equivocadamente a ideia de que o adolescente não se sujeita a praticamente nenhuma medida repressiva, e a redução da maioria penal surge como uma medida reducionista, imediatista e equivocada, tendo em vista que fortalece um discurso punitivo o qual reduz um problema estrutural e complexo a uma mera punição.

As propostas de redução da idade penal sustentam-se basicamente na crença de que são os adolescentes os principais responsáveis pela violência em razão do excesso de impunidade. Observa-se um direcionamento de responsabilidade pelos problemas da criminalidade, uma rotulação da delinquência, enfim um processo de demonização que ocasiona uma invisibilização da real situação e das demandas concretas que originam esse comportamento.

De fato, a violência, como um grave problema social, de direitos humanos e de saúde pública, e que vitima majoritariamente jovens do sexo masculino, passa a ser percebida pela opinião pública como uma questão da qual o jovem é o responsável, e não a principal vítima. Observa-se a permanente presença de projetos de lei e de propostas de Emenda Constitucional no Congresso Nacional Brasileiro, objetivando alterar dispositivos constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente, no entanto a principal objeção a qualquer alteração no modelo e sistema adotado está amparada na constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente, no âmbito do Estado Democrático de Direito, como barreira efetiva para tais propostas de emenda e reforma constitucional.

Não resta dúvida de que a presença de princípios e regras de garantia, em matéria dos direitos da infância e juventude no texto constitucional brasileiro, configura não só um novo modelo de proteção e salvaguarda dos direitos dessa população, como produz efeitos em toda a disciplina infraconstitucional que venha a regular a condição

material de crianças e adolescentes. Mais que isso, no bojo de uma Constituição material, como a brasileira, quaisquer propostas de alteração ou diminuição de garantias vêm a se constituir como violação inequívoca de cláusula pétrea<sup>6</sup>.

Conclui-se, preliminarmente, que a constitucionalização do Direito da Criança e do Adolescente abre significativos espaços de controle sobre qualquer impulso ou compulsão de descumprimento de norma constitucional e, conseqüentemente, sua alteração. Segue nessa linha a questão que se requer no direito penal juvenil de uma equivocada necessidade de ampliação da esfera de punição penal, mas deve-se fazer prevalecer a supremacia constitucional como garantia da própria Constituição; do contrário, coloca-se em risco a própria unidade da Carta Política.

A maioria dos que defendem a redução da maioridade penal acreditam que os adolescentes infratores não recebem a punição devida. Para eles, o Estatuto da Criança e do Adolescente é tolerante com os infratores e não intimida aqueles que pretendem transgredir a lei. Argumentam os defensores da não redução da maioridade penal sobre o pensamento equivocado de impunidade:

[...] A circunstância de o adolescente não responder por seus atos delituosos perante a Corte Penal não o faz irresponsável. Ao contrário do que sofismática e erroneamente se propala, o sistema legal implantado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente faz estes jovens, entre 12 e 18 anos, sujeitos de direitos e de responsabilidades e, em caso de infração, prevê medidas socioeducativas, inclusive com privação de liberdade, como já vimos. (SADDY, 2003, p. 05)

Sobre o tema em discussão, Liberati argumenta em prol da atual sistemática:

[...]. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, por ser ainda incompleto, é naturalmente antissocial à medida que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. (LIBERATI, 2000, p. 72)

<sup>6</sup> art. 60 da Constituição Federal da República Federativa: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”.

O Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) pronunciou-se a respeito da redução da maioridade penal no Brasil, afirmando que esse fato só representaria um retrocesso para os direitos da infância. Ressalte-se que uma redução da maioridade penal iria afetar, preferencialmente, jovens negros, sem condição social adequada, moradores de áreas periféricas onde o índice de violência é maior, pois este é o perfil da seletividade penal no Brasil. Mas, apesar de toda uma conjuntura desfavorável, ainda insistem em comparar o sistema penal brasileiro com o de países desenvolvidos para justificar um tratamento penal a adolescente.

A proteção integral, no entanto, deve se materializar por meio de políticas universais, políticas de proteção ou políticas socioeducativas, conforme a necessidade. Trata-se de um princípio norteador que deve obter implementação concreta na vida das crianças e dos adolescentes sem qualquer distinção. Deve haver rigoroso respeito pelo império da lei, próprio das democracias constitucionais baseadas na perspectiva de direitos humanos hoje normativamente estabelecidos, bem como da existência de mecanismos e instituições idôneas e eficazes para a realização efetiva dos direitos consagrados.

A delimitação da natureza e da finalidade da medida socioeducativa, o conceito de ato infracional e a conseqüente diferenciação dos institutos penais do crime e da pena e as discussões sobre redução da maioridade penal pretenderam, neste trabalho, afastar, fundamentalmente, o discurso criminalizante que se alastra atualmente. A baixa efetividade do Estatuto da Criança e do Adolescente não pode ser creditada à falta de normas/regras, ou seja, de normas operacionalizadoras das normas/princípios. É necessário exercer uma visão crítica sobre a efetividade do Estatuto da Criança e do Adolescente para estabelecer melhores perspectivas estratégicas a serviço dos direitos.

A redução da maioridade penal deve ser combatida enquanto medida emergencial, inconstitucional, representativa de um retrocesso ao processo civilizatório de desenvolvimento quanto à defesa, garantia e promoção dos direitos da criança e do adolescente. O reconhecimento da responsabilização diferenciada emerge como condição necessária ao reconhecimento do sistema de garantias, sendo que, nessa luta por efetividade em favor dos direitos do segmento em análise, é necessário criar mecanismos oriundos do texto constitucional para livrar esse público de um processo de marginalização e de não realização de direitos.

Sem dúvida, essa análise começa por uma avaliação dos processos

de elaboração legislativa, dos processos de controle social e institucional, dos processos de aplicação em concreto dessas normas jurídicas e dos processos de desenvolvimento de políticas públicas pelos órgãos públicos político-administrativos de atendimento direto de crianças e adolescentes. Esses indicadores devem estar em consonância e adequação com os paradigmas éticos e políticos do Direito Constitucional da Infância e Juventude.

## Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BARRETO, Tobias. Prolegômenos do estudo do direito criminal. In: \_\_\_\_\_. *Estudos de direito II*. São Paulo: Record, 1991.

\_\_\_\_\_. *Introducción al estudiodelderecho penal*. Trad.al castellano y estudio preliminar por Pablo B.Vega.Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do direito penal. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 3, n. 4, p. 75-94, jan./jun. 2011.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione: teoria del garantismo penale. Direito e razão. *Teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*. São Paulo: RT, 2009.

JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma?. In: CALLEGARI, André Luís. et al. *Direito Penal e Funcionalismo*. Tradução por Manuel Cancio Meliá. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KIRCHHEIMER, OTTO. *Justiciapoítica*. Granada, 2001.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11. ed. rev. e ampl., de acordo com a Lei 12.010, de 3.8.2009. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *Adolescente e ato infracional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2009.

PEREIRA, Gabriela Xavier. A identidade entre os fins do direito penal e da pena. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.2, n.3, p. 279-303, jan./jun. 2011.

SADDY, André. *A Falsa ilusão do sentimento de impunidade no ECA*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4007>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

DISPONÍVEL EM: <<http://www.ohchr.org/>>.

TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y funciónendereço penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Depalma, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.



# A INEFICÁCIA DA LEI 4.898/65 NO ÂMBITO DA ATIVIDADE POLICIAL

**Giovana Aparecida Sabino**

Bacharela em Direito

## Resumo

O presente estudo tem por objeto a Lei 4.898/65, que atribui responsabilidade civil, administrativa e penal aos agentes públicos que, mediante abuso de autoridade, violem direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal. Logo, suscitar questionamentos e reflexões acerca da aplicação prática da Lei 4.898/65, sobretudo no âmbito da atividade policial, é um trabalho urgente e de essencial importância a ser desempenhado pelos aplicadores do direito, a fim de que o referido diploma legal atenda às suas finalidades jurídica e processual.

**Palavras-chave:** Abuso de autoridade. Atividade policial. Impunidade.

## Abstract

This article's purpose is to analyze the Law no. 4.898 of 1965, that determines civil, administrative and criminal liability upon the public agents that, committing abuse of authority, violate fundamental rights enshrined in the Federal Constitution. This article is also constructed upon the urgency of the discussion about the practical implementation of the Law 4.898/65, mostly concerning the police action, so that the law meets its legal and procedural purposes.

**Key words:** Abuse of authority. Police action. Impunity.

## 1 Introdução

Com propósito de regular o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal nos casos de abuso de autoridade, a Lei 4.898/65 definiu como crime as condutas elencadas nos artigos 3º e 4º. Além disso, em seu artigo 5º, reconheceu como sujeito ativo as autoridades, ou seja, “quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração.” Claro está, portanto, que as infrações penais indicadas na lei em estudo são consideradas crimes próprios haja vista que somente podem ser praticadas por autoridades que estão sujeitas à sanção administrativa (§1º, art. 6º), civil (§2º, art. 6º) e penal (§1º, art. 6º).

A tríplice responsabilidade denota a natureza pluriofensiva das condutas tipificadas pela Lei 4.898/65, cujos bens tutelados perpassam por diversos cadernos jurídicos, sobretudo direitos e garantias fundamentais outorgados pela Constituição Federal. Diante da relevância constitucional, a pena fixada em dez dias a seis meses de detenção, apesar de teoricamente representar um instrumento de coerção, na prática, se mostra desproporcional à lesão causada.

Logo, em razão da módica pena de detenção, a violação a direitos e garantias fundamentais passa a ser considerada infração de menor potencial ofensivo, sujeita a medidas despenalizadoras como a transação penal e a suspensão condicional do processo. A insignificância da sanção cominada favorece ainda a desclassificação de crimes mais graves para o abuso de autoridade e a extinção da punibilidade.

Com efeito, não raro, os veículos de comunicação noticiam abusos de autoridade cometidos por policiais que expõem a constrangimento um indivíduo revistado, atenta contra sua incolumidade física, adentram domicílios sem mandado judicial, executam prisão sem justa causa e mediante violência arbitrária. Tais situações são confirmadas pelos inúmeros procedimentos sob a investigação das Promotorias de Justiça Especializadas no Controle Externo da Atividade Policial, que aumentam a cada dia.

Esse cenário chama a atenção para a necessidade de adequação da Lei 4.898/65, com vistas a coibir a impunidade, o que não é tarefa fácil, contudo necessária, acaso se deseje instituir um Estado Democrático de Direito que leve em conta, verdadeiramente, o instituto da segurança jurídica e garantias individuais, consagrados pela Constituição Federal.

## **2 Contexto histórico da Lei 4.898/65**

A Lei 4.898/65 é resultado do Projeto de Lei 952, de 1956. Os anos que se passaram até a sua promulgação foram marcados pela consolidação do populismo nacionalista e por ampla efervescência social, o que suscitava graves conflitos envolvendo civis e militares.

Em 31 de março de 1964, por meio de um golpe, os militares destituíram o presidente da República de seu cargo e instauraram a Ditadura Militar no Brasil. Nessa ocasião, as autoridades políticas, administrativas e policiais exorbitavam de seu poder em desfavor do cidadão, que ansiava pela moralização da função pública e pela punição dos abusos de autoridade.

Foi diante desse contexto que, em 9 de dezembro de 1965, a Lei nº 4.898 passou a definir como crime o abuso de autoridade, sujeitando o seu autor à tríplex responsabilidade: administrativa, civil e penal, não sendo, portanto, um diploma exclusivamente criminal.

Nesse diapasão, o jurista Bilac Pinto, autor do Projeto de Lei 952/56 que se converteu na lei em apreço, ao apresentar sua justificativa para a propositura do referido projeto, afirmou que “o objetivo que nos anima é o de complementar a Constituição para que os direitos e garantias nela assegurados deixem de constituir letra morta em numerosíssimos municípios”. (Diário do Congresso Nacional, 17.01.56)

Observa-se, portanto, que a Lei 4.898/65, desde o seu projeto inicial, tem como escopo coibir práticas que violam preceitos constitucionais. Todavia, em termos práticos, a repercussão da função coercitiva do diploma legal sob análise foi de pequena monta, pois, como já mencionado, sua promulgação ocorreu durante a Ditadura Militar, período marcado pela ausência de democracia, supressão de direitos e garantias constitucionais, censura e desrespeito generalizado ao cidadão por parte das autoridades.

Coroando esse período, a prática de abuso de autoridade tornou-se habitual tanto no âmbito administrativo quanto no exercício da atividade policial, deixando explícita a pouca ou nenhuma utilidade preventiva e punitiva da Lei 4.898/65, que representou e ainda representa um instrumento jurídico de eficácia reduzida, já que a pena de detenção estipulada em dez dias a seis não é capaz de coibir o abuso de autoridade.

Nesse sentido, faz-se contemporâneo o problema suscitado por Cesare Beccaria (1764), na obra “Dos Delitos e das Penas” ao questionar se “serão as mesmas penas igualmente úteis em todos os tempos?” Certamente não são.

Em lógica decorrência do contexto histórico, o que se percebe é que o crime de abuso de autoridade, amparado por um diploma legal, consolidou-se na Ditadura Militar, sobreviveu à redemocratização de 1985 e adentrou o século XXI, corroborando com a impunidade.

### **3 Abuso de autoridade no âmbito da atividade policial**

Alicerçadas essas considerações, impõe consignar que as condutas tipificadas na Lei 4.898/65 alcançam maior visibilidade no âmbito da atividade policial, talvez porque o abuso de autoridade seja cometido com maior frequência pelas autoridades policiais.

Cuida-se analisar que, o policial, no exercício de suas atribuições em prol da preservação da ordem pública, goza de certo arbítrio, “mas esse arbítrio deve ser exercido dentro dos limites da sua necessidade, sob pena de, ocorrendo o excesso, constituir crime”. (FREITAS, 2001).

Sob tal ambulação, é ilegítima a prática de atos eivados por abuso ou excesso de poder, pois a força policial encontra seus limites nos direitos do cidadão, prerrogativas individuais e liberdades públicas previstas na Constituição Federal e legislação infraconstitucional.

Infelizmente, no âmbito da atividade policial, muitas vezes o abuso de autoridade torna-se a porta de entrada de crimes ainda mais graves como a tortura. Isso acontece em razão da falta de punição adequada às criminalizadas na Lei 4.898/65. Um exemplo concreto dessa situação é o caso Amarildo que ficou nacionalmente conhecido.

Morador da favela da Rocinha/RJ, em julho de 2013, o ajudante de pedreiro Amarildo Dias de Souza, inexplicavelmente, desapareceu após ter sido abordado na porta de sua casa por policiais militares e conduzido até a sede da Unidade de Polícia Pacificadora (UPP). Iniciadas as investigações a fim de conhecer o paradeiro de Amarildo, descobriu-se que ele foi submetido a uma sessão de tortura ao lado do contêiner da UPP da Rocinha, sendo seu corpo ocultado. De acordo com as informações que foram vinculadas na mídia, a polícia militar mencionou que Amarildo teria sido confundido com um bandido da região e liberado após uma boa “averiguação”.

Conquanto observado, Amarildo foi submetido a uma série de abusos dispostos em cadeia sucessiva: primeiro teve sua liberdade de ir e vir tolhida; depois, mediante abuso de poder, foi detido para averiguações sem as devidas formalidades legais; e, na sequência, sofreu ofensa à sua integridade física, o que evoluiu para tortura e execução.

Por falta de reprimenda adequada, o abuso de autoridade dá vazão à prática de outros crimes cada vez mais graves, distanciando-se de suas finalidades jurídica e processual.

#### **4 A desproporcionalidade entre os bens jurídicos tutelados pela Lei 4.898/65 e a pena privativa de liberdade**

O princípio da proporcionalidade tem origem no Direito Administrativo como controle dos atos da Administração Pública de modo a evitar o abuso de poder, observando, assim, a pertinência entre os meios utilizados pela Administração e os fins a serem alcançados.

No Direito Penal, pode-se indicar o Código de Hamurabi como aquele que, “tecnicamente, nos forneceu uma noção inaugural de proporcionalidade, mesmo que não se pudesse afirmar, com certeza absoluta, que o 'olho por olho, dente por dente' cumpria rigorosamente essa função”. (GRECO, 2009).

Na atualidade, porém, o conceito de proporcionalidade foi aprimorado de forma que passou a ser avaliado sob três aspectos: 1º - proporcionalidade abstrata (ou legislativa); 2º - proporcionalidade concreta ou judicial (ou individualização); 3º - proporcionalidade executória. Não se pode perder de vista que “a proporcionalidade abstrata ocorrerá quando o legislador define as sanções (penas e medidas de segurança) mais apropriadas (seleção qualitativa) e ao estabelecer a graduação (mínimo e máximo) das penas cominadas aos crimes (seleção quantitativa)”. (QUEIROZ, 2008).

O legislador, ao estabelecer a sanção mínima e máxima para os tipos penais, deve sopesar a gravidade do delito praticado com a sanção penal, a fim de que não dê vazão ao exagero e tão pouco à extrema liberalidade no momento de cominação das penas.

Ao se estabelecer uma comparação entre os bens jurídicos tutelados pela Lei 4.898/65 e a respectiva pena privativa de liberdade, constata-se que a sanção de dez dias a seis meses de detenção, cominada abstratamente, é desproporcional à lesão aos bens tutelados que, em sua maioria, correspondem a direitos e garantias fundamentais.

A assimetria entre o dano ao bem jurídico e a sanção penal aplicada torna-se ainda maior quando confrontada a lei em epígrafe e o furto simples, cuja pena de um a quatro anos de reclusão dá ensejo às seguintes indagações: o princípio da proporcionalidade é aplicado ao crime de abuso de autoridade? a lesão a bens patrimoniais é mais gravosa do que a lesão a direitos e garantias fundamentais?

No tocante a essas indagações, não se vislumbram argumentos que demonstrem que a pena privativa de liberdade prevista para as condutas tipificadas na Lei 4.898/65 seja efetiva; ao contrário, observa-se a flagrante desproporcionalidade. No mesmo sentido, manifesta-se Paulo Queiroz, ao afirmar que

Convém notar que o princípio da proporcionalidade corresponde, além da proibição de excesso, à proibição de insuficiência da intervenção jurídico-penal. Significa dizer que, se, por um lado, deve ser combatida a sanção penal desproporcional porque

excessiva, por outro lado, cumpre também evitar a resposta penal que fique muito aquém do seu efetivo merecimento, dado o seu grau de ofensividade e significação político-criminal, afinal a desproporção tanto pode dar-se para mais quanto para menos. Exemplo disso – de insuficiência da resposta penal – são os crimes de abuso de autoridade previstos na Lei 4.898/65, que comina, para as graves infrações que define, prisão de dez dias a seis meses (art. 6º, 3º, b). (QUEIROZ, 2008).

Assim, considerando a importância dos bens positivados nos artigos 3º e 4º do diploma legal analisado, adota-se o posicionamento abraçado por Beccaria, ao afirmar que

Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas. Bastará, contudo, que o legislador sábio estabeleça divisões principais na distribuição das penas proporcionadas aos delitos e que, sobretudo, não aplique os menores castigos aos maiores crimes. (BECCARIA, 1764)

## **5 As implicações jurídicas da pena privativa de liberdade cominada para o crime de abuso de autoridade**

### **5.1 Abuso de autoridade como crime de menor potencial ofensivo**

O artigo 61 da Lei 9.099/95 considera infração de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa. É preciso consignar que, apesar da temática “menor potencial ofensivo” estar relacionada ao conceito de bem jurídico e sua maior ou menor relevância para o Direito Penal, o abuso de autoridade é taxado de crimes de menor potencial ofensivo, tendo como único parâmetro a pena abstrata fixada em no máximo seis meses de detenção.

Impende deixar assente que considerar o crime de abuso de autoridade como infração de menor gravidade equivale a também admitir como menor potencial ofensivo a violação às liberdades individuais e ao próprio Estado Social e Democrático de Direito, o que torna flagrante a incoerência valorativa do legislador ao cominar para o abuso a módica pena de dez dias a seis meses de detenção.

Tal incoerência torna-se ainda mais explícita e desproporcional ao serem comparados os crimes de abuso de autoridade e o furto simples. Para este delito, que tem como objetivo proteger bens patrimoniais, foi atribuído penalidade que varia de um a quatro anos de reclusão.

O reconhecimento de que os direitos fundamentais são bens jurídicos mais relevantes do que os bens patrimoniais fazem emergir um contrassenso, haja vista que, para estes, vigora sanção penal mais gravosa do que para a violação aos direitos e garantias fundamentais tutelados pela Lei de abuso de autoridade.

Mais acentuada ainda é a comparação entre o abuso de autoridade e o crime de peculato, cujo objeto material pode ser dinheiro, valor (tudo aquilo que pode ser convertido em dinheiro), ou qualquer outro bem móvel. No peculato, a pena em abstrato pode atingir doze anos de reclusão; por outro lado, a ofensa à incolumidade física do indivíduo tem punição vinte e quatro vezes menor, podendo ainda ser cumprida em regime aberto ou semiaberto.

À luz das informações trazidas à baila, infere-se que o legislador recorreu à solução mais rigorosa para reprimir as condutas que lesam o patrimônio, ao passo que considerou merecedor de menor proteção o dano à integridade física do ser humano, a execução de medida privativa de liberdade sem as formalidades legais, a submissão de pessoas presas a vexame ou constrangimento não autorizado em lei, o atentado à liberdade de associação e ao direito de reunião, dentre outros direitos e garantias fundamentais elencados nos artigos 3º e 4º da Lei 4.898/65.

Adite-se que é inconcebível atribuir o caráter de menor potencial ofensivo a um delito que, tal qual o abuso de autoridade, prevê como sanção a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública por prazo de até três anos. Cumpre ressaltar que a perda do cargo ora assinalada é estabelecida como pena principal, ou seja, não é acessória e, conseqüentemente, não se submete ao artigo 92 do Código Penal, posto que não figura como simples efeito da condenação, ou seja, o abuso de autoridade extrapola o conceito de menor potencial ofensivo.

Assim, vergastada a impertinência em se considerar as condutas tipificadas nos artigos 3º e 4º da lei 4.898/65, infrações de menor gravidade, prevalece o entendimento de que o crime previsto pela substanciada lei reclama por maior proteção e, por conseguinte, pelo reconhecimento de seu grande potencial ofensivo.

## 5.2 Medidas despenalizadoras do abuso de autoridade

### 5.2.1 *Transação penal*

O termo transação, no sentido comum, significa um negócio em que “credor e devedor, possuidores de direitos e obrigações recíprocas, cedem, em parte, estes elementos para alcançarem uma composição”. (KONING, 2002). Com base nesta definição, tem-se a transação penal quando “o credor (Ministério Público) e devedor (autor do fato) comparecem perante o juiz de direito para transacionar, cada qual, certo de seus direitos e deveres, concedem benefícios mútuos, cedem em parte estes elementos, para que se alcance uma composição”. (KONIG, 2002).

Assim, ao se rotular o abuso de autoridade como uma infração de menor potencial ofensivo, desconsiderando a sua lesividade e complexidade, medidas despenalizadoras a exemplo da transação penal passaram a ser estabelecidas para esse delito. Isso significa que direitos e garantias fundamentais são passíveis de transação, nos termos do artigo 76 da Lei 9.099/95.

Nessa vereda, como transigir sobre a conduta do policial que, injustificadamente, atenta contra a liberdade de um cidadão? Como negociar sobre o comportamento do policial que põe em descrédito a justiça e a igualdade ao, de forma arbitrária, agredir uma pessoa ou submeter-lhe a vexame ou constrangimento não autorizado em lei?

Além disso, como transacionar sobre a perda do cargo ou inabilitação para o reingresso nos quadros de serviço da Administração Pública, seja no âmbito municipal, estadual ou federal? Na verdade, não deveriam estar sujeitos à transação bens de tão alto relevo social, pois, nestes casos, a adoção de tal instituto reflete a irracional proporção entre a pena e o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Corroborando com essas asserções, Greco afirma que

Já que é impossível demonstrar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direitos da suspensão do conflito mantém uma proporcionalidade mínima como o grau da lesão que tenha provocado. Temos aí o princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão. Com esse princípio, não se legitima a pena como retribuição, pois continua sendo uma intervenção seletiva do poder que se limita a suspender o conflito sem resolvê-lo e, por conseguinte, conserva intacta sua irracionalidade. Simplesmente se afirma que o Direito Penal deve esco-

lher entre irracionalidades, deixando passar as de menor conteúdo; o que ele não pode é admitir que a essa natureza irracional do exercício do poder punitivo se agregue um dado de máxima irracionalidade, por meio do qual sejam afetados bens jurídicos de uma pessoa em desproporção grosseira com a lesão que ela causou. (GRECO, 2009).

Em bom vernáculo, significa que os crimes mais graves devem receber tratamento punitivo dotado de maior severidade, com vistas a desestimular tais infrações, pois, do contrário, restará consubstanciada a “desproporção grosseira” entre a lesão ocasionada e a transação penal.

Observa-se, portanto, que “com o passar dos anos, a criatura virou-se contra o criador, ou melhor, mostrou sua verdadeira cara: utilitarismo processual, e a busca da máxima eficiência (antigarantista)”. (LOPES JR, 2006). Nem mesmo em nome da celeridade da Justiça, ou melhor, dizendo, de uma pseudojustiça e da maximização de resultados, deve-se tolerar que a “lógica negocial transforme o processo penal num mercado persa, no seu sentido mais depreciativo” (LOPES JR, 2006), chegando ao ponto de transigir sobre direitos e garantias fundamentais.

É mister esclarecer que o que se critica não é o instituto da transação penal, mas a sua aplicação ao crime de abuso de autoridade sob um critério puramente matemático, isto é, o *quantum* da pena em abstrato, desconsiderando a gravidade do bem jurídico lesado.

### 5.2.2 Suspensão condicional do processo

Os direitos e garantias fundamentais protegidos pela Lei 4.898/65, em virtude da pena de detenção de dez dias a seis meses, estão sujeitos à suspensão condicional do processo previsto no artigo 89 da Lei 9.099/65, que tem por finalidade evitar a instrução processual e o julgamento da ação penal nos crimes em que a pena mínima cominada não for igual ou inferior a um ano.

Cumpra sublinhar que, “na suspensão condicional do processo o que se suspende é próprio processo, *ab initio*. O que temos, em síntese, é a paralisação do processo, com potencialidade extintiva da punibilidade.” (GRINOVER, 1995). Por conseguinte, inviabiliza a possibilidade de responsabilizar penalmente aquele que incorre nas condutas tipificadas na Lei 4.898/65, que protege direitos e garantias constitucionais positivados, inclusive, por convenções internacionais.

Obtemperem-se que, “se seguirmos nesse rumo, ampliando o espaço

da justiça negociada, fulminaremos com a mais importante de todas as garantias: o direito a um processo justo.” (LOPES JR, 2006). É inconcebível, portanto, que continue sendo atribuído a esse delito o apanágio de menor potencial ofensivo, sujeitando-o assim à “natureza irracional do poder punitivo” (GRECO, 2009), que premia o autor do abuso com a suspensão do processo, medida despenalizadora que, na prática, reflete como impunidade.

## **6 Os reflexos da impunidade no crime tipificado pela Lei 4.898/65**

### **6.1 Extinção da punibilidade**

Uma vez cometido o delito nasce a punibilidade e com ela a pretensão do Estado que consiste na imposição de sanção penal ao autor de um fato típico, ilícito e culpável. Entretanto, o direito de punir do Estado pode ser afastado por uma causa de extinção de punibilidade, com isso, a punição *in concreto* esvaece.

O artigo 107 do Código Penal elenca, como causas de extinção de punibilidade, a morte do agente; a anistia, graça ou indulto, retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; a prescrição, decadência ou perempção; a renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; a retratação do agente, nos casos em que a lei admite; e o perdão judicial, nos casos previstos em lei.

No crime de abuso de autoridade, a principal causa de extinção da punibilidade é a prescrição, que pode ocorrer em virtude do decurso do prazo legal para o exercício da ação penal ou para promover a execução da sentença penal condenatória.

No âmbito da atividade policial, a prescrição do crime em epígrafe é corroborada, não raro, pelo corporativismo existente dentro das instituições policiais. Esse corporativismo é facilmente identificado pela morosidade na instauração do Inquérito Policial (IP) quando o abuso de autoridade é cometido pela Polícia Civil, assim como pelo retardamento na instauração de Inquérito Policial Militar (IPM), para investigar o ilícito penal perpetrado por policiais militares.

Face ao exposto, considerando que a pena *in abstracto* fixada para o crime em comento, corresponde a, no máximo, seis meses de detenção, esta sanção, subsidiada pelo corporativismo das instituições policiais que procrastinam a feitura do IP ou IPM, possibilita que o crime de abuso

de autoridade seja facilmente alcançado pelo prazo prescricional de três anos, ampliando assim a sensação de impunidade e, conseqüentemente, a insegurança jurídica.

A morosidade nas investigações do delito produz um ciclo vicioso e perigoso que se estende ao proferimento da sentença, bem como à sua execução, o que, com frequência, culmina na extinção da punibilidade.

Diante dessa realidade, transcorridos mais de cinquenta anos após a edição da Lei 4.898/65 que, literalmente, se corporifica como um legado da Ditadura Militar presente no ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito, pergunta-se: atualmente, os policiais que incorrem no crime de abuso de autoridade são efetivamente responsabilizados por suas ações? A resposta é “não”. A justificativa deve-se ao fato de que, para muitos, o abuso de autoridade é inerente à própria atividade policial. Essa conclusão é subsidiada pela diminuta pena restritiva de liberdade, cuja prescrição, muitas vezes, ocorre antes de serem concluídas as investigações. No mesmo azimute, Fernando Capez assevera que

A Lei de Abuso de Autoridade foi criada em período histórico, com intuito meramente simbólico, promocional e demagógico. A despeito de pretensamente incriminar os chamados abusos de poder e de ter previsto um procedimento célere, na verdade cominou penas insignificantes, passíveis de substituição por multa e facilmente alcançáveis pela prescrição. (CAPEZ, 2011).

Tal mácula estorva a persecução da punibilidade. Embora a Lei 4.898/65 não faça menção à prescrição da pretensão punitiva, esta é regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade e ocorre em três anos, conforme o inciso VI, artigo 109 do Código Penal.

É imperioso assinalar que os abusos cometidos no âmbito da atividade policial, na maioria das vezes, são praticados de forma velada, sem testemunhas e, quando estas existem, raramente colaboram, pois receberam sofrer represálias por parte dos infratores. Tais condições associadas ao módico prazo prescricional dificultam sobremaneira as investigações, fazendo com que os infratores permaneçam impunes.

## 6.2 Desclassificação da tortura para o crime de abuso de autoridade

Segundo a dicção da Lei 9.455/97 que regulamenta a tortura, esta somente se caracteriza quando alguém for constrangido mediante vio-

lência ou grave ameaça, com escopo especial, ou seja, para obter informação, declaração ou confissão; para provocar ação ou omissão de natureza criminosa e em razão de discriminação racial ou religiosa (artigo 1º, I), ou como forma de aplicar castigo pessoal (artigo 1º, II). Também tipifica como tortura submeter pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental (artigo 1º, § 1º).

O bem jurídico resguardado pela Lei 9.455/97 é a dignidade da pessoa humana, integridade física e psíquica. Assim, tendo por baliza os bens protegidos pelas Leis 9.455/97 e 4.898/65, Rui Stoco destaca que

A Lei de Tortura – Lei 9.455/97 apresenta pontos de contato com a Lei 4.898/65, sendo estes pontos o art. 3º, alínea i, e o art. 4º, alínea b, desta última lei, ao definir como abuso de autoridade o “atentado à incolumidade física do indivíduo” e “submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei”. (FRANCO, 2001).

Em face dessa similitude entre o abuso de autoridade e a tortura, muitos agentes públicos, no exercício da atividade policial, incorrem na prática de tortura, mas, por razões relacionadas à deficiência de proteção da Lei 4.898/65, mais especificamente a módica pena privativa de liberdade, são punidos pelo abuso de autoridade. Quando ocorre a desclassificação da tortura para o abuso, este, na maioria das vezes, já prescreveu, ou seja, opera-se a extinção de punibilidade. É como se a se crime nunca tivesse acontecido, pois o torturador sai impune. É o que revelam os julgados abaixo:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TORTURA E CÁRCERE PRIVADO. CÁRCERE PRIVADO - AUTORIA EM MATERIALIDADE COMPROVADAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA ABUSO DE AUTORIDADE - IMPOSSIBILIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - REDUÇÃO DA PENA - CABIMENTO - REAVALIAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS-DIMINUIÇÃO EMPRENDEDIA. TORTURA - AUTORIA EM MATERIALIDADE COMPROVADAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE ABUSO DE AUTORIDADE - CABIMENTO - AUSÊNCIA DE PROVA DO SOFRIMENTO FÍSICO OU MENTAL IMPOSTO À VÍTIMA - CONSTRANGIMENTO E VEXAME NÃO AUTORIZADO EM LEI CONFIGURADO - CONDUTA DESCLASSIFICADA E NOVA PENA FIXADA - RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO – NOVO PATAMAR DE PENA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECLARADA. (Apelação Crime nº

1.0568.08.008964-8/001, 2ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Des. Nelson Missias de Moraes, julgado em 26/04/2012)

EMENTA: PENAL. TORTURA. POLICIAIS MILITARES. CONCURSO DE AGENTES. AGRESSÕES A MENOR. ABSOLVIÇÃO. PROVA. EXAME DE CORPO DE DELITO. LESÕES COMPROVADAS. AUTORIA. EVIDÊNCIAS CONTRA DOIS DOS ACUSADOS. CLASSIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO. DIVERGÊNCIA. ATENTADO CONTRA A INCOLUMIDADE FÍSICA. CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE. DELITO COMISSIVO. RECURSO DA ACUSAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO DE UM DOS CO-REUS. CONDENAÇÃO DOS DOIS OUTROS. DESCLASSIFICAÇÃO OPERADA. PENA MÁXIMA COMINADA. SEIS MESES. LAPSO TEMPORAL DECORRIDO DESDE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA SUPERIOR A DOIS ANOS. PRESCRIÇÃO CONSUMADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA DE OFÍCIO. (Apelação Crime nº N° 1.0470.03.013646-4/001, 3ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Relator: Des. Herculano Rodrigues, julgado em 25/10/2007)

Denota-se, portanto, que, em virtude da íntima relação entre o abuso de autoridade e a tortura, esta, quando praticada por policiais, com frequência, é camuflada pelas condutas tipificadas na Lei 4.898/65. Por conseguinte, os policiais infratores não recebem a reprimenda devida; ao contrário, são premiados com medidas despenalizadoras ou extinção da punibilidade, o que aumenta o descrédito da Lei 4.898/65.

### 6.3 Necessidade de adequação da Lei 4.898/65

Vergastadas as mazelas e incoerências da Lei 4.898/65, emerge a necessidade de sua adequação à realidade que assola a sociedade mediante a violência extremada por parte de policiais em desfavor do cidadão.

Como já foi dito, a lei em apreço foi promulgada sob a égide do Regime Militar e, talvez por isso, seja tão branda no tocante à efetividade da pena privativa de liberdade, que se amolda mais aos interesses escusos e opressores dos generais do que aos valores de igualdade, liberdade e justiça preconizados pelo Estado Democrático de Direito. Assim sendo, é preciso repensar a lei, em especial, para garantir maior tutela aos direitos e garantias fundamentais.

Registre-se que uma das finalidades da Lei 4.898/65 deveria ser a

prevenção de novos delitos e, dessa forma, coibir a violência que se reveste do abuso de autoridade. Para que houvesse cumprimento a esse propósito, a sanção penal, cominada pela lei em estudo, teria que ser proporcional ao injusto, guardando um lastro mínimo de eficácia. É por isso que Bilac Pinto, autor do projeto que deu origem à Lei 4.898/65, dizia que

Dos três tipos de responsabilidade a que está sujeito o servidor público – a administrativa, a civil e a penal – a última é a que constitui o instrumento mais eficaz para prevenir os abusos de autoridade, o aparato e a publicidade do julgamento penal. Nos casos em que o abuso de autoridade se consuma, é também a sanção penal que se revela mais adequada aos fins visados pela Constituição, por ser a que contém mais denso conteúdo punitivo. (Diário do Congresso Nacional, de 17.01.56)

Percebe-se então que a exigência de que seja efetiva a sanção penal prevista para as ações configuradoras do abuso de autoridade não é um discurso novo; ao contrário, é uma das premissas justificadores do diploma legal que reprime tais condutas.

Assim, com o fito de refrear o impulso delitivo e amenizar o anacronismo legislativo da Lei 4.898/65, foram elaborados projetos de lei de iniciativa da Câmara dos Deputados. As proposições de maior repercussão referem-se aos projetos 3386/2008, 6418/2009 e 1585/2011, sendo os dois primeiros de autoria do Deputado Raul Jungmann, e o último é atribuído ao Deputado Padre Tom.

O Projeto de Lei 3386/2008 dispõe sobre a defesa dos direitos e garantias fundamentais nos casos de abuso de autoridade. Sob essa motivação, prevê punições mais rigorosas, cuja pena privativa de liberdade pode chegar a oito anos de reclusão. No tocante às sanções administrativas, prevê que, quando o abuso for cometido por agente de autoridade policial, civil ou militar, poderá ser cominada pena autônoma ou acessória de não poder o acusado exercer funções de natureza policial ou militar no município da culpa, por prazo de até doze anos. (Projeto de Lei 3386/2008, art. 2º, §3º). Além disso, estabelece como sanção civil o pagamento de uma indenização compreendida entre R\$ 1.000,00 (mil reais) e R\$ 100.000,00 (cem mil reais), quando não for possível fixar o valor do dano.

Raul Jungmann, idealizador do Projeto de Lei 3386/2008, justificou o *quantum* das reprimendas administrativa, civil e penal ao explicar

que “as multas e outras penas cominadas são redimensionadas para que venham a se tornar efetivas, ou seja, para que verdadeiramente concorram para coibir o abuso de autoridade ou para punir melhor aqueles que venham a constranger, com abuso de autoridade, o seu semelhante”.

Quanto ao Projeto de Lei 6418/2009, define os crimes de abuso de autoridade e traz em seu bojo disposições mais amenas comparadas ao rigor do projeto 3886/2008. Nesse sentido, tipifica como abuso de autoridade, submeter o preso ao uso desnecessário de algemas (art. 15), bem como ao interrogatório policial durante o período noturno (art. 16), manter presos de ambos os sexos na mesma cela (art. 20), dentre outras condutas.

Com relação à sanção civil, é silente no que diz respeito à indenização, retira a suspensão afixada em um ano e arbitra pena privativa de liberdade que pode chegar a quatro anos de detenção, ou cinco anos de reclusão dependendo da conduta praticada.

Embora este último projeto seja mais brando do que o primeiro, ambos foram alvo de ferrenhas críticas, principalmente de representantes de entidades policiais civis, militares e federais. As censuras foram as mais diversas, mas, a rigor, os opositores dos Projetos de Lei 3886/2008 e 6418/2011 afirmaram que ambas as proposições abordaram o tema de forma exagerada. Ressaltou-se ainda que “o legislador deveria ser astuto para não impor pena que beneficie o infrator, na medida em que torna tímido o agente do Estado.” (Jornal Ordem). Em face de tamanha rejeição, ambos os projetos de lei não lograram êxito e, posteriormente, foram arquivados em 01/02/2011.

Lado outro, em 14/06/2011, foi apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1585/2011, que atribuiu nova redação às alíneas 'b' e 'i' do artigo 4º da Lei 4.898/65, e aos parágrafos 2º e 3º do artigo 6º do mesmo diploma legal. Dessa maneira, definiu como abuso de autoridade submeter pessoa sob custódia a vexame ou exposição desnecessária à mídia, estipulou uma indenização de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e pena de reclusão de dois a quatro anos.

Segundo o autor do projeto, as propostas mencionadas alhures, são justificadas, haja vista que

A Lei 4.898, de 1965, criada durante o regime militar, foi urdida com o fito de criar ficção jurídica que não constrangesse em demasia as autoridades, quando excediam em condutas, típicas para uma época em que as liberdades civis sofriam restrições. Não sem razão que as penas cominadas são extremamente brandas. (Projeto de Lei 1585/2011, Justificação)

As propostas deste último projeto são mais pontuais do que os dois primeiros, mas nem por isso já angariou a aprovação da Câmara dos Deputados. O Projeto 1585/2011, depois de arquivado no dia 31/01/2015, nos termos do artigo 5º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, foi devolvido à Coordenação de Comissões Permanentes em 26/08/2015.

Conquanto observado, os Projetos de Lei 3886/2008, 4618/2009 e 1585/2011, endossam a necessidade de adequação da Lei 4.898/65 de forma que o rigor das penas esteja em consonância com a realidade atual do país, ou seja, o Brasil do Século XXI carece que a Lei 4,898/65 forneça mecanismos jurídicos capazes de, efetivamente, coibir o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão que, diuturnamente, lhe são usurpados através do abuso de autoridade, prática frequente no âmbito da atividade policial.

Entretanto, embora se reconheça que é premente a releitura da Lei 4.898/65, tal deve ser feita em observância ao insigne princípio da proporcionalidade, para que a punição seja proporcional à ofensa; caso contrário, “se as leis são cruéis, ou logo serão modificadas, ou não mais poderão vigorar e deixarão o crime impune,” (BECCARIA, 1764).

Destarte, a solução mais apropriada seria criar um dispositivo legal capaz de imprimir à pena aplicada a justa medida, de maneira que protegesse efetivamente aos direitos e garantias fundamentais aos quais conferem tutela.

## 7 Conclusão

Sendo a Lei 4.898/65 instituída durante o regime militar, apesar de formalmente ter por objetivo combater o crime de abuso de autoridade, na prática, institucionalizou o abuso perpetrado por militares em desfavor da sociedade civil. A referida lei não passou de retórica, de um discurso demagógico a fim de atenuar a animosidade existente entre civis e militares.

Tal condescendência justifica-se em virtude da módica pena privativa de liberdade de dez dias a seis meses de detenção, ou seja, não existe sequer a possibilidade de cumprir a pena inicial em regime fechado. É uma lei sancionada por militares, em benefício dos policiais que abusam de sua autoridade. Embora a redação da Lei 4898/65 seja orientada no sentido de impor ao autor do abuso tríplice responsabilização adminis-

trativa, civil e penal, verifica-se que as sanções cominadas, especialmente a pena privativa de liberdade, revelam-se de pouco ou nenhuma efetividade para garantir a devida proteção dos bens jurídicos tutelados. Consigne-se que as ações configuradoras do delito em epígrafe correspondem à violação de direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição de 1988.

Neste compasso, considerando que a Constituição Federal é norma suprema do ordenamento jurídico e, portanto, possui força vinculativa máxima, pressupõe-se que os direitos e garantias fundamentais são valores caros, de importante relevo social. Isso posto, uma vez consubstanciadas as ações tipificadas como crime de abuso de autoridade, ocorre também o desrespeito à Constituição, o que exige reprimenda efetiva, e não simbólica.

Entretanto, sob o apanágio da singela pena privativa de liberdade, o abuso de autoridade caiu na banalização. Assim, a sua “pequenez” consolidou-se ao ser classificado como infração de menor potencial ofensivo, passando a sujeitar-se à transação penal e à suspensão condicional do processo. Foi com essa roupagem que a Lei 4.898/65 adentrou o século XXI.

Ademais, a módica sanção penal, abstratamente cominada, traz outro inconveniente: o abuso de autoridade prescreve em apenas três anos, extinguindo-se, dessa forma, a possibilidade de qualquer punição.

Neste contexto, medidas despenalizadoras, associadas a um prazo prescricional exíguo, corroboram para a abdução de uma das finalidades da pena: a intimidação. Denota-se assim que a Lei 4.898/65 carece de impressões mais fortes capazes de causar intimidação ao espírito do agente que comete abuso de autoridade.

Impõem-se, dessa forma, medidas despenalizadoras a um crime o qual, a um só tempo, atenta contra a Constituição e contra o cidadão. Como se já não fosse suficiente, atenta ainda contra o próprio Estado Democrático de Direito, pois valores supremos, como a liberdade, a igualdade e a justiça, são aviltados e escarneados pelas reiteradas práticas de abuso de autoridade.

Sob o influxo dessas considerações, o abuso de autoridade é tratado normativamente sob o beneplácito da impunidade, pois a pena privativa de liberdade fixada é desproporcional ao valor do bem jurídico ofendido, ou seja, é insuficiente a resposta penal conferida ao crime de abuso de autoridade.

Em suma, a falta de punição adequada faz com que, no âmbito da atividade policial, sejam corriqueiras práticas arbitrárias que atentam contra a liberdade de ir e vir do cidadão; infligem sofrimento físico injustificado; violam domicílio por qualquer motivo; executam prisões ilegais; e submetem pessoas a constrangimento não autorizado em lei, em flagrante desrespeito à dignidade humana.

É esta a realidade da cinquentenária Lei 4.899/65. Assim, palmar equívoco seria acreditar que a simples existência de previsão legal, tipificando o abuso de autoridade como crime, seria suficiente para coibir a prática deste. *A fortiori*, é preciso mais do que isso.

