

Teses aprovadas na Plenária



XI CONGRESSO ESTADUAL DO
MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS

A VOZ DAS RUAS E A ATUAÇÃO
DO MINISTÉRIO PÚBLICO:
PERSPECTIVAS E DESAFIOS

3 A 5^{DE} SETEMBRO
2014

CENTRO DE
CONVENÇÕES DA UFOP
OURO PRETO - MG

WWW.CONGRESSOAMMP.COM.BR



SUMÁRIO

1 - O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO, O MINISTÉRIO PÚBLICO E A VOZ DAS RUAS - A ILUSÃO E OS PERIGOS NA ERA DA INFORMÁTICA	5
André Sperling Prado	
2 - PROMOÇÃO PESSOAL - CRIAÇÃO DE VÍNCULO ENTRE A INFORMAÇÃO E O AGENTE POLÍTICO	8
Antônio Joaquim Fernandes	
3 - REFORMAS DE BASE - ALINHAMENTO ENTRE PROMOTORIAS E PROCURADORIAS	13
Antônio Joaquim Fernandes	
4 - REFORMAS DE BASE NA ATIVIDADE FIM - CAO SUBORDINADOS À PROMOTORIA E À VOZ DAS RUAS	19
Antônio Joaquim Fernandes	
5 - REFORMAS DE BASE NA ATIVIDADE FIM - DEMOCRACIA NOS PROCESSOS DECISÓRIOS	23
Antônio Joaquim Fernandes	
6 - REFORMAS DE BASE NA ATIVIDADE FIM - AS REDES INTRA E INTERINSTITUCIONAIS	30
Antônio Joaquim Fernandes	
7 - O RECURSO CABÍVEL CONTRA CAUTELAR DEFERIDA NA ORIGEM PARA DAR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXCEPCIONAL SOBRESTADO	35
Antônio Sérgio de Paula	
Nedens Ulisses Freire Vieira	
8 - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO QUANDO O DELITO FIM FOR MENOS GRAVE - A BRIGA DA SOCIEDADE CONTRA A IMPUNIDADE	40
Bruno Cesar Medeiros Giardini	
9 - DA POSSIBILIDADE DE REQUISIÇÃO MINISTERIAL DE DADOS CADASTRAIS E BANCÁRIOS	52
Bruno Cesar Medeiros Giardini e Márcio Kakumoto	
10 - INSURGÊNCIA CONTRA O PODER CONSTITUÍDO E A LACUNA PENAL	62
Calixto Oliveira Souza	

11 - A VOZ DAS RUAS NA DEFESA DO DIREITO À EDUCAÇÃO PÚBLICA, OBRIGATÓRIA, INTEGRAL E O MP NA AGENDA POSITIVA GOVERNAMENTAL	76
Cláudia de Oliveira Ignez	
12 - INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA ÀS NORMAS DE PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE - CUMPRIMENTO DA SENTENÇA E A EXTINÇÃO DO PROCESSO POR FALTA DE BENS PENHORÁVEIS DO DEVEDOR	90
Epaminondas da Costa	
13 - NATUREZA JURÍDICA DA AUDIÊNCIA INFORMAL PREVISTA NO ECA	95
Epaminondas da Costa	
14 - A PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E AS EXPECTATIVAS DE CONTROLE DECORRENTES	100
Fabiano Ferreira Furlan	
15 - A VOZ DAS RUAS E OS CONTORNOS DA CORRUPÇÃO PRATICADA POR AGENTES POLÍTICOS NO BRASIL	108
Fabiano Ferreira Furlan	
16 - A VOZ DAS RUAS E O NORTE DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO A PARTIR DA COMPREENSÃO IDEALIZADA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	118
Fabiano Ferreira Furlan	
17 - DAS CONVOCAÇÕES DOS MEMBROS COMO COMPROMISSO DE EFICIÊNCIA INSTITUCIONAL	123
Gisela Potério Santos Saldanha	
18 - A MEDIAÇÃO NA ATIVIDADE MINISTERIAL	126
Gisela Potério Santos Saldanha	
19 - DA TEMPORARIEDADE DOS CARGOS DE ASSESSORAMENTO	129
Gisela Potério Santos Saldanha	
20 - A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO EM RELAÇÃO AO HOMICÍDIO COMETIDO COM ARMA DE FOGO	131
Guilherme de Sá Meneghin	
21 - AS MANIFESTAÇÕES POPULARES NO BRASIL - CONTORNOS E LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE REUNIÃO E ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	146
Júlio César Teixeira Crivellari	
22 - A LEI MARIA DA PENHA DEVE SER APLICADA SEMPRE QUE HAJA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA OU FAMILIAR CONTRA A MULHER	160
Laís Maria Costa Silveira	

23 - AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PREVISTAS PELA LEI MARIA DA PENHA E SUA APLICAÇÃO A OUTROS SEGMENTOS DE PESSOAS: IDOSOS, CRIANÇAS, ENFERMOS E PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	173
Laís Maria Costa Silveira	
24 - A ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE BENS NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	181
Luís Gustavo Patuzzi Bortoncello	
25 - O ENFRAQUECIMENTO DOS CICLOS DE POBREZA E A ATUAÇÃO PREVENTIVA DO MP	194
Marcos Pereira Anjo Coutinho	
26 - A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA AO PROCESSO COLETIVO	200
Marcos Tofani Baer Bahia	
27 - INTELIGÊNCIA INSTITUCIONAL ESTRATÉGICA NO MP DO CONSUMIDOR	228
Marcos Tofani Baer Bahia	
28 - O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA NA PROTEÇÃO ADMINISTRATIVA DO CONSUMIDOR - UM NOVO PARADIGMA	274
Marcos Tofani Baer Bahia	
29 - A COMPENSAÇÃO DA RESERVA LEGAL E O NOVO CÓDIGO FLORESTAL.....	285
Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos	
30 - INCONSTITUCIONALIDADE DA ANISTIA FLORESTAL E O NOVO CÓDIGO FLORESTAL	294
Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos	
31 - O CADASTRO AMBIENTAL RURAL (CAR) E O NOVO CÓDIGO FLORESTAL	302
Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos	
32 - O PROGRAMA DE REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL E O INTERESSE DE AGIR NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA INSTITUIÇÃO DE RESERVA LEGAL	306
Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos	
33 - A INTERPRETAÇÃO DOS TIPOS DE FALSIDADE: A COMPREENSÃO MATERIAL DA TIPICIDADE E A HERMENÊUTICA DA ESPECIALIDADE	311
Rodrigo Iennaco de Moraes	

APROVADA POR MAIORIA COM MOÇÃO

O Processo Judicial Eletrônico, o Ministério Público e a voz das ruas: a ilusão e os perigos na era da informática judicial.

André Sperling Prado

Não é possível discutirmos processo judicial eletrônico sem levarmos em conta os avanços tecnológicos de nossa era. E aqui já abro um parêntese. Mencionei avanços tecnológicos e não novas tecnologias porque está evidente que assim que uma determinada tecnologia está no mercado, torna-se obsoleta. Sempre que um novo computador ou sistema é lançado, já nasce a necessidade de atualização e a expectativa de compra de um modelo mais “avançado”, de um sistema operacional “melhor”. Ocorre que neste mundo acelerado não só a tecnologia se torna obsoleta, nós também nos tornamos obsoletos e somos obrigados a realizar nossa “atualização” constantemente, sob pena de não conseguirmos mais interagir com o mundo digital. O novo é realmente necessário ou tornou-se um fim em si mesmo? Um telefone precisa fazer tantas coisas além de telefonar? E o que precisa fazer um Processo? Será que ele não está cumprindo sua função porque é analógico e não digital?

Neste momento cabe fundamental questionamento: para atingir seus objetivos é necessário que o Processo seja eletrônico? Para aqueles que acreditam que a função primordial do processo é a rápida solução das lides existentes, a resposta tende a ser positiva, sob o argumento de que nos livramos do papel e ganhamos em celeridade. Serão verdadeiras estas suposições? Em primeiro lugar, informo aos colegas que sim, o papel é abolido do processo, mas vai parar no seu gabinete. Incrível, mas o Poder Judiciário transferiu ao usuário a responsabilidade de guardar os originais dos documentos digitalizados até o final do prazo para a propositura da ação rescisória!!! (Res. CNJ 185/2013 art. 14) Vejam que beleza: o cartório foi oficialmente transferido para a sua Promotoria!

Mas e a celeridade? Bom, na minha modesta experiência atuando como Promotor “digital” não vejo ganho. Os processos digitais não são mais rápidos, pelo contrário, são mais difíceis e custosos de se inteirar. Basta uma pergunta para que se idêia do problema. Qual a melhor forma de ler um livro: diante de uma tela de computador ou folheando suas páginas? Mas não é só: antes, para atuarmos como Promotores de Justiça necessitávamos de papel e uma caneta bic. Agora, temos que conferir se o sítio do TJ está no ar, se o assinador digital está carregando, se os documentos em “PDF” estão abrindo, se o Java está atualizado, se o “token” está funcionando, se o computador está nos padrões exigidos pelo TJ, se a banda larga está larga o suficiente, se há sobrecarga de usuários. Enfim, uma infinidade de problemas que atrasam, dificultam e impedem aquilo que antes era uma simples e boa canetada.

E o que ganhamos com isso? O Judiciário ganha no sentido de transferir aos usuários parte da atividade que antes era dele. Mas e a sociedade, há ganhos para sociedade? Tenho sérias dúvidas. Vejo que os advogados me procuram na Promotoria, com pedidos urgentes para serem analisados, mas minha resposta tem sido na maioria das vezes: o processo não está no meu sistema e nada posso fazer. Ponto. Também percebo que as partes tem grande dificuldade de acesso ao conteúdo dos Processos,

pois além de toda a parafernália eletrônica, de alto custo, necessária para ter acesso aos autos digitais, é preciso saber navegar no sistema, é preciso estar “atualizado”. Acabou-se aquela estória de ir ao fórum e encostar a barriga no balcão da secretaria. Quando uma parte tem dúvida sobre o processo e não confia plenamente no advogado pouco pode fazer com as próprias mãos. A Justiça que já era de difícil acesso, tornou-se inacessível. Peticionar ficou, para os não iniciados no maravilhoso mundo digital, impossível. Posso afirmar, com toda a certeza, que o Processo Judicial Eletrônico não pode ouvir a voz das ruas já que ela está “desconfigurada” e não possui “token”, o que impede absolutamente sua entrada no sistema.

Pensando na nossa atividade ministerial, é assustador o fato dela estar sendo transferida para dentro do panóptico de Bentham. Foi no séc. XVIII que Jérémy Bentham desenvolveu a idéia, depois brilhantemente desenvolvida por Michel Foucault, do panóptico. Bentham, pensando em instituições totais como presídios ou sanatórios, propôs um sistema onde o indivíduo pudesse ser constantemente vigiado, embora nunca soubesse exatamente quando ou como esta vigilância estaria sendo realizada. Tal sistema inibiria os comportamentos desviantes. Michel Foucault afirmou que o panóptico controlaria a própria alma do indivíduo, uma vez que o sujeito se torna o princípio de sua própria sujeição, interiorizando o medo da vigilância constante.

Não há como negar que o processo judicial eletrônico é um grande panóptico, pois proporciona ao operador do sistema o controle total de nossa atividade. Todos os feitos, os aguardando vista, os manifestados dentro do prazo, os com atrasos, o teor das manifestações etc. podem ser fiscalizados diuturnamente sem que possamos saber se estamos sendo observados, ou não. E como se não bastasse a instituição da vigília constante pelo Poder Judiciário das nossas atividades, o Ministério Público de Minas Gerais vem desenvolvendo um sistema próprio que por meio da interoperabilidade deverá dialogar com o Processo Judicial Eletrônico. Assim, para que possamos realizar nossa atuação Ministerial teremos de usar o já batizado sistema SRU-E. A criação do citado sistema levanta questões sérias que precisam ser discutidas com a classe. O SRU-E monitorará 100% da atividade judicial da Promotoria, em tempo real, podendo gerar relatórios automáticos de nossa atuação. Ou seja, poderemos ser correccionados extraordinariamente todos os dias e em tempo real apenas com um toque no “mouse”. Vamos trabalhar dentro, não de um, mas de dois panópticos!

Por outro lado, a lei 11.419/2006 instituidora da informatização do sistema judicial e a resolução conjunta nº 3/2013 do CNJ/CNMP não determinam que o Ministério Público tenha que manifestar em meio eletrônico exclusivamente por sistema próprio, apenas abrem a possibilidade da criação do sistema próprio, mas não a sua obrigatoriedade. Ocorre que pretende o SRU-E, ser exclusivo, ou seja, não poderemos realizar manifestações diretamente no Processo Judicial Eletrônico sem a intermediação do SRU-E, o que nos posicionará em condição inferior aos advogados, defensores e procuradores com manifesta diminuição de nossa capacidade de atuação e autonomia funcional.

Após a explanação acima que, espero, tenha fornecido um breve panorama sobre algumas das questões surgidas com a implantação do Processo Judicial Eletrônico, venho propor duas teses:

Conclusão

A primeira é no sentido de não ser possível a implantação do SRU-E sem que antes seja regulamentado como serão gerenciados os dados captados e armazenados pelo sistema, especialmente definindo-se quem poderá ter acesso, para qual finalidade e mediante quais condições será autorizada a invasão da privacidade funcional do Membro.

A segunda é no sentido de não ser possível impor a obrigação de utilização exclusiva do sistema SRU-E a membro do MP, uma vez que a lei instituidora da informatização do sistema judicial, Lei 11.419/2006 e a resolução conjunta CNJ CNMP, não previram tal limitação à nossa atividade, a qual constituiria afronta à nossa capacidade e autonomia funcional.

MOÇÃO:

Moção apresentada pelo Procurador de Justiça Joaquim Cabral Netto e aprovada por unanimidade na Comissão Temática Institucional, sala 1.

Moção dirigida ao Procurador-Geral de justiça para que o CEAF promova curso regionalizados para membros e servidores do Ministério Público sobre a implementação do processo eletrônico na instituição, devendo ser exibido, durante estes cursos, um vídeo contendo a defesa da tese “O Processo Judicial Eletrônico, o Ministério Público e a voz das ruas: a ilusão e os perigos na era da informática”, defendida pelo Promotor de Justiça André Sperling Prado, no XI Congresso estadual do Ministério Público de Minas Gerais.

APROVADA POR UNANIMIDADE

Promoção pessoal: criação de vínculo entre a informação e o agente político

Antônio Joaquim Fernandes

Tema recorrente na seara das ações de improbidade administrativa, os casos de promoção pessoal exigem rigorosa avaliação crítica das práticas investigadas, com a finalidade de aperfeiçoamento dos critérios para que sejam diferenciadas, qual joio e trigo, a comunicação lícita e a autopromoção proscrita. Embora a vedação tenha origem constitucional (37, § 1º), o tema se encontra ainda em fase de consolidação doutrinária e jurisprudencial, especialmente porque são múltiplos os suportes fáticos que se subsumem ao tipo.

Nesse sentido, é importante que o Ministério Público aperfeiçoe, em debate interno, os critérios para a identificação das práticas ilegais.

Um ponto controverso, que merece discussão e deliberação colegiada, é o juízo de que a ocorrência de promoção pessoal é incompatível com o reconhecimento de algum caráter informativo na peça impugnada.

A ênfase se faz necessária porque em algumas decisões, e até mesmo em algumas manifestações de membros do MP, avista-se a tese de que seria possível a presença simultânea de material informativo e de conteúdo autopromocional.

Salvo melhor juízo, tal conclusão deve ser rejeitada porque a promoção pessoal é incompatível com o reconhecimento de legalidade, ainda que parcial, do suporte utilizado para a promoção pessoal.

Nesse sentido, merece revisão o juízo emitido pelo Ministro Menezes Direito:

Publicidade de atos governamentais. Princípio da impessoalidade. Art. 37, parágrafo 1º, da Constituição Federal. 1. O caput e o parágrafo 1º do artigo 37 da Constituição Federal impedem que haja qualquer tipo de identificação entre a publicidade e os titulares dos cargos alcançando os partidos políticos a que pertençam. O rigor do dispositivo constitucional que assegura o princípio da impessoalidade vincula a publicidade ao caráter educativo, informativo ou de orientação social é incompatível com a menção de nomes, símbolos ou imagens, aí incluídos slogans, que caracterizem promoção pessoal ou de servidores públicos. A possibilidade de vinculação do conteúdo da divulgação com o partido político a que

pertença o titular do cargo público mancha o princípio da impessoalidade e desnatura o caráter educativo, informativo ou de orientação que constam do comando posto pelo constituinte dos oitenta. 2. Recurso extraordinário desprovido. (RE nº 191.668, rel. Min. Menezes Direito, DJE 30/5/2008).

Conforme sublinhado na ementa, a “possibilidade de vinculação” entre o material educativo, informativo ou de orientação, com determinado agente político é exatamente o que caracteriza a promoção pessoal.

A informação fica “contaminada” pela vinculação ao nome do Prefeito, Deputado ou Vereador.

O material educativo é incompatível com a utilização de imagens fotográficas do Prefeito, Deputado ou Vereador.

Peças aparentemente destinadas a orientação são desvirtuadas se contém elementos que visem sua associação com determinado partido político.

Entre os casos de atos examinados pela Procuradoria de Direitos Difusos encontram-se ações questionando gestores públicos por uso indevido da própria imagem – com promoção pessoal – em boletins informativos, revistas, jornais, faixas, cartazes, peças publicitárias divulgadas em rádio e televisão etc.

A título de exemplo, merece atenção o caso submetido ao Poder Judiciário na Comarca de Montes Claros, objeto da Apelação Cível n. 1.0433.11.016096-0/001. A sentença rejeitou a ação proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais com o objetivo de obter a condenação do Prefeito e Secretário de Governo por ato de improbidade administrativa consistente em utilização de recursos públicos visando promoção pessoal e a consequente reparação do dano consistente na restituição do valor de R\$ 61.064,20 ao Município de Montes Claros. Contrariado com esse resultado, apela o Ministério Público do Estado de Minas Gerais mostrando que os requeridos agiram dolosamente com o intuito de promover a figura particular do Prefeito Municipal, utilizando-se de recursos públicos.

Luiz Tadeu Leite foi Prefeito de Montes Claros entre 2009 e 2012. Sérgio Luiz Amaral Ferreira era seu Secretário de Governo. Ambos foram responsáveis pelo uso de recursos públicos no custeio de peças publicitárias que, conforme denúncia formulada pelo representante legaldo do PPS local, resultam em promoção pessoal do chefe do executivo.

No início do mandato, ainda durante o primeiro semestre de 2009, por meio da InterTV, afiliada da Rede Globo em Montes Claros, os apelados divulgaram uma série de mensagens

publicitárias cujo conteúdo estabelece comparação entre o Prefeito Tadeu Leite e seu antecessor, em benefício deste.

O exame das nove peças publicitárias veiculadas pelo Município de Montes Claros exibidas no período de 02.05.2009 a 17.06.2009, e apresentadas pela Intervisão Emissoras de Rádio e Televisão Ltda. - INTERTV Grande Minas, demonstra que a campanha extrapola o caráter informativo que limita o conteúdo da publicidade institucional.

Embora não se trate de propaganda partidária, visto que veiculada após eleição e custeada pelo Município, a primeira peça apresenta conteúdo comparativo e começa exibindo fotos em preto e branco de ruas esburacadas, lixo e urubus.

A locução não deixa dúvida quanto ao propósito de autolouvação e o método comparativo. Não há informação. Não há notícia de fatos. A peça veicula promessas:

Um projeto de pavimentação já iniciado vai asfaltar mais de 50 ruas. Concluimos dois prédios escolares e vamos reformar e ampliar a rede municipal. Iniciamos o maior pacote de obras de drenagem de ruas da história. (fls. 86)

Na peça seguinte continuam as promessas. Os feitos são apresentados como “presente”. Não o direito à educação. Ou qualquer informação de caráter educativo. O que se tem é uma vinheta que transmite a concepção de que o investimento em educação decorre de generosa decisão da administração, ocultando o fato de que se trata de impositivo constitucional (fls. 87 e 105).

O mesmo expediente é utilizado para anunciar obras de saneamento, também apresentadas como “presente” (fls. 88), assim com as obras de asfaltamento (fls. 89), a entrega de cartões magnéticos (fls. 91 e 92).

Por fim, “amarrando” o pacote de promessas, “presentes” e desqualificação da administração passada, o último vídeo abusa da imagem do Prefeito, exibida seis vezes no vídeo de 60 segundos (fls. 78).

As únicas peças que apresentam algum caráter informativo são as que convocam usuários do bolsa-família para recadastramento e estudantes do Município a participar do Cadastramento Municipal de Estudantes. O anúncio descreve o rol de documentos necessários e os benefícios do cadastramento, além da divulgação do projeto Caminhar com Saúde (fls. 75 e 106, 107). Ambas, porém, estão contaminadas, porque devem ser examinadas no contexto maior, o que inclui toda a campanha.

Somente pela peça publicitária que contém a imagem do Prefeito Luiz Tadeu Leite o Município pagou R\$ 61.064,20, conforme Notas Fiscais e respectivo cálculo de atualização monetária até agosto de 2010 (fls. 116/119).

Em 04.03.2011 a Procuradoria do Município declarou que o responsável por autorizar a produção, edição e veiculação na televisão da publicidade institucional foi o então Chefe da Secretaria Municipal de Governo, na época, Luiz Sérgio Amaral Ferreira (fls. 122).

A regra matriz se encontra no art. 37, §§ 1o, 4o e 5o, da Constituição Federal, e nos artigos 186 e 927 do Código Civil. Retira-se destes que o ato ilícito é fonte obrigacional, e daquela, norma maior, diretrizes e limites para a publicidade institucional e a imprescritível obrigação de ressarcimento ao erário pelos danos decorrentes de atos de improbidade administrativa.

A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos somente é lícita quando apresenta caráter educativo, informativo ou de orientação social, sendo expressamente proibida a inclusão de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

Conforme degravação, além da intensa utilização da imagem do Prefeito Luiz Tadeu Leite, na peça impugnada, o conjunto das peças publicitárias custeadas pelo Município de Montes Claros claramente afasta-se do caráter informativo.

Das dez peças exibidas, degravadas e analisadas naquele feito, apenas três apresentam o apontado conteúdo informativo.

Embora a discussão maior se oriente para a peça publicitária na qual a imagem do Prefeito é exibida por seis vezes, o conjunto das obras produzidas e custeadas pelo Município de Montes Claros para divulgação na distribuidora local da Rede Globo de Televisão permite que se vislumbre o dolo na promoção pessoal da figura de Luiz Tadeu Leite.

Por que a comparação? As ruas esburacadas e urubus?

Por que o tom grandiloquente?

Como admitir caráter “educativo e informativo” em meras promessas de obras?

Inauguração de escola? Em início de governo? Teriam sido construídas em um ou dois meses?

Com o devido respeito, o sentenciante de primeira instância foi induzido em erro pelo discurso dos apelados. A sentença toma como base a afirmação de que as aparições do Prefeito

foram casuais, sem expressa alusão ao seu nome. Embora parcialmente verdadeiro, tal juízo não se sustenta, quando se observa o contexto.

- a) A campanha publicitária foi divulgada no início da administração, logo após a campanha eleitoral;
- b) É bastante conhecida, em Montes Claros e em Minas Gerais, a imagem do então Prefeito Luiz Tadeu Leite. Desnecessária a menção expressa a seu nome, para caracterização da promoção pessoal;
- c) O tom comparativo, que remete à campanha eleitoral recém-encerrada, potencializa o caráter de promoção pessoal;
- d) Entre dez peças publicitárias, apenas três apresentaram algum caráter informativo e/ou educativo, contaminados pela deliberada autopromoção;
- e) Os temas das seis peças publicitárias que apresentam promessas, autolouvação e a questionável apresentação do direito à educação, saúde e saneamento como “presentes”, foram todos “amarrados” na peça em que a imagem do Prefeito é exibida seis vezes.

Pois bem. Na medida em que o próprio pedido ministerial reduziu o objeto da condenação, admitindo o caráter informativo de parte da campanha promovida pela administração municipal, enfraquecida ficou a tese do Ministério Público, em prejuízo do maior rigor adotado pelo STF, pela voz do Ministro Menezes Direito, que assinala o desvirtuamento da informação quando vinculada ao agente, situação que viola o princípio da impessoalidade.

No caso sob exame o Tribunal de Justiça devolveu os autos para revisão, em primeira instância. Em decisão monocrática o Desembargador Alberto Vilas Boas deu provimento ao apelo para cassar a sentença e ordenar que a causa prossiga na primeira instância, assentado no entendimento de que “existindo indícios de irregularidade na publicidade produzida e veiculada pelos réus [...] forçoso concluir que a rejeição preliminar da inicial foi prematura”.

De fato, examinada no contexto em que foram produzidas, nenhuma das peças pode ser qualificada previamente como “lícita”, na medida em que integram uma campanha cuja identidade – pela época em que foi divulgada e pela similaridade do formato e assinaturas – não recomenda a análise fracionada de seus vários elementos.

Conclusão

A vinculação entre o agente político e a mensagem publicitária de caráter informativo, educativo ou de formação, contamina toda a comunicação, caracterizando promoção pessoal.

APROVADA POR UNANIMIDADE

Reformas de base: alinhamento entre Promotorias e Procuradorias

Antônio Joaquim Fernandes

Embora permaneça entre as instituições que mantém elevado conceito (55% no ICJBrasil 2014), o Ministério Público brasileiro ainda enfrenta grandes dificuldades para realizar sua missão constitucional: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis. Os órgãos de execução, responsáveis pela atividade-fim, recebem diretamente a demanda que vem das ruas e sabem que muitos cidadãos sairão frustrados na luta pela realização de seus direitos. Quem exerce sua função na trincheira da cidadania sabe que enfrenta oponentes poderosos e organizados, e sente a necessidade de mudança.

Como mudar? O que mudar?

A estrutura forjada nas lutas dos anos 70 e 80 do século passado foi importante para o desenvolvimento institucional, lastreado em princípios – unidade, indivisibilidade e autonomia funcional –, orientado para o desempenho de funções essenciais à garantia dos direitos fundamentais, individuais, coletivos e difusos, dotado de importantes instrumentos para sua promoção e proteção. Para preservar a essência, é preciso mudar.

O Parquet carece de “reformas de base”.

O termo é conhecido, e foi aqui escolhido em homenagem ao Promotor de Justiça Plínio de Arruda Sampaio, falecido em 08.07.2014, o qual foi cassado porque, no Governo de João Goulart foi um dos responsáveis pelas “reformas de base”, comprometidas com o desenvolvimento humano.

O Ministério Público carece de reformas de base que o façam reencontrar-se com seus princípios institucionais, com os valores democráticos e a realização dos Direitos Humanos.

Separados, os órgãos do Ministério Públicos são mais fracos.

Como justificar a distância entre os órgãos de execução, os auxiliares, e a administração superior? Que razões presidem a persistência de práticas políticas que apostam na separação entre planejamento e execução? Até onde cabe especialização, sem perversão dos objetivos maiores?

O princípio da unidade foi relegado a segundo plano, com interpretação reduzida, afastando-se daquele que pode considerar-se o núcleo da missão constitucional do Ministério Público: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis.

Para propor “Reformas de Base” pensamos na unidade entre execução, apoio operacional e administração.

A título de exemplo, nos direitos difusos intervém, como órgãos de execução, as Promotorias (investigação, mediação e eventualmente judicialização), as Procuradorias (sustentação e recurso nos Tribunais) e o Conselho Superior (controle e uniformização da atividade extra-judicial). O princípio da unidade exige que as três instâncias dialoguem, permanentemente, visando a realização dos objetivos institucionais.

Cabe ao verdadeiro Líder (administração), o papel de organizar o diálogo entre os órgãos de execução com a finalidade de alcançar unidade no discurso e na prática institucional.

Os órgãos de apoio operacional (CAOs, peritos, parceiros externos) podem contribuir muito, desde que cientes dos objetivos da ação institucional traçados pelos órgãos de execução.

O planejamento é o principal instrumento da unidade. Mas o planejamento só é legítimo quando elaborado pelos órgãos de execução e reflita a UNIDADE construída. A UNIDADE na cooperação, a UNIDADE no trabalho e na busca de resultados.

A efetiva implementação do princípio da unidade exige reformas de base em várias dimensões, especialmente no que diz respeito ao efetivo cumprimento da missão institucional. Entre as reformas urgentes, merece destaque a necessária articulação entre Promotorias e Procuradorias de Justiça.

Aqui e ali, entre os membros, são correntes as críticas de Promotores à atuação dos Procuradores, e vice-versa. Estes, questionando melhor produção de provas, no inquérito e no processo judicial, argumentação coerente com os fatos do caso, discussão da prova colhida e dos argumentos da contraparte, objetividade e concisão nas manifestações. Aqueles, cobrando maior

empenho na sustentação de teses perante os Tribunais, interposição de recursos aos Tribunais Superiores, realização de sustentações orais, apresentação de memoriais etc.

Falta, portanto, a necessária articulação entre os órgãos de execução.

O distanciamento não é motivado pela falta de vontade dos membros. Trata-se de grave problema cuja responsabilidade é exclusivamente da administração superior. Integrar e articular são ações que dependem da liderança do Procurador Geral de Justiça.

Um dos principais obstáculos à integração é o abandono das Procuradorias de Justiça, cujo trabalho é desvalorizado pela administração superior e, por tal motivo, tanto quanto o Conselho Superior e a Câmara de Procuradores, as Procuradorias de Justiça encontram-se desparelhadas, e totalmente desconectadas das atividades desenvolvidas pelas Promotorias.

Mesmo na Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos, que se esforça por manter contato com as Promotorias, falta a necessária colaboração dos Centros de Apoio Operacional, que tem sido mantidos distantes das Procuradorias e do Conselho Superior.

A articulação exige, entre outras providências, um trabalho de valorização da atividade desempenhada pelo Procurador de Justiça e a compreensão do poder que tem sua palavra, expressa em pareceres, sustentações orais, razões de recurso etc.

Afinal, qual a função do parecer oferecido pelo Procurador de Justiça?

Função do parecer

Com a implantação do processo eletrônico já há quem questione a utilidade da peça e a discussão remete à identificação da **função do parecer recursal e sua importância para garantir o melhor resultado no julgamento** do caso.

A simples revisão dos dispositivos da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei n. 8.625, de 12.02.1993) seria suficiente para responder à esta indagação. Todavia, além das funções da manifestação recursal que decorrem da interpretação direta do texto da legislação específica, a interpretação sistemática dos direitos fundamentais e suas garantias, que incluem as instituições responsáveis pela tutela dos interesses indisponíveis e do regime democrático, apontam para a imprescindibilidade da presença ativa do Ministério Público perante os Tribunais.

Acompanhamento, nos Tribunais

Conforme a Lei Orgânica, cabe aos Procuradores de Justiça exercer as atribuições do Ministério Público junto aos Tribunais (art. 31), atividade que inclui o dever de manifestar-se nos processos em que sua presença seja obrigatória por lei, e ainda, sempre que cabível a intervenção, para assegurar o exercício de suas funções institucionais (art. 25, V), não importando a fase ou grau de jurisdição em que se encontre o processo. Nesse sentido, **a implementação do processo eletrônico em nada altera a função das Procuradorias** e, pelo contrário, facilita a plena aplicação do dispositivo que permite o acompanhamento dos casos nos tribunais superiores.

Além disso, cabe às Procuradorias de Justiça o importante papel de zelar pela **unidade institucional**, devendo reunir-se periodicamente para **fixar orientações jurídicas** (Art. 20) e exercendo inspeção permanente dos serviços dos Promotores de Justiça nos autos em que oficiem, remetendo seus relatórios à Corregedoria-Geral do Ministério Público (art. 19, § 2º). O exercício de tais funções exige que a Procuradoria de Justiça conheça e se manifeste em todos os feitos que chegam ao Tribunal, fixando a interpretação e a posição institucional que orienta a definição das linhas de jurisprudência que garantem direitos fundamentais.

Interposição de recursos

Também é indissociável da tarefa de elaboração de pareceres a atribuição, privativa de Procurador de Justiça, **para interpor recursos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça** (art. 25, IX, cc.art.31). Devolvido o processo à apreciação do Tribunal de Justiça, por força de recurso voluntário ou da aplicação de dispositivo que imponha reexame necessário, a Procuradoria de Justiça é acionada e assume, a partir deste momento, a representação do Ministério Público.

Daí a obrigatória presença de Procurador de Justiça nas **sessões de julgamento** dos processos da respectiva Procuradoria de Justiça, a faculdade de sustentação oral, e sua intimação pessoal após a publicação do Acórdão.

Além de sustentar a posição institucional, em segunda instância e nos Tribunais Superiores, **cabe ao Procurador de Justiça zelar para que o pronunciamento do Tribunal de Justiça defina**

de forma completa, e precisa, o suporte fático – que não poderá ser revisto nas instâncias finais – e promova o prequestionamento dos pontos que poderão ser objeto de recurso especial e extraordinário.

Funções complementares

Embora distintas, são complementares as funções do Promotor e do Procurador de Justiça. O protagonismo do primeiro, em primeira instância, recebe influência direta da comunidade a que serve e se vale da proximidade com o bem jurídico e os grupo tutelado para produzir o suporte probatório necessário ao sucesso da demanda.

A cognição da matéria fática deve ser definida em primeira instância. Excepcionalmente será admitido o exame de questões de fato suscitadas na apelação quando a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior. Assim, a apelação somente devolve ao tribunal a matéria impugnada, as questões suscitadas e discutidas no processo e as questões não decididas, cabendo ao parecer recursal identificar e definir os limites do julgamento pelo Tribunal (CPC, artigos 515, 516 e 517)

Na segunda instância, **o protagonismo do Procurador de Justiça tem suporte em um contexto de cognição mais amplo, que inclui a percepção dos problemas regionais e nacionais e seu impacto na posição adotada pelos Tribunais**. Se a impossibilidade de posterior discussão das questões de fato aproxima o Procurador e o Promotor de Justiça no zelo pela produção de provas, a interpretação e aplicação do direito, pelo Tribunal, encontra-se sob atenção imediata do Procurador, no parecer, na sustentação oral e nos posteriores recursos.