Por tudo quanto exposto, é possível inferir que a Lei 4.898/65 apenas será eficiente quando garantir, de fato, tutela aos direitos e garantias fundamentais, tornando-se assim instrumento de afirmação da liberdade, igualdade e justiça. Mas isso se consubstanciará, tão somente, quando for expurgado da Lei 4.898/65 o ranço da impunidade.

## Referências

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Edição Riendo Castigat Moraes, versão para e Books Brasil.com. Disponível em: <[www.jahr.org](http://www.jahr.org)>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Vade Mecum Rideel, São Paulo: Rideel, 2012.

\_\_\_\_\_. *Decreto Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código penal. Publicado no DOU de 31-12-1940 e retificado no DOU de 31-1-1941. Vade Mecum Rideel, São Paulo: Rideel, 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965*. Regula o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal, nos casos de abuso de autoridade. DOU de 13-12-1965. Vade Mecum Rideel. São Paulo: Rideel, 2012.

\_\_\_\_\_. *Lei 9.455, de 7 de abril de 1997*. Define os crimes de tortura e dá outras providências. DOU de 8-4-1967. Vade Mecum Rideel. São Paulo: Rideel, 2012.

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

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 4.v.

DISPONÍVEL EM: <<http://jornal-ordem-rs.jusbrasil.com.br/noticias/2157013/policiais-criticam-rigor-de-pl-sobre-abuso-de-autoridade>>.

DISPONÍVEL EM: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetratamacao?idProposicao=184990>>.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. *Leis penais especiais e sua*

*interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FREITAS, Gilberto Passos; FREITAS, Vladimir de Passos. *Abuso de autoridade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GREGO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 4.ed. Niterói: Impetus, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei nº 9.099 de 26.09.95*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. 2. ed. São Paulo: Jus Podivw, 2010.

JESUS, Damásio E. de. *Lei dos juizados especiais anotada*. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

JESUS, Damásio E. de. *Prescrição penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KONIG, Sérgio Donat. *Transação penal: art. 76 da Lei nº 9.099/95*. São Paulo: Forense, 2002.

LAZZARINI, Álvaro et al. *Direito administrativo da ordem pública*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LOPES JR, Aury. *Introdução Crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados especiais criminais: comentários  
de jurisprudência e legislação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MONTEIRO, Sônia Maria. *Menor potencial ofensivo*. Rio de Janeiro:  
Lúmen Júris, 2004.

MOARAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpolo Poggio. *Legislação  
penal especial*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*.  
9. ed. São Paulo: RT, 2009.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito penal: parte geral, parte especial*. 6. ed.  
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Luiz Reis. *Bem Jurídico: penal e constituição*. São Paulo:  
Revista dos Tribunais, 1996.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro:  
Lúmen Júris, 2008.

SANTOS, Marisa Ferreira dos; CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Juizados  
especiais cíveis e criminais: federais e estaduais*. 2. ed. São Paulo:  
Saraiva, 2004. t.II, 15v.



# DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA COCULPABILIDADE SOCIAL A RESPONSABILIZAÇÃO DE ADOLESCENTES

Livia Vilanova Cabral

Promotora de Justiça do Estado da Paraíba

## Resumo

Mediante observação de que a maior parte dos adolescentes que cometem atos infracionais são carentes de famílias estruturadas, residem em locais perigosos e não têm acesso a direitos fundamentais, o artigo analisa a aplicabilidade da Teoria da Culpabilidade Social nos processos especiais a que respondem. Trazendo pesquisa de jurisprudência, demonstra sua admissibilidade por alguns tribunais em processos criminais, mas intensa resistência no âmbito infracional. Elenca argumentos para consideração da Culpabilidade Social a favor do adolescente infrator, como forma de inseri-lo ou reintegrá-lo à sociedade, o que não fundamentaria concessões exageradas de remissões exclusivas, mas valorização de medidas socio-educativas em meio aberto (com destaque para a liberdade assistida) em detrimento da internação.

**Palavras-chave:** Culpabilidade. Adolescente. Marginalização.

## Abstract

By observing that the majority of adolescents in conflict with the law lack a well-structured family, dwell in dangerous areas, and have no access to fundamental rights, this study looks into the applicability of the Social Shared Responsibility Theory in relation to the special processes to which they respond. By the use of some jurisprudence research, it shows its admissibility by some courts when it comes to criminal lawsuits, yet great resistance in the law-violation ambit. It highlights argumentations so that the Social Shared Responsibility in favor of youth offenders should be taken into consideration so as to introduce or reintegrate them into society, which would not motivate exaggerated concessions of exclusive remissions, but the appreciation of socio-educational measures by open means (especially the assisted freedom), rather than internment.

**Keywords:** Shared Responsibility. Adolescent. Marginalization.

## 1 Dos direitos dos adolescentes comumente violados

As crianças e os adolescentes, enquanto sujeitos de direito, devem, de acordo com a Constituição da República de 1988, ser amparados pela assistência social quando dela necessitem (art. 203, II), também lhes sendo assegurado, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, ficando a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A observância e garantia de tais direitos é obrigação do Estado, da família e de toda a sociedade (art. 227, CF e art. 4º, ECA).

Entretanto, é de ciência geral que, na realidade, tais dispositivos legais são continuamente violados. Boa parte da população – estando aí inseridos as crianças e os adolescentes – não tem condições mínimas de sobrevivência digna. Muitos sofrem nas filas e corredores em busca de acesso à saúde pública, passam fome, não têm acesso à educação efetiva e de qualidade, precisam residir em regiões com alto índice de criminalidade e o direito ao lazer é visto como uma utopia.

Há óbvia relação entre a violação de tais direitos e a delinquência em geral, em especial a juvenil. Uma breve experiência prática na seara infracional revela que os adolescentes que respondem pela prática de atos infracionais são, em regra, pobres, residem em regiões perigosas, estão atrasados na escola (ou não a frequentam regularmente, ou, ainda, evadiram-se da sala de aula) e possuem algum familiar ou pessoa do seu ciclo de amizade que já foi preso, apreendido, morto ou ameaçado por facção.

Todas essas circunstâncias aumentam bastante as chances de o jovem ingressar no mundo ilícito – mais, inclusive, do que ocorre com um adulto que esteja sob as mesmas circunstâncias, já que os primeiros são seres em desenvolvimento e, portanto, sob especial influência do meio.

Não sem razão, a evasão escolar influencia ainda mais do que o desemprego:

Alguns autores estudaram a conexão entre a delinquência e a evasão escolar, considerado o abandono precoce da escola mais importante do que o desemprego ou mesmo a ociosidade. (SHECAIRA, 2015, f. 121)

Portanto, menores de dezoito anos que têm direitos violados são muito mais suscetíveis à prática de atos infracionais do que adolescentes

que têm família estruturada, acesso à educação de qualidade, alimentação, saúde e segurança.

## 2 Da Teoria da Cculpabilidade Social

Considerando que a violação de direitos é sofrida pela sociedade em geral (ainda que, no caso das crianças e jovens, os efeitos nefastos sejam ainda mais graves), percebeu-se que não seria justo julgar da mesma forma um criminoso que tenha gozado de boa parte das garantias que lhe são devidas e outro indivíduo que teve seu âmbito de atuação social gravemente mitigado socialmente.

Assim, a Teoria da Cculpabilidade “consiste na corresponsabilidade do Estado, pela prática de condutas criminosas por indivíduos marginalizados, que não tiveram acesso a educação, oportunidades de emprego, saúde, moradia” (BOLDRINI, 2013).

Semelhante à Teoria da Vulnerabilidade, levam-se em consideração não apenas dificuldades financeiras, mas outros fatores marginalizantes que aproximam o agente de uma maior tendência à prática de ilícitos, sobretudo a omissão do Estado na concretização do acesso aos Direitos e Garantias Fundamentais.

O grande fundamento constitucional da teoria é o Princípio da Igualdade Material ou da Redução das Desigualdades, de acordo com o qual se devem tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. É até bíblico o pensamento de que quanto mais é dado, mais é cobrado (Lucas, 12.48), de forma que ao sujeito de direitos que foi radicalmente marginalizado a cobrança precisa ser mitigada.

Assim, a responsabilização pela prática ilícita passa a ser dividida entre o agente, a sociedade e o Estado, não recaindo todo o peso, portanto, sobre o primeiro.

Frise-se que, na seara criminal, não se visa, com tal teoria, ao perdão ou à impunidade, mas simplesmente à consideração das circunstâncias apontadas quando da dosimetria da pena (seja na fase do art. 59 do Código Penal, seja a considerando como atenuante genérica).

Na prática jurídica, ainda há muitos tribunais que resistem à aplicação da Cculpabilidade. Entretanto, recentemente, tal teoria foi admitida pelo Superior Tribunal de Justiça, que a reconheceu como causa de atenuante inominada:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PECULATO. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA PROVA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CORTE A QUO QUE ENTENDEU QUE NÃO HOUE QUEBRA DE SIGILO. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. NECESSIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. ATENUANTE INOMINADA. ART. 66 DO CP. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE RESTRINGIU SUA APLICAÇÃO ÀS HIPÓTESES DE COCULPABILIDADE. ATENUANTE ABERTA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EM QUALQUER CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA RELEVANTE PELO JULGADOR. ANTERIOR OU POSTERIOR AO CRIME E AINDA QUE NÃO PREVISTA EM LEI. DOCTRINA. RESTRIÇÃO INDEVIDA. ATENUANTE FACULTATIVA.

1. Tendo concluído o acórdão recorrido, a partir da análise de elementos de cunho fático-probatório, que o recorrente não teve o seu sigilo bancário quebrado e que as irregularidades constatadas advieram da análise de relatórios pertencentes à Caixa Econômica Federal, é inviável concluir de modo diverso, dada a necessidade de revisão desses elementos fáticos, vedada em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.

2. Ao aplicar a atenuante prevista no art. 66 do Código Penal, o juiz possui arbitrariedade, podendo considerar, para fins de diminuição da pena, qualquer circunstância que julgue relevante.

3. De maneira oposta ao que acontece com as agravantes, que devem obediência ao princípio da taxatividade e que não podem ser interpretadas extensivamente em prejuízo do réu, as circunstâncias atenuantes, por serem aplicadas em benefício do réu, permitem a construção de textos genéricos que deem liberdade para que o juiz, considerando as circunstâncias do caso concreto, reduza a pena do réu, de forma que melhor atenda ao princípio da individualização da pena.

4. Apesar de reconhecer que a citada atenuante inominada não está vinculada à teoria da coculpabilidade, não perfilho do entendimento do recorrente de que ela seja obrigatória, uma vez que o julgador deverá analisar o caso concreto e verificar se a circunstância é relevante *in casu*, atendendo, assim, ao princípio da individualização da pena.

5. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1394233/RN, RECURSO ESPECIAL 2013/0266536-3, Relator(a) Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Órgão Julgador SEXTA TURMA, Data do Julgamento 03/05/2016, Data da Publicação/Fonte DJe 16/05/2016)

Portanto, na seara criminal, em que pese a unanimidade sobre sua aplicação esteja longe de ocorrer, o Superior Tribunal de Justiça não só a reconheceu, como fixou sua natureza de atenuante genérica, ou seja, não prevista expressamente em lei.

### 3 Da Culpabilidade Social no âmbito infracional

Tendo se verificado como a influência do meio e a ausência estatal aumentam as chances de um adolescente praticar atos infracionais, bem como traçadas noções sobre a Culpabilidade Social e sua aplicabilidade no Brasil, deve-se analisar se tal teoria, desenvolvida no âmbito criminal, pode ser aplicada também na seara infracional.

Pois bem! As Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Beijing) elencam, como objetivo da Justiça da Infância e Juventude, considerar a história de vida do infrator como forma de respeitar o Princípio da Proporcionalidade, ao determinar enfaticamente que “5.1 O sistema de Justiça da Infância e da Juventude enfatizará o bem-estar do jovem e garantirá que qualquer decisão em relação aos jovens infratores será *sempre proporcional às circunstâncias do infrator* e da infração” (grifou- -se).

Resta claro que questões pessoais da vida do adolescente infrator precisam ser consideradas (como também são consideradas na seara criminal).

Obviamente, seu campo de livre-arbítrio é abrangido por tais circunstâncias. De fato, ao se deparar com adolescentes infratores que, por exemplo, convivem com outras pessoas (adultos ou não) que já cometeram atos previstos como crimes, que são representados por mãe usuária de droga, que têm o pai preso, que mal conseguem escrever o próprio nome, que não entendem o significado de perguntas básicas como “qual o seu endereço?” ou “qual o seu estado civil”, há que se refletir qual o seu campo de possibilidades de não seguir um caminho paralelo às determinações legais. A imensa maioria dos adolescentes infratores está em situação de risco, e isso precisa ser levado em consideração não apenas por sentimento subjetivo de justiça, mas por observância do ordenamento jurídico vigente, que abrange inclusive os tratados e convenções internacionais.

Não se trata de impunidade ou, menos ainda, de caridade, mas de aplicação do ordenamento jurídico vigente (com destaque para a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e as Regras de Beijing), levando em consideração interpretação sistemática (ordenamento como um todo não admite incompatibilidades), teleológica (fins da norma) e axiológica (valores concretizados pela norma).

Ainda sob esse aspecto, é importante destacar que a aplicação da

Teoria da Culpabilidade Social no âmbito infracional não tem como resultado, necessariamente, a concessão de remissão exclusiva pelo Ministério Público (tanto quanto, na Justiça Criminal, não fundamenta perdão judicial nem absolvição, mas apenas reconhecimento como atenuante genérica). Tal medida só se mostra adequada quando o ato infracional praticado é de gravidade bastante reduzida (por exemplo, quando para o adulto que praticasse ato semelhante coubesse institutos despenalizadores adequados a crimes de menor potencial ofensivo). Esta regra continua válida, com ou sem a adoção da Culpabilidade na Justiça Especializada.

A grande diferença prática da aplicação da teoria em análise pode observar-se quando o adolescente comete ato infracional equiparado a crime mais grave, pois fundamenta que a internação seja medida realmente excepcional.

Assim, por exemplo, para o adolescente envolvido com tráfico de drogas que cresceu rodeado de traficantes (às vezes não só na sua vizinhança, mas no seu próprio âmbito familiar), muito antes de se cogitar a condenação a internação, deve se preferir aplicar medidas socioeducativas menos graves, com especial destaque à liberdade assistida.

De fato, adolescentes com tal histórico, ou seja, que não tiveram grande suporte do Estado, da sociedade e da família necessitam prioritariamente de acompanhamento, auxílio, orientação e medidas que o promovam socialmente, inclusive sob os aspectos educacional e profissionalizante. São justamente estes os objetivos e métodos empregados na liberdade assistida, conforme previsões constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente, *verbis*:

Art. 118. A liberdade assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

§ 1º A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.

§ 2º A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor.

Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros:

I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa

- ma oficial ou comunitário de auxílio e assistência social;
- II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula;
- III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;
- IV - apresentar relatório do caso.

Enquanto a internação contribui para o processo de marginalização, a liberdade assistida interrompe tal cadeia. Isto porque o primeiro incrementa o ciclo de afastamento do Estado, e o segundo recoloca o Estado como orientador do adolescente (sem olvidar o necessário papel fiscalizador). Aliás, conforme se observa da leitura do art. 119, inciso I, do ECA, a liberdade assistida tem como encargo inclusive a promoção social até mesmo da família do adolescente, o que é previsão que visa à eficiência da medida socioeducativa, vez que não adiantaria orientar o adolescente, fornecer-lhe acompanhamento psicológico e todo tipo de suporte cabível e, quando este retornasse ao lar, lá não se verificasse qualquer tipo de alteração.

É bem verdade que a excepcionalidade da internação já é lição usual e independe da adoção da Cculpabilidade, mas a consideração desta teoria valoriza ainda mais as outras medidas socioeducativas. Em outros termos, evitar a internação deixa de ser apenas uma técnica isolada, passando a considerar o real sentido e a verdadeira finalidade dos procedimentos especiais: “socioeducar” adolescentes que praticaram atos infracionais, sobretudo aqueles que tiveram seu livre arbítrio mitigado por todo um contexto de marginalização sofrido.

Frise-se que nunca é demais motivar os operadores do Direito a prestigiar outras medidas em detrimento da internação, já que, ainda hoje, esta se encontra como a preferida por muitos:

Entretanto diversos estudos têm demonstrado que a internação ainda continua sendo a medida preferida pelos juízes e promotores. Ela está presente em 80% das sentenças proferidas, o que mostra a falta de sensibilidade destes mesmos juízes, promotores e advogados na defesa de alegados direitos, reiterando a mentalidade encarceradora. O ECA pretendia inaugurar uma nova prática, mudando os rumos da história, entretanto uma lei promulgada será ineficaz se não estiver legitimada socialmente.

(...)

O atual impasse se deve ao processo de atualização da linguagem no ECA que substituiu as penas por medidas socioeducativas, mas que manteve inalterado o princípio do encarceramento. Num certo sentido, ele acomodou-se à diversificação da punição a que se assistiu nos últimos anos com a disseminação das ideias

descriminalizadoras e despenalizadoras, enfatizando os regimes de semiliberdade e liberdade assistida e preservando as prisões para os chamados 'casos graves'. Entre a intenção do ECA e a realidade política preponderou a internação, o que expressa o fracasso da intenção educativa. *O jovem a ser educado para ser um cidadão na vida adulta está encurralado: se for pobre e habitante da periferia da cidade, após cometer uma infração e ser apanhado em flagrante, resta-lhe saber que existe e existirá sempre a prisão/internato. Um sistema espelhado na prisão para adultos, em que as medidas socioeducativas atuais nada mais são do que a nova face da crueldade com adolescentes pobres.* (PRIORE, 2015, pág. 370 a 372)

A situação relatada existe porque, à primeira vista, parece prático e eficiente simplesmente afastar do convívio social o adolescente que praticou ato infracional (e, em alguns casos graves, tal medida drástica se faz, efetivamente, necessária para proteger a sociedade). Ocorre que a internação causa para o adolescente um afastamento ainda maior da família (por interromper sua convivência), da sociedade e do Estado – justamente os três polos que o deviam guiar, proteger e dar suporte, segundo a Constituição da República (art. 227).

Por incrível que poderia parecer se a questão fosse analisada de forma superficialmente, o fato é que o Estado (incluindo Judiciário, Ministério Público e toda a rede de proteção) deve agir de forma a (re)conquistar o adolescente infrator, pois, quando o Estado não é capaz de bem trabalhar as necessidades e a autoestima do indivíduo durante o período de formação da sua personalidade, os grupos criminosos o fazem:

*O status, a autoestima e a virilidade ofertados pela convivência em grupos criminosos são vantagens simbólicas não encontradas em outros espaços sociais. Muitos jovens de periferia, que não têm possibilidade objetiva de ganhos concretos com o trabalho lícito, acabam por buscar essa visibilidade social por meio da violência. Sentem-se, com o envolvimento em grupos, mais fortes individualmente e reconhecidos em uma sociedade que dificilmente lhes propiciaria tal reconhecimento. As possibilidades dos projetos de vida fora da criminalidade são praticamente inexistentes, razão pela qual são levados ao envolvimento criminal.* (Shecaira, 2015, f. 118)

Nesse mesmo sentido,

Falta de perspectiva de integração social plena, ou de constituição de um projeto de vida em que haja sentimento de pertencimento: não pertencer é não se sentir parte das instituições ou não

ter sua identidade relacionada à história destas. Sob outra ótica, é possível afirmar que as crianças e, especialmente os adolescentes, formam sua identidade a partir de como a comunidade os vê. Constituem seus valores pessoais a partir daquilo que é valorizado em seu contexto social. Aprendem a conviver coletivamente quando se sentem parte do coletivo, aceitos e pertencentes. É como se a sociedade e suas instituições fossem “espelhos”, onde é refletida a imagem dos jovens, a qual constitui elemento essencial na formação de sua identidade, ao mesmo tempo em que o resultado desse reflexo é a própria expressão da identidade social, ou seja, aquilo que se espera dos jovens. (COSTA, 2005, pág. 42 a 43)

Tais lições são essenciais na análise da aplicabilidade da Teoria da Culpabilidade. A imensa maior parte dos adolescentes que cometem atos infracionais são carentes de base mínima de família, de educação, de dignidade.

É muito comum, nas oitivas informais ou em audiências de apresentação, se deparar com adolescentes que não sabem dizer sequer sua data de aniversário, muito menos a profissão que pretendem seguir quando se tornarem adultos.

Isto revela grave crise de autoestima e que se trata de indivíduos que não entendem qual o direcionamento a seguir na busca da sensação de pertencimento. Sem ter metas ou sonhos convencionais como destino de sua energia, o adolescente fica muito mais vulnerável a opções facilmente disponíveis em vizinhanças onde o Estado só se faz presente na hora da repressão (zonas de risco social intenso). Os valores ficam distorcidos, e quem deveria ser herói ou polo protetor passa a ser visto como vilão.

Assim, por mais que as medidas socioeducativas tenham natureza sancionatória, não se pode perder de vista sua função também educacional. Não é sem razão que se usa tal expressão: a finalidade deve ser efetivamente “socioeducar” no sentido mais completo, profundo e humano.

#### **4 Da jurisprudência sobre o tema**

Alguns tribunais já tiveram a oportunidade de se manifestar a respeito da aplicabilidade da Teoria da Culpabilidade pela Justiça Especializada.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no Processo n.º 0023542-68.2011.807.0009 (Data de publicação: 03/04/2012), em que

pese tenha negado a aplicação da Culpabilidade naquele caso *sub judice*, cogitou sua possibilidade teórica se comprovado no caso concreto que a omissão estatal foi causadora da marginalização do adolescente.

Entretanto, destacam-se os julgados no sentido de que a Culpabilidade Social não se aplica no âmbito infracional, por ser incompatível com o objetivo de reeducação do adolescente<sup>1</sup>:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. VALORAÇÃO DA CONFISSÃO NA APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA TEORIA DA COCULPABILIDADE DO ESTADO. INVIABILIDADE. MEDIDA DE SEMILIBERDADE E MEDIDA DE INTERNAÇÃO. ADEQUAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. INCABÍVEL A VALORAÇÃO DA CONFISSÃO DO ADOLESCENTE COMO ATENUANTE, VISTO QUE NOS PROCEDIMENTOS AFETOS À JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE NÃO SE PODE FALAR EM DIMINUIÇÃO OU ATENUAÇÃO DA PENA, MAS NA BUSCA DA MEDIDA MAIS ADEQUADA À RESSOCIALIZAÇÃO DO MENOR, TENDO EM VISTA SUA CONDIÇÃO PECULIAR DE PESSOA EM DESENVOLVIMENTO. 2. INVIÁVEL O RECONHECIMENTO DA TEORIA DA COCULPABILIDADE DO ESTADO, EIS QUE INCOMPATÍVEL COM OS OBJETIVOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, VISTO QUE NÃO SE ESTÁ DIANTE DE APLICAÇÃO DE PENA, MAS DE MEDIDA MAIS ADEQUADA À REEDUCAÇÃO DO MENOR. 3. CORRETA A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS DE SEMILIBERDADE E INTERNAÇÃO APLICADAS AOS MENORES, VEZ QUE SE MOSTRAM AS MAIS ADEQUADAS EM SE CONSIDERANDO SUAS CONDIÇÕES PESSOAIS, AS CIRCUNSTÂNCIAS E A GRAVIDADE DA INFRAÇÃO (ARTIGO 112, § 1º, DO ECA). 3. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-DF - APE 248143420108070009, Data de publicação: 30/03/2011)

Lamentável, *data maxima venia*, a utilização, nesta última ementa, de princípios dos Direitos da Criança e do Adolescente (como a referência à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento) como fundamento para afastar a Teoria da Culpabilidade (ou qualquer outra atenuante), vez que

---

<sup>1</sup>“ Somente se aplica a teoria da culpabilidade do Estado quando for comprovado que a marginalização do menor ocorreu por omissão do Estado. Não havendo comprovação, referida teoria não pode ser invocada como escusa para a prática de atos infracionais.”

tal afastamento, ao contrário, faz recair por completo aos adolescentes as responsabilidades por seus atos, independentemente das oportunidades que lhes foram retiradas pelo contexto social em que estava inserido.

O Tribunal de Justiça do Pará também se manifestou sobre o tema no Processo 00038128520138140048 e, na oportunidade, entendeu que o meio inadequado em que o adolescente cresceu não mitigaria a seu favor, mas, ao contrário, fundamentaria a internação para afastá-lo de tal convivência, conforme trecho transcrito:

Alega a defesa que, no presente feito, deve ocorrer a aplicação da medida socioeducativa mais branda, baseado nas circunstâncias do fato e no princípio da coculpabilidade, segundo o qual “a responsabilidade pela prática de uma infração penal deve ser compartilhada entre o infrator e a sociedade, quando esta não lhe tiver proporcionado oportunidades”.

As motivações apresentadas pela defesa devem necessariamente fazer parte da análise do Juízo ao fixar a medida socioeducativa cabível, atento ainda a outros requisitos, conforme estabelece o art. 112, § 2º do ECA. Orientada por esta, fundamento passo a analisar a medida socioeducativa aplicada ao representado, conforme a seguir.

De fato são diversas as medidas socioeducativas cabíveis ao menor infrator, sendo que sua escolha deve levar em consideração a capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração, consoante o estabelecido pelo art. 112, § 1º do ECA. Na verdade, de acordo com o espírito presente na Lei é necessário que seja aplicada a medida que melhor se adeque à reeducação do menor, visando retirá-lo de uma vida de crimes.

O adolescente apelante se trata de pessoa que passa por exclusão social, sem trabalho formal, educação de qualidade e assistência médica. Afastou-se da escola, seus pais são separados e vive parcialmente no convívio de um e ora com outro conforme consta em relatório institucional (fls. 47/51) e no relato de sua genitora em audiência.

Portanto, claramente se trata de adolescente em grave situação de risco e que precisa de intervenção do Estado para poder tentar se desvencilhar de um meio hostil que o leva à delinquência.

(...)

Em meu sentir, é evidente que deve o adolescente ser retirado provisoriamente do meio em que habita, pois o mesmo não está ajudando-o a se afastar do mundo do crime.

Portanto, a medida de internação foi aplicada de acordo com todos os requisitos expostos no art. 122 do ECA

Em outros termos, no referido julgado confirmou-se que o adolescente sofreu exclusão social e teve desrespeitados seus direitos à saúde e à educação de qualidade e, em vez de tal realidade fundamentar um apoio estatal (impondo-se medidas protetivas ou a medida socioeducativa de

liberdade assistida), justificou o afastamento do ambiente hostil por meio da internação. Ocorre que a internação também coloca o adolescente em outro ambiente hostil.

Portanto, os tribunais que tiveram a oportunidade de analisar a questão aplicaram uma espécie de Teoria da Culpabilidade Social às avessas, ou seja, em vez da marginalização atenuar a situação do adolescente em julgamento, sua exclusão social está sendo usada como fundamento para a internação.

## 5 Conclusões

Verificou-se que o desrespeito a direitos e garantias fundamentais provoca nos adolescentes tendência a ingressar na prática de atos infracionais em proporção muito maior do que o que ocorre com os adultos marginalizados, em razão dos primeiros serem indivíduos ainda em formação.

Também se demonstrou a admissibilidade da Teoria da Culpabilidade pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça (dentre alguns outros tribunais) em processos criminais, quando da segunda fase da dosimetria da pena, especificamente como atenuante não prevista em lei, beneficiando, portanto, o acusado maior de idade.

Com essas duas informações, foi possível frisar de forma mais contundente que a medida socioeducativa de internação é excepcional e que, quando o adolescente teve seu livre-arbítrio mitigado pelo meio em que está inserido, a excepcionalidade é ainda mais evidente, cabendo a aproximação (e não um afastamento ainda maior) dos responsáveis constitucionais pelos seus direitos (família, sociedade e Estado). Assim, sugeriu-se a adoção da Teoria da Culpabilidade Social inclusive para promover uma maior valorização da liberdade assistida, pois é medida socioeducativa eficiente para essa (re)aproximação.

Apesar de todo esse contexto, verificou-se que, na prática, os tribunais não costumam admitir a Culpabilidade Social a favor dos adolescentes, mas, ao contrário, utilizam a exclusão social e a marginalização do adolescente infrator como fundamentos para a condenação à medida socioeducativa de internação.

Portanto, há incompatibilidade na aplicação da Teoria da Culpabilidade a beneficiar os adultos que cometem crimes (atenuante genérica) e na sua negação para os adolescentes infratores, pois estes, sob esse aspecto, estão sendo tratados com mais rigor do que os plenamente imputáveis.

## Referências

BIBLIA. Português. 1993. *Antigo e novo testamento*. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. 2. ed. rev. e atual. no Brasil. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

BOLDRINI, Luan Campos. Da coculpabilidade penal. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3794, 20 nov. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25909>>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: Lei 8.069/90. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 2013/0266536-3*, Relator(a) Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=coculpabilidade&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

COSTA, Ana Paula Motta. *As Garantias processuais e o direito penal juvenil*: como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Processo n.º 0023542-68.2011.807.0009*. Disponível em: <[http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21493529/apr-apr-235426820118070009-df-0023542-6820118070009-tjdf?ref=topic\\_feed](http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21493529/apr-apr-235426820118070009-df-0023542-6820118070009-tjdf?ref=topic_feed)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Processo n.º 24814-34.2010.807.0009*. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21461760/apr-apr-29336420118070009-df-0002933-6420118070009-tjdf>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

LIBERATI, Wilson Donizete. *Adolescente e ato infracional: medida socioeducativa é pena?* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ONU. *Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça, da infância e da juventude (Regras de Beijing)*. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex47.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm)>. Acesso em: 02 nov. 2016.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. *Processo n.º 00038128520138140048*. Disponível em: <<http://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/343173611/apelacao-apl-38128520138140048-belem>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

PRIORE, Mary Del (org.). *História das crianças no Brasil*. 7.ed. São Paulo: Contexto, 2015.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente e responsabilidade penal: da indiferença à proteção integral*. 5.ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de garantias e o direito penal juvenil*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

### 3 DIREITO FUNDAMENTAL E DIREITO DO CONSUMIDOR

---



**Antônio de Pádua Torres**

◊ 2005 - 2006

---



**José Roseno Neto**

◊ 2007 - 2008

---

**Paulo Barbosa de Almeida**

◊ 2009-2010

---



**Corregedores-Gerais do Ministério Público do Estado da Paraíba**  
(Arquivo do Memorial do MPPB)



# ANATUREZA DO MÉTODO CIENTÍFICO COM APLICAÇÕES À RESOLUTIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

**João Gaspar Rodrigues**

Promotor de Justiça do Estado do Amazonas

## Resumo

O ensaio tece considerações sobre o método científico aplicado às ações jurídicas do Ministério Público, substituindo incoerentes atuações burocráticas por formas nítidas e distintas de uma atividade produtiva claramente transformadora da realidade social. A cientificidade agregada às ações ministeriais não se confunde com a almejada resolutividade, embora seja um aspecto absolutamente necessário. O objetivo primordial do estudo não é pedagógico ou prático. Sua função é, unicamente, mostrar que certas consequências se seguem a certas causas, e que, para obter certos fins, certos meios são os mais eficazes.

**Palavras-chave:** Ministério Público científico. Novos métodos. Gestão moderna. Uso plural de informações. Desafios. Exigências.

## Abstract

The essay reflects on the scientific method applied to legal actions of the prosecution replacing inconsistent bureaucratic performances by clear and distinct forms of a clearly transforming productive activity of social reality. The scientific aggregate ministerial actions should not be confused with the desired resolution, although it is an absolutely necessary aspect. The primary objective of the study is not teaching or practical. Its function is solely to show that certain consequences follow from certain causes, and that, for certain purposes, certain means are the most effective.

**Keywords:** Scientific prosecutors. New methods. Modern management. Plural usage information. Challenges. Requirements.

## 1 Considerações iniciais

Se considerarmos que os poderes sociais não estatais (conglomerados econômicos, grandes empresas, multinacionais, organizações criminosas etc.) constituem, ao lado do próprio

Estado<sup>1</sup>, um dos grandes vetores de violação dos direitos fundamentais e que dispõem de um aparato técnico altamente qualificado (técnicos bem remunerados nas mais diversas áreas do conhecimento, grandes firmas de advocacia, advogados de reconhecido mérito etc.) capaz de levantar sérios obstáculos à atuação eficiente dos órgãos públicos de controle, de fiscalização e de responsabilização, temos fundadas razões para proclamar a necessidade de uma instituição como o Ministério Público se preparar cientificamente para fazer frente a esses fabulosos diques erguidos (cuja argamassa tem como principal ingrediente os insumos técnico-científicos), agindo com precisão cirúrgica.

E cada vez que esses “poderes sociais” enganam ou derrotam a lei e seus representantes, submetendo a autoridade do Estado e da própria lei aos seus propósitos pessoais, crescem em força e domínio<sup>2</sup>, com evidentes prejuízos para o prestígio de instituições como o Ministério Público. Mas esses “poderes” intimidam enquanto não há outros “poderes” mais efetivos do lado oposto.

A história recente nos dá provas de como esses “poderes sociais” podem ser virulentos quando os controles existentes se revelam ineficazes. Em fins do século XIX e início do século XX, uma casta de magnatas americanos, homens de negócios, como Henry Ford, os magnatas do aço de Pittsburgh, os barões do carvão de Kentucky e Pensilvânia, dispunham dos domínios industriais com uma autoridade que frequentemente ameaçava e, algumas vezes, sobrepujava o poder dos governos estadual e federal (Laski, 1946, p. 133/164). Quem quer que leia a literatura dos Estados Unidos, de 1920 até 1930 e poucos anos depois, tem a sensação de que as fronteiras da democracia política estiveram ameaçadas profundamente.

Para esses “poderes”, democracia significa *laissez faire*, e, quando a democracia, através de seus órgãos de controle, nega a validade ampla do

---

<sup>1</sup> Não esqueçamos as palavras de Proudhon (Nozick, 1974, p. 11): ser governado é ser vigiado, inspecionado, espionado, dirigido, compelido pela lei, numerado, regulamentado, matriculado, doutrinado, submetido a pregações, controlado, conferido, avaliado, classificado, segurado, anotado, registrado, identificado, qualificado, contado, carimbado, tributado, medido, licenciado, autorizado, advertido, proibido, reformado, corrigido, castigado. Isso é governo, essa é sua moralidade, e em cada transe há margem para abusos e ilegalidades, o que torna o Estado um potencial violador, ao invés, como deveria ser, o campeão dos direitos fundamentais.

<sup>2</sup> O método científico pode se unir tanto com uma grande maldade como com uma grande bondade, e ao associar-se a uma como a outra, simplesmente lhes outorga uma grande eficácia.

*laissez faire*, eles se tornam céticos a respeito da validade da própria democracia. E sabemos que uma sociedade democrática vive pela manutenção da lei à qual nenhum cidadão é superior. E o hábito do respeito pela lei, ainda em última análise, nasce da compreensão por parte dos cidadãos de que a sociedade lhes fornece, e aos seus iguais, a capacidade de satisfazer as expectativas que julgam legítimas, e que esta capacidade é mantida pela lei (pelo marco jurídico estabelecido pela comunidade política), para a qual se pede seu respeito. Se esta compreensão está ausente durante algum período, em alguma minoria considerável ou poderosa, os métodos democráticos desaparecerão, substancialmente, com toda a certeza.

Em meio a um Estado habitual e historicamente autoritário, com uma voracidade fiscal insaciável, contumaz violador dos direitos fundamentais, é razoável adotar o princípio de preparar-nos para o pior, da melhor forma possível, embora devamos, ao mesmo tempo, procurar obter o melhor. E esse “preparar-nos para o pior” é cercar-nos de instituições que, de alguma forma, controlem as forças políticas constituídas (neutralizando os efeitos danosos das más e secundando as boas). Onde existe poder conjugado com o seu exercício, faz-se indispensável a existência de controle para evitar o seu desvirtuamento ou aviltamento. É inerente à condição da autoridade o abuso do seu poder, a menos que se veja rodeada, constantemente, de mecanismos de controle. E é por isso que nenhuma democracia moderna sobrevive e se desenvolve se não contar com uma série de mecanismos de controle, fiscalização, vigilância e responsabilização. Para isso, existem instituições que são projetadas constitucionalmente para “defender o regime democrático” ou para exercer uma espécie valiosa de “vigilância democrática” e, no final das contas, assegurar o bem-estar de todos.

É fato fartamente registrado e reconhecido que a ação ministerial (globalmente considerada), voltada para o cumprimento de sua missão política, jurídica e constitucional, é inviável sem uma prévia organização e planejamento. Isso tanto do ponto de vista do todo institucional quanto de suas partes constituintes (agentes e órgãos de execução). Daí porque há a referência, em algumas leis, a planos de metas setorial (elaborados pelos órgãos de execução) e global (relativo à instituição como um todo).

Esses programas ou planos de metas, traçados dentro de um planejamento estratégico, lidam com dados científicos para guiar as ações do Ministério Público em todos os âmbitos (administrativo e

funcional). E não pode ser diferente, pois há um truísmo no horizonte administrativo e político: é fácil definir metas e finalidades, mas difícil traçar os meios de sua realização.

A ideia do método científico, a guiar todas as ações do MP se separa, definitivamente, do modelo burocrático-processual, do empirismo e da tática primitiva de tentativas e erros (“aprender fazendo”). As limitações ínsitas a um roteiro pré-definido confinado no labirinto do formalismo estéril tendem a reduzir o grau de eficácia da ação ministerial.

O que vem a ser um “Ministério Público científico”? Antes de defini-lo é importante compreender que o pensamento ou a postura cientificamente orientada distingue-se de outros modos de agir por demonstrar validade na prática. Assim, partindo dessa premissa, podemos delinear o MP científico como aquele que age de forma a interferir inteligentemente, produtivamente e com validade na ordem social. Ministério Público pensante, articulado, estratégico, resume, em linhas gerais, o método científico aplicado à atuação funcional. Este conceito, que de modo algum exaure seu alcance, deve provisoriamente nos bastar, até que o avanço desse ensaio nos credencie a reunir mais dados para robustecê-lo e torná-lo plenamente preciso. Operamos com ele – apropriando-nos de uma imagem criada por Ihering (1979, p. 05), da mesma maneira como o matemático opera com o “x”, ou seja, como grandeza desconhecida.

Como defender o interesse social (sinônimo de “interesse público”, “interesse geral”, “bem comum” etc.), sem estudar e conhecer seriamente a dinâmica social? Quais os princípios de organização justos à sociedade? Quais as expectativas estabelecidas e prioritárias no jogo finito dos bens disponíveis? Que meios mais céleres e eficientes podem ser usados para corrigir todos os privilégios, todas as injustiças e todas as ilegalidades? As respostas a essas indagações<sup>3</sup> conduzem o agente à antessala do método científico aplicável à sua ação funcional.

A verdadeira base de uma sociedade organizada é, sem dúvida, tão complexa e irracional como o próprio espírito do homem. Mas, sem a pretensão de dar a última palavra, podemos declarar que a verdadeira base sempre foi a habilidade de um sistema social de fornecer a seus membros o

---

<sup>3</sup>Não há aspecto do edifício social que possa fugir à análise e à compreensão.

direito de esperar que poderão melhorar de condição, que terão direitos reconhecidos e atendidos, enfim, que poderão contar com instituições e mecanismos aptos a fazer observar seus direitos fundamentais com agilidade, precisão e eficácia. Quando o exercício do poder preserva suas prerrogativas morais, sendo um canal transparente para os inconformismos sociais, obtém seu elixir de legitimidade e longevidade: o consentimento (ou o estabelecimento de uma dinâmica de confiança).

A tarefa principal do método de agir científico é conceber os objetivos a seguir, antecipando-se aos atos e aos acontecimentos, com a finalidade de exercer sobre uns e outros a maior influência possível. Agir com inteligência é o primeiro verbo da cartilha do MP científico; a inteligência, como a piedade no dizer de São Paulo, é “útil a tudo”. Não nos referimos àquela inteligência burocrática, técnica, mas àquela secundada pelo entusiasmo, pelo amor prévio à causa ministerial e social, livre e capaz de julgar, dotada de uma lógica organizadora e de uma observação precisa, indo até o fundo das coisas (“ler por dentro”, como está no étimo da palavra “inteligência”). Como diz o evolucionista John Lewis (1968, p. 71), deixar de pensar é tão fatal como deixar de respirar.

O MP científico não se confunde com o “MP Resolutivo”, pois não se preocupa em evidenciar resultados<sup>4</sup>, mas com a natureza do método, embora seja uma ponte de ouro para a resolutividade. O Ministério Público, atuante numa conjuntura histórica de uma sociedade democrática pós-moderna esclarecida e exigente, guiada pelas conquistas científicas, inevitavelmente será forçado a uma união mais íntima entre a resolutividade e a cientificidade de sua atuação; também será forçado a transferir a importância da *forma* para a *substância*, do *ser* pelo *vir a ser*; do absoluto pela concepção do relativo, da imobilidade pelo movimento. O científico será o método/mestre de uma instituição da qual se cobra constantemente eficiência, eficácia e efetividade, ou, em outras palavras, resultados socialmente relevantes.

Os principais fatores de mudança e progresso social são novas tecnologias, novos métodos de organização e de conhecimento. É possível hoje imaginar as Forças Armadas de qualquer país dissociadas da ciência e de seus métodos? A atual exploração petrolífera (ou

---

<sup>4</sup>É impossível esboçar, cientificamente, quais os objetivos ou propósitos valiosos de determinada atividade humana. Os fins em si não são objeto de análise científica. A ciência só indiretamente pode abordar os valores, não diretamente. O método científico não capacita o intérprete jurídico a formular um juízo incondicional de valor científico e, especialmente, um de ordem moral. Não pode fixar o objetivo.

energética, em geral) seria possível sem o auxílio decisivo da ciência? Ou a agricultura, pecuária e indústria, sem o suporte do conhecimento científico? Ou o planejamento econômico, sem o apoio das conquistas científicas? Sem uma inteligente orientação numa época tecnológica e científica, o homem não pode herdar a terra. O homem não pode continuar a viver. O homem não pode sobreviver. Nos Estados modernos, há uma dependência cada vez maior da ciência e de seus métodos. E quem fica alheio a esse processo irreversível perde, a bem dizer, o bonde da história.

A instituição, posta diante de uma demanda, pode:

- resolvê-la;
- resolvê-la bem;
- resolvê-la ainda melhor.

Podemos *resolver* uma demanda feita pelos cidadãos, e *resolvê-la bem*. Mas sentimos o impulso de ascendermos ainda mais, em busca de uma *resolução melhor*. Esse “impulso” pode ser alcançado pelo desenvolvimento de um método científico, em que a insularidade de visão – “resolver” ou “resolver bem” –, possa ser substituída por uma multidimensionalidade de ângulos – sempre buscar “resolver melhor” –, estando os passos a trilhar previamente traçados.

O promotor, imbuído desse espírito científico que caracteriza nossa época, estuda, analisa e compreende<sup>5</sup> os fatos que lhes são trazidos ao conhecimento sob a forma de demandas, adotando providências amadurecidas sob essa reflexão prévia. Não age nem se movimenta (nos mais específicos movimentos: instauração formal de procedimento, expedição de recomendações, requisições, audiências públicas etc.) por uma energia mecânica cega, pelo simples influxo da lei ou pela mera imposição da autoridade. Seu mantra funcional é o mesmo que impulsionou a própria ciência: observação, experiência e verificabilidade.

Conhecer e compreender integram um estado de espírito especial, o qual é intrinsecamente diferente de um estado de mera crença. A crença, o acreditar prontamente nem sempre é um guia seguro em direção aos fatos. A compreensão jurídica ou social de uma dada situação

---

<sup>5</sup> O que é compreender? É agir conscientemente para alcançar um fim desejado. Isso pressupõe conhecimento sólido, experiência assentada e acumulada.

não é infalível, mas aquilo que é “conhecido” implica em ser verdadeiro do ponto de vista funcional. E firmando o pé nesse estado de espírito, o agente ministerial está preparado para o combate.

É realmente tentador, não há como negar, manter-se no leito sereno dos códigos e das regras pré-constituídas, sem a necessidade de recorrer a concepções intelectuais inovadoras, que, de fato, consomem tempo e paciência, além de estarem sujeitas às abomináveis críticas dos “satisfeitos” com o *status quo*.

Esse novo agente, permeado de cientificidade, expressa o desejo de compreender a realidade social (em seus anseios, expectativas estabelecidas, interesses e tendências, inclusive debilidades e paixões), de ter ou de desenvolver protocolos homogêneos de atuação, seja investigando, negociando, ouvindo, transacionando ou processando, e de superar fórmulas ineficazes em que a intervenção da instituição se equipara a um dente roto e insignificante numa engrenagem emperrada solta no vácuo da irresponsabilidade social.

Se o agente ministerial ainda não foi capaz, seja pelo exíguo tempo ou por não atuar na área, de reunir experiências e atuar em função delas, com a sagacidade e a audácia decorrentes, deve ter em seu arsenal teórico farto conhecimento transversal sobre a matéria que é chamado a trabalhar. Isso resultará em um mundo de possibilidades e crescimento exponencial de efetividade.