Somente com o prévio acesso ao inteiro teor do processo, físico ou digital, o Procurador de Justiça pode exercer de forma eficiente sua função de órgão ativo, responsável pela tutela dos direitos e garantias fundamentais em todas as instâncias.

As pautas das sessões de julgamento somente são conhecidas dois ou três dias antes de sua realização. Tal circunstância torna impossível a preparação de sustentações orais – são dezenas de feitos em pauta, todas as semanas, envolvendo matéria complexa e direitos fundamentais. Por este motivo, oferecer parecer recursal e participar das sessões de julgamento constitui dever legal do Procurador de Justiça (art. 25, V, da Lei n. 8.625, de 1993) o qual pode intervir no processo em qualquer fase ou grau de jurisdição.

Conclusão

Com o alinhamento de elementos que demonstram a importância do parecer recursal oferecido pelo Procurador de Justiça, para a eficiência da atuação ministerial na construção da jurisprudência, especialmente em questões que envolvem direitos fundamentais, a elaboração da manifestação escrita que antecede o julgamento dos recursos atende, entre outros, aos seguintes objetivos:

- Assinalar o momento em que a Procuradoria de Justiça assume a titularidade dos feitos que chegam à segunda instância (Art. 31 da Lei n. 8.625, de 1993);
- Assegurar o exercício das funções institucionais do Ministério Público perante os Tribunais (art. 25, V, da Lei n. 8.625, de 1993);
- Fornecer elementos para que as Procuradorias fixem orientações jurídicas a respeito dos temas sob sua responsabilidade (Art. 20 da Lei n. 8.625, de 1993);
- Preparar o feito para a eventual interposição de recursos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça (Art. 25, IX, da Lei n. 8.625, de 1993);
- Registrar a atividade de inspeção permanente dos serviços dos Promotores de Justiça exercida pelas Procuradorias de Justiça (Art. 19, § 2º, da Lei n. 8.625, de 1993);
- Identificar e apontar as questões devolvidas ao Tribunal: a matéria impugnada, as questões suscitadas e discutidas no processo e as questões não decididas (CPC, artigos 515, 516 e 517).

APROVADA POR UNANIMIDADE

Reformas de base na atividade fim: CAO subordinados à Promotoria e à voz das ruas

Antônio Joaquim Fernandes

Embora permaneça entre as instituições que mantém elevado conceito (55% no ICJBrasil 2014), o Ministério Público brasileiro ainda enfrenta grandes dificuldades para realizar sua missão constitucional: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis. Os órgãos de execução, responsáveis pela atividade-fim, recebem diretamente a demanda que vem das ruas e sabem que muitos cidadãos sairão frustrados na luta pela realização de seus direitos. Quem exerce sua função na trincheira da cidadania sabe que enfrenta oponentes poderosos e organizados, e sente a necessidade de mudança.

Como mudar? O que mudar?

A estrutura forjada nas lutas dos anos 70 e 80 do século passado foi importante para o desenvolvimento institucional, lastreado em princípios – unidade, indivisibilidade e autonomia funcional –, orientado para o desempenho de funções essenciais à garantia dos direitos fundamentais, individuais, coletivos e difusos, dotado de importantes instrumentos para sua promoção e proteção. Para preservar a essência, é preciso mudar.

O Parquet carece de “reformas de base”.

O termo é conhecido, e foi aqui escolhido em homenagem ao Promotor de Justiça Plínio de Arruda Sampaio, falecido em 08.07.2014, o qual foi cassado porque, no Governo de João Goulart foi um dos responsáveis pelas “reformas de base”, comprometidas com o desenvolvimento humano.

O Ministério Público carece de reformas de base que o façam reencontrar-se com seus princípios institucionais, com os valores democráticos e a realização dos Direitos Humanos.

Separados, os órgãos do Ministério Públicos são mais fracos.

Como justificar a distância entre os órgãos de execução, os auxiliares, e a administração superior? Que razões presidem a persistência de práticas políticas que apostam na separação entre planejamento e execução? Até onde cabe especialização, sem perversão dos objetivos maiores?

O princípio da unidade foi relegado a segundo plano, com interpretação reduzida, afastando-se daquele que pode considerar-se o núcleo da missão constitucional do Ministério Público: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis.

Para propor “Reformas de Base” pensamos na unidade entre execução, apoio operacional e administração.

A título de exemplo, nos direitos difusos intervém, como órgãos de execução, as Promotorias (investigação, mediação e eventualmente judicialização), as Procuradorias (sustentação e recurso nos Tribunais) e o Conselho Superior (controle e uniformização da atividade extra-judicial). O princípio da unidade exige que as três instâncias dialoguem, permanentemente, visando a realização dos objetivos institucionais.

Cabe ao verdadeiro Líder (administração), o papel de organizar o diálogo entre os órgãos de execução com a finalidade de alcançar unidade no discurso e na prática institucional.

Os órgãos de apoio operacional (CAOs, peritos, parceiros externos) podem contribuir muito, desde que cientes dos objetivos da ação institucional traçados pelos órgãos de execução.

O planejamento é o principal instrumento da unidade. Mas o planejamento só é legítimo quando elaborado pelos órgãos de execução e reflita a UNIDADE construída. A UNIDADE na cooperação, a UNIDADE no trabalho e na busca de resultados.

A efetiva implementação do princípio da unidade exige reformas de base em várias dimensões, algumas das quais são a seguir elencadas:

Investigação - ação

A física quântica já demonstrou que o olhar do observador interfere ou modifica o objeto observado. Não existe neutralidade. Impossível investigar sem interferir, de alguma forma, na realidade.

Quando o Promotor de Justiça instaura uma investigação, este ato, por si, já provoca mudanças no objeto investigado e, sem que seja possível controlar tais efeitos, provoca outras mudanças na realidade, nem sempre percebidas pelos atores envolvidos.

A consciência de que a investigação em si constitui importante ação em defesa de um bem ou interesse demonstra a necessidade de reformas de base.

Um bom exemplo são os bens coletivos. Grande parte da dificuldade enfrentada em sua tutela reside na ausência de sua representação nos imaginários, tanto do indivíduo quanto da sociedade. Multiplicam-se as ações ambientais movidas contra proprietários de imóveis sem que se aperfeiçoe a identificação do bem coletivo tutelado. O imaginário comum não identifica o bem coletivo – uma serra, um rio, um beija-flor, uma fruta silvestre, um lobo ou um inseto –, infelizmente, as ações tem como base conceitos individualistas de propriedade e posse individual ou aspectos formais, registrários.

O bem coletivo deve ser criado coletivamente, no imaginário da comunidade-alvo. Não há como separar o bem natural de seus aspectos sociais. Assim, o bem coletivo – a serra com toda a complexidade de sua fauna, flora, recursos hídricos e minerais – só vai existir a partir de audiências públicas em que se construa, coletivamente, no imaginário das pessoas.

A invenção-construção do bem coletivo já é ação de tutela. E as ações concretas – eventuais pretensões deduzidas em TAC, recomendação ou ACP – serão fruto de anseios e necessidades definidas coletivamente.

CAO subordinado ao órgão de execução

No sistema de investigação-ação é importante que os Centros de Apoio Operacional funcionem na forma como foram previstos na lei orgânica, ou seja, como órgãos auxiliares, subordinados aos órgãos de execução.

Se os órgãos de execução funcionam subordinados a bens coletivos e suas agendas, construídas coletivamente em audiências públicas, é natural que os Centros de Apoio se organizem para dar apoio a tais demandas.

Desde sempre, na lei orgânica, o Centro de Apoio Operacional figura como órgão auxiliar. Isso significa que devem ser organizados para atender às necessidades da atividade fim que, conforme a missão constitucional do Ministério Público, é determinada pelos interesses expressos pela “voz das

ruas”, ou seja, pelos interesses coletivos, difusos e individuais indisponíveis construídos sob metodologia que atenda ao “regime democrático”.

Não cabe ao CAO determinar qual será o objeto das investigações, prescrevendo procedimentos padronizados e fixando metas para as Promotorias. Práticas de tal jaez constituem subversão dos princípios que devem reger o plano geral de atuação, necessariamente elaborado com a efetiva participação de todos os membros.

O papel do CAO é criar meios para que as Promotorias sejam capazes de identificar e construir, com a participação da comunidade, os bens coletivos, definindo de forma autônoma os métodos adequados à sua melhor gestão.

A mobilidade urbana é bem coletivo. A bacia hidrográfica é bem coletivo. A política de atenção à saúde da mulher é bem coletivo. O patrimônio cultural é bem coletivo. Em cada comunidade, porém, o bem coletivo apresente peculiaridades próprias, coletivamente construídas. Daí a necessidade de reformas de base, que forneçam o Ministério Público os meios adequados para participar da construção coletiva de imaginários comprometidos com a proteção da natureza, a promoção do bem estar social e o pleno desenvolvimento das capacidades individuais, com dignidade e justiça.

Conclusões

- O ato de investigar, por si, provoca modificações no objeto investigado.
- Bens coletivos são construídos coletivamente, no imaginário da comunidade, inclusive durante o processo de investigação promovida pelo Ministério Público.
- Os Centros de Apoio Operacional devem auxiliar as Promotorias na escuta da “voz das ruas” e sua transformação em pretensões e mecanismos de defesa.

APROVADA POR UNANIMIDADE

Reformas de base na atividade fim: democracia nos processos decisórios

Antônio Joaquim Fernandes

Embora permaneça entre as instituições que mantém elevado conceito (55% no ICJBrasil 2014), o Ministério Público brasileiro ainda enfrenta grandes dificuldades para realizar sua missão constitucional: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis. Os órgãos de execução, responsáveis pela atividade-fim, recebem diretamente a demanda que vem das ruas e sabem que muitos cidadãos sairão frustrados na luta pela realização de seus direitos. Quem exerce sua função na trincheira da cidadania sabe que enfrenta oponentes poderosos e organizados, e sente a necessidade de mudança.

Como mudar? O que mudar?

A estrutura forjada nas lutas dos anos 70 e 80 do século passado foi importante para o desenvolvimento institucional, lastreado em princípios – unidade, indivisibilidade e autonomia funcional –, orientado para o desempenho de funções essenciais à garantia dos direitos fundamentais, individuais, coletivos e difusos, dotado de importantes instrumentos para sua promoção e proteção. Para preservar a essência, é preciso mudar.

O Parquet carece de “reformas de base”.

O termo é conhecido, e foi aqui escolhido em homenagem ao Promotor de Justiça Plínio de Arruda Sampaio, falecido em 08.07.2014, o qual foi cassado porque, no Governo de João Goulart foi um dos responsáveis pelas “reformas de base”, comprometidas com o desenvolvimento humano.

O Ministério Público carece de reformas de base que o façam reencontrar-se com seus princípios institucionais, com os valores democráticos e a realização dos Direitos Humanos.

Separados, os órgãos do Ministério Públicos são mais fracos.

Como justificar a distância entre os órgãos de execução, os auxiliares, e a administração superior? Que razões presidem a persistência de práticas políticas que apostam na separação entre planejamento e execução? Até onde cabe especialização, sem perversão dos objetivos maiores?

O princípio da unidade foi relegado a segundo plano, com interpretação reduzida, afastando-se daquele que pode considerar-se o núcleo da missão constitucional do Ministério Público: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis.

Para propor “Reformas de Base” pensamos na unidade entre execução, apoio operacional e administração.

A título de exemplo, nos direitos difusos intervém, como órgãos de execução, as Promotorias (investigação, mediação e eventualmente judicialização), as Procuradorias (sustentação e recurso nos Tribunais) e o Conselho Superior (controle e uniformização da atividade extra-judicial). O princípio da unidade exige que as três instâncias dialoguem, permanentemente, visando a realização dos objetivos institucionais.

Cabe ao verdadeiro Líder (administração), o papel de organizar o diálogo entre os órgãos de execução com a finalidade de alcançar unidade no discurso e na prática institucional.

Os órgãos de apoio operacional (CAOs, peritos, parceiros externos) podem contribuir muito, desde que cientes dos objetivos da ação institucional traçados pelos órgãos de execução.

O planejamento é o principal instrumento da unidade. Mas o planejamento só é legítimo quando elaborado pelos órgãos de execução e reflita a UNIDADE construída. A UNIDADE na cooperação, a UNIDADE no trabalho e na busca de resultados.

A efetiva implementação do princípio da unidade exige reformas de base em várias dimensões, algumas das quais são a seguir elencadas:

Papel dos Órgãos Colegiados

Concebidos com a função de subtrair do Procurador-Geral a excessiva concentração de poderes, os órgãos colegiados devem ser dotados de meios para o efetivo exercício de suas funções. Tanto o Colégio de Procuradores – cujas funções são exercidas pelo órgão especial -, quanto o

Conselho Superior, foram concebidos com forte poder decisório em matérias que interessam à instituição, à sociedade e aos membros.

O órgão especial tem como missão precípua o zelo pela autonomia institucional (Lei 6.825, de 1993, art. 12, I). Também estão sob sua responsabilidade a aprovação da proposta orçamentária e os projetos de criação de cargos e serviços auxiliares, além da aprovação, conforme disposto na Lei Orgânica do Ministério Público de Minas Gerais, do Plano Geral de atuação (Lei Complementar Estadual n. 34, de 1994, art. 19, parágrafo único).

No Conselho Superior concentram-se importantes poderes relativos à movimentação na carreira, controle e fiscalização das atividades da Corregedoria Geral, inclusive quanto à aplicação de sanções administrativas e o controle da atividade investigatória implementada por meio do inquérito civil.

No papel, os órgãos colegiados têm funções importantíssimas. Na prática, porém, ao menos no Estado de Minas Gerais, a falta de estrutura material e do necessário apoio de recursos humanos constitui obstáculo à atuação dos colegiados, contribuindo para a excessiva concentração de poderes nas mãos do Procurador-Geral.

O Conselho Superior vem tentando renovar-se, promoveu mudanças importantes em sua forma de atuar, mas se encontra amarrado, sem meios para avançar, devido à precária estrutura de apoio, sabidamente insuficiente para a execução de importantes tarefas: a ponderada aferição dos critérios de movimentação na carreira e o exame dos inquéritos civis.

Na Câmara, órgão especial do Colégio de Procuradores, a situação é pior. As importantíssimas funções de controle e acompanhamento do planejamento e da execução orçamentária são prejudicadas pela absoluta falta de meios para que os Procuradores exerçam sem papel.

Em obra publicada no início dos anos 80, na forja do processo constituinte, o cientista político Francisco C. Weffort pergunta: Por que democracia?. E discute a importância das reformas e da participação:

A diferença, quando se fala de reformas no âmbito de uma revolução, é a participação do povo na direção do processo. Ou seja, a diferença é a democracia. Se é disso que se trata quando se menciona as reformas no âmbito da revolução, com mais razão ainda quando se fala da possibilidade da transformação da sociedade através da democracia.

A diferença é a participação popular nas mudanças. Significa lutar para criar no âmbito da democracia, mesmo que em caráter parcial, os processos de participação

que são típicos de uma revolução, Ou seja, para quem quer realmente mudar a sociedade, o caminho é mais participação, ou seja, mais democracia, e não menos. (WEFFORT, Francisco C. Por que democracia? São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 115)

Na medida em que se agrava o desvirtuamento da instituição, com **prejuízo** do regime democrático e do princípio da independência funcional, com **prejuízo** à sociedade, além de desvirtuamento da carreira, com **prejuízo** pessoal dos membros, patente se torna a necessidade de reformas de base.

Faltam candidatos ao Conselho Superior?

A responsabilidade é da administração que, subtraindo meios, obstrui a atuação dos conselheiros, fragilizando sua posição como representantes eleitos da totalidade dos membros.

A Câmara de Procuradores não interfere nas funções de planejamento e orçamento?

Mais uma vez, indaga-se: quais são os meios disponibilizados aos membros do órgão especial para o exercício de suas funções.

Reforma de verdade exige fortalecimento dos canais de participação. Fortalecimento dos órgãos de representação. Conselho e Câmara funcionando como fiscais da missão e dos princípios institucionais, com autonomia.

A estrutura da administração superior – Procuradoria e Corregedoria-Geral, Câmara e Conselho Superior – foi concebida com a finalidade de garantir que a instituição promova “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

A reforma é urgente. Especialmente quanto à definição dos membros elegíveis e à provisão de meios para que os órgãos colegiados funcionem como verdadeiros órgãos de administração superior.

Planejamento

A atual administração abandonou o processo de planejamento.

Em Minas Gerais – vale sublinhar – a atividade de planejamento deveria ser conduzida pela Câmara de Procuradores. É o que dita a Lei Orgânica desde 1994. Infelizmente, o relevantíssimo dispositivo legal que garante a participação de todos no planejamento e sua aprovação pela Câmara de Procuradores está longe de concretizar-se.

A auspiciosa experiência na gestão do Procurador Nedens Ulisses Freire Vieira, no início do Século, não teve a continuidade e aperfeiçoamento necessários. Depois, na gestão do

Procurador Alceu Marques, a espetacular contratação da empresa Price Waterhouse seguiu-se de um processo lento e dispendioso, o qual produziu resultados pífios.

Talvez o vício maior, do “planejamento” realizado nos últimos cinco anos, seja seu **sentido vertical**. De cima para baixo. Centralizado. Autoritário. Em resumo, um dispendioso e longo ritual, que redundou na “eleição” de prioridades arbitrariamente impostas pelos respectivos CAOs. A concepção vertical é coerente com a ineficiente concepção de Centros de Apoio como órgão encarregado de “elaborar roteiros práticos de atuação”, impondo modelos e metas, e transformando o Promotor de Justiça em operário encarregado de tarefas repetitivas, no clássico **modelo fordista** de produção.

Triste concepção! Realizamos os melhores concursos, captamos os melhores cérebros do País, e desperdiçamos seu conhecimento na cadeia de produção. Triste.

Outro grave problema identificado no “método” adotado foi a imposição de um diagnóstico. Com a prévia definição da visão de mundo – questões sociais, institucionais e prognósticos para o futuro – o trabalho realizado nos workshops não cria nada. Apenas tenta “legitimar” respostas que vem embutidas nas questões formuladas.

O **diagnóstico** deve ser construído. E construído regionalmente, para que o planejamento seja o resultado de problemas reais. Desnecessário dizer que Minas são muitas.

Um detalhe relevante é a exagerada ênfase nas questões econômicas, apresentada pelo diagnóstico utilizado pela empresa contratada. A lógica da iniciativa privada é outra. Em geral, as empresas se interessam pelo diagnóstico e prognósticos econômicos, pelo mercado. Incabível, porém, a transposição desse modelo para o Ministério Público.

A missão constitucional é clara. E nos coloca como desafio a mudança social. Natural, portanto, que o diagnóstico a ser utilizado em um planejamento do Ministério Público deve privilegiar o desenvolvimento social, a dignidade humana e a sustentabilidade.

Participação suprimida

Na atual administração a ideia de planejamento participativo foi abandonada. O trabalho realizado pela empresa Price Waterhouse deixou de ser objeto de atenção. O processo de consultas foi drasticamente reduzido, e não conta com a necessária transparência.

Onde deviam opinar os membros, impõem-se arbitrariamente a visão dos CAOs.

Embora o PGA aprovado pela Câmara em 2014 não tenha sido objeto de divulgação, seu texto se encontra publicado no Portal do MPMG (planejamento institucional > planejamento > pga finalístico). Basta um exame perfunctório para constatar-se ter ocorrido flagrante violação da lei, com a definição dos objetivos e das estratégias pelos “CAOs e Coordenadorias Especializadas” (página 13).

Os membros foram deliberadamente excluídos do processo.

Nota-se que o “diagnóstico” restringiu-se às três perguntas, em formulário padrão, com participação de apenas 22,35% dos membros (10 Procuradores de Justiça e 218 Promotores). Dele foram extraídos grandes temas (combate à criminalidade e à corrupção, defesa da infância e juventude, saúde e meio ambiente), e colhidas sugestões aleatórias.

Aponta-se ter ocorrido “pesquisa com a sociedade”, realizada com formulários disponibilizados “nos edifícios componentes da sede da Procuradoria Geral de Justiça” e por meio de “cópia digital”, encaminhada aos membros. Bastante simplificado, o formulário restringe-se à oferecer, como alternativas, os 5 temas previamente escolhidos e pergunta: “Qual o maior problema do item escolhido?” (página 21).

Foram preenchidos 203 formulários.

Trata-se de dados oficiais, publicados com a chancela do Procurador-Geral de Justiça. E comprovam que a elaboração do Plano Geral de Atuação foi restrita, realizada por apenas um pequeno grupo, e os objetivos foram elaborados pelos CAOs.

Daí a necessidade de reforma de base, no sistema de planejamento, de forma que todos os Promotores e Procuradores de Justiça participem efetivamente dos processos decisórios.

Políticas públicas

O Brasil não tem planejamento. O último plano nacional foi o da **Nova República**, no Governo Sarney, há mais de 30 anos. FHC trabalhou projetos isolados, voltado para eixos de desenvolvimento, o chamado **Avança Brasil**. Nos governos Lula e Dilma o modelo passou a chamar-se **PAC** – Programa de Aceleração do Crescimento. São conjuntos de projetos, não um planejamento global, como os anteriores.

Minas Gerais tem situação diferente. Há tradição em planejamento, a qual permaneceu viva após a Constituição de 1989, que criou o **PMDI** – Plano Mineiro de

Desenvolvimento Integrado. O plano aqui é uma lei estadual, integra a ordem jurídica, é direito positivo. Após a promulgação da Constituição Estadual já foram elaboradas três versões do **PMDI**. Uma no governo Azeredo, duas no Governo Aécio.

Não há como planejar, em Minas Gerais, sem conhecer o PMDI.

O diagnóstico, portanto, deve começar com a integração do **ser** e do **dever ser**, em revisão crítica. O **dever ser**, representado pelo PMDI, é o ponto de partida para a análise do **ser**, os dados, informações e conhecimento extraídos da **realidade local** e regional.

Assim, com prioridade para as questões sociais, temos as diretrizes do PMDI para Seguridade Social, Saúde, Educação, Infância e Juventude etc. com as respectivas políticas públicas. O PMDI e seus anexos apresentam os indicadores de desenvolvimento, estabelecem ações e metas. O diagnóstico a ser elaborado pelo Ministério Público consiste em **verificar**, em cada Distrito, Município e Região, se as políticas estão sendo implementadas e produzem resultados. E identificar falhas nas políticas.

Conclusões

- Uma instituição comprometida com o regime democrático deve aperfeiçoar constantemente os mecanismos de participação dos membros nos processos decisórios.
- Concebidos com a função de subtrair do Procurador-Geral a excessiva concentração de poderes, os órgãos colegiados devem ser dotados de meios para o efetivo exercício de suas funções.
- A participação de todos os membros na elaboração do Plano Geral de Atuação, embora prevista na Lei Orgânica, deve ser garantida pela Câmara de Procuradores – responsável por sua aprovação – por meio de uma estrutura permanente de elaboração, revisão e acompanhamento das metas coletivamente construídas.
- Os processos decisórios, quanto ao Plano Geral de Atuação, devem ser compartilhados, com a participação de todos os membros, no âmbito local e no âmbito regional, de forma articulada. Tanto é nociva a concentração dos processos de planejamento quanto a excessiva descentralização, com a criação de ilhas que não conversam entre si.

APROVADA POR UNANIMIDADE

Reformas de base na atividade fim: as redes intra e interinstitucionais.

Antônio Joaquim Fernandes

Embora permaneça entre as instituições que mantém elevado conceito (55% no ICJBrasil 2014), o Ministério Público brasileiro ainda enfrenta grandes dificuldades para realizar sua missão constitucional: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis. Os órgãos de execução, responsáveis pela atividade-fim, recebem diretamente a demanda que vem das ruas e sabem que muitos cidadãos sairão frustrados na luta pela realização de seus direitos. Quem exerce sua função na trincheira da cidadania sabe que enfrenta oponentes poderosos e organizados, e sente a necessidade de mudança.

Como mudar? O que mudar?

A estrutura forjada nas lutas dos anos 70 e 80 do século passado foi importante para o desenvolvimento institucional, lastreado em princípios – unidade, indivisibilidade e autonomia funcional –, orientado para o desempenho de funções essenciais à garantia dos direitos fundamentais, individuais, coletivos e difusos, dotado de importantes instrumentos para sua promoção e proteção. Para preservar a essência, é preciso mudar.

O Parquet carece de “reformas de base”.

O termo é conhecido, e foi aqui escolhido em homenagem ao Promotor de Justiça Plínio de Arruda Sampaio, falecido em 08.07.2014, o qual foi cassado porque, no Governo de João Goulart foi um dos responsáveis pelas “reformas de base”, comprometidas com o desenvolvimento humano.

O Ministério Público carece de reformas de base que o façam reencontrar-se com seus princípios institucionais, com os valores democráticos e a realização dos Direitos Humanos.

Separados, os órgãos do Ministério Públicos são mais fracos.

Como justificar a distância entre os órgãos de execução, os auxiliares, e a administração superior? Que razões presidem a persistência de práticas políticas que apostam na separação entre planejamento e execução? Até onde cabe especialização, sem perversão dos objetivos maiores?

O princípio da unidade foi relegado a segundo plano, com interpretação reduzida, afastando-se daquele que pode considerar-se o núcleo da missão constitucional do Ministério Público: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses indisponíveis.

Para propor “Reformas de Base” pensamos na unidade entre execução, apoio operacional e administração.

A título de exemplo, nos direitos difusos intervém, como órgãos de execução, as Promotorias (investigação, mediação e eventualmente judicialização), as Procuradorias (sustentação e recurso nos Tribunais) e o Conselho Superior (controle e uniformização da atividade extra-judicial). O princípio da unidade exige que as três instâncias dialoguem, permanentemente, visando a realização dos objetivos institucionais.

Cabe ao verdadeiro Líder (administração), o papel de organizar o diálogo entre os órgãos de execução com a finalidade de alcançar unidade no discurso e na prática institucional.

Os órgãos de apoio operacional (CAOs, peritos, parceiros externos) podem contribuir muito, desde que cientes dos objetivos da ação institucional traçados pelos órgãos de execução.

O planejamento é o principal instrumento da unidade. Mas o planejamento só é legítimo quando elaborado pelos órgãos de execução e reflita a UNIDADE construída. A UNIDADE na cooperação, a UNIDADE no trabalho e na busca de resultados.

A efetiva implementação do princípio da unidade exige reformas de base em várias dimensões, algumas das quais são a seguir elencadas:

Trabalho em equipe

Em flagrante desvirtuamento do princípio da unidade a instituição desenvolveu uma forte cultura de trabalho individual, avesso ao diálogo, à cooperação e à prestação de contas. É certo que a independência funcional também se encontra entre as diretrizes maiores do perfil institucional.

Todavia, tal qual o princípio do Juiz Natural, só se concebe a tese do Promotor Natural com vistas à promoção do interesse público.

Tratar a independência funcional como garantia pessoal constitui desvirtuamento do princípio, que deve harmonizar-se com o princípio da unidade.

Há dificuldades naturais, decorrentes da própria evolução institucional. Durante praticamente todo o Século XX o Promotor de Justiça se confundia com a Promotoria, exercendo suas funções institucionais desprovido de serviços auxiliares e dependente de apoio material do Poder Judiciário e da organização política local. Com o desenvolvimento tecnológico as comunicações se encontram grandemente facilitadas, não se justificando o isolamento. Além disso, as cidades cresceram, tornando raras as Comarcas de promotoria única, e a instituição ganhou serviços auxiliares – oficiais e analistas, principalmente – que tornam imperativo o trabalho em equipe.

É preciso avançar mais. A dificuldade no aperfeiçoamento das investigações decorre, em grande medida, da dificuldade em compartilhar decisões, no trabalho em equipe.

Formação de redes

A crise na atuação individual se reflete no grande volume de conflito de atribuições entre membros. A pródiga multiplicação de áreas especializadas potencializa os conflitos entre membros e dificulta a evolução dos trabalhos de investigação, coleta de provas e, em última análise, da própria proteção devida aos bens coletivos, difusos e individuais indisponíveis.

Um modelo que investe na especialização está assentado no paradigma moderno, cartesiano, reconhecidamente obsoleto.

Vivemos a era da complexidade. A sociedade do conhecimento. A sociedade do risco. Na medida em que criamos especializações estamos forçando, artificialmente, a fragmentação da realidade. Daí os conflitos de atribuições e o engessamento da investigação.

Para compatibilizar o atual modelo – que tende à especialização – com a necessidade de racionalizar o enfrentamento de realidades complexas, faz-se necessária a criação de redes abertas, capazes de se organizarem em face dos problemas.

Em outras palavras, se uma questão envolve, simultaneamente, interesses ligados à saúde, meio ambiente, direitos humanos e patrimônio público, nenhuma das Promotorias especializadas deve ter primazia na investigação e na tutela devidos. A atuação deve acontecer por meio de um trabalho de equipe, em formato de rede.

Entre outras características, como se sabe, a rede se caracteriza pela ausência de hierarquia interna. Todos os membros envolvidos devem ter igual direito a voz e voto, na definição do rumo das investigações e decorrentes ações.

Articulação institucional

Corolário da atuação em rede é a necessária articulação institucional para a solução de problemas. O Parquet não pode colocar-se à margem, acima ou abaixo de outras instituições. Cada um tem o seu papel, que deve ser respeitado.

Não é função do Ministério Público elaborar políticas públicas. Todavia, a proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais indisponíveis torna-se muito mais difícil quando os poderes constituídos e a sociedade civil não dispõem de objetivos claros, definidos em políticas públicas. Assim, cabe à rede de Promotorias e Procuradorias conhecer e articular-se com outras instituições, públicas e privadas, zelando para que os objetivos sociais – na saúde, na educação, na proteção ambiental, no zelo pela cultura e o patrimônio público etc. – estejam claramente definidos e possam, com tais diretrizes, receber a proteção devida.

A rede de promotorias será mais eficiente quando articulada à rede maior, que congrega todos os atores sociais, indivíduos e instituições, públicos e privados.

Promotorias e procuradorias

A interpretação do princípio da unidade exige também a revisão das relações entre Promotorias e Procuradorias, com as necessárias adaptações da estrutura material e logística e da própria cultura institucional.

Se as Promotorias devem falar a mesma língua, articulando-se em redes para a solução de problemas complexos, imperativo que as Procuradorias de Justiça se encontrem no mesmo diapasão.

A dificuldade reside na hierarquia entre os órgãos judiciários e seu reflexo na atuação do Ministério Público. Mesmo que não exista relação de subordinação entre Promotorias e Procuradorias, o papel destas últimas está mais próximo dos tribunais superiores que, no sistema positivado, concentram maior poder decisório que a justiça de primeira instância.

No Ministério Público a atuação das Procuradorias de Justiça, na maior parte dos casos, é dependente (e neste sentido, subordinada) da atuação das Promotorias. É na primeira instância que reside, precipuamente, o poder de ação, que inclui a dedução de pretensões, inclusive recursais, em muitos casos. Assim, a atuação da Promotorias define e limita as ações da Procuradoria de Justiça.

Por outro lado, as Promotorias dependem das Procuradorias de Justiça para que suas teses cheguem, vitoriosas, aos tribunais superiores.

Não há, portanto, uma relação de subordinação. A relação é de dependência recíproca e exige cooperação. Exige coordenação.

Entre as reformas de base situa-se, portanto, a efetiva articulação entre as redes de promotorias e as Procuradorias de Justiça. No caso dos interesses difusos e coletivos a articulação deve envolver também o Conselho Superior do Ministério Público e os Centros de Apoio Operacional.

Conclusão

A realização dos objetivos institucionais exige reformas de base, que favoreçam o trabalho em equipe e a formação de redes, intra e interinstitucionais, tanto quanto a efetiva articulação entre primeira e segunda instância, tudo sob a regência do princípio da unidade.

APROVADA POR UNANIMIDADE

O recurso cabível contra cautelar deferida na origem para dar efeito suspensivo a recurso excepcional sobrestado

Antônio Sérgio Rocha de Paula

Nedens Ulisses Freire Vieira

1 Fundamentação

Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia constitucional ou de direito federal, caberá ao tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo das referidas Cortes (arts. 543-B, § 1º e 543-C, § 1º, do CPC, na redação dada pela Lei n.º 11.418/2006).

De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, “compete ao tribunal de origem apreciar ações cautelares, ainda que o recurso extraordinário já tenha obtido o primeiro juízo positivo de admissibilidade, quando o apelo extremo estiver sobrestado em face do reconhecimento da existência de repercussão geral da matéria constitucional nele tratada” (AC 2.177-MC-QO, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie, *DJ* de 20.02.2009).

Nesse caso, surge a seguinte indagação: está a decisão do Vice-Presidente sujeita a controle pelo órgão colegiado do próprio Tribunal de Justiça?

A questão assume especial relevância na fase de registro de candidaturas às eleições, porquanto são inelegíveis os candidatos condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena (art. 1º, I, “I”, da LC n.º 64/94, na redação dada pela LC n.º 135/2010 – Lei da Ficha Limpa).

No entanto, o art. 26-C da citada Lei Complementar admitiu a possibilidade de o órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra essa decisão colegiada de, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade “sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e

desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso”.

Várias cautelares têm sido propostas, com base no último dispositivo citado, para se imprimir efeito suspensivo aos recursos excepcionais.

Feitas essas considerações, passamos a análise da questão.

A “medida cautelar” prevista no art. 21, IV, do RISTF, por não ter natureza de ação cautelar autônoma, mas de simples incidente recursal, não é regulada pelo procedimento previsto no art. 796 e seguintes do Código de Processo Civil; assim, as decisões que deferem ou indeferem a medida desafiam a interposição de **agravo**, que é o recurso próprio para atacar as decisões interlocutórias.

Nesse sentido, cite-se – no que interessa – o seguinte precedente desse Supremo Tribunal Federal:

Segundo a jurisprudência do STF, a chamada “medida cautelar” (art. 21, IV, do RISTF) destinada a atribuir efeito suspensivo a recurso extraordinário não tem natureza de ação cautelar autônoma, mas de simples incidente recursal, não lhe sendo aplicável o procedimento cautelar previsto no artigo 796 e seguintes do Código de Processo Civil (Pet 1440 AgR/PE, 1ª Turma, rel. Min. Moreira Alves, j. 07/04/1998, DJ 29/05/1998; Pet 2466 QO/PR, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 23/10/2001, DJ 26/04/2002; Pet 2597 QO/PR, 1ª Turma, rel. Min. Moreira Alves, j. 26/02/2002, DJ 22/03/2002; Pet 2246 QO/SP, 1ª Turma, rel. Min. Moreira Alves, j. 13/03/2001, DJ 04/05/2001). **Assim, no que se refere aos aspectos procedimentais, a decisão que defere ou indefere a medida está sujeita a controle por agravo regimental.** (Ag. Reg. na Medida Cautelar na Ação Cautelar n.º 1.796-RJ, 2ª T., Rel. Min. Teori Zavascki, j. 12.03.2013) (grifo nosso)

No citado julgado, o recurso extraordinário tramitava nessa Corte Constitucional.

Ocorre que, se o recurso extraordinário estiver sobrestado na origem, o agravo interposto contra a decisão proferida pelo Vice-Presidente **deve ser endereçado ao Supremo Tribunal Federal**, porquanto, no juízo de admissibilidade do apelo excepcional, o citado Órgão do Tribunal *a quo* age por delegação do tribunal superior.

Nesse sentido, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça não conheceu de Agravo Regimental interposto contra decisão da Vice-Presidência da citada Corte, que negara seguimento a medida cautelar destinada a dar efeito suspensivo a recurso extraordinário. O acórdão tem a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL. MEDIDA CAUTELAR AJUIZADA PARA ATRIBUIR EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO SOBRESTADO.

Subsiste a competência do Presidente do Tribunal, ou do Vice-Presidente quando isso estiver na sua alçada, para decidir acerca da atribuição de efeito suspensivo se o recurso extraordinário for sobrestado na forma do art. 543-B, § 1º, do Código de Processo Civil; **a eventual irresignação deve ser endereçada ao Supremo Tribunal Federal, porque o exercício dessa competência é delegado apenas ao Presidente do Tribunal, e não ao respectivo colegiado.** Agravo regimental não conhecido. (AgRg na Medida Cautelar n.º14.639-AL, Órgão Especial, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 06.05.2009 – grifo nosso)

No aludido julgamento, prevaleceu o posicionamento do substancial voto vista do Ministro Teori Zavascki, que na época integrava o referido Tribunal, o qual, depois de fazer referência ao posicionamento do STF de que cabe ao tribunal recorrido decidir sobre pedido de efeito suspensivo a recurso extraordinário sobrestado, afirmou que:

3. Surge, entretanto, outra importante indagação: está a decisão do Vice-Presidente, em tais casos, sujeita a controle por órgão colegiado do próprio STJ, mediante agravo de regimental à sua Corte Especial, como aqui ocorreu? A resposta, no meu entender, é negativa. Com efeito, é entendimento assentado nesta Corte, com inteira propriedade, que as decisões do Vice-Presidente, relativas a juízo de admissibilidade de recurso extraordinário, não se sujeitam a agravo regimental. Nesse sentido decidiu a Corte Especial, v.g, no AgRg no RE no Ag 890.875, CE, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 17.03.08. Ora, o pedido de efeito suspensivo a recurso extraordinário, ainda que formulado sob o rótulo de medida cautelar, nada mais é do que um incidente do processamento do referido recurso extraordinário, inserido no âmbito do juízo de admissibilidade. Há muito tempo, desde 1998 pelo menos, a jurisprudência do STF já assentou esse entendimento, afastando, assim, a natureza de ação cautelar autônoma para o referido incidente.

[...]

Justamente por constituir incidente com essa natureza é que a "medida cautelar" com pedido de efeito suspensivo é dirigida ao Vice-Presidente STJ e por ele julgada, na condição de órgão com delegação para formular juízo de admissibilidade de recursos extraordinários. Convém salientar que a competência para esse juízo prévio é conferido, não propriamente ao Tribunal recorrido ou a qualquer de seus órgãos colegiados, mas sim ao seu Presidente ou Vice-Presidente (CPC, art. 541; Súmula 634/STF). Suas decisões, no exercício de tal competência, não estão, conseqüentemente, sujeitas a controle por qualquer outro órgão do STJ, mas, se for o caso, apenas pelo próprio STF, tribunal a quem compete a palavra final sobre as condições de admissibilidade do recurso extraordinário. O Vice-Presidente do STJ, como enfatizado, atua aqui como delegado do tribunal *ad quem*, cabendo-lhe formular juízo prévio a respeito das condições de admissibilidade, no qual se incluem decisões sobre os incidentes

do processamento do recurso, como é o que diz respeito à sua retenção ou não (art. 543, § 3º do CPC) e ao pedido de efeito suspensivo.

Situação semelhante, aliás, ocorre em relação aos recursos especiais (e ao próprio recurso extraordinário), interpostos perante Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais. O Presidente ou o Vice-Presidente desses Tribunais atuam, para efeito de juízo prévio de admissibilidade do Especial (ou do Extraordinário), como delegados do STJ (e do STF), sendo que as suas decisões a respeito (inclusive sobre a retenção ou não do recurso, na forma do art. 542, § 3º do CPC, e à concessão ou não de efeito suspensivo, não estão sujeitas a controle pelo Tribunal local, mas sim pelo Tribunal Superior a quem o recurso é dirigido.

[...]

4. Poder-se-ia objetar que esse entendimento - de serem insuscetíveis de controle por órgão colegiado do tribunal de origem as decisões do respectivo Vice-Presidente que defere ou nega efeito suspensivo a recursos extraordinários e especiais - não se aplica a decisões proferidas em recursos sobrestados com base nos artigos 543-B e 543-C do CPC (recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida e recursos especiais repetitivos, respectivamente), sujeitos que estão, tais recursos, a eventual juízo de retratação pelo tribunal recorrido, após o julgamento do precedente-padrão pelo STF e pelo STJ (§ 3º do art. 543-B e § 7º, II do art. 543-C). A objeção não procede. Com efeito, os recursos sobrestados nos termos dos citados dispositivos são apenas os semelhantes ao padrão a ser julgado na Corte Superior e estão submetidos ao regime geral do efeito unicamente devolutivo. O efeito suspensivo somente pode ser obtido por recursos revestidos de excepcionais e particulares características de relevância e urgência, a serem analisadas caso a caso. O que se afirma, em outras palavras, é que o pedido de efeito suspensivo supõe necessariamente um juízo de relevância e urgência (a) inteiramente estranho ao juízo próprio e típico (de mera retração) dos recursos sobrestados e que, por isso mesmo, (b) foge à competência do Tribunal recorrido.

5. Diante do exposto, voto no sentido de, preliminarmente, não conhecer do presente agravo regimental. É o voto. (grifo nosso)

A então Corte Superior do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais não discrepa desse entendimento.

No julgamento do Agravo Regimental n.º 1.0382.02.019533-7/013, Rel. Des. Armando Freire, *DJ* 17.12.2010 – interposto contra decisão proferida pelo Primeiro Vice-Presidente em medida cautelar destinada a imprimir efeito suspensivo a recurso extraordinário –, o aludido Órgão não conheceu do recurso. O acórdão tem a seguinte ementa:

ACÇÃO CAUTELAR COM PEDIDO LIMINAR -ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO ATIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO AVIADO CONTRA JUÍZO NEGATIVO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - INDEFERIMENTO DA PRÓPRIA CAUTELAR -

AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DO PRIMEIRO VICEPRESIDENTE - AGRAVO NÃO CONHECIDO ANTE AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI PROCESSUAL E NO REGIMENTO INTERNO - PRECEDENTES DA CORTE SUPERIOR.

Consoante precedente desta Corte Superior, a decisão proferida pelo Primeiro Vice-Presidente do TJMG, afeta à sua competência para apreciação de recursos aos tribunais superiores, não está sujeita a agravo regimental, não previsto em lei processual, por ausência de previsão no Regimento Interno do Tribunal de norma específica que autorize e regule o manejo do agravo em relevo. (Agravo Regimental nº 1.0000.03.403515-4/001 na Medida Cautelar Incidental 1.0000.03.403515-4/000 - Relator: Des. RONEY OLIVEIRA - Julg.:25/08/2004 - Public.: 08/10/2004). Não está sujeita a agravo, "na forma da lei processual" (art. 329 do RITJMG) a decisão do Primeiro Vice-Presidente deste TJMG que extingue ação cautelar (art. 798 do CPC) originariamente ajuizada perante este Tribunal de Justiça, indeferindo a própria medida cautelar pleiteada, tornando prejudicada a análise do respectivo pedido liminar. (grifo nosso)

Não há dúvida, portanto, de que o Agravo de Instrumento é o recurso próprio para impugnar a referida decisão, que concede efeito suspensivo a recurso excepcional admitido e sobrestado na origem.

2 Conclusão

O Agravo de Instrumento para o Superior Tribunal de Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal é o recurso próprio contra medida cautelar deferida pela Vice-Presidente do tribunal de origem para dar efeito suspensivo a recurso excepcional sobrestado.

APROVADA POR UNANIMIDADE

Impossibilidade de aplicação do princípio da consunção quando o delito fim for menos grave - a briga da sociedade contra a impunidade

Bruno Cesar Medeiros Jardimi

Promotor de Justiça

Titular da 6ª Promotoria de Justiça de Ipatinga

(Tribunal do Júri e Execução Criminal)

Especialista em Direitos Administrativo pela Universidade Gama Filho

1. Síntese dogmática

Dentro dos movimentos sociais ocorridos recentemente no Brasil, diversos foram os pleitos e exigências reivindicadas pela população. Além de saúde, educação, dentro tantas outras, uma das quais se mostrou presente foi a luta pelo "fim da impunidade", que teve reflexo direto na não aprovação da PEC 37, que visava limitar os poderes de investigação do Ministério Público.

Logo, resta ao Ministério Público cada vez mais ser duro e intolerante com a criminalidade, desde aquela ligada aos crimes de "colarinho branco" até aquelas relacionadas a crimes contra a vida.

Desta maneira, esta tese pretende colocar em debate no Ministério Público a discussão de que não deve ser aplicado como de costume o princípio da consunção ou absorção, quando o crime fim for mais grave que o crime meio, ainda que não sejam claramente delitos autônomos (neste caso sem dúvida a pena deve ser cumulada), evitando-se assim distorções e a inviabilização do sistema penal, o qual merece maior atenção, atendendo inclusive anseio social contra a impunidade.

Como exemplos concretos para serem trabalhados na presente tese será trazido para discussão duas situações:

A) O cometimento de crime de lesão leve/grave (crime fim) com o porte ou disparo de arma de fogo em local habitado (crime meio);

B) O cometimento do crime de resistência (crime fim) com o porte ou disparo de arma de fogo em local habitado (crime meio);

Assim, propõe-se que se nestes casos e em outros semelhantes, o réu, ainda que não denunciado especificamente por este crime meio (na capitulação legal), uma vez que na descrição do crime fim de qualquer forma será descrito o fato caracterizador do crime meio (Princípio da Correlação - artigo 384 do CPP), merece punição por ambos os crimes ou ao menos pelo crime meio mais grave.

2. Aspectos da fundamentação da tese

Quando estamos diante de um conflito aparente de normas, uma vez que duas situações fáticas aparentemente subsumem-se a dois ou mais tipos penais, a doutrina tem entendido pela aplicação de alguns princípios penais, como o da consunção, o da especialidade, o da subsidiariedade e o da alternatividade.

Neste presente trabalho nos interesse apenas o primeiro, uma vez que nas situações que serão objetos de análise existe um crime fim (lesão leve/grave ou resistência) e um crime meio (porte ou disparo de arma de fogo em local habitado).

Sem entrar no mérito da origem estrangeira do Princípio, a doutrina pátria, numa abordagem rápida e sem maiores minúcias, tem entendido e definido o princípio da consunção da seguinte maneira:

Nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt:

“Pelo princípio da consunção, ou absorção, a norma definidora de um crime constitui meio necessário ou fase normal de preparação ou execução de outro crime. Em termos bem esquemáticos, há *consunção* quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outras, mais abrangente, aplicando-se somente esta”¹

¹ Manual de Direito Penal, Parte Geral, São Paulo, 5ª edição, ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 168;

Ambos os presentes casos a serem tratados, numa primeira leitura, sendo desnecessário maior aprofundamento nesta classificação para este trabalho, se encaixam na modalidade de aplicação do Princípio da Consunção em especial na hipótese de "ante-fato ou pós-fato impunível", conforme classificação doutrinária. A consunção ainda pode ocorrer no crime progressivo, na progressão criminosa e nos crimes complexos, entre outras situações.

Indo mais além, os doutrinadores que tem adentrado um pouco mais no assunto, definem de melhor forma o princípio, deixando claro que a norma de maior amplitude e de maior violação é que deve absorver a norma menor.

O Professor Guilherme de Souza Nucci deixa claro que o crime mais grave, normalmente o crime fim, mas nem sempre este, lógico, deve absorver o crime menos grave:

“ Sistema da absorção: leva em consideração que, no caso de concurso de crimes, possa haver a fixação da pena com base apenas na mais grave, restando absorvidas as demais. É o que ocorre em Portugal, no tocante ao crime continuado (art. 79): “o crime continuado é punível com a pena aplicável à conduta mais grave que integra a continuação”. Não adotamos esse sistema expressamente, mas há casos em que a jurisprudência, levando em conta o critério da consunção, no conflito aparente de normas, termina por determinar que o crime mais grave, normalmente o *crime-fim*, absorve o menos grave, o denominado crime-meio (ver nota 110 ao art. 12).”²

Nas palavras de Júlio Fabbrini Mirabete:

“Princípio da Consunção (ou absorção) consiste na anulação da norma que já está contida em outra, ou seja, na aplicação da lei de âmbito maior, mais gravemente apenada, desprezando-se a outra, de âmbito menor.”³

Conforme ensinamento de Flávio Augusto Monteiro Barros:

² Código Penal Comentado, 4ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, página 293 (grifei);

³ Manual de Direito Penal, Parte Geral, vol. 1, São Paulo, Editora Atlas, 1986, página 120 (grifei);

“Diante da sanção prevista para a violação do bem jurídico mais externo, torna-se desnecessária a sanção cominada à violação do bem jurídico menos vasto”⁴

Assim, como bem destacado a consunção deve ocorrer pela norma mais ampla e mais grave, não sendo suficiente tão somente que o delito a ser absorvido seja meio para o crime fim, como parece em uma compreensão menos profundo do princípio.

O Superior Tribunal de Justiça, tem reiteradamente entendido no sentido de que é inadmissível a aplicação do princípio da consunção quando o tipo penal absorvido é mais grave que o delito consuntivo:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ABSORÇÃO DO DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO PELO DE EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES. IMPOSSIBILIDADE.

De acordo com o princípio da consunção, haverá a relação de absorção quando uma das condutas típicas for meio necessário ou fase normal de preparação ou execução do delito de alcance mais amplo, sendo, portanto, incabível o reconhecimento da absorção de um crime mais grave pelo mais leve (Precedentes do STF e do STJ).

Recurso provido.

(STJ, REsp 878.897/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15.03.2007, DJ 16.04.2007 p. 224) (destaquei)

"RHC. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CONCURSO DE CRIMES. ARTS. 303 E 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. EXAME APROFUNDADO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REPRESENTAÇÃO. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO OFENDIDO. DECLARAÇÕES PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. REQUISITO ATENDIDO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DO CTB). AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.

O trancamento de ação penal, pela via estreita do writ, somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, constata-se que há imputação de fato penalmente atípico, inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito ou extinta a punibilidade.

⁴ Direito Penal, Parte Geral, São Paulo, Editora Saraiva, 2005;

Não há forma rígida para a representação, bastando a manifestação de vontade do ofendido para que seja apurada a responsabilidade criminal do paciente, em delito de lesão corporal culposa praticada na direção de veículo automotor. Devem ser consideradas válidas as declarações das vítimas perante a Autoridade Policial.

O crime de embriaguez ao volante, definido no art. 306 do CTB, é de ação penal pública incondicionada, dado o caráter coletivo do bem jurídico tutelado (segurança viária), bem como a inexistência de vítima determinada.

No princípio da consunção, o crime mais leve é absorvido pelo mais grave e não o contrário.

Recurso a que se nega provimento."

(STJ, RHC 19044/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJU de 01/08/2006) (destaquei)

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA O MEIO-AMBIENTE. PRESCRIÇÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O princípio da consunção pode ser aplicado quando um delito mais leve serve como fase preparatória ou de execução para um crime mais grave, restando absorvido por este, sendo incabível, reconhecer a absorção de crime mais grave pelo mais leve, para declarar a prescrição.

2. Recurso provido."

(STJ, REsp 746765/PA, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJU de 19/02/2005) (destaquei)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. DELITOS DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E RESISTÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o princípio da consunção, haverá a relação de absorção quando uma das condutas típicas for meio necessário ou fase normal de preparação ou execução do delito de alcance mais amplo, sendo, portanto, incabível o reconhecimento da absorção de um crime mais grave pelo mais leve. Precedentes do STJ.

2. Recurso especial conhecido e provido para afastar o princípio da consunção e manter a condenação do delito previsto no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/03.

(STJ, REsp 1084877/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJU de 23/06/2009) (destaquei)

Percebe-se, inclusive, que em muitos casos o STJ tem entendido pela cumulação das penas dos delitos.

CRIMINAL. RESP. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 620 DO CPP. NÃO VERIFICAÇÃO. PRONÚNCIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ILEGALIDADE DA DECISÃO NÃO EVIDENCIADA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INVIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

I. Não se verifica negativa de vigência ao art. 619 do CPP, se os embargos de declaração opostos foram suficientemente analisados, tendo sido indicados, inclusive, os motivos pelos quais não se vislumbrou obscuridade, contradição ou omissão a ser sanada.

II. Não padece de ilegalidade a pronúncia exarada contra o recorrente, a qual foi restrita à exposição do juízo de admissibilidade da acusação, assim como determina o Código de Processo Penal.

III. Somente quando evidente a inexistência de crime ou a ausência de indícios de autoria, em decorrência de circunstâncias demonstradas de plano e estreme de dúvidas, o Julgador pode deixar de pronunciar o réu.

IV. Constatada a materialidade do delito, cometido de forma possivelmente dolosa e diante das evidências da autoria, o Magistrado utilizou a argumentação devida para a pronúncia.

V. Apenas o Tribunal do Júri, cuja competência é prevista na Constituição Federal, poderá decidir acerca da orientação da conduta do réu – se cometida com dolo ou culpa –, da culpabilidade do acusado e da existência de provas suficientes à sua condenação.

VI. O princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa.

VII. Incabível a aplicação automática do princípio da consunção, em descon sideração às circunstâncias fáticas do caso concreto.

VIII. Existindo a possibilidade de que os crimes de porte ilegal de arma e tentativa de homicídio qualificado se afigurem absolutamente autônomos, resta inviabilizada a aplicação do princípio da consunção.

IX. Recurso desprovido.

(STJ, REsp 840.814/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12.09.2006, DJ 09.10.2006 p. 356) (destaquei)

"CRIMINAL. RESP. USO DE DOCUMENTO FALSO. RECEPÇÃO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. CONTRADIÇÃO ENTRE A SENTENÇA E O ACÓRDÃO. NEXO DE DEPENDÊNCIA ENTRE AS CONDUTAS. AVERIGUAÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 07/STJ. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I. Hipótese em que o réu foi denunciado porque teria, em tese, falsificado e feito uso de notas fiscais falsas, utilizando-as como hábeis à comprovação da aquisição de pneus e óleos lubrificantes.

II. Acórdão a quo que, diferentemente da sentença monocrática, entendeu que o delito de falso foi cometido como forma de garantir o cometimento do delito de receptação, aplicando o princípio da consunção.

III. Não se pode olvidar que os delitos perpetrados pelo recorrido têm, em princípio, existência própria.

IV. De acordo com o princípio da consunção, existindo mais de um ilícito penal, em que um deles - menos grave - represente apenas o meio para a consecução do delito mais nocivo, o agente será responsabilizado apenas por este último. Assim, é necessária a existência de um nexo de dependência das condutas para que se possa verificar a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa.

V. A averiguação da existência ou não do nexo de dependência entre as condutas, capaz de afirmar pela incidência ou não do princípio da consunção, esbarra no óbice da Súmula 07 desta Corte, na medida em que exige incursão na matéria fático-probatória dos autos, o que é inviável na via especial.

VI. Recurso não conhecido."

(STJ, REsp 810239/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 09/10/2006) (destaquei)

Também o STF já se manifestou em questão semelhante, restando consignado a possibilidade da coexistência entre os delitos de exercício arbitrário das próprias razões e o porte ilegal de arma de fogo, não aplicando assim o Princípio da Absorção, no claro sentido da impossibilidade do crime menos grave absorver o crime mais grave (HC nº 83.761-1/1 PE, 1ª Turma, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, publicado no DJ de 25/06/2004).

Embora não seja o foco específico deste trabalho, deve ser ressaltado que parte da jurisprudência, tem ido ainda mais além, sendo que independente de tratar-se de crime mais grave ou menos grave, alguns Tribunais e inclusive STF, quando os crimes possuem objeto jurídico diversos, como exemplos trabalhados (a Incolumidade Pública ((que envolve um número indeterminado de pessoas, no caso do crime de porte de arma de fogo ou disparo de arma de fogo)), e de outro lado a Integridade Física ou Psíquica da Vítima ((lesão leve/grave)) e a Administração Pública ((resistência))).

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. AUTONOMIA DE CONDUTAS. VIOLAÇÃO DE BENS JURÍDICOS DIVERSOS. PRECEDENTES.

1. Caso no qual o acusado foi preso portando ilegalmente arma de fogo, usada também em crime de roubo três dias antes. Condutas autônomas, com violação de diferentes bens jurídicos em cada uma delas.

2. Inocorrente o esgotamento do dano social no crime de roubo, ante a violação posterior da incolumidade pública pelo porte ilegal de arma de fogo, não há falar em aplicação do princípio da consunção.

3. Recurso desprovido.

(STF, 1ª Turma, Recurso Ordinário em HC 106.067 MG, Relatora Min. Rosa Weber, Publicado em 26/06/2012)

Assim, ainda mais nos casos presentes, onde temos objetos jurídicos diversos e o crime fim menos grave que o crime meio, o Princípio da Consunção não deve ser aplicado, ou ao menos se aplicar de forma diversa, devendo o delito meio (mais grave) absorver o delito fim (menos grave).

3. Situações concretas

Abaixo serão analisadas duas situações para demonstrar a insegurança jurídica e total deturpação do sistema penal caso prospere a ideia de sempre se aplicar o princípio da consunção, ainda que o crime meio seja mais grave que o crime fim.

A) O cometimento de crime de lesão leve com o porte ou disparo de arma de fogo em local habitado;

O crime de lesão corporal vem previsto no artigo 129 do CP:

"Art. 329 - Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

§ 1º - Se resulta:

I - incapacidade para as ocupações habituais, por mais de 30 (trinta) dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente;

IV - aceleração de parto;

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

(...)”

Em primeiro lugar deve ser deixado claro que na denúncia criminal por tentativa de homicídio mediante a utilização de arma de fogo, é padrão ser descrito o fato homicida, de qualquer forma descrevendo também o disparo ou o porte da arma, uma vez que para chegar ao crime de homicídio o agente utiliza-se da arma.

Assim, embora na capitulação legal da conduta possa não estar descrito o artigo 15 ou 14 da Lei de Armas, é natural e possível a condenação nesta, num eventual caso de desclassificação, uma vez que é tranquilo de que o réu se defende dos fatos e não da capitulação legal, como já antes explicado.

O problema se dá justamente quando o Conselho de Sentença ou o Juiz de Direito desclassificam a conduta, sob o argumento de que o agente não agiu com intenção homicida, mas só com intenção de lesionar.

Infelizmente alguns magistrados e tribunais têm entendidos que o agente responde somente pelo crime de lesão corporal (na modalidade leve ou grave na maioria das vezes, pois quando há uma lesão gravíssima até mesmo é difícil sustentar a não intenção homicida), sendo o crime mais grave de disparo ou porte de arma de fogo absorvido por aquele.

A aplicação indiscriminada de forma errônea deste princípio, infelizmente, tem sido a regra no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, totalmente em contradição com os Tribunais superiores:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL - JÚRI - DISPARO DE ARMA DE FOGO - PRÁTICA DE OUTRO CRIME COMO FINALIDADE PRECÍPUA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - CONDENAÇÕES PELOS CRIMES DE AMEAÇA E LESÃO CORPORAL LEVE MANTIDAS.

- O tipo penal inserto no art. 15 da Lei 10.826/03 apenas resta configurado se a conduta

praticada não tenha como finalidade precípua a prática de outro crime, não se concretizando quando o agente se vale do disparo da arma de fogo apenas como um meio para se atingir outro objetivo criminoso final.

- Se o agente comete o crime de ameaça ou de lesão corporal leve utilizando-se de disparo de arma de fogo para tanto, impera aplicar o princípio da consunção, em que o crime-meio resta absorvido pelo crime-fim ainda que o Código Penal comine a este pena privativa de liberdade menor, mantendo-se a absolvição dos agentes das sanções do art. 15 da Lei nº 10.826/03.

(TJ-MG - Apelação Criminal 1.0418.06.002782-2/001 - Relator Des. Jaubert Carneiro Jaques - 6ª Câmara Criminal - Julgado em 23/04/2013) (destaquei)

Como o crime de disparo de arma de fogo possui pena mínima de dois anos, e este é um crime meio para o crime fim (resistência), o qual possui uma pena muito menor (três meses se leve ou um ano se grave), trata-se de uma das situações de absurdo jurídico que deve ser evitada, não sendo assim aplicado o princípio da consunção.

Embora o artigo 15 da Lei nº 10.826/2003 traga a observação de que o agente só responderá pelo crime *"desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime"*, deve ser destacada que não há de se aplicar o princípio da consunção neste caso, por todos os argumentos já expostos, sob pena de se causar uma insegurança jurídica e conflito no próprio sistema penal, vez que o crime meio só é absorvido pelo crime fim se o último for mais grave, devendo assim prevalecer uma interpretação sistemática.

Ressalte-se que inclusive a redação do artigo 10, § 1º, inciso III, da revogada Lei nº 9.437/97, trazia claramente esta situação sendo que previa a punição pelo crime *"desde que o fato não constitua crime mais grave"*.

Ao admitir simplesmente a interpretação gramatical, podemos chegar inclusive a situações absurdas, colocando em xeque o sistema penal, sendo que se considerarmos que neste caso o crime fim deve absorver o crime meio, seria passível de entendermos que um sujeito predisposto a dar um disparo de arma de fogo ao alto, seria levado a mirar e lesionar uma pessoa, buscando uma pena menor. Ou seja, seria incentivar a delinquência: "se está com arma e vai ser preso, ao invés de entregar a arma mire na perna de alguém por perto e dê um tiro", afinal o crime fim (lesão leve/grave) absorverá o crime meio (disparo ou porte de arma).

B) O cometimento do crime de resistência com o porte ou disparo de arma de fogo em local habitado;

O crime de resistência vem previsto no artigo 329 do CP:

"Art. 329 - Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena - detenção, de dois meses a dois anos.

§ 1º - Se o ato, em razão da resistência, não se executa:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 2º - As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência."

Embora exista ressalva no § 2º do artigo 329, no crime de disparo de arma de fogo, se o agente não age com intenção homicida não há a princípio violência, e infelizmente, não é incomum a Defesa sustentar a absorção do crime meio (disparo) pelo crime fim (resistência)

Inclusive aludida tese, por mais absurda que seja, já encontrou guarida no Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – DISPAROS DE ARMA DE FOGO E RESISTÊNCIA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - VIABILIDADE - SEGUNDO DELITO DO ART. 15 DA LEI 10.826/03 PRATICADO COMO CRIME MEIO PARA A CONSECUÇÃO DO DELITO DO ART. 329 DO CÓDIGO PENAL - APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS CRIMES DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO - PREJUDICIALIDADE - ALTERAÇÃO DOS REGIMES DE CUMPRIMENTO DAS PENAS REMANESCENTES - NECESSIDADE. 01. O delito de resistência absorve o crime de disparo de arma quando as duas (02) condutas guardam, entre si, uma relação de meio e fim, de modo a possibilitar a consumação e execução do delito contra a administração, devendo por este ser absorvido. 02. Aplicado o princípio da consunção, prejudicado fica o pedido de reconhecimento da regra da

continuidade delitiva entre os delitos de disparos de arma de fogo. 03. Afastada da condenação dos agentes um dos delitos de disparo de arma de fogo, necessária a adequação do regime inicial de cumprimento das penas remanescentes.

(TJ-MG - Apelação Criminal 1.0105.11.023657-4/001 - Relator Des. Rubens Gabriel Soares - 6ª Câmara Criminal - Julgado em 30/10/2012) (destaquei)

Como o crime de disparo de arma de fogo possui pena mínima de dois anos, e este é um crime meio para o crime fim (resistência), o qual possui uma pena muito menor (dois meses ou um ano, no caso da resistência impedir o ato), trata-se de outra situação em que não deve ser aplicado o princípio da consunção.

Ao admitir o entendimento trazido pela decisão do TJ-MG, chega-se a um absurdo, a ponto de se incentivar o agente que ao ser abordado pela polícia militar e resista a abordagem, dispare da arma que possua, ainda que para o alto, para que este delito maior (porte ou disparo) seja absorvido pelo crime menor (resistência).

4. Síntese conclusiva:

1) O Princípio da Consunção (Absorção) não pode ser aplicada de maneira indiscriminada, sob pena de inviabilização do sistema penal, notadamente no caso do crime meio ser mais grave do que o crime fim.

2) Encaminhamento da tese à Procuradoria de Recursos Especiais para conhecimento e eventual combate ao entendimento diverso do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

APROVADA POR UNANIMIDADE

Da possibilidade da requisição ministerial de dados cadastrais telefônicos e bancários

Bruno Cesar Medeiros Giardini

Promotor de Justiça

Titular da 6ª Promotoria de Justiça de Ipatinga

(Tribunal do Júri e Execução Criminal)

Especialista em Direitos Administrativo pela Universidade Gama

Filho

Márcio Kakumoto

Promotor de Justiça

Titular da 2ª Promotoria de Justiça de Guanhães

Especialista em Direito Penal pela UNIUBE

1. Síntese dogmática

Dentro dos movimentos sociais ocorridos recentemente no Brasil, diversos foram os pleitos e exigências reivindicadas pela população. Além de saúde, educação, dentro tantas outras, uma das quais se mostrou presente foi a luta pelo "fim da impunidade", que teve reflexo direto na não aprovação da PEC 37, que visava limitar os poderes de investigação do Ministério Público.

Logo, resta ao Ministério Público cada vez mais ser duro e intolerante com a criminalidade, desde aquela ligada aos crimes de "colarinho branco" até aquelas relacionadas a crimes contra a vida.

Dentro deste aspecto surge a necessidade de uma investigação célere e eficiente pelo Ministério Público, como forma de atendermos o anseio social.

Neste liame esta tese pretende colocar em debate no Ministério Público a discussão no sentido de que não se aplicam as garantias fundamentais de "direito à privacidade", "intimidade", "inviolabilidade das comunicações" ou "sigilo bancário", no caso de requisições, diretamente pelo Ministério Público, de dados cadastrais de titulares de contas telefônicas ou bancárias.

Assim, propomos que o Ministério Público Estadual possa requisitar diretamente às operadoras telefônicas, ou as entidades bancárias, dados cadastrais (nome, endereço e demais dados do titular da linha ou da conta).

2. Aspectos da fundamentação da tese

Quando estamos diante de um conflito aparente de normas Constitucionais, em especial de Princípios Constitucionais, a doutrina tem entendido pela aplicação de alguns princípios penais, como o da consunção, o da especialidade, o da subsidiariedade e o da alternatividade.

No entendimento moderno (Ronald Dworkin (EUA) e Robert Alexy (Alemanha), tanto os Princípios Constitucionais quanto as Regras Constitucionais, são espécies de Normas Jurídicas Constitucionais, possuindo assim caráter vinculante, com caráter abstrato e genérico, sendo assim possível conflitos entre estes.

Quanto as regras uma ou outra é válida para o caso em concreto – as regras possuem aplicação automática (Se “A” ocorreu, então “B” não ocorreu). As regras impõem RESULTADOS, obedecem a “lógica do tudo ou nada” (DWORKIN) – se a regra é válida, deve ser feito como ela exige.

Já com relação aos Princípios, estes apenas apontam a DIREÇÃO na qual uma decisão deverá ser proferida (não impõe um resultado automático). Segundo ALEXY, “Princípios são mandamentos de otimização que devem ser cumpridos na maior medida possível, de acordo com as possibilidades reais e jurídicas existentes”.

Alguns determinados conflitos são resolvidos no campo da validade, sendo que quando uma norma permitir e a outra proibir, estamos diante de uma antinomia jurídica própria, e devemos então aplicar os critérios usuais para solução do conflito, quais seja, 1º o critério hierárquico – art. 102, I “a” e art. 102, III, ambos da CF, em 2º o critério cronológico – art. 2º LICC, parágrafo 1º e por fim o critério especialidade - art. 2º LICC, parágrafo 2º, buscando nesta sequência a solução do conflito. Caso o conflito seja de segundo grau, tem se entendido que o critério hierárquico prevalece sobre o cronológico, o especial prevalece sobre o cronológico e o hierárquico prevalece sobre o especial.

Por outro lado, quando falamos em conflito aparente de normas, tão somente na espécie de conflito de Princípios, em certos casos o campo da validade não nos é suficiente, pois para determinadas situações, ambos os Princípios podem ter validade.

Nestes casos em especial, estamos diante de uma antinomia jurídica imprópria, onde não há um conflito no campo da validade, mas sim no campo da importância (peso ou valor) – só chega neste se o campo de validade constatar que ambos os princípios são válidos – Ex: se uma lei cria princípio que julga homem mais importante que mulher, esse princípio é inválido, basta a antinomia própria – pois fere o princípio da Igualdade de Direitos previsto na CF (hierarquia)

Estas situações especiais surgem apenas com relação a antinomia entre Princípios, pois somente estes possuem o campo da importância (peso ou valor). Nestas situações especiais, inclusive não falamos em conflitos, mas sim em COLISÃO, pois as duas normas são válidas.

A solução proposta, tanto por Dworkin, quanto por Robert Alexy, é a utilização do JUÍZO DE PONDERAÇÃO (BALANÇA), onde deve ser pesado no caso concreto ambos os Princípios, para ver qual dos dois princípios têm maior valor naquela determinada situação. Podemos inclusive chegar a conclusão que dois princípios podem ter importâncias (peso) diversas em distintos casos concretos.