Há novos problemas, novas respostas, eis o lema adequado a uma instituição científica permeável à experiência e aos princípios lógicos da boa gestão. Cada fracasso ou cada derrota deve ser um convite para o agente por mais cérebro na sua estratégia, abundância de raciocínio e conhecimento refletido, superando, assim, à força de inteligência, de férrea meditação e de reflexão, os obstáculos que são opostos à sua atuação voltada ao interesse público. Também resulta recomendável ao agente científico integrante dessa instituição desenvolver a capacidade de reduzir seu pensamento sobre qualquer tema aos mais simples e práticos termos possíveis.

O segredo da força e do poder do Ministério Público reside em sua própria e contínua capacidade de se adaptar às novas necessidades, e de reconhecer que são sempre necessários novos agentes dotados de uma nova mentalidade visceralmente científica para efetuar a adaptação. Manter agentes com qualidade cultural inadequada é segregar um veneno fatal nas próprias raízes de seu solo institucional.

Assim como a ciência se desenvolve e evolui através da revisão mais ou menos radical dos seus conceitos fundamentais (Heidegger, 1964, p. 25; Weinreb, 2008, p. 82), o Ministério Público científico progride a partir de uma revisão constante dos seus objetivos funcionais e a forma como alcançá-los. A infundável variabilidade do cotidiano, aliada ao desenvolvimento de novas tecnologias, às descobertas das ciências naturais e às mudanças nos contextos político e social, apresenta novas questões nunca vistas antes, que pedem novas distinções ou revisões de distinções feitas anteriormente.

A ineficiência que afeta cronicamente algumas instituições do país liga-se, quase visceralmente, à má qualidade cultural e científica dos seus agentes. E por conta disso, a desconfiança nessas instituições é generalizada, volumosa, quase agressiva. Quando a sociedade está imersa no processo irreversível de internalização de mecanismos típicos de maturidade ou expansão democrática, em um ritmo cada vez mais apressado de modificação, o que antes era sucesso e eficiência converte-se facilmente em malogro. O povo, amadurecido democraticamente, não sobrevive com uma dieta de retórica apenas; exige resultado, eficácia, efetividade. Este é o preço a ser pago.

O custo social e institucional da ineficiência é muito grande, tornando proibitiva a manutenção de métodos que retardam a resposta efetiva às demandas formuladas. A instituição no desempenho de suas funções perde o caráter científico quando esquece as condições que deram origem às atribuições, das questões sociais que subjazem à letra fria da lei, com suas fórmulas e encantos burocráticos, e dos motivos que justificam sua organização a nível constitucional. Restaurar o sentido histórico de suas funções é um valioso contributo para o caráter científico de sua atuação.

## **2 Padrão de trabalho científico e auxílio técnico**

É o Ministério Público uma instituição técnica, científica, neutra e imparcial, cuja missão primordial é zelar pelo interesse público e alcançar resultados socialmente relevantes, virtudes que inspiram – ou devem inspirar – qualquer instituição republicana. O valor dos membros de uma instituição cientificamente orientada não é cotado em cifras: cifras de produtividade, cifras de prazos cumpridos e cifras de atos realizados. A escravização ao rendimento, à quantidade, ao número, à

“embriaguez das grandes cifras”<sup>6</sup>, aos métodos de produção em massa, não é o objetivo institucional. Buscam-se com o trabalho, inspirado e conduzido por esse método científico, resultados substanciais e não, simplesmente, formulários e relatórios formalmente perfeitos, capazes de atender a sede por números (por “grandes números”) dos superiores órgãos de controle.

Nos dias atuais, predomina, em todos os recantos da sociedade e do Estado, a respeito dos assuntos públicos, uma abordagem técnica e científica sob o foco da eficiência e dos resultados. É o mote que move instituições modernas e comprometidas, substancialmente, com o interesse público. É um processo de evolução social que não admite marcha à ré. O Promotor de Justiça já não pode se preocupar única e exclusivamente com os prazos processuais e com a pontualidade de suas manifestações (aspectos necessários, mas insuficientes). Se quer realmente obter resultados palpáveis para a comunidade onde atua, na solução de seus problemas, deve fazer um diagnóstico o mais claro possível sobre os problemas comunitários e desenvolver, a partir disso, um projeto científico em que as possíveis soluções estejam indicadas, investindo vontade e cérebro para alcançá-las.

Todo progresso social leva necessariamente a uma etapa na qual as noções ingênuas e tradicionais do Direito têm que ceder o passo a uma dialética mais aguda e a um saber mais sistematizado. Os mecanismos jurídicos, portanto, passam a ser província prioritária de agentes imbuídos dessa cientificidade e dessa agudeza de vistas.

Esse método científico impede que se façam concessões às vontades pessoais, aos preconceitos, às idiossincrasias, sob uma forma experimental, arbitrária e, muitas vezes, excêntrica, refletindo um caráter personalístico e voluntarista pouco compatível com a postura institucional e científica impressa na estrutura, nas atividades e nas ações do Ministério Público.

Por outro lado, não se pode exigir dos agentes do Ministério Público, assim como de qualquer outro integrante de instituição diversa, que sejam peritos em todas as múltiplas matérias reguladas na coleção legislativa. Em consequência, precisam buscar, com frequência, a

---

<sup>6</sup>Oswald Spengler (Spengler, 1925, p. 179) descreve essa ânsia por números: “La embriaguez de las grandes cifras es una emoción característica que sólo conoce el hombre de Occidente. En la civilización actual desempeña una función preeminente ese símbolo, la pasión por sumas gigantescas, por medidas infinitamente pequeñas e infinitamente grandes, por *record* y estadísticas de todo género”.

explicação de um termo, de um preceito ou de uma situação dada, na informação técnica proporcionada por especialistas. Neste ponto, a cientificidade institucional se desloca da pessoa do agente e passa a integrar a estrutura institucional. A questão se desloca do gerenciamento pessoal da qualidade do agente científico, para a seara de gestão institucional. A cúpula diretiva da instituição se obriga a dotar os seus diversos órgãos de execução de serviços auxiliares nas mais diversas especialidades. Esse suporte técnico é absolutamente vital no método científico de agir do Ministério Público que pretende agregar resolutividade às suas ações.

Mas o conhecimento técnico isolado, obtido por um grupo de especialistas em um campo restrito não tem, por si só, qualquer valor. Apenas adquire valor quando concretiza asua síntese com todo o conhecimento restante, e apenas quando contribui, de forma efetiva, nesta síntese, para conseguir responder à questão crucial que acompanha qualquer instituição com responsabilidade social, ou seja, pode propiciar resultados relevantes? Parece evidente que qualquer instituição científica moderna não pode prosperar sem constantes contatos com numerosos estudos especiais. Ideias importadas de outros ramos da ciência podem fertilizar uma ação condenada, de outra sorte, à esterilidade.

### **3 Modelo tópico de atuação: experiência real**

Um modelo de atuação estruturado no primado objetivo-científico não pode colocar em primeira plana “projetos corporativos” de engrandecimento ou “projetos de criação de imagens”, relegando os problemas de fundo, de relevância social, para o terreno estéril da estatística.

Um caso prático, que se passou com um Promotor “x” (cujo nome preservamos), revela o esforço para fazer surgir e consolidar uma atuação científica e resolutiva, cujo propósito é atender, primariamente, os interesses do cidadão demandante e obter resultados socialmente relevantes.

Esse Promotor “x” assume, em janeiro de 2014, uma Promotoria de Justiça Especializada no Controle Externo da Atividade Policial, órgão de execução, cujo modelo de atuação, de uma insuficiência palmar, e os riscos inerentes – lidar com policiais ainda desperta os mais

primitivos e recônditos instintos de medo pânico – atrai pouco interesse entre os agentes do Ministério Público.

O referido Promotor tratou de obter uma radiografia do estado em que recebeu o órgão de execução. A partir disso, lançou um programa muito claro para alcançar resolatividade. Seu programa foi lastreado sobre algumas premissas:

- celeridade nas respostas;
- transparência;
- inovação;
- modernização gerencial;
- uso intensivo e plural de informações.

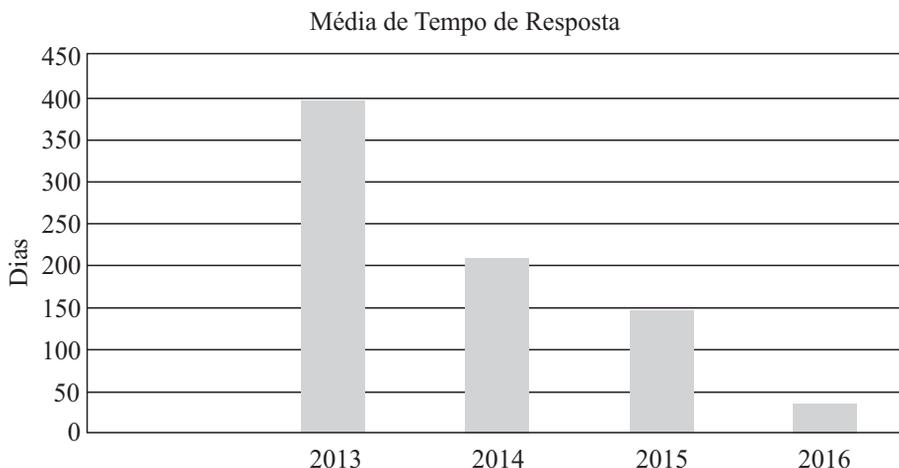
### 3.1 Celeridade

O Promotor “x” desenvolveu mecanismos aptos a fazer observar os direitos fundamentais dos demandantes com agilidade, precisão e eficácia. Uniu celeridade (em atenção clara a um precioso direito fundamental: “duração razoável do processo”) com eficácia, não se limitando a finalizar os procedimentos com o mero arquivamento. Para isso, conduziu as investigações no respectivo órgão de execução de forma eficaz, meticulosa, exaustiva, célere e independente.

A redução do tempo de resposta às demandas formuladas se evidencia no interstício de três anos: 2013, 2014 e 2015, conforme tabelas abaixo:

ANO	N. DEMANDAS	TEMPO MÉDIO DE RESPOSTA (EM DIAS)	REDUÇÃO PERCENTUAL (%)
2013	22	396,68	52,8% (2013)
2014	102	209,45	29,5% (2014)
2015	200	147,68	62,78% (2013)

Também houve um aumento expressivo ao longo desses anos das medidas de operacionalização das decisões proferidas nos procedimentos (sem aumento de quadro funcional; apenas com a adoção de atos de gestão sob o influxo de uma orientação científica):



Atos de operacionalização	2013	2014	2015
Requisições	240	380	438
Ofícios	60	181	313
Notificações	55	134	117
Memorandos	82	168	374
Termos de declaração	113	123	134
Portarias	17	53	78
Certidões	126	194	197
Total de atos	693	1233	1651
Aumento percentual (em relação a 2013)		177,9%	238,2%

Algumas medidas foram úteis para aparelhar o órgão de execução, tornando-o ágil e evitando o desperdício de tempo:

- requisições indiretas: algumas autoridades, por lei, quando destinatárias de requisições devem ter o ato (requisição) enviado pelo Procurador-Geral de Justiça. Isso, dependendo da situação, nos faz perder de trinta a sessenta dias, vez que, no cálculo para atender a requisição, já descontamos o tempo gasto no trâmite de ida entre Promotor/PGJ/autoridade destinatária<sup>7</sup> e de volta autoridade

<sup>7</sup>É interessante observar que o expediente egresso da Promotoria de Justiça passa pelo Setor de Protocolo, que após os registros burocráticos, encaminha para a PGJ. Esta, por sua vez, volta a emitir memorando ao Setor de Protocolo, encaminhando o expediente ao destinatário. O retorno do documento obedece ao mesmo trâmite, inexplicavelmente ziguezagueante e moroso.

destinatária/PGJ/Promotor. Para evitar esse desperdício inútil e inconstitucional de tempo, e sem desrespeitar a letra da lei, quando possível, a requisição era enviada diretamente para uma autoridade sem a dita prerrogativa, mas igualmente competente para atender o mandamento;

- laudos e perícias dos Institutos de Polícia Técnico-Científica – Neste setor, os laudos levavam de trinta a sessenta dias para serem remetidos ao órgão de execução. Foi criado um *e.mail* institucional e, mediante tratativas com a direção administrativa dos órgãos periciais, foi facultada e sugerida a remessa por meio digital. O prazo foi reduzido para dez dias, no máximo.

### 3.2 Transparência

Em 2013, um ano antes do Promotor “x” assumir a promotoria, o órgão de execução recebeu 22 demandas, evidência clara da completa atrofia do aparato funcional. Já em 2014, a Promotoria recebeu 102 demandas, um aumento de quase 500%. Em 2015, foram duzentas demandas, 100% a mais que 2014 e quase 1.000% em relação a 2013. O que gerou este aumento de demandas? Quais variáveis responsáveis por esse afluxo de *inputs*?

Dois variáveis, basicamente, romperam os diques: celeridade nas respostas (*outputs*) e maior transparência.

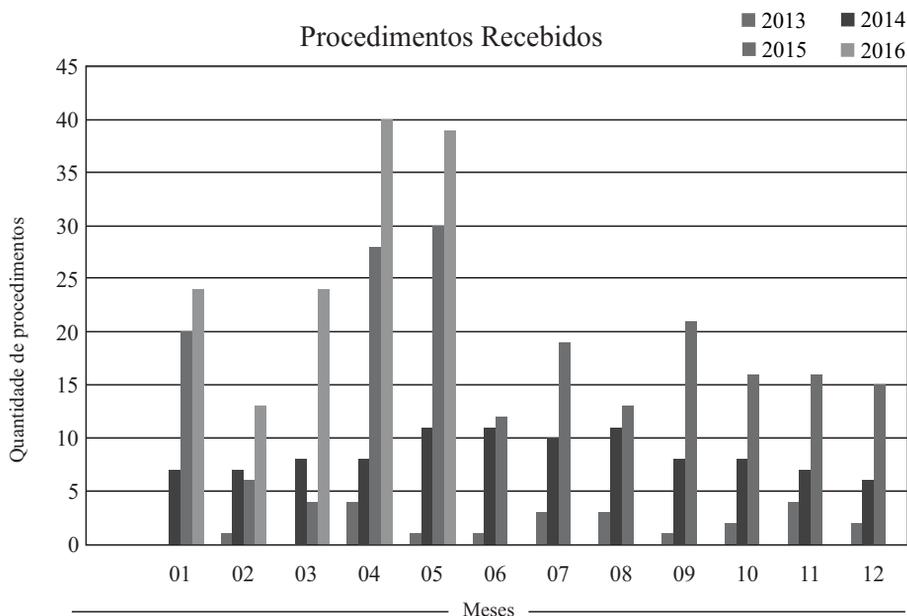
Em 2013, ano em que o órgão ficara sob os cuidados de outro agente, o tempo médio de resposta foi de 396 dias. Gastava-se muito tempo para entregar muito pouco, ou ainda, para manter tudo igual. A confiança em uma determinada instituição é uma medida das experiências dos indivíduos com essa instituição, ou seja, no desempenho dos membros da instituição em situações específicas e avaliação desse desempenho dentro de um contexto. No caso específico – ano de 2013 –, além da demora – 396 dias – na finalização da demanda, a entrega da prestação (simples arquivamento) deixava o demandante insatisfeito.

Em 2014 e 2015, já sob os auspícios do Promotor “x”, o tempo médio caiu para 209 e 147 dias, respectivamente. No primeiro ano, 2014, a redução foi de 52,8% em relação a 2013; no segundo ano, 2015, a redução foi de 62,78% em relação a 2013 e 29,5% em relação a 2014, ou

seja, a celeridade das respostas às demandas formuladas vem em um crescendo. As demandas não são apenas “resolvidas”, mas, em um processo evolutivo e prospectivo, são “resolvidas bem”, sempre buscando “resolvê-las ainda melhor”.

Essa efetividade – com celeridade e substancialidade – na resolução das demandas aliada à ampla transparência – com ciência e cópia da decisão ao órgão acionador, suposta vítima e investigado – tem rendido uma ampliação crescente das demandas, como demonstramos acima, bem como dos órgãos acionadores. O aumento das demandas e dos órgãos acionadores indica uma confiança no tratamento eficaz das reclamações pelo órgão de controle. Vejamos os quadros abaixo e a evolução multifária dos órgãos provocadores e o aumento crescente de demandas:

2013 - origem (nº demandas)	2014 - origem (nº demandas)	2015 - origem (nº demandas)
Cidadãos (21)	Cidadãos (73)	Cidadãos (90)
Ministério Público (1)	Ministério Público (08)	Ministério Público (50)
	Judiciário: 3ª VECUTE (09) 2ª Vara Júri (01) 1ª Vara do JECVDFM (01) 5ª Vara Criminal (01) 9ª Vara Criminal (01)	Judiciário: 3ª VECUTE (10) 2ª VECUTE (05) 1ª Vara do JECVDFM (08) 2ª Vara do JECVDFM (01) 4ª Vara Criminal (01) 7ª Vara Criminal (02) 9ª Vara Criminal (01) Plantão Criminal (01) Vemaqua (01)
	Secretaria Nacional de Direitos Humanos (03)	Secretaria Nacional de Direitos Humanos (08)
	Anônimo (03)	Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (01)
	Marinha (01)	Anônimo (11)
	CNMP (01)	Instituto de Criminalística (01)
		Instituto Médico Legal (01)
		Mídia (01)
		Procuradoria Geral do Estado (01)
		Ouvidoria Geral do Estado (01)
		Associação de Praças e Soldados (03)
		Sindicato dos Delegados (01)
		Corregedoria Geral do Sistema de Segurança Pública (01)



Quantidade de demandas mês/ano



### 3.3 Inovação

A inovação não se confunde com o “culto da novidade” ou a “obsessão do novo”, numa espécie de febre de mudança altamente nociva à consolidação das boas práticas. Inovar não se limita a destruir e substituir, mas agregar, acrescentar. O progresso inovador não deixa

atrás de si apenas destruição e ruínas, em uma tática de “terra arrasada”, mas preserva o que se revelou eficiente, eficaz e efetivo. É razoável que assim seja, pois o pensamento e as suas conquistas não podem avançar com um total rompimento com o passado, até porque a mudança de padrões e pontos de vista é gradual; ela dificilmente resulta na subversão ou total supressão de um ponto de vista aceito antes, sem oposição.

O espírito inovador não pode desprezar grandezas acumuladas; ao contrário, deve servir-se delas para dar o passo adiante. A inovação é como um cristal microscópico que precipita uma solução saturada, no caso saturada de passado, de tradição. O futuro não se compreende plenamente senão numa referência ao passado e, por isso, quase sempre, a inovação pode consistir em “encher velhos barris com vinho novo”.

No empreendimento devotado à inovação, é necessário, depois de haver obtido uma análise do conjunto das práticas em vigor, deixar as conclusões em repouso por um instante e contemplar, se possível, a extensão da zona assinalada para a demolição. Depois é pôr mãos à obra.

Assim, o caráter inovador se refere a uma ideia, método ou objeto concebido que foge aos padrões anteriores, às fórmulas consagradas, mas preserva o que deve ser preservado. Não parte do nada, tem-se que – *ex nihilo nihil fit* (nada surge do nada) ou *nihil novi sub sole* (nada de novo sob o sol – Ecles. 1:10). No caso do Ministério Público, a postura inovadora pode ser definida como a capacidade de fazer mais e melhor, com ganho de eficiência, com menos recursos, na prestação de serviços afetos à instituição. E qualquer agente ministerial científico deve ter um espírito, decididamente, predisposto à inovação.

### 3.4 Modernização gerencial

Nos itens seguintes, mostramos algumas medidas adotadas no órgão de execução de modo a utilizar os mais modernos métodos de gestão do serviço público.

#### 3.4.1 Acesso a modernas ferramentas tecnológicas

O primeiro movimento feito no órgão de execução foi reunir os dados existentes, inclusive de anos pretéritos, numa planilha com várias abas – procedimentos em trâmite – finalizados por ano, finalização geral, indicadores de tempo de resposta média, tipos de crimes etc.).

Racionalizados os dados, e depuradas as informações, o passo seguinte foi aperfeiçoar o sistema de controle. Uma preocupação logo foi sentida: controlar o tempo gasto pelo serviço de apoio para cumprir os despachos e as decisões do Promotor. Isso se afigurou importante, pois, embora o agente ministerial mantivesse os procedimentos dentro dos mais estritos prazos, atendendo à celeridade pretendida, com um controle rígido e em tempo real, o verso da moeda – a continuidade do serviço auxiliar – permanecia sem controle, ou seja, todo o esforço feito por um lado poderia se esvaír pelo outro. Era preciso vedar esse vazamento de esforço coletivo.

Assim, dada essa preocupação, a planilha de controle foi aperfeiçoada no sentido de alertar o tempo gasto pelo serviço de apoio para operacionalizar as medidas, disponibilizando as informações em tempo real e possibilitando um controle rigoroso. Além disso, o depuramento do sistema possibilitou ainda traçar um esquema preciso dos crimes apurados, dos agentes acionadores ou provocadores – cidadãos, órgãos públicos, mídia etc. –, tempo médio gasto na finalização, número de demandas mês a mês, gráficos comparativos etc.

Com tal aparato tecnológico, pode-se ter, a qualquer momento, com um simples toque, a estrutura real e funcional do órgão de execução. E esse aparato pode ser aplicado em qualquer órgão do Ministério Público.

### *3.4.2 Uso intensivo e plural de informações*

Estabeleceu-se na Promotoria um sistema de planilhas de controle, como já referimos no item 3.4.1, com coleta e preservação de dados primários ligados à atuação funcional, bem como a preocupação constante de manter esses dados atualizados e transparentes. No quesito transparência, foi adotada a prática de elaborar um relatório anual sobre todos os resultados alcançados. Isso quanto ao aspecto global – político e social – da atuação. No microcosmo funcional, adotou-se a prática inarredável de cientificar, pessoalmente, a todos os protagonistas dos procedimentos (provocador/demandante, vítima, ofendido, investigado, suspeito). Todos, indistintamente, têm amplo conhecimento do passo a passo dos procedimentos e das decisões. Antes, se o órgão de execução era opaco e com ultrassensibilidade à publicidade (às vezes, constitucionalmente indiferente), passou a ser transparente e

translúcido. E essa nova rotina ampliou os canais de acesso, consolidou a perspectiva de efetividade e, por consequência, atraiu maior número de demandas, fornecendo combustível à máquina e mantendo-a azeitada pelo uso constante (sem colapsar seus mecanismos).

Foi incorporado o acompanhamento dos indicadores de eficiência – celeridade, transparência –, como rotina funcional. É importante para o órgão de controle externo ter acesso a informações confiáveis sobre os resultados de seu trabalho para saber se está realizando suas funções corretamente e projetar metas adequadas. Como fato e percepção são coisas distintas, é necessário se fiar em dados objetivos para avaliar a eficácia, a eficiência e a efetividade do controle.

Os dados relevantes são os seguintes:

- a quantidade e o tipo de demanda feita ao longo do ano;
- demandas iniciadas e finalizadas no mesmo exercício (ano);
- radiografia das espécies de crimes apuradas;
- qualidade das vítimas por gênero, raça, idade etc.

A análise dos dados pode servir como um ponto de partida para um processo de aperfeiçoamento contínuo da função de controle, numa espécie de gestão de qualidade.

Essa coleta deve atender a alguns requisitos: ser planejada, atendendo a um objetivo cientificamente traçado: melhoria e aperfeiçoamento do serviço; e submissão à verificação e controles de validade e precisão, não bastando observar; é necessário seguir um roteiro ou um sistema de utilização produtiva dessas informações.

### *3.4.3 Aperfeiçoamento da investigação e da responsabilização*

Os crimes e os abusos cometidos pelo braço armado do Estado são de elevado custo social e, portanto, devem ser objeto de especial atenção. Os órgãos e agentes públicos encarregados de exercer o controle externo devem contar com poderes – recursos técnicos – e recursos necessários – orçamentários, estruturais, humanos e físicos –, para conduzir eficazmente a investigação, de forma imparcial e completa, tendo amplo acesso a bancos de dados, documentação e outras informações relevantes. Mediante esses poderes e recursos, é como se se implantassem dentes no controle exercido para coibir eventuais abusos policiais.

Um controle externo maximalista deve ser capaz de monitorar (avaliar, inspecionar e auditar) o trabalho de investigação (em suas características de investigação eficaz, meticulosa, exaustiva, célere e independente), até o encerramento do caso, investigar diretamente (em caso de desídia, corporativismo etc., que resulta numa *investigação seletiva*, sem problema algum para a higidez do sistema de supervisão) e acompanhar o processo judicial até a completa punição do culpado.

No órgão titularizado pelo Promotor “x”, o modelo de controle externo adotado em lei não comporta a responsabilização criminal como atribuição direta do controle concentrado. Essa deficiência do modelo gera um problema sério: a superposição de investigações sobre o mesmo fato, às vezes, com dois ou mais órgãos apurando fatos idênticos (polícia civil, polícia militar – IPM – e Ministério Público). Essa situação pode redundar no envio de dois ou mais procedimentos a membros do Ministério Público diversos, com desdobramentos distintos. Assim, sobre um mesmo fato, um agente ministerial pode promover o arquivamento, e outro pode oferecer denúncia. São decisões contraditórias ou diametralmente opostas tomadas sobre um mesmo suporte fático. Concentrar a atividade de investigação e de responsabilização (pelo menos o pontapé inicial) nas mãos dos órgãos especializados evita decisões díspares. Mesmo que o fato continue a ser investigado por instâncias diversas, ao fim tudo o que for apurado será remetido a um único órgão encarregado de formar a *opinio delicti*. É uma espécie de uniformização de entendimento sobre a matéria. E esse mecanismo, inclusive, pode funcionar como um meio dissuasório para procedimentos investigatórios paralelos (com dispêndio de recursos e de tempo).

Com essa preocupação em mente, o agente que nos ocupa, procedeu a um amplo estudo e enviou um projeto de um modelo legal capaz de atender às expectativas de efetividade do controle concentrado, à guisa de sugestão legislativa à chefia institucional.

### 3.4.4 Trabalho em equipe

É preferível construir castelos ou plantar árvores que perder tempo cavando sepulturas ou ficando tumbas. As pessoas tendem a se manter do lado de quem as valoriza e faz com que sejam melhores. Um motivador, um “engenheiro de homens” sabe calcular o círculo das possibilidades.

Com essa filosofia e esse propósito (de não se vê reduzido a si mesmo), o Promotor “x” passou a fazer reuniões mensais com sua equipe de trabalho, para desenvolver um vigoroso sentimento de compartilhar os mesmos objetivos em uma base sólida de mútua confiança, consolidar as boas práticas e corrigir eventuais desvios ou desacertos funcionais. E, ao final de cada ano, toda a equipe é objeto de elogios oficiais constantes em seus assentos funcionais.

Também acionou colegas com a mesma atribuição, sugerindo uma reunião mensal com o propósito de homogeneizar entendimentos e tornar a atuação, na medida do possível, coesa e monolítica. Essa providência é capaz de destravar o espírito de equipe entre agentes que cultivam a independência funcional em alto apreço.

Essas simples medidas, de cambulha com o empenho pessoal do titular do órgão em alcançar resultados socialmente relevantes, internalizou no grupo o senso de responsabilidade pelas metas traçadas a nível funcional, resultando em um bloco monolítico imbuído do mesmo ardor e do mesmo entusiasmo.

### 3.5 Conclusão

Apesar dos progressos essenciais obtidos neste órgão de execução, como podemos verificar pelos indicadores de eficiência apresentados, ainda há muito para ser feito. Dentre as medidas a serem implementadas, podemos indicar<sup>8</sup>:

1. Montar um sistema de acompanhamento (*track-and-trace system*, ou seja, “seguir e rastrear”).

O controle externo da atividade policial recebe consistência jurídica e prática quando desenvolve as seguintes funções concomitante ou sucessivamente:

- 1.1 monitoramento, avaliação, inspeção e auditoria;
- 1.2 investigação direta;
- 1.3 destravamento da máquina judicial de responsabilização;
- 1.4 acompanhamento do caso até o desfecho judicial.

---

<sup>8</sup>Essas medidas por implicarem em modificação legislativa essencial (pois mudam radicalmente o atual modelo de controle externo) foram enfeixadas em um projeto e enviado ao Procurador-Geral de Justiça para análise.

Quando houver exercício de ação penal, com oferecimento de proposta de transação penal ou de denúncia, ou ainda ciência de sentença relativa a processo criminal com réu policial, civil ou militar, perante o juízo comum, o Órgão do Ministério Público com atribuições para officiar no feito deve comunicar à Promotoria Especializada no Controle Externo da Atividade Policial. Este órgão, por sua vez, terá elementos para organizar um sistema de acompanhamento das ações penais em curso, realizando as gestões internas necessárias para o sucesso dos eventuais recursos, sem prejuízo da atribuição do Promotor Natural do feito na fase processual respectiva.

Atualmente, o sistema de controle é pouco transparente, seus procedimentos e seus atos não recebem a devida publicidade e divulgação, mantendo a população alheia aos resultados do monitoramento policial das investigações em curso e, principalmente, da resposta judicial aos abusos policiais. Não há uma avaliação contínua dos procedimentos e dos resultados obtidos e, também, por outro lado, não há divulgação de tais dados (opacidade das informações).

## 2. Eliminar a papelada

O “amor ao papel”, típico de uma cultura cartorial como a nossa (talvez por conta da herança lusitana), é a mais exuberante prova da ineficácia administrativa. A quantidade de papel acumulado nos armários e nos arquivos dos órgãos públicos é algo realmente assustador. A ideia é transformar o arquivamento físico em acervos digitais. Para tanto, pode ser usada a tecnologia de armazenamento em nuvem, sem prejudicar a circulação, a forma de acesso e o arquivamento dos dados. Essas medidas atendem outros objetivos igualmente importantes para uma instituição pública: preservação da memória, integridade física dos documentos, otimização de espaço e de pesquisa, redução de custo operacional (economia de material), maior segurança/eficiência na circulação da informação e consciência ambiental.

## 3. Criar um setor de estatística

A coleta, a sistematização e a gestão dos dados relativos à atividade do controle externo da atividade policial podem servir para a concepção de políticas públicas de segurança pública, e a existência de um setor especializado em estatística, na estrutura orgânica da

instituição, ajuda a planejar cientificamente o passo a passo dessa área tão sensível e tão cara à sociedade.

#### 4. Criar e manter um banco de dados

Tal banco deve estar atualizado e pormenorizado com todos as informações relativas a membros dos órgãos controláveis, que estejam ou estiveram respondendo a processos judiciais, procedimentos administrativos disciplinares, Conselhos de Disciplina e Justificação ou a inquérito policial civil ou militar.

### 4 O misoneísmo ministerial

Há certos agentes ministeriais, cuja descrição zoológica é difícil de ser estabelecida, que persistem em atuar sob os auspícios de antigos modelos inadequados, anti-históricos<sup>9</sup>, simplistas e ingênuos, alheios ou indiferentes ao elevado (e substancial) propósito constitucional atribuído ao Ministério Público. Esses profissionais, é forçoso reconhecer, cabem com folga numa imagem criada pelo implacável Tobias Barreto (1991, p. 39), chefe máximo da conhecida “Escola de Recife”:

Entre os voos da águia e as largas passadas do camelo não hesitam em preferir a majestade do quadrúpede, porque em última análise este leva no costado uma porção do *necessário* e do *útil*, alguma coisa que faz parte da grande bagagem da vida.

O misoneísmo dessa espécie de profissional, seu temor (às vezes, até uma tendência hostil) a tudo quanto é novo e desconhecido, paralisa todos os seus movimentos (mentais e musculares) e faz dele um instrumento dócil aos interesses dos grandes violadores da ordem jurídica, pois não encontram resistência a seus desejos pantagruélicos. Isso quando não avança para limites patológicos de personalidade, como indolência, inércia, lentidão de vistas, ininteligência e todo tipo de impotência, que servem como pretexto para subtraí-lo ao estudo e ao exercício regular da profissão. São traços que esterilizam e paralisam a ação funcional efetiva e não se ajustam à realidade. Por conta dessas

---

<sup>9</sup> Vez que livres da dependência de valores históricos consagrados pela instituição do Ministério Público.

qualidades, esse agente ministerial funciona quase como um elemento sabotador do esforço institucional em neutralizar poderosos interesses contrários aos descritos na Constituição e nas leis.

Felizmente, os avanços são impulsionados, não por essa massa conservadora e grotescamente satisfeita, mas, como diz o físico alemão Max Born (1968, p. 19), pelos “inteligentes, inquietos, esforçados, que não se sentem satisfeitos com as relações sociais existentes. Eles mostram o caminho que a grande massa segue” voluntariamente ou arrastada pelo caudal da torrente.

Sem dúvida, toda instituição ou organização administrativa conta com homens e mulheres que podem transcender as limitações de seus interesses e compreender a validade da extensão de seu sacrifício, e a dívida que temos para com eles, por se recusarem a aceitar os padrões convencionais de seu tempo, é incomensurável.

Os desafios lançados a um agente, digamos pré-científico, o abatem e o acabrunham<sup>10</sup>, e o levam aos inevitáveis conflitos negativos de atribuição, uma conveniente rota de fuga individual às responsabilidades institucionais e sociais:<sup>11</sup> é obtuso a toda sugestão, irrita-se quando se propõe uma investigação ou qualquer outra medida, indiferente à verdade. Todas essas variáveis são incapazes de moralizá-lo. Em tal cenário, é fácil evoluir ou, melhor dito, involuir, para um agente tacanho, imoral, ininteligente, insensível e incapaz de discernir entre o melhor para si, para sua instituição e para a sociedade.

Esse tipo de agente esgota sua ingenuidade, opondo obstáculos, os mais específicos e bizarros, aos protocolos de eficiência nos órgãos que titulariza. É como um capitão que, durante toda sua vida, viajou em barcos à vela e deve, de repente, haver-se com a navegação a vapor.

---

<sup>10</sup> Isso avaliza, com folga, as palavras de Harold J. Laski (1945, p. 85-86): "En todo Estado existe una cantidad innumerable de hombres estúpidos que ven en todo pensamiento anti-rutinario la perspectiva de una destrucción inminente de la paz social".

<sup>11</sup> Sobre o tema registramos em recente estudo: "Nos conflitos de atribuições entre os agentes do Ministério Público há, claramente, um interesse inercial que, em regra, orienta suas deflagrações (principalmente quando se sucedem em cascata e entre os mesmos órgãos), revelando um traço cultural-institucional muito forte do horror à responsabilidade e que se traduz na expressão corriqueira do “isso não é comigo”. O interesse substancial, de fundo, não derivado do embate de circunstâncias transitórias é, inconscientemente, relegado à esterilidade do apodo *fiat justitia pereat mundus* (faça-se justiça ainda que pereça o mundo)..." (Rodrigues, 2015, p. 277/278). Os grandes males da sociedade não são, como parece ser à primeira vista, a pobreza, a ignorância, a violência, o crime, a insegurança, mas se concentram neste tradicional pensamento cínico de "horror às responsabilidades" de muitos agentes públicos predispostos, jurídica e politicamente, a por cobro (ou, pelo menos, manter em níveis razoáveis) a estas mazelas sociais.

Lançado neste torvelinho, é possível que o esforço para resistir-lhe (o misoneísmo, propriamente dito) produza uma fadiga, uma saudade da antiga rotina de pensamento, em que tudo era conhecido e não suscitava dúvidas, refletindo-se numa atuação apática, burocrática e simplesmente para atender a números. Parece reviver uma máxima repetida pelos personagens quadrupedais na criação fabulosa de George Orwell (1992, p. 23), devidamente adaptada à sua realidade: “o que não suscita dúvida, BOM; o que gera incerteza, RUIM”.

Em verdade, a dificuldade não está em aceitar ideias novas que germinam e brotam aqui e acolá, mas em abandonar as velhas ideias que dão a última flor. Agora, como sempre, quando os homens vivem por muito tempo em erro, o despertar é terrível. Nosso medo do desconhecido, nosso desagrado pelo risco da experiência em larga escala, sempre dão ao passado um encanto que um futuro incerto não pode ter. Mas o único evangelho que traz sensação de esperança é o de que todas as coisas devem ser renovadas.

O agente pré-científico, com sua conduta misoneísta, empresta validade à desacreditada lei da invariabilidade da natureza humana:<sup>12</sup> “Posto que sempre foi assim, sempre será da mesma forma”. É a força da inércia, nutriz da tradição. Esse agente parece destinado a administrar a continuidade dos tempos do que enfrentar a sua mutabilidade. Prefere cortar as pernas e andar de muletas, a correr o risco de ser atropelado pelas mudanças trazidas pelo futuro. Mas essa antiga rotina de pensamento já não serve mais à instituição resolutiva que se pretende implementar. Chegamos a um ponto de evolução institucional em que as tradições do passado e seu mundo crepuscular estão em profundo conflito com as projeções do futuro.

Não é exagero afirmar que nosso agente misoneísta apreende os desafios diários através de um *realismo ingênuo*, ou seja, recebe as impressões por intermédio de uma experiência mecânica já consolidada pelo tempo (experiência esta totalmente asséptica, ou seja, sem nenhum tempero crítico), livre da necessidade de problematizar ou garimpar

---

<sup>12</sup> A propósito deste princípio, diz John Lewis (1968, p. 41/114): "O homem é a única espécie animal que, a partir do momento em que nasce, sofre mudanças contínuas em seus hábitos e em seu modo de vida, de forma que, longe de ser algo fixo, a natureza humana tem progredido regularmente (...) é adaptável, infinitamente maleável e não-diferenciado – é a mais educável e alterável de todas as criaturas. Altera-se quando adquire novos métodos, novas técnicas e novas ideias. O fato de ser dotado de um cérebro faz com que o homem possa aprender, reorganizar, adotar novos métodos, eliminar os menos úteis, podendo, assim, mudar tão rapidamente... é pura potencialidade, não é uma dada essência fixa". No mesmo sentido: Isaiah Berlin, 1999, p. 32.

sutilezas teóricas visando extrair novos dados e adotar uma nova solução. Assemelha-se à abelha que reconhece as flores por sua cor ou cheiro, sem precisar filosofar ou teorizar a esse respeito.

É necessária certa flexibilidade diplomática para lhe colocar o ponto de vista de longo alcance diante do ponto de vista imediato; para lhe dizer que uma instrução realmente adequada é mais importante do que meio hora a menos por dia de trabalho ou alguma vantagem acrescida ao subsídio.

Ao agente preparado no cadinho olímpico do método científico, esses mesmos desafios fazem brotar o que há de melhor em seu espírito e em sua conduta funcional, buscando os melhores e os mais efetivos meios de arrostar as dificuldades e se desincumbir das demandas. Trabalha com completa entrega ao método científico e sempre pronto em ampliar seus próprios limites intelectuais. Quanto mais amplamente é provocado, tanto mais completamente se desenvolve; ataca o problema ao invés de evitá-lo. A cada problema, a cada contratempo, seu lema é "mais cérebro e mais inteligência". Junte-se a isso uma mentalidade de coragem e de resolução com sentimentos vivos da verdade/justiça/liberdade/igualdade, e temos, sem esforço de busca, o herói de Carlyle.

O agente científico, insatisfeito, inquieto e essencialmente inovador, é uma das causas porque a moral institucional não constitui um sistema fechado e infenso às mudanças necessárias para o aperfeiçoamento. O ideal de perfeição resultante da cientificidade e da resolutividade responde às necessidades mais profundas da natureza das demandas sociais e da estrutura do próprio Ministério Público, uma instituição na qual a sociedade deposita as maiores esperanças, talvez, sem assumir um tom escatológico ou messiânico, suas últimas esperanças.

De qualquer modo, a solução não é construir uma muralha chinesa ao redor desses profissionais "satisfeitos" e "resignados", censurando-os ou levando-os compulsoriamente à virtude funcional dentro do novo modelo científico, mas compreendê-los e auxiliá-los a sair desse confinamento autoimposto<sup>13</sup>. Nenhum homem é vítima permanente de um destino fixo. De certa forma, esses profissionais são vítimas de nosso sistema educacional que não passa de uma *corrida de obstáculos*. Em

---

<sup>13</sup>Podemos dizer, guiados antes pela tristeza que pela ironia, que uma das maiores dores da natureza humana é a dor de uma ideia nova, sendo um trabalho elogiável domesticá-la no espírito misonista.

vez de encorajar o estudante a dedicar-se a seus estudos por amor ao próprio estudo, em vez de encorajá-lo a amar realmente o objeto de sua pesquisa e a livre investigação, é ele incitado a estudar em função de sua carreira pessoal e levado a só adquirir aqueles conhecimentos que lhe sejam úteis para transpor os obstáculos de que se deve livrar a fim de alcançar uma posição no mercado de trabalho (público ou privado).

O êxito no concurso público de provas e títulos representa para muitos o ponto mais alto da evolução profissional, o coroamento precoce de uma caminhada que apenas começou; o que vem depois é a degenerescência galopante, uma doce resignação do aniquilamento intelectual, uma espécie de anemia espiritual. Tornam-se vítimas da vaidade, aquela vaidade enxundiosa e grotesca em que o cérebro se estreita, e a barriga arredonda-se.

Após isso, imaginam que já não precisam estudar mais (alguns porque já se dão por satisfeitos com o que conseguiram), isso quando não ocorre o pior: a falta de consciência de que sabem pouco, sendo carecedores de mais luz. Nada mais ignorante que um bacharel, não tanto pelo que acha que sabe, mas pela ignorância da necessidade de se autoinstruir pelo resto da vida. O fato de terem estudado várias matérias e disciplinas, por vários anos, cria a falsa ideia de haverem esgotado o assunto e sejam donos, assim, de todo o saber caro à vida ou à profissão. Não é bem assim. As diversas Universidades e escolas não têm semelhante propósito. Nelas não se formam filósofos, estadistas, artistas etc., porque tendem a se fechar dentro de verdades teóricas intocáveis, esterilizadas pela falta de contato com a prática. Fornecem apenas um mínimo de conhecimentos, o ponto de partida para a aquisição de novos e proveitosos ensinamentos – algumas delas, para não dizer a maioria, são simples fábricas de diplomas – de onde saem, em série, os “ignorantes diplomados”. Por este modo, independente da qualidade do aluno, o estudo posterior torna-se absolutamente necessário.

O mundo moderno não autoriza um profissional a ter competência e sucesso, se não for um investigador/pesquisador permanente na sua área, alimentando continuamente sua capacidade de inovação, seus recursos mentais e sua disposição para problematizar o trabalho diário. Os conteúdos transmitidos nas Universidades não são suficientes para a vida profissional dos estudantes. A proposta de “aprender a aprender” abre a visão de que a educação não tem fim, renova-se dia a dia e avança rapidamente numa sociedade moderna, provocando um processo ininterrupto de atualização. A instrumentalização do “aprender a

aprender” acompanha o profissional e abre caminho para acessar à universalização da conquista da ciência, dos métodos e das técnicas.

Uma boa parte desses profissionais tem uma falsa noção acerca da vida. Imaginam eles que, concluído o curso de Direito e obtido êxito no concurso público respectivo, terminou, definitivamente, o período dos grandes esforços intelectuais continuados, e que se entra numa nova fase: na fase dos hábitos automatizados, ou melhor, seria um “sistema de hábitos” servis. E aqui surge a grande dificuldade sentida por esse profissional automatizado: sugerir que desista desses hábitos adquiridos pelas possibilidades do desconhecido. Esse clima mental torna, realisticamente, muito difícil, senão impossível, qualquer outra maneira de pensar ou de agir. Seria exigir que esse indivíduo, em um súbito clarão de inspiração, como ocorre no domínio da fé religiosa, tivesse, de repente, uma visão de verdade nova. O hábito dificilmente morre, e não é fácil levá-lo a uma razão que não parta das suas próprias premissas. Sempre resta alguma coisa de um antigo e inviscerado hábito. Talvez, por isso, William James tenha colocado como virtude fundamental do ser humano o “hábito vital de quebrar hábitos”.

#### 4.1 Agente ministerial pré-científico e um trabalho de reengenharia institucional

Uma instituição pública não existe sem as pessoas que a constituem. Se quisermos conhecê-la, precisamos analisar seus membros, seus servidores e até mesmo seu público-alvo. Devemos, portanto, estudar o caráter da natureza humana por trás da instituição. A natureza deste patrimônio humano nos dará, com certeza, a solidez e as perspectivas da dita instituição.

No que cabe à instituição, objeto deste ensaio, o futuro do Ministério Público brasileiro depende de nossa capacidade e de nossa boa vontade em organizar a evolução dos agentes pré-científicos se quisermos continuar a ser uma instituição que goza de alta credibilidade no meio social.

Não é sensato haver distinções de valor profissional entre os agentes ministeriais, por duas razões básicas: 1. respeito próprio; 2. homogênea eficiência funcional. Nada de agentes científicos e pré-científicos ou proativos e reativos. Todos devem compartilhar um

senso mais agudo de responsabilidade, um senso profundo dos elementos de justiça social e combatividade, e uma capacidade científica e técnica. Claro que tais qualidades não surgem do nada, como se diz das orquídeas que crescem no ar, devem ser forjadas como parte de uma estratégia científica da própria instituição e de seus órgãos dirigentes.

## **5 Roteiro científico**

Quanto à gestão do Ministério Público, em geral, falta um roteiro ou esquema de ação profissional a nortear os agentes ministeriais, e isso faz com que a instituição, em seus vários órgãos de execução, bem como nos seus órgãos superiores de direção e de gestão, adote a censurável e obsoleta estratégia de “tentativas e erros” na operacionalização das diversas matérias a si confiadas. Cada agente molda sua promotoria de acordo com suas ideias, preconceitos, idiosincrasias, sob uma forma experimental, arbitrária e, muitas vezes, excêntrica, refletindo um caráter personalístico e voluntarista.