Exemplo clássico trazido pela doutrina brasileira é a colisão entre o Princípio da Liberdade Religiosa X Direito à Vida, no caso de transfusão de sangue em pessoas que por religião não admitem transfusão de sangue – prevalece na jurisprudência que se a pessoa for capaz juridicamente e está consciente, vale a liberdade religiosa.

No presente trabalho quando falamos de requisições ministeriais diretamente à entidades bancárias e telefônicas, surgem-nos num primeiro momento, os Princípios do "Direito à privacidade", "Intimidade", "Inviolabilidade das Comunicações" ou "Sigilo Bancário", de um lado, em colisão, de outro lado, com o Princípio da "Ordem Pública" de uma maneira genérica e os Princípios que de uma forma direta ou indireta estão ligados a cada uma dos crimes os quais o Ministério Público tem a missão Constitucional de ajudar na melhor apuração e punição.

Por exemplo, quando se está em curso uma investigação de um homicídio ou de qualquer crime de sangue, não podemos negar numa colisão de Princípios, que este crime seja respaldado pelo "Princípio do Direito à Vida" ou da "Integridade Física", quando se tem uma investigação de um crime de colarinho branco, o "Direito à Boa Utilização do Patrimônio Público", que queria ou não, está ligado a "Ordem Democrática".

Assim, é fácil extrair que em qualquer crime apurado sempre ocorreu a violação à um Princípio Fundamental também resguardado na Constituição, ainda que de forma indireta, razão pela qual há sim de se falar em Colisão de Princípios.

No nosso entender, quando falamos da apuração de um crime de homicídio, onde se é requisitado dados telefônicos ou bancários de um suspeito, não há como negar que exista uma colisão entre o "Direito à Vida" violado e o "Direito à Privacidade" "Intimidade", "Inviolabilidade das Comunicações" ou "Sigilo Bancário", do sujeito investigado.

Diante do nosso ponto de vista, inclusive nestes casos, o Direito à Vida deve prevalecer, até mesmo se for para violar os extratos de ligações telefônicas de um determinado investigado, pois nesta situação não se aplica a reserva de jurisdição de "interceptação telefônica", prevista no artigo 5º, XII da CF, mas isso é material para ser discutida em um outro trabalho.

Na presente tese, não precisamos ir nem tão além, e é neste aspecto que vamos nos limitar. Quando falamos em requisições ministeriais de dados cadastrais telefônicos ou bancários de um determinado investigado, deve ser deixado claro - embora num primeiro momento pareça que estamos diante de uma colisão que estão em jogo os Princípios de "Direito à Privacidade" "Intimidade", "Inviolabilidade das Comunicações" ou "Sigilo Bancário", do sujeito investigado - que tais Princípios não resguardam aludida situação. Assim, não há de se falar na necessidade de intervenção judicial nestas hipóteses.

A Constituição Federal em seu artigo 127 atribui ao Ministério Público a "*defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*".

A nossa Lei Orgânica Mineira (artigo 67, I, "b" da Lei Complementar 34/94) e qualquer Lei Orgânica Ministerial, prevê a hipótese da requisição por qualquer membro Ministerial de "informações" de autoridades, órgãos, entidades da administração direta ou indireta, mesmo porque esta atribuição decorre diretamente do artigo.

Em especial a nossa Lei Orgânica, com a alteração da Lei Complementar 80/2004 trouxe a previsão do artigo 67, XIV, permitindo aos membros do Ministério Público:

" XIV – consultar banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo legal e a inviolabilidade dos direitos individuais."
(grifei)

Neste último caso, trata-se de consulta direta aos bancos de dados, independente de requisição, como na hipótese do inciso I, b). Mas de qualquer forma também resta clara a prerrogativa constitucional, mesmo porque se pode o mais (consultar diretamente), lógico que pode o menos (requisitar).

Cabe ressaltar que a ressalva da lei destacada ("ressalvadas as hipóteses de sigilo legal e a inviolabilidade dos direitos individuais") abarca tão somente as hipóteses de reserva de jurisdição, uma vez que é fácil extrair de qualquer doutrina constitucional, que nenhum direito é absolutamente inviolável, razão pela qual se conclui que a ressalva da lei, impede a consulta dos bancos de dados diretamente pelo "Parquet" quando for a hipótese de reserva de jurisdição previstas na Constituição ou de outras situações em que caiba somente ao Juiz esta requisição, como é o caso de movimentação bancária.

Porém, como já adiantado anteriormente, a requisição de dados cadastrais bancários ou telefônicos não encontra respaldo na Cláusula de Reserva de Jurisdição ou na hipótese de movimentação bancária.

Com relação a esta última, embora a Lei Complementar 105/2011 (Lei do Sigilo Bancário) não preveja expressamente (artigo 3º), como faz com algumas situações, que não se trata de sigilo bancários os "dados bancários", também é certo que quando fala nas diversas modalidades de movimentações bancárias que são protegidas pela lei (artigo 5º, §1º), também não prevê os dados bancários.

Assim, é certo que os dados cadastrais bancários encontram tão somente respaldo no artigo 5º, XII da CF, assim como os dados cadastrais telefônicos.

Entrando agora especificamente no artigo 5º, XII da CF, é certo que este artigo visa proteger os Princípios da "Intimidade" do indivíduo, razão inclusive pela qual a "interceptação telefônica", ainda mais violadora da "Intimidade", e esta, somente esta, é protegida pela Cláusula de Reserva de Jurisdição.

No entanto, o acesso a dados cadastrais de modo algum invade aspectos da vida privada ou da intimidade do indivíduo (pensamentos, valores, gostos, ideias, ...), motivo pelo qual tem sustentado a doutrina que dados cadastrais não sofrem proteção por sigilo:

"Pelo sentido inexoravelmente comunicacional da convivência, a vida privada compõe, porém, um conjunto de situações que, usualmente, são informadas sem constrangimento. São dados que, embora privativos — como o nome, endereço, profissão, idade, estado civil, filiação, número de registro público oficial, etc., condicionam o próprio intercâmbio humano em sociedade, pois constituem elementos de identificação que tornam a comunicação possível, corrente e segura. Por isso, a proteção desses dados em si, pelo sigilo, não faz sentido. (...) Em

consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG, filiação, etc.) não são protegidos."⁵

Da mesma forma o STF, ainda que de forma indireta, já decidiu que o artigo 5º, XII da CF, que protege o sigilo da comunicação de dados, não engloba os dados cadastrais em si, de modo que não se faz necessária prévia ordem judicial para seu acesso:

(...) IV - Proteção constitucional ao sigilo das comunicações de dados - art. 5º, XVII, da CF: ausência de violação, no caso. 1. Impertinência à hipótese da invocação da AP 307 (Pleno, 13.12.94, Galvão, DJU 13.10.95), em que a tese da inviolabilidade absoluta de dados de computador não pode ser tomada como consagrada pelo Colegiado, dada a interferência, naquele caso, de outra razão suficiente para a exclusão da prova questionada - o ter sido o microcomputador apreendido sem ordem judicial e a conseqüente ofensa da garantia da inviolabilidade do domicílio da empresa - este segundo fundamento bastante, sim, aceito por votação unânime, à luz do art. 5º, XI, da Lei Fundamental. 2. Na espécie, ao contrário, não se questiona que a apreensão dos computadores da empresa do recorrente se fez regularmente, na conformidade e em cumprimento de mandado judicial. 3. Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve "quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial". 4. **A proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação "de dados" e não dos "dados em si mesmos", ainda quando armazenados em computador. (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270).** V - Prescrição pela pena concretizada: declaração, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva do fato quanto ao delito de frustração de direito assegurado por lei trabalhista (C. Penal, arts. 203; 107, IV; 109, VI; 110, § 2º e 114, II; e Súmula 497 do Supremo Tribunal).

(STF. Pleno. RE nº 418.416-8. Relator: Sepúlveda Pertence) (destaquei)

HABEAS CORPUS. NULIDADES: (1) INÉPCIA DA DENÚNCIA; (2) ILICITUDE DA PROVA PRODUZIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL; VIOLAÇÃO DE REGISTROS TELEFÔNICOS DO CORRÉU, EXECUTOR DO CRIME, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL; (3) ILICITUDE DA PROVA DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DE CONVERSAS DOS ACUSADOS COM ADVOGADOS, PORQUANTO ESSAS GRAVAÇÕES OFENDERIAM O DISPOSTO NO ART. 7º, II, DA LEI 8.906/96, QUE GARANTE O SIGILO DESSAS CONVERSAS. VÍCIOS NÃO CARACTERIZADOS. ORDEM DENEGADA. (...) 2. Ilicitude da prova produzida durante o inquérito policial - violação de registros telefônicos de corrêu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corrêu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 **Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não**

⁵ FERRAZ JUNIOR, TERCIO SAMPAIO. Sigilo de Dados: o Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora do Estado. In Sigilo Fiscal e Bancário. PIZOLIO, Reinaldo e GAVALDÃO JR, Jayr Viégas (coord.). São Paulo. Quartier Latin. 2005. p. 28/29.

se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. 2.3 Art. 6º do CPP: dever da autoridade policial de proceder à coleta do material comprobatório da prática da infração penal. Ao proceder à pesquisa na agenda eletrônica dos aparelhos devidamente apreendidos, meio material indireto de prova, a autoridade policial, cumprindo o seu mister, buscou, unicamente, colher elementos de informação hábeis a esclarecer a autoria e a materialidade do delito (dessa análise logrou encontrar ligações entre o executor do homicídio e o ora paciente). Verificação que permitiu a orientação inicial da linha investigatória a ser adotada, bem como possibilitou concluir que os aparelhos seriam relevantes para a investigação. (...) Ordem denegada. (HC 91867, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-2012) (destaquei)

Também o Tribunal de Justiça, numa decisão recente a respeito do assunto, já entendeu que dados cadastrais não se confundem com sigilo das comunicações telefônicas:

EMENTA: RECURSO EM RENTIDO ESTRITO - HABEAS CORPUS PREVENTIVO - RECEIO DE PRISÃO POR DESCUMPRIMENTO DE OFÍCIO DA AUTORIDADE POLICIAL - QUEBRA DE SIGILO DE DADOS CADASTRAIS DE COMPANHIA DE TELEFONIA MÓVEL - INFORMAÇÕES NÃO PROTEGIDA POR SIGILO LEGAL - POSSIBILIDADE - NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. - Embora a regra seja a privacidade, mostra-se possível o acesso a dados cadastrais, para o efeito de inquérito ou persecução criminais e por ordem judicial, ante indícios de prática criminosa. - A quebra de sigilo das comunicações telefônicas diz respeito à interceptação da comunicação, regida pela Lei 9.296/96, enquanto a solicitação de meros dados cadastrais de usuários de companhia de telefonia móvel corresponde à obtenção de registros existentes em seus arquivos como nome do usuário, qualificação, endereço, etc. (TJ-MG – RESE 1.0024.13.246299-5/001 – Relator: Júlio Cezar Guttierres – 4ª Câmara Criminal – Julgado em 07/5/2014) (grifei)

Quando lemos o inteiro teor do Acórdão, o correto Relator, que teve seu voto seguido pelos outros dois desembargadores, deixa claro que, no caso julgado, o Delegado de Polícia:

“Inicialmente, temos que distinguir “violação das comunicações telefônicas” de “fornecimento de dados cadastrais”. O primeiro corresponde à interceptação da comunicação propriamente dita, captação da conversa alheia, eis que ocorre no momento real e imediato, por intermédio de gravações ou escutas. Já o fornecimento de dados cadastrais de usuários corresponde à obtenção de registros existentes na companhia telefônica de informações como nome, qualificação, endereço, telefone fixo, etc.

Nos presentes autos, os dados requisitados nos ofícios emitidos pela autoridade coatora restringem-se a algumas informações cadastrais, quais sejam, qualificação pessoal, filiação e endereço dos usuários dos chips SIM especificados nestes.

Nesse sentido, o Delegado Anderson Resende Kopke, autoridade coatora, deixa claro que faz tal solicitação com pretensão de identificação dos titulares das linhas com o fim de ajudar em investigação policial complexa.

Assim, nota-se que o principal objetivo da obtenção dos dados dos titulares dos chips SIM indicados é a identificação de autores de eventuais crimes, e não a data da chamada, o horário, o número do telefone chamado, a duração do uso ou até mesmo a interceptação telefônica”.

Inclusive acertado Acórdão se fundamenta em decisão também recente do STJ, neste mesmo sentido:

"Não há ilegalidade na quebra do sigilo de dados cadastrais de linhas telefônicas os quais, conforme o tribunal de origem, foram obtidos por autoridade policial que recebeu de magistrado senha fornecida pela Corregedoria de Polícia Judiciária. Isso porque, conforme entendimentos do STF e do STJ, o disposto no artigo 5º, XII, da CF não impede o acesso aos dados em si, ou seja, o objeto protegido pelo direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas tão somente a comunicação desses dados. O entendimento do tribunal de origem é que sobre os dados cadastrais de linhas telefônicas inexistente previsão constitucional ou legal de sigilo, já que não fazem parte da intimidade da pessoa, assim como sobre eles não paira o princípio da reserva jurisdicional. Tal entendimento está em consonância com a jurisprudência do STJ (STJ; AgRg no HC 181546 / SP; T5; Data publicação:18/02/2014)" (grifo nosso)

Existe como precedente em Recomendações Ministeriais, a Recomendação do Ministério Público Federal - Procuradoria da República em Roraima (Recomendação nº 028/2013), que embora se limite a tratar do assunto no âmbito federal também serve como parâmetro no âmbito estadual.

Aludida recomendação, a fim de assegurar a requisição diretamente pelo Ministério Público Federal às operadoras telefônicas, assim considera:

CONSIDERANDO que “O Ministério Público goza de amplos poderes de investigação, sendo detentor de prerrogativas constitucionais que lhe autorizam expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los (CF/88, art. 129 c/c LC 75/93), pelo que as empresas de telefonia não podem se negar a fornecer dados cadastrais requisitados pelo Parquet, consistentes no nome, endereço, CPF/CNPJ e número de identidade de usuários/clientes cadastrados em seus bancos de dados, independente de autorização judicial e desde que no interesse de algum procedimento investigatório específico, de natureza cível ou criminal. Precedente do STF.” (AG 0030476- 07.2010.4.01.0000 / PA; AGRADO DE INSTRUMENTO, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:30/03/2012 PAGINA:344.) (g.n.)

CONSIDERANDO que “Não há ilegalidade no acesso a informações cadastrais ao recebedor da chamada, visando a simples identificação do usuário de telefone fixo ou móvel originador da respectiva ligação telefônica, na medida em que os dados cadastrais dos usuários dos serviços de telecomunicações não são protegidos pela inviolabilidade à privacidade, prevista no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, uma vez que essa proteção visa assegurar a preservação da intimidade, que abrange a tutela da vida privada e da imagem do indivíduo, não se constituindo em direito ao anonimato. Malgrado a proteção à privacidade seja direito fundamental da mais alta magnitude, insito a um sistema democrático, o certo é que não

agasalha o direito ao anonimato do usuário do serviço de telefonia, a fim de favorecer aos que, eventualmente, se utilizem dos serviços de telecomunicações para a prática de atos socialmente censuráveis ou até mesmo para a prática de atividades ilícitas. Em tais casos, não estaria caracterizada a quebra de sigilo e tampouco ofensa ao direito à intimidade, sobretudo porque tais dados cadastrais consistem de informações não protegidas pela cláusula de reserva de jurisdição.” (APELREEX 00028180820104058500, Desembargador Federal Walter Nunes da Silva Júnior, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data::02/08/2012 – Página::329). (g.n.)

CONSIDERANDO que “a mera identificação e obtenção do endereço dos usuários de telefones fixos e móveis não configura quebra de sigilo das comunicações telefônicas (interceptação), ou de "comunicação de dados". Possui, apenas o Ministério Público Federal, autorização legislativa para requerer o fornecimento desses dados, independentemente de prévia autorização judicial, desde que para instruir procedimento investigatório.” (AG 200604000340263, EDGARD ANTÔNIO LIPPMANN JÚNIOR, TRF4 - QUARTA TURMA, D.E. 05/03/2007). (g.n.)

CONSIDERANDO que as normas inscritas no art. 8º da LC 75/93, relativas à outorga de poderes ao Ministério Público da União, afastam a restrição imposta pelo art. 3º, IX, da Lei 9.472/97, concernente à vedação de se divulgar dados cadastrais dos clientes das empresas de telefonia;

CONSIDERANDO que é atribuição do Ministério Público, na qualidade de titular da ação penal pública (art. 129, I, da Constituição Federal) requisitar documentos e informações às pessoas jurídicas detentoras dos dados cadastrais, sob pena de configuração de crime de desobediência (art. 330 do Código Penal);

De uma forma ou outra, inclusive com o recém liberado acesso de dados de cadastro do Sistema Financeiro Nacional a todos os Membros do Ministério Público, implementado através da COPLI, é certo que de certa forma alguns “dados cadastrais” são acessados pelos Promotores, embora estes se limitem as informações das instituições financeiras que o investigado possua conta, e sua data de abertura e eventual fechamento, sem maiores detalhes a respeito das agências ou outros dados cadastrais dos titulares.

De qualquer forma aludida ferramenta é um avanço, mas o qual merece maior atenção por parte Ministerial inclusive para que seja possível o acesso completo aos dados cadastrais do investigado em cada uma das contas, bem como a identificação da agência bancária que o investigado possua conta, e não somente a instituição financeira.

Apesar de todo este entendimento, infelizmente, não é incomum, ao contrário, é praxe, as instituições bancárias e telefônicas, negaram de forma peremptória qualquer das informações de seus cadastros, sob a argumentação de inviolabilidade das comunicações telefônicas, ou do sigilo bancário, atitudes estas que devem ser firmemente combatidas, pois só causam um atraso em importantes investigações Ministeriais ou até mesmo policiais.

3. Síntese conclusiva:

1) As operadoras telefônicas e bancárias devem atender diretamente as requisições Ministeriais que busquem informações meramente cadastrais de usuários, não encontrando respaldo aludidas informações em Cláusula de Reserva de Jurisdição ou na Lei Complementar 105/2011.

2) Sugere-se o encaminhamento da tese a Procuradoria Geral de Justiça para que seja instaurado procedimento visando o estudo da situação e eventual elaboração de recomendação às companhias telefônicas e instituições bancárias para que atendam as requisições ministeriais a respeito de dados cadastrais, ou até mesmo que posteriormente seja firmado um convênio para acesso direto à aludidas informações pelos Promotores de Justiça.

APROVADA POR UNANIMIDADE COM MOÇÃO

Insurgência contra o poder constituído e a lacuna penal

Calixto Oliveira Souza

Promotor de Justiça

Comarca de Divinópolis

Sumário: Introdução - 1 O agravamento das condutas criminosas – 1.1 Século XX – um mundo novo, novos crimes – 1.2 A insurgência contra o Poder Constituído - 2 Fatos parecidos, objetos diferentes – 2.1 A análise do bem jurídico – 2.2 A visão de Néelson Hungria – 2.3 Beccaria e o Brasil do Século XXI – 3 A insurgência vista pela imprensa - 4 Um editorial de jornal do interior sobre a criminalidade - 5 Diplomas legais existentes sobre a insurgência - 5.1 O que prevê a Constituição da República - 5.2 A Lei de Segurança Nacional - 5.3 O passo dado pela Lei de Organizações Criminosas - 6 A lacuna legal - 7 Novos tipos legais - 7.1 A tipificação de condutas já existentes - 7.2 A questão da competência - 7.3 Não se trata de Direito Penal do Inimigo – 8 Resumo - Conclusões

Introdução

O presente trabalho foi extraído de um artigo enviado recentemente para publicação na Revista JUS, da AMMP, motivado pelo evidente desrespeito às instituições que está crescendo em todo o País nos últimos anos. Essa insubordinação há muito evoluiu para a violência contra os poderes constituídos, transformando-se em uma verdadeira guerra interna.

Há no País atualmente um crescimento de todas as formas de violência, mas este estudo se restringe àquelas contra as instituições públicas, que existem para dar sustentação ao pacto social, mas vêm perdendo terreno a cada dia para criminosos que não se contentam em cometer crimes contra a vida, o patrimônio, a dignidade sexual ou praticar diuturnamente o tráfico de entorpecentes (crime contra a saúde pública), entregando-se também aos crimes contra o Estado, na forma de ataques a policiais e outras autoridades, além de equipamentos e imóveis destinados ao serviço público.

O objetivo desta tese é chamar a atenção para o fato de que o Estado está sendo atacado e as instituições agem como se estivessemos diante de crimes comuns, merecedores de punições comuns. Urge, portanto, que sejam tomadas providências no sentido de tratar os criminosos mais ousados como

opositores do Poder Constituído, com punições efetivas e à altura de seus atos e das consequências que esses atos já estão trazendo para o tecido social.

Tenta-se, aqui, definir os atos criminosos que atentam contra o poder constituído e sugerir sanções mais graves para essas condutas, impedindo com as punições que os mesmos agentes cometam novos atentados, o que constituiria ainda um desestímulo para que outros tomassem seus lugares - como ocorre hoje, principalmente, entre os traficantes de drogas, quando algum dos controladores é retirado definitivamente de circulação, o que raras vezes ocorre por ato do Estado, em razão da obsolescência das penas e das limitações da execução penal.

A apresentação do estudo no XI Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais se deve à relevância dos congressos da AMMP, que historicamente recebem ideias sobre grandes temas e as lançam para todo o País, primeiro através da publicação das teses e, em um segundo momento, ao dar a elas suporte para voos mais altos, como a apresentação nos congressos nacionais e em outros veículos de alcance em todos os Estados da Federação.

1 O agravamento das condutas criminosas

1.1 Século XX – um mundo novo, novos crimes

O Código Penal Brasileiro data de 1940, primeira metade de um século em que o mundo evoluiu de forma espetacular no que se refere às comunicações, ao transporte, ao conhecimento, à medicina, aos costumes. Chegamos ao final do século XX com televisão ao vivo por satélite, veículos modernos e seguros, computadores pessoais, telefones móveis e muitas outras mudanças, como residências dotadas de muito mais confortos que as da primeira metade do século - ainda que comparadas duas casas modestas -, podendo-se mencionar a luz elétrica, o fogão a gás, o televisor, o telefone e várias outras comodidades, como um liquidificador, que poucos possuíam quando o nosso Código Penal entrou em vigor.

Outra grande mudança está nos costumes. Em 1940 bastava um olhar do pai para que o filho voltasse a se comportar da forma como fora educado. Em muitos locais os namoros ainda eram vigiados e um roçar de braços causava comoção. A forma de vestir e de falar era formal, pouco diversificada. O detentor de um diploma de curso médio era considerado letrado. Muitos se orgulhavam simplesmente de que sabiam ler ou de que haviam frequentado a escola por três ou quatro anos. Costumes mais modernos se restringiam aos grandes centros, como Rio de Janeiro, Belo

Horizonte ou São Paulo, pois os meios de transporte e de comunicação não favoreciam sua divulgação.

Foi nesse universo que surgiu o Código Penal pelo qual somos regidos no século XXI, com crimes como o adultério e o rapto, hoje revogados.

Os crimes contra o patrimônio, porém, ou os crimes contra a vida ou a dignidade sexual mudaram muito pouco nesses mais de setenta anos. Ainda são cometidos e punidos de forma parecida.

Para esses delitos é possível que não seja necessário propor penas mais graves ou novas formas de punição; um grande contingente de juristas acredita que a solução esteja na promoção de mudanças nos regimes prisionais e no endurecimento da execução penal, proposta a ser também apresentada neste trabalho. Mas, além dessas, há outra questão a ser atacada: a lacuna penal. Eclodiram nos últimos anos no País novas formas de crime, para as quais não há previsão específica no Código Penal Brasileiro.

1.2 A insurgência contra o Poder Constituído

Novos crimes, ainda tipificados como crimes comuns, vêm sendo cometidos principalmente nas capitais, embora ocorram também em cidades de médio porte e até em municípios menores. Poderíamos nomear esses atos como Insurgência Contra o Poder Constituído. São crimes cometidos contra policiais militares e civis, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, soldados do Exército e ainda contra outras autoridades e contra o patrimônio público, o que inclui imóveis, automóveis e equipamentos das instituições públicas.

Referidos crimes são noticiados pela imprensa diariamente e as condutas podem ser facilmente definidas e diferenciadas daquelas dos crimes comuns.

O exemplo clássico é o do homicídio contra policial militar. Não se está aqui pretendendo afirmar que a vida de um policial militar vale mais que a vida de um civil. O valor da vida é o mesmo. O atentado contra um policial militar, se este não estiver em serviço ou não for atacado em razão do serviço, deverá ter as mesmas consequências de um ataque contra um civil.

O objetivo do presente estudo é o de definir o que é crime contra o Poder Constituído e o que é crime comum.

Um exemplo deste último caso seria o homicídio cometido pelos motivos que se veem rotineiramente no tribunal do júri, como dívida, ciúme, inveja, rancor, vaidade, reação a uma

humilhação, disputa de terras, excesso de bebida etc. Nesses casos há o crime contra a vida, em que o bem jurídico atingido é a vida humana.

O latrocínio é outro exemplo de crime comum em que há um atentado contra a vida da vítima, mas o fim é outro e suficiente para caracterizar crime diverso. O homicídio cometido com o fim de apropriar-se o autor de patrimônio nem sequer tem esse nome; é tipificado como latrocínio, em razão da mudança no objetivo do agente, que não é somente matar, mas principalmente subtrair coisa alheia móvel.

A diferença é gritante. No primeiro caso, interessa ao autor atentar contra a vida de uma vítima definida. O homicídio, salvo quando sem motivo, o que é raro, é dirigido a uma ou mais vítimas. Assim, se o rapaz traído pretende matar a namorada, ele possivelmente não cometerá o assassinato contra outra pessoa se a encontrar morta por outro motivo. Ou seja: o homicídio é um crime pessoal. Pode o agente até matar outras pessoas que não a vítima almejada, mas para garantir a execução ou para ocultar o crime. Morta a vítima almejada, perde o autor o objeto de seu crime.

Não é o que ocorre no latrocínio. O agente, ao matar para roubar, não escolhe a vítima, mas o patrimônio. Caso ele esteja disposto, por exemplo, a entrar em uma padaria e matar a moça do caixa para roubar o dinheiro, pode ele deixar de matar se a moça lhe entregar o que ele pedir ou correr para os fundos do estabelecimento e deixá-lo à vontade para levar o que quiser. Pode o autor ainda entrar em outro local e matar o primeiro que vir para tomar-lhe o dinheiro. A identidade da vítima do roubo, enfim, é irrelevante.

Feitas essas considerações, já tão familiares a membros do Ministério Público, pode-se passar a analisar a necessidade de nova tipificação para os crimes cometidos contra o Poder Constituído.

2 Fatos parecidos, objetos diferentes

2.1 A análise do bem jurídico

Feitas as observações acima, passa-se à delicada tarefa de demonstrar que condutas análogas podem e devem merecer punições extremamente diferentes.

Voltemos ao exemplo do policial.

Caso um policial militar esteja de folga, em um bar, e se envolva em uma discussão, poderá ele ser vítima de crime de homicídio, qualificado ou não, como qualquer outra pessoa. O autor do crime será certamente uma pessoa comum, que poderá ter ou não antecedentes criminais, e que cumprirá

pena, caso condenado, por um crime motivado por uma das mesmas razões que acompanham os homicidas por toda a história humana (a Bíblia, no primeiro livro, narra o homicídio cometido por Caim contra seu irmão Abel, aparentemente por motivo fútil – Gênesis, 4,3-8).

Alteremos, agora, o exemplo.

Caso o mesmo policial militar esteja participando de uma operação em um ponto de tráfico de drogas, promovendo busca pessoal em suspeitos e entrando em casas com mandados de busca e apreensão, poderá ele também ser vítima de crime de homicídio, cometido por um traficante de substância entorpecente que receia ser preso e ainda perder o ponto.

Nota-se que há uma enorme diferença entre os crimes.

No primeiro, a vítima foi morta não por ser policial militar; era indiferente ao autor o fato de ela ser policial militar ou não. O autor desejava apenas resolver a discussão com violência, estando sua conduta criminosa encerrada com o homicídio de seu opositor na contenda.

No segundo caso, não importava ao agente quem era a vítima. Bastava que fosse um policial militar que pudesse prendê-lo e ainda impor-lhe um prejuízo financeiro, acabando com seu negócio. Caso fosse outro o policial, o crime teria sido cometido da mesma forma. Não era pessoal. O crime, assim como ocorre no latrocínio, não era contra a vida, mas contra outro bem jurídico, no caso o Poder Constituído, representado pelo policial militar.

As diferenças de intenção chegam a ser tão grandes que o ato de tirar a vida de uma pessoa, se for cometido para subtrair-lhe o patrimônio, não é digno do tribunal do júri.

O exemplo do policial pode ser estendido a magistrados e promotores de justiça, quando não são mortos por questões pessoais, mas em serviço ou em razão dele.

A juíza Patrícia Acioli, do Rio de Janeiro, não foi morta por questões pessoais, mas por estar inserida em uma luta do Estado contra criminosos, os quais, para agravar ainda mais a situação, eram policiais. Ao matá-la, esses policiais enfrentaram o poder constituído; ofenderam, enfim, a estrutura criada ao longo de séculos para que fosse possível a civilização.

O dolo desses criminosos não se restringia ao homicídio da juíza. Sua intenção era a de enfraquecer o Estado, intimidando o Poder Judiciário e dificultando as investigações que estavam em andamento contra eles.

O promotor de justiça Francisco José Lins do Rego foi morto também por interesses que ultrapassam o simples homicídio. A intenção de seus executores era a de enfraquecer o Estado e de manter em funcionamento seus negócios escusos, o que não deu certo em razão da pronta reação do

Ministério Público de Minas Gerais, que nomeou um grupo de promotores de justiça para continuar o trabalho de Chico Lins, que lutava contra uma máfia que comercializava combustíveis adulterados.

Os responsáveis pela morte de Chico Lins, Patrícia Acioli e de centenas de policiais todos os anos no País foram e continuam sendo julgados pelo crime de homicídio, tendo ainda o privilégio de julgamento pelo tribunal do júri, além da limitação das penas, o que deve ser mudado com urgência.

2.2 A visão de Nélson Hungria

Antes de mencionar as palavras de Nélson Hungria, deve ser deixado claro que não se pretende, no presente estudo, enfrentar a questão da pena de morte como solução para a violência no País. Não está sendo expressa aqui opinião favorável ou contrária à pena capital, proibida no País por cláusula pétrea da Constituição da República.

Feito o esclarecimento, passa-se à citação de Nélson Hungria para demonstrar, em socorro do que foi dito acima, como os criminosos mudaram ao longo de pouco mais de sessenta anos.

O grande Nélson Hungria, em conferência ministrada em Belo Horizonte em maio de 1951, afirmou que era contra a pena de morte, o que é amplamente sabido. Curiosamente, porém, na mesma conferência, citada por Benedito Calheiros Bomfim, o mestre expôs sua preocupação com o crime organizado, “que ponha em perigo efetivo a segurança coletiva”, chegando ao ponto de defender, para esses casos, a pena capital. O que era raro, naquela época, no mundo do crime, tornou-se comum nos dias de hoje.

Segue um trecho:

A política do Estado não pode deixar de ser oportunística, e a mais fundamental das regras que deve assumir não pode deixar de estar sujeita a exceções. A pena de morte pode, excepcionalmente, apresentar-se tão necessária quanto o homicídio em campo de batalha. Não propriamente como castigo ou como pena, mas como um meio presente de defesa social, tornando-se, como tal, inquestionavelmente legítima.

O caso que considero excepcional é o do crime organizado, que, em certo momento ferozmente militante, numa reiteração espantosa de dramas de sangue, ponha em perigo efetivo a segurança coletiva. É o que ocorreu, por exemplo, nos Estados Unidos, com a tremenda eclosão do chamado gangsterismo, cujo arrojo desembestado foi ao extremo de trucidar o pequenino filho de Lindberg, o celebrado herói nacional, como que a ferir o povo norte-americano no seu próprio coração.

Impõe-se, então, o extermínio do grupo fora da lei, do bando de desenganados inimigos do gênero humano. Não como medida de escarmento, mas como gesto idêntico ao de quem se defende de uma alcatéia de lobos esfaimados e furiosos. Quanto se tem em vista casos dessa ordem, embora de caráter excepcionalíssimo ou francamente anormal, é que se poderia criticar tenha sido, no Brasil, erigido em preceito constitucional a inaplicabilidade da pena de morte. Para emergências como a que teve que enfrentar o país dos ianques é que a pena de morte poderia ser como uma espingarda atrás da porta (Pena de Morte, Benedito Calheiros Bomfim, Ed. Destaque, Rio de Janeiro, 1996, pág. 12).

A realidade em que vivia Néelson Hungria, em meados do século passado, só lhe permitia sugerir que “a espingarda ficasse atrás da porta” para o que ele considerava “excepcionalíssimo”. Caso vivesse nos dias de hoje, o Mestre provavelmente sugeriria que penas muito mais graves que as atuais ficassem de prontidão para uso constante.

2.3 Beccaria e o Brasil do Século XXI

A impressão que se tem é de que Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, previu o que aconteceria no Brasil do Século XXI, embora obviamente não tivesse essa pretensão. É o que se extrai de um trecho de sua obra *Dos delitos e das penas*, de 1764. Ferrenho opositor da pena de morte, chegou a defendê-la para casos extremos, entre os quais incluía situações como a vivida atualmente pelo acuado povo brasileiro. Registre-se novamente que a citação não tem o objetivo de defender ou de se opor à pena capital, mas apenas o de demonstrar que casos de anarquia social merecem tratamento especial, mais grave que o reservado a crimes comuns. Segue o trecho:

A morte de um cidadão só deve ser encarada como necessária por dois motivos: nos momentos de balbúrdia, em que um país fica na alternativa de recuperar ou perder a sua liberdade, nos tempos de anarquia, em que as leis são substituídas pela confusão e pela desordem, e quando um cidadão, embora privado de sua liberdade, consegue ainda, devido a suas relações e ao seu prestígio, atentar contra a segurança pública, podendo a sua vida gerar uma revolução perigosa no governo estabelecido (Pena de Morte, Fernando Jorge, Mercury, São Paulo, 1993, pág. 27).

Beccaria diria hoje, certamente, que as punições previstas para a balbúrdia e a anarquia vistas todos os dias em nosso País não estão à altura dos atos praticados, e provavelmente criticaria com veemência a tibieza de nossa execução penal, que permite que grupos organizados continuem

tramando atos contra a ordem pública e as instituições, como se vê frequentemente quando são queimados ônibus com pessoas dentro ou atacados postos policiais.

3 A insurgência vista pela imprensa

A Revista Veja, da Editora Abril, em reportagem sobre os confrontos entre o que chama de “banditagem carioca” e a Polícia, o que inclui as Polícias Militar e Civil e o Exército, apresentou estatísticas fornecidas pelo Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro, segundo as quais a criminalidade na Cidade Maravilhosa, nos primeiros três meses de 2014, teve um aumento de 36 a 94 por cento em regiões como o entorno do estádio Maracanã e cartões postais como Ipanema e Leblon. Na mesma reportagem, a revista informa que os criminosos

têm disparado chumbo grosso contra os PMs que se estabelecem em seus domínios: só neste ano, foram quatro mortos e 26 feridos – um recorde da era UPP. O complexo da Maré, uma das primeiras vistas que o turista tem ao deixar o aeroporto internacional, é caso emblemático: o pelotão do Exército que ocupou recentemente a área já foi atacado por traficantes cinquenta vezes – é isso mesmo – em um único mês. Sinal claro de que os bandidos continuam com bom poderio bélico (Revista Veja, Editora Abril, Edição 2373, 14 de maio de 2014).

Ninguém ignora o que está acontecendo no Rio de Janeiro, assim como em Belo Horizonte, Porto Alegre ou Maceió, para citar algumas das principais capitais brasileiras.

A Polícia, há muito, deixou de se preocupar apenas com o combate o crime. Ela agora tem buscado também formas de se defender do crime. É estarrecedor, mas como previram Néelson Hungria e Beccaria, o crime não é mais cometido apenas entre cidadãos comuns, que matavam, estupravam e roubavam, mas sempre longe dos olhos da Polícia, que eles temiam. O que se vê atualmente são ataques à própria Polícia. O que estamos presenciando é uma verdadeira insurreição contra o poder constituído. A situação narrada no trecho acima, extraída de uma reportagem baseada em números, assemelha-se muito ao que conhecemos pelo nome de guerra.

4 Um editorial de jornal do interior sobre a criminalidade

Para se obter, em poucos minutos, centenas ou milhares de reportagens e artigos sobre a violência no País basta uma rápida pesquisa nos jornais e revistas ou na *internet*. Cita-se aqui, como exemplo, trecho de recente Editorial do Jornal Agora, de Divinópolis-MG:

A expansão rápida e mutante do agir criminoso é um tormento por que passa a sociedade brasileira, de norte a sul, marcada diariamente por insegurança, sobressaltos e angústias diante da quase impossibilidade de reverter a situação.

A criminalidade multiplicou-se e se expandiu, transformando-se e se expondo de diferentes modos, sem que se tenham condições de acompanhar as mudanças e as novas composições. É muito complexa e difícil de combater, não resta dúvida (Jornal Agora, Divinópolis, 15 de maio de 2014, pág. A2).

O editorial reflete o desespero da sociedade e toca em um ponto sensível, ao mencionar o caráter mutante da criminalidade, que não é acompanhado pelos que a combatem.

É necessário, neste momento difícil, que os responsáveis pelo combate ao crime, o que inclui os três Poderes da República, também diversifiquem o arsenal legal de que dispõem para esse verdadeiro enfrentamento.

5 Diplomas legais existentes sobre a insurgência

5.1 O que prevê a Constituição da República

A Carta Magna de 1988, quando se preparou para o combate aos que viessem a se insurgir contra o Estado, reproduziu antigos dispositivos voltados para investigações, limitações de direitos e punições em tempos de guerra, em caso de iminente perigo ou de outras ameaças à ordem pública e a paz social, como o Estado de Defesa (arts. 136 e seguintes), o Estado de Sítio (arts. 137 e seguintes), requisições civis e militares (art. 22, III) e até a pena de morte (art. 5º, XLVII, *a*), única previsão de pena mais grave, e ainda assim reservada para o caso de “guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX”. Há ainda o impedimento de concessão de fiança nos casos de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o estado democrático, além da imprescritibilidade (art. 5º, XVIV).

Como se vê, a CR não prevê pena específica para casos de iminente perigo ou outras ameaças à ordem pública e à paz social.

5.2 A Lei de Segurança Nacional

A Lei 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), prevê, em seu artigo 18, pena de 02 a 06 anos de reclusão para quem “tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados”.

Traz ainda a LSN o artigo 29, que prevê pena um pouco mais grave para quem matar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal (reclusão de 15 a 30 anos).

Os demais dispositivos legais se destinam principalmente a ameaças externas.

5.3 O passo dado pela Lei de Organizações Criminosas

A Lei 12.850, de 12 de agosto de 2013, em seu artigo 2º, traz punição um pouco mais grave para quem integrar organização criminosa:

*“Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:
Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.”*

O mencionado dispositivo legal está em harmonia com o que aqui se propõe, ao tratar com maior rigor os envolvidos em organizações criminosas.

6 A lacuna legal

Como se pode concluir pelo que se vê acima, a legislação existente não tipifica as condutas de insurgência contra o Estado, representado pelos poderes constituídos.

O País vive diariamente situações análogas às de uma guerra, ao ver suas instituições atacadas por grupos criminosos como o PCC (Primeiro Comando da Capital), o CV (Comando Vermelho) e outros grupos, como associações de traficantes de drogas e de autores de crimes contra o patrimônio.

Esses grupos atacam regularmente as Polícias, o Exército e as instalações e equipamentos desses órgãos de segurança, praticando atos de gravidade superior à de crimes comuns, mas tratados, por ausência de tipificação específica, como crimes de homicídio ou de dano contra o patrimônio público.

A diferença entre os crimes é evidente.

Para citar um exemplo já existente de condutas análogas, mas perfeitamente diferenciáveis em razão do dolo, tomemos os crimes de injúria e de desacato, que podem ser cometidos através de condutas parecidas, tendo como protagonistas os mesmos indivíduos. Caso A se dirija a B com adjetivos que ofendam sua honra subjetiva, estará caracterizado o crime de injúria. Caso A, porém, se dirija a B em razão de ser este funcionário público, e o ofenda com os mesmo adjetivos, caracterizado estará o crime de desacato, punido com pena mais grave e de ação penal pública incondicionada. Note-se que A, no primeiro caso, ofendeu a honra subjetiva de B; no segundo, ofendeu a instituição que B integra. A ofensa, na segunda hipótese, não é pessoal. Caso o funcionário público fosse outro, no exercício daquelas mesmas funções, possivelmente a agressão teria ocorrido da mesma forma. É comum que ofensas ocorram contra policiais militares em momentos de abordagem, com uso de palavras oriundas do mais baixo calão, e que estes, invariavelmente, não se sintam ofendidos em sua honra pessoal, mas relatem o desacato, crime contra a administração (art. 331 do CP).

Da mesma forma, ou seja, como crime contra a Administração Pública, deve ser tratada uma tentativa de homicídio, por exemplo, contra autoridade no exercício da função ou em razão dela.

Definida a nova tipificação, deve-se buscar, na investigação do crime, o bem jurídico almejado, o que pode ser definido com facilidade em casos como os acima citados, de ataques contra policiais e membros do Exército, seja em favelas ocupadas e com UPP's instaladas, seja em uma boca de fumo em uma cidade menor.

7 Novos tipos legais

7.1 A tipificação de condutas já existentes

Antes de se pensar em nova tipificação legal, deve-se primeiro analisar se o bem jurídico almejado pelo agente é diferente. Deverão primeiro os juristas, seguidos dos parlamentares integrantes do Congresso Nacional, estudar quais são os objetivos daqueles que se postam em locais estratégicos e atiram com fuzis contra policiais ou danificam gravemente prédios públicos, por exemplo.

Caso entendam, acompanhando o raciocínio aqui externado, que a conduta pode constituir ato de insurgência contra o poder constituído, caracterizado estará o dolo não apenas de matar ou de destruir, mas de enfrentar as instituições e de enfraquecer o Estado para obter vantagem.

A sugestão que aqui se faz é de criação de novos tipos penais, por ser inconcebível que alguém cometa crime de conduta parecida com outro crime, mas com objetivo diferente e de muito maior gravidade, e receba a mesma pena.

As condutas mais graves já existem; há apenas uma lacuna a ser preenchida com a sua tipificação legal.

A Constituição da República não impede que nova tipificação, com penas muito mais graves, seja feita, desde que não sejam os novos crimes punidos com pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (art. 5º, XLVII).

Poderia ser tipificado, por exemplo, o crime de homicídio contra funcionário público no exercício da função ou em razão dela, com pena de 30 a 45 anos de reclusão, com progressão de regime após o cumprimento de três quintos da pena, se primário, e de quatro quintos, se reincidente.

Talvez seja este o momento também de se alterar o vetusto artigo 75 do Código Penal, que limita o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade a 30 anos. O limite poderia passar a ser de 45 anos, por exemplo. Deve ser lembrado que o referido dispositivo legal também data de 1940, época em que a expectativa de vida estava em torno de 50 anos de idade, tendo aumentado neste início de século para mais de 72 anos, um acréscimo em torno de 45 por cento. A alteração para 45 anos significaria um aumento de 50 por cento para os próximos anos, o que seria justo e razoável.

Essa questão foi enfrentada recentemente pelo Procurador de Justiça Rômulo de Carvalho Ferraz, ex-Secretário de Defesa Social de Minas Gerais, que assim se manifestou, apontando a necessidade de maior rigor das leis e de sua aplicação:

Infelizmente a lei, embora seja bem intencionada em vários aspectos, está em muitos pontos totalmente dissonante da realidade social do país. (...)

Se considerarmos que hoje a expectativa média de vida dos brasileiros beira os 80 anos, a efetiva reprimenda pela prática de um homicídio passa a ser um fato de menos importância na vida de seu autor.

(AMMP Notícias, órgão informativo da Associação Mineira do Ministério Público, Biênio 2012/2014, abril – 2014 – Nº 63, pág. 13).

Merece ser tipificado também de forma mais grave o crime de dano quando cometido contra imóveis ou equipamentos das instituições responsáveis pela segurança pública, pois, além do prejuízo

material coletivo, estará o agente viabilizando o cometimento de outros crimes. A pena poderia ser fixada acima daquela prevista para o dano contra o patrimônio público geral, que também poderia ser aumentada (atualmente de detenção de seis meses a três anos - art. 163, parágrafo único, III, do CP).

Na esteira desse aumento, poderia o crime de dano ter todas as penas agravadas para os casos de vandalismo coletivo, por se tratar de crime que tem também o viés de desrespeito às instituições. Pelos procedimentos de aplicação da pena ditados pela legislação atual, especialmente no que diz respeito à substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e à progressão de regime após o cumprimento de um sexto da pena privativa de liberdade, uma pena baixa, ainda que venha a ser executada, é frequentemente considerada irrisória pelo criminoso e quase não é notada pela sociedade em tese protegida. Dessa forma, para os crimes especialmente graves de que trata este trabalho, é necessária a revisão das penas em abstrato como condição essencial, entre futuras outras medidas, para dotá-las de maior respeito e efetividade.

Novas tipificações, para crimes que já existem, mas são tratados como crimes comuns, podem ser criadas, como para os crimes de lesão corporal leve, grave ou gravíssima contra funcionários públicos no exercício da função ou em razão dela.

É possível que penas mais graves desestimulem os crimes; se não forem suficientes para esse fim, ainda servirão para reduzir a criminalidade e os atentados contra as instituições, pois o agente passará mais tempo fora do convívio social.

7.2 A questão da competência

Ademais, a exemplo do que ocorre no delito de latrocínio, que constitui crime contra o patrimônio, embora atente o agente também contra a vida da vítima, deveria o crime contra a vida que caracterize também ato de insurgência contra o poder constituído ser retirado da competência do tribunal do júri, em razão do bem jurídico ofendido.

7.3 Não se trata de Direito Penal do Inimigo

O que está sendo proposto no presente trabalho não tem qualquer relação com o que a doutrina convencionou chamar de Direito Penal do Inimigo (Günther Jakobs). Não se cogita a supressão nem a relativização de garantias, ficando mantidas todas as regras constitucionais, penais e processuais penais aplicáveis aos crimes em geral.

8 Resumo

A situação atual do País reclama uma atitude contra os que se insurgem contra o poder constituído através de ataques contra as Polícias, o Exército e as demais instituições voltadas para o combate ao crime, como o Poder Judiciário e o Ministério Público, além de outras instituições públicas, que resultam em mortes, lesões e prejuízo à estrutura física, com substancial enfraquecimento da segurança pública e dos Poderes do Estado.

Analisando-se a conduta dos que perpetram esses ataques, verifica-se que o dolo não é apenas o de matar, lesionar ou danificar, mas também o de desmoralizar, enfraquecer e inviabilizar as atividades das instituições públicas, com a nítida intenção de facilitar a prática de crimes típicos de grupos organizados, como o tráfico de entorpecentes e o roubo.

Tratando-se, como visto, de dolo voltado para bem jurídico diverso, deve-se dar também tratamento diverso, como ocorre no caso de crime de morte com a finalidade de subtração de bem móvel, que não é tratado como crime contra a vida, mas contra o patrimônio, que não é julgado pelo tribunal do júri.

Constatado que o dolo é dirigido ao enfraquecimento do poder público, mostra-se equivocada a tipificação penal como crime comum. Crimes com morte, por exemplo, com a finalidade de enfrentar o poder constituído, não podem ser tratados como homicídio, com a mesma pena desse crime e o privilégio, ao autor, do julgamento pelo tribunal do júri.

Da mesma forma conclui-se que várias condutas análogas a outras podem e devem ser tipificadas como crimes de insurgência contra o Estado, ou contra o Poder Constituído, com penas específicas e de muito maior gravidade.

Vive-se também nos dias de hoje uma onda de crimes de dano praticados por vândalos em grupos, que têm por finalidade não apenas o dano contra o patrimônio, mas principalmente questionar a legitimidade das instituições, tanto públicas como privadas, além de desmoralizá-las.

Urge, diante dessa situação, que se assemelha a uma verdadeira guerra, que sejam encontradas formas de punir com maior rigor os autores de tais condutas, com tipos penais adequados, com penas e execução mais graves, não só retirando-os do convívio social por mais tempo, mas também desestimulando novos ataques.

Conclusões

1 - Diante da reiteração das condutas que configuram insurgência contra o poder constituído, consistentes em ataques não apenas às instituições responsáveis pela segurança pública, como as Polícias, o Exército, o Ministério Público e o Poder Judiciário, mas também a todos os órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo, em que o dolo não se limita ao de matar ou danificar, mas inclui o de desmoralizar, enfraquecer ou contestar a instituição atacada, ou ainda desafiar a própria legitimidade de seu poder, deverão ser reclassificadas essas condutas criminosas como Crimes Contra o Poder Constituído e criados novos tipos penais, com punições mais graves que as dos crimes-meio - como a lesão corporal, o homicídio e o dano ao patrimônio público -, que podem partir de penas mínimas mais altas e chegar até a 45 anos de reclusão, com progressão de regime após o cumprimento de maior parte da pena.

2 – Como forma de viabilizar as manifestações pacíficas, que não prejudiquem a paz pública nem tragam transtornos aos que delas não participam, deverão ser criados tipos penais específicos para os crimes praticados por vândalos em grupos, que não se assemelham aos crimes multitudinários, previstos no artigo 65, II, e, do CP.

3 – Para compatibilizar a gravidade das condutas criminosas atuais com a crescente expectativa de vida da população, dando maior efetividade às punições e à prevenção dos crimes, deverá o tempo

máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade, previsto no artigo 75 do Código Penal, ser elevado para 45 anos.

MOÇÃO

4 - Deverá ser enviada moção à CONAMP para que esta, diante dos argumentos apresentados e aprovados no XI Congresso Estadual do Ministério Público de Minas Gerais, estude a possibilidade de, valendo-se de suas prerrogativas, apresentar ao Congresso Nacional as propostas de alterações legislativas aqui aprovadas.

Referências Bibliográficas

GÊNESIS, Bíblia Sagrada, Editora Santuário, Aparecida - SP

BOMFIM, Benedito Calheiros, Pena de Morte, Rio de Janeiro: Destaque, 1996.

JORGE, Fernando, Pena de Morte, São Paulo: Mercury, 1993.

REVISTA VEJA, Edição 2373, Editora Abril, 14 de maio de 2014.

JORNAL AGORA, Divinópolis: 15 de maio de 2014.

AMMP Notícias, Biênio 2012/2014, Belo Horizonte: abril de 2014.

APROVADA POR UNANIMIDADE

A voz das ruas na defesa do direito à educação pública, obrigatória, integral e o ministério público na agenda positiva governamental.

**Cláudia de Oliveira Ignez,
4ª Promotora de Justiça da Comarca de Nova Lima/MG**

1. Introdução.

“Uma vida não pensada, não é digna de ser vivida” Sócrates

“ Nascemos fracos, precisamos de força, nascemos desprovidos de tudo, temos necessidade de assistência; nascemos estúpidos, precisamos de juízo. Tudo o que não temos ao nascer e de que precisamos adultos, é-nos dado pela educação.(...) Na ordem natural, sendo os homens todos iguais, sua vocação comum é o estado de homem; e quem quer que seja bem educado para esse, não pode desempenhar-se mal dos que com esse se relacionam. Que se destine meu aluno à carreira militar, à eclesiástica ou à advocacia pouco me importa. Antes da vocação dos pais, a natureza chama-o para a vida humana. Viver é o ofício que lhe quero ensinar. Saindo de minhas mãos, ele não será ,concordo, nem magistrado, nem soldado, nem padre, será primeiramente um homem. Tudo o que um homem deve ser, ele o saberá, se necessário, tão bem quanto quem quer que seja; e por mais que o destino o faça mudar de situação, ele sempre estará em seu lugar” Jean-Jacques Rousseau.

A proposta do presente ensaio doutrinário, traz em si o elemento motriz e tema central do presente Congresso Estadual do Ministério Público, que se desenha através da premissa de uma novo paradigma de atuação governamental e ministerial, conquanto a proposta de um ativismo cibernético e apartidário advindo das conclamadas “vozes das ruas nas jornadas de junho de 2013”, que tem como pautas dentre outras: O aumento nas tarifas de transporte público, a gestão para que o mesmo tenha

qualidade e eficiência, o combate a rotina de serviços públicos de má qualidade, os gastos exorbitantes em eventos esportivos mundiais, melhorias na gestão, oferta, gratuidade e qualidade no ensino e educação pública, melhores oportunidades no mercado do trabalho para a população de baixa renda, combate a violência urbana e ao incremento incessante do uso de drogas alucinógenas, combate aos péssimos serviços de saúde públicas e por fim, a repressão as elevadas taxas de corrupção política e impunidade do corpo político em geral, desaguando na absoluta rejeição da famigerada PEC 37, que vedaria o Ministério Público de investigar tais desvios de condutas de agentes públicos. Eis algumas das proposições mais fortemente defendidas nas ruas pela população para a criação da agenda política positiva de governabilidade federal.

No clamor das ruas surgiu um misto de espanto e pânico no que tange a sua profundidade de questionamentos de ordem material e central no discurso político brasileiro, e sua hostilização por grupos da população reunidos através de “ciberativismos”, incrivelmente organizados, vultuosos e infelizmente, violentos no mais das vezes, o que chegou a desacreditar quase que inteiramente a legitimidade da sua pauta de demandas. Enquanto que de outra parte, segundo cálculos da polícia militar, nos idos de vinte de junho de 2013, quase dois milhões de pessoas participaram dos manifestos em algumas cidades brasileiras, o que em nosso sentir, conclamou ao órgão do Ministério Público o protagonismo ou o ativismo jurisdicional das conclamadas mudanças. Pois a premissa inegável do presente quadro é que mudanças substanciais e urgentes no modelo de política pública nacional são reclamadas urgentes por grande maioria da população.

É sabido que, a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o a instituição ministerial assumiu nova feição, tendo para si traçados novos rumos, que no presente trabalho devem ser colididos em atenção a citada “voz das ruas”, que no recorte do ensaio presente, vê na centralidade da discussão da defesa indeclinável do direito a uma Educação Pública, gratuita, obrigatória, de qualidade e eficientemente democrática, um viés de moderno pensamento de gestão pública, em atenção aos mais íntimos desejos da população brasileira.

Em razão dos fatos narrados e da pauta de reivindicações apoiadas em princípio pela população, o Congresso Nacional pressionado pela mídia nacional e internacional e pelo governo, votou as pressas uma agenda positiva normativa, que incluiu em seu pacote, dentre o elenco de medidas o projeto de elevava a corrupção ao patamar de crime hediondo, o arquivamento da PEC 37 absurdamente engendrada, a proibição do sigilo de votação para as votações de cassações de mandatos de parlamentares, legisladores acusados de irregularidades em seus mandatos, em suma, votaram medidas adiadas em tramitações decenais que no cerne exigiam o combate a corrupção política em geral e controle de gastos públicos generalizados, aliados a investimentos em políticas públicas motrizes de prestações sociais centrais universais de cidadania contemporânea.

Aliados aos fatos citados, defendemos que temos na figura constitucional do Ministério Público solidário e colaborador na concretização das prestações sociais almejadas, passando ostentar com primazia o status de órgão promocional com a pauta direcionada as novas reivindicações por direitos sociais centrais negligenciados, notadamente, no que tange ao combate a violência policial impunemente realizada, a péssima gestão pública de gastos com eventos faraônicos, em desfavor da promoção de políticas básicas públicas, como a educação de qualidade, a saúde pública eficaz, o financiamento de políticas de habitação urbanas e mobilidade, aumento da inflação desmedida, em confronto com os gastos exorbitantes com eventos mundiais esportivos financiados com gastos públicos.

Neste sentido, não há como não subscrever o ensinamento de Fabio Konder Comparato, quando este consagrado autor afirma: “ora, no Estado contemporâneo, o Ministério Público exerce, de certo modo, esse poder impiedante, pela atribuição constitucional que lhe foi dada de impugnar em juízo os atos dos demais Poderes, contrários à ordem jurídica e ao regime democrático. A isto se acresce, ainda, a nova atribuição de promover a realização dos objetivos fundamentais do Estado, expressos no art. 3º da Constituição, pela defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis, consubstanciados no conjunto dos direitos humanos. A conjugação de ambas essas atribuições, a impiedante e a promocional, faz do Ministério Público um órgão eminentemente ativo, que não pode nunca recolher-se a uma posição neutra ou indiferente, diante da violação de direitos fundamentais, mormente quando esta é perpetrada pelos Poderes Públicos”.⁶

E no mesmo diapasão colacionado, trazemos a baila os fundamentos fáticos que impulsionaram os ecos das ruas, no espectro da necessidade de se estatuir padrões mínimos e éticos de qualidade para a educação fundamental, garantindo o princípio elencado nos artigos 5º e 6º da Magna Carta Federal, combinados com os artigos 205 usque 214 da Constituição Federal, que em seu capítulo terceiro, sacralizam as bases formadoras para o desenvolvimento educacional brasileiro, em suas diretrizes e objetivos, formando a base legal constitucional estruturante do tema posto.

No mesmo giro, o artigo 205 da Constituição Federal preleciona:

“A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho”

E em adesão a base constitucional ressaltada, trazemos a lume o sentido material do direito à educação, que se expressas na assertiva advinda do relatório do PNUD, que declina que a pobreza de

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 40, jul./dez 2001. p. 63

escolhas e oportunidades educacionais e de cidadania, é de longe mais constrangedora do que a privação de rendimentos. E, prossegue o relatório com a assertiva de que ao ofertarmos educação de qualidade, primamos por:

” Alcançar a efetividade do direito em tela, que trará a paz social, com o viés humano primordial de potencialização do DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA ,como um direito humano hábil e legítimo ao combate a pobreza em um universo, onde aproximadamente um bilhão de pessoas vivem com menos de um dólar americano ao dia e são analfabetos(grifos nossos).

E, prossegue o relatório que se coaduna com o inteiro teor das metas do milênio – como regras de sustentabilidade universal que visam combater os índices alarmantes de pobreza, péssimas condições sanitárias e de saúde que coincidem com as camadas populacionais que detém os menores graus de escolaridade, e em maior escala atingidas pela extrema truculência dos matizes da violência urbana. Em um panorama onde aproximadamente a metade da população mundial está excluída do acesso, da oportunidade e dos benefícios sociais globais, temos que os mesmos somente se alcançam, com a existência de uma agenda de cooperação mútua de desenvolvimento econômico, aliados a uma melhor distribuição de renda, e oportunidades de educação e trabalho, como fator de mobilidade das camadas mais pobres da população.

É firme na presente convicção, que trazemos a baila o recorte do presente ensaio, onde a voz das ruas ecoou como um grito de socorro ao direito à educação , que não pode ser sorvido de maneira meramente quantitativa, mas, principalmente qualitativa, não só no sentido de sua crescente universalização, mas também, no espectro qualitativo , viés que cabe o protagonismo ao Ministério Público velar em atendimento ao pleito cidadão insurgente. De fato, temos que no presente recorte institucional , a Educação brasileira tem que ser pautada como direito público indeclinavelmente sorvida como de caráter integral, obrigatória, gratuita, de qualidade, com uma melhor gestão de gastos públicos em rubricas específicas para ela desenhadas, atreladas a qualidade e supervisão dos gastos com a merenda escolar e transporte escolar público obrigatório, que são seus consectários normativos centrais.

E, prosseguindo a análise segundo o relatório da ONU acerca dos objetivos do milênio, ocorre um fenômeno atual mundial que merece atenção, detectado, principalmente nos países ricos , onde a pobreza e a desigualdade aumentam, em que pese o brutal crescimento econômico, que se infere, em razão da devida falta de mobilidade social do que seriam os frutos econômicos, financeiros e sociais do desenvolvimento, que não são democratizados,em razão da concentração crescente de renda em poucos segmentos sociais, o que também se verifica nas conclusões do Relatório da Organização para o Desenvolvimento Econômico- OMCE.

Sustentada a legitimidade das vozes das ruas, e tendo no órgão do Ministério Público seu ator mais capacitado, sentimos um apelo urgente na demanda por educação de qualidade, obrigatória, integral e gratuita. E, verificamos que demarcada a linha de pobreza citada, o analfabetismo mostra a sua face mais perversa, onde mais de um milhão de pessoas não tem acesso a água potável, e desse contingente, oitocentos e quarenta milhões aproximadamente tem fome, ou vivem em estado constante de insegurança alimentar, tendo uma expectativa de vida em torno dos “quarenta anos de idade”, formando os titulares das variáveis da tríade do índice de pobreza humana, qual seja, a ausência de rendimentos, de educação, do próprio sentido da vida. (Fragmentos do relatório da UNESCO/PNUD). Sendo em nosso sentir, os titulares absolutos das demandas apostas nas premissas inaugurais epigrafadas, enquanto titulares dos direitos difusos, indisponíveis e indivisíveis em questão sob o manto tutelador do Ministério Público.

Isto é, sob o signo da proteção garantista do direito à educação, devemos também compreender que não basta o acesso aos meios para se educar, é necessário que tais meios sejam suficientes e idôneos, isto é, necessário que tais meios sejam meios qualitativamente sustentáveis, garantidos por um SISTEMA EDUCACIONAL GARANTISTA E CONSTITUCIONAL que vele pela sustentabilidade do acesso, ingresso, eficiência e qualidade do sistema educacional brasileiro, em caráter integrado. Sendo de declinar que em recém aprovado Plano Nacional .Decenal da Educação, o governo brasileiro normatizou o compromisso de OFERTAR vagas a cinquenta por cento de estudantes, na rede de ensino público obrigatório integral até o marco legal de 2023, e deverá ainda, ingressar trinta por cento de alunos frequentes no ensino fundamental público, integral e obrigatório até o citado marco temporal, conforme se infere do novo Plano Nacional de Educação. Sendo que o citado PNE, ambiciosamente visa incluir trinta por cento dos alunos, no ensino integral objetivando velar por cidadãos para uma nação, não somente, em aspectos formativos do elemento humano apto para o mercado de trabalho, mas como ser integral contemporâneo titular absoluto de seus direitos de cidadania, sendo a frustração dos citados direitos **justa causa** para a promoção da devida tutela legal pelo Ministério Público jurisdicionando as demandas pertinentes do direito humano universal violado.

O direito à educação em ambiente formal, não pode ser garantido com o mero ingresso de estudantes nas escolas, e também não pode ser encarado como um cálculo numérico de alunos, mas a efetiva formação humana que a educação deve veicular passa por outros caminhos: a qualidade do ensino.

Eis as grandes dificuldades a ser enfrentadas precipuamente pelos membros dos Ministério Público, que ora descrevemos: Como gerenciar e fiscalizar toda cesta de recursos federais, estaduais e municipais financiadores da educação de qualidade, exigida nos ecos da nação? Como integralizar os programas do FUNDEB, PROUNI, Enem, Transporte escolar, dentre outros? Como acessar, qualificar, custear o profissional da educação em tempo integral? Como construir e preservar os equipamentos públicos necessários? Como combater a violência exercida dentre das unidades escolares e nos aglomerados carentes vizinhos a unidade escolar? Quanto será necessário e como fiscalizaremos o custeio dos programas de alimentação do FNDE , transporte escolar(caminhos na escola) e os recursos midiáticos exigidos para a geração Y? Cremos que somente um órgão como o Ministério Público terá o supedâneo constitucional e legítimo para desenvolver o árduo mister, que envolve vultosas quantias de verbas públicas e grande margem de corrupção e desvio de verbas tarifadas.

Defendemos a universalização da educação básica ou fundamental, obrigatória e em tempo integral, qualitativamente suficiente como vetor máximo de orientação no combate à inserção cíclica e massificada dos jovens de oriundos de famílias de baixa renda, em organizações criminosas, no odioso ciclo de punição globalizada da miséria, tão em voga modernamente, agora com um marco legal sistêmico o novo PNE . Propomos uma deflagração sistêmica e ostensiva de um Programa educacional de sério combate à evasão escolar e de reinserção social, fomentado por programas emergenciais de redistribuição de renda, com o fito de se implementar de forma material, o conceito moderno de isonomia e de cidadania.

Passando ao largo dos inúmeros insucessos observado, nos decantados programas políticos de atendimento à infância brasileira, eis a proposta da tese presente: a defesa de que o Ministério Público, enquanto órgão promocional, pró-ativo, deve velar pelo resguardo da qualidade dos processos educativos, não apenas garantido o acesso aos meios, mas intentando garantir que tais meios sejam qualitativamente sustentáveis.

2. O novo Plano Decenal de Educação- Resguardo dos padrões de qualidade na educação no ensino brasileiro: uma disposição de luta ministerial.

Educar é, já pela origem etimológica do termo, conduzir e formar. Trata-se de um processo de desenvolvimento total, tanto que os gregos nomeavam o processo como Paidéia, algo como formação holística do elemento humano, cultural e historicamente integrado.

Não basta viver, pensar o viver é essencial, torna-o digno de ser vivido, o que se infere do contexto social que se vocifera nas ruas, que destaca que a pobreza humana atinge mais de um quarto da população dos países em desenvolvimento, que é marcada pela alta taxa de analfabetismo, evasão escolar, repetência, desemprego, falta de acesso aos recursos públicos e privados, e as políticas básicas corporificadas no direito à alimentação, à saúde, ao saneamento básico, à água potável, à habitação, à segurança pública, para além do direito humano à educação de qualidade...” Extraído de trecho de relatório da ONU, o que no presente contexto confundem-se os anseios históricos do Ministério Público e as vozes clamando por cidadania nas ruas de nossa nação.

Este artigo tem como objetivo discutir as políticas públicas educacionais do Estado no novo Plano Decenal Nacional de Educação 2011-2020 (PNE), que tramitou no Congresso Nacional desde os idos do ano de 2010, que ora aprovado, tem como marco temporal de vigência os anos de 2011 a 2020, que já entra em vigor atrasado e vem a suceder o PNE de 2001 a 2010, sancionado pela lei n. 10172\2001, que surge como fruto do clamor público(voz da ruas) pela necessidade de se diagnosticar os problemas e demandas da educação no Brasil, a fim de estabelece objetivos e metas para nortear a mesma.

A educação no Brasil vem se sistematizando desde os idos da década de 1930, com o movimento dos Pioneiros da Educação Nova reunidos no calor do governo pós-revolução no mandato presidencial de Getúlio Vargas , com as inúmeras mudanças contextuais societárias brasileiras, mormente no grande impacto causado pelo êxodo rural, marcado por grandes fluxos migratórios internacionais em confronto com o modelo tradicional da educação brasileira caracterizado por ser excludente, elitista, extremamente rígido, com déficit de acessibilidade e desprovido de propósitos claros. A par de ser contextualizado em regimes políticos totalitários.

Com a evolução sistêmica e concatenada do arcabouço normativo embasador da educação, revelou-se, por princípio que a educação enquanto patrimônio jurídico é direito social inalienável e que o Estado é o principal devedor , o que restou reafirmado nos anais da CONAE\2010, que foi a CONFERÊNCIA NACIONAL DE EDUCAÇÃO, onde foram e aprovadas 677 deliberações sobre o sistema articulado de Educação e o Plano Nacional de Educação, com a sistematização da articulação entre todos os membros da Federação do que se convencionou chamar Direito Humano à Educação, que se reparte em diversos eixos de transversalidade que aborda dentre outros temas, o financiamento da educação e o controle social, o trabalho e a inclusão nas enormes diversidades regionais e culturais do Brasil.

Salientamos em adesão ao clamor das ruas, vergonhosamente ,hoje o Brasil gasta aproximadamente novecentos dólares por aluno\ano, e que em 2020 deverá chegar a dois mil e trezentos dólares aluno\ano, enquanto que, por exemplo , países como o Canadá e Cuba, os gastos

citados atingem atualmente, respectivamente o importe de sete e quatro mil dólares aluno\ano, tendo o Brasil de fato um gasto muito pequeno em relação a maioria dos países em desenvolvimento, mesmo ostentando a posição de integrante do BRIC e tendo uma economia em crescimento e relevo. De outra parte, anoto sensíveis avanços são conseguidos através das deliberações da CONAE, mormente no que tange aos marcos etários de ingresso e saída regular do aluno na educação fundamental, qual seja, aos quatro e dezesseis anos, meta já contemplada pela Emenda Constitucional n. 059/2009, meta alcançada na maioria dos países do mundo.