Essa má gestão pode frustrar as expectativas do público, fazendo refluir a legitimidade e o apoio popular. Abaixo indicamos alguns pontos que, se observados, podem contribuir para traçar um modelo de atuação mais profissional e científico.

### **5.1 Utilização do mecanismo jurídico adequado**

O primeiro preceito do método científico aplicado à atuação funcional do Ministério Público pode ser enunciado assim: não utilize nenhum mecanismo jurídico para o qual não foi possível determinar, de forma totalmente clara, se realmente é o mais adequado e eficaz no caso particular. Não é suficiente ser inteligente, conhecendo com profundidade cada instituto jurídico e a forma de manuseá-lo; é preciso ser prudente e racional, sempre atento ao fato de que a inteligência distingue entre o possível e o impossível, mas somente a razão distingue entre o sensato e o insensato.

Cada método de atuação, seja na investigação ou na responsabilização, tem seus especiais critérios de exatidão, e não há nada tão falso como aplicar, sem crítica, a um círculo de tarefas os critérios de exatidão de outro.

## 5.2 Desconfie dos argumentos de autoridade

Os argumentos de autoridade, com suas verdades absolutas/definitivas e exatidões absolutas, constituem teias de aranha para o cérebro humano e não devem ser tolerados. Não passam de bolhas de sabão prestes a se desfazer. Nada que não seja racionalmente inteligível pode ser objeto de discussão.

Duvidar e desconfiar se não são palavras com o mesmo sentido no dicionário da vida, constituem duas das maiores faculdades da razão humana. Para descobrir a verdade ou se aproximar o máximo dela, não há senão o caminho da dúvida: é preciso duvidar de tudo (*de omnibus dubitandum*). Cultivar também o hábito de ler nas entrelinhas<sup>14</sup>, de tirar conclusões certas de dados insuficientes, é regra de elevado bom senso para um agente público que lida com a aplicação da lei e zela pelo interesse público.

## 5.3 Evasão do raciocínio discursivo

O raciocínio discursivo é o pensamento ordinário que usamos o tempo todo. É um método superficial e que conduz apenas a crenças, a intuições, ao imediato, variáveis que jamais podem servir como alavancas do método científico. Os objetos derivados desse raciocínio podem ser radicalmente simples, mas não vão além da superfície, podendo proporcionar um saber de *que* isso é assim, mas não de *por que* é assim. É como alguém a quem se mostram os efeitos de uma máquina, mas se lhe oculta sua conexão interna e seus mecanismos.

Toda a argumentação desenvolvida para defender a posição da instituição em defesa dos interesses inculpidos na Constituição deve ser feita como resultado de um processo intelectual, de "detalhes para detalhes", não de intuições emotivas, para que se produza a devida clareza e exatidão dos conceitos. Neste propósito, devem ser desenvolvidas ideias claras, evidentes e raciocínio exato com base nelas, o suficiente para evitar o confinamento da instituição em módulos estáticos e tradicionais de pensamento.

---

<sup>14</sup> A desconfiança e a dúvida revelam a inteligência e a sagacidade de um indivíduo. A etimologia da palavra "inteligência" avaliza essa conclusão. A palavra vem do latim *intelligere* (*intus* + *legere* = ler dentro, nas entrelinhas).

#### 5.4 Olhando para os fatos

A compreensão adequada dos fatos, o pragmatismo jurídico – uma forma sofisticada de realismo – evita o erro factual; a análise correta dos mecanismos jurídicos evita o erro conceitual. Essa circularidade entre o empirismo e a razão teórica, ou a inevitável conexão do pensamento com a ação, se revela fundamental a um sólido enfoque científico para a atuação funcional do MP.

A experiência é necessária e elemento determinante para entender os fatos da vida social (um mundo plural marcado pela diferença, pelas lutas e pelos abusos contínuos) e a modalidade das relações entre os homens, que, definitivamente, não são redutíveis a um objeto de exatidão matemática e não podem ser apreendidos pelo simples saber jurídico ou ainda pela casuística jurídica, que nos dá o particular, mas nos impede de apreender o geral. A nossa experiência, mesmo opaca e incompleta como é, ainda ecoa o mais profundo da realidade e ajuda a corrigir o uso excessivo de abstrações, o maior vício do intelecto. Mas não esqueçamos, nem por um instante, a gloriosa lição de Schopenhauer (2009, p. 103) que nos impede de olhar apenas para os fatos se estivermos imersos em um projeto transformador. Diz o filósofo alemão: *“Toda actividad sostenida, compleja o planificada tiene, pues, que partir de principios, de un saber abstracto, y guiarse por él”*.

Somos tentados a aceitar uma “lógica dos fatos” como uma lei inexorável da natureza, tendente a seguir o seu curso quaisquer que sejam os direitos em jogo; um processo inevitável ao qual todos têm de se ajustar, pois essa lógica não apenas conduz os que querem, como arrasta os que não querem aceitá-la. Mas uma instituição verdadeiramente guardiã da Constituição e de seu precioso patrimônio não se deixa conduzir, vergar ou arrastar por uma falácia do senso comum. Sem formulação de teorias, sem que elas sejam criticadas e sem alguma controvérsia intelectual não há progresso em qualquer setor da vida social. Quanto melhor for nossa teoria, melhores resultados teremos em nossa prática.

A discussão histórica sobre a personalidade jurídica estatal e das coletividades organizadas nos oferece um exemplo claro da limitação jurídica quando o fenômeno jurídico só é apreendido pela observação ou pela experiência ou pela “lógica dos fatos”. Nos albores da discussão sobre a natureza jurídica da personalidade, autores como L. Duguit e G.

Jèze (Malberg, 2001, p. 35; Gettell, 1967, p. 349) entendiam que só o ser humano a possuía, pois só ele tem existência real e é dotado de vontade. A observação nos faz reconhecer, professavam esses autores, como ser que existe realmente, só o homem. Confundia-se, então, a personalidade jurídica com a existência física<sup>15</sup>. Esse realismo excessivo nos faz, de um lado, superestimar as realidades materiais, de outro, perder a dimensão das realidades jurídicas postas sob nossas vistas, como revela a evolução do pensamento sobre a personalidade jurídica.

É melhor admitir francamente que a teoria está capacitada para desempenhar um papel importante no estabelecimento das conclusões e nos capacita a aplicar os conceitos gerais aos casos particulares. Para o leitor decidido a evitar a teoria e admitir somente fatos evidentes pela observação, resulta inútil a maioria dos livros de Direito, já que, acerca de certos fenômenos jurídicos, não há fatos de mera observação<sup>16</sup>.

### 5.5 Aprender a fazer, fazendo

Não é o caso de aprender por experiência ou “aprender a fazer, fazendo”, pois experiência não passa de um somatório de erros sem nenhuma carga ética. O agente científico deve entrar na arena do combate já previamente treinado na arte do confronto jurídico e trajado adequadamente para a ocasião.

Logo se percebe a insuficiência do empirismo, do casuísmo, do intuicionismo para a explicação e compreensão do *geral*. Ao Ministério Público espontâneo, intuitivo, empírico das primeiras épocas sucede o Ministério Público raciocinante, estratégico, científico. Com esse método, a instituição encaixa o *fato* no *geral*, inserindo-se conscientemente no jogo político e jurídico da sociedade. Conhece a enfermidade, o remédio e a conexão entre eles. E, a partir disso, como diz Ponte de Miranda (1983, p. 04), em vez do esparso, do discreto, do descosido, do solto, da empiria e em vez do abstrato, do vago, do contínuo, do apriorismo, que maneja as idealidades da razão sem peias,

---

<sup>15</sup> Mesmo a personalidade jurídica dos seres humanos não é um fato que cai sob os sentidos, nem tampouco uma consequência de sua natureza física. O conceito jurídico de personalidade humana é a expressão de uma ideia abstrata.

<sup>16</sup> A observação, como diz Karl Popper (1972, p. 59), é sempre uma observação à luz de teorias. Não há uma linguagem fenomênica livre de teorias, distinguível de uma "linguagem teórica".

sem seguradores no real e na vida, – surge, então, a lealdade do raciocínio alimentado de realidades, o geral que mal distende o fato, o lento, mas confiante ascender do método científico.

A atuação funcional não pode ser improvisada a cada caso, a cada problema, calcada apenas em um conhecimento empírico e acientífico (“tentativas e erros”, “aprender, fazendo”). Devemos antes adotar a estratégia de Sun Tzu e confabular previamente, planejar os movimentos, para só entrar na batalha com a certeza da vitória. Um exército vitorioso só entra na batalha depois de ter garantido a vitória, enquanto um exército derrotado só procura a vitória depois de ter entrado na luta.

## 5.6 O método de “tentativa e erro”

A prática, a menos que comece, desamparadamente, por tenteios, é teoria aplicada. Assim como a construção de uma ponte ou de uma pilha atômica é Matemática e Física aplicadas, também qualquer ato de Administração é teoria administrativa ou jurídica aplicada, embora a teoria, em vez de estar bem preparada antecipadamente, é com frequência formada, algo desajeitadamente, enquanto seguimos adiante, resultando no método de “tentativas e erros” ou de “acertos ou erros”.

A mera prática ou o simples entendimento prático não bastam para guiar as ações do Ministério Público; é necessário que aqui compareça o saber científico, a substituir as intuições por conceitos eficazes e tome estes como pauta de ação. E, sendo aplicado o método correto, os resultados, socialmente relevantes, são mais facilmente alcançados.

Métodos dessa natureza não duram mais que um dia, e as ruínas se amontoam sobre ruínas. O objeto final das ações do Ministério Público é valioso demais para se sujeitar a táticas irresponsáveis de “acertos ou erros” que, na prática, não passam de uma “coleção de erros” sem nenhuma carga pedagógica ou moral.

## 6 Conclusões

O presente da instituição do Ministério Público é, de certo modo, frustrante, e o futuro é incerto, por duas causas que não devem ser esquecidas, uma mais do que a outra. Falta-nos o sentido do ideal e falta-nos, talvez ainda mais, o sentido do real. Há uma reciprocidade de

influência destas duas faltas. Desconhecemos o ideal, porque o real nos tenta (rotina processual, prazos mecânicos, transferência de responsabilidade); desconhecemos o real, porque, esquecido o ideal, não temos mais a medida nem o meio de discriminar a respeito do real.

Não basta pregar simplesmente o novo método; devemos começar a lançar seus fundamentos se desejamos vê-lo realizado. Impõe-se, na atual conjuntura histórica e política, no que diz respeito à busca por resultados no Ministério Público, retirar essa ideia do pedestal estático em que é concebida e transformá-la em um conceito dinâmico ou em uma norma de ação. Não se fala, é bom ressaltar, de uma instituição científica de cátedra, mas de rua, prática e efetiva.

Libertos do veneno dos métodos artesanais e voluntaristas de exercício funcional, construiremos uma instituição mais rica e mais sólida, capaz de oferecer respostas efetivas aos mais variados problemas, capaz de esgotar todos os meios dispostos na lei para restabelecer o seu completo domínio. Buscamos, por isso, a ativação de um estado de espírito científico, sua ampla generalização e seu impacto na efetividade das funções institucionais.

O método científico bem aplicado às ações jurídicas do Ministério Público pode se tornar um potente telescópio que, onde antes enxergávamos apenas confusas e incoerentes atuações burocráticas, agora é possível descobrir formas nítidas e contornos distintos de uma atividade produtiva claramente transformadora da realidade social. O agente ministerial que apreende uma técnica de atuação científica ajunta novo poder à sua inteligência.

A adoção desses modelos ou padrões de conduta funcional (cientificidade e resolutividade) prova que o Ministério Público é capaz de tomar nas próprias mãos o seu destino. Mas, por outro lado também, é inútil tentar qualquer controle consciente do nosso destino a não ser que levemos experimentação e audácia (“audácia imaginativa”) às finalidades que procuramos.

O método científico dá à inteligência, ao talento prático/teórico, ao tirocínio estratégico, o lugar que merecem nos negócios públicos, na preservação da ordem jurídica e do regime democrático. Não implica, certamente, uma *tecnicização* do Ministério Público aplicada a uma “rotina processual” esterilizante.

Diante de uma realidade social pluriforme, inapreensível, caótica e fluida, em que o Ministério Público é chamado a atuar, não pode seu

agente mover-se pelo impulso burocrático do método de “tentativas e erros” (o “aprender, fazendo”) nem ficar preso à rotina processual. A sorte do social inserido neste “contexto líquido” não pode ser confiada a esquemas restritos, fixos e de pouco alcance prático. A compreensão científica da sociedade exige, paralelamente, uma compreensão, pelo mesmo padrão, de seus problemas e de suas soluções. Para tanto, precisamos de uma educação funcional (treinamento e aperfeiçoamento contínuos, socialização etc.) mais bem adaptada ao caráter do nosso tempo, preservando ou ampliando a lealdade e a dedicação à sempiterna missão constitucional atribuída ao Ministério Público.

A aspiração de um Ministério Público científico só pode ser realizada quando as condições conduzirem diretamente à sua realização. É inútil desejar ou pregar um novo modelo quando elas não existem ou não há a vontade de criá-las. Esse ambiente receptivo aos novos moldes deve, de alguma maneira, ser forjado na estrutura diretiva da instituição e nos cálculos dos gestores.

O caráter científico empresta, dentre outros atributos, seriedade, eficiência, eficácia, efetividade e capacidade de esgotar inteligentemente os meios legais postos à disposição da instituição. Por este ângulo, tudo quando for feito pelo Ministério Público deve levar a marca de “bem feito”, rendendo preito, se necessário, ao audacioso e ao imaginativo. As medidas adotadas, em qualquer setor de atuação, devem ser autoconsistentes e não levar a contradições.

É fácil ser convencido de que a responsabilidade do Ministério Público, pelo menos a responsabilidade política e moral, não cessa com a adoção de providências judiciais ou extrajudiciais sobre determinado assunto. Essa responsabilidade se liga com a obtenção do resultado mais adequado ao interesse constitucionalmente atribuído à instituição. Não basta, por exemplo, instaurar um inquérito civil e anualmente prorrogar-lhe o prazo de conclusão ou ajuizar uma ação civil pública e transferir o encargo ao Judiciário (meio ardiloso de fugir a uma “responsabilidade direta”). Espera-se mais de uma instituição de quilate constitucional; espera-se que o resultado alcançado seja substancial e socialmente relevante; espera-se o debelamento, pela radícula, da causa lesiva ao interesse protegido pela instituição, nem mais nem menos. O Ministério Público não se pode dar ao luxo de errar; deve preferir o mais ao menos, pecar mais por excesso do que por omissão.

Esse apreço pelo resultado substancial não induz à infalibilidade da

instituição, à necessidade imperativa de sempre ser vitoriosa, de sempre ter razão e de sempre conseguir êxito. O objetivo é bem outro: sempre lutar e trabalhar energeticamente sobre aquilo que acredita ser justo e correto. Esse é o esquema de valores por onde a instituição cumpre sua missão multidimensional. Uma instituição é necessária e eficiente quando satisfaz a maior quantidade possível de demandas. Não é misteriosa, opaca ou pouco transparente, nem de uma infalibilidade divina. É, simplesmente, um grupo de homens que toma decisões, promove ações ou adota providências, as quais, em última instância, vivem ou morrem segundo o que os demais – o povo, a sociedade – pensam delas.

Os interesses inculpidos no art. 127, *caput*, da Constituição Federal é a medida de todas as coisas para o Ministério Público; é o compasso por onde a instituição deve aferir a atuação adaptada às mutáveis necessidades da sociedade que lhe envolve e avaliza-lhe a função. O esforço decorrente dessa missão constitucional tem todos os elementos de uma cruzada.

Nunca um agente ministerial imbuído de cientificidade (*link* para a resolutividade) há de perder de vista os superiores direitos inscritos na Constituição, verdadeiro barômetro, cujas variações anunciam sem falta o bom e o mau desempenho funcional. A forma científica, a subordinação do particular ao geral em direção ascendente, sempre impulsionará as ações ministeriais.

O trabalho desenvolvido a partir de um sólido e consciente método científico restará pouco frutífero se não for impulsionado por um espírito de luta, de tenacidade e de atividade intemorata, em face dos ferozes e dos inescrupulosos interesses opostos. Essa é a mentalidade fundamental de qualquer agente ministerial e detentora de uma força mobilizadora/contagante, dentro da qual as grandes realizações são possíveis.

O método científico somente prova sua vitalidade se os agentes ministeriais estiverem plenamente conscientes do significado mais profundo e substancial da missão atribuída ao Ministério Público, em suas múltiplas e variadas vertentes, bem como dos resultados alcançáveis. Por outro lado, falamos enfaticamente disso ao longo deste estudo, não adianta saber sem a vontade de fazer ou ter vontade de fazer, sem a razão prática e teórica para guiar os passos. Racionalidade (ou cientificidade) e voluntarismo, planejamento e execução, devem fazer parte da mesma equação cuja solução leva ao Ministério Público resolutivo.

## Referências

BARRETO, Tobias. *Estudos de direito*. Rio de Janeiro: Record, 1991. 3v.

BERLIN, Isaiah. *O sentido de realidade*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1999.

BORN, Max. *La responsabilidad del científico*. Tradução de Isidoro Boix. Barcelona: Labor, 1968.

GETTELL, Raymond G. *Historia de las ideas políticas*. Tradução de Teodoro González García. 2. ed. México: Nacional. 1967. 2v.

HEIDEGGER, Martin. *L'être et le temps*. Tradução de Rudolf Boehm e Alphonse de Waelhens. Paris: Gallimard, 1964.

IHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Tradução de José Antonio Faria Correa. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

LASKI, Harold J. *La libertad en el estado moderno*. Tradução de Eduardo Warshaver. Buenos Aires: Abril, 1945.

\_\_\_\_\_. *Reflections on the revolution of our time*. Londres: George Allen & Unwin Ltda, 1946.

LEWIS, John. *O homem e a evolução*. Tradução de Teresa Rita Cetlin Toth. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

MALBERG, R. Carré de. *Teoría general del estado*. Tradução de José Lión Depetre. México: Fondo de cultura económica, 2001.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State and utopia*. New York: Basic Books, 1974.

ORWELL, George. *Animal farm*. England: Longman, 1992.

POPPER, Karl R. *The logic of scientific discovery*. 8. ed. Londres: Hutchinson, 1975.

RODRIGUES, João Gaspar. *Novos delineamentos sobre o conflito de atribuições no âmbito do Ministério Público*. Manaus: RJMPAM, v.16, n. 1-2, p. 263-282, 2015.

SCHOPENHAUER, Arthur. *El mundo como voluntad y representación*. Tradução de Pilar López de Santa María. Madrid: Trotta, 2009.

SPENGLER, Oswald. *La decadencia de occidente*. Tradução de Manuel G. Morente. Madrid: Calpe, 1925. 2v.

WEINREB, Lloyd L. *A razão jurídica*. Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.4



# QUEM CONTROLA OS CONTROLADORES? A ATIVIDADE POLICIAL SOB O CONTROLE EXTERNO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

**Dorgival Renê Tolentino Leite**  
Bacharel em Direito

## Resumo

No exercício da atividade policial, frequentemente se constatações ações destoantes do seu verdadeiro objetivo – o de prestar segurança pública à sociedade. Neste sentido, há que se entender que durante o Estado Democrático de Direito, as liberdades e direitos dos indivíduos devem ser necessariamente respeitadas e asseguradas pelos profissionais responsáveis por tal mister. Neste desiderato, como instrumento de defesa contra ilícitos cometidos no exercício da atividade policial, o controle sobre as ações destes profissionais representa imperioso instrumento para a manutenção da democracia. Assim, o presente artigo foi desenvolvido a partir de um levantamento bibliográfico sobre as contribuições do filósofo Norberto Bobbio, de publicações realizadas pela doutrina nacional, bem como demais dispositivos inerentes ao controle sobre a atuação dos órgãos de segurança pública, oportunidade em que, após uma revisão de literatura, foi obtido como resultado a substancialidade do controle externo da atividade policial exercido pelo Ministério Público, em que pese a apuração de condutas contrárias ao ordenamento jurídico vigente e os princípios inerentes aos Direitos Humanos, atuando, ainda, no âmbito estrutural dos órgãos componentes das forças policiais, seja através da fiscalização sobre a estrutura física, de pessoal e de aparelhamento, tudo com o objetivo de se fazer aplicar a lei aos seus transgressores, proporcionando condições dignas para uma prestação de serviço de qualidade para os que anseiam por segurança pública, bem como para os que a fornecem.

**Palavras-Chave:** Ministério Público. Atividade policial. Controle. Direitos humanos. Democracia

## Abstract

In the exercise of police activity, actions are frequently found that are not in accordance with their true objective - that of providing public security to society. In this sense, it must be understood that during the Democratic

State of Law, the freedoms and rights of individuals must necessarily be respected and ensured by the professionals responsible for such a task. In this respect, as an instrument of defense against illicit crimes committed in the exercise of police activity, control over the actions of these professionals represents an imperative instrument for the maintenance of democracy. Thus, this article was developed from a bibliographical survey on the contributions of the philosopher Norberto Bobbio, publications made by national doctrine, as well as other devices inherent to the control over the performance of public security organs, an opportunity in which after a review Of literature, the substance of the external control of police activity exercised by the Public Prosecutor's Office was obtained, in spite of the verification of conduct contrary to the current legal system and the principles inherent to Human Rights, acting also in the structural scope of the Police forces, either through inspection of the physical structure, personnel and equipment, all with the aim of enforcing the law to its transgressors, providing decent conditions for a quality service provision for those who yearn for public safety, As well as for those who provide it. Keywords: Public prosecutor's office. Police activity. Control. Human rights. Democracy

## 1 Introdução

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito a partir do advento da Constituição Federal de 1988, inúmeras instituições tiveram que se moldar ao novo estado brasileiro, ocasião em que seus papéis passaram a ter conotações mais abrangentes e de imprescindível valor social para a manutenção do regime democrático vigente.

Nessa esteira, o Ministério Público e os Órgãos de Segurança Pública, se apresentam como instrumentos imprescindíveis de defesa da democracia, sob os auspícios da cidadania e da justiça, momento em que o desenvolvimento de suas atividades se inclina para o respeito aos direitos humanos e se delineiam em detrimento do bem-estar social.

Neste sentido, a Carta Magna consagrou os Órgãos de segurança pública como responsáveis pela manutenção da ordem pública, a fim de assegurar o estado de normalidade das coisas como resultado de sua atuação. Por outro lado, o Ministério Público ficou encarregado pela fiscalização da lei, defesa da democracia e dos direitos sociais e individuais, entre outros, pelos quais se destaca, para fins do presente artigo, o contro-

le da atividade policial, conferindo para tantos poderes sobre a atuação dos órgãos de segurança pública, no que tange aos delitos praticados no exercício da função policial.

Destarte, com o fim de se buscar respostas para questões presentes no dia a dia do serviço policial, serão apresentadas algumas concepções históricas e normativas referentes ao funcionamento das duas instituições e suas respectivas atuações, destacando o processo de construção dos seus papéis, sempre na busca de um aperfeiçoamento da segurança e o cumprimento de seu mister.

Ato contínuo, serão apresentadas algumas nuances relacionadas às atividades desenvolvidas pelo Ministério Público, com foco no controle externo da atividade policial, destacando seu papel neste contexto, em que pese o complexo sistema de atribuições, bem como o demasiado número de forças policiais que se inter-relacionam profissionalmente, a partir de prerrogativas, parâmetros e sistemas jurídico-administrativos específicos e próprios.

Ademais, será ressaltada a importância do controle institucional interno e externo sobre a consecução das atividades públicas, de modo que serão demonstradas concepções filosóficas e jurídicas a respeito do tema, com ênfase no seu papel indispensável para Estado Democrático de Direito.

A partir da percepção deste contexto, serão exibidas as formas de atuação do controle externo da atividade policial exercido pelo Ministério Público, ao passo que serão apontados os principais dispositivos que o norteiam, a partir de uma concepção legalista e crítica desta realidade, com sua efetiva ação no melhoramento da segurança pública como um todo, desde o padrão de comportamento dos policiais na rua até a própria estrutura dessas unidades policiais.

No mais, o trabalho será concluído através de uma reflexão sobre a atuação do Ministério Público no referido controle, oportunidade em que se aduzirá a respeito do seu exercício diante do cenário constitucional, objetivando trabalhar a perspectiva de sua atuação em consonância com o Estado Democrático de Direito.

## **2 O Ministério Público na Constituição Federal de 1988**

Com o surgimento da Constituição Federal e todas as suas nuances condicionadas ao Estado Democrático de Direito, a instituição Ministé-

rio Público passou a ter um papel de destaque no novo ordenamento constitucional, de tal modo a ser contemplada por inúmeras garantias, seja no campo institucional ou de seus próprios membros, cujo exercício da função os põem em situação vulnerável. Assim, a Carta Magna criou princípios que pudessem sustentar tais ações de maneira precisa e eficaz, de modo a conceber a estes profissionais ferramentas normativas capazes de gerar condições mínimas de proteção com afã de atingir o cumprimento do seu mister. Nesta perspectiva, princípios como o da unidade, indivisibilidade, independência funcional, administrativa e financeira elevam a instituição ao mais alto grau de autonomia, imprescindível para uma atuação efetiva e eficiente, de modo a garantir segurança para os que dela fazem parte<sup>1</sup>.

Neste sentido, o referido Órgão foi contemplado com prerrogativas que o erigiu a um *status* de função essencial à justiça e independência do poder executivo, legislativo e judiciário, proporcionando-lhe elevado grau de liberdade na condução do seu mister, sempre em direção à defesa da sociedade, seja na busca pela manutenção do Estado Democrático de Direito, da cidadania e do respeito aos direitos humanos, tudo sob os auspícios das garantias constitucionais dispensadas ao mesmo.

Destarte, a Constituição Federal de 1988 e demais dispositivos normativos infraconstitucionais vigentes ratificam a imprescindibilidade do Ministério Público no comprometimento de suas ações de garantia à cidadania e manutenção do Estado Democrático, a partir do amplo direcionamento de suas atividades, de modo a alcançar os mais variados segmentos da sociedade, bem como atingir a maior quantidade possível de temas que se relacionem com os anseios sociais, todos fundamentais para a concretização de uma justiça social lapidada pela Carta Magna de 1988.

Outrossim, incube ao mesmo realizar o monitoramento, controle e fiscalização dos atos administrativos dos demais poderes, assegurando o cumprimento de suas funções em face do interesse a que se prestam. Neste norte, sua atuação se remete a um vasto campo de controle, especialmente em detrimento de determinadas atividades essenciais a manutenção da democracia, a exemplo da segurança pública, compreendida

<sup>1</sup>Constituição Federal de 1988 – Art. 127 [...] § 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. § 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento.

como a união de vários órgãos policiais na formação de uma só pasta, e cuja prestação de serviço deve se delinear pelo respeito aos direitos humanos, sempre visando proporcionar a manutenção da ordem pública.

Ademais, o Ministério Público se apresenta como uma espécie de afrontador das injustiças, pondo-as como tema de discussão em meio à implementação de seus variados instrumentos jurídico-processuais, sejam Denúncias, Ações Cíveis Públicas, Recomendações, etc., com o desiderato de não apenas as ver cessarem, mas sobretudo as erigir ao campo da reflexão social, com o afã de se fomentar o debate sobre políticas públicas diversas, entre elas o respeito aos direitos humanos, violência contra mulher, contra criança, homofobia, discriminação racial, tortura, acessibilidade, entre tantos outros temas de fundamental importância para o desenvolvimento de uma democracia.

Diante de tal papel, suas ações se desenvolvem de igual modo no âmbito das políticas públicas, ao passo que interferem nas mais variadas pastas, seja controlando, monitorando ou cobrando a implantação de ações governamentais de respeito aos direitos assegurados pela Constituição de 1988, com destaque para a importância de tais ações na consecução do bem-estar social.

Ainda em sede de atuação, vale ressaltar as ações desenvolvidas como elo de ligação entre o Estado e a sociedade. Desta feita, o órgão ministerial, em meio ao desenvolvimento de inúmeros projetos em seu âmbito interno, promove a aplicação de iniciativas, cujos conteúdos são discutidos e comumente postos em práticas a partir de reuniões e sessões temáticas entre representantes de pastas importantes e a sociedade em geral, tudo previamente planejado a partir de programas próprios que têm o condão de fomentar a aplicação racional dos recursos públicos junto aos verdadeiros anseios do povo.

Deste modo, há que se destacar a relevância e abrangência da atividade ministerial não apenas no cumprimento material do ordenamento jurídico, mas, de igual modo, no alcance formal de ações que reconheçam seu valor para a sociedade. Neste sentido, vale apresentar as lições do Dr. José Eduardo Sabo Paes (2003, p. 178-179), a respeito das inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 sobre o desenvolvimento das atividades inerentes ao Ministério Público:

A Constituição de 1988 abriu um grande leque de possibilidades para a Instituição Ministerial, proporcionando-lhe poderosos mecanismos, entre os quais merecem ser destacados: a ação

penal pública, a ação civil pública e a ação de inconstitucionalidade (art. 129, I, III e IV). São mecanismos capazes de propiciar a intervenção do poder judiciário, buscando a aplicação efetiva da lei, seja para impor sanção penal, seja para prevenir e reparar prejuízos aos direitos dos cidadãos e também propor ação de inconstitucionalidade da lei.

O Ministério Público deverá exercer seu papel institucional até mesmo em oposição aos agentes do próprio Estado, se for o caso, pois, no sistema de pesos e contrapesos concebido pelo constituinte, foram conferidas à instituição funções que a colocam agora no papel de verdadeiro ombudsman. São atribuições relacionadas diretamente com o controle do Executivo e do legislativo, como a ação direta de inconstitucionalidade, a fiscalização do patrimônio público e dos serviços de relevância pública, a representação para fins de intervenção e o funcionamento perante o Tribunal de Contas. A isto se acrescenta o combate aos crimes praticados pelos agentes públicos contra a Administração Pública, em especial o peculato, a corrupção e a prevaricação. A estrita observância dos princípios constitucionais como os da moralidade, legalidade e finalidade, e o respeito aos direitos e garantias fundamentais do cidadão nos atos da Administração são ainda objeto dessas relevantes funções.

Diante do exposto, percebe-se o quão imprescindível é o papel do Ministério Público para a defesa da democracia, visto que a um único órgão concederam poderes extremamente amplos no que diz respeito ao controle da legalidade dos demais poderes, ensejando uma gama de atribuições que fazem do mesmo o principal instrumento institucional de defesa da sociedade.

### 3 A Segurança Pública na Constituição Federal de 1988

No contexto da segurança pública, faz-se necessário conceituarmos o termo “polícia” a fim de alcançarmos sua verdadeira incumbência e respectivo desiderato perante a sociedade. Assim, a palavra “polícia” é de origem grega e deriva da junção entre *polis* – que significa cidade – e o sufixo *cia* – que seria uma espécie de guarda ou vigia, oportunidade em que juntos significam “guarda da cidade”<sup>2</sup>. Desse modo, a polícia se destina à atividade de vigiar, guardar, policiar, proteger, etc., tudo em consonância com o bem a ser tutelado, seja o próprio cidadão ou seu próprio patrimônio individual ou coletivo.

<sup>2</sup> Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Pol%C3%ADcia>>. e Disponível em: <<https://www.gramatica.net.br/origem-das-palavras/etimologia-de-policia/>>.

Já em relação ao termo segurança pública, o mesmo se aplica de maneira muito mais abrangente ao passo que se materializa pelo estado de normalidade a ser assegurado pelos órgãos que o compõem, sempre na garantia do respeito aos direitos e assegurando o cumprimento dos deveres. Neste prisma, perfaz-se por um processo de continuidade de práticas conjuntas e conjuradas com o mesmo fim, qual seja a manutenção da ordem pública.

Neste ínterim, suas ações se permeiam por um sistema contínuo e atrelado às várias outras pastas, a exemplo da saúde, educação, emprego, laser, etc. que, diante de suas carências ou não, podem influir consideravelmente no aumento ou diminuição da insegurança.

Contudo, parte de tais definições só tiveram sua aplicabilidade concreta muito recentemente, pois todo o arcabouço de estruturas que aquilatam a segurança pública, até pouco tempo atrás, sequer existiam. Acontece que os sentidos da existência policial se modificaram consideravelmente durante todo o processo histórico, de modo que sua função se amoldava de acordo com o regime político, cultural e institucional instalado em determinada época, fato este propulsor para continuidade de diversas injustiças sociais.

Diante do referido contexto, importante frisar que, ao se portar como importante ator no processo histórico nacional, cujo tracejado se delineou por diversas nuances, seja em momentos gloriosos ou até mesmo nos mais indesejáveis, a Segurança Pública sempre atuou no contexto histórico-social do país. Nessa perspectiva, a partir do golpe de 1964, o Brasil se viu diante de uma nova consciência a ser desenvolvida pelos mais variados segmentos da sociedade que, em face da opressão e cerceamento de direitos naturais sofridos no referido momento, passou a se organizar em prol do reconhecimento e garantia de direitos imprescindíveis à existência de uma sociedade justa e solidária, a exemplo dos movimentos sociais de respeito aos direitos humanos, justiça, contra tortura, contra todas as formas de discriminação, inclusive da mulher, em prol dos moradores de rua, escola pública, entre outros.

Durante todo este processo e a partir das referidas lutas sociais, o país se abriu politicamente ao Estado Democrático de Direito, ocasião em que as atividades desempenhadas pelos órgãos de segurança pública, passaram a ter conotação paradoxal com as desenvolvidas outrora, em um contexto ditatorial. Ora, se até então defensores a mão de ferro das prerrogativas estatais, das quais se atrelavam as mais variadas formas de

desrespeito aos direitos humanos, agora, em meio a transição para o Estado Democrático de Direito, se veem como garantidores de tais direitos, de tal modo que esta reformulação se daria nos campos social, cultural, econômico, etc.

Neste particular, entendida como uma das principais pastas no que se refere a política pública de estado, a Segurança Pública se apresenta como ferramenta cuja tutela pertence ao Estado, e que tem como escopo a garantia da ordem pública. Desta feita, sua atividade se direciona à proteção da sociedade no que tange ao combate à criminalidade, respeito aos direitos humanos, as garantias e fundamentos constitucionais, ao pleno exercício da cidadania dos que dela fazem parte, entre vários outros direitos de igual importância.

Desse modo, no processo de construção da Carta Magna, as polícias foram destacadas em dispositivos constitucionais próprios contidos no capítulo III do título V, e que lhe conferiram divisão de funções por competência as classificando conforme suas respectivas prerrogativas, a saber:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Destarte, as funções dos variados órgãos são discorridas nos dispositivos seguintes:

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; IV - exercer, com

exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

Contudo, com o advento de inúmeros instrumentos normativos infra-constitucionais relacionados à segurança pública, diversos outros órgãos passaram a se enquadrar no referido contexto. Entre os dispositivos, citamos a Resolução nº 20/2007, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP<sup>3</sup>, a qual serve de base para edição de outras resoluções pelos Ministérios Públicos Federal e Estadual, adequando-a em seu âmbito interno, de modo a enquadrar como entidades de segurança pública, considerável número de corporações previamente harmonizadas com o preceito legal seguinte:

Art. 1º Estão sujeitos ao controle externo do Ministério Público, na forma do art. 129, inciso VII, da Constituição Federal, da legislação em vigor e da presente Resolução, os organismos policiais relacionados no art. 144 da Constituição Federal, bem como as polícias legislativas ou qualquer outro órgão ou instituição, civil ou militar, à qual seja atribuída parcela de poder de polícia, relacionada com a segurança pública e persecução criminal.

Dessa forma, Institutos de Polícia Científica, Unidades de Medicina Legal, Agentes Penitenciários, Guardas Municipais, Departamentos de Trânsito, Secretarias de Transporte e de Trânsito Municipais ou Estaduais, Órgãos ambientais, são apenas alguns de muitos outros órgãos de natureza civil ou não que se enquadram no referido rol.

<sup>3</sup> Res. nº 20, de 28 de maio de 2007 - Regulamenta o art. 9º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 e o art. 80 da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial.

## 4 O Controle externo da atividade policial exercido pelo Ministério Público como ferramenta de cidadania

Ao assumir seu papel como instituição essencial à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, individuais e indisponíveis<sup>4</sup>, o Ministério Público exerce seu mister como um dos principais responsáveis pela manutenção do Estado Democrático de Direito, de modo que sua função, enquanto controlador de diversas atividades institucionais, tem como escopo proporcionar qualidade no exercício da função pública prestada por seus respectivos órgãos. Neste sentido, indispensável a reflexão a respeito da importância do controle sobre determinados órgãos detentores de grandes poderes, a exemplo das entidades de segurança pública (BOBBIO, 2000).

Daí a importância de se entender o modo como a relação entre o poder e o direito necessita de que os mesmos caminhem juntos sobre a precisão de uma balança auferida por princípios fundamentais e que confira legitimidade para atuarem. Neste panorama, na medida em que o poder assegura o direito, este deve ser de igual modo utilizado para limitar aquele, ao passo que ambos terão o condão de sustentarem a democracia.

Tal relação é claramente percebida na conexão das atividades desempenhadas pelo Ministério Público e a Segurança Pública, oportunidade em que esta se utiliza do seu poder para assegurar e proteger direitos conferidos à sociedade, enquanto aquele lançará mão de suas prerrogativas delineadas pelo próprio direito, a fim de limitar o referido poder e obstacular possíveis abusos decorrentes de seu mau uso, bem como implementar meios para punir os que porventura tenham extrapolado suas funções e cometido determinados ilícitos.

Desse pressuposto, a assertiva é que o Ministério Público exercerá seu poder institucional de modo a garantir que tais serviços sejam efetivamente exercidos sob os pilares normativos inerentes às atividades desenvolvidas no âmbito da Segurança Pública, de modo a atuar não apenas na repressão aos crimes institucionais, mas sobretudo diante de políticas públicas de interesse social com fomento ao desenvolvimento de

---

<sup>4</sup>Constituição Federal de 1988 - Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

condições necessárias à prestação de um serviço digno para a sociedade como um todo.

Nesta perspectiva, a Carta Magna de 1988 conferiu ao referido Órgão Ministerial importantes poderes na defesa da democracia, os quais o credenciam como principal fiscalizador da lei em face do amplo alcance de suas prerrogativas ministeriais. Senão, vejamos:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Em consonância com o disposto acima, impende destacar entre as referidas funções ministeriais, a relacionada ao controle externo da atividade policial, tema norte do presente estudo, ocasião em que seu desenvolvimento se mostra bastante amplo, alcançando a seara administrativa, social e jurídica das instituições que perfazem o complexo sistema de Segurança Pública, em face de uma concreta e incansável busca pelo respeito aos Direitos Humanos no desenvolvimento de tais atividades policiais.

Neste norte, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, a fim de definir com maior precisão a amplitude do mencionado desiderato ministerial, bem como padronizar suas atividades inerentes ao controle externo da atividade policial nos diversos estados federativos, contemplou na Resolução de nº 20/2007, cujo conteúdo

regulamenta o art. 9º da Lei Complementar nº 75/93 e o art. 80 da Lei nº 8.625/93, dispositivo cujo conteúdo obstacula, de uma vez por todas, grande resistência por parte dos órgãos policiais em serem controlados externamente.

No mais, o supramencionado instrumento normativo definiu, em seu Art. 2º, as atribuições do Ministério Público no controle externo, conforme a seguir:

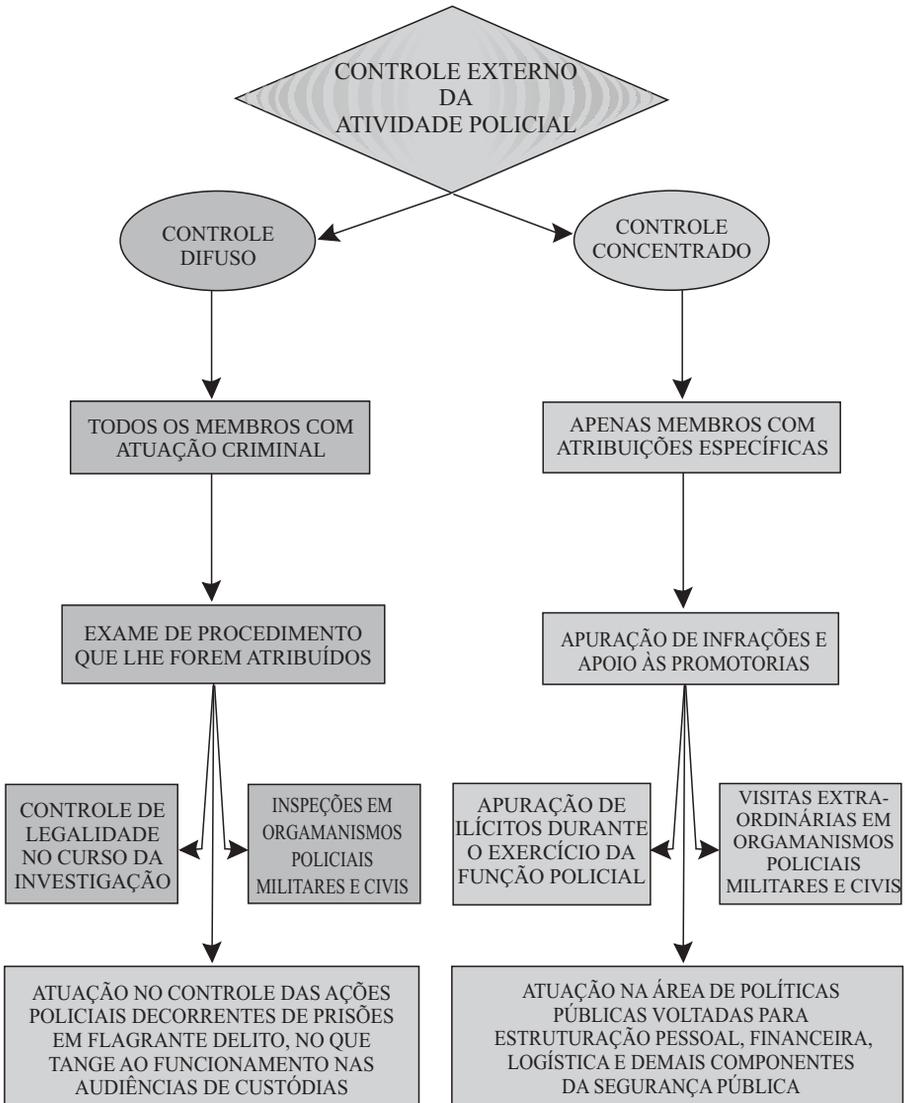
Art. 2º O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público tem como objetivo manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, bem como a integração das funções do Ministério Público e das Polícias voltadas (sic) para a persecução penal e o interesse público, atentando, especialmente, para: I – o respeito aos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal e nas leis; II – a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público; III – a prevenção da criminalidade; IV – a finalidade, a celeridade, o aperfeiçoamento e a indisponibilidade da persecução penal; V – a prevenção ou a correção de irregularidades, ilegalidades ou de abuso de poder relacionados à atividade de investigação criminal; VI – a superação de falhas na produção probatória, inclusive técnicas, para fins de investigação criminal; VII – a probidade administrativa no exercício da atividade policial.

Percebe-se, a partir do exposto, a preocupação do legislador quanto ao acesso do *Parquet* a todas as formas de atuação policial, seja na atividade repressiva, preventiva, investigativa, instrutória, pericial, etc., tudo com o afã de se alcançar o maior nível de monitoramento sobre tais ações, de modo a proporcionar a sociedade uma prestação de serviços permeada pelo respeito aos direitos fundamentais inerentes à cidadania e dignidade humana.

Desta feita, sua atuação, quando no controle da atividade policial, se dará sobre os pilares do poder concentrado e difuso, sendo este exercido por todos os Membros do Ministério Público com atribuição criminal, atuando nas audiências de custódias, inspeções em unidades policiais e quando do exame dos procedimentos que lhes forem atribuídos, instante em que aquele se desenvolverá através de Membros com atribuições específicas, conforme disciplinado no âmbito de cada Ministério Público<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Art. 3º da Resolução de nº 20 de 28 de maio de /2007 do CNMP.

Com o desiderato de se facilitar a compreensão de tal mister, foi elaborado fluxograma, cujo conteúdo apresenta sistematicamente a divisão de tais controles consoante suas respectivas competências, conforme a seguir:



Fonte: Próprio autor à luz da Resolução nº 20 de 28 de maio de 2007 do CNMP.

À vista do referido esquema, necessário ressaltar a recente atuação do Ministério Público durante as audiências de custódias realizadas no âmbito dos Estados, momento em que o referido órgão, a partir do controle difuso, monitorará a legalidade das prisões em flagrante delito.

Acerca do tema, as audiências de custódias, já amparadas pelo Pacto de São José da Costa Rica<sup>6</sup>, da Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, entre outros, têm a faculdade de submeter o preso em flagrante delito à presença de um Juiz, em no máximo 24 horas, a fim de que seja ouvido e analisada a legalidade da sua prisão, com o fim de relaxá-la, conceder *liberdade provisória* com ou sem fiança, substituir a *prisão em flagrante* por medidas cautelares diversas, convertê-la em prisão preventiva, etc., de forma que o Promotor de Justiça atuará no controle externo da atividade policial durante a referida sessão.

No mais, durante o controle concentrado, acentua-se a imprescindibilidade da função ministerial não apenas na apuração de ilícitos cometidos no exercício da função policial, mas, outrossim, na postulação de instrumentos judiciais ou extrajudiciais – Ações Cíveis Públicas, Termos de Ajustamento de Condutas, Recomendações, Denúncias, etc. – com o escopo de se reivindicar a implementação de políticas públicas destinadas à Segurança Pública.

## 5 Conclusão

A conjuntura em que se delineou o processo democrático brasileiro trouxe à baila elevado grau de mudança na vida social de todos, haja vista que o país, a partir da Constituição Federal de 1988, ampliou consideravelmente a garantia dos direitos fundamentais com o propósito de conviver harmoniosamente e sob os pilares dos Direitos Humanos. Contudo, em meio à impregnação de práticas vivenciadas tempos atrás, ainda são cerceados direitos vitais ao exercício da cidadania e da justiça social.

Certo é que não se pode olvidar das instituições e instrumentos postos a favor da sociedade com o escopo de reprimir, prevenir e punir atos atentadores à dignidade humana, especialmente quando cometidos por aqueles que, detentores de grande parcela de poder, têm como função proteger tais premissas.

---

<sup>6</sup> Art. 7º, 5. da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)

Neste norte, a Segurança Pública desenvolve suas atividades no cumprimento a tais preceitos, ocasião em que se destina a manter a ordem pública e proteção dos direitos fundamentais, utilizando para tal fim de enorme parcela de poder e de controle social, momento em que, inevitavelmente, tem suas atividades monitoradas a fim de proporcionar transparência perante os demais órgãos que a controlam.

Neste contexto, não há como preservar o respeito aos Direitos Humanos quando o poder é distribuído sem que haja o devido controle. Ora, a aplicação do mesmo deve ser desenvolvida sobre a máxima de que seu executor representa o Estado cuja função representa o próprio povo. Sob este ângulo, o poder sem controle trará como resultado a perda da democracia, já que não teremos “o controle do poder por parte dos cidadãos, mas o controle dos súditos por parte do poder.” (BOBBIO, 2000, p. 31).

A propósito, diante deste cenário, o Ministério Público se apresenta como instituição de maior relevância na realização do controle sobre outros órgãos. Desta feita, há que se destacar seu papel indispensável não apenas na manutenção do Estado Democrático de Direito, mas, sobretudo, no seu aperfeiçoamento, oferecendo sustentação às contribuições e ensinamentos do grande filósofo do direito Norberto Bobbio, em meio à sua brilhante perquisição acerca de “Quem controla os controladores?”.

## Referência

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 200.

\_\_\_\_\_. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. *1909: a era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. *O futuro da democracia*. 8. E0,d. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal.

EDUCAÇÃO com ênfase em direitos humanos: salto para o futuro. TV Escola, Ano XXIII, Boletim 24, nov. 2013. Disponível em: <<http://tvescola.mec.gov.br/tve/salto/publicacao>>.

FOCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. São Paulo: Vozes, 2011.

FREITAS, Manuel Pinheiro. *Controle externo da atividade policial: do discurso à prática*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/o-controle-externo-da-atividade-policial-do-discurso-%C3%A0-pr%C3%A1tica>>. Acesso em: 12 nov. 2016.

MAYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *O Ministério Público na Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/46/29](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/46/29)>. Acesso em: 12 nov. 2016.

MARQUES, Carlos Alexandre. *Controle externo da atividade policial: natureza e mecanismos de exercício*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1598/control-externo-da-atividade-policial>>. Acesso em: 27 out. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Resolução CNMP nº 20, de 28 de maio de 2007. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal\\_2015/](http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/)>.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA PARAÍBA. Resolução CPJ nº 014/2011, de 24 de maio de 2011. Disponível em: <[http://arquivos.mppb.mp.br/colegio/resolucao/resol\\_14\\_2011.pdf](http://arquivos.mppb.mp.br/colegio/resolucao/resol_14_2011.pdf)>.

MONET, Jean-Claude. *Polícias e sociedades na Europa*. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. 2. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

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

PEDROSO, Regina Célia. *Estado autoritário e ideologia policial*. São Paulo: Fapesp, 2005.

SANTOS, Victor Riccely Lins. *Raízes históricas do Ministério Público e sua atual configuração constitucional no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,raizes-historicas-do-ministerio-publico-e-sua-atual-configuracao-constitucional-no-direito-brasileiro,46435.html>>MAZZILLI, Hugo Nígro>. Acesso em: 11 nov. 2016.

SILVA, Aída M. Monteiro; TAVARES, Celma. *Políticas e fundamentos da educação em direitos humanos*. São Paulo: Cortez, 2010.

TOSI, Giuseppe; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra (Organizadores). *Brasil, violação dos direitos humanos Tribunal Russull II*. João Pessoa: UFPB, 2014.

WENDT, Emerson. *O controle externo das atividades policiais pelo Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-controle-externo-da-atividade-policial-pelo-ministerio-publico/14644/>>. Acesso em: 14 nov. 2016. Acesso em: 14 nov. 2016.



# PLANOS DE SAÚDE: O DIREITO DO USUÁRIO AO ATENDIMENTO DOMICILIAR (HOME CARE)

Samantha Furtado Ferreira Carvalho  
Bacharela em Direito

## Resumo

A preocupação deste estudo é refletir sobre o direito do usuário do plano de saúde ao atendimento domiciliar (*home care*), ainda que exista vedação expressa no contrato. Este artigo tem como objetivo analisar quais são os benefícios que o atendimento domiciliar traz ao paciente, bem como quais medidas poderiam ser adotadas, à luz da jurisprudência pátria e da legislação atual, caso o pedido seja negado pela operadora do plano de saúde. Concluiu-se que a exclusão da cobertura de serviços médicos em domicílio (*home care*) pelas operadoras de planos de saúde mostra-se abusiva, pois restringe direito fundamental inerente à natureza do contrato, a ponto de tornar impraticável a realização de seu objeto, além de colocar em risco a saúde do usuário/consumidor que teve prescrito o atendimento domiciliar como a melhor opção para sua enfermidade.

**Palavras-chave:** Planos de saúde. Direito do usuário. Atendimento domiciliar.

## Abstract

The concern of this study is to reflect on the right health plan user home care (*home care*) although there is sealing expressed in the contract. This article aims to analyze what are the benefits that home care brings to the patient, and what measures could be adopted in the light of country case law and current legislation, if the request is denied by the health plan provider. It was concluded that the exclusion of coverage for medical services at home (*home care*) by the operators of health plans, proves to be abusive, because it restricts a fundamental right inherent in the nature of the contract, as to render impossible the realization of its object, besides putting at risk the health of the user/consumer who had prescribed home care as the best option for your illness.

**Keywords:** Health Plans. User right. Home care.

## 1 Introdução

Em geral, *home care* significa atenção à saúde no domicílio, que permite ao paciente ser internado em sua própria residência, com o cuidado intensivo e multiprofissional, caracterizado pelo deslocamento de uma parte da estrutura hospitalar para o seu lar. É uma modalidade que tem se revelado uma opção segura e eficaz, direcionada a pacientes portadores de doenças crônicas ou agudas.

Atualmente, no Brasil, mais de um milhão de pessoas recebe atenção domiciliar, seja atendimento (cuidado ambulatorial residencial) ou internação (hospitalização em casa). Os números são do censo do Núcleo Nacional das Empresas de Serviços de Atenção Domiciliar (NEAD).

O que explica esse aumento pela procura dos serviços domiciliares é o fato de o *home care* ser um sistema que traz inúmeras vantagens tanto para o paciente, que corre menos risco de infecção, que conta com a presença constante de seus familiares e com o conforto de sua residência, como para a operadora de saúde, na medida em que é menos custoso que o regime de internação hospitalar.

Todavia, mesmo que o *home care* não derive tão somente do desejo do paciente, mas de indicação médica, o beneficiário, ao procurar seu plano de saúde para que autorize a internação domiciliar, recebe, na maioria das vezes, a negativa para tal tratamento, sob o fundamento de exclusão contratual, mesmo existindo vantagens para ambas as partes.

No decorrer deste trabalho, à luz do que dispõe o Código de Defesa do Consumidor e a recente jurisprudência pátria, será demonstrada a viabilidade de pleitear-se judicialmente o atendimento domiciliar negado ao paciente.

## 2 O que é *home care*?

*Home care* é uma modalidade *sui generis* de oferta de serviços de saúde. O plano de saúde provê cuidados, tratamentos, produtos, equipamentos, serviços especializados e específicos para o paciente em um ambiente fora do hospital, sem a obrigatoriedade de ser utilizada a sua residência.

Em *home care*, a condição clínica ou enfermidade do paciente torna-se parte de um plano de tratamento global e integrado, cuja finalidade

é a ação preventiva, curativa, reabilitadora e/ou paliativa especializada. Poucos serviços de saúde têm estas características.

A singularidade de tais serviços se fundamenta no método de operação. A metodologia integrada envolve todos os fatores que contribuem para o restabelecimento da saúde física, social e psicológica do paciente, sem esquecer o familiar/acompanhante, pois este desfruta de melhores condições para dedicar-se o tempo todo ao paciente. Além de o sistema *home care* atender a todos esses fatores, também utiliza uma metodologia adequada de questionamento, avaliação, planejamento, implementação, acompanhamento e finalização de um conjunto de ações diretamente relacionadas, com metas bem estabelecidas por uma equipe multidisciplinar.

O atendimento e a internação domiciliares serão realizados por equipes multidisciplinares que atuarão nos níveis da medicina preventiva, terapêutica e reabilitadora. O atendimento e a internação domiciliares só poderão ser realizados por indicação médica, com expressa concordância do paciente e de sua família.

A Lei nº 8.080/90, que regula o Sistema Único de Saúde, alterada pela Lei nº 10.424/2002, dispõe que

19-I: São estabelecidos, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o atendimento domiciliar e a internação domiciliar. (Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002);

§ 1º Na modalidade de assistência de atendimento e internação domiciliares, incluem-se, principalmente, os procedimentos médicos, de enfermagem, fisioterapêuticos, psicológicos e de assistência social, entre outros necessários ao cuidado integral dos pacientes em seu domicílio. (Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002);

§ 2º O atendimento e a internação domiciliares serão realizados por equipes multidisciplinares que atuarão nos níveis da medicina preventiva, terapêutica e reabilitadora. (Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002);

§ 3º O atendimento e a internação domiciliares só poderão ser realizados por indicação médica, com expressa concordância do paciente e de sua família. (Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002).

Dentre as inúmeras vantagens do *home care*, podem-se destacar as seguintes:

Vantagens para o paciente:

- ser tratado no aconchego e no conforto do seu lar;
- ter maior privacidade, maior controle e segurança física, bem como usar a sua própria roupa;

- ter maior dignidade em um ambiente que não alimenta a ideia de estar enfermo;
- não permanecer, por longo tempo, impedido de desfrutar de sua habitual socialização;
- poder contar com o constante apoio, atenção e carinho da família; alimentar-se adequadamente com alimentos preparados, sob orientação profissional;
- recuperar a saúde no menor prazo possível (já foi comprovado que a recuperação, por meio de *home care*, é mais eficiente e mais rápida);
- evitar riscos de infecções hospitalares cruzadas;
- receber tratamento e cuidados de sua família, quase sempre com qualidade superior à hospitalar.

Vantagens para o Médico do paciente (titular):

- a equipe multidisciplinar do sistema *home care* propicia um trabalho organizado e bem planejado, que se traduz em uma visão global do paciente, algo muitas vezes impossível quando o paciente está hospitalizado;
- o médico continua recebendo os seus honorários de acordo com a tabela do convênio;
- o paciente recebe acompanhamento do médico responsável da empresa de *home care*, que, por sua vez, mantém o médico titular atualizado a respeito do seu paciente.

Vantagens para a família:

- ver, sentir e cuidar do familiar (paciente) na própria residência, com todos os recursos hospitalares, sem necessidade de deslocamento para o hospital em horário predeterminado, ou, como é comum, sem ter de pernoitar por longo período no hospital;
- diminuição do tempo despendido e dos custos com locomoção e estacionamento, sem considerar os riscos inerentes ao deslocamento e o conseqüente estresse;
- melhor acompanhamento da evolução do estado de saúde do paciente, por meio dos serviços prestados em caráter particular.

Vantagens para o Plano de Saúde:

- redução dos custos em, no mínimo, 30%, segundo estudos já realizados;

- maior grau de satisfação por parte de seus usuários, valorizando e prestigiando a instituição;
- manutenção da boa imagem junto à sociedade, na medida em que não se expõe a frequentes ações judiciais para obrigá-lo a cumprir o que a lei determina.

Vantagens para o Hospital:

- liberação de leitos, contribuindo para aumentar a oferta de vagas para internação;
- diminuição dos custos financeiros, notadamente nos casos em que o paciente permanece internado além do período necessário à realização dos exames e procedimentos indispensáveis ao diagnóstico da enfermidade e estabilização do mesmo.

Contudo, não obstante as inúmeras vantagens destacadas quanto ao atendimento domiciliar (*home care*), mesmo após a prescrição médica, quando o paciente/beneficiário solicita ao plano de saúde no qual está vinculado a concessão do referido tratamento, na maioria dos casos, tal solicitação é negada.

### 3 O direito do paciente ao *home care*

Com efeito, as negativas dos planos de saúde contrariam a própria indicação médica, isso porque não cabe à operadora escolher o procedimento que será prescrito ao paciente. Assim, deve-se respeitar a prescrição da equipe médica, a qual é a única responsável pelo tratamento indicado.

Assim, a negativa de concessão do *home care* frustra os objetivos do contrato consistente no reembolso e na prestação de serviços necessários para a manutenção da saúde do consumidor, o que configura abusividade por parte da operadora do plano porque incompatíveis com a boa-fé, que impõe às partes ao longo da execução do contrato e do dever de cooperação.

Como é sabido, a saúde é direito social de todos e dever do Estado, e as ações e serviços que a ele digam respeito são considerados de relevância pública, dessa forma, dispõe a Constituição Federal:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde 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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O direito à saúde emerge no constitucionalismo contemporâneo dentro da categoria dos chamados direitos sociais. A partir do século XX, o rol dos direitos fundamentais passou a incluir os ditos direitos sociais que constituem em garantia as prestações do Estado.

Ciente da importância deste direito, o legislador constituinte erigiu as ações e serviços de saúde como de relevância pública, uma vez que necessários estes são para fazer valer os mais fundamentais princípios da Carta Magna, entre eles o princípio da dignidade humana.

A Lei Orgânica da Saúde assegura, em seu artigo 2º, que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Estabelece como seus princípios básicos, entre outros, a universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência e a integralidade desta assistência.

Com efeito, o plano privado de assistência à saúde ou seguro saúde surgiu como forma de custeio dos riscos de assistência médica aos seus beneficiários. O segurado assume a obrigação de pagar mensalmente o valor e, implementando-se o risco previsto, a operadora do plano reembolsa ou efetua o pagamento necessário para que o beneficiário tenha acesso aos tratamentos e acompanhamentos adequados.

Desse modo, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas no sentido de expandirem os direitos nelas subjacentes, salientando-se que, em se tratando de plano de saúde – a qual constitui um dos direitos fundamentais do indivíduo e um dos pressupostos para o exercício dos demais, porquanto integrador das condições básicas de uma vida digna que permite o ser humano se desenvolver amplamente –, deve-se buscar conferir máxima efetividade aos tratamentos e acompanhamentos que se fizerem necessários e que sejam cobertos pelo contrato.

Ademais, as suas cláusulas, naturalmente, devem ser interpretadas em consonância com o ordenamento jurídico que, na Constituição da

República, determina que os direitos fundamentais ali previstos constituem o núcleo mínimo a ser garantido, de modo que é lícita uma hermenêutica contratual que vise a conferir-lhes maior concretude, eficácia e, certamente, amplitude.

Celebrado contrato de seguro de saúde, surge uma situação de boa-fé a ser protegida, constituída pela crença legítima dos beneficiários de que, implementado o risco garantido, receberão o tratamento necessário, cujas despesas ficarão a cargo da empresa seguradora.

A Resolução Normativa da ANS nº 211/2010 prevê, em seu artigo 13, a obrigatoriedade de fornecimento de internação domiciliar em substituição à internação hospitalar, independentemente de previsão contratual, sempre que esse serviço for oferecido pela prestadora, *in verbis*:

Art. 13. Caso a operadora ofereça a internação domiciliar em substituição à internação hospitalar, com ou sem previsão contratual, deverá obedecer às exigências previstas nos normativos vigentes da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA e nas alíneas “c”, “d” e “e” do inciso II do artigo 12 da Lei nº 9.656, de 1998.

Parágrafo único. Nos casos em que a assistência domiciliar não se dê em substituição à internação hospitalar, esta deverá obedecer à previsão contratual ou à negociação entre as partes.

No exercício do seu papel de regular o setor e prevenir conflitos, a ANS determinou que a assistência domiciliar (*home care*), quando ocorre em substituição à internação hospitalar, deve ser fornecida independentemente de previsão contratual. Não se trata de imposição, mas de mera interpretação do contrato à luz da dignidade da pessoa humana e do Código de Defesa do Consumidor.

A vida e a saúde são, portanto, os direitos mais elementares, fundamentais e de primeira grandeza do ser humano, pressupostos de existência dos demais direitos, adequando-se na categoria de direitos individuais indisponíveis, razão pela qual merecem especial cuidado, sobretudo quando se trata da recusa de disponibilização de estrutura necessária e custeio do atendimento médico.

Diante da negativa dos planos de saúde, os pacientes e consumidores não possuem outra solução a não ser buscar o Poder Judiciário para que seja concedido o tratamento que melhor atende suas necessidades.

Em pesquisa à jurisprudência pátria, é possível verificar que os Tribunais Superiores vêm entendendo no sentido de que devem ser apli-

casas aos contratos de Planos de Saúde as regras esculpidas no Código de Defesa do Consumidor, como forma de proteção da parte hipossuficiente, o que inclui a assistência no sistema de internação domiciliar, devidamente prescrita pelo médico.

Em recente decisão, ao negar recurso da Omint Serviços de Saúde Ltda., a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reafirmou o entendimento de que o *home care* – tratamento médico prestado na residência do paciente –, quando determinado pelo médico, deve ser custeado pelo plano de saúde mesmo que não haja previsão contratual. Esse direito dos beneficiários dos planos já está consolidado na jurisprudência das duas turmas do tribunal especializadas em matérias de direito privado.

A empresa recorreu contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) que a obrigou a custear o tratamento domiciliar de um portador de doença obstrutiva crônica e ainda manteve indenização de danos morais fixada em primeira instância. O *home care* foi a forma de tratamento prescrita pelo médico até que o paciente possa caminhar sem auxílio da equipe de enfermagem. A Omint alegou que não poderia ser obrigada a custear despesas de *home care*, pois o serviço não consta do rol de coberturas previstas no contrato.

O relator, ministro Paulo de Tarso Sanseverino, disse que o contrato de plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não pode restringir a modalidade de tratamento para as enfermidades cobertas.

Confirmando a decisão da Justiça fluminense, o ministro afirmou que o serviço de *home care* é um desdobramento do atendimento hospitalar contratualmente previsto, e, portanto, o tempo de internação não pode ser limitado, conforme estabelece a Súmula 302 do STJ. Destacou ainda o iminente Relator que o serviço de *home care*, quando necessário como no caso analisado, é menos oneroso para o plano de saúde do que a internação em hospital.

Além disso, a alegação da ausência de previsão contratual não beneficia à Omint, segundo o relator, porque, na dúvida sobre as regras contratuais, deve prevalecer a interpretação mais favorável ao segurado que faz um contrato de adesão. É o que preveem o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 423 do Código Civil.

Seguindo essas regras, o Relator reconheceu que é abusiva a recusa do plano de saúde a cobrir as despesas do serviço de *home care*, que no caso é imprescindível para o paciente. Mesmo se houvesse exclusão expressa dessa cobertura no contrato, ele afirmou que tal cláusula seria abusiva.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, diante de reiteradas decisões, e

com o objetivo de uniformizar o entendimento, editou a súmula 90, em fevereiro de 2012, que diz: “*Havendo expressa indicação médica para a utilização dos serviços de ‘home care’, revela-se abusiva a cláusula de exclusão inserida na avença, que não pode prevalecer.*”

Portanto, à luz das normas protetivas ao consumidor, o TJ/SP, firmou entendimento que as negativas dos planos de saúde, em relação aos serviços de *home care*, são abusivas e não devem prosperar, e qualquer cláusula que exclua o tratamento domiciliar ao paciente é abusiva, vez que impede que o contrato atinja a finalidade a que se destina, podendo ser combatida na Justiça.

A propósito, no mesmo sentido de que a exclusão do atendimento domiciliar ainda que expressa no contrato não afasta a concessão do tratamento, já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conforme julgados colacionados a seguir, inclusive recentemente:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO COMINATÓRIA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE SAÚDE - COBERTURA HOME CARE PARA APARELHO BIPAP - RESTRIÇÃO ABUSIVA - DANOS MORAIS CABÍVEIS - QUANTUM INDENIZATÓRIO - Se existe previsão contratual para o tratamento da enfermidade, a técnica utilizada para se chegar ao resultado final, sem sombra de dúvida, deve ser a que cause menor risco e torne mais efetiva a recuperação do paciente, à escolha do médico responsável. "O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura" (STJ, REsp 668216 /SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 02/04/2007). - É nula de pleno direito a cláusula contratual que exclui da cobertura tratamento domiciliar essencial para garantir a saúde da segurada, e comprovada a existência de recomendação médica no sentido de que o tratamento seja realizado na residência da paciente, deve ser mantida a decisão. - O mero descumprimento contratual, a princípio, não enseja o dever de indenizar. Todavia, a negativa do plano em autorizar o tratamento indicado, sob o argumento de que não se encontra prescrito no rol da ANS, enseja a condenação no pagamento de indenização por danos morais. - A reparação por danos morais, ao mesmo tempo em que não deve permitir o enriquecimento injustificado do lesado, também não pode ser fixada em valor insignificante, pois deve servir de reprimenda para evitar a repetição da conduta abusiva. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.14.229924-7/001, Des. Rel. Domingos Coelho, julg. 21.09.2016, DJE 27.09.2016)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - APLICABILIDADE -

INSUFICIÊNCIA RESPIRATÓRIA AGUDA - APARELHO DE VENTILAÇÃO ARTIFICIAL BIPAP, PARA USO DOMICILIAR - NEGATIVA DE COBERTURA - ILEGALIDADE - EXISTÊNCIA DE EXPRESSA EXCLUSÃO CONTRATUAL - IRRELEVÂNCIA - EQUIPAMENTO NECESSÁRIO AO SUCESSO DO TRATAMENTO - HODIERNA JURISPRUDÊNCIA DO STJ - RECURSO DESPROVIDO. A existência de expressa exclusão contratual se apresenta irrelevante para o deslinde da controvérsia, tendo em vista a jurisprudência que se firmou perante o STJ, no sentido de que revela-se abusiva a negativa de cobertura de tratamento na modalidade “home care” que se mostre imprescindível para a recuperação do quadro clínico do paciente, com o consequente fornecimento do equipamento portátil de ventilação pulmonar BIPAP. (TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.14.346351-1/001, Des. Rel. Sérgio André da Fonseca Xavier, julg. 20.09.2016, DJE 23.09.2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. COBERTURA “HOME CARE” RESTRIÇÃO ABUSIVA. CLÁUSULA NULA DE PLENO DIREITO. PRECEDENTES DO STJ. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E PERIGO DE DANO. COMPROVAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. DECISÃO MANTIDA. 1- Se existe previsão contratual para o tratamento da enfermidade, a técnica utilizada para se chegar ao resultado final, sem sombra de dúvida, deve ser a que cause menor risco e torne mais efetiva a recuperação do paciente, à escolha do médico responsável. “O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura” (STJ, REsp 668216 /SP, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 02/04/2007). 2- Firmada a jurisprudência do STJ no sentido de ser nula de pleno direito a cláusula contratual que exclui da cobertura tratamento domiciliar essencial para garantir a saúde do segurado e comprovada a existência de recomendação médica no sentido de que o tratamento seja realizado na residência da paciente, resta comprovada por prova inequívoca a verossimilhança da alegação, além de existente evidente risco de vida à Agravada, pelo que correta a decisão que defere a antecipação de tutela pleiteada. 3- Comprovados os requisitos do art. 273 do CPC de 73, impõe-se a concessão de tutela antecipada. (TJMG, Agravo de Instrumento nº 1.0105.15.042039-3/001, Des. Rel. José Marcos Vieira, julg. 18.08.2016, DJE 26.08.2016)

APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO DE SEGURO DE SAÚDE - CRIANÇA - BENEFICIÁRIA - DOENÇA CONGÊNITA RARA - CONVENIÊNCIA DO ATENDIMENTO DOMICILIAR - FISIOTERAPIA - ACOMPANHAMENTO DA MENOR POR TÉCNICO DE ENFERMAGEM -

NECESSIDADE - MÁXIMA EFETIVIDADE DO TRATAMENTO - DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. - O plano privado de assistência à saúde ou seguro saúde surgiu como forma de custeio dos riscos de assistência médica aos seus beneficiários. O segurado assume a obrigação de pagar mensalmente o valor e, implementando-se o risco previsto, a operadora do plano reembolsa ou efetua o pagamento necessário para que o beneficiário tenha acesso aos tratamentos e acompanhamentos adequados.- As cláusulas contratuais devem ser interpretadas no sentido de expandirem os direitos nelas subjacentes, salientando-se que, em se tratando de plano de saúde - a qual constitui um dos direitos fundamentais do indivíduo e um dos pressupostos para o exercício dos demais, porquanto integrador das condições básicas de uma vida digna que permite o ser humano se desenvolver amplamente -, deve-se buscar conferir máxima efetividade aos tratamentos e acompanhamentos que se fizerem necessários. - Celebrado contrato de seguro de saúde, surge uma situação de boa-fé a ser protegida, constituída pela crença legítima dos beneficiários de que, implementado o risco garantido, receberão o tratamento necessário, cujas despesas ficarão a cargo da empresa seguradora. - Em se verificando que o tratamento fisioterápico em domicílio e o acompanhamento da menor por técnico em enfermagem garantem melhores resultados, deve o plano de saúde cobrir tais serviços. (TJMG, Processo nº 1.0024.06.276692-8/007, Des. Rel. Elpídio Donizetti, julg. 27.03.2012, publ. 03.04.2012).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - CONVERSÃO EM MEDIDA LIMINAR - PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE - APLICAÇÃO - PODER GERAL DE CAUTELA - APLICAÇÃO - PREVISÃO LEGAL - PLANO DE SAÚDE - SISTEMA INTERNAÇÃO DOMICILIAR - CDC - APLICAÇÃO - PRECEDENTES. I - Com fundamento no princípio da fungibilidade entre as medidas cautelares e as antecipatórias dos efeitos da tutela, pode o juiz deferir providência de natureza cautelar em caráter incidental, desde que presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. II - Aplica-se aos contratos de Planos de Saúde as regras insculpidas no Código de Defesa do Consumidor, como forma de proteção da parte hipossuficiente, o que inclui a assistência no sistema de internação domiciliar, devidamente prescrita pelo médico. (TJMG, Processo nº 1.0024.12.1440291/001, julg. 19/07/2012, publ. 25/07/2012).

Aliás, conforme já foi tratado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná, o internamento domiciliar ainda é mais econômico do que o internamento hospitalar:

APARENTE INCAPACIDADE CIVIL DA AUTORA RECONHECIDA EM DECISÃO QUE NOMEOU CURADOR PROVISÓRIO. (...). TRATAMENTO *HOME CARE*. OBRIGAÇÃO DA SEGURADORA DE CUSTEAR ESSE

TRATAMENTO. DANO MORAL. NÃ O CARACTERIZAÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE (...). 4. Tratamento *home care* não acarreta, em princípio, um maior ônus à seguradora. Ao contrário, reduz os custos econômicos do tratamento da segurada, além de ser para esta mais benéfico, razão pela qual a cláusula que o exclui é, também em princípio, abusiva. 5. O processo de consumo, isto é, o processo que envolve relações de consumo, deve ser o mais efetivo possível, e para que isso possa ocorrer permite-se que as questões processuais sejam resolvidas com atenção especial ao direito material e à proteção dos direitos do consumidor, adotando-se, por exemplo, a solução de se permitir à autora o pagamento das contraprestações do seguro a partir do julgamento da causa, assegurando-lhe, concomitantemente, a cobertura pretendida. (...). Apelação provida em parte. (TJPR. Ap. Cível 0505696-6. 10ª C. Cível. Relator: Juiz Albino Jacomel Guérios. Julgamento: 07.07.09).

[...] o tratamento *home care* rompe afinal o equilíbrio contratual, criando para a operadora um gravame desproporcional à contraprestação? O tema é tratado pelos especialistas, médicos e administradores, desta forma: a) o tratamento é muito mais benéfico em termo de terapia e cura do que o tratamento hospitalar, aumentando as chances e o tempo de cura; b) em termos de custos para a operadora, há uma economia de 40% a 60%, advinda do não custeio do internamento (parte de acomodações, refeições, enfermagem etc.). Isso equivale a dizer que, de modo geral, o sistema *home care* é mais econômico e ao mesmo tempo mais eficiente ao paciente [...]". (TJPR. AI 0618422-3. 10ª C. Cível. Relator: Des. Valter Ressel. Julgamento: 21.01.2010).

Diante dos julgamentos apresentados, pode-se dizer que a Justiça tem se tornado a principal aliada do consumidor contra as negativas dos planos de saúde, especificamente, quanto aos serviços de *home care*.

#### 4 Conclusão

Conforme foi visto no decorrer deste artigo, o Judiciário já consagrou que o plano de saúde cobre doenças e que o internamento domiciliar é um tratamento. Ora, se o plano de saúde cobre o tratamento da doença – como de fato está a cobrir no caso concreto no internamento hospitalar –, não há motivos para negar outra modalidade de tratamento indicada pelo médico.

Portanto, considerando que o plano de saúde cobre tratamentos para as doenças do usuário, não há razão para a negativa da forma de tratamento mais adequada sugerida pelo médico, que é o internamento

domiciliar. Ilícita, portanto, qualquer cláusula contratual que limite formas de tratamento específicas para doenças cobertas pelo plano.

Não há dúvida de que o internamento está coberto pelo plano de saúde, tanto que está em curso o internamento hospitalar, devidamente autorizado e custeado pelo plano de saúde.

E o internamento domiciliar nada mais é do que uma espécie do gênero internamento, inclusive com custo mais baixo, razão pela qual é abusiva a discriminação e exclusão de uma modalidade específica de internamento da cobertura do plano de saúde.

Portanto, sequer o argumento econômico ou de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato se justifica. Fica claro que, por todo o ângulo que se avalie a cláusula restritiva, ela não se sustenta no ordenamento jurídico nacional, sendo imperioso o custeio do internamento domiciliar por parte das administradoras de planos de saúde.

## Referências

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm)>. Acesso em: 9 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 9 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. *Resolução normativa nº 211 da Agência Nacional de Saúde*, de 11 de janeiro de 2010. Disponível em: <[http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/atos/federais/ren\\_ms\\_ans\\_2010\\_211.pdf](http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/atos/federais/ren_ms_ans_2010_211.pdf)>. Acesso em: 9 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 9 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. *Plano de saúde é condenado a prestar home care mesmo sem previsão contratual*. Disponível em: <<http://www.sindsegs.org.br/site/noticia-texto.aspx?id=19315>>. Acesso em: 11. nov. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento nº 1.0024.12.1440291/001*. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Leite Praça. D.J.E. 25/07/2012. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=0CEDA8A1FF9F644D39FC36B87497FAFF.juri\\_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.12.144029-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=0CEDA8A1FF9F644D39FC36B87497FAFF.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.12.144029-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em: 13 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 1.0024.06.276692-8/007*. Décima Oitava Câmara Cível. Relator: Elpídio Donizetti. D.J.E. 03/04/2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.06.276692-8%2F007&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível n° 1.0024.14.229924-7/001*. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Domingos Coelho. DJE 27/09/2016. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=118&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&palavras=hoe%20care%20plano%20de%20sa%FAde%20tratamento%20domiciliar&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 28 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Apelação Cível n° 1.0024.14.346351-1/001*. Décima Oitava Câmara Cível. Relator: Sérgio André da Fonseca Xavier. DJE 23/09/2016. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=118&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=hoe%20care%20plano%20de%20sa%FAde%20tratamento%20domiciliar&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 28 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Agravo de Instrumento n° 1.0105.15.042039-3/001*. Décima Sexta Câmara Cível. Relator: José Marcos Vieira. DJE 26/08/2016. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=5&totalLinhas=118&paginaNumero=5&linhasPorPagina=1&palavras=hoe%20care%20plano%20de%20sa%FAde%20tratamento%20domiciliar&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 28 set. 2016.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Agravo de Instrumento n° 0618422-3*. Décima Câmara Cível. Relator: Valter Ressel. D.J.E. 21.01.2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/56865862/djpr-22-07-2013-pg-205>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Apelação Cível n° 0505696-6*. Décima Câmara Cível. Relator: Albino Jacomel Guérios. D.J.E. 07/07/2009. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23735068/acao-civil-de-improbidade-administrativa-9171080-pr-917108-0-decisao-monocratica-tjpr>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

TAPAI, Giselle. *Consumidor tem direito ao home care oferecido pelo plano de saúde*. Disponível em: <<http://www.infomoney.com.br/blogs/a-saude-e-seus-direitos/post/3690302/consumidor-tem-direito-home-care-oferecido-pelo-plano-saude>>. Acesso em: 11 nov. 2015.



## 4 DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL CÍVEL

---



**Alcides Orlando de Moura  
Jansen**

◊ 2011-2014

---

**Luciano de Almeida Maracajá**

◊ 2015-2019

---



**Corregedores-Gerais do Ministério Público do Estado da Paraíba  
(Arquivo do Memorial do MPPB)**



# DA COLABORAÇÃO PREMIADA E A SUA NATUREZA JURÍDICA: MEIO DE PROVA OU MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA?

Marcus da Costa Fernandes  
Bacharel em Direito

## Resumo

O presente trabalho trata da *colaboração premiada*, prevista no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na Lei nº 12.850/13, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações correlatas e o procedimento criminal. Esta abordagem tem como objetivo principal apontar as principais características, a evolução normativa, a natureza jurídica e, principalmente, indagar se esse instrumento jurídico se constitui em meio de prova ou meio de obtenção de prova. Utilizando uma metodologia de abordagem dedutiva, esclarecendo ideias por intermédio de uma cadeia de raciocínio, ou seja, do geral para o particular, a partir de uma pesquisa legal, doutrinária e jurisprudencial atinente à matéria e considerando a atualidade de sua utilização na persecução penal, percebemos que a concepção adequada da essência jurídica do tema pelos operadores do Direito apresenta-se de forma relevante no processo penal, precipuamente em razão dos efeitos que serão produzidos e do resultado útil decorrente desse instituto jurídico.

**Palavras-chave:** Colaboração. Premiada. Natureza. Criminal.

## Abstract:

This paper deals with the award-winning collaboration provided for in Brazilian law, specifically in Law No. 12.850/13 which defines criminal organization and provides for the criminal investigation, the means of obtaining evidence, related offenses and criminal procedure. This approach aims to point out the main features, the normative development, legal nature and especially whether such legal instrument constitutes evidence or means of obtaining evidence. Using a methodology of deductive approach, clarifying ideas through a chain of reasoning, that is, from the general to the particular, from a legal research, doctrine and jurisprudence regards the matter and considering the relevance of its use in criminal prosecution, we realize that the proper design of the legal essence of the subject, by law operators, it is presented in a relevant way in the criminal proceedings, primarily due to the effects that will be produced and useful outcome resulting from this legal institution.

**Keywords:** Collaboration. Rewarded. Nature. Criminal.

## 1 Introdução

Uma pequena comparação das notícias acerca de crimes veiculadas na imprensa de antigamente com relação as que são divulgadas nos dias de hoje permite-nos compreender claramente que a criminalidade mudou de forma significativa. As transformações sociais, a evolução histórica, a questão econômica e cultural, a ausência do Estado, a educação e outros elementos influenciam na dinâmica dos crimes que são praticados em uma sociedade.

Condutas criminosas individuais e no máximo praticadas em concurso ou até mesmo em quadrilha ou bando vêm perdendo parcela considerável de espaço para o que se chama de criminalidade organizada. Determinados crimes mais comuns que são praticados nas grandes cidades, mesmo sem descartar a sua importância na proteção de bens jurídicos relevantes pelo Direito Penal, já não possuem o mesmo destaque de outrora. É que a prática criminosa evoluiu para atividades ilícitas bem mais complexas, ordenadas, estruturadas e que interferem no meio social de maneira muito mais agressiva e abrangente.

Diante desse cenário e com o objetivo de se promover uma persecução penal de forma mais eficaz, necessário se fez a adoção de técnicas especiais de investigação e de meios de obtenção de prova mais contemporâneos, uma vez que os instrumentos tradicionalmente utilizados na investigação e no processo penal passaram a não possuir aptidão para a solubilidade de casos envolvendo fatos criminosos de alta complexidade.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro veio aos poucos inserindo, no texto de diversos diplomas legais, esparsos mecanismos que buscavam modernizar a atuação estatal no combate ao crime em constante evolução e transformação. Por conseguinte, surge então a Lei nº 12.850/13 que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações correlatas e o procedimento criminal.

A referida norma dispõe em seu texto acerca de vários métodos coevos de combate à criminalidade ordenada, quais sejam, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; a ação controlada; o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; interceptação de comunicações telefô-

nicas e telemática; o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal; a infiltração, por policiais, em atividade de investigação; a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal; e a colaboração premiada.

No que tange à colaboração premiada, as linhas seguintes objetivam abordar, de maneira não exaustiva, acerca desse mecanismo jurídico que vem ultimamente sendo bastante utilizado em investigações complexas e de amplitude e repercussão nacional, suas principais características, a evolução normativa, sua natureza jurídica, especialmente indagando aos operadores da área jurídica se é caracterizada como meio de prova ou como meio de obtenção de prova na persecução penal.

## 2 Da colaboração premiada

### 2.1 Conceituação e nomenclatura

A colaboração premiada é um instituto jurídico mediante o qual o investigado ou o réu, no curso da investigação ou do processo criminal, respectivamente, compromete-se, de forma voluntária, a colaborar efetivamente com a persecução penal, sendo de interesse do Estado a celebração de um acordo que possa contribuir de forma relevante na solução do caso.

Possui previsão em nosso ordenamento jurídico no art. 3º, I da Lei nº 12.850/13 que expressa: "Art. 3º. Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: I - colaboração premiada".

A esse propósito, faz-se mister trazer à colocação o entendimento dos eminentes Gomes e Silva (2015, p. 209) que asseveram, *ipsis litteris*:

Analisando-se seu estatuto jurídico verifica-se que se cuida de meio de obtenção de prova [ou técnica especial de investigação], de caráter utilitarista e efficientista, formalizada, na presença de seu defensor, em acordo escrito entre o investigado (ou acusado) e o Ministério Público (conjuntamente ou não com a Autoridade Policial), ou em situações muito peculiares entre investigado e autoridade policial com posterior manifestação ministerial e, a *posteriori*, homologada pelo juiz mediante estrita análise de regularidade, legalidade e voluntariedade, em que o investigado (ou acusado), uma vez 'renunciando' o seu direito ao silêncio, confessa sua autoria ou participação em uma, algumas ou todas

as infrações penais relacionadas à Organização Criminosa ou confessa ser integrante desta e fornece, voluntária e imotivadamente, ao Estado elementos de informação (até então desconhecidos) determinantes na obtenção em um ou mais dos resultados previstos em lei, a fim de conquistar por meio de uma sentença (após a análise discricionária do juiz) alguns dos benefícios penais previstos na legislação pertinente (suavização de sua punição, perdão judicial ou mesmo não ser denunciado), caso seja condenado com lastro em outras provas (e não somente com base na confissão complexa do acusado).

Com relação à nomenclatura, discute-se doutrinariamente se as expressões *colaboração premiada* e *delação premiada* se apresentam como sinônimas ou se são conceitos distintos.

Segundo o magistério de Cunha e Pinto (2015, p. 34), a colaboração recebe diversas denominações da doutrina: " 'delação premiada (ou premial)', 'chamamento do corrêu', 'confissão delatatória' ou, segundo os mais críticos, 'extorsão premiada', etc." Para os referidos doutrinadores, as expressões são sinônimas.

Em posição distinta, Gomes e Silva (2015, p. 211) expressam com precisão que "de fato a Lei 12.850/13 adotou a locução 'colaboração premiada' como gênero, por ser mais amplo. Em razão dessa amplitude, trata-se de nomenclatura mais adequada que 'delação premiada', portanto".

Inclusive, estes últimos autores elencam que a *colaboração premiada*, como gênero, subdivide-se em cinco espécies, a depender do resultado alcançado, quais sejam, a) *delação premiada* (também denominada de *chamamento de corrêu*) (art. 4º, I); b) *colaboração reveladora da estrutura e do funcionamento da organização* (art. 4º, II); c) *colaboração preventiva* (art. 4º, III); d) *colaboração para a recuperação de ativos* (art. 4º, IV); e *colaboração para libertação* (art. 4º, V).

De fato, esta última posição amolda-se tecnicamente com uma maior correspondência aos preceitos insertos no texto da Lei nº 12.850/13.

## 2.2 Evolução normativa

A colaboração premiada se foi desenvolvendo paulatinamente em diversos diplomas legais no ordenamento jurídico brasileiro, desde características mais incipientes como a *desistência voluntária*, o *arrepentimento eficaz* e o *arrepentimento posterior* (Código Penal), passando

do por meio de *redução de pena* em decorrência de confissão espontânea, em crimes de natureza financeira e tributária (Crimes Contra o Sistema Financeiro e Crimes Contra a Ordem Tributária), chegando-se à possibilidade de *delação do bando ou quadrilha* (Crimes Hediondos), aperfeiçoando-se com *medidas de intensificação de cooperação* entre Estados Parte, com o encorajamento de pessoas envolvidas com grupos criminosos organizados no fornecimento de informações às investigações pelas autoridades, com possibilidade de *redução de pena, imunidade e proteção pessoal* (Convenção de Palermo).

Vale ressaltar também que teve uma grande evolução com as hipóteses de *redução de pena, cumprimento de pena em regime menos gravoso, possibilidade de deixar de aplicar pena ou substituí-la por restritiva de direitos*, em razão de colaboração espontânea, com a identificação dos comparsas ou localização de bens, direitos ou valores objetos do crime (Lei de Lavagem de Dinheiro); de modo semelhante com a *concessão de perdão judicial e consequente extinção da punibilidade* para o colaborador e possibilidade de redução de pena para aquele que colaborar na identificação dos demais coautores ou partícipes, na localização da vítima com vida, recuperação do produto do crime, aplicação de *medidas especiais de segurança e proteção à integridade física em benefício do colaborador*, na prisão ou fora dela (Lei de Proteção às Testemunhas); e com a *redução de pena para o investigado ou acusado* que colaborar voluntariamente na identificação dos demais criminosos e recuperação do produto do crime (Lei de Drogas).

Somado a isso, previu de forma inovadora a *celebração de acordo de leniência, com a consequente suspensão do curso do prazo prescricional e o não oferecimento da denúncia* (Lei Antitruste).

Finalmente, chegando-se ao contexto atual com a existência de dispositivos normativos que regulam a colaboração premiada de forma pormenorizada, com a previsão de vários benefícios ao voluntário colaborador na investigação ou processo criminal, tratando dos direitos do colaborador, da forma e dos requisitos na celebração do acordo, além do pedido homologação e consequente decisão judicial (Lei do Crime Organizado).

A fim de melhor ilustrar a evolução normativa da colaboração, segue o quadro abaixo, em que são referenciados os dispositivos de cada diploma legal e as características voltadas aos primeiros registros, aperfeiçoamento e consolidação normativa desse instituto jurídico.