Com a edição e aprovação do primeiro PNE de 2001, com os contornos legais, criou-se um primeiro modelo de legislação educacional nacional, que traçou um diagnóstico da realidade brasileira, organizando metas e objetivos de educação, fixando prazos para cumprimento de acordo com cada segmento, nunca em prazo inferior a dez anos. E para concluir, o PNE trouxe um capítulo acerca do financiamento e gestão pública de recursos destinados a educação, as vulgarmente chamadas “verbas tarifadas”, em que pese não se desincumbir de discriminar o percentual de verba pública a ser utilizado no financiamento de cada tipo de instituição escolar, pública ou privada. Sendo pertinente, ressaltar que a premissa do ensino público financiado pela cesta de impostos pagos pelo contribuinte, sem ao devido monitoramento do destino dos alusivos aportes de recursos públicos, sem o devido controle ou gestão, seja no sistema privado ou público de ensino, é uma temeridade, embora saibamos que o ensino privado é imprescindível ao País, cumpre declinar as nossas preocupações com o recurso público empregado, pois se é verdade que existe o ensino privado de qualidade, existe o comércio do ensino com a barganha de profissionais de preparação duvidosa e ingresso problemático no mercado de trabalho.

Contudo, quando avançamos no exame, engendramos quatro espécies de categorias no gênero ações prioritárias educacionais, que são prioritariamente listadas: a infra-estrutura, a jornada escolar, a avaliação e o financiamento da educação, de delicados aspectos.

Falar, portanto, de educação impõe discutir a qualidade dos procedimentos que ela comporta. O mero acesso à educação é um mínimo insuficiente. Daí que as políticas de valorização dos docentes, de melhoria das instituições de ensino, de democratização da participação dos pais e de toda a sociedade nos rumos da educação devam ser metas a serem alcançadas.

Se é consenso que a educação é processo transformador, é preciso discutir a qualidade que esta transformação deve assumir. Assim, a educação, qualitativamente garantida, poderá ser compreendida como mola propulsora formativa do direito humano à vida, para a formação de uma sociedade mais igualitária e solidária.

3. Bases estruturantes do tema proposto.

A Constituição Federal de 1988 , no capítulo III, em seus artigos 5º e 6º c/c 205 usque 214, sacramenta as bases formadoras para o desenvolvimento educacional de uma Nação, qual seja, diretrizes e os objetivos do sistema educacional do País.

O texto constitucional, no art. 205, estabelece: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa , seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho”

Assim temos como base a liberdade e a igualdade, vinculando as entidades educacionais públicas e privadas a garantir uma boa qualidade de ensino – art. 206 da Constituição Federal.

Alcançar a efetividade do direito em tela, é construir um dos pilares da paz social tão decantada pelos titulares do direito e da cidadania brasileira, que vociferavam nas ruas no sentido da construção de uma cultura de paz e combate irrestrito a violência crescente no Brasil, que registra dados subnoticiados de morte de jovens em regiões de pobreza próximos aos registros de mortes em conflitos de guerra . Concluímos que no direito à educação de qualidade, vislumbramos o viés humano primordial de potencialização do DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA (padrão aceitável) , como um direito humano hábil e legítimo ao combate à pobreza em um universo, onde aproximadamente um bilhão de pessoas vivem com menos de um dólar americano ao dia e são analfabetas.

Aproximadamente metade da população mundial está excluída do acesso/oportunidades e benefícios sociais globais, o que somente se alcança, com uma agenda de cooperação mútua de desenvolvimento econômico, aliados a uma melhor distribuição de renda, como fator de mobilidade das camadas mais pobres da população.

No mesmo diapasão colacionado, temos que as premissas previamente informadas se coadunam com o relatório desenvolvido acerca dos objetivos do milênio.

O direito humano à educação em um pacto federativo como o brasileiro tem que primar no sentido de que a temática em enfoque é central, e deve obstinadamente, perseguir a aplicação de pelo 10% do PIB para equalizar as oportunidades de acesso, permanência e suficiência do processo educativo , reconhecendo a prioridade da edição de políticas básicas de atenção as meninas (como instrumento de ruptura do cíclico e hediondo viés de pobreza, analfabetismo, violência e exclusão educacional de suas progenitoras), bem como , é as crianças em situação de extrema vulnerabilidade social e familiar, como público alvo.

No século XXI, por força do Neoconstitucionalismo, é ao Poder Judiciário e, evidentemente, a outros órgãos promocionais, que caberia a luta pela eficácia e implementação material do direito à educação de qualidade, em que pese, o dissídio jurisprudencial estabelecido, acerca da negativa de judicialidade ao rol do direitos sociais, NA FORMA DO ART. 208 § 1º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Neste sentido, pode-se falar em um protagonismo judicial e do Ministério Público, mormente com a judicialização das Ações Cíveis Públicas. Cumpre a eles o papel de promover e garantir o acesso e, como propomos, manter vigilância quanto à qualidade da educação a quem se garante o acesso.

A educação básica , por qualificar-se como direito fundamental, não se expõe, em seu processo de concretude a avaliações discricionárias da Administração Pública, NEM SE SUBORDINA AO PURO PRAGMATISMO GOVERNAMENTAL(...) RE Nº 436.996 – AG. REGIMENTAL. – REL.MIN. CELSO MELLO.

O direito à educação de qualidade como direito público subjetivo, é judiscializável e eficaz enquanto direito fundamental , inerente, indissociável e irrenunciável do direito de personalidade.

Creemos que a teor da majoritária doutrina pátria e estrangeira, o direito à educação é direito fundamental e de personalidade; é direito natural (é uma ordem indissociável da natureza humana); pode ser lido como público subjetivo, ex vi legis dos artigos 5º e 6º da Carta Constitucional Federal, integralmente, ligado ao direito à vida, como se extraí dos artigos 205, 214 usque 227 e 229 da Magna Carta Federal, combinados com o art. 5º da Lei 9.394/96, e, com os artigos 38 e 246, do Código Penal brasileiro.

O direito à educação deve ser categorizada com direito fundamental da pessoa humana e direito de personalidade, com os liames estreitos de adaptação da doutrina civilista ao rol das liberdades constitucionais.

4. O ministério público como garantidor por excelência do direito à educação de qualidade.

O Ministério Público no mister de garantidor por excelência da efetivação dos Direitos Fundamentais, nos lindes do art. 201, inciso VIII, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), zela indeclinavelmente pelo Direito à Educação de Qualidade, sendo insustentável juridicamente a recusa de alguns Juízes acerca de sua legitimidade “ad causam ” e “ad processum” para o manejo de ações que tutelem a ameaça ou a violação de direitos dessa ordem, ex vi legis da disposição que confere ao *Parquet* a função institucional de “**zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes**”, podendo, para tanto, expedir

recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua efetiva adequação (art.201, § 5º, alínea “c”, do mesmo Diploma Legal), acordes com as disposições constantes do art. 127, *caput*, da Constituição Federal, e do art. 4º, *caput*, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), que asseguram à criança e ao adolescente, com ABSOLUTA PRIORIDADE, a efetivação, por parte da família, da sociedade e do ESTADO, dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à EDUCAÇÃO, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Cabe ao *Parquet* a defesa da ORDEM JURÍDICA, do REGIME DEMOCRÁTICO e dos INTERESSES SOCIAIS e INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS, estando compreendida em sua função institucional zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias assegurados a crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais necessárias a sua garantia, podendo tomar compromisso de ajustamento de conduta, o qual terá força de título executivo extrajudicial.

Ora, a educação é direito fundamental e de personalidade, “ex vi legis dos artigos 5º e. 6º da Constituição Federal elenca a EDUCAÇÃO como DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL, INALIENÁVEL e INDISPONÍVEL, e em seus artigos 205, 214 a 227 e 229 da Constituição Federal, combinados com o artigo 5º da Lei n. 9.394/96 e 246 do Código Penal, todos combinados com as disposições pertinentes do Estatuto da Criança e do Adolescente, que deixou patente que a EDUCAÇÃO é DIREITO DE TODOS e DEVER DO ESTADO, trazendo os princípios pelos quais a obrigação do Poder Público será cumprida e os interesses sociais resguardados, cabe ao *parquet* fiscalizar, adequadamente, a oferta, acesso e desenvolvimento de uma educação de qualidade, e agora em função do novo marco regulatório estatuído pelo PNE, a fiscalização deverá pautar-se no percentual de cinquenta por cento de vagas para estudantes no ensino fundamental obrigatório, gratuito e em caráter integral, tendo como marco legal derradeiro o ano de 2023.

Para a contenção do arbítrio do administrador público, em prol da concretude das políticas públicas fundamentais e sociais, afastando, em absoluto o princípio da reserva do possível, com o manejo do contingenciamento, com o fim de incluir as novas gerações, oriundas de nichos de miséria, no patrimônio cultural acumulado, utilizando-se, para tanto do Ministério Público para a fiscalização do Plano Nacional de Educação que conta com 14 artigos, 21 metas, 177 estratégias que visam à erradicação do analfabetismo e universalização do atendimento escolar, com o aumento de vagas em creches e universidades públicas.

O novel Plano Nacional de Educação que tem como marcos temporais de vigência os anos de 2011 a 2020, está estruturado em vinte e uma metas e onze artigos, como uma espécie de Constituição

Nacional da Educação, traçando as diretrizes para a educação brasileira do próximo milênio, que expressam os anseios de cidadania expostos nas ruas brasileiras, e revelam dificuldades de superação, notadamente em relação ao financiamento público educacional, a obrigatoriedade da inclusão de crianças de quatro a cinco anos na escola sem os devidos equipamentos públicos (sabedores das enormes listas de espera de criança na faixa etária de ingresso na educação infantil, que querem, mas não podem estudar.....), na valorização do profissional de educação, na triplicação do número de estudantes em nível médio em dez anos, no combate aos desvios dos financiamentos públicos e na ambiciosa premissa de erradicação do analfabetismo, com a promoção da sustentabilidade sócio-ambiental.

5. Algumas indicações práticas para verificação de uma educação de qualidade.

Passamos a enumerar, exemplificativamente, algumas ações possíveis, de um ponto de vista de um adequado programa de ação, no sentido de garantir o direito a uma educação de qualidade:

1. A garantia de acesso amplo à educação em tempo integral deve se coligar a políticas de permanência na unidade escolar, sobretudo com foco em setores socioeconômicos de exclusão, com a criação de redes de proteção da educação, com ampla fiscalização do Ministério Público do marco legal de inclusão de cinquenta por cento de estudantes no ensino integral, público e obrigatório de acordo com o Plano Nacional de Educação, até o ano de 2023;
2. Desenvolvimento de sistemas de fiscalização da aplicação do dez por cento do PIB (Produto Interno Bruto) em educação e qualificação de professores e demais profissionais da área, mormente com a fiscalização das rubricas federais e verbas não utilizadas do FNDE;
3. Utilização em maior escala dos institutos do inquérito civil público e da ação civil pública no sentido da fiscalização da aplicação do percentual de dez por cento do PIB na educação integral, posto que não se explicita no diploma normativo as responsabilidades e os percentuais que devem vir de cada ente federativo;
4. Criar nas secretarias estaduais de educação a obrigatoriedade de fomentar a profissionalização dos jovens, voltadas para os arranjos produtivos locais, notadamente o programa de aprendizagem, ou criar políticas públicas de fomento ao ingresso de jovens oriundos das escolas públicas no mercado laboral, criando cotas de inclusão laborativa;

5. O estabelecimento de norma federal , como marco regulatório para o ingresso nos programas da rede “s” , e nas escolas técnicas, para além de triplicar o número de alunos no ensino médio, criando-se um número de cotas sociais para democratizar o acesso de jovens de baixa renda;
6. Combate ao cartesianismo nas políticas publicas educacionais, equipe multidisciplinares de intervenção nos focos de exclusão do público alvo do sistema educacional, notadamente centrados, nas políticas de combate as causas socioeconomicas de evasão e insucesso escolar;
7. Reconhecimento das questões de invisibilidade das camadas mais pobres da população – estratégias de coordenação de politicas intersetorial e abertura da escola à integração comunitária – menor índice de violência – fator de emponderamento comunitário;
8. Educação de qualidade para todos na primeira infância priorização das crianças em situação de maior vulnerabilidade, sob o viés inclusivo, daquelas oriundas de famílias monoparentais, visando o combate a pobreza, violência e a desnutrição;
9. Estabelecimento e normatização de um padrão mínimo de insumos e estrutura de uma sala de aula, questão do número de alunos por sala, visibilizando-se o valor do CAE custo do aluno\escola, que terá variantes regionais e em cada ente federativo, mas, não é considerado no percentual do repasse dos dez por cento do Produto Interno Bruto, pelo que defendemos a visibilização do “quantum” será orçado para cada unidade da federação, para os fins de controle e audtagem, e possível judicialização dos desvios, por ventura existentes;
10. Combate irrestrito ao trabalho infantil, notadamente das crianças em lixões, minas, exploração sexual, trabalho escravo(piores formas de exploração de mão-de-obra);
11. Quebra do paradigma de afastamento das demandas educacionais das esferas do judiciário, com o protagonismo do órgão ministerial na judicialização das Ações Cíveis Públicas, mormente no que tange a construção dos equipamentos públicos , como creches e pré-escolas, para além da fiscalização dos desvios e fraudes na cesta financeira tarifada para a educação.
12. Estabelecimento de percentuais de implementação de creches , e unidades de educação infantil, como espaços privilegiados de saber e de proteção contra toda forma de violência contra a criança e adolescente;
13. Melhorias dos índices econômicos e sociais, é o melhor antídoto para a violência que é fenômeno que perpassa os meios policiais e judiciais , a “mora legislatoris” no que tange a edição de atos normativos preventivos em sede educacional;

14. Protagonismo juvenil – desenvolvimento de estruturas curriculares abertas e não-convencionais de oferta de educação para os jovens, evitando-se a multiplicidade de disciplinas e excessivo fracionamento de conhecimento, aparente conflito entre cultura escolar e juvenil;

15. A meritocracia como fator indutor da formação inicial e continuada dos docentes, mediante um adicional de resultados com enfoque no aprendizado/rendimento escolar, não centrado no viés da aprovação escolar pura e simples, centrado em atividades esportivas, culturais, de cuidados básicos, dentre outras ;

16. A centralidade das políticas educacionais no público primaz das crianças em situação de extrema vulnerabilidade social e familiar, como alvo da educação infantil, no ínsitos termos da Conferência de Dacar - 2000;

6. Conclusões:

1. O novo paradigma de atuação institucional do Ministério Público deve primar pela ação promocional, pela pró-atividade destacando-se, neste contexto, a luta em favor da defesa de uma educação de qualidade, inclusiva e efetivadora de uma sociedade humana justa e solidária, educação em tempo integral no marco legal e nos percentuais fixados no recém aprovado Plano Nacional de Educação;

2. A defesa do direito à educação como uma política de Estado, não de governo, que não se reduz à garantia de acesso aos estabelecimentos formais de ensino, mas implica em buscar garantir a permanência dos educandos no sistema formal, adequando-se este a políticas públicas de formação humana integral;

3. O Ministério Público, cumprindo sua missão institucional, deve velar não somente pela garantia de acesso ao sistema educacional, mas deve agir pró-ativamente, no sentido de promover junto aos órgãos executivos, do Poder Legislativo e Judiciário ações aptas a garantir não somente um mínimo de qualidade, mas direcionando suas ações rumo à afirmação de uma sempre mais aprofundada e ampla qualidade da educação pensada, holisticamente, em todas as suas dimensões.

Por derradeiro, declinamos a conclusão da presente tese de que a educação como base estruturante do sistema democrático do Estado, visa a promoção ininterrupta dos direitos humanos, é condição indispensável para a paz, que é fruto da Justiça.

APROVADA POR UNANIMIDADE

Infração Administrativa às Normas de Proteção à Criança e ao Adolescente: cumprimento de sentença e a extinção do processo por falta de bens penhoráveis do devedor

Epaminondas da Costa
Promotor de Justiça na Comarca de Uberlândia-MG

Considerações introdutórias

As hipóteses caracterizadoras de infração administrativa às normas de proteção à infância e à adolescência estão previstas em artigos específicos da Lei n. 8.069 de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sendo que a sanção estabelecida no referido Estatuto é aquela de natureza pecuniária.

De qualquer modo, não se pode perder de vista que o art. 267, VI do Código de Processo Civil – Lei n. 5.869 de 1973, subsidiariamente, enuncia que a máquina judiciária não deve ser movimentada inutilmente.

Anote-se, desde logo, que casos há, e muitos, em que a frustração no cumprimento da sentença condenatória por infração administrativa às normas do ECA decorre justamente do estado de pobreza de muitos devedores, que não conseguem levar adiante o empreendimento econômico então iniciado.

Fundamentação

O art. 194 da Lei n. 8.069 de 1990 estabelece o seguinte: “*O procedimento para imposição de penalidade administrativa por infração às normas de proteção à criança e ao adolescente terá início por representação do Ministério Público, ou do Conselho Tutelar, ou auto de infração elaborado por servidor efetivo ou voluntário credenciado, e assinado por 2 (duas) testemunhas, se possível.*”

A situação a ser discutida nesta tese refere-se, mais especificamente, aos casos em que, concluído o *procedimento judicial* para a imposição da correspondente sanção pecuniária, o oficial de

justiça não consiga encontrar o devedor ou localizar bens penhoráveis para a satisfação da pretensão creditícia em favor do Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente, a teor do disposto no art. 214, § 1º do ECA⁷.

Nos termos do art. 2º, § 1º da Lei n. 6.830 de 1980 (Lei de Execução Fiscal), o crédito suprarreferido integra o conceito de Dívida Ativa da Fazenda Pública, embora a sua cobrança, em caráter especial, caiba ao Ministério Público, por força do disposto no art. 214, § 1º do precitado Estatuto (ECA).

Lado outro, à luz do disposto no art. 40, §§ 2º e 3º da Lei de Execução Fiscal, o arquivamento dos autos ali previsto, por causa da ausência de bens penhoráveis, encerra a ideia de extinção anômala da execução, com a possibilidade da sua retomada posteriormente, contanto que haja a descoberta posterior do patrimônio do devedor.

A rigor, essa extinção atípica da execução, pelo *prazo máximo de 1 (um) ano*, a contar da tentativa frustrada da efetivação da penhora de bens, fundamenta-se no fato de que os processos judiciais não podem aguardar indefinidamente a verificação de determinada situação fática capaz de propiciar o seu encerramento por ato do juiz.

Aliás, não é sem razão que o art. 267, incisos IV e VI do Código de Processo Civil trata expressamente da extinção do processo sem o julgamento do mérito, quando não houver os seus *pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular ou o interesse processual*, por exemplo.

É evidente que a existência de bens penhoráveis se coloca como condição ou pressuposto essencial para o prosseguimento de qualquer execução, confundindo-se, inclusive, com o interesse processual, até porque não se afigura razoável ou concebível a movimentação inútil da máquina judiciária. Noutros termos, o desenvolvimento da atividade administrativa no âmbito do Poder Judiciário, de forma manifestamente inócua, vai de encontro ao princípio constitucional da economicidade.

⁷ Art. 214. Os valores das multas reverterão ao fundo gerido pelo Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do respectivo município.

§ 1º As multas não recolhidas até 30 (trinta) dias após o trânsito em julgado da decisão serão exigidas através de execução promovida pelo Ministério Público, nos mesmos autos, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

§ 2º Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

De mais a mais, o art. 1º da Lei de Execução Fiscal estabelece a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à cobrança judicial regulada na referida Lei,

Consequentemente, a extinção do processo após o suprarreferido arquivamento, alicerçada em nova tentativa frustrada de localização do devedor ou do seu patrimônio, apresenta-se como a medida mais adequada à realização das diretrizes normativas oriundas do art. 125 do Código de Processo Civil – Lei n. 5.869 de 1973, especialmente a “*rápida solução do litígio e a prevenção ou repressão de ato contrário à dignidade da justiça*”.

Essa extinção estará fundamentada na ausência de pressuposto processual para o prosseguimento regular do cumprimento da sentença condenatória, consistente na existência objetiva de bens penhoráveis do devedor; alternativamente, fundamentar-se-á na ausência de interesse processual, visto que, factualmente, não será possível a satisfação da pretensão creditícia, objeto do cumprimento da sentença condenatória. Basta ser lavrada a competente certidão nos autos pelo oficial de justiça, no que diz respeito à não-localização do devedor ou do seu patrimônio.

Diga-se de passagem que o processo judicial de cobranças de dívidas não pode ser antieconômico, por óbvio.

Enfim, a solução ora apresentada tem sido empregada com êxito há vários anos na Comarca de Uberlândia-MG, em casos não-numerosos, com o destaque de que a satisfação espontânea ou forçada do crédito em questão tem sido bem sucedida na maioria das vezes.

Segue, pois, a título de anexo, o modelo de sentença judicial extintiva da execução, por causa da ausência de bens penhoráveis do devedor; nela há citação de doutrina e de jurisprudência a respeito do tema em questão.

Conclusão

É perfeitamente possível, juridicamente, a extinção *singular* da execução originada de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente, tendo em vista a ausência de bens penhoráveis, ou em razão do paradeiro incerto do devedor.

Anexo I (extinção de execução por falta de bens penhoráveis)

S E N T E N Ç A

Vistos

Versa o presente feito sobre cumprimento de sentença, atinente a aplicação de multa por

infração administrativa, no qual, até o presente momento, ainda não foi efetivado o pagamento do débito ou localizado bens passíveis de penhora.

Dado vista ao presentante do Ministério Público, parte legitimada para promover a execução, este pugnou pela extinção do feito, sob argumento de que as despesas necessárias para a continuidade da execução seriam superiores ao valor exequendo.

Decido.

O ajuizamento e trâmite de ações de cumprimento de sentença, assemelhadas à execução fiscal, que objetivam o recebimento de valores ínfimos prejudica a prestação jurisdicional, cujas soluções visam a pacificação social, bem como o andamento dos processos executivos que objetivam o recebimento de valores expressivos.

Quando a atividade jurisdicional demanda mais dinheiro ou trabalho que as vantagens que dela se auferem, falta interesse de agir ao proponente, havendo desproporcionalidade entre o custo e o benefício demandado.

Ademais, tendo passado longo período, não houve o recebimento do crédito, indicando ser inócua e pouco proveitosa a continuidade deste feito.

Conforme excelente transcrição que consta na decisão monocrática do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, do colendo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, proferida em 15 de dezembro de 1998 e publicada em 12 de fevereiro de 1999 (Recurso Extraordinário nº 241.017/SP):

A relação custo/benefício é de tal forma desproporcional, na cobrança de valores ínfimos, que não traduz a utilidade exigida como parte do binômio formado pelo interesse de agir na exata medida em que deixa de trazer à exeqüente o proveito econômico visado pela cobrança do crédito. Afinal, qual o proveito daquele que despende cinco para receber um? A sobrecarga do Poder Judiciário decorrente das inúmeras execuções fiscais de valores antieconômicos prejudica o bom andamento das execuções de valores expressivos. As causas fiscais seguem o mesmo rito procedimental (Lei 6.830/80), qualquer que seja o valor cobrado. Ao invés de carrear recursos para os cofres públicos, inibir a inadimplência e a sonegação, a cobrança de valores irrisórios congestiona a "máquina" judiciária e prejudica todo o sistema de cobrança da dívida ativa, em prejuízo do interesse público (Manoel Álvares, Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada, ed. RT., 1996).

A jurisprudência vem se orientando no sentido de que é inviável economicamente uma ação de execução fiscal que objetive o recebimento de montante inferior ao limite previsto no artigo 34 da Lei 6.830/80.

A propósito, confira-se:

Recurso extraordinário - Execução fiscal - Insignificância da dívida ativa em cobrança - Ausência do interesse de agir - Extinção do processo - Recurso Extraordinário não conhecido.

- O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as decisões, que, em sede de execução fiscal, julgam extinto o respectivo processo, por ausência do interesse de agir, revelada pela insignificância ou pela pequena expressão econômica

do valor da dívida ativa em cobrança, não transgridem os postulados da igualdade (CF, art. 5º, caput) e da inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes.⁸O acesso ao Poder Judiciário é garantia que tem de ser dosada pelo mínimo interesse de agir. Quando a ação envolve interesse patrimonial menor do que os gastos do processo, justifica-se a virtuosa limitação legal do art. 34 da Lei nº 6.830/80.⁹

O eminente desembargador LUCAS SÁVIO V. GOMES, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao proferir seu voto na Apelação Cível nº 000.208.044-8/00, julgada em 15 de março de 2001, a respeito da matéria em comento, pronunciou, *verbis*:

É de bom alvitre observar, ângulo outro, a inexistência de qualquer ofensa ao disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, porquanto indiscutível a falta de interesse de agir da exequente/agravante, ao manejar ação executiva fiscal para cobrança de valor que não a justifica, ante o seu custo que será, obviamente, mais oneroso. Neste sentido é, inclusive, o tranqüilo posicionamento do S. T. F., como se vê do seguinte aresto: “Inexiste ofensa ao artigo 5º, XXXV, da Constituição, porquanto, por ter sido julgada extinta a execução fiscal por falta do interesse de agir, não se pode pretender, sob o fundamento de não ser cabível no caso essa extinção, que a decisão judicial que a confirmou haja impedido o livre acesso ao Poder Judiciário” (RT 722/168). Insta observar, por derradeiro, para que não reste qualquer dúvida, que, hoje, as 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional, extintas em 1996, teriam, aplicando-se os índices de atualização utilizados na Justiça do Estado de Minas Gerais, o valor aproximadamente acima de quatrocentos reais (R\$400,00), valor este superior ao que se pretende executar nos presentes autos.

A extinção da presente execução, por falta de interesse de agir, não significa que está havendo extinção ou exclusão do crédito tributário. Conforme orientação constante no referido Recurso Extraordinário nº 241.017/SP, “respeitados os prazos prescricionais, a soma dos créditos que atinja valor razoável poderá autorizar a renovação da instância, sem caracterizar desvio de finalidade”.

Aliado a isso, a parte legitimada para promover a execução também requereu a extinção do presente feito.

Por derradeiro, resalto que as condições da ação são apreciáveis de ofício e a qualquer tempo.

Posto isso, com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, de ofício, **JULGO EXTINTA A EXECUÇÃO** e determino o arquivamento, sem ônus para as partes.

P. R. I.

Uberlândia, 18 de setembro de 2009.

Édila Moreira Manosso

Juíza de Direito

⁸ STF, Segunda Turma, RE-252965/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. Acórdão Min. CELSO DE MELLO, j. 23/03/2000, DJ 29/09/2000.

⁹ TJMG, Agravo Regimental no agravo nº 230159-6/01, Rel. ALMEIDA MELO, j. 31/05/2001.

APROVADA POR UNANIMIDADE

Natureza Jurídica da Audiência Informal Prevista no ECA

Epaminondas da Costa

Promotor de Justiça na Comarca de Uberlândia-MG

Introdução

No Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069 de 1990 (ECA) há previsão de que, praticado o ato infracional e instaurado o competente procedimento investigativo ou lavrado o Boletim de Ocorrência pertinente, será realizada a audiência informal pelo Ministério Público com o autor do ato infracional (adolescente) e, em sendo possível, com a vítima e testemunhas (art. 179 do ECA). Inexiste disciplinamento no referido Estatuto quanto a este ato administrativo e, além disso, os estudos da doutrina a seu respeito são bastante escassos.

Em resumo, pretende-se discutir aqui se se trata de ato obrigatório ou facultativo, do ponto de vista da decisão do órgão do Ministério Público de realizá-lo ou não, independente da existência de corrente jurisprudencial proclamando a ausência de nulidade processual pela não-realização da audiência informal.

Fundamentação

O autor da presente tese exerce as funções de defesa dos direitos da criança e do adolescente há mais de onze anos na Comarca de Uberlândia-MG, na qual existe vara especializada na referida matéria. Por esta razão, tem sido observado ao longo dos anos quão importante se revela a *audiência informal*, notadamente em relação a autores de atos infracionais cujas condições socioeconômicas dos pais ou responsáveis não lhes permitam contar com a assistência de advogados constituídos. As Defensorias Públicas carecem até então de número suficiente de profissionais, fazendo com que, portanto, grande parte das demandas da população pobre deixe de ser recepcionada

pela mencionada Instituição.

Não é raro que a descrição ou a *tipificação* do ato infracional pela Polícia Militar ou pela Polícia Civil seja discrepante daquilo que efetivamente tenha ocorrido. Sem contar a existência do *indiciamento* por meras conjecturas, sem indícios suficientes de autoria e de materialidade, sobretudo no tráfico ilícito de drogas, dentre outras infrações penais.

A título de registro, basta ser lembrado que, na Comarca de Uberlândia, já houve a apreensão e autuação em flagrante por suposto roubo mediante agressão física e em concurso de pessoas, ao passo que, durante a entrevista com os autores do ato infracional, conjugada com a leitura dos depoimentos da vítima e das testemunhas, foi constatado ter sido praticado, em princípio, o ato infracional denominado exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do Código Penal).

Quer dizer, realizada a audiência informal, e uma vez que foi detectado o possível equívoco policial, sobreveio a soltura imediata daqueles adolescentes, já que este último ato infracional (art. 345 do Código Penal) não comportaria, isoladamente, a imposição da medida socioeducativa de internação, e sim uma medida de meio aberto (prestação de serviços à comunidade, advertência ou liberdade assistida).

De igual forma, tem sido bastante comum, no tráfico ilícito de drogas, que a simples informação vaga, colhida por policiais militares, sem a identificação da fonte, conduza à apreensão e autuação em flagrante de inimputáveis, mas quem deveria ser preso permanece em liberdade, cooptando outros adolescentes para o mundo do crime.

Aliás, numa situação em que a vítima estava sendo “torturada” por traficantes, tendo estes empreendido fuga com a chegada da Polícia Militar, um adolescente, que se encontrava no local para comprar substância entorpecente, veio a ser autuado em flagrante como coautor do ato infracional tipificado como extorsão mediante sequestro. Isto porque, o ofendido estava sob o poder de traficantes, com a sua liberdade de ir e vir frustrada no momento em que ela era agredida física e psicologicamente, para garantir vantagem econômica àqueles. Por pouco, o inimputável em questão ficaria internado (“preso”), enquanto os marginais perigosos permanecem soltos até hoje, segundo se acredita.

Nas audiências informais, os adolescentes comparecem habitualmente sem a assistência de advogados, sendo que a genitora, quase sempre, é quem se faz presente ao ato ministerial, portanto, sozinha, sem apoio do marido ou do companheiro e, ainda, sem assistência jurídica. Inexiste a determinação legal expressa da nomeação de defensor dativo por ocasião da realização de tal ato administrativo, embora haja posicionamento doutrinário eloquente defendendo a obrigatoriedade da referida assistência jurídica.

Vê-se, pois, que esse ato ministerial se reveste de muita relevância jurídica e social, o qual, porém, não precisa seguir determinado padrão procedimental, até porque a própria lei estabelece que a audiência é informal, sem seguir fórmulas sacramentais. Ela pode consistir numa simples entrevista com o autor do ato infracional e os seus responsáveis legais, permitindo, assim, que se tenha melhor percepção sensorial do caso e das condições que o tenham eventualmente ensejado, tais como a forma da educação familiar, comportamento escolar e social, consumo de substâncias entorpecentes ou a ingestão de bebidas alcoólicas e outras coisas mais.

Com isto, pode-se avaliar a conveniência e a oportunidade da proposta de remissão com ou sem carga (cumulada com medidas socioeducativas de meio aberto), nos termos dos arts. 126 e 127 do citado Estatuto da Criança e do Adolescente, além de ser analisada, principalmente, a legitimidade da manutenção da privação de liberdade do autor do ato infracional; sendo o caso, deverá ser formulado o pedido de internação provisória pelo órgão do Ministério Público, a fim de que advenha a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 108 do ECA). Do contrário, deverá ser providenciada a imediata “soltura” daquele a quem se atribua a prática de ato infracional.

Outrossim, a audiência informal pode estar encerrada num pequeno resumo contido em formulário, com vistas a apontar o que foi observado na entrevista com o autor do ato infracional, ou simplesmente ser mencionada no requerimento de internação provisória ou na peça inaugural da ação socioeducativa (Representação).

Qualquer que seja a maneira de efetivação da audiência informal, quer sob a forma de entrevista sem registro documental, quer sob a forma de termo de declarações, ela se mostra indispensável, pois do contrário nem sequer haveria a previsão legal da sua realização pelo Ministério Público, nos termos do art. 179 do precitado Estatuto. A sua efetivação pelo Ministério Público concorre, em muitos casos, como visto acima, para a restituição imediata da liberdade do autor do ato infracional, inclusive por iniciativa direta do Promotor de Justiça.

De fato, se a autoridade policial pode e deve fazer a entrega ao responsável do adolescente apreendido na flagrância de ato infracional, em que a internação provisória se afigurar ilegítima ou sem plausibilidade factual, o mesmo há de ser concluído, forçosamente, em relação ao órgão do Ministério Público. Noutros termos, tais autoridades administrativas podem restituir a liberdade do autor do infracional, contanto que ele não esteja submetido à privação de liberdade por ato judicial.

A analogia que ora se faz, estendendo-se ao órgão do Ministério Público a prerrogativa legal deferida à autoridade policial (art. 174 do ECA), visa a beneficiar o adolescente a quem se atribua a prática de ato infracional, sobretudo à luz do princípio legal da excepcionalidade da medida de

internação (art. 121, caput, do ECA). O que não pode haver é a internação de inimputáveis sem a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária.

Em termos práticos, a “soltura” de adolescente apreendido na flagrância de ato infracional, e apresentado ao Ministério Público para ser ouvido informalmente, poderá ocorrer mediante ofício endereçado à direção da unidade de internação, requisitando-lhe que proceda à entrega incontinenti do adolescente ao seu responsável. Isto deverá ocorrer imediatamente à realização da audiência informal, com fundamento no art. 201, VIII do ECA.