Quadro 1 - Da colaboração premiada e sua evolução normativa

DIPLOMA LEGAL	DISPOSITIVOS	CARACTERÍSTICAS
Código Penal	arts. 15; 16; 65, III; 159, § 4º.	desistência voluntária e arrependimento eficaz; arrependimento posterior; procurado por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano, bem como ter confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime; delação do comparsa à autoridade, facilitando a liberação do sequestrado;
Crimes Contra o Sistema Financeiro (Lei nº 7.492/86)	art. 25, § 2º.	crimes cometidos em quadrilha ou coautoria, o couautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços);
Crimes Contra a Ordem Tributária (Lei nº 8.137/90)	art. 16, parágrafo único.	crimes cometidos em quadrilha ou coautoria, o couautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços);
Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90)	art. 8º, parágrafo único.	o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá apenas reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços);

<p>Convenção de Palermo (Decreto nº 5.115/04)</p>	<p>art. 26.</p>	<p>medidas para intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei por cada Estado Parte: a) encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados a fornecerem informações úteis às autoridades competentes para efeitos de investigação e produção de provas, bem como a prestarem ajuda efetiva e concreta às autoridades competentes, susceptível de contribuir para privar os grupos criminosos organizados dos seus recursos ou do produto do crime; b) possibilidade de redução de pena para quem coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na Convenção; c) possibilidade de conceder imunidade a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na Convenção; d) proteção pessoal destas pessoas; e) possibilidade de cooperação entre Estados Parte;</p>
<p>Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98)</p>	<p>art. 1º § 5º.</p>	<p>possibilidade de redução de pena de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.</p>

<p>Lei de Proteção às Testemunhas (Lei 9.807/99)</p>	<p>arts. 13 a 15.</p>	<p>previsão de concessão de perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal; o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços; aplicação de medidas especiais de segurança e proteção à integridade física em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela.</p>
<p>Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06)</p>	<p>art. 41.</p>	<p>o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.</p>
<p>Lei Antitruste (Lei nº 12.529/11)</p>	<p>art. 87, parágrafo único.</p>	<p>nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137/90, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666/93, e os tipificados no art. 288 do Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.</p>
<p>Lei de Organização Criminosa (Lei nº 12.850/13)</p>	<p>arts. 4º a 7º.</p>	<p>detalha vários benefícios ao voluntário colaborador na investigação ou processo criminal, a exemplo de redução da pena, perdão judicial, substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; além da possibilidade de suspensão no oferecimento da denúncia; trata dos direitos do colaborador, da forma e requisitos na celebração do acordo, além do pedido homologação e conseqüente decisão judicial;</p>

Fonte: Gomes e Silva (2015, p. 220)

### 2.3 Principais características

Com o tratamento delineado na Lei nº 12.850/13, a colaboração premiada possui diversas peculiaridades e efeitos previstos nos artigos 4º a 7º da referida lei. Trata-se de um verdadeiro acordo em que o investigado ou réu celebra com o Estado, contribuindo para a investigação e o processo criminal, por meio do fornecimento de informações em troca de *prêmios*, consubstanciados estes em benefícios legais. A sua celebração e a decorrente concessão de benesses podem ocorrer durante a investigação criminal, no curso do processo penal e até mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 4º, *caput* e § 5º da Lei nº 12.850/13).

Necessário se faz ressaltar que o colaborador deve estar contido no contexto de determinada organização criminosa e, em razão do conhecimento que possui acerca da mesma, passa a prestar informações relevantes ao Estado, contribuindo com a investigação e com o processo criminal. É o que se extrai da Lei nº 12.850/13, em seu art. 4º, I, que expressa: "I – a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas", ao tratar dos demais integrantes da organização.

Com efeito, em uma organização criminosa estruturada, o detalhamento acerca do seu funcionamento, dos seus integrantes e da sua área de atuação criminosa (v.g. tráfico de drogas, roubo de carga, grupo de extermínio, tráfico de seres humanos etc.), pode ser entendido de maneira mais precisa quando alguém de dentro de sua estrutura passa a revelar suas nuances. Posto isso, tem-se um mecanismo importante na elucidação de crimes praticados por integrantes de verdadeiras empresas criminosas, o que será conjugado devidamente com outros elementos já existentes ou futuramente colhidos no contexto da persecução penal.

Existem vários atrativos previstos legalmente para a celebração de acordo de colaboração premiada, consistentes em efeitos positivos que podem ser aplicados em prol do colaborador, quais sejam, a - o perdão judicial concedido pelo juiz, nos termos do art. 120 do Código Penal, o que conseqüentemente dá causa à extinção da punibilidade (art. 107, IX do Código Penal); b - redução da pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços), como causa especial de diminuição de pena, nos termos do art. 68 do Código Penal, a ser aplicada na terceira fase da dosimetria da pena e se for após a sentença poderá

ser reduzida até a metade; c - substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; d - progressão de regime prisional; e - não oferecimento da denúncia; f - suspensão do prazo para oferecimento de denúncia ou processo por até 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração com suspensão do prazo prescricional.

É essencial que a colaboração seja voluntária e efetiva, levando-se em conta, em qualquer hipótese, a personalidade do colaborador; a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso; e a eficácia da colaboração. Da colaboração, deve provir ao menos um dos resultados descritos no art. 4º, I a V e § 1º da Lei 12.850/13: a - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; b - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; c - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; d - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; e - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Nessa mesma toada, deve o colaborador manifestar a livre vontade de fornecer informações, utilizando-se do seu livre arbítrio, não sofrendo coação ou imposição de quem quer que seja. Os conteúdos das informações prestadas devem logicamente possuir uma certa relevância para o caso, pois, do contrário, não despertará a avidez do Estado.

Tratando-se de uma verdadeira troca de interesses: de um lado, o Estado busca elucidar a investigação de forma satisfatória e de promover uma ação penal com provas relevantes para um processo penal justo, concedendo legalmente benefícios para aquele criminoso colaborador em busca de promover uma responsabilidade criminal muito mais abrangente, incluindo não só os que estão na ponta da cadeia criminosa, mas sim e principalmente os que estão no topo da estrutura hierárquica da organização criminosa; de outro lado, o colaborador busca ter sua responsabilidade penal pela prática de crimes reduzida e até mesmo perdoada; além disso, pode ainda nem mesmo ser processado penalmente.

A colaboração se constitui de ato pessoal que não beneficia os comparsas do colaborador e é realizado entre a autoridade policial e o investigado, acompanhado de seu defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou entre o Ministério Público e o investigado ou acusado, também

acompanhado de seu defensor, sem a participação da autoridade judiciária nas negociações, consoante o disposto no art. 4º, § 6º da Lei nº 12.850/13.

## 2.4 Fase procedimental

Vale ressaltar também que a colaboração premiada passa por toda uma fase procedimental para ser concretizada. Analisando os dispositivos pertinentes à matéria, podemos perceber a seguinte sistemática:

a - *tratativas e deliberações*, objetivando celebrar o acordo entre o investigado ou réu, acompanhado de seu advogado, e o Estado, por meio da autoridade policial ou do Ministério Público, conforme o momento da persecução penal, com possibilidade de não ser efetivado, se não houver conjugação de interesses dos envolvidos, bem como em contrapartida de ser efetivado, havendo interesse positivo dos envolvidos. Ao tratar desta fase preliminar de admissibilidade da colaboração, o manual “Colaboração Premiada da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro do Ministério da Justiça”, ENCCLA (2014, p. 02), estimula a celebração de acordos de colaboração. Vejamos:

Recomenda-se que os órgãos responsáveis pela investigação, presentes os requisitos de admissibilidade, busquem a cooperação de pessoas suspeitas de envolvimento nos fatos investigados e proponham a colaboração, expondo as vantagens, independentemente da iniciativa do agente.

b - *registro das declarações do colaborador*, por escrito ou em mídia, objetivando manter a integridade e a fidelidade do conteúdo das informações prestadas, haja vista que estas serão submetidas à apreciação judicial;

c - *formalização e assinatura do termo mediante documento escrito*, em que o colaborador renuncia ao direito ao silêncio e firma o compromisso de dizer a verdade (art. 4º, § 14), sendo assistido por advogado e devem ser observados os requisitos do art. 6º da Lei nº 12.850/13 que se constituem no relato da colaboração e seus possíveis resultados; nas condições da proposta do Ministério Público ou da autoridade policial; na declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; nas assinaturas do representante do Ministério

Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; na especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário;

d - *pedido de homologação* do termo ao poder judiciário, mediante processo sigiloso até o recebimento da denúncia (art. 7º, § 3º);

e - *apreciação judicial quanto à regularidade, legalidade e voluntariedade* da celebração do acordo, consubstanciado no termo apresentado;

f - possibilidade da realização de *audiência sigilosa* pelo magistrado, a fim de aferir a voluntariedade do acordo, notadamente se pairar qualquer dúvida do julgador quanto à observância desse requisito, devendo o colaborador estar acompanhado de seu advogado;

g - *recusa à homologação do acordo pela autoridade judiciária*, uma vez não estando presentes os requisitos legais ou *adequá-la ao caso concreto*;

h) - *homologação judicial do acordo*, uma vez estando presentes os requisitos legais do art. 4º, § 7º;

i - *aplicação de benefícios penais ao colaborador*, em decorrência da decisão judicial de homologação do acordo;

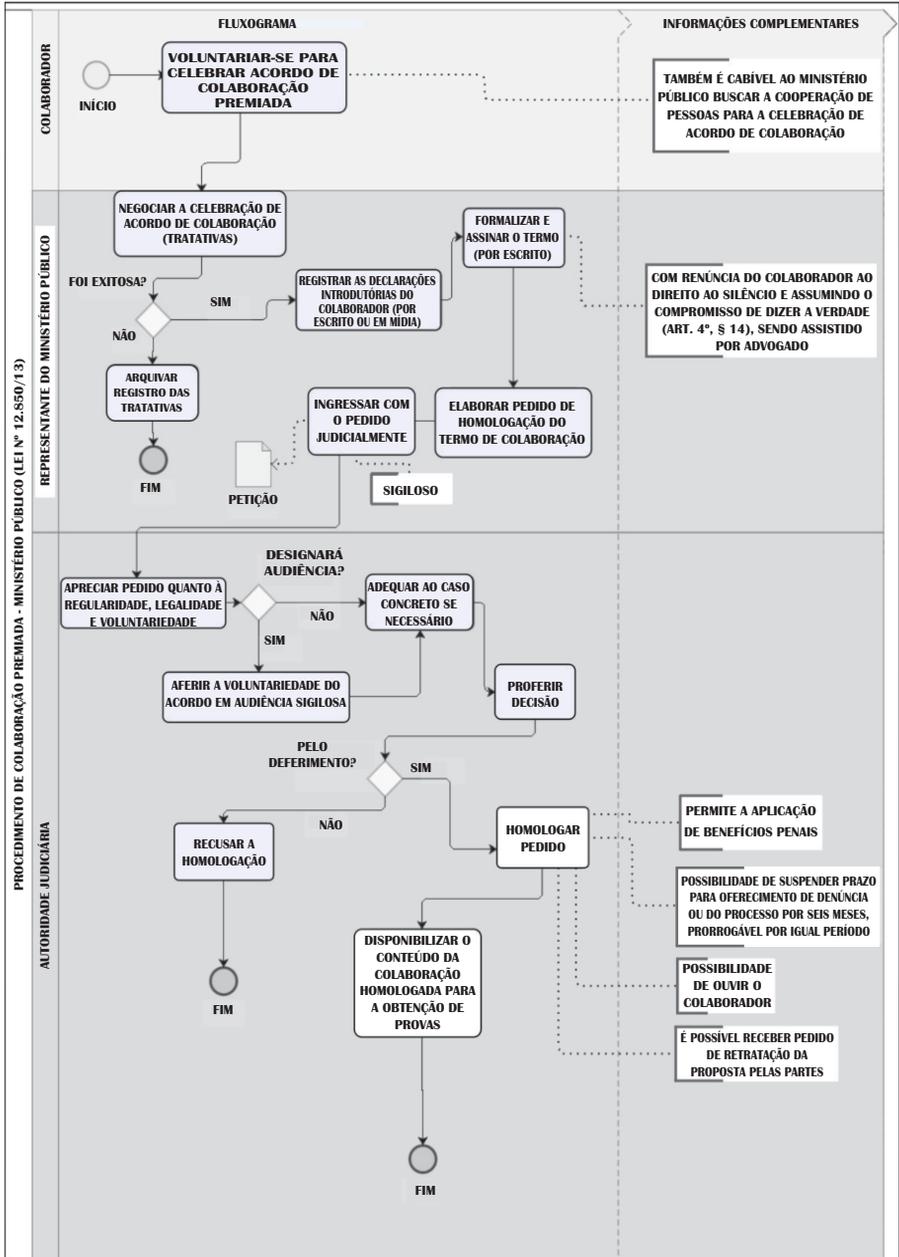
j - *cabimento de suspensão do prazo para oferecimento da denúncia ou processo por até 6 (seis) meses, prorrogável por igual período*, em favor do colaborador, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, *suspendendo-se o respectivo prazo prescricional* (art. 4º, § 3º);

k - *possibilidade de retratação da proposta* pelas partes depois de homologado o acordo de colaboração premiada, situação que impossibilita o uso da prova produzida pelo colaborador;

l - *utilização do conteúdo* da colaboração homologado para a obtenção de provas.

Em complemento, destacamos abaixo o fluxograma procedimental da colaboração premiada, no tocante à atuação do Ministério Público, a fim termos uma melhor percepção acerca do tema:

Figura 1 - Fluxograma do Procedimento de Colaboração Premiada



Fonte: Autor do presente artigo à luz da Lei 12.850/13, com uso da ferramenta Bizagi BPMN Modeler, disponível em: <http://www.bizagi.com/pt/produutos/bpm-suite/modeler>



### 3 Meio de prova ou meio de obtenção de prova?

Delineadas as principais particularidades da *colaboração premiada*, indagamos aos operadores do Direito acerca de sua natureza jurídica. Qual a essência desse instituto no nosso ordenamento jurídico? O acordo celebrado é apto a provar ou será ele meio a fim de se buscar provas? É um meio de prova ou meio de obtenção de prova?

O conhecimento dos elementos fundamentais que compõem a colaboração premiada se apresenta de forma relevante no contexto da investigação e do processo penal, notadamente em decorrência dos efeitos que serão produzidos com a homologação judicial.

Segundo Lima (2016, p. 540), *a colaboração premiada funciona como importante técnica especial de investigação, enfim, um meio de obtenção de prova.*

A esse propósito, faz-se mister trazer à colocação o entendimento doutrinário dos eminentes doutrinadores, Távora e Alencar (2011, p. 497, 498 e 631), ao tratarem dos conceitos de *prova, meios de prova, meios de obtenção de prova (ou meios de investigação de prova), fontes de prova e de técnicas especiais de investigação*, os quais asseveram, *ipsis litteris*:

*Prova* é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio. Intrínseco no conceito está a sua finalidade, o objetivo, que é a obtenção do convencimento daquele que vai julgar, decidindo a sorte do réu, condenando ou absolvendo.

*Meios de prova* são instrumentos processuais disponíveis para a produção da prova em procedimento contraditório, podendo ser denominado de meio de prova de primeiro grau, na medida em que se destinam à produção da prova de maneira imediata e em sentido estrito, exigindo sua inserção no processo em linguagem com ele compatível. São endoprocessuais, só existindo no processo, naturalmente conduzido por magistrado.

*Meios de obtenção de prova ou meios de investigação de prova* são, em regra, extraprocessuais. Têm o objetivo de encontrar elementos materiais de prova ou fontes de prova.

*Fontes de prova* é a pessoa ou a coisa da qual emana a prova.

*Técnicas especiais de investigação* são instrumentos distintos daqueles tradicionais (prova documental ou oral), consistentes em estratégias que visam melhor apurar crimes graves, com a otimização dos resultados através de criatividade investigativa que funcione como meio de obtenção de prova. As técnicas especiais de investigação são caracterizadas por dois elementos: o sigilo e a dissimulação, com o fito de se coligir elementos materiais de prova ou fontes de prova.

A ratificar o acima expandido, é de todo oportuno gizar o magistério do ínclito autor, Lima (2016, p. 506), que assevera:

*Meios de prova* - em regra, são realizados na fase processual da persecução penal; excepcionalmente, na fase investigatória, observando o contraditório, ainda que diferido (ex.: provas antecipadas); são atividades endoprocessuais; consistem em atividades desenvolvidas perante o juiz competente, valendo lembrar que o juiz que presidir a instrução deverá, pelo menos em regra, julgar o feito (CPP, art. 399, § 2º); são produzidos sob o crivo do contraditório, com prévio conhecimento e participação das partes; se praticados em conformidade com o modelo típico, são sancionados, em regra, com a nulidade absoluta ou relativa.

*Meios de obtenção de prova* - em regra, são executados na fase preliminar de investigações, o que não afasta a possibilidade de execução durante o curso do processo, de modo a permitir a descoberta de fontes de prova diversas das que serviram para a formação da *opinio delicti*; são atividades extraprocessuais; são executados, em regra, por policiais aos quais seja outorgada a atribuição de investigação de infrações penais, geralmente com prévia autorização e concomitante fiscalização judiciais; são praticados com fundamento na surpresa, com desconhecimento do(s) investigado(s); se praticados em desconformidade com o modelo típico, há de ser reconhecida sua ilicitude, com o consequente desentranhamento dos autos do processo.

Após uma percepção desses importantes conceitos doutrinários e os relacionado com a colaboração premiada, podemos verificar, por conseguinte, que, sob o aspecto normativo, o instituto jurídico em estudo encontra-se inserto na Lei nº 12.850/13, no seu Capítulo II, que trata da investigação e justamente dos meios de obtenção de prova.

Ademais, o artigo 1º da referida lei, expressa: "Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado".

Desse modo, dos resultados esperados com a colaboração premiada, descritos no art. 4º, I a V, adiante citado, nenhum deles se apresenta como prova propriamente dita, mas sim como objetivos e elementos essenciais para que o Estado possa melhor direcionar os rumos da investigação e do processo criminal de objeto complexo, entender a estrutura criminosa da organização e o seu *modus operandi*, aferindo a necessidade do ingresso de medidas cautelares previstas na nossa legislação (sequestro, busca e apreensão, interceptação telefônica, etc.).

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o

perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Nesse diapasão, o precitado manual “Colaboração Premiada”, ENCCLA (2014, p. 02), conceitua a colaboração premiada como sendo um meio de obtenção de prova:

A colaboração premiada é meio de obtenção de prova sustentada na cooperação de pessoas suspeitas de envolvimento nos fatos investigados, buscando levar ao conhecimento das autoridades responsáveis pela investigação informações sobre organização criminosa ou atividades delituosas, sendo que essa atitude visa a amenizar da punição, em vista da relevância e eficácia das informações voluntariamente prestadas.

No julgamento do HC 127483/PR, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) manifestou o entendimento de que a colaboração premiada é um meio de obtenção de prova e, segundo o relator Ministro Dias Toffoli, seria um *negócio jurídico processual*. Veja-se trecho do julgado:

No mérito, o Plenário considerou que a colaboração premiada seria meio de obtenção de prova, destinado à aquisição de elementos dotados de capacidade probatória. Não constituiria meio de prova propriamente dito. Outrossim, o acordo de colaboração não se confundiria com os depoimentos prestados pelo agente colaborador. Estes seriam, efetivamente, meio de prova, que somente se mostraria hábil à formação do convencimento judicial se viesse a ser corroborado por outros meios idôneos de prova. Por essa razão, a Lei 12.850/2013 dispõe que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento exclusivo nas declarações do agente colaborador. Assinalou que a colaboração premiada seria negócio jurídico processual, o qual, judicialmente homologado, confere ao colaborador o direito de – a - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; b - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; c - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; e d - participar das audiências sem contato visual com

outros acusados. Além disso, deverá ser feito por escrito e conter – a - o relato da colaboração e seus possíveis resultados; b - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; c - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; e d - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor. Por sua vez, esse acordo somente será válido, se – a - a declaração de vontade do colaborador for resultante de um processo volitivo, querida com plena consciência da realidade, escolhida com liberdade e deliberada sem má-fé; e b - o seu objeto for lícito, possível, determinado ou determinável. Destacou que a 'liberdade' de que se trata seria psíquica, e não de locomoção. Assim, não haveria óbice a que o colaborador estivesse custodiado, desde que presente a voluntariedade da colaboração. Ademais, no que se refere à eficácia do acordo, ela somente ocorreria se o ato fosse submetido à homologação judicial. Esta limitar-se-ia a se pronunciar sobre a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo. Não seria emitido qualquer juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco seria conferido o signo da idoneidade a depoimentos posteriores. Em outras palavras, homologar o acordo não implicaria dizer que o juiz admitira como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa. Por fim, a aplicação da sanção premial prevista no acordo dependeria do efetivo cumprimento, pelo colaborador, das obrigações por ele assumidas, com a produção de um ou mais dos resultados legais (Lei 12.850/2013, art. 4º, I a V). Caso contrário, o acordo estaria inadimplido, e não se aplicaria a sanção premial respectiva. HC 127483/PR, rel. Min. Dias Toffoli, 26 e 27.8.2015. (HC-127483)

Na mesma toada, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso, em *Habeas Corpus* nº 69.988 - RJ (2016/0105405-0), considerou que a colaboração premiada é uma técnica especial de investigação, meio de obtenção de prova advindo de um negócio jurídico processual personalíssimo, *verbo ad verbum*:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO CARCICOMA. CORRUPÇÃO PASSIVA E PECULATO. CRIME MILITAR. COLABORAÇÃO PREMIADA. JUSTIÇA CASTRENSE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NATUREZA JURÍDICA. MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA E NEGÓCIO

JURIDICOPERSANALÍSSIMO. VALIDADE. QUESTIONAMENTO POR CORRÉUS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. A matéria referente à suposta impossibilidade de utilização do instituto da colaboração premiada no âmbito da Justiça Castrense não foi apreciada pela Corte local, razão pela qual inviável o seu exame direto por este Tribunal Superior sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes. 2. A colaboração premiada é uma técnica especial de investigação, meio de obtenção de prova advindo de um negócio jurídico processual personalíssimo, que gera obrigações e direitos entre as partes celebrantes (Ministério Público e colaborador), não possuindo o condão de, por si só, interferir na esfera jurídica de terceiros, ainda que citados quando das declarações prestadas, faltando, pois, interesse dos delatados no questionamento quanto à validade do acordo de colaboração premiada celebrado por outrem. Precedentes do STF e STJ. 3. Recurso Ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator, Reynaldo Soares da Fonseca. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 69.988 - RJ (2016/0105405-0). Brasília (DF), 25 de outubro de 2016 (Data do Julgamento).

À guisa de corroboração, o douto Mendroni (2014, p. 30) preleciona que "voltando à análise do instituto da colaboração premiada nesta Lei 12.850/13, antes de nada é preciso ter em consideração que ela tem natureza jurídica anômala de um 'acordo'".

Nesse sentido, partir desse documento escrito, composto por todas as cláusulas, condições, possíveis resultados, benefícios, direitos do colaborador e demais elementos descritos no art. 6º, I a V da Lei nº 12.850/13, assinado pelo agente público com atribuições definidas em lei para tal (autoridade policial ou representante do Ministério Público) e pelo colaborador, acompanhado de seu advogado, posteriormente submetido e homologado judicialmente, seguindo o procedimento estabelecido na referida lei, é que se passará a produzir efeitos, desde a concessão dos benefícios ao colaborador como a sua utilização para a obtenção de provas.

Dessa forma, o acordo não é meio de prova, no entanto o depoimento do colaborador é meio de prova que poderá ser útil na formação do convencimento do magistrado, caso venha a ser corroborado por outros

meios idôneos de prova, conforme a inteligência do art. 4º, § 16, que expressa: “enhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”.

Uma vez homologado, o teor das declarações do colaborador possui a aptidão de provar a verdade dos fatos, desde que sejam conjugadas com outros elementos idôneos de prova que forem sendo adicionadas ao processo criminal. O conteúdo da colaboração deve apontar para a obtenção de provas e também contribuir para o curso investigativo, *exempli gratia*: a - indicar testemunhas do fato – os depoimentos prestados servirão como prova; b - fornecer os números de telefones dos envolvidos – o conteúdo de diálogos interceptados mediante autorização judicial servirão como prova; c - entregar documentos pertinentes – estão aptos a provar; d - fornecer dados bancários – o conteúdo do afastamento do sigilo judicialmente decretado poderá provar transferências ilegais de valores; e - indicar a localização de bens, direitos e valores sujeitos a busca e apreensão (medida cautelar probatória), a sequestro especial de bens previsto no Decreto-Lei 3.240/41, a arresto, a sequestro e à hipoteca legal (medidas cautelares assecuratórias); f - informar o local onde se encontra o corpo de delito do crime (conjunto de vestígios) – uma vez periciados poderão ser utilizados como prova.

Ante o exposto, podemos assimilar que a colaboração premiada é um instrumento, um meio, uma técnica especial de investigação, a fim de se obter uma ou mais provas. A colaboração premiada, por si só, não é prova, não sendo apta a contribuir na formação do convencimento do magistrado acerca da verdade dos fatos. Por meio dela é que se poderão colher elementos ou fontes de prova importantes na persecução penal, constituindo-se de medida indispensável no combate à criminalidade organizada, mediante a contribuição do colaborador em troca de benefícios legais.

#### 4 Considerações finais

A presente exposição não teve a pretensão de esgotar o tema *colaboração premiada*, mas sim de abordar objetivamente acerca de sua inserção no nosso ordenamento jurídico como um dos meios de prospecção que dispõe o Estado em investigações criminais complexas, máxime no combate às organizações criminosas, tratando de sua conceituação e principais características, de sua evolução normativa, de seu rito proce-

dimental e de sua relevância no combate ao crime organizado.

Outrossim, teve o intuito de indagar os profissionais do Direito acerca de sua natureza jurídica, que pela técnica pode ser confundida como prova propriamente dita, mas que, na realidade, se trata de um meio de obtenção de prova; de um negócio jurídico personalíssimo que envolve Estado e colaborador como partes, mediante a troca de interesses (informações x prêmios); de uma técnica distinta de perquirição de um objeto complexo, praticado por uma estrutura criminosa organizada.

Por meio da celebração de um acordo de colaboração premiada e sua homologação judicial, obtém-se um instrumento legal para obterem-se provas.

Em remate, evidencia-se que o modelo tradicional presente no processo criminal brasileiro, baseado essencialmente em investigação, denúncia, processo, ampla defesa, contraditório, produção de provas, sentença e recursos evoluiu e veio dar espaço a inserção de uma justiça colaborativa, caracterizada pela premiação de um criminoso que contribuiu voluntariamente com a justiça criminal de forma satisfatória.

## Referências

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Colaboração premiada*. Dizer o Direito, 2016. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2015/09/colaboracao-premiada.html>>. Acesso em: 19 out. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Crime organizado: comentários à nova lei sobre o crime organizado (Lei 12.850/2013)*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

ENCCLA. *Manual de colaboração premiada*. Brasília, 2014.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação: questões controvertidas, aspectos teóricos e práticos e análise da Lei 12.850/2013*. Salvador: JusPodivm, 2015.

HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação especial criminal comentada*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARCONI, Maria Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Técnica de pesquisa*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

MENDRONI, Batlouni Marcelo. *Comentários à lei de combate ao crime organizado: lei nº 12.850/13*. São Paulo: Atlas, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2016.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.



# MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL: LEI E ORDEM, DIREITO PENAL DO INIMIGO, ABOLICIONISMO PENAL E DIREITO PENAL MÍNIMO

Thaysa Maura Tavares de M. C. T. Braga  
Advogada

## Resumo

O presente trabalho, ao tratar do tema Movimentos de Política Criminal: Lei e Ordem, Direito Penal do Inimigo, Abolicionismo Penal e Direito Penal Mínimo, fará uma abordagem histórica desses movimentos, sua evolução e mudanças ao longo do tempo, possuindo como objetivo analisá-los, mostrando, de maneira racional e técnica, as características de cada um deles e o que, concretamente, podem produzir em nossa sociedade. A vertente metodológica utilizada foi de natureza qualitativa, com métodos de abordagem dedutivo e sistêmico, método de procedimento histórico-comparativo, consubstanciando-se em uma pesquisa exploratória e com procedimento técnico de pesquisa bibliográfica, com técnica de documentação indireta. Do estudo realizado sobre o tema, percebeu-se que o momento hodierno no qual está inserida a sociedade brasileira, onde o crime organizado, de maneira audaciosa, apavora a população em geral, faz a coletividade acreditar que, com o agravamento das penas, a criminalização de determinadas condutas e, em alguns casos, o afastamento de algumas garantias processuais, a sociedade ficaria a salvo dos criminosos. Todavia, da presente pesquisa restou evidente que, dos movimentos de política criminal estudados, o Direito Penal Mínimo é o que leva o Direito Penal para uma posição mais equilibrada, sendo a única maneira de o Estado efetivar seu *ius puniendi* sem atuar como impiedoso, e respeitando a dignidade da pessoa humana, só podendo ser empregado como *ultima ratio*, ou seja, quando estritamente necessário e imprescindível à tutela dos bens mais importantes ao convívio em sociedade, cuja proteção não se faça eficaz pelos demais ramos do Direito.

**Palavras-chave:** Política criminal. Lei e ordem. Direito Penal do inimigo. Abolicionismo penal. Direito Penal mínimo.

## Abstract

This study, to address the issue Movements of Criminal Policy: Law and Order, Criminal Law of the Enemy, Penal Abolition and Criminal Law Minimum, will make a historical approach of these movements, their

evolution and changes over time, having as objective analyzed them, showing a rational and technical way, the characteristics of each of them and what, concretely, they can produce in our society. The methodological aspect used was qualitative, with deductive and systemic approach methods, method of comparative historical procedure, takes the form of an exploratory research and technical procedure of bibliographical research with indirect documentation technique. The study on the subject, it was noticed that the today's moment in which it operates the Brazilian society, where organized crime, audacious way, terrifies the population in general, does the community believe that with the deepening of the penalties, the criminalization of certain behavior and in some cases, the removal of some procedural safeguards, society would be safe from criminals. However, this research remains clear that the criminal policy movements studied, Criminal Law Minimum is leading the criminal law to a more balanced position, the only way for the State to carry out its *ius puniendi* without acting as ruthless, and respecting the dignity of the human person, and can only be used as *ultima ratio*, ie when strictly necessary and indispensable to the protection of the most important assets to life in society, whose protection is not made effective by the other branches of law.

**Keywords:** Criminal policy. Law and order. Criminal law of the enemy. Penal abolition. Criminal law minimum.

## 1 Introdução

O presente trabalho possui como tema Movimentos de Política Criminal: Lei e Ordem, Direito Penal do Inimigo, Abolicionismo Penal e Direito Penal Mínimo. Inserido no ramo do Direito Penal, o assunto chama a atenção por sua relevância e atualidade, tendo em vista o momento hodierno no qual está inserida a sociedade brasileira, em que o crime organizado, de maneira audaciosa, apavora a população em geral.

Crimes bárbaros são praticados em plena luz do dia e são veiculados, quase que em tempo real, pelos meios de comunicação de massa. A corrupção é praticada pelo mais alto escalão da política e, cotidianamente, veem-se mais escândalos sendo noticiados. A população assustada, diante de tantos apelos da mídia, vê com bons olhos as teses de maior

criminalização e de criação de leis que não permitam que o agente criminoso volte ao convívio em sociedade, impossibilitando, quase que definitivamente, sua recuperação.

Para grande parte da população, o Direito Penal é a grande solução para todos os problemas sociais, devendo ser aplicado da maneira mais rígida possível, com o escopo de intimidar aqueles que ousem praticar determinado crime.

Esta pesquisa demonstrará que o Direito Penal, sendo o mais repressor de todos os ramos do ordenamento jurídico, só poderá ser empregado como *ultima ratio*, ou seja, quando estritamente necessário e imprescindível à tutela dos bens mais importantes ao convívio em sociedade, cuja proteção não se faça eficaz pelos demais ramos do Direito.

Sem pretender exaurir o assunto, este trabalho fará uma abordagem histórica de alguns dos mais importantes movimentos de política criminal delimitados no tema, demonstrando sua evolução e mudanças ao longo do tempo, possuindo como objetivo analisá-los, evidenciando, de maneira racional e técnica, as características de cada um deles e o que, concretamente, podem produzir em nossa sociedade.

Este artigo levará em consideração a postura teórica de alguns doutrinadores especialistas na área de Direito Penal, sobretudo Rogério Greco, José Luis Díez Ripollés, Luiz Flávio Gomes, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, entre outros tantos citados no decorrer do trabalho.

Serão apontados e esclarecidos os equívocos de um pensamento voltado para um Direito Penal Máximo (Lei e Ordem, Direito Penal do Inimigo), que conduz à situação de inflação legislativa, cujo resultado único é desacreditar o Direito Penal, tornando-o, apenas, simbólico.

Demonstrar-se-á que o Movimento Abolicionista é bastante utópico, transitando pela esfera do “dever ser”, em virtude de pregar a extinção do sistema penal e sua substituição por um modelo de resolução de conflitos de maneira alternativa, preferencialmente informal, isso tendo como base a deslegitimação do poder punitivo e sua incapacidade para solucionar conflitos. Por mais que a tese abolicionista seja louvável, existem determinados casos para os quais não há outra solução que não seja se recorrer ao Direito Penal.

De relevância acadêmica para o Direito, o tema em comento possui indiscutível aplicação prática, pois aponta para a adoção de um Direito Penal Mínimo, fundamentado na teoria garantista de um Estado Consti-

tucional de Direito. Ponto central deste trabalho, o Direito Penal Mínimo é assinalado como a solução mais equilibrada para o ordenamento jurídico, sendo colocado entre a tese do Direito Penal Máximo (Lei e Ordem, Direito Penal do Inimigo) e a tese Abolicionista, evidenciando-se que a visão política minimalista do Direito Penal é a que melhor atende aos anseios da sociedade.

## 2 O movimento de lei e ordem

O crescimento da criminalidade gera o endurecimento penal, processo de vitimização e uma sociedade do medo e do risco.

O Movimento de Lei e Ordem teve origem em alguns estados norte-americanos e ganhou força com a política de “tolerância zero” implementada pelo então prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, na década de 90, cujo fundamento era a instituição de um direito penal máximo e simbólico, a ampliação do efetivo policial, a criminalização de condutas de pequeno e médio potencial ofensivo, como, por exemplo, a proibição da permanência de grupos de pessoas em vias públicas depois de determinado horário, pichar ou sujar logradouros públicos, além da mendicância, devendo a pessoa ser presa se praticasse qualquer dessas ações.

Essa política de “tolerância zero”, por sua vez, foi inspirada na Teoria das Janelas Quebradas (*Broken Windows Theory*), criada pelo cientista político James Wilson e pelo psicólogo criminologista George Kelling, quando publicaram um artigo na revista *Atlantic Monthly*, em 1982, nos EUA.

A Teoria das Janelas Quebradas é, na verdade, uma metáfora que aduz que uma casa que possua as janelas quebradas para o exterior influencia mais ações delitivas do que uma casa que esteja intacta. Em outras palavras, a ideia de prevenção está baseada no combate à criminalidade.

Luis Pellegrini (2013, s/p.) assevera:

A teoria das janelas quebradas ou 'broken windows theory' é um modelo norte-americano de política de segurança pública no enfrentamento e combate ao crime, tendo como visão fundamental a desordem como fator de elevação dos índices da criminalidade. Nesse sentido, apregoa tal teoria que, se não forem reprimidos, os pequenos delitos ou contravenções conduzem, inevitavelmente, a condutas criminosas mais graves, em vista do descaso estatal em punir os responsáveis pelos crimes menos graves. Torna-se necessária, então, a efetiva atuação estatal no combate à criminalidade, seja ela a microcriminalidade ou a macrocriminalidade.

A mencionada teoria concluiu que há uma relação de causalidade entre desordem e criminalidade, partindo da ideia do desvio de conduta, ou seja, pequenas desordens geram grandes desordens que, por sua vez, levam ao crime. Preconizou que a polícia deveria se ocupar, também, dos pequenos delitos, e que o Poder Judiciário deveria punir tais infratores com austeridade. Defendeu, ainda, a implantação de policiamento comunitário ostensivo.

Com efeito, a Teoria das Janelas Quebradas afirma que, quando pequenas faltas são cometidas, como, por exemplo, estacionar em local proibido, ultrapassar o limite de velocidade, desobedecer ao sinal vermelho, e não são punidas, em seguida vêm as faltas maiores e, logo depois, os delitos mais graves.

A Teoria das Janelas Quebradas definiu um novo marco no estudo da criminalidade ao apontar que a relação de causalidade entre a criminalidade e outros fatores sociais, tais como a pobreza ou a "segregação racial" é menos importante do que a relação entre a desordem e a criminalidade. Não seriam somente fatores ambientais (mesológicos) ou pessoais (biológicos) que teriam influência na formação da personalidade criminosa, contrariando os estudos da criminologia clássica. (PELLEGRINI, 2013, s/p.)

Como dito anteriormente, tal teoria foi inspiradora da política de "tolerância zero", uma das vertentes do chamado Movimento de Lei e Ordem, cujas principais características é a pena, justifica-se como castigo e retribuição, na definição antiga; os crimes bárbaros devem ser punidos com penas rigorosas e demoradas (morte e privação de liberdade duradoura); as penas privativas de liberdade cominadas a crimes mais graves devem ser cumpridas em prisões de segurança máxima, devendo o condenado ser submetido a um regime muito mais severo, diferente do regime proposto aos demais condenados; a prisão provisória deve ser mais utilizada, sendo concebida como uma resposta imediata ao crime; os poderes de individualização do juiz devem ser diminuídos e deve haver um menor controle judicial da execução, que, no caso, deverá ficar, exclusivamente, a cargo das autoridades penitenciárias. (ARAÚJO JÚNIOR, 1991)

Um exemplo desse sistema mais rigoroso, no Brasil, é o RDD – Regime Disciplinar Diferenciado – previsto no artigo 52 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984). O RDD foi incluído

na Lei de Execução Penal pela – Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que alterou a Lei nº 7.210 e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 Código de Processo Penal.

O Movimento de Lei e Ordem possui outros exemplos no ordenamento jurídico brasileiro como a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), bastante criticada pela doutrina nacional, e a Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012, (vulgarmente chamada de Lei Seca), que alterou o Código de Trânsito Brasileiro, sendo mais um caso de aumento da repressão do Estado, sem nenhum critério científico e sem estudos de política criminal.

Verifica-se que o Movimento de Lei e Ordem defende o chamado Direito Penal de Terceira Velocidade e de Máxima Intervenção Penal, que faz a coletividade crer que o Direito Penal é a solução para todos os seus males.

Percebe-se que nosso país vem seguindo a tendência global de utilizar o Direito Penal como função simbólica, contribuindo para a chamada expansão do Direito Penal ou hipertrofia penal, em que se criam novos tipos penais incriminadores, alguns até de perigo abstrato, recrudescem-se penas já existentes, sem a devida preocupação com as finalidades das mesmas, e, também, flexibilizam-se diversas garantias penais e processuais penais.

De acordo com Marcelo André de Azevedo e Alexandre Salim (2014, p. 39),

Sempre que a sociedade clama por segurança pública, máxime nos tempos atuais de uma sociedade de risco, surge o legislador com sua pretensão de dar uma rápida resposta aos anseios sociais, e, com isso, muitas vezes criminaliza condutas sem qualquer fundamento criminológico e de política criminal, criando a ilusão de que resolverá o problema por meio da utilização da tutela penal. Com efeito, se a criação da lei penal não afeta a realidade, o Direito Penal acaba cumprindo apenas uma função simbólica. Daí a expressão Direito Penal Simbólico.

Winfried Hassemer, citado por Azevedo e Salim, aduz que o Direito Penal Simbólico é multifacetado e

[...] marca um Direito Penal que se inspira menos na proteção dos respectivos bens jurídicos do que no atingimento de efeitos políticos de longo alcance, como a imediata satisfação de uma 'necessidade de ação'. Trata-se de um fenômeno de crise da Política Criminal moderna orientada para as consequências. (HASSEMER, 2008, *apud* AZEVEDO; SALIM, 2014, p. 39)

Díez Ripollés (2005, p. 43-44), em relação ao Direito Penal Simbólico, afirma que há uma

[...] predisposição do legislador para legislar simbolicamente: essa atitude exerce um efeito de apelo ou, ao menos, facilita o acesso de propostas populares, de forma que quanto mais propenso esteja o legislador a agilizar a resposta legislativa aos critérios legitimadores da intervenção penal, melhor acolhida terão as demandas populares para legislar.

O Direito Penal Simbólico desenvolve-se em meio a uma sociedade acuada, amedrontada, insegura, com medo da violência urbana e da criminalidade de uma maneira geral. Convence-se a população de que o Direito Penal será a solução de todos os problemas, através do sensacionalismo dos meios de comunicação de massa, que transmitem imagens que chocam e revoltam a sociedade: homicídios com requintes de crueldade, estupro de crianças, rebeliões em presídios, assassinatos em série, latrocínios, corrupção, etc.

Segundo Rogério Greco (2005, p. 17),

O Estado Social foi deixado de lado para dar lugar a uma Estado Penal. Investimentos em ensino fundamental, médio e superior, lazer, cultura, saúde, habitação são relegados a segundo plano, priorizando-se o setor repressivo. A toda hora o Congresso Nacional anuncia novas medidas de combate ao crime.

O raciocínio do Direito Penal Máximo, mote do Movimento de Lei e Ordem, faz com que tudo interesse a ele, todos os bens existentes na sociedade, sem levar em consideração sua importância. Assim, quando um bem jurídico é atingido por uma conduta antissocial, esse comportamento, mesmo sendo de pouca relevância, passará a sofrer as consequências graves do Direito Penal, transformando-se em infração penal, no afã de “educar” a sociedade. O resultado desse pensamento é, justamente, um Direito puramente simbólico, difícil de ser aplicado na prática.

Rogério Greco (2005, p. 20) resume o pensamento de Lei e Ordem da seguinte maneira:

[...] o Direito Penal deve preocupar-se com todo e qualquer bem, não importando o seu valor. Deve ser utilizado como *prima ratio*, e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, cumprindo um papel de cunho eminentemente educador e repressor, não permitindo que as condutas socialmente intoleráveis, por menor que sejam, deixem de ser reprimidas.

Fica claro que esse raciocínio não deve prosperar, mesmo trazendo uma falsa ideia de conforto à sociedade, pois ela mesma não suportaria que absolutamente todos os seus comportamentos antissociais fossem punidos.

### 3 O Direito Penal do inimigo

Considerando o Direito Penal Máximo como gênero, uma de suas espécies que merece ser aqui abordada é o Direito Penal do Inimigo, uma teoria radical criada na segunda metade da década de 90 por Günter Jakobs, professor alemão, cuja linha de pensamento, em apertada síntese, afirma que o Estado deve proceder de maneira distinta com os indivíduos delinquentes: ao cidadão que comete infração penal, deve-se aplicar o Direito Penal do Cidadão, ao passo que ao indivíduo que Jakobs chama de inimigo, quando, por sua vez, comete uma infração penal, deve-se aplicar o Direito Penal do Inimigo. (GRECO, 2005)

Na linha de pensamento de Jakobs, alguns indivíduos, ao cometerem erros, ainda que tenha havido violação à norma, por serem considerados cidadãos, devem sujeitar-se ao Direito Penal do Cidadão, sendo coagidos a reparar o dano, o que pode ser feito com a aplicação da pena. Diferentemente, os delinquentes considerados inimigos devem ser coagidos a não violarem o ordenamento jurídico vigente, mediante a utilização do Direito Penal do Inimigo. No raciocínio de Jakobs, quem é considerado inimigo não possui a condição de cidadão, pois “se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma” (GOMES, 2010, p. 1).

Vale salientar que o Direito Penal do Inimigo caracteriza-se como Direito Penal de Terceira Velocidade, aquele que relativiza, ou até mesmo suprime, as garantias político-criminais, as regras de imputação e os critérios processuais. (GRECO, 2005)

Outras características do Direito Penal do Inimigo são os seguintes: quem é considerado inimigo perde sua qualidade de cidadão, de sujeito de direitos; há um extenso adiamento da punibilidade (Direito Penal prospectivo, tendo como referência, excepcionalmente, *fato futuro*, ao invés de *fato cometido*, como via de regra); o processo penal é mais célere, visando à aplicação da pena; as penas são desproporcionalmente altas; e identifica-se o inimigo por sua periculosidade, devendo o Direito Penal punir a pessoa pelo que ela representa (Direito Penal do Autor, punindo quem o criminoso é, e não o *fato* por ele cometido, como em regra).

O Direito Penal do Inimigo parte do pressuposto da despersonalização do delinquente, dessa forma, não se lhe atribui o direito fundamental de ser considerado pessoa humana. Para Jakobs, o Direito Penal do Cidadão é mais tradicional, garantista, respeita todos os princípios fundamentais que são próprios da pessoa humana, do cidadão, sujeito de direitos. O criador da teoria do Direito Penal do Inimigo defende um Direito Penal que não se preocupa com os princípios fundamentais daqueles indivíduos que ele não considera cidadãos, pois não seguem as normas, nem respeitam as leis, considerando-os, portanto, inimigos do próprio Estado.

“O raciocínio seria o de verdadeiro *estado de guerra*, razão pela qual, de acordo com Jakobs, numa guerra, as regras do jogo devem ser diferentes. O Direito Penal do Inimigo, conforme salienta Jakobs, já existe em nossas legislações, gostemos ou não disso...”. (GRECO, 2005, p. 23)

No Brasil, o Direito Penal do Inimigo é utilizado para legitimar processos de criminalização, neocriminalização e o expansionismo penal desordenado, chamado de elefantíase. Como já dito neste trabalho, podemos citar, como exemplo, a Lei dos Crimes Hediondos e o RDD (Regime Disciplinar Diferenciado), entre outros exemplos.

Jakobs, citado por Rogério Greco, aduz que

[...] o Direito penal conhece dois polos ou tendências de suas regulações. Por um lado, o trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o trato com o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua perigosidade. (JAKOBS *apud* GRECO, 2005, p. 23)

E Greco (2005, p. 23) complementa este raciocínio, afirma que

Há pessoas, segundo Jakobs, que decidiram se afastar, de modo duradouro, do Direito, a exemplo daqueles que pertencem a organizações criminosas e grupos terroristas. Para esses, 'a punibilidade se adianta um grande trecho, até o âmbito da *preparação*, e a pena se dirige a assegurar *atos futuros*, não a sanção de *atos cometidos*'.