Diante do que foi exposto até aqui, defende-se a tese de que a audiência informal se constitui em direito público subjetivo do autor de ato infracional, sendo esta, pois, a sua natureza jurídica.

Advirta-se que o precitado ato administrativo enseja a oportunidade à família, em contato direto com o órgão do Ministério Público, de ser corretamente informada dos motivos da apreensão e autuação em flagrante de inimputáveis, considerados como pessoas em peculiar fase de desenvolvimento e, por isto, sujeitos à proteção especial da família, da sociedade e do Estado (art. 227, § 3º, IV e V da Constituição Federal).

Finalmente, como se sabe, parte expressiva da jurisprudência, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, tem assentado que a ausência da realização da audiência informal não provoca nulidade processual, reconhecendo-a como ato facultativo do Ministério Público. Este é também o pensamento do eminente Procurador de Justiça paulista Paulo Afonso Garrido de Paula, coautor do Estatuto da Criança e do Adolescente, fazendo-o, inclusive, sob o fundamento de que o adolescente não pode ser chamado a produzir provas contra si.

Conclusão

A audiência informal prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente constitui-se em direito público subjetivo do autor do ato infracional.

Anexo I (Formulário: Audiência Informal/ Remissão Sem Carga)

Audiência Informal/Remissão Sem Carga

CARTA PRECATÓRIA Nº: 2014.0083.2360/NOTÍCIA DE FATO Nº: MPMG-0702.14.002509-0

ATO(S) INFRACIONAL(IS): “art. 140, § 3º do Código Penal”

DATA E HORÁRIO DOS FATOS: 03/03/2014, por volta de 15h30, na cidade de Caldas Novas-GO

NOME DO(A) ADOLESCENTE: Sicrana de Tal

DATA DE NASCIMENTO: 08/04/1996 – com 18 anos de idade, na atualidade

ACOMPANHADO(A) POR: mãe e Dr. Defensor constituído

ENDEREÇO RESIDENCIAL: nos autos

TELEFONES: nos autos

SÍNTESE DOS FATOS E DE OUTROS DADOS RELEVANTES

A então adolescente acima nomeado(a), em companhia de seu/sua “representante legal/responsável”, compareceu nesta data perante o 20º Promotor de Justiça, tendo declarado: **(x)** serem verdadeiros, em parte, os fatos mencionados nos autos, confirmando que apenas chamou a vítima de “neguinha”, sendo que o desentendimento ocorreu, por causa de vaga em estacionamento. A declarante foi ofendida, inicialmente, pela vítima, a qual fez uso de palavras de baixo calão contra a informante; **(x)** não trabalha; **(x)** não estuda, porém já concluiu o ensino médio; **(x)** não faz uso de drogas; **(x)** não havia até então tido problemas com a Polícia e/ou com a Justiça; **(x)** não está em cumprimento de medida socioeducativa. *INFORMAÇÕES DO(A) ACOMPANHANTE:* **(x)** excelente filha; **(x)** obediente e cooperativa em casa; **(x)** vive acompanhado(a) de pessoas de boa índole; **(x)** possui/possuía conduta escolar exemplar; **(x)** não tem por hábito praticar condutas antissociais.

DA PROPOSTA DE REMISSÃO SEM CARGA

Trata-se de ato infracional que não envolveu o emprego de violência ou de grave ameaça a pessoa e, além disso, a então adolescente demonstrou, no conjunto dos dados ora colhidos, ser de excelente índole, sujeita à autoridade familiar e que não traz qualquer risco de “reiteração infracional”.

PORTANTO, concedo aqui a chamada REMISSÃO SEM CARGA, fazendo-o com arrimo nos arts. 126 e 127 da Lei nº 8.069 de 1990, ficando a então adolescente advertida das consequências da prática de nova infração penal.

Mãe, adolescente e o seu Defensor aceitaram a proposta de remissão tal qual proposta aqui.

Uberlândia, 25 de julho de 2014.

(As.) Promotor de Justiça

(As.) Declarante

(As.) Acompanhante

(As.) Defensor

APROVADA POR UNANIMIDADE

A prática de improbidade administrativa e as expectativas de controle decorrentes

Fabiano Ferreira Furlan

Promotor de Justiça

Mestre em Direito Empresarial

Doutor em Direito Público

A repulsa à prática de improbidade administrativa, como um viés anticorrupção, alinhou-se aos movimentos populares de rua e integra uma das perspectivas de atuação do Ministério Público.

O Brasil ameahou ao longo dos anos um dos diplomas legais mais importantes na linha de combate contra a corrupção, no caso, a lei de improbidade administrativa, mas que passou a ser enfraquecido pela interpretação constitucional, em especial, a consagrada pelo Supremo Tribunal Federal (FURLAN, Fabiano Ferreira. *A corrupção política e o Estado Democrático de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2014, p. 152).

Dessa forma, este trabalho tem como foco o conteúdo da decisão exarada na Reclamação nº 2.138/DF, que tramitou no Supremo Tribunal Federal e reconheceu a natureza de crime de responsabilidade em caso concreto em que se apreciou a responsabilidade de um ex-Ministro de Estado, processado por improbidade administrativa, para afastar a própria incidência da lei de improbidade administrativa na hipótese.

Talvez a pior decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, embora por maioria de votos, de todos os tempos.

Segue a ementa do caso:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão

de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição. I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na sequência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição. II. 3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). III. 4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, “c”, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II. 5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência da Senhora Ministra

Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, deliberar pela rejeição da preliminar de prejudicialidade suscitada. Em seguida, também rejeitar a questão de ordem suscitada pelo Senhor Ministro Marco Aurélio, no sentido de sobrestar o julgamento. No mérito, por maioria de votos, julgar procedente a reclamação. Brasília, 13 de junho de 2007. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rcl. n.º 2.138/DF. Relator Ministro Nelson Jobim. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. j. 13.06.2007. *DJ*, 18 abr. 2008. Tribunal Pleno)

Ainda que as atenções se voltem para o âmbito da sanção legal, o tratamento dado ao gênero improbidade, no ordenamento jurídico brasileiro, assume as conotações que se seguem, reforçando a preponderância da natureza civil da improbidade administrativa que figura como uma das espécies do gênero que se convencionou de “improbidade”. A palavra “improbidade”, por si, traduz-se como desonestidade, maldade, perversidade, a caracterização do servidor desonesto (HORTA, Raul Machado. Improbidade e corrupção. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 236, p. 121-128, abr./jun. 2004, p. 121).

Dado que a decisão da Reclamação nº 2.138 foi pautada em enfoque que não se afastou da natureza das sanções, empreendeu-se o estudo que se segue sobre a abordagem da improbidade de acordo com o estabelecimento de classificação neste sentido para demonstrar que ainda assim a dinâmica desenhada pelo Supremo Tribunal Federal não procede.

Evidenciam-se posicionamentos doutrinários (COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 23) e dos Tribunais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n.º 2797/DF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. j. 15.09.2005. *DJ*, 19 dez. 2006) que priorizam o estabelecimento de uma classificação das espécies de improbidade com foco na natureza da sanção prevista em lei. Tendo-se em vista esse critério, independentemente das variações que possam surgir, infere-se que a improbidade tende a comportar pelo menos seis modalidades: a) a improbidade trabalhista, b) a improbidade disciplinar, c) a improbidade penal, d) a improbidade civil, e) a improbidade político-administrativa e f) a improbidade administrativa. A diferença de fundo entre as Leis n.ºs 1.079/50 e 8.429/92 é ressaltada nessa classificação.

A trabalhista é a ventilada quanto à previsão de demissão por justa causa afeta à Consolidação das Leis do Trabalho, com aplicação limitada aos agentes públicos, pois nem todos estão sujeitos à sua égide. A Consolidação das Leis do Trabalho é um dos referenciais legislativos que trataram da improbidade, de modo a esculpi-la como infração disciplinar, uma das faltas graves que autoriza a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, nos termos do artigo 482, “a”, da Lei n.º 5.452, de

1º de maio de 1943 (COSTA, José Armando da. Contorno jurídico da improbidade administrativa. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 21).

A modalidade disciplinar é a que dá ensejo à aplicação, ao agente público federal, estadual ou municipal, da sanção de demissão (COSTA, José Armando da. Contorno jurídico da improbidade administrativa. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 23). Assemelha-se à improbidade político-administrativa quanto à possibilidade de a pena de demissão também se resvalar concretamente na perda do cargo ou da função pública, mas não assume a mesma contextualização ideológica.

A improbidade civil é a que, por conduta dolosa ou culposa, obriga o agente público ou terceiro a ressarcir o dano. A civil está atrelada à responsabilidade patrimonial, com sanções que reforçam a perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, o ressarcimento integral do dano, quando houver, e o pagamento de multa.

Já a improbidade criminal aparece nas hipóteses em que as condutas desenvolvidas amoldam-se às previsões típicas da legislação penal própria, possibilitando a aplicação de sanções privativas de liberdade, restritivas de direito e multa. O diferencial é a previsão em sede de legislação que está condicionada a princípios e regras distintas de tratamento devido a restrições que podem afetar a liberdade de locomoção do ser humano. Além das penas privativas de liberdade, restritivas de direito e a de multa, o Direito Penal pode trazer, como efeitos da condenação, verdadeiras penas acessórias camufladas (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 6 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 453), como as estabelecidas no artigo 92 do Código Penal, já mencionado antes, que, em situações específicas, autorizam a imposição da perda do cargo ou função pública, a definição da incapacidade para o exercício do poder familiar e outras.

Evidencia-se a sincronização da legislação brasileira com as capitulações das condutas submetidas a penas privativas de liberdade indicadas nos tratados em que o Brasil figurou como signatário. O Código Penal brasileiro (Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940) trata dos crimes contra a Administração Pública em título próprio, o Título XI, dividido em capítulos que tipificam os crimes de peculato – nas modalidades peculato-apropriação, peculato-desvio, peculato-furto, peculato mediante erro de outrem e peculato culposos –, concussão, corrupção passiva, prevaricação e vários outros. O funcionário público que pratica o crime de peculato-apropriação, por exemplo, que consiste no fato de o agente apropriar-se de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, está sujeito à pena de reclusão, de dois a doze anos, e multa. Legislações esparsas que também impõem a responsabilização criminal do agente reforçam ainda mais a integração internacional brasileira no propósito de reprimir condutas ilícitas destacadas em tratados internacionais, como a Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998, com as

atualizações da Lei nº 12.683/12, que passou a dispor sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, além de trazer outras disposições.

A improbidade político-administrativa é revelada por textos legais que não impõem a privação da liberdade de alguém em razão da infração praticada, mas sustentam a perda do cargo, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, cassação do mandato, inabilitação para o exercício de função pública, como se observa na Lei nº 1.079/50 e mesmo no Decreto-Lei nº 201/67. Os anos 50 trouxeram a construção normativa da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, que define os crimes de responsabilidade efetivados pelo Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República e outros agentes, capitulando de forma expressa, no seu artigo 9º, os crimes contra a probidade na Administração. A aplicação das sanções relacionadas à improbidade político-administrativa não é direcionada apenas às pessoas eleitas, como preconiza a Lei nº 1.079/50, que estatui a possibilidade de um Ministro do Supremo Tribunal Federal estar sujeito ao *impeachment*.

Desse modo, a Lei nº 1.079/50 traz a previsão dos crimes de responsabilidade praticados por certos agentes públicos. Ocorre que a posição predominante (COSTA, José Rubens. *Infrações político-administrativas e impeachment*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 5; CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. 6 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey. 2006, p. 485; RICCITELLI, Antonio. *Impeachment à brasileira: instrumento de controle parlamentar?* Barueri: Minha Editora, 2006, p. 43; FONSECA, Rosemayre Gonçalves de Carvalho. A ação de improbidade administrativa e os agentes políticos. *Revista CEJ*, Brasília, v. 11, n. 37, p. 4-13, jun. 2007, p. 5; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Pet. nº 1365 QO/DF. Questão de Ordem na Petição. Relator Ministro Néri da Silveira. j. 03.12.1997. *DJ*, 23 mar. 2001; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. AgRg no Resp. nº 845037/SP. Agravo Regimental no Recurso Especial. Relator Ministro Francisco Falcão. j. 26.09.2006. *DJ*, 26 out. 2006) sempre indicou que, embora se empregue a expressão “crime”, as infrações previstas não têm natureza criminal, pois não impõem a privação da liberdade de alguém, por exemplo, independentemente da existência de decisões isoladas no Supremo Tribunal Federal, algumas anteriores à Constituição de 1988, que reconheceram a natureza criminal do chamado crime de responsabilidade (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Pet. nº 85/DF. Relator Ministro Soares Munoz. j. 18.09.1980. *DJ*, 13 fev. 1981; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Pet 1954/DF. Relator Ministro Maurício Corrêa. j. 11.09.2002. *DJ*, 1º ago. 2003; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Pet. nº 1104 AgR-ED/DF. Relator Ministro Sydney Sanches. j. 23.04.2003. *DJ*, 23 maio 2003).

Remanesce a improbidade administrativa tratada de forma autônoma pela Constituição Federal. O texto constitucional de 1988, no artigo 37, § 4º, fazendo alusão expressa à improbidade

administrativa, dispôs que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Trata-se de norma constitucional de eficácia jurídica limitada, uma vez que sua redação passou a exigir a regulamentação por lei quanto à forma de aplicação e gradação das sanções a serem aplicadas. Essa também é a posição de Jorge e Rodrigues (JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A tutela processual da probidade*. In.: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.) *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 217). Há, porém, quem entenda que a eficácia é contida (COSTA, José Armando da. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 21).

A improbidade administrativa, que não se afasta da compreensão geral quanto à presença da desonestidade do agente público, quando este se enriquece ilicitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário, foi regularmente implementada pela Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei da Improbidade Administrativa, oportunidade em que o dispositivo constitucional adquiriu eficácia plena (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Pet. 3923 QO/SP. Relator Ministro Joaquim Barbosa. j. 13.06.2007. *DJ*, 29 set. 2008). A ementa da lei referida, que sintetiza seu conteúdo, a fim de permitir de modo imediato o conhecimento da matéria legislada, estabelece que o diploma legal “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”.

A adesão ao critério da natureza da sanção prevista como fator preponderante afasta a possibilidade de enquadramento isolado da improbidade administrativa, corporificada pela Lei n.º 8.429/92, em uma das outras espécies cogitadas, pois se percebe a fixação de sanções que poderiam ser enquadradas como de naturezas político-administrativas, civis, disciplinares. Independentemente da divisão apresentada quanto aos outros cinco gêneros de improbidade possíveis, a Lei n.º 8.429/92, inclusive na órbita da responsabilidade dos agentes políticos, sempre foi considerada, pelas vozes majoritárias na doutrina (SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 83; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A tutela processual da probidade*. In.: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (Coord.) *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 219) e nos tribunais (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Rcl. n.º 591/SP. Relator Ministro Nilson Naves. j. 01.12.1999. *DJ*, 15 maio 2000), de natureza essencialmente civil.

O Supremo Tribunal Federal, até o julgamento da Reclamação n.º 2.138/DF, também tinha posicionamento firme sobre a natureza civil da improbidade administrativa, na mesma linha dos votos

que formaram a posição minoritária (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n.º 2797/DF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. j. 15.09.2005. *DJ*, 19 dez. 2006). Outro não poderia ser mesmo o entendimento, tendo em vista a própria redação expressa do artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, que ressalva a ação penal ao dispor: “sem prejuízo da ação penal cabível”. Nesse sentido, a consideração isolada da natureza da sanção já traz, individualmente, incoerência metodológica.

Nesse sentido, a improbidade administrativa tem natureza autônoma em que prepondera o seu caráter civil, de onde se percebe que, mesmo atrelada a aspectos inerentes às sanções político-administrativas, assume fisionomia constitucional que se impõe por conta própria. As sanções político-administrativas não poderiam ser consideradas isoladamente e, ainda que o fossem, as pontuações já consideradas até aqui e as que se seguirão remanesceriam como fatores que demonstram o distanciamento da improbidade administrativa da interpretação fomentada pelo Supremo Tribunal Federal.

A Lei de Improbidade Administrativa destacada, na sua conformação redacional original, tendeu a representar um dos mais significativos mecanismos de contenção da corrupção no Brasil realizada por agentes públicos, principalmente pelos agentes políticos, dada a possibilidade de afastamento cautelar do exercício funcional desses agentes (artigo 20, parágrafo único, da Lei n.º 8.429/92), sujeitos ainda a sanções atreladas à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ao ressarcimento integral do dano, quando houver, à perda da função pública, à suspensão dos direitos políticos por determinados anos, ao pagamento de multa civil multiplicada algumas vezes pelo valor do acréscimo patrimonial e à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por determinado prazo, sem prejuízo das sanções afetas ao Direito Penal e à possibilidade de, provisoriamente, ser declarada a indisponibilidade dos bens do agente público ou particular que causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito que recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito (art. 7º da mesma Lei).

Trata-se, na sua origem, de um diploma que fomentou a agilidade da resposta estatal ao agente corrupto, sujeitando-o a medidas provisórias restritivas e a sanções finais de recomposição do próprio equilíbrio democrático por se aplicar até mesmo aos agentes que realmente ocupam a estrutura central de poder, repercutindo, assim, nos resultados dos índices nacionais e internacionais de percepção da corrupção, em razão da possibilidade de contenção da impunidade, mas, na contramão da história e da responsabilidade internacional, paulatinamente esvaziado pela interpretação constitucional.

Conclusões:

1ª Tese: A Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) tende a representar um dos mais significativos mecanismos de contenção da corrupção no Brasil realizada por agentes públicos, principalmente pelos agentes políticos.

2ª Tese: A lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) afigura-se como norma constitucional de eficácia jurídica limitada que complementou a redação esculpida no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal.

3ª Tese: A improbidade administrativa tem natureza autônoma em que prepondera o seu caráter civil, de onde se percebe que, mesmo atrelada a aspectos inerentes às sanções político-administrativas, assume fisionomia constitucional que se impõe por conta própria.

4ª Tese: A Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) incorpora-se ao ordenamento jurídico como mais um mecanismo de controle que não conflita com os ditames da Lei nº 1.079/50, dado que nosso sistema constitucional não repudia a duplicidade de sanções iguais quando os objetivos dos mecanismos de controle são distintos.

5ª Tese: A tipificação da conduta em sede de improbidade administrativa não fica condicionada exclusivamente à natureza das sanções previstas, de modo que caberá ainda ao intérprete do direito considerar a natureza da conduta empreendida e a finalidade normativa para estabelecer a subsunção do fato à norma.

APROVADA POR UNANIMIDADE

A voz das ruas e os contornos da corrupção praticada por agentes políticos no Brasil

Fabiano Ferreira Furlan

Promotor de Justiça

Mestre em Direito Empresarial

Doutor em Direito Público

Torna-se vexatória a situação do ordenamento jurídico brasileiro no tratamento da prática de improbidade administrativa, por vezes considerada uma espécie de corrupção, também efetivada por agente político.

Os agentes políticos são a espécie de agentes públicos que ocupam a cúpula da Administração Pública estatal e, portanto, figuram como os condutores da realidade brasileira, mas a interpretação constitucional formatada a partir do § 4º do artigo 37 da Constituição Federal praticamente afastou o Presidente da República e vice, Governadores de Estados e respectivos vices, Senadores, Deputados Federais e Estaduais, Ministros do Supremo Tribunal Federal, etc, da incidência da Lei 8.429/92.

A decisão proferida no âmbito da Reclamação nº 2.138/DF, por exemplo, que reconheceu a natureza de crime de responsabilidade em caso concreto em que se apreciou a responsabilidade de um ex-Ministro de Estado processado por improbidade administrativa para afastar a própria incidência da lei de improbidade administrativa na hipótese, tornou-se célebre.

Segue a ementa do caso:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CRIME DE RESPONSABILIDADE. AGENTES POLÍTICOS. I. PRELIMINARES. QUESTÕES DE ORDEM. I.1. Questão de ordem quanto à manutenção da competência da Corte que justificou, no primeiro momento do julgamento, o conhecimento da reclamação, diante do fato novo da cessação do exercício da função pública pelo interessado. Ministro de Estado que posteriormente assumiu cargo de Chefe de Missão

Diplomática Permanente do Brasil perante a Organização das Nações Unidas. Manutenção da prerrogativa de foro perante o STF, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição. I.2. Questão de ordem quanto ao sobrestamento do julgamento até que seja possível realizá-lo em conjunto com outros processos sobre o mesmo tema, com participação de todos os Ministros que integram o Tribunal, tendo em vista a possibilidade de que o pronunciamento da Corte não reflita o entendimento de seus atuais membros, dentre os quais quatro não têm direito a voto, pois seus antecessores já se pronunciaram. Julgamento que já se estende por cinco anos. Celeridade processual. Existência de outro processo com matéria idêntica na sequência da pauta de julgamentos do dia. Inutilidade do sobrestamento. Questão de ordem rejeitada. II. MÉRITO. II.1. Improbidade administrativa. Crimes de responsabilidade. Os atos de improbidade administrativa são tipificados como crime de responsabilidade na Lei nº 1.079/1950, delito de caráter político-administrativo. II.2. Distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. A Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei nº 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no art. 102, I, “c”, da Constituição. II. 3. Regime especial. Ministros de Estado. Os Ministros de Estado, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade (CF, art. 102, I, “c”; Lei nº 1.079/1950), não se submetem ao modelo de competência previsto no regime comum da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992). III. 4. Crimes de responsabilidade. Competência do Supremo Tribunal Federal. Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar os delitos político-administrativos, na hipótese do art. 102, I, “c”, da Constituição. Somente o STF pode processar e julgar Ministro de Estado no caso de crime de responsabilidade e, assim, eventualmente, determinar a perda do cargo ou a suspensão de direitos políticos. II. 5. Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, “c”, da Constituição. III. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, deliberar pela rejeição da preliminar de prejudicialidade suscitada. Em seguida, também rejeitar a questão de ordem suscitada pelo Senhor Ministro Marco Aurélio, no sentido de sobrestar o

julgamento. No mérito, por maioria de votos, julgar procedente a reclamação. Brasília, 13 de junho de 2007. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rcl. n.º 2.138/DF. Relator Ministro Nelson Jobim. Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes. j. 13.06.2007. *DJ*, 18 abr. 2008. Tribunal Pleno)

O *caput* do artigo 37 não afasta os agentes públicos da administração direta de sua incidência e muito menos os agentes políticos. Nesse sentido, verifica-se claramente que a Lei que complementou seu § 4º também deveria recair sobre esses agentes.¹⁰ A expressão “e também ao seguinte”, do *caput*, tem caráter de inclusão, e não de exclusão. A redação da cabeça do artigo não traz qualquer exceção quanto à atuação dos agentes públicos. Coloca todos na mesma condição e sujeitos às mesmas sanções. Reforça ainda que a moralidade é um dos princípios vetores da administração pública. Nos termos do voto do Ministro Carlos Velloso, o primeiro a apresentar entendimento contrário ao voto do Relator no mesmo caso:

A lei que dispõe sobre as sanções aplicáveis ao administrador ímprobo (referência à Lei nº 8.429/92) é, portanto, instrumento de realização do princípio da moralidade administrativa. Assim, a interpretação desta, que tem por finalidade, vale repetir, realizar o princípio constitucional, há de ser a mais larga a fim de se conferir a máxima eficácia a este.

Mesmo que se pudesse sustentar a existência de conflito aparente de normas entre as Leis n.ºs 1.079 e 8.429, o que também ainda esbarraria na impossibilidade do afastamento de argumentações como a preferência norteadas pela finalidade normativa entre outras, a redação constitucional indica que a Lei n.º 8.429/92, ao tratar da improbidade administrativa nos moldes preconizados pela Constituição, também é especial, de modo a afetar o voto de Cezar Peluso, que o utilizou:

Sr. Presidente, tiro a conclusão de que a Lei nº 8.429 postula interpretação restritiva, segundo a qual esses agentes, por atos de improbidade, ficam sujeitos a regime próprio, que é o da Lei nº 1.079, de 1950, onde seus atos são definidos como crimes de responsabilidade. Invoco aqui o princípio da especialidade no conflito aparente de normas.

¹⁰ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 4º – Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

O teor da redação da Lei n.º 8.429/92 revela-se especial não apenas por complementar o disposto no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal de forma expressa, ao tratar da “improbidade administrativa”, mas ainda por trazer disposições que sequer encontram previsões semelhantes na Lei n.º 1.079/50. A especialidade da Lei de Improbidade Administrativa também é firmada pela redação do artigo 15, V, da Constituição Federal, quando dispõe que “é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”. A menção expressa, no artigo 15 da Constituição, à previsão do seu artigo 37, § 4º, indica que a pretensão do Constituinte foi a de submeter os agentes políticos à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa e que essa lei estaria destinada a tratar desse assunto de forma autônoma e livre da irracionalidade metodológica de algumas interpretações.

Nesse sentido, o agente público, mesmo o qualificado como agente político, deveria sujeitar-se às disposições da Lei n.º 8.429/92, de modo a se reconhecer a revogação das disposições ordinárias contrárias ou mesmo a não recepção desses dispositivos. A própria Lei de Introdução ao Código Civil, ora considerada diploma que trata da aplicação de leis (DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 3), a lei das leis, apensada ao Código Civil apenas por opção legislativa, dispõe que uma lei revoga a anterior quando “expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria que tratava a lei anterior” (artigo 2º, § 1º, da LICC). Isso tudo ainda se fosse possível concluir que há identidade entre as tipificações e mesmo que ambas versem sobre a prática de crime de responsabilidade, algo que não se sustenta, como se verá, sem prejuízo do que já se cogitou.

Os critérios de solução de conflito aparente são o hierárquico, o cronológico e o da especialidade, enquanto os de solução de conflito real não seguem um parâmetro absolutamente definido, mas podem resvalar no emprego da analogia, dos costumes, dos princípios gerais de direito e da equidade, nos moldes dos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 72; MINHOTO, Antônio Celso Baeta. Os desafios contemporâneos da eficácia, da efetividade e dos conflitos no campo dos direitos fundamentais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, n. 61, out./dez. 2007, p. 49-74, p. 65). No caso da Reclamação n.º 2.138/DF, o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu que o conflito de leis era aparente, quando se reportou ao critério da especialidade para aplicar a Lei n.º 1.079/50 e afastar a Lei de Improbidade Administrativa, nos moldes do voto de Cezar Peluso, colacionado logo acima.

Ocorre que o reconhecimento da Lei n.º 8.429/92 como diploma especial, como sustentado neste trabalho, afasta o critério hierárquico, pois os diplomas ostentam o mesmo nível hierárquico-normativo. Remanesceria o cronológico. Dado que a Lei de Improbidade Administrativa é posterior à

Lei n.º 1.079/50, predominaria a redação do artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, indicada. Daí já se constata que prevaleceu o entendimento que o Supremo quis politicamente, ao legar a Lei n.º 8.429/92 a condição de norma geral e atribuir-lhe a pecha de prever crimes de responsabilidade.

Magistrados, membros do Ministério Público, Deputados e Senadores, Presidente da República, Governadores dos Estados e do Distrito Federal, Ministros de Estado, e todos os que integram a classificação de agentes políticos não podem simplesmente deixar de responder pelos termos da Lei n.º 8.429/92.

É fato que a Lei n.º 8.429 foi paulatinamente esvaziada, desde a sua publicação, quanto aos agentes públicos submetidos à sua égide, de modo a afastarem-se da incidência de suas disposições, em geral, agentes políticos. O voto de Carlos Velloso resume a posição que se concretizou nos votos firmados na Reclamação n.º 2.138/DF, em especial naqueles em que se defendeu a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Em que pese integrar a corrente minoritária que se firmou na votação da Reclamação, também aderiu a uma aplicação restritiva da lei de improbidade. Segue a parte do seu voto:

A aplicação da Lei de Improbidade, Lei 8.429/92, a esses agentes públicos faz-se, em certos casos, sob restrições. Por exemplo, ao Presidente da República não podem ser aplicadas as sanções de perda do cargo e suspensão dos direitos políticos, tendo em vista o disposto no art. 86 da CF. Quanto aos Deputados e Senadores, não há falar em perda do mandato (CF, art. 55). O mesmo deve ser dito relativamente aos Deputados Estaduais (CF, art. 27, § 1º).

A compreensão de Carlos Velloso é reforçada por outras decisões judiciais e posições doutrinárias citadas na sequência, em que se observa que, quanto ao Presidente da República e aos Governadores de Estado, a interpretação do disposto no artigo 85, V, da Constituição Federal, que firma a responsabilização do Presidente da República pela probidade na Administração e acaba abarcando os Governadores, em razão de construções semelhantes nas Constituições dos Estados, passou a afastar a incidência da Lei n.º 8.429/92 quanto às condutas desenvolvidas por essas autoridades na seara da improbidade administrativa, remetendo-as ao julgamento padronizado pela Lei n.º 1.079/50, que estabelece o mecanismo procedimental do *impeachment* (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI n.º 1628/SC. Relator Ministro Eros Grau. j. 10.08.2006. DJ, 24 nov. 2006) ainda que se cogite a possibilidade de aplicação da Lei n.º 8.038/90 nos moldes do que ficou estatuído na própria Lei n.º 1.079/50 quando for o caso.

No que tange aos deputados, inclusive estaduais (artigo 27, § 1º, da Constituição Federal), e senadores, o artigo 55 da Constituição Federal é visualizado como disposição que tratou das hipóteses de perda do mandato de forma taxativa, o que implicaria, em princípio, a impossibilidade de imposição da sanção de perda do mandato preconizada pela Lei n.º 8.429/92 por decisão judicial e, mesmo os que chegam a admitir que a decisão condenatória na ação de improbidade administrativa ingresse nesse tema e defina pela perda do mandato (MEDEIROS, Sérgio Monteiro. Lei de improbidade administrativa: comentários e anotações jurisprudenciais. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 26-27), ventilam que a perda só se consumaria por meio de atuação da Mesa da Casa Legislativa a que o parlamentar estivesse ligado ou mesmo mediante decisão da própria Casa Legislativa com a observação do quórum inerente, como forma de dar integral cumprimento aos §§ 2º e 3º do mesmo artigo 55.¹¹

No que tange aos membros da magistratura e do Ministério Público, como esses órgãos possuem legislação própria, muitas vezes de natureza complementar (lei complementar), poder-se-ia sustentar que a perda do cargo, por exemplo, só poderia ocorrer nos moldes preconizados por estas. No exemplo da Lei Complementar n.º 75/1993, que trata do Estatuto do Ministério Público da União, a pena de demissão no que tange à prática de improbidade administrativa somente é aplicável por sentença judicial, em ação civil proposta pelo Procurador-Geral da República, mediante prévia autorização dos Conselhos Superiores do Ministério Público Federal, do Ministério Público do Trabalho, do Ministério Público Militar ou do Ministério Público do Distrito Federal (artigos 240, V, b, 242, 57, XX, 98, XVIII, 131, XVIII, e 166, XVIII). No exemplo da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, o magistrado vitalício somente perderá o cargo: A) em ação penal por crime comum ou de responsabilidade ou B) em procedimento administrativo para a perda do cargo nas hipóteses de: a) exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular, b) recebimento, a qualquer título e sob qualquer pretexto, de percentagens ou custas nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento ou c) exercício de atividade político-partidária (artigos 26 e 47 da Lei Complementar n.º 35, de 14 de março de 1979).

Essas posições que primam pela restrição do regime de responsabilização constitucional de agentes políticos merecem ser revistas, pois o esvaziamento cogitado não tem razão de ser.

¹¹ Artigo 27, § 1º, da CF – “Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas”. Artigo 55 – “Perderá o mandato o deputado ou Senador: [...] IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; [...] § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. § 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa”.

Ainda nos termos do voto de Carlos Velloso, o Presidente da República não estaria sujeito à perda do cargo e à suspensão dos direitos políticos por força do artigo 86 da Constituição Federal.¹² O artigo 86 da Constituição Federal, pela mera leitura de sua redação, não autoriza a fixação do raciocínio estatuído no voto de Carlos Velloso, pois só se aplica nas situações em que se constata a presença de infrações penais comuns ou crimes de responsabilidade, aspecto que não se revelou presente na linha de entendimento sustentada neste trabalho, posto que se cogita que a aferição isolada do tipo de sanção, sem a consideração da finalidade normativa e da natureza da conduta do agente, não é suficiente para a afirmação da presença do crime de responsabilidade, preconizado pela Lei n.º 1.079/50. Pela mesma razão, sequer a autorização da Câmara dos Deputados do artigo 51, I, da Constituição Federal precisaria ser observada.¹³ O próprio Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de dispor que a imunidade não se aplica no que tange à responsabilização civil, fiscal ou administrativa (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Inquérito n.º 672/DF. Relator Ministro Celso de Mello. j. 16.09.1992. *DJ*, 16 abr. 1993; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno Inquérito n.º 567/DF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. j. 20.08.1992. *DJ*, 09 out. 1992).

O artigo 37, § 4º, consagrou a elaboração de formulação legislativa autônoma para reger a matéria alusiva à improbidade administrativa com procedimento próprio. A autonomia da disposição constitucional que prima pela responsabilização nos termos da Lei de Improbidade Administrativa não foi forjada em molde restritivo, de forma que não pode ser reduzida ao sabor das conveniências políticas. O raio de ação proporcionado pela redação integralizada do artigo 37, *caput*, não afasta qualquer agente político da sujeição ao procedimento e respectivas sanções da lei aludida até pelo fato de as mesmas sanções integrarem a redação do § 4º do mesmo artigo 37.

Quanto aos deputados federais, senadores e deputados estaduais, também afastados da Lei de Improbidade Administrativa no voto do Ministro Carlos Velloso, a situação não é diversa. A Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicada na sua integralidade. Os artigos 55 e 27, § 1º, da Constituição Federal levaram o Ministro Carlos Velloso a afastar a incidência desse diploma legal

¹² Art. 86 da CF – “Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade. §1º. O Presidente ficará suspenso de suas funções: I – nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal; II – nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal. § 2º. Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo. § 3º. Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito à prisão. § 4º. O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções”.