O Direito Penal do Inimigo ganhou força depois dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, com os ataques às torres gêmeas e demais localidades nos Estados Unidos da América, fatos transmitidos,

em tempo real, pela mídia mundial. São, pois, considerados inimigos, segundo Jakobs, terroristas, criminosos econômicos, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e demais infrações penais graves.

O que Jakobs propõe em sua teoria é que se antecipe a punição do indivíduo, que ele considera inimigo, pela sua condição de vida, deixando de lado o Direito Penal do Fato, que se utiliza atualmente, e trazendo à tona o Direito Penal do Autor, já bastante combatido e com fortes influências nazistas. (GRECO, 2005)

No Direito Penal do Fato, não se punem, ou seja, não se responsabilizam jurídico-penalmente, meros pensamentos ou intenções, atitudes *internas* do autor, mas, sim, apenas os atos efetivamente praticados por ele. Já no Direito Penal do Autor, base do Direito Penal do Inimigo, pune-se o indivíduo por ser quem é, ou, ainda, pela *possibilidade* de sua periculosidade.

Não há como falar de Direito Penal do Inimigo sem falar de Adolf Hitler. Após a chegada de Hitler ao poder na Alemanha Nazista de 1933, pelo Partido Nacional Socialista, tratou-se, de imediato, de se reorganizar o Estado alemão, através de critérios escusos, o que resultou, em 1944, na edição do *projeto* nacional socialista, que dizia respeito ao tratamento que deveria ser dedicado aos *estranhos à comunidade*. (GRECO, 2005)

Esse projeto tornou-se um dos mais atrozes da história da humanidade, não apenas do Direito Penal, e sugeria, entre outras coisas:

a) a castração dos homossexuais; b) a prisão por tempo indeterminado dos considerados associais, ou seja, pessoas que tivessem um comportamento antissocial, a exemplo dos vadios, prostitutas, alcoólatras, praticantes de pequenas infrações penais, etc., sem que houvesse necessidade, inclusive, de que tivessem praticado qualquer delito; c) a esterilização, a fim de evitar a propagação daqueles considerados associais e inúteis para a sociedade. (GRECO, 2005, p. 27)

Enquanto Hitler esteve no poder, diversos grupos minoritários considerados indesejados, como Testemunhas de Jeová, eslavos, poloneses, ciganos, homossexuais, deficientes físicos e mentais, prisioneiros de guerra soviéticos, os afro-germanos e, principalmente, os judeus, foram perseguidos, o que ficou conhecido como Holocausto, no qual, aproximadamente, onze milhões de pessoas foram exterminadas. A maioria dos perseguidos foi morta, e outra grande parte de seres humanos, que assim

não eram considerados, foi usada em experimentos médicos ou militares. (Enciclopédia do Holocausto)

O conceito ideológico nazista de raça apontava os judeus como seu principal "inimigo" (aí a semelhança com o Direito Penal do Inimigo e, até mesmo, sua origem e influência). Todavia, o nazismo também perseguiu, aprisionou e aniquilou outros grupos, como já mencionado. Os nazistas viam as pessoas, consideradas antissociais, como inimigos que punham em risco a segurança ou por não apoiarem o regime nazista ou por algum aspecto de seu comportamento não se encaixar nas percepções distorcidas do nazismo a respeito das normas sociais.

Assim, os nazistas eliminaram todas as pessoas que não se conformavam com a ideologia imposta pelo Partido Nacional Socialista e as chamadas "ameaças raciais" internas, como justificativa para a busca da purificação da sociedade alemã, ou raça ariana, que, segundo o ideário nazista, era uma raça superior.

Percebe-se que o nazismo, assim como o Direito Penal do Inimigo, não respeitava o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo simples fato de não considerar seus inimigos como pessoas. Do mesmo modo pensa Jakobs, quando não considera o inimigo como cidadão, privando-o de todos os seus direitos e garantias.

Na sociedade moderna, quem pode ser considerado inimigo? Sabe-se que, na maioria das Constituições das Repúblicas Federativas espalhadas pelo mundo, a pedra fundamental de tais Cartas Magnas é o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, quem seria eleito como inimigo do Estado para que pudesse ter reduzidas ou, até mesmo, suprimidas, suas garantias penais e processuais-penais?

Segundo Jakobs, um exemplo de inimigo, nos dias atuais, são os terroristas, como já afirmado anteriormente. Entretanto, na realidade brasileira, como não se pode dizer que há terroristas, o que se vê, atualmente, de maneira mais forte, são as organizações criminosas sendo tratadas como inimigas do Estado.

Um famoso exemplo brasileiro é o PCC – Primeiro Comando da Capital – uma das maiores organizações criminosas do Brasil. O grupo atua principalmente em São Paulo, comandando rebeliões, assaltos, sequestros, assassinatos e narcotráfico. Mas a facção também se faz presente na maioria dos estados brasileiros, além de países que fazem fronteira com o Brasil, como a Bolívia e o Paraguai. Um dos ex-líderes desta organização está preso e chama-se Marcos Willians Herbas Camacho, vulgo *Marcola*. (Veja.com, 2014)

Há ainda o Comando Vermelho Rogério Lemgruber, mais conhecido como Comando Vermelho, ou pelas letras CV e CVRL, outra grande organização criminoso do Brasil, que controla o mundo do crime no Rio de Janeiro. O Comando Vermelho ainda comanda partes da cidade e podem-se encontrar ruas pichadas com as iniciais "CV" em várias favelas do Rio de Janeiro. Alguns integrantes desta facção tornaram-se notórios depois de suas prisões, sendo eles o líder Fernandinho Beira-Mar e um dos integrantes, Elias Maluco.

Assim, percebe-se que, no Brasil, apesar de não haver ações terroristas, há essas facções criminosas consideradas inimigas, compostas de traficantes de drogas que praticam o comércio ilícito de entorpecentes, criando um submundo do crime, com regras e hierarquias próprias.

#### **4 O Abolicionismo Penal**

Outro movimento de política criminal a ser analisado é o Abolicionismo Penal.

Está insculpido no artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal pátria, o princípio da limitação das penas, que diz: “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis”. Essas limitações orbitam em torno do princípio da dignidade da pessoa humana, cujas origens estão no período iluminista.

O Estado, incumbido da manutenção da paz social, não pode deixar de observar valores inalienáveis próprios do ser humano. Ainda que sejam raros os direitos tidos como absolutos, tendo em vista que nem mesmo a vida e a liberdade o são, a exemplo da pena de morte, em casos de guerra declarada, e da pena privativa de liberdade, existem outros direitos que devem ser respeitados em qualquer hipótese, como o direito que o ser humano tem de não ser submetido à tortura e de ser tratado de maneira digna (GRECO, 2005).

Todavia, apesar de todos os limites impostos pela CF/88, uma indagação paira no ar brasileiro, como bem perguntou Rogério Greco (2005, p. 10):

[...] Será que, se após o devido processo legal, alguém, condenado ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade, vier a ser colocado em uma cela superlotada, com capacidade original para quatro pessoas, mas

que, na realidade, abriga trinta, estaria sendo observado o princípio da dignidade da pessoa humana? Estaria, portanto, sendo obedecida a determinação constitucional que proíbe as penas cruéis?

O Direito Penal que, através de suas sanções, coloca em jogo o bem jurídico mais relevante após a vida, que é a liberdade, é o ramo do Direito que mais precisa da atenção do Estado. Não se pode negar a crueldade do Direito Penal, que, via de regra, causa pavor naqueles que caem em suas teias.

[...] Certo é que o Direito Penal tem seu público-alvo. Nem todas as pessoas farão parte de sua 'clientela'. Aqueles que militam nessa seara podem testemunhar, com segurança, que o Direito Penal tem cor, cheiro, aparência, enfim, o Direito Penal, também como regra, foi feito para um grupo determinado de pessoas, pré-escolhidas para fazer parte do show. (GRECO, 2005, p. 9)

Apesar de vários princípios constitucionais servirem de norte e de limite ao legislador, e mesmo aos aplicadores do direito, sabe-se que a tendência brasileira é a de substituir o Estado Social pelo Estado Penal, pois, mesmo que formalmente tais princípios não possam ser esquecidos, informalmente a desobediência a eles é muito comum.

A título de exemplo, além do princípio anteriormente mencionado (da limitação das penas - art. 5º, XLVII, da CF/88), pode-se citar o princípio da intranscendência da pena (responsabilidade pessoal), previsto no artigo 5º, XLV, da nossa Carta Magna, que preconiza: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Atualmente, a dedução lógica desse princípio é muito fácil de ser assimilada, tendo em vista a impossibilidade de alguém ser punido por fato praticado por outrem. Entretanto, é sabido que nem sempre foi assim. No passado, aquele que praticava uma infração penal era punido juntamente com seus familiares, seu clã e sua sociedade como um todo.

A origem do Movimento Abolicionista é atribuída a Fillipo Gramatica, no final da Segunda Guerra Mundial, conforme esclarece Evandro Lins e Silva, citado por Antônio de Padova Marqui Júnior:

À fase tecnicista sucedeu, logo após a terminação da Segunda Guerra Mundial, uma forte reação humanista e humanitária. O direito penal retomava seu leito natural, no caminho que vem trilhando desde Beccaria. Não surgiu propriamente uma nova

escola penal, mas um movimento, sumamente criativo, que vem influenciando de modo intenso na reforma penal e penitenciária da segunda metade do século XX. Foi seu idealizador o advogado e professor italiano Filippo Gramatica, que fundou, em Gênova, em 1945, um Centro de Estudos de Defesa Social, o qual realizou, dois anos depois, em 1947, em San Remo, o 1º Congresso Internacional de Defesa Social. Gramatica adotava uma posição radical. Para ele a Defesa Social consistia na ação do Estado destinada a garantir a ordem social, mediante meios que importassem a própria abolição do direito penal e dos sistemas penitenciários vigentes. (LINS E SILVA, 1998, *apud* MARCHI JÚNIOR)

O Movimento Abolicionista prega a extinção do sistema penal e sua substituição por um modelo de resolução de conflitos de maneira alternativa, preferencialmente informal, isso tendo como base a deslegitimação do poder punitivo e sua incapacidade para solucionar conflitos.

Os adeptos do abolicionismo foram impulsionados por diversos fatores, a saber, o caráter seletivo e cruel do Direito Penal; a falta de capacidade de cumprir com as funções da pena, quais sejam, prevenção e repressão; sua natureza bastante estigmatizante; as chamadas cifras negras, que são as infrações penais que ficam à margem da persecução por parte do Estado; a escolha do que deve ou não ser considerado infração penal; assim como a possibilidade de os cidadãos solucionarem seus conflitos através de outros ramos do Direito, como, por exemplo, o Direito Civil ou o Administrativo, entre outros motivos.

De acordo com Rogério Greco (2005, p. 12),

[...] são autores comprometidos com o princípio da dignidade da pessoa humana, que chegaram às suas conclusões diante da irracionalidade do sistema penal. A punição dos fatos de bagatela, por um lado, e a impunidade dos crimes de colarinho branco, por outro, constituem exemplos claros da injustiça do sistema penal. E, ainda, incriminar ou não incriminar? O que faz permitir a transformação de um fato que, até ontem, era plenamente tolerado em uma conduta proibida pelo Direito Penal?

No mesmo sentido, o principal expoente do movimento abolicionista, Louk Hulsman (1997, p. 63), declara:

Por que ser homossexual, drogar-se ou ser bígamo são fatos puníveis em alguns países e não em outros? Por que condutas que antigamente eram puníveis, como a blasfêmia, a bruxaria, a tentativa de suicídio, etc., hoje não o são mais? As ciências cri-

minais puseram em evidência a relatividade do conceito de infração, que varia no tempo e no espaço, de tal modo que o que é 'delituoso' em um contexto é aceitável em outro. Conforme você tenha nascido num lugar ao invés de outro, ou numa determinada época e não em outra, você é passível – ou não – de ser encarcerado pelo que fez, ou pelo que é.

Para o abolicionismo, o sistema penal é alvo de várias críticas: gera mais problemas do que soluções; não é capaz de prevenir crimes; é seletivo, recrutando sua clientela entre os miseráveis (que, no Brasil, pode-se dizer que são os “3 ps”: pretos, pobres e prostitutas); viola os direitos humanos, operando à margem da legalidade; atua apenas em casos excepcionais (a questão das cifras negras ou cifras ocultas, ou seja, o número de crimes é muito maior do que os relatados nas estatísticas oficiais). Esse movimento assevera, ainda, que o Estado, ao utilizar seu *ius puniendi* (direito de punir), aplicando a pena previamente cominada em lei penal, não consegue cumprir com as funções dessa pena, quais sejam, de reprovar e prevenir o delito.

Sob a ótica abolicionista, a solução dos conflitos cabe às partes envolvidas, por meio de critérios racionais; deve haver conciliação entre agressor e vítima, ou a reparação do dano, no caso de vítima e comunidade; prega-se a criação de micro-organismos sociais baseados na solidariedade e fraternidade, bem como a substituição do modelo punitivo clássico por medidas terapêuticas, educativas, assistenciais e reparatórias.

Nessa esteira de raciocínio, as condutas pré-selecionadas pelo Estado, mediante critérios políticos, para pertencerem ao alvo de aplicação do Direito Penal, poderiam, na hipótese de causadoras de conflitos, ser tuteladas por outros ramos do Direito, utilizando-se o Direito Penal apenas como *ultima ratio* (último argumento), respeitando--se, assim, a dignidade da pessoa humana, que, em sendo condenada pela Justiça Criminal, não levaria para sempre uma marca indelével.

Para os abolicionistas, a prisão é um instrumento totalmente irracional, que não pode ser aplicado sem ofensa à dignidade da pessoa humana. (GRECO, 2005)

É um movimento bastante utópico, transitando pela esfera do “dever ser”. Os maiores defensores desse modelo vêm de países com baixíssima taxa de criminalidade, por isso o defendem. Todavia, há influências abolicionistas no Brasil, como no caso da descriminalização do adultério, da sedução, do rapto consensual e do usuário de drogas.

Entretanto, por mais que a tese abolicionista seja digna de aplausos, existem determinados casos para os quais não há outra solução que

não seja se recorrer ao Direito Penal. Não se pode permitir que a sociedade solucione, através do Direito Civil ou do Direito Administrativo, casos de homicídio, estupro ou latrocínio, só para citar alguns exemplos. Essas situações mais graves necessitam de uma tutela imediata e eficiente do Estado, que o faz através do Direito Penal.

Assim, percebe-se a necessidade de se continuar privando da liberdade determinados indivíduos delinquentes, contudo a maneira como isso ocorre é que deveria ser modificada, principalmente no caso das prisões brasileiras, onde a dignidade da pessoa humana, na prática, não é respeitada, apesar de esse respeito ser formalmente previsto no ordenamento jurídico pátrio, a começar pela Constituição da República.

Uma possibilidade de se respeitar a dignidade da pessoa humana dos condenados às prisões, mormente as brasileiras, seria estabelecer prisões por tipo de delitos, por exemplo, prisões para condenados por crimes contra a vida, outras para encarcerados por crimes contra o patrimônio, e assim para cada tipo de infração delimitada nos capítulos da Parte Especial do Código Penal Pátrio. Porém, isso seria assunto para ser desenvolvido mais aprofundadamente em outro trabalho científico.

Aqui se quis, apenas, vislumbrar uma solução para o problema carcerário do nosso país, que tem em suas prisões verdadeiras escolas para criminosos, que são misturados a toda sorte e acabam contaminando-se pela influência dos crimes cometidos pelos “colegas” de estabelecimento prisional. Sabe-se que, muitas vezes, os condenados saem das prisões “PhDs em Criminologia”, muito piores do que entraram. É a triste realidade brasileira. Mas, como dito anteriormente, não é este o objeto central do presente estudo.

Com efeito, Edmundo Oliveira (2002, p. 85) indaga:

Abolir as prisões: será essa lógica possível?

Em nível institucional não vemos como esse fenômeno possa ser concretizado, sobretudo na América Latina, onde as estruturas do Poder Executivo e do Poder Judiciário não propiciam condições plausíveis para a adoção de experiências *abolicionistas*. Advogar a abolição da instituição carcerária pode ser um nobre desejo, mas utópico.

Além desses aspectos, (...) ainda prevalece a crença, no seio da coletividade, de que a prisão representa melhor resposta para as inquietações engendradas pelos comportamentos delinquentes.

Nota-se, pois, que, para crimes graves não há, na sociedade atual, outra solução que não seja o Direito Penal, mesmo com suas falhas, não

havendo, portanto, espaço para a possibilidade de se abolir o sistema penal, como preconiza o movimento abolicionista. Infelizmente, outros ramos do ordenamento jurídico não são capazes de impedir lesões a bens jurídicos tão relevantes como aqueles tutelados pelo Direito Penal e seu sistema penal, que, bem ou mal, procura impedir, ou, ao menos, reduzir, a prática de comportamentos delinquentes, que, quando graves, causam danos irremediáveis à coletividade.

## 5 O Direito Penal Mínimo

Antônio de Padova Marchi Júnior, acerca da impossibilidade atual de se abolir por completo o sistema penal, aponta o Direito Penal Mínimo como uma alternativa mais adequada às necessidades da sociedade contemporânea:

O abolicionismo surgiu a partir da percepção de que o sistema penal, que havia significado um enorme avanço da humanidade contra a ignomínia das torturas e contra a pena de morte, cujos rituais macabros encontram-se retratados na insuperável obra de Michel Foucault, perdeu sua legitimidade como instrumento de controle social.

Todavia, o movimento abolicionista, ao denunciar essa perda de legitimidade, não conseguiu propor um método seguro para possibilitar a abolição imediata do sistema penal. Diante de tal impasse, o *princípio da intervenção mínima* conquistou rapidamente ampla adesão da maioria da doutrina, inclusive de alguns abolicionistas que passaram a enxergar nele um estágio em direção à abolição da pena. (grifo nosso) (MARCHI JÚNIOR)

O Direito Penal Mínimo possui uma propositura racional na elaboração da política criminal e prega que o Direito Penal deve ter uma intervenção mínima. Defende que a finalidade do Direito Penal é a tutela apenas dos bens imprescindíveis ao convívio em sociedade, porém, de forma subsidiária. Tais bens, de relevada importância, não poderiam ser protegidos apenas pelos demais ramos do Direito.

Os principais defensores do Direito Penal Mínimo são Luigi Ferrajoli, Zaffaroni, Alessandro Baratta, Roxin, dentre outros, que não admitem a extinção do Direito Penal, por se tratar de uma forma legítima de reação social.

Esse movimento de política criminal tem como fundamento uma série de princípios norteadores que auxiliam o legislador na criação e na

revogação de tipos penais, além de orientarem os aplicadores do Direito na correta interpretação da lei penal.

Os princípios que servem de embasamento a esse movimento de política criminal são vários: o Princípio da Intervenção Mínima, o Princípio da Adequação Social, o Princípio da Lesividade, o Princípio da Insignificância, o Princípio da Individualização da Pena, o Princípio da Proporcionalidade, o Princípio da Responsabilidade Pessoal, o Princípio da Limitação das Penas, o Princípio da Culpabilidade, e o Princípio da Legalidade. (GRECO, 2005)

O Princípio da Intervenção Mínima, pilar do Direito Penal Mínimo, tem como função primordial guiar o legislador na criação e na revogação de tipos penais, no sentido de valoração acerca de quais bens existentes na sociedade merecem a tutela do Direito Penal, para que esse ramo do Direito atue, apenas, com natureza subsidiária, ou seja, como *ultima ratio*.

Azevedo e Salim (2014, p. 48) asseveram:

A pena é vista como um mal necessário, por isso busca-se a redução ao mínimo da solução dos conflitos sociais por meio do Direito Penal. Uma das características é a aplicação de sanções alternativas ou substitutivas à pena de prisão, tais como, reparação do dano; penas restritivas de direitos; transação penal; suspensão condicional do processo (*sursis processual*).

Segundo Rogério Greco (2005, p. 31),

O primeiro passo para a criação do tipo penal incriminador é, efetivamente, a valoração do bem. Se for concebido como bem de relevo, passaremos ao segundo raciocínio, ainda no mesmo princípio, vale dizer, o da subsidiariedade. Embora importante o bem, se os outros ramos do ordenamento jurídico forem fortes e capazes o suficiente para levar a efeito a sua proteção, não haverá necessidade da intervenção drástica do Direito Penal. Sua importância deverá também ser aferida para fins de revogação dos tipos. Se um bem que era importante no passado, mas, atualmente, já não goza desse prestígio, não poderá mais merecer a tutela do Direito Penal, servindo o princípio da intervenção mínima de fundamento para sua revogação.

Importante, ainda, destacar que,

Parte da doutrina trata os princípios da fragmentariedade e subsidiariedade como expressões do princípio da intervenção mínima. Por outro lado, alguns autores tratam o princípio da interven-

ção mínima como sinônimo de princípio da subsidiariedade, não abrangendo a fragmentariedade como sua expressão. (AZEVEDO; SALIM, 2014, p. 54)

Também servirá de norte ao legislador, para a criação e revogação de tipos penais, o Princípio da Adequação Social, no sentido de avaliar se condutas que eram consideradas socialmente inadequadas em épocas remotas, já são aceitas, atualmente, pela sociedade, devendo o legislador, em caso positivo, descriminalizá-las. Esse princípio guia, ainda, a interpretação dos tipos penais, adaptando-os à realidade social da época vigente.

Quanto ao Princípio da Lesividade, é em sua obediência que não se punem a cogitação, nem os atos preparatórios. Sobre ele, Rogério Greco (2005, p. 32) afirma que

O princípio da lesividade seria o terceiro passo necessário à criação dos tipos penais. Por mais importante que seja o bem, que a conduta seja inadequada socialmente, somente poderá haver a criminalização de comportamentos se a conduta do agente ultrapassar a esfera individual, atingindo bens de terceiros.

Passada a fase inicial, de criação dos tipos penais, uma vez criados, passa-se aos princípios que permitem uma correta interpretação garantista dos mesmos. Assim, o Princípio da Insignificância é um ótimo exemplo.

Como o Direito Penal Mínimo tem como núcleo a tutela dos bens mais preciosos e indispensáveis ao convívio em sociedade, esse pensamento deve ser posto em prática nos casos concretos. Para tanto, não se deve permitir a aplicação da lei penal a fatos irrelevantes.

É, pois, justamente o Princípio da Insignificância que, se aplicado, conduzirá à atipicidade do fato praticado, merecendo o devido exame quanto à tipicidade conglobante, no que diz respeito à tipicidade material que é, exatamente, o quesito do qual o Direito Penal se utiliza para valorar a importância do bem no caso concreto. (GRECO, 2005)

Já o Princípio da Individualização da Pena, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, da CF/88, significa que a “pena é o preço de cada infração penal, que corresponde à gravidade do fato cometido, ligada à importância do bem.” (GRECO, 2005, p. 33)

Ou seja, cada bem que o Direito Penal escolheu para proteger tem sua relevância característica que o difere dos demais, consequência disso

é o imperativo de se individualizar a pena, para se diferenciar o valor de cada bem.

Do Princípio da Individualização da Pena decorre o Princípio da Proporcionalidade, que tem exigência minimalista: a pena deverá ser proporcional ao mal praticado.

Cesare Beccaria (1764, s/p.) pontifica:

[...] para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.

O Princípio da Responsabilidade Pessoal, também chamado Princípio da Pessoalidade ou Princípio da Intranscendência da Pena, esculpido no artigo 5º, XLV, da nossa Carta Magna, prevê, em regra, que a pena não poderá ultrapassar a pessoa do condenado, ou seja, somente aquele que cometeu o crime poderá pagar por ele, não se podendo transferir essa responsabilidade a outrem.

Todavia, na prática, a pena do condenado pelo crime cometido atinge, sim, pessoas próximas a ele, ainda que de maneira informal. Famílias inteiras podem ser desestruturadas pela aplicação da pena a um ente seu. As consequências da pena são inevitáveis e indelévels. Por esse motivo, a necessidade da aplicação da pena apenas em casos extremos, quando não houver outra solução, quando for o último recurso, a *ultima ratio*.

O nosso texto constitucional traz, ainda, o Princípio da Limitação das Penas, no art. 5º, XLVII. Por esse princípio, todas as penas possíveis de serem aplicadas no Brasil são regidas pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Há, também, o Princípio da Culpabilidade, que é inerente ao agente. Pelo raciocínio minimalista, utilizando-se esse princípio não é possível a intervenção do Direito Penal se o comportamento do agente não for passível de recriação, tendo em vista que não podia ter atuado de outra maneira, na circunstância em que se encontrava.

Como base central de todos os outros princípios que fundamentam o Direito Penal Mínimo, temos o Princípio da Legalidade, que deverá orientar o intérprete da norma penal quanto à sua legalidade formal e, sobretudo, quanto à legalidade material. Dessa forma, o Princípio da Legalidade deverá

[...] não somente evidenciar se o procedimento legislativo de criação típica foi devidamente observado, como também pesquisar se o conteúdo da lei penal não contraria os princípios expressos e implícitos contidos em nossa Lei Maior, norteadores de todo o sistema. (GRECO, 2005, p. 35)

Sabe-se que, bem como os Direitos Civil e Administrativo, o Direito Penal é uma das maneiras de se conter a sociedade. Contudo, não há dúvidas de que a sanção penal é a mais grave das sanções pelo fato de, através dela, permitir-se a privação da liberdade, bem tão caro ao ser humano. Por esse motivo, o Direito Penal deve atuar de maneira subsidiária – Direito Penal de *ultima ratio* – ou seja, apenas quando as outras formas de controle social forem ineficazes.

Importante, ainda, salientar que não se pode falar em Direito Penal Mínimo sem falar de Garantismo Penal que, segundo o autor italiano Luigi Ferrajoli, é considerado como parâmetro de racionalidade, convertendo-se em um meio de legitimação da própria ingerência do Estado em seu poder punitivo, atuando de forma limitada.

O Garantismo Penal pode ser visto, sob o plano político, como técnica de reduzir a violência e maximizar a liberdade. Já sob o plano jurídico é uma forma de limitação do poder punitivo do Estado em garantia dos direitos fundamentais do cidadão. (FERRAJOLI, 2006)

Assim, percebe-se, claramente, que o Garantismo Penal tem sua estrutura toda baseada nos princípios garantistas, e, dentro dessa função garantista do Direito Penal, Ferrajoli destaca dez axiomas (FERRAJOLI, 2006): 1) *Nulla poena sine crimine* (não haverá pena sem crime), a primeira é consequência do segundo. - Princípio da Retributividade; 2) *Nullum crimen sine lege* (não haverá crime sem lei. anterior que o defina. - Princípio da Legalidade; 3) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não haverá lei penal sem necessidade), ou seja, a lei penal deve ser o meio indispensável para a tutela dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. - Princípio da Necessidade ou da Intervenção Mínima; 4) *Nulla necessitas sine injuria* (não haverá necessidade sem ofensa ao bem jurídico), ou seja, os tipos penais devem descrever condutas que ofendam bens jurídicos alheios, de maneira que não se possam punir condutas que não excedam o âmbito do próprio autor. - Princípio da Lesividade; 5) *Nulla injuria sine actione* (não haverá ofensa ao bem jurídico sem ação / conduta), no sentido de que a conduta somente poderá ser considerada proibida quando manifestada através de uma ação ou omissão proibida por lei. - Princípio da Exterioridade da Ação;

6) *Nulla actio sine culpa* (não haverá ação / conduta sem responsabilidade). No Direito Penal, não pode haver responsabilização sem a presença de dolo ou culpa na conduta do agente. - Princípio da Culpabilidade ou da Responsabilidade Pessoal; 7) *Nulla culpa sine iudicio* (não haverá responsabilização sem o devido processo legal). - Princípio da Jurisdicionariedade; 8) *Nullum iudicium sine accusatione* (não haverá processo sem acusação formalizada). Princípio da Separação entre Juiz e Acusação; 9) *Nulla acusatio sine probatione* (não haverá acusação sem provas). - Princípio do Ônus da Prova ou da Verificação; 10) *Nulla probatio sine defensione* (não haverá provas sem o direito à defesa), - Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.

Constata-se que cada axioma, ou mandamento, do Garantismo Penal criado por Ferrajoli é decorrência do anterior.

Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho (2002, p. 19) asseveram:

A teoria do garantismo penal, antes de mais nada, propõe-se a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a 'defesa social' acima dos direitos e garantias individuais. Percebido dessa forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados.

Verifica-se que o Direito Penal deve ser um meio imprescindível à tutela dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. Essa proteção penal torna-se desnecessária quando, de maneira eficaz, houver outros meios de contenção social, sejam eles formais ou informais, e que sejam menos lesivos aos direitos individuais do cidadão.

O Direito Penal deve procurar o mínimo de prevenção necessária, ao invés de a maior prevenção admissível.

## 6 Considerações finais

Da pesquisa realizada para este trabalho, restou evidente que, dos movimentos de política criminal estudados, o Direito Penal Mínimo é o que mais se adequa ao Estado Democrático de Direito.

Verificou-se que, para o bem da sociedade, o que deve influenciar o processo legislativo penal é o Princípio da Intervenção Mínima.

Constatou-se que apenas se tem simpatia pela aplicação mais rígida do Direito Penal, o Direito Penal Máximo, quando ela é apontada para aqueles que não conhecemos, que nos são alheios, jamais contra nós mesmos ou algum de nossos entes queridos ou amigos.

Em sentido diametralmente oposto, percebeu-se que se deseja o Movimento Abolicionista somente para nós, nossos familiares e amigos, mas nunca para nossos algozes. A eles, o Direito Penal Máximo. Dois pesos e duas medidas.

No presente estudo, observou-se que há uma polêmica quando se pergunta quem são os inimigos, sob a ótica do Direito Penal do Inimigo. As respostas para tal pergunta podem ser as mais variadas possíveis: os terroristas, as organizações criminosas, os traficantes de drogas, etc. Todavia, compreendeu-se que essa lista de inimigos pode sempre aumentar, pois, a depender do momento, da conjuntura social e política, e de quem estiver no poder, muitos podem ser encaixados no perfil do inimigo, até mesmo nós, se estivermos do lado oposto ao do poder. Verificou-se a dificuldade de encontrar-se um conceito pacífico de inimigo.

Chegou-se ao resultado de que o Direito Penal do Inimigo é bastante influenciado pelo lado emocional e, por que não dizer, até mesmo, irracional. Ele não se utiliza da racionalidade para resolver os conflitos e, por essa razão, não merece prosperar na esfera do Direito Penal.

Nesta pesquisa, percebeu-se que, do lado oposto ao movimento de Lei e Ordem e ao movimento Abolicionista, o Direito Penal Mínimo é o que leva o Direito Penal para uma posição mais equilibrada, sendo a única maneira de o Estado efetivar seu *ius puniendi* – direito de punir – sem atuar como impiedoso, e respeitando a dignidade da pessoa humana.

Confirmou-se que o direito tenta sempre acompanhar as mudanças da sociedade, e, em especial, o Direito Penal *deve* acompanhar tais mudanças, sem esquecer, contudo, a preocupação com o respeito aos tão arduamente conquistados direitos e garantias do indivíduo.

Verificou-se que, assim como os Direitos Civil e Administrativo, o Direito Penal é uma das formas de controle social, no entanto é pacífico que a sanção penal é a mais grave de todas as sanções, porque, por ela, priva-se a liberdade do indivíduo. Esse é o motivo pelo qual o Direito Penal deve ser utilizado apenas de maneira subsidiária – Direito Penal de *ultima ratio* – somente quando as outras formas de controle da sociedade forem inúteis.

Lembrando que o tema ora abordado não esgota o vasto assunto relativo aos movimentos de política criminal, buscou-se, ao menos, demonstrar que o Princípio da Intervenção Mínima, núcleo central do Direito Penal Mínimo, tem como principal objetivo orientar o legislador na criação e na revogação de tipos penais, indicando quais bens da sociedade merecem a proteção do Direito Penal, para que ele opere, tão somente, com natureza subsidiária, ou seja, como *ultima ratio* – último recurso –, buscando a atuação de um Direito Penal equilibrado, que, efetivamente, atenda aos interesses genuínos da sociedade.

Destarte, conclui-se esse trabalho com a ideia de que o Direito Penal Mínimo é o movimento de política criminal mais adequado da seara do Direito Penal, consubstanciando-se no ponto de equilíbrio entre o direito de punir do Estado e os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

## Referências

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Processo penal*: parte geral. Coleção Sinopses para Concursos. Coord. Leonardo de Medeiros Garcia. 4.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014. 7v.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo*: aspectos, sistema penal para o terceiro milênio. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. *Direito penal*: parte geral. Coleção Sinopses para Concursos. Coord. Leonardo de Medeiros Garcia. 4.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_08/e-books/dos\\_delitos\\_e\\_das\\_penas.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. *Enciclopédia do holocausto*. Disponível em: <<http://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10007457>>. Acesso em: 17 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Planalto. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 03 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Planalto. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de processo penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 24 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Planalto. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 24 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Planalto. *Constituição da República de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 20 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Planalto. *Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Planalto. *Lei n° 8.930, de 06 de setembro de 1994*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8930.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8930.htm)>. Acesso em: 22 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Planalto. *Lei n° 9.695, de 20 de agosto de 1998*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9695.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9695.htm)>. Acesso em: 24 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Planalto. *Lei n° 10.792, de 1° de dezembro de 2003*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.792.htm)>. Acesso em: 03 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Planalto. *Lei n° 12.760, de 20 de dezembro de 2012*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm)>. Acesso em: 03 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Planalto. *Lei n° 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm)>. Acesso em: 24 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. *Veja.com*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/saiba-quem-e-a-cupula-do-pcc/>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 8. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n° 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARLETTI, Amilcare. *Dicionário de latim forense*. 9. ed. rev. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 2.ed. ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

DELMANTO, Celso. *A pressa em punir e os excessos do legislador*.

Revista do Advogado. 1991. Disponível em: <<http://www.delmanto.com/artigos.html>>. Acesso em: 10 nov.2015.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ELBERT, Carlos Alberto. *Criminologia latino-americana: teoria e propostas sobre o controle social do terceiro milênio*. v. 2. São Paulo: LTr, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal do inimigo (ou inimigos do direito penal)*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.29698&seo=1>>. Acesso em: 20 set. 2015.

GRECO, Luís. *Sobre o chamado direito penal do inimigo*. Disponível em: <<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Docente/07.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. Niterói: Impetus, 2005.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. 2.reimp. c/ alter. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 2.ed. Niterói: Luam Editora Ltda., 1997. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAgftMAC/louk-hulsman-penas-perdidas-sistema-penal-questao>>. Acesso em: 21 set. 2015.

MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. *Abolicionismo criminal*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10380-10380-1-PB.htm>>. Acesso em: 20 set. 2015.

OLIVERA, Edmundo. *O futuro alternativo das prisões*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

PELLEGRINI, Luis. *Janelas Quebradas: Uma teoria do crime que merece reflexão*. Disponível em: <[http://www.brasil247.com/pt/247/revista\\_oasis/116409/janelas-quebradas-uma-teoria-do-crime-que-merece-reflex%c3%a3o.htm](http://www.brasil247.com/pt/247/revista_oasis/116409/janelas-quebradas-uma-teoria-do-crime-que-merece-reflex%c3%a3o.htm)>. Acesso em: 03 out. 2015.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTANA, Selma Pereira de. *A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência” e “funcionalidade”*. Disponível em: <<http://www.mpm.mp.br/portal/editorial/revista-20.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2015.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

# MÉRITO PROCESSUAL PARTICIPADO NA ADIN 3510

Fabrizio Veiga Costa

Professor de Direito e Advogado

## Resumo

A presente pesquisa científica tem como escopo discutir, sob o ponto de vista crítico-epistemológico, a formação do mérito processual nas ações coletivas, delimitando-se o seu objeto de análise no estudo da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº. 3510, cujo objeto se concentrou no debate acerca da constitucionalidade da utilização das células tronco embrionárias. Pretende-se demonstrar que a dimensão e as proposições teóricas que permeiam o estudo do mérito processual não podem ficar adstritas àquelas questões fáticas e jurídico-legais trazidas pelas partes legitimadas processualmente para o debate da pretensão deduzida em juízo. Todos os sujeitos afetados pelos efeitos jurídicos do provimento final devem ter a oportunidade de participar da formação dialética e discursiva do mérito, pois o processo coletivo democrático é o *locus* da ampla e irrestrita discursividade de todas as questões de fato e de direito que integram o mérito da pretensão coletiva deduzida em juízo. Não podem os julgadores se esquivarem do enfrentamento e da análise jurídico-legal e constitucionalizada de todas as questões que integram o mérito da pretensão deduzida em juízo, pois, se assim agirem, certamente legitimarão o cerceamento de defesa no momento em que serão omissos quanto à possibilidade de dialeticidade das questões que integram o mérito da pretensão deduzida. A legitimidade democrática do provimento final pressupõe sua construção discursiva por todos os sujeitos que sofrerão seus efeitos jurídicos, algo que não se verifica na ADIN 3510. Desenvolveu-se pesquisa teórico-bibliográfica, análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas, como critério para o entendimento crítico do objeto da '1.

**Palavras-Chave:** Mérito processual. Sistema participativo. Sistema representativo. ADIN 3510. Legitimidade democrática do provimento.

## Abstract

This scientific research is scoped to discuss, under the critical-epistemological point of view, the formation of procedural merit in collective actions, delimiting its object of analysis in the Direct Action of the study number of unconstitutionality 3510, whose object It focused on the debate about the constitutionality of the use of stem embryonic cells. We

intend to show that the size and the theoretical propositions that permeate the study of procedural merit can not be adstritas those factual and legal and legal questions raised by the parties procedurally legitimate to debate the claim deducted in court. All individuals affected by the legal effects of the final provision should have the opportunity to participate in the dialectic and discursive formation of merit, because the democratic collective process is the locus of broad and unrestricted discourse of all questions of fact and law which are part of the merit collective claim deduction in court. Can not the judges shirk the confrontation and legal and legal analysis and constitutionalized of all the issues that are part of the merits of the claim deducted in court, because if they act certainly legitimize the defense curtailment at the time to be silent as to possibility of dialectics of the issues that are part of the merits of the claim deducted. The democratic legitimacy of the final provision assumes its discursive construction by all subjects who suffer its legal effects, which is not the case in 3510 ADIN was developed theoretical literature, thematic, theoretical, interpretative and comparative analysis as a criterion for understanding critical of the research object.

**Keywords:** Merit procedure. Participatory system. Representative system. ADI 3510. Legitimacy democratic provision.

## 1 Introdução

A presente pesquisa tem como objetivo desenvolver um estudo crítico e propor reflexões científicas acerca do processo coletivo democrático, especificamente no que tange à construção discursiva do mérito participado. Por isso, pretende-se inicialmente demonstrar que o processo coletivo atual segue a mesma sistemática jurídica do processo individual e é pautado especificamente no sistema representativo, o que inviabiliza, conseqüentemente, a construção democrática e participada do objeto do processo, ou seja, o processo coletivo compreendido pela Escola Instrumentalista tem o seu foco de discussão pautado no sujeito, pelo fato de restringir a definição do objeto do processo apenas àquelas pessoas taxativamente consideradas legitimadas processualmente pelo legislador, não permitindo, assim, o exercício efetivo da cidadania mediante a participação ampla de todos aqueles que pretenderem participar da construção discursiva do objeto do processo.

Em contrapartida, a Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas não compreende o processo coletivo nos mesmos moldes do processo individual, pelo fato de concentrar todo o debate jurídico não no sujeito, mas, sim, no objeto do processo e das ações coletivas. Nesse ínterim, é possível afirmar que a definição do objeto de uma ação coletiva não se dará apenas pelas pessoas consideradas taxativamente legitimadas, mas por toda pessoa, entidade ou grupo de pessoas que levante um tema pertinente à pretensão inicialmente deduzida em juízo. Dessa forma, o que garante a legitimidade democrática e a construção participada do mérito no processo coletivo não é o número de sujeitos que participou da relação processual, e sim a oportunização de apresentação de temas pertinentes ao objeto de lide mediante a publicização através de editais e outros meios lícitos e hábeis a efetivação da construção participada do mérito.

Especificamente, objetiva-se estudar a ADIN 3510, que teve como objeto a constitucionalidade da utilização das células tronco embrionárias em pesquisa científica. Pretende-se analisar a formação participada do mérito processual na respectiva ação direta de inconstitucionalidade, de modo a verificar se o provimento final foi democraticamente construído por todos os sujeitos afetados pelos seus efeitos jurídicos. Para isso, foi necessário analisar a natureza jurídica do mérito processual, compreendido a partir do processo civil, demonstrando que o conceito de mérito preconizado pela doutrina clássica é reflexo da definição autocrática e solipsista das questões controversas consideradas unilateralmente relevantes pelo magistrado na análise e julgamento do caso concreto. Posteriormente, delimitou-se o objeto de análise no processo coletivo, visando demonstrar a necessidade de superação do sistema representativo como forma de legitimar democraticamente os provimentos finais a partir do sistema participativo.

Por meio da pesquisa teórico-bibliográfica, foi possível analisar as questões doutrinárias propostas pelos autores consultados, permitindo-se, assim, o debate sistemático da proposta da pesquisa. A partir de análises teóricas, temáticas, interpretativas e comparativas, o tema foi construído e debatido criticamente sob a ótica da processualidade democrática, uma vez que no Estado Democrático de Direitos os provimentos finais devem ser discursivamente construídos por todos os sujeitos afetados pelos seus efeitos jurídicos.

## 2 Natureza jurídica do mérito

Juridicamente, verifica-se a ausência de construções cientificamente críticas acerca do estudo do mérito processual. Trata-se de um instituto pressupostamente compreendido pelos estudiosos do Direito em virtude de não o esclarecer e o compreender no contexto do processo constitucional democrático, cuja finalidade é a construção participada dos provimentos jurisdicionais pelos destinatários e pessoas juridicamente interessadas na efetivação dos Direitos Fundamentais. Talvez essa indefinição teórica acerca do mérito decorra da sua proximidade com o conceito de causa de pedir, visto processualmente pela Escola Instrumentalista como a fundamentação fático-jurídica da pretensão deduzida em juízo e, nessa perspectiva, o mérito restringir-se-ia à análise dessas peculiaridades fático-jurídicas e/ou apenas jurídicas da pretensão deduzida em juízo.

Sabe-se que o estudo da natureza jurídica do mérito inicia-se a partir das considerações científicas ora expostas, porém a elas não se restringem. Isso advém da necessidade de delimitarmos os fundamentos e contornos científicos do entendimento crítico acerca do mérito no âmbito processual.

A Escola Instrumentalista do Processo menciona o instituto jurídico do mérito quando da análise jurídica das condições da ação, porém apenas esclarece que a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir e as condições específicas de procedibilidade da ação penal são requisitos indispensáveis para a análise do mérito da pretensão, sem adentrar ao estudo crítico e jurídico sobre o que é mérito. Simplesmente afirmam que a inexistência de uma das condições da ação ocasionará a carência de ação que terá como consequência a extinção do processo sem julgamento do mérito (CINTRA, 2005, p. 266-272). Importante ressaltar que a complexidade do tema ora posto em debate advém certamente da sua utilização enquanto sinônimo de pretensão, lide e objeto da demanda. Para aqueles que compreendem o processo como um instrumento para o exercício da jurisdição e a oportunidade do Judiciário manifestar-se juridicamente acerca do conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida o conceito de mérito encontra-se intrinsecamente interligado ao conceito de Lide. Esse foi o posicionamento adotado nas Exposições de Motivos do Código de Processo Civil vigente, onde se verifica a utilização da palavra Lide para designar o mérito da causa. Visando esclarecer a sistemática adotada pelo legislador do Código de Processo Civil vigente, é oportuna a análise de alguns dispositivos para verificar o sentido e a compreensão jurídica adotada acerca do mérito.

No artigo 330 do CPC<sup>1</sup> de 1973, o legislador pátrio deixou claro que o mérito se restringe à apreciação de toda matéria fática e de direito ou apenas à matéria de direito objeto da pretensão deduzida em juízo. Já no artigo 468 do CPC<sup>2</sup> de 1973, verifica-se a delimitação do conceito de mérito à compreensão que se tem de Lide hoje. Esse é o entendimento adotado pelo professor José Marcos Rodrigues Vieira<sup>3</sup>: “O mérito é o pedido e é a lide, ou, como visto, é esta nos limites daquele”. Ante o exposto, observa-se que, para o professor José Marcos Rodrigues de Oliveira, o mérito pode ser definido como a lide nos limites do pedido. *Data máxima vênia*, o que se questiona na presente reflexão jurídica é justamente a vinculação do conceito de mérito ao conceito de lide, uma vez que, nesse ínterim, não seria possível afirmarmos a existência do mérito nos cognominados procedimentos especiais de jurisdição voluntária, que tem como característica central a ausência de lide por se tratar de pretensões pautadas na consensualidade. Novamente, verifica-se que o conceito de mérito proposto pelo legislador do Código de Processo Civil de 1973 refere-se a todas as questões fáticas e jurídicas da pretensão deduzida em juízo, conforme preceitua o artigo 459, *caput*: “O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá de forma concisa”.

A ausência de um conceito construído e pacificado sobre o mérito é o que garante criticamente as reflexões científicas propostas na presente pesquisa. Para Candido Rangel Dinamarco, “o mérito é o complexo das questões materiais que a lide apresenta”<sup>4</sup>.

Giuseppe Chiovenda compreende o mérito a partir do conceito de demanda. Nesse sentido, é oportuna a citação de Chiovenda, exteriorizando o seu entendimento sobre o que é demanda: “é o ato pelo qual a parte, afirmando existente uma vontade contraria de lei, que lhe garante um bem, declara querer que essa vontade se atue, e invo-

<sup>1</sup> Artigo 330 do Código de processo civil: “O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I- quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; II- quando ocorrer a revelia (artigo 339)”

<sup>2</sup> Artigo 468 do CPC: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

<sup>3</sup> VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.160.

<sup>4</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p.200.

ca para esse fim a autoridade do órgão jurisdiciona”<sup>5</sup>. Verifica-se que, para Chiovenda, o mérito reside na demanda, tendo em vista ser a sentença o provimento estatal que reconhece ou não a demanda do jurisdicionado. Oportuno esclarecer que a demanda é vista aqui como a pretensão, ou seja, como uma narração reivindicativa de um direito materializado na petição inicial. Nesse sentido, é oportuna a contribuição de Kazuo Watanabe: “demanda é fato estritamente processual e constitui veículo de algo externo ao processo e anterior a ele, algo que é trazido ao juiz em busca em busca de um remédio que o demandante quer”<sup>6</sup>.

Na mesma perspectiva, temos o posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco que entende ser a demanda o próprio objeto do processo. Nesse sentido, temos: “a demanda é o objeto litigioso do processo, em torno do qual será exercida a jurisdição em cada caso concreto, ao juiz não sendo lícito desconsiderá-lo, ampliá-lo por iniciativa própria ou pronunciar-se acerca de outro objeto”<sup>7</sup>.

É nessa perspectiva que podemos afirmar que o conceito de mérito se encontra intrinsecamente atrelado à ideia de objeto da lide, de pretensão deduzida nos limites do pedido. Observa-se que, em momento algum, foram construídas argumentações jurídicas visando ampliar o entendimento sobre o mérito no que tange às questões processuais e procedimentais. É evidente construção jurídica vinculando o mérito à pretensão, ao objeto de lide e a matéria fático-jurídica levada ao Judiciário.

Nesse contexto, faz-se necessária a citação de Elio Fazzalari:

Quanto aos provimentos de mérito em sentido *lato*, podem-se qualificar como tais os provimentos que envolvem a cognição do mérito (isto é, o aspecto substancial deduzido na lide e aquele requerido ao juiz), sejam os que acolhem a demanda judicial, sejam os que a rejeitam. Em sentido *estrito*, são provimentos de mérito somente os jurisdicionais, ou seja, aqueles que no acolher da demanda invocam uma das medidas reparadoras que constitu-

<sup>5</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução: J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p.297

<sup>6</sup>CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução: J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, p.731.

<sup>7</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 186.

em a jurisdição (condenação, declaração e constituição): são elas que desenvolvem efeitos substanciais no patrimônio das partes. Por sua vez, a pronúncia de rejeição da demanda – a recusa de invocar aquela medida – deve considerar-se “*de rito*”, porque desenvolve efeitos somente no processo<sup>8</sup>.

A partir dessas considerações iniciais, verifica-se que o direito de ação para a Escola Instrumentalista não pode ser visto como o direito assegurado ao jurisdicionado quanto à análise do mérito da pretensão deduzida em juízo, haja vista a existência das condições da ação. Tal posicionamento teórico não se coaduna com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição brasileira de 1988<sup>9</sup>, que democratizou e viabilizou a ampliação do acesso ao Judiciário, assegurando ao jurisdicionado o Direito de Ação no que tange ao direito de análise do mérito da pretensão deduzida em juízo (no Estado Democrático de Direito o direito de ação se efetiva com a análise ampla das questões controversas e o julgamento do mérito). Dessa forma, pode-se afirmar que, constitucionalmente, o Direito de Ação é incondicionado, o contrário do preconizado pelo Código de Processo Civil e Penal brasileiro, que trazem o direito condicionado de ação. Por isso, pode-se afirmar que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o direito incondicionado de ação deve ser compreendido como o direito do jurisdicionado ter analisado o mérito de sua pretensão pelo Judiciário.

Partindo-se do pressuposto de que o direito constitucional e incondicionado de Ação se materializa mediante o direito à análise do mérito assegurado ao jurisdicionado, pergunta-se: é possível ampliar o conceito e a análise do mérito, incluindo matéria fática, matéria de direito e também questões processuais e procedimentais? Ou seja, é possível afirmar nessa perspectiva que houve análise do mérito quando estivermos diante de um provimento discursivamente construído por juízo absolutamente incompetente em razão da matéria? A doutrina é uníssona ao afirmar que, em caso de sentença proferida por juízo absolutamente incompetente em razão da matéria ou da função, não haverá análise do mérito, por delimitar a compreensão do tema apenas às matérias fáticas e jurídicas referentes à pretensão. Porém, ressalta-

---

<sup>8</sup>FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução: Elaine Nassif. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 441-442.

<sup>9</sup>“a lei não excluirá do poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito”.

se que o conceito e a compreensão democrática do mérito não se limita apenas as questões acima mencionadas, incluindo, também, a análise discursiva de questões processuais e procedimentais, como é o caso da competência absoluta. Dessa forma, sabe-se que o fato de uma sentença ser proferida por juízo absolutamente incompetente não proporciona por si só condições para concluirmos se houve ou não efetivamente a análise do mérito, uma vez que é perfeitamente possível que tal provimento tenha sido participada e discursivamente construído pelos seus diretos destinatários, o que garantiria por si só a afirmação de que houve nesse caso a análise do mérito da pretensão. Ante o exposto, esclarece que o critério jurídico para averiguarmos a ocorrência ou não da análise do mérito da pretensão não é a discursividade apenas da matéria fática ou jurídica norteadora da pretensão, mas, sim, a legitimidade democrática e participada do provimento jurisdicional que se materializa mediante a sua construção discursiva no âmbito do processo constitucional, que inclui matéria fática, matéria de direito e também questões estritamente processuais ou procedimentais.

Ante o exposto é oportuna a seguinte questão: existem outros critérios jurídico-constitucionais hábeis à compreensão do mérito na perspectiva do processo constitucional democrático? O fundamento teórico para a compreensão do Estado Democrático de Direito<sup>10</sup> encontra-se no princípio da Supremacia da Constituição, ressaltando-se que a filosofia da linguagem no contexto jurídico da pós-modernidade<sup>11</sup> passou a ser o parâmetro científico para a compreensão crítica do mérito na perspectiva discursiva. Dessa forma, podemos ressignificar a compreensão do mérito

---

<sup>10</sup> Entende-se por Estado Democrático de Direito o regime político cujas bases encontram-se na Constituição e na garantia de participação discursiva do cidadão no conhecimento e construção dos provimentos estatais. Falar em Estado Democrático de Direito é assegurar a co-originalidade entre a autonomia pública e privada. A existência de uma estrutura circular representa o substrato teórico da compreensão processual do Estado Democrático de Direito.

<sup>11</sup> “A pós modernidade do discurso filosófico-constitucional se faz pela apreensão da democracia como teoria processual de resolução do impasse da modernidade ainda radicalizado na recusa em preencher o vazio da linguagem deixado ao longo de século de dominação legal pelo autoritarismo da razão prescritiva, embora já acentuadamente laicizada (desencantada) em seus juízos de validação, não é apta a encaminhar o convívio em sociedades pluralísticas e transculturais da atualidade. É preciso destruir o fetiche do Estado de Justiça que esta a emperrar a transição para a pós modernidade, que reclama o exercício jurídico de bases discursivas ao assentamento de uma comunidade jurídica a se instituir por si mesma por uma auto-inclusão processual no sistema democrático já constitucionalizado como ocupante legitimada desse espaço jurídico ainda apropriado por gestores arcaizados que se louvam numa razão instrumental de uma jurisdição (dicção de um direito culturalizado) salvadora da realidade hostil à realização dos direitos fundamentais” (LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002, p. 30).

to como um instituto diretamente vinculado à legitimidade democrática dos provimentos estatais. A análise do mérito de uma demanda passa diretamente pelo debate das questões de fato, direito, processuais e procedimentais trazidas no espaço processual pelas partes interessadas na construção discursiva do provimento final.

Dessa forma, o processo constitucional democrático passou a ser visto como o espaço de argumentação jurídica e de construção participada dos provimentos estatais. Nesse contexto, podem ser construídas reflexões científicas acerca do mérito enquanto a oportunidade de discussões críticas da pretensão deduzida em juízo por todos aqueles que demonstram interesse e legitimidade jurídica para participar da análise discursiva do mérito da pretensão. Ou seja, a efetivação dos Direitos Fundamentais, mediante a construção discursiva do mérito, dar-se-á por todos aqueles que forem atingidos, direta ou indiretamente, pelos efeitos do provimento estatal.

O fundamento jurídico para a construção da Teoria do Mérito Participado encontra-se inicialmente na obra de Habermas, que propõe uma discussão do direito nos níveis de sua produção a partir de uma racionalidade crítica e dialógica exercida pelos cidadãos dessa sociedade pluralista que caminha a passos largos em busca da democracia material. A legitimação do Direito, em Habermas, é construída a partir da racionalidade discursiva no âmbito da procedimentalidade jurídica garantidora da participação ampla e irrestrita dos cidadãos como coautores das normas jurídicas. Habermas, em sua teoria, tenta afastar o conceito positivista de Direito feito por Weber, para quem “direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito seguindo um processo institucionalizado juridicamente”<sup>12</sup>.

Será na Teoria Neoinstitucionalista do Processo, proposta por Rosemiro Pereira Leal, que se encontra a base para a construção de reflexões jurídicas hábeis à compreensão do mérito não apenas como uma simples análise da matéria fática e jurídica da pretensão deduzida em juízo, mas, acima de tudo, como um espaço de construção participada, isocrítico, em contraditório e na perspectiva da ampla defesa, ou seja, pautado na doutrina da legitimação democrática do direito pro-

---

<sup>12</sup>HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 193. 2v.

posta por Jürgen Habermas<sup>13</sup> e na visão crítico-falibilista<sup>14</sup> de Karl Popper<sup>15</sup>, que Rosemiro Leal se propõe a estudar o processo constitucional no Estado Democrático de Direito não como uma simples espécie de procedimento, mas como instituição constitucionalizada regente das estruturas procedimentais preparatórias de provimentos estatais. Há uma identidade científica existente entre a Teoria Neoinstitucionalista do processo e a Teoria do modelo Constitucional do Processo, já que ambas buscam o seu fundamento teórico nos Direitos Fundamentais. Todavia, daquela teoria se afasta na medida em que coloca o processo como pressuposto de legitimidade “de toda criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos”<sup>16</sup>.

<sup>13</sup>“ Os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas. Ela deve realizar-se em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso, em dois aspectos: O princípio do discurso tem inicialmente o sentido cognitivo de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito. Entretanto, o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares implica, outrossim, o sentido prático de produzir relações de entendimento, as quais são isentas de violência, no sentido de H. Arendt, desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa. O poder comunicativo de convicções comuns só pode surgir de estruturas da intersubjetividade intacta. E esse cruzamento entre normatização discursiva do direito e formação comunicativa do poder é possível, em última instância, porque no agir comunicativo os argumentos também formam motivos. Tal cruzamento se faz necessário, porque comunidades concretas que desejam regular sua conveniência com os meios do direito não conseguem separar as questões de regulamentação de expectativas de comportamento das questões referentes à colocação de fins comuns, o que seria possível numa comunidade idealizada de pessoas moralmente responsáveis. As questões políticas distinguem-se das morais. (HABERMAS, 2003, p. 190-191).

<sup>14</sup>“[...] Por falibilismo entende aqui a opinião, ou a aceitação do fato, de que podemos errar e de que a busca da certeza (ou mesmo a busca de alta probabilidade) é uma busca errônea. Mas isto não implica que a busca de verdade seja errônea. Ao contrário, a idéia de erro implica a da verdade como padrão que podemos não atingir. Implica que, embora possamos buscar a verdade e ate mesmo encontrar a verdade (como creio que fazemos em muitíssimos casos), nunca podemos estar inteiramente certos de que a encontramos [...] Mas o falibilismo não precisa, de modo algum, dar origem a quaisquer conclusões céticas ou relativistas. Tornar-se-á isto claro se considerarmos que todos os exemplos históricos conhecidos de falibilidade humana – incluindo todos os exemplos conhecidos de erros judiciários – são exemplos do avanço de nosso conhecimento”. POPPER, Karl R. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia – EDUSP, 1987, v. 2, p. 395-396.

<sup>15</sup>“[...] a crítica, parece, é o único modo que temos de identificar nossos erros e de aprender com eles de maneira sistemática”. POPPER, Karl R. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia – EDUSP, 1987, v. 2, p. 396).

<sup>16</sup>LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 5. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000, p. 97.

A construção participada do provimento jurisdicional, mediante a análise discursiva do mérito da pretensão, somente poderá se dar mediante a efetivação dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia processual, ou seja, a processualização da legitimidade democrática dos provimentos dar-se-á através da ampla argumentação e contra-argumentação jurídica, da produção de todas as provas e da utilização de todos os meios de provas lícitamente admitidos em direito, bem como através da igualdade jurídico-constitucional de participação de todos os destinatários do provimento no âmbito processual.

## 2.1 O Mérito participado

A compreensão crítica do mérito participado perpassa pelo entendimento do processo e das ações coletivas sob a ótica do processo constitucional no Estado Democrático de Direito.

Toda problemática perpassa inicialmente pela distinção jusfilosófica existente entre direito e interesse. Inicialmente, é importante ressaltarmos o pensamento de Ihering, considerado um utilitarista, compreendia o direito a partir da ideia de existência de um fim prático. É, como explicita Vicente de Paula Maciel Junior, citando Edgard Bodenheimer, “Ihering calcou o ponto central de sua Filosofia do Direito no fim. O fim como criador de todo o Direito, não havendo norma jurídica que não deva sua origem a um fim ou motivo prático”<sup>17</sup>. É nesse contexto que Vicente de Paula Maciel Júnior afirma que “Ihering entendia que os direitos não existem apenas para realizar a ideia de vontade jurídica abstrata”<sup>18</sup>. Dessa forma, sabe-se que para Ihering os direitos são vistos como interesses juridicamente protegidos.

A compreensão de Direito, a partir da obra de Ihering, é de caráter liberal e pautada na premissa de direitos individuais. Além disso, não se pode pensar o Direito enquanto ciência sob a ótica processual, uma vez que os fundamentos metajurídicos e de cunho axiológico representam o norte de toda a obra de Ihering. Dessa forma, é possível afirmar que atu-

---

<sup>17</sup> MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006, p. 20.

<sup>18</sup> MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006, p. 20.

almente a inaplicabilidade da Teoria de Ihering evidencia-se na necessidade de proteção jurídica não apenas de direitos individuais e de relações jurídicas e privadas construídas entre particulares, mas, acima de tudo, no interesse em proteger direitos coletivos, cuja titularidade é da coletividade, e não apenas de um indivíduo em si.

A partir dessas considerações iniciais, afirma-se que os interesses jurídicos são construções individuais e de caráter liberal cuja aplicabilidade no âmbito coletivo torna-se inviável. Sabe-se que, juridicamente, o mais adequado não é falarmos em interesses metaindividuais ou transindividuais, conforme preconizam alguns autores, mas, sim, em Direitos Coletivos cuja efetivação se dará através das ações coletivas e do processo coletivo. Nesse sentido, revela-se o entendimento do professor Vicente de Paula Maciel Junior:

Negamos em diversas oportunidades em nossa exposição a existência de interesses coletivos e difusos. Sob o nosso prisma, os interesses são sempre individuais e, se assim é, não há como reconhecer que a manifestação individual do interesse de uma parte em face de um bem possa ser difusa. O interesse é sempre identificável e relacionado a uma pessoa que manifesta sua intenção. Até mesmo a difundida expressão interesses difusos foi idealizada tomando como pressuposto básico os sujeitos, para ressaltar que, com relação a essa espécie de interesses, não há como identificar cada um daqueles possíveis interessados<sup>19</sup>.

Mesmo diante das argumentações jurídicas ora expostas, verifica-se ainda o tratamento jurídico dos Direitos Coletivos enquanto interesses jurídicos metaindividuais ou transindividuais, conforme preceitua a nova Lei de Ação Civil Pública em seu artigo 2º:

Art. 2º. A tutela coletiva abrange os interesses ou direitos: I - difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato; II - coletivos em sentido estrito, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual,

<sup>19</sup> MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas*: as ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006, p. 57-58.

preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio. §1º. A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica. §2º. A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Em contrapartida, essa mesma legislação dispõe sobre a necessidade de criação de uma Teoria Geral do Processo Coletivo, com particularidades distintas do processo cujo objeto são Direitos Individuais. Preceitua como princípios o amplo acesso ao Judiciário, a participação social, a duração razoável do processo, a publicidade, a fundamentação jurídica dos provimentos jurisdicionais e a lealdade processual, conforme estabelece o artigo 3º:

Art. 3º. O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios: I – amplo acesso à justiça e participação social; II – duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias; III – tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito; IV – motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados; V – publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade; VI – dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva; VII – exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; VIII – não taxatividade do objeto e dos meios de tutela dos interesses e direitos coletivos; IX - preferência da execução coletiva; X – criação de Juízos, Câmaras e Turmas especializados.

Uma vez esclarecido cientificamente que o objeto das ações coletivas são Direitos Coletivos e não interesses metaindividuais ou transindividuais, é importante esclarecer a distinção do processo coletivo e das ações coletivas. O processo coletivo é uma garantia constitucional assegurada a todos os cidadãos indistintamente de proteger constitucionalmente os seus Direitos Fundamentais e participar discursivamente da construção participada do mérito processual mediante a efetivação dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia processual. Já as ações coletivas devem ser compreendidas como um direito constitucional incondicionado de acesso democrático ao Judiciário.

rio com o propósito de participar da construção do mérito coletivo no âmbito da Jurisdição Constitucional enquanto Direito Fundamental que viabiliza o exercício efetivo da cidadania.

Nesse ínterim, é importante levantar os seguintes questionamentos: Como efetivar a participação do destinatário do provimento na construção do mérito participativo? Quem poderá participar da construção discursiva do mérito participativo? Quais os requisitos jurídicos a serem observados para garantir ao cidadão a participação no mérito das ações coletivas?

Inicialmente, é importante esclarecer que a participação na construção do mérito das ações coletivas deverá ocorrer nos limites da pretensão levada ao Judiciário, para não incorrer em discussões infinitas que ensejariam violação expressa ao princípio da duração razoável do processo. Outro ponto a ser esclarecido é a necessidade de delimitar um momento processual em que a participação seria possível. Entende-se pertinente a participação na construção do mérito da pretensão coletiva até da fixação dos pontos controvertidos, para que assim seja delimitada a argumentação jurídica e as provas que coerentemente serão produzidas na fase de instrução. Mesmo diante de tais considerações, observa-se a possibilidade de alteração do pedido e da causa de pedir até o momento da prolação da sentença, conforme preceitua o artigo 16 da nova Lei de Ação Civil Pública:

Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo injustificado para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante a possibilidade de manifestação específica do réu, no prazo mínimo de 15 (quinze dias), facultada prova complementar. Parágrafo único. Ressalvadas a ação de improbidade administrativa e a ação popular de proteção ao erário, a causa de pedir e o pedido serão interpretados em conformidade com o bem jurídico a ser protegido.

No que tange aos legitimados à participação da construção discursiva do mérito coletivo, entende-se que seriam todas aquelas pessoas que forem, direta ou indiretamente, atingidas pelos efeitos do provimento estatal, justamente para evitar alegações infundadas de pessoas sem qualquer interesse no debate jurídico e que interviriam apenas com o intuito manifestamente protelatório e procrastinatório.

A garantia efetiva da participação pressupõe a publicização e a

divulgação ampla da pretensão através de editais e outros meios de comunicação efetivos, tais como os veículos de comunicação (rádio, televisão, redes sociais e outros meios legítimos de comunicação), para que todos aqueles juridicamente interessados tenham a oportunidade de participação das discussões jurídico-constitucionais da pretensão. Essa foi a proposta adotada pela nova Lei de Ação Civil Pública em seu artigo 13:

Art. 13. Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como a comunicação dos interessados, titulares dos respectivos interesses ou direitos, objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social. Parágrafo único. A comunicação dos membros do grupo, prevista no *caput*, poderá ser feita pelo correio, inclusive eletrônico, por oficial de justiça ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses ou direitos, fazendo-se referência à ação e às partes, bem como ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Importante esclarecer nessa publicização o objeto exato a ser discutido, com o propósito de impedir alegações e discussões impertinentes e não relacionadas ao objeto em questão. O controle dessa participação dos juridicamente interessados será feito democraticamente pelo Ministério Público e pelo magistrado, priorizando sempre o debate que venha acrescentar e contribuir para o deslinde da pretensão inicialmente deduzida em juízo.

Imagine, por exemplo, uma ação civil pública cuja pretensão é a extinção de festas populares na cidade de Ouro Preto visando à proteção do patrimônio histórico-cultural, que é patrimônio da humanidade. Certamente, o Judiciário deverá se incumbir de divulgar amplamente o objeto da presente ação coletiva para oportunizar efetivamente a participação de todos aqueles interessados na proteção do patrimônio histórico-cultural da cidade de Ouro Preto. Tal participação não será assegurada apenas aos cidadãos de Ouro Preto nem de Minas Gerais, tendo em vista a existência de sujeitos indiretamente interessados no objeto da presente ação coletiva.

Talvez o grande desafio prático enfrentado pelo Judiciário seja

instrumentalizar efetivamente tal participação, argumento esse que deve ser rechaçado e que não pode ser utilizado como subterfúgio à supressão da construção participada do mérito participado das ações coletivas. Considerando que tal participação é um Direito Fundamental assegurado a todos os cidadãos juridicamente interessados e atingidos pelos efeitos do provimento jurisdicional, afirma-se que problemas estruturais enfrentados pelo Judiciário jamais poderão ser argumentos utilizados como parâmetro para suprimir tal participação.

Ressalta-se, ainda, a obrigatoriedade de observância efetiva dos princípios constitucionais da isonomia processual, contraditório e ampla defesa, para que não enfrentemos participações meramente formais na discussão do mérito das ações coletivas. No momento da construção do provimento jurisdicional, o magistrado deverá apresentar argumentos jurídicos suficientes para admitir ou rechaçar as alegações apresentadas por todos aqueles que participaram do debate jurídico da pretensão coletiva.

É importante que fique claro que o foco de discussão para a construção participada do mérito na Teoria das Ações Coletivas como Ações Temáticas é o objeto e não o sujeito, uma vez que a legitimidade democrática do provimento jurisdicional não se limita em oportunizar a todos os cidadãos o direito de participar diretamente da construção do provimento, mas, sim, oportunizar, mediante o princípio da publicidade, que sejam apresentados todos os temas e argumentos possíveis, coerentes e pertinentes com a pretensão inicialmente deduzida. É nesse sentido que o mérito participado deve ser pensado: garantir efetivamente a oportunidade de apresentação de todos os temas, argumentos e alegações pertinentes à pretensão inicialmente deduzida em juízo como forma de definir o objeto do processo coletivo e, conseqüentemente, viabilizar a construção participada do mérito.

A seguir, desenvolver-se-á um estudo jurídico-processual, pautado na crítica científica, com o propósito de averiguar se, na análise da ADIN 3510, que tem como objeto a discussão da constitucionalidade da utilização de células tronco embrionárias em pesquisa científica, foi efetivamente oportunizada a participação dos destinatários do provimento na sua construção.

### 3 ADIN 3510

Em 31 de maio de 2005, foi proposta pelo então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, Ação Direta de Inconstitucionalidade cujo objeto foi o artigo 5º e seus parágrafos da Lei 11.105, de 24 de março de 2005, que autoriza pesquisas científicas com células tronco embrionárias, conforme citação abaixo:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados nos respectivos procedimentos, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data de publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisas ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997<sup>20</sup>. (grifo nosso)

Todo debate jurídico se pautou, estritamente, na discussão acerca da interpretação a ser dada ao Direito Fundamental à Vida, ou seja, buscou-se esclarecer, a partir das alegações do Procurador-Geral da República, se a vida, enquanto Direito Fundamental, deve ou não ser interpretada extensivamente, assim como os demais Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito.

Participaram diretamente do presente debate jurídico e da construção legitimamente participada do provimento jurisdicional a CONECTAS DIREITOS HUMANOS; CENTRO DE DIREITO HUMANOS – CDH; MOVIMENTO EM PROL DA VIDA – MOVITAE; INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E

<sup>20</sup>Disponível: <[http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh\\_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN\\_3510\\_Fonteles\\_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=b](http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN_3510_Fonteles_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=b)>. Acesso em: 1 maio 2012.

GÊNERO – ANIS, além da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL – CNBB. Com fundamento no §1º do artigo 9º da Lei 9868/99, foi determinada a realização de Audiência Pública, experiência considerada inédita na história do Supremo Tribunal Federal. Vinte e duas das mais acatadas autoridades científicas brasileiras subiram à Tribuna para discorrer sobre o objeto da presente ADIN. Do presente debate jurídico, construído a partir da Audiência Pública, verifica-se a existência de duas correntes muito bem delineadas: 1) a pautada na Teoria Concepcionista, cuja interpretação do Direito Fundamental à Vida deve ser obrigatoriamente extensiva, conforme observado na íntegra do acórdão:

Mesma corrente que atribui ao embrião uma progressiva função de *autoconstitutividade* que o torna protagonista central do seu processo de hominização, se comparado com o útero feminino (cujo papel é de coadjuvante, na condição de *habitat*, ninho ou ambiente daquele, além de fonte supridora de alimento). Argumentando, sobretudo, que a retirada das células-tronco de um determinado embrião *in vitro* destrói a unidade, o personalizado conjunto celular em que ele consiste. O que já corresponde à prática de um mal disfarçado aborto, pois até mesmo no produto da concepção em laboratório já existe uma criatura ou organismo humano que é de ser visto como se fosse aquele que surge e se desenvolve no corpo da mulher gestante. Criatura ou organismo, ressalte-se que não irrompe como um simples projeto ou u'a mera promessa de pessoa humana, somente existente de fato quando ultimados, com êxito, o trabalho de parto. Não! Para esse bloco de pensamento (estou a interpretá-lo), a pessoa humana é mais que individualidade protraída ou adiada para o marco factual do parto feminino. A pessoa humana, em sua individualidade genética e especificidade ôntica, já existe no próprio instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino. Coincidindo, então, concepção e personalidade (qualidade de quem é pessoa), pouco importando o processo em que tal concepção ocorra: se artificial ou *in vitro*, se natural ou *in vida*. O que se diferencia em tema de configuração da pessoa humana é tão somente uma quadra existencial da outra. Isto porque a primeira quadra se inicia com a concepção e dura enquanto durar a gestação feminina, compreendida esta como um processo contínuo, porque abrangente de todas as fases de vida humana pré-natal. A segunda quadra, a começar quando termina o parto (desde que realizado com êxito, já dissemos, porque aí já se tem um ser humano *nativivo*). Mas, em ambos os estádios ou etapas do processo, a pessoa humana já existe e é merecedora da mesma atenção, da mesma reverência, da mesma proteção jurídica. Numa síntese, a ideia do zigoto

ou óvulo feminino já fecundado como simples embrião de uma pessoa humana é reducionista, porque o certo mesmo é vê-lo como um ser humano embrionário. Uma pessoa no seu estágio de embrião, portanto, e não um embrião a caminho de ser pessoa<sup>21</sup>.

A segunda teoria preza pelo progresso da ciência mediante o desenvolvimento de pesquisas científicas com embriões humanos:

a outra corrente de opinião é a que investe, entusiasticamente, nos experimentos científicos com células-tronco extraídas ou retiradas de embriões humanos. Células tidas como de maior plasticidade ou superior versatilidade para se transformar em todos ou quase todos os tecidos humanos, substituindo-os ou regenerando-os nos respectivos órgãos e sistemas. Espécie de apogeu da investigação biológica e da terapia humana, descortinando um futuro de intenso brilho para os justos anseios de qualidade e duração da vida humana. Bloco de pensamento que não padece de dores morais ou de incômodos de consciência, porque, para ele, o embrião *in vitro* é uma realidade do mundo do ser, algo vivo, sim, que se põe como o lógico início da vida humana, mas nem em tudo e por tudo igual ao embrião que irrompe e evolui nas entranhas de u'a mulher. Sendo que mesmo a evolução desse último tipo de embrião ou zigoto para o estado de feto somente alcança a dimensão das incipientes características físicas e neurais da pessoa humana com a meticulosa colaboração do útero e do tempo. Não no instante puro e simples da concepção, abruptamente, mas por uma engenhosa metamorfose ou *laboriosa parceria* do embrião, do útero e do correr dos dias. O útero passando a liderar todo o complexo processo de gradual conformação de uma nova individualidade antropomórfica, com seus desdobramentos ético-espirituais; valendo-se ele, útero feminino (é a leitura que faço nas entrelinhas das explicações em foco), de sua tão mais antiga quanto insondável experiência afetivo-racional com o cérebro da gestante. Quiçá com o próprio cosmo, que subjacente à cientificidade das observações acerca do papel de liderança do útero materno transparece como que uma aura de exaltação da mulher – e principalmente da mulher-mãe ou em vias de sê-lo – como portadora de um sexto sentido existencial já situado nos domínios do inefável ou do indizível. Domínios que a própria Ciência parece condenada a nem confirmar nem desconfirmar, porque já pertencentes àquela esfera ôntica de que o gênio de

---

<sup>21</sup> Disponível: <[http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh\\_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN\\_3510\\_Fonteles\\_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN_3510_Fonteles_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 1 maio 2016.

William Shakespeare procurou dar conta com a célebre sentença de que “Entre o céu e a terra há muito mais coisa do que supõe a nossa vã filosofia” (Hamlet, anos de 1600/1601, Ato I, Cena V)<sup>22</sup>.

Para os defensores da tese de que não existe vida humana em um embrião congelado, a utilização de embriões humanos em pesquisa científica não representaria a prática do aborto, conforme preceitua a Dra. Mayana Zatz, professora de genética da Universidade de São Paulo:

Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença<sup>23</sup>.

Em sentido absolutamente contrário, temos o posicionamento da Dra. Lenise Aparecida Martins Garcia, professora do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília:

Nosso grupo traz o embasamento científico para afirmarmos que a vida humana começa na fecundação, tal como está colocado na solicitação da Procuradoria. [...] Já estão definidas, aí, as características genéticas desse indivíduo; já está definido se é homem ou mulher nesse primeiro momento [...]. Tudo já está definido, neste primeiro momento da fecundação. Já estão definidas eventuais doenças genéticas [...]. Também já estarão aí as tendências herdadas: o dom para a música, pintura, poesia. Tudo já está ali na primeira célula formada. O zigoto de Mozart já tinha dom para a música e Drummond, para a poesia. Tudo já está lá. É um ser humano irrepetível<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup>Disponível: <[http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh\\_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN\\_3510\\_Fonteles\\_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN_3510_Fonteles_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 1 maio 2016.

<sup>23</sup>Disponível: <[http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh\\_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN\\_3510\\_Fonteles\\_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN_3510_Fonteles_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 1 maio 2016.

<sup>24</sup>Disponível: <[http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh\\_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN\\_3510\\_Fonteles\\_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN_3510_Fonteles_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 1 maio 2016.

Ao final do relatório do acórdão em questão, verifica-se nitidamente que o presente julgamento passou a integrar um dos grandes momentos históricos do Supremo Tribunal Federal em virtude de efetivar a ruptura de um processo cujos julgamentos sempre foram proferidos isoladamente e pautados na percepção individual de cada Ministro do STF para oportunizar o debate científico interdisciplinar de um tema de interesse coletivo. Senão vejamos:

À derradeira, confirmo o que já estava suposto na marcação da audiência em que este Supremo Tribunal Federal abriu suas portas para dialogar com cientistas não pertencentes à área jurídica: o tema central da presente ADIN é salientemente multidisciplinar, na medida em que objeto de estudo de numerosos setores do saber humano formal, como o Direito, a filosofia, a religião, a ética, a antropologia e as ciências médicas e biológicas, notadamente a genética e a embriologia; suscitando, vimos, debates tão subjetivamente empenhados quanto objetivamente valiosos, porém de conclusões descoincidentes não só de um para outro ramo de conhecimento como no próprio interior de cada um deles. Mas debates vocalizados, registre-se, em arejada atmosfera de urbanidade e unísono reconhecimento da intrínseca dignidade da vida em qualquer dos seus estádios. Inequivoca demonstração da unidade de formação humanitária de todos quantos acorreram ao chamamento deste Supremo Tribunal Federal para colaborar na prolação de um julgado que, seja qual for o seu conteúdo, se revestirá de caráter histórico. Isto pela envergadura multiplamente constitucional do tema e seu mais vivo interesse pelos meios científicos de todo o mundo, desde 1998, ano em que a equipe o biólogo norte-americano James Thomson isolou pela primeira vez células-tronco embrionárias, conseguindo cultivá-las em laboratório<sup>25</sup>.

O relator da presente ADIN foi o Ministro Carlos Ayres Brito que se manifestou inicialmente no sentido de proteger a dignidade de toda a forma de vida humana, e que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada do lado de fora do corpo feminino, como é o caso do embrião *in vitro*. Ressalta, ainda, a existência de alternativas para o progresso científico no que tange à pesquisa de cura de algumas doenças através das células tronco obtidas no cordão umbilical, no líquido

---

<sup>25</sup>Disponível: <[http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh\\_bOHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN\\_3510\\_Fonteles\\_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh_bOHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN_3510_Fonteles_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 1 maio 2016.

amniótico, na medula óssea. Mesmo assim, manifesta-se, ao final do seu voto, pela total improcedência da presente ADIN essencialmente pautado no Direito Fundamental à Saúde e à Livre Expressão da Atividade Científica.

No voto do Ministro Carlos Alberto Direito, verifica-se a procedência parcial do pedido da ADIN, ressaltando a necessidade de controle estatal das clínicas de reprodução assistida em virtude da possibilidade de realização de clonagem humana pela falta de fiscalização. Apesar de ser defensor da vida do embrião humano, não se opôs ao progresso científico, sob o argumento da necessidade de pesquisas com células tronco embrionárias, desde que controladas pelo Estado, observados os limites da Ética Médica e mediante a proteção jurídico-constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana. Ressaltou em seu voto a importância de proteger a vida humana, mesmo que tenha que ser utilizado o embrião humano *in vitro*. Diante disso verificam-se as seguintes conclusões de seu voto:

1 - no caput do artigo 5º (que autoriza as pesquisas com células-tronco embrionárias), declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, dando interpretação conforme a Constituição, “para que seja entendido que as células-tronco embrionárias sejam obtidas sem a destruição do embrião e as pesquisas, devidamente aprovadas e fiscalizadas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, entendendo-se as expressões ‘pesquisa’ e ‘terapia’ como pesquisa básica voltada para o estudo dos processos de diferenciação celular e pesquisas com fins terapêuticos”.

2 - Ainda no caput do artigo 5º, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução do texto, “para que a fertilização ‘in vitro’ seja entendida como modalidade terapêutica para cura da infertilidade do casal, devendo ser empregada para fins reprodutivos, na ausência de outras técnicas, proibida a seleção de sexo ou características genéticas; realizada a fertilização de um máximo de quatro óvulos por ciclo e igual limite na transferência, ou proibição de redução embrionária, vedado o descarte de embriões, independentemente de sua viabilidade, morfologia ou qualquer outro critério de classificação, tudo devidamente submetido ao controle e fiscalização do órgão federal”.

3 - No inciso I, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, para que a expressão “embriões inviáveis” seja considerada como “referente àqueles insubsistentes por si mesmos, assim os que comprovadamente, de acordo com as normas técnicas estabelecidas pelo órgão federal, com a participação de especialistas de diversas áreas do conhecimento, tiveram seu desenvolvimento interrompido, por ausência espontânea de

clivagem, após período, no mínimo, superior a 24 horas, não havendo, com relação a estes, restrição quanto ao método de obtenção das células-tronco”.

4 – No inciso II, declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, “para que sejam considerados embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da Lei 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), ou que, já congelados na data da publicação da Lei 11.105, depois de completarem três anos de congelamento, dos quais, com o consentimento informado, prévio e expresso dos genitores, por escrito, somente poderão ser retiradas células-tronco por meio que não cause suas destruição”.

5 – No parágrafo primeiro, declarar parcialmente a inconstitucionalidade, sem redução de texto, “para que seja entendido que o consentimento é um consentimento informado, prévio e expresso por escrito pelos genitores”<sup>26</sup>.

Em seu voto, a Ministra Ellen Gracie explicitou o entendimento acerca da inexistência de um momento inicial da vida humana e deixou claro não ser papel do Supremo estabelecer conceitos que não estejam previstos explícita ou implicitamente na Constituição de 1988. Ao final de seu voto, manifesta-se pela improcedência da ADIN sob o argumento de que o embrião humano é formado quatorze dias após a fecundação, uma vez que, antes do término dessa etapa, o que se tem é uma massa de células indiferenciadas geradas pela fertilização do óvulo. Dessa forma, o que temos são pré-embriões *in vitro* e congelados, com uma remota possibilidade de serem aproveitados nos procedimentos médicos de reprodução assistida. Em virtude disso, entende a Ministra que ficou clara a opção legislativa de dar destinação nobre a esses embriões excedentários com remotas possibilidades de se tornarem um feto. Por isso, manifestou-se no sentido da utilização apenas dos embriões humanos inviáveis aos procedimentos médicos de reprodução assistida. Ressalta, ainda, a obrigatoriedade do consentimento dos genitores e a participação efetiva dos Comitês de Ética em Pesquisa na análise da utilização dos embriões humanos em pesquisas científicas. Tipificou como delito penal a utilização de embriões humanos em pesquisas de clonagem. Ao final, concluiu que não configura violação do princípio da dignidade humana a utilização de embriões humanos inviáveis e congelados em pesquisas científicas, tendo em vista que não teriam outro destino senão o descarte.

<sup>26</sup> Disponível: <[http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh\\_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN\\_3510\\_Fonteles\\_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN_3510_Fonteles_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 1 maio 2016.

Em seu voto, a Ministra Carmem Lúcia se manifestou pela improcedência da presente ação no sentido de legitimar a Liberdade Científica voltada para a proteção da vida humana. Nesse sentido temos:

A ciência que pode matar, é certo, também pode salvar, é mais certo ainda. E se o direito ajusta o que a ciência pode melhor oferecer para que viva melhor àquele que mais precisa do seu resultado, não há razões constitucionais a impor o entrave desse buscar para a dignificação da espécie humana. Entendo que a utilização da célula-tronco embrionária para a pesquisa e, conforme o seu resultado, para o tratamento – indicado a partir de terapias consolidadas nos termos da ética constitucional e da razão médica honesta - não apenas não viola o direito à vida. Antes, torna parte da existência humana o que vida não seria, dispondo para os que esperam pelo tratamento a possibilidade real de uma nova realidade de vida<sup>27</sup>.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes julgou improcedente a ADIN desde que as pesquisas científicas envolvendo células-tronco embrionárias sejam condicionadas à prévia autorização e aprovação do Comitê de Ética e Pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde.

No voto do Ministro Ricardo Lewandowski, verifica-se a procedência parcial do pedido nos seguintes termos:

- i) art. 5º, *caput*: as pesquisas com células-tronco embrionárias somente poderão recair sobre embriões humanos inviáveis ou congelados logo após o início do processo de clivagem celular, sobejantes de fertilizações *in vitro* realizadas com o fim único de produzir o número de zigotos estritamente necessário para a reprodução assistida de mulheres inférteis;
- ii) inc. I do art. 5º: o conceito de “inviável” compreende apenas os embriões que tiverem o seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas contados da fertilização dos oócitos;
- iii) inc. II do art. 5º: as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido;

<sup>27</sup> Disponível: <[http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh\\_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN\\_3510\\_Fonteles\\_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN_3510_Fonteles_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em : 1 maio 2016.

- iv) § 1º do art. 5º: a realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias exige o consentimento “livre e informado” dos genitores, formalmente exteriorizado;
- v) § 2º do art. 5º: os projetos de experimentação com embriões humanos, além de aprovados pelos comitês de ética das instituições de pesquisa e serviços de saúde por eles responsáveis, devem ser submetidos à prévia autorização e permanente fiscalização dos órgãos públicos mencionados na Lei 11.105, de 24 de março de 2005<sup>28</sup>.

O Ministro Marco Aurélio acompanhou o voto do relator e julgou improcedente a ADIN pautado no princípio da razoabilidade.

A legitimidade democrática e a construção participada do mérito e do provimento jurisdicional da ADIN 3510 se deram mediante a oportunidade ampla de apresentação de temas, argumentos e alegações pertinentes à pretensão inicialmente deduzida em juízo, bem como através do amplo debate interdisciplinar do tema, ocorrido no Supremo Tribunal Federal. Nesse contexto, é possível afirmar que a legitimidade democrática do provimento jurisdicional final no Estado Democrático de Direito somente será garantida mediante a participação discursiva e isocrítica de todos os sujeitos afetados pelos efeitos jurídicos do provimento final, destacando-se que a sociedade civil não participou diretamente do debate de mérito das questões controversas que integraram a respectiva ação direta de inconstitucionalidade.

#### 4 Conclusão

A efetiva da participação na construção do mérito das ações coletivas pressupõe não apenas a mera participação formal dos destinatários do provimento em sua pseudo-construção, uma vez que toda a argumentação jurídica apresentada deve ser levada em consideração quando da análise do mérito. Considerando-se o processo como um *lôcus* da discursividade ampla de todas as questões de fato e de direito que integram o mérito da pretensão deduzida em juízo, sabe-se que a formação participada do mérito processual nas ações coletivas deve ser a forma de legíti-

<sup>28</sup> Disponível: <[http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh\\_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN\\_3510\\_Fonteles\\_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://74.125.47.132/search?q=cache:Amh_bOGHRGQJ:noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN_3510_Fonteles_inicial.pdf+inicial+adin+3510&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br)>. Acesso em: 1 maio 2016.

ma para a construção da vontade popular, de modo que as ações e o processo coletivo sejam revistos a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito.

A construção participada do mérito e a legitimidade democrático-discursiva do provimento jurisdicional da ADIN 3510 foi limitada em razão da taxatividade dos legitimados da ADIN que participaram do debate da questão de mérito; não houve a participação ampla e efetiva de todos os destinatários do provimento final, e a sociedade civil ficou alheia ao debate dos pontos controversos da demanda, embora seja diretamente afetada pelos efeitos jurídico-legais do provimento final. Somente seria possível afirmar que o respectivo provimento jurisdicional foi legitimamente construído de forma participada se houvesse amplo debate e efetiva oportunidade de participação interdisciplinar na discussão e construção do mérito da pretensão deduzida em juízo, ou seja, se os argumentos e os temas trazidos para o processo por cada interessado difuso ou coletivo fossem realmente objeto de apreciação, debate e discursividade por parte do julgador. No momento em que o magistrado ignora ou deixa de analisar um ou mais argumentos ou questões de fato e de direito que integram o mérito, certamente teremos o cerceamento de defesa (não houve uma análise jurídica pelos Ministros do STF de todos os pontos controversos levantados e debatidos pelas partes). Importante ressaltar que a observância e a efetivação dos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia processual e do devido processo legal condicionam-se ao dever do magistrado se manifestar de forma juridicamente fundamentada sobre todas as questões suscitadas pelas partes interessadas ao longo da relação processual.

Mesmo que se considere que a ADIN 3510 represente um marco histórico no Supremo Tribunal Federal, continuam-se verificar, nos votos dos Ministros, julgamentos solitários e que, muitas vezes, não se pautaram e nem levaram em consideração os argumentos fáticos, jurídicos e científicos apresentados pelas partes interessadas no provimento final, além de não se verificar a participação direta da sociedade civil.

A proposta jurídica de mérito democrático nas ações coletivas se condiciona efetivamente à consolidação acadêmico-pragmática da Teoria Processual das Ações Coletivas como Ações Temáticas, que se trata de uma proposição teórica utilizada para pensar e repensar o processo coletivo democrático sob a perspectiva do sistema participativo.

O MÉRITO PROCESSUAL deve ser visto como um procedimen-

to bifásico através do qual as partes podem exercer o direito de participar inicialmente da definição das questões que inicialmente integrarão o objeto da demanda para, em seguida, na segunda fase, ter a oportunidade de debater, ampla e isonomicamente, todos os pontos controversos que integram a pretensão deduzida e, assim, viabilizar a construção discursivamente democrática do provimento final.

## Referências

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução: J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COSTA, Fabrício Veiga. *Mérito processual: a formação participada nas ações coletivas*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução: Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2v.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 5. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: As ações coletivas como ações temáticas*. São Paulo: LTr, 2006

POPPER, Karl R. *A Sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia – EDUSP, 1987. 2v.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da ação cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.