¹³ O artigo 51, I, da Constituição Federal estatui o fato de competir privativamente à Câmara dos Deputados “I – autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente da República e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado”.

nessas hipóteses.¹⁴ A leitura dos dispositivos indica que a Lei de Improbidade Administrativa não poderia ser afetada pelas previsões estatuídas, já que estas, mais uma vez, estão focadas em uma repressão política da atuação parlamentar. A finalidade da Lei de Improbidade Administrativa é outra e abarca sanções próprias, com procedimento próprio. As discussões inerentes ao problema da tipificação, das previsões remanescentes quanto à responsabilização patrimonial da Lei de Improbidade Administrativa, também não poderiam ser desconsideradas e, por si, já seriam obstáculo legítimo ao entendimento firmado por maioria. A mera natureza das sanções não pode continuar ofuscando os raciocínios jurídicos desenvolvidos. As coisas são independentes. A Lei de Improbidade Administrativa sempre teve luz própria.

Primar pelo julgamento exclusivo efetivado pelos próprios pares nas situações registradas nos §§ 2º e 3º do artigo 54, ademais, reflete a adesão a uma escolha que só reforça a cleptocracia. Leva ainda ao enfraquecimento do princípio da separação de poderes, pois retira do Judiciário o mecanismo de controle da conduta parlamentar, quando a interpretação constitucional poderia ter reconhecido a existência de mais de um mecanismo de controle (o do artigo 54 da Constituição Federal e o do artigo 37, § 4º, do mesmo diploma, que remete à Lei n.º 8.429/92).

O Constituinte inseriu a previsão da possibilidade de responsabilização política pelos próprios pares no artigo 55, de um lado, ao passo que não afastou a responsabilização judicial decorrente da prática de improbidade administrativa, por outro, nos moldes do artigo 37. São dois mecanismos

¹⁴ Insere-se também o artigo 54 para melhor contextualização da questão: Art. 27, § 1º. “Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas [...]”. Art. 54. “Os Deputados e Senadores não poderão: I – desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes; b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis “ad nutum”, nas entidades constantes da alínea anterior; II – desde a posse: a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada; b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis “ad nutum”, nas entidades referidas no inciso I, “a”; c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, “a”; d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo. Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I – que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II – cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III – que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV – que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V – quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI – que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. § 1º – É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas. § 2º – Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. § 3º – Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. § 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º”.

distintos e aplicáveis em toda a sua extensão, como uma dupla opção de controle, sem prejuízo da observação já formulada, inerente ao fato de a redação do artigo 37, *caput*, em cotejo com o § 4º do mesmo dispositivo, incutir o respeito à formatação inaugurada pela Assembleia Constituinte, no exercício do poder constituinte originário, e esgotar o assunto ao tratá-lo de forma abrangente e na sua integralidade, pois, mesmo sem a complementação legislativa, o parágrafo aludido logrou trazer as sanções aplicadas pela via da norma complementar. O intérprete da disposição constitucional não pode reduzir a autonomia e a clareza da redação, que não abriu exceções com relação a quaisquer dos agentes públicos.

Esses argumentos valem para todos os agentes políticos e deveriam ser notabilizados para que o esvaziamento constitucional não se efetivasse, dado o seu descompasso frente à construção do Estado Democrático de Direito.

Da mesma forma, a preocupação com a importância da função desenvolvida pelo agente político, sem dúvida, exige cautela, mas ninguém é insubstituível. O ordenamento jurídico já traz os substitutos naturais nas hipóteses cogitadas no voto. O Presidente da República é substituído pelo vice e assim por diante. Nesse sentido, a ideia de afetação significativa da governabilidade que caminharia para a instabilidade não se sustenta. Ao contrário, o afastamento de um governante corrupto da sua esfera de atuação rompe os laços perversos do sistema e estabiliza o regime democrático.

Sob base empírica, não se reforça a instabilidade governamental, mas a estabilidade, como demonstram situações concretas registradas em decisões judiciais que apontam para a manutenção da governabilidade em ocorrências em que Governadores de Estados-Membros e mesmo Prefeitos são afastados do cargo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Rcl. n.º 3019 AgR/PR. Relator Ministro Joaquim Barbosa. j. 24.11.2005. *DJ*, 18 ago; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. AgRg na SS 1883/BA. Relator Ministro César Asfor Rocha. j.17.12.2008. *DJ*, 05 dez. 2008; BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso contra Expedição de Diploma n.º 671/MA. Relator Ministro Eros Grau. j. 03.03.2009. *DJ*, 26 mar. 2009), até pela potencialidade lesiva decorrente do fato de manipularem a máquina estatal e interferirem na colheita da prova, no exemplo da decretação de prisão de um Governador do Distrito Federal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. HC 102732/DF. Relator Ministro Marco Aurélio. j. 04.03.2010. *DJ*, 07 maio 2010).

Reforça-se a percepção de Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 292), para quem tão ou mais importante que os procedimentos eleitorais legitimadores são os procedimentos constitucionais deslegitimadores que viabilizam o afastamento dos titulares dos cargos políticos. A advertência dos Ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello nos votos que proferiram na Reclamação n.º 2.138/DF permanecem presentes.

Segundo Joaquim Barbosa:

Uma tal discrepância contraria, a meu sentir, um dos postulados básicos do regime democrático, aquilo que no direito norte-americano se traduz na elucidativa expressão ‘accountability’, e que consiste no seguinte: nas verdadeiras Democracias, a regra fundamental é: quanto mais elevadas e relevantes as funções assumidas pelo agente público, maior há de ser o grau de sua responsabilidade, e não o contrário, como se propõe neste autos.

Segundo Celso de Mello:

A sujeição dos agentes públicos às consequências jurídicas de seu próprio comportamento, é inerente e consubstancial, desse modo, ao regime republicano, que constitui, no plano de nosso ordenamento positivo, uma das mais relevantes decisões políticas fundamentais adotadas pelo legislador constituinte brasileiro. A forma republicana de Governo, analisada em seus aspectos conceituais, faz instaurar, portanto, um regime de responsabilidade a que se devem submeter, de modo pleno, todos os agentes públicos, inclusive aqueles que se qualificam como agentes políticos.

Conclusões:

1ª Tese: A Lei nº 8.429/92 (lei de improbidade administrativa) assume a natureza de lei especial ao regulamentar o § 4º do artigo 37 da Constituição Federal.

2ª Tese: A Lei nº 8.429/92 (lei de improbidade administrativa) aplica-se de forma integral a todo e qualquer agente político.

APROVADA POR UNANIMIDADE

**A voz das ruas e o norte de atuação do Ministério Público a partir da
compreensão de uma versão mais idealizada do Estado Democrático de
Direito**

Fabiano Ferreira Furlan

Promotor de Justiça

Mestre em Direito Empresarial

Doutor em Direito Público

A voz das ruas, retratada pelos movimentos sociais relativamente recentes, revelou, entre outras pretensões, uma busca pela moralização da atuação funcional de agentes públicos, em especial, dos agentes políticos que são os que ocupam a cúpula dos poderes e ainda detém, na prática, o poder de reformatar o próprio Estado.

As pessoas indicaram expressamente que estão cansadas de serem espoliadas por aqueles que assumiram a gestão pública e passaram a agir como donos da coisa pública, onde impera, em regra, o interesse pessoal e patrimonial sobre o público e coletivo.

Sob discursos democráticos, de preservação de funções, de ambientação do que pressupõe um Estado Democrático de Direito ilusório, são atribuídos mecanismos de proteção aos agentes políticos que os colocam na posição de verdadeiros monarcas do período do Estado Absolutista, em que o Rei ou Imperador não prestava contas à sociedade e não se submetia à responsabilização decorrente de seus excessos.

Sob esse viés, denota-se que se faz necessário resgatar uma versão mais idealizada do que consiste o próprio Estado Democrático de Direito para que esse modelo norteie a atuação funcional do Ministério Público rumo à satisfação do interesse social revelado com os movimentos de rua. O Estado Democrático de Direito depara-se permanentemente com os desafios de uma sociedade global

complexa (LUHMANN, Niklas. *Social systems*. Translated by John Bednarz Jr. and Dirk Baecker. Califórnia: Stanford University Press, 1995, p. 46).

Essa busca tem no seu ápice, inclusive, a finalidade de denunciar mecanismos de dominação que, eventualmente, surjam ou hospedem-se no aparelhamento regular do sistema sob a nomenclatura de constitucionalidade, mas que, sob a expectativa do modelo ideal que se trilhará neste trabalho, remanescerá como flagrantemente inconstitucional e ainda autorizará o Ministério Público a agir para coarctar seus efeitos.

É importante frisar que o modelo aqui tratado é extraído de experiências históricas marcadas pelo sofrimento humano que clamavam pela opção de um Estado mais justo, em especial com a construção do modelo de Estado Liberal e com a construção do Estado Social. São essas experiências de sofrimento, portanto, que permitem a individualização das linhas de base do modelo ideal e ainda lhe dão legitimidade.

Daí, pode-se cogitar que o modelo idealizado de Estado Democrático de Direito que aqui se propõe é formado pelo Estado de Direito, pela República e pela Democracia com a consolidação de três reinos distintos como sendo os reinos da legalidade, da responsabilidade e da soberania popular militante (FURLAN, Fabiano Ferreira. *A corrupção política e o Estado Democrático de Direito*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2014, p. 8).

Estado Democrático de Direito = Estado de Direito + República + Democracia

Sob a ótica do Estado de Direito, infere-se que as revoluções populares identificadas no período do Estado Liberal, séculos XVI e XVII (DÍAZ, Elías. *Estado de derecho y sociedad democrática*. 6 ed. Madrid: EDICUSA, 1975, p. 24), retrataram a insatisfação popular com a opressão gerada pela monarquia absolutista, embora não de forma exclusiva, em razão das peculiaridades de cada revolução (Inglesa, Francesa e Norteamericana), o que também se fez transparecer com a exploração humana consagrada com a ascensão e declínio do modelo de Estado Social que se direcionou para a valorização do Estado Democrático de Direito buscado até os dias atuais.

A observação das revoluções e mesmo dos declínios e ascensões dos modelos de Estado Liberal e Social, justamente sob a ótica dos que sofriam os excessos do poder, permitiu a extração de pontos comuns que, em linhas gerais, revelam-se como padrões atuais, guias, nortes a serem observados por agentes públicos no seio de uma atuação funcional, de onde se destacam: a fixação e efetividade dos direitos fundamentais, a observação do constitucionalismo como marco da fixação de

uma normatização mais hierarquizada e menos suscetível a mudanças e mesmo a observação da separação de poderes, mas mais focada na contenção do poder pelo poder (BURDEAU, Georges. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968, p. 62).

Estado de Direito = fixação e efetividade dos direitos fundamentais + constitucionalismo + separação de poderes

Eis o reino da legalidade que não se coloca como mera disposição textual de institutos estudados pela ciência do direito, mas como padrões jurídicos, padrões de comportamento e padrões de moralidade, ora conquistados com base em extenso sofrimento humano, e que, em razão de sua perenidade e legitimidade, acabam por nortear, entre outras, a perspectiva de atuação do Ministério Público na salvaguarda dos clamores sociais atuais que nada mais são do que a revitalização das vozes do passado.

Aliado ao reino da legalidade encontra-se outra base de sustentação do modelo ideal de Estado Democrático de Direito que é o reino da responsabilidade, marcado pela República.

A noção de República não deixou de observar a mesma evolução estatal, mas encontrou uma conformação mais subsumida no dever de responsabilidade quando passou a ser valorizada pelo ideal de proteção de um *ethos* (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 488), um espírito republicano que desemboca na noção de coletividade, de respeito pela coisa pública (*res publica*), o que já era pontuado pelo Estado Liberal, mas alcançou maior relevo na construção dos modelos subsequentes, em especial, o democrático de direito por trazer padrões revigorados de controle aos agentes públicos.

No caso, como o foco é o gerenciamento da coisa pública, colocam-se as observações de submissão dos agentes públicos, e com muito mais razão dos agentes políticos, a um tratamento mais invasivo, por exemplo, sob o crivo da privacidade, a necessidade de atuação direcionada à concretização do *ethos* da coisa pública e ainda a imposição de um dever de prestação de contas decorrente da noção de *accountability*.

República = submissão a tratamento mais invasivo + preservação do *ethos* da coisa pública + rigorosa prestação de contas

Trata-se de uma tríplice perspectiva que sob o crivo da submissão a um tratamento mais invasivo pelo agente público, com destaque para o agente político, traz a necessidade de revisão jurídica de uma série de direitos e garantias atrelados ao exercício funcional desses agentes. Na perspectiva de atuação dos agentes políticos são os casos, por exemplo, dos afastamentos dos enormes entraves que medeiam a quebra direta do sigilo bancário no âmbito da fiscalização, efetivação de prisão, aplicação da lei de improbidade administrativa em toda a sua extensão, enfim.

A concretização do *ethos* da coisa pública busca a valorização da observação de uma atuação gerencial pública mais responsável e afastada do predomínio do interesse patrimonial individual que transforma o agente público em verdadeiro dono da coisa pública.

Por fim, a República revitaliza o dever de prestação de contas decorrente da noção de *accountability*, traduzida como responsabilidade (MCCORMICK, John P. Contain the wealthy and patrol the magistrates: restoring elite accountability to popular government. *American Political Science Review*, Vol. 100, n. 2, May 2006, p. 147-163, p. 147), mas mais acentuada pela evolução histórica do Estado, pois preconiza que as pessoas têm não apenas o direito de esperar de outras, no caso, agentes públicos, mais uma vez com destaque para os agentes políticos, que sejam observados os padrões de atuação consagrados pela dolorosa evolução reportada, de modo a efetivamente empenhar a responsabilização do agente no caso de desvio, como também contar com uma obrigação de prestação de contas que se renova a cada segundo e que independe da vontade do mesmo agente.

Os reinos da legalidade e da responsabilidade são ainda integrados pelo reino da soberania popular militante que caminha com a Democracia como última base do modelo idealizado do Estado Democrático de Direito.

Se o poder emana do povo, nos moldes do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal brasileira, torna-se inconstitucional toda medida tendente a não concretizar e mesmo a fragilizar a voz popular. Daí, pode-se cogitar, por exemplo, que a extrema dificuldade de fazer tramitar no Congresso Nacional um projeto de lei de iniciativa popular, a ausência de previsão de institutos de revogação de mandato, votações secretas quanto à perda de mandato por quebra de decoro parlamentar do passado, etc, etc, não possam de opções que fragilizam a democracia e caminham na contramão da legitimidade popular.

Com o exposto, percebe-se que o modelo ideal de Estado Democrático de Direito, mas do que uma utopia, tem sólidas bases de sustentação sedimentadas pela história humana e remanesce como parâmetro a ser exigido dia a dia.

Estado Democrático de Direito = Estado de Direito (reino da legalidade) + República (reino da responsabilidade) + Democracia (reino da soberania popular militante)

O mesmo modelo evidencia-se ainda de forma tão precisa, tão objetiva, que denuncia a inconstitucionalidade da menor postura tendente a afrontá-lo, de modo a servir de parâmetro real ao Ministério Público no exercício de suas funções institucionais mais sensíveis (artigo 129 da Constituição Federal).

Observo, por fim, que não houve uma preocupação neste texto com o emprego da terminologia consagrada a palavras e expressões polissêmicas, como povo, poder, verdade ou mesmo um apelo à metafísica aristotélica ou ao mundo das ideias de Platão na opção pela aludida terminologia.

Conclusões:

1ª Tese: A preocupação do Ministério Público com a defesa da sociedade deve ter como norte a vertente de construção de um modelo de Estado Democrático de Direito ao menos sustentado pelas bases do Estado de Direito, da República e da Democracia, que consolidam, respectivamente, os reinos da legalidade, da responsabilidade e da soberania popular militante.

2ª Tese: A noção de Estado de Direito preconiza a própria afirmação de um reino da legalidade, ora consolidado pela fixação e efetividade dos direitos fundamentais, pelo constitucionalismo e pela separação de poderes.

3ª Tese: A noção de República é aquela implementada pela afirmação do reino da responsabilidade, de modo a reverberar sobre a figura do agente público e a autorizar a sua submissão a um tratamento mais invasivo, a impor-lhe um dever mais arrojado de cuidado com a coisa pública e a submetê-lo a um dever de prestação de contas mais contundente.

4ª Tese: A noção de Democracia é a que se consolida L popular militante, sendo inconstitucional a adesão a posturas tendentes ao enfraquecimento dessa participação.

5ª Tese: A formatação do modelo de Estado Democrático de Direito, ao menos sustentado pelas bases do Estado de Direito, da República e da Democracia, deve nortear a atuação do Ministério Público na identificação de quadros de inconstitucionalidade para a adoção das medidas cabíveis.

APROVADA POR UNANIMIDADE

Das convocações dos membros como compromisso de eficiência institucional.

Gisela Potério Santos Saldanha

I Da exposição dos fatos e fundamentos

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais conta hoje com 1013 membros em atividade, sendo destes 133 Procuradores de Justiça, 802 Promotores de Justiça e 78 Promotores de Justiça Substitutos, distribuídos os cargos da primeira entrância em 320 comarcas.

Quando de meu ingresso no quadro de membros do Ministério Público de Minas Gerais no ano de 1991 a realidade era outra. Em razão da garantia obtida nas Constituições Federal e Estadual de equiparação dos proventos dos membros ativos e inativos havia inúmeros cargos abertos e alguns colegas alçaram a entrância final em apenas 2 meses e foram promovidos ao cargo de Procurador de Justiça em 05 ano ou menos.

Naquele tempo existiam 292 comarcas e não mais que 200 membros na ativa.

Com as novas funções e o aumento da demanda, inclusive criada por nós mesmos nas ultimas décadas, houve ano que foram realizados dois concursos de ingresso com a finalidade de completar o quadro e alcançar a idealidade de membros que permitisse o desenvolvimento de atividades.

Em quase duas décadas e meia o aumento de cinco vezes o número de membros impõe reflexões quanto à operosidade e representatividade da Instituição junto à população que se mobilizou em favor da derrubada da PEC 37.

Não há dúvida hodiernamente que a ausência de membros do Ministério Público, quer nos distantes e pequeninos rincões, quer nos grandes centros urbanos tem o mesmo efeito negativo de

distanciamento das comunidades. Assim como a falta de interação nas atuações e mecanismos eficiente de superar as apatias geradas pela estagnação da carreira.

Em razão dessas questões é que busquei alternativa de lege lata capaz de valorizar a atividade fim e ser implantada com rapidez.

Embora nossa lei orgânica estadual faça referência apenas a possibilidade do Procurador Geral de Justiça convocar, temporariamente. Procuradores de Justiça ou Promotores de Justiça, artigo 18 inciso XXXVII, por subsidiaridade é possível se buscar tal regramento na Lei Complementar Federal 75/93 e Lei Federal nº 8.625/93 por expressa autorização do artigo 279 da LC 34/94.

Há nas disposições normativas federais admissibilidade da modalidade de substituição por convocação, por interesse do serviço, em casos de afastamentos ou vacância de cargo, exigidas a manifestação de vontade do convocado (art. 15 § 2º) e aprovação de seu nome pelo Conselho Superior. (art. 14, inciso V da Lei Federal nº 8.625/93).

Quanto a temporariedade diz o caput d artigo 40 da Lei Complementar Federal 75/93 que esse tempo há de ser de 2 anos.

Por integrar a Administração Superior as Procuradorias de Justiça têm capacidade de solicitar ao Procurador-Geral de Justiça a convocação de Promotores de Justiça da mais alta entrância para ocuparem cargos vagos ou substituírem membros afastados (art. 22 inciso, III da Lei Federal 8.625/93).

Além disso, há previsibilidade para que o membro convocado receba a diferença de vencimento correspondente ao cargo. (Artigo 47, § 3º LC 75/93 e 45 da Lei Federal nº 8.625/93) e, a dispensa antes do termo de sua investidura se dará por requerimento, ou ainda por iniciativa do Procurador-Geral de Justiça com anuência da maioria absoluta do Conselho Superior (art. 40 § 2º da LC 75/93).

Desse modo, é possível que muitos membros que hoje não possuem qualquer expectativa de alcançarem o cargo de Procurador de Justiça possam exercer tais funções com altíssimo grau de experiência e capacidade. De outro lado, possibilita àqueles Promotores de Justiça de primeira entrância desenvolver atividades em segunda entrância e, estes em entrância especial, em processo transparente e temporário, buscando-se assim atender ao interesse institucional de eficiência.

II Das proposições

1- A convocação por substituição dos membros compete ao Procurador-Geral de Justiça, admitida por interesse do serviço, em casos de afastamentos ou vacância de cargo.

2 As convocações por substituição de Procuradores e Promotores de Justiça atendem ao princípio da continuidade e eficiência e, são temporárias.

3- Entende-se que a temporariedade determinada pela lei o prazo máximo de 2 (dois) anos a fim de impedir a perpetuidade.

4- Nos casos de convocação é exigida a anuência do convocado, que se dará por inscrição de interessados, e indicação do nome pelo Conselho Superior.

5- O membro convocado receberá a diferença de vencimento correspondente ao cargo.

6- O convocado somente será dispensado antes do termo de sua investidura por requerimento, ou ainda por iniciativa do Procurador-Geral de Justiça com anuência da maioria absoluta do Conselho Superior.

7- Sendo as Procuradorias de Justiça órgãos da Administração Superior do Ministério Público cabe a elas solicitar ao Procurador-Geral de Justiça, em caso de licença ou afastamento de Membro, que convoque Promotor de Justiça da mais elevada entrância para substituí-lo.

8- Em caso de afastamento ou vacância de cargo de Promotor de Justiça, a fim de permitir a continuidade do serviço, o Procurador-Geral de Justiça convocará membro da mais alta entrância inferior subsequente.

APROVADA POR UNANIMIDADE

A mediação na atividade ministerial

Gisela Potério Santos Saldanha

I – Dos fatos e fundamentos

A partir de caso jurisdicionalizado, quer em grau recursal ou em primeira instância é possível a propositura de instalação de processo de mediação pelo Ministério Público com intuito de buscar a solução do conflito de modo a buscar a pacificação pela efetiva execução de acordo construído pelos interessados.

A inovação dessa atuação, fundada na integração de membros de diversos órgãos de execução e instâncias distintas, visa expor o potencial de concretização da unicidade institucional, além da efetiva resolutividade, ao agregar experiências distintas por vivências jurídico-institucionais e especializadas.

Tendo em mente o Ministério Público como agente de transformações sociais, comprometido com o resultado obtido na metamorfose e permanentemente disposto a avaliar em que as modificações gerenciais foram bem sucedidas, ou, de outro lado, não se apresentaram efetivamente eficientes, repensando inclusive novas alternativas para aperfeiçoamento da estrutura e da qualidade do exercício das atribuições, é que se propôs o Parquet mediar o conflito de Candonga.

Deixar a postura combativa e assumir papel neutro, buscando negociar a adequada e possível solução do caso concreto, não é fácil para membros que há décadas focam as conquistas através de recomendações imperativas, transações restritas, por tratarem de direitos indisponíveis e proposituras de ações visando ao reconhecimento de ilícitos e aplicação de sanções.

Dentre essas atribuições inovadoras advindas da redemocratização do país em todas as esferas e concretizadas na Constituição Federal de 1988, que deu origem não só a um ordenamento jurídico adaptado ao novo modelo de Estado político, mas principalmente exigiu dos órgãos públicos que se posicionassem de modo a permitir a efetiva proteção de interesses sociais, destaque há de se dar à atribuição transacional na modalidade mediação.

A transação passou a integrar o cotidiano dos membros do Ministério Público desde que a norma dispôs a celebração de ajustes de condutas (art. 5º, §6º, da Lei n. 7.347/85). Entretanto, a par da celeridade e possível composição de conflito sem jurisdicionalização, o ajustamento, como título executivo que é, ao ser inadimplido representou desgaste institucional quando decotada a astreintes ou vulnerabilizado por questionamentos impróprios do Poder Judiciário.

O compromisso de ajustamento de conduta ora admitido pela doutrina como transação, sem qualquer referência às peculiaridades, foi também concebido como ato jurídico diverso, em sentido amplo e atingiu grau de confiabilidade sem precedentes dentre as atribuições já existentes e os novos instrumentos introduzidos nessa etapa do ordenamento brasileiro, como, por exemplo, a Ação Civil Pública.

A divergência doutrinária quanto a natureza ateu-se ao objeto da transação, este restrito a direito indisponível, o que acaba por afastar a liberalidade das partes em realizar concessões recíprocas, próprias das transações ordinárias.

Por certo que nos ajustes de condutas a transação acaba por significar modo de adequação de irregularidades que comprometem direitos difusos e coletivos indisponíveis, e, portanto, só podem versar sobre condições de tempo, lugar e modo, o que limita a transação ao exercício do direito, sem, contudo, adentrar o próprio direito.

É em razão disso que parte da doutrina adota o Termo de Ajustamento de Conduta como negócio ou ato jurídico, justamente por admitir que, se indisponíveis os direitos objeto da celebração do ajustamento, impossível a redução ou limitação do conteúdo transacional.

Além disso, há quem faça destaque para a natureza extra-patrimonial dos direitos transindividuais, reforçando ainda mais a descaracterização da transação.

Ao comprometer-se a corrigir a conduta, o acordante admite a prática de irregularidades e se compromete a suprimi-las adotando a partir daí comportamento adequado e reparando eventual dano constatado. De outro lado, o legitimado, detentor do direito de ação, se compromete a adotar postura passiva até o cumprimento da obrigação.

Tal situação está longe de significar a descaracterização de transação, mas as peculiaridades levam a admitir tratar-se de negócio jurídico bilateral em que uma das partes reconhece a ofensa perpetrada e compromete-se a adequar, enquanto a outra se compromete a não jurisdicionalizar a questão, embora não possa transacionar o conteúdo material. Tem-se, portanto, verdadeira transação

imprópria, a ponto de permitir à doutrina afirmar a submissão às regras do regime civil da transação, a teor dos artigos 840 e seguintes do Código Civil.

Tomando a transação imprópria como paradigma, porém guardadas as distinções conceituais, a mediação se instala como meio próprio a permitir a superação das intransigências das partes consolidadas pela postura litigante e a demora da prestação da tutela jurisdicional, permitindo a pactuação de solução pela ponderação de interesses.

A atuação do Parquet mediador deve permitir a identificação clara dos objetivos de cada parte, a fim de compatibilizá-los. Isso implica o domínio das informações e a sugestão de soluções criativas capazes de influenciar a decisão dos participantes. A interação de diversos órgãos no processo de mediação facilita tal identificação e a compatibilização das regras normativas aplicáveis ao caso concreto.

A credibilidade e o respeito na mediação são conquistados pela postura e adoção de raciocínio estratégico, bem como através da demonstração da firmeza de propósitos.

Tais mudanças permitiram e permitem valorizar a atuação da Instituição, pelo comprometimento dos membros envolvidos como verdadeiros agentes políticos de transformação, sensíveis aos clamores sociais existentes no caso concreto e compatibilizados com o interesse das partes, eis que a resolutividade não mais se alcançará em ambiente restrito e imposto, mas pela construção da solução com os próprios protagonistas do direito em questão.

Desse modo, o Parquet estimula a participação dos cidadãos na construção de uma sociedade em que os direitos sociais são conquistados, e não simplesmente reivindicados por aquele legitimado à defesa desses direitos.

Além disso, a força institucional se revelará não mais pela abstenção da jurisdicionalização da questão, mas pela garantia da reta solução que o procedimento oferecerá.

II Proposição

1. Criação de Procuradoria de Justiça especializada em mediação de conflitos com estrutura mínima suficiente para apoio administrativo.
2. Atuação integrada com outros órgãos de execução que serão convocados para participar da atividade mediadora.
3. Estimulo ao exercício da função mediadora dos órgãos de execução em todas as entrâncias.

APROVADA POR UNANIMIDADE

Da temporariedade dos cargos de assessoramento

Gisela Potério Santos Saldanha

I Da exposição dos fatos e fundamentos

Há nas normas que fundamentam a organização do Ministério Público, tanto no âmbito estadual como federal disposições que permitem ao Procurador-Geral de Justiça designar para o exercício de assessoramento os Procuradores e Promotores de Justiça (art. 10, inciso IX letras ‘a’ e ‘b’ da Lei Federal 8.625/93 e art. 18, inciso XXI, letra ‘a’ e ‘b’ da Lei Complementar 34/94).

Essas designações não possuem regramento próprio e, como bem destaca Hugo Nigro Mazzilli¹⁵, por isso corre-se o risco de permitir o surgimento de verdadeiros reizinhos que se perpetuam em cargos de confiança.

Hodiernamente há no Ministério Público Mineiro inúmeros membros em cargos de assessoramento do Procurador-Geral de Justiça, dos Procuradores-Gerais Adjuntos, do Corregedor-Geral do Ministério Público, do Diretor do CEAF, do Chefe de Gabinete, Coordenadores de CAOs, Coordenadores Auxiliares, enfim, membros que não atuam em atividades fins e deixam de exercer funções de órgão de execução.

A par da relevância das atividades de assessoramento é necessário que tais funções sejam exercidas por investidura de prazo limitado, ainda que possível uma recondução.

Os membros do Parquet mineiro têm tradição de serem aprovados em concursos públicos de exigência máxima, representando por certo a elite jurídica do Estado e, em razão disso a limitação de prazo em investidura para os cargos de atividade meio viabiliza a colaboração em alternância, capaz de permitir a Instituição melhor aproveitamento da experiência de membros de talento invejável.

¹⁵ Mazzilli, Hugo Nigro. Modernidade da segunda instância do Ministério Público. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br>

II Proposição

Que seja regulamentada a investidura dos cargos de assessoramento e outras designações nos termos do artigo 10, inciso IX, letras ‘a’ e ‘b’ da Lei Federal 8.625/93 e art. 18 XXI, ‘a’ e ‘b’ da Lei Complementar 34/94.

APROVADA POR UNANIMIDADE

A inaplicabilidade do princípio da consunção em relação ao homicídio cometido com arma de fogo

Guilherme de Sá Meneghin

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Titular da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Mariana/MG

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto

Pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes

Mestrando em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais

Palavras-chave: Lei n. 10.826, de 2003. Crimes do Estatuto do Desarmamento. Artigo 121 do Código Penal. Homicídio praticado com arma de fogo. Princípio da consunção. Inaplicabilidade. Reconhecimento do concurso de crimes. Subsidiariamente, deve caracterizar circunstância judicial negativa.

Sumário: 1. Introdução: a taxa homicídios em face da escalada armamentista; 2. Conflito aparente de normas: o princípio da consunção em Direito Penal; 3. Homicídio e arma de fogo: absorção ou concurso de crimes?; 4. Circunstância judicial negativa; 5. Conclusão: as teses.

Resumo: Frequentemente, os homicídios são cometidos com o uso de armas de fogo, em virtude de sua natural potencialidade lesiva. A disseminação desses instrumentos em nossa sociedade incrementou as taxas de homicídios nos últimos trinta anos, de modo que aproximadamente cinquenta mil pessoas são assassinadas por ano no Brasil. Nesse contexto, a jurisprudência e a doutrina majoritárias entendem que o criminoso não pode ser punido pelo porte de arma de fogo, quando usa tal instrumento para matar, posto que consideram indefectível a absorção deste delito pelo crime doloso contra a vida. Logo, o agente que comete um homicídio com disparos de arma de fogo só pode ser punido pelas sanções do artigo 121 do Código Penal, que absorvem os crimes antecedentes ou posteriores relacionados à detenção da arma de fogo. Todavia, os crimes de posse e porte de arma de

fogo, munição ou acessório, previstos na Lei n. 10.826, de 2003, tutelam bem jurídico distinto da vida, de que cuida o preceito do estatuto penal. Além disso, tais instrumentos não tem sua potencialidade lesiva extinta pelo crime cometido. Decerto, o princípio da consunção, invocado para promover a impunidade do porte e da posse de arma de fogo, é incompatível com a absorção dos tipos penais descritos no Estatuto do Desarmamento, mostrando que, em verdade, há um concurso de crimes entre o homicídio e os delitos preconizados na lei de armas.

1. Introdução: a taxa de homicídios em face da escalada armamentista

O aumento do número de homicídios nas últimas décadas pode ser justificado por múltiplos fatores, como a desigualdade social, o tráfico de drogas e a ausência do Estado em certas regiões mais carentes de um país ou de uma cidade. Porém, todos concordam que as armas de fogo contribuem decisivamente para o elevado número de assassinatos na atualidade.

Um dos mais recentes estudos, publicado no ano de 2013, o *Mapa das Armas de Fogo nas Microrregiões Brasileiras*, realizado pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), concluiu categoricamente que a disseminação das armas de fogo é o fator mais relevante para o exagerado número de homicídios que assola a sociedade brasileira¹⁶.

Segundo Daniel Cerqueira, diretor de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (Diest) do IPEA “a taxa de homicídios no Brasil é de 26 por cem mil habitantes, porém esse número poderia estar em torno de 13, não fosse a corrida armamentista dos anos 90”.¹⁷

Atento a essa realidade, a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA) elaboraram tratados internacionais que estipulam regras rígidas para o comércio de armas e obrigam os estados participantes a punirem aqueles que utilizam ou vendem ilegalmente tais instrumentos.

A Convenção Interamericana contra a Fabricação e o Tráfico ilícitos de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e outros Materiais Correlatos, concluída em Washington, em 14 de novembro de 1997 (CIFTA/OEA), foi inserido formalmente no ordenamento pátrio em 1999, com a publicação do Decreto n. 3.229, de 1999. No artigo IV, o ato internacional prescreve a necessidade de tipificar as condutas como crimes:

¹⁶ Fonte: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=17514. Acesso em: 10.08.2014.

¹⁷ Fonte: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=17514. Acesso em: 10.08.2014.

Artigo IV. Medidas legislativas

1. Os Estados Partes que ainda não o tenham feito adotarão as medidas legislativas ou de outra natureza que sejam necessárias para tipificar como delitos em seu direito interno a fabricação e o tráfico ilícitos de armas de fogo, munições, explosivos e outros materiais correlatos.
2. Sem prejuízo dos princípios constitucionais e aos conceitos fundamentais dos respectivos ordenamentos jurídicos dos Estados Partes, os delitos que se tipifiquem de acordo com o parágrafo anterior deverão incluir a participação na perpetração de algum desses delitos, a associação e o conluio para perpetrá-los, a tentativa de cometê-los e a assistência, a incitação, a facilitação ou o assessoramento em relação à sua perpetração.

Em idêntico ponto de vista, o Protocolo contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, suas Peças, Componentes e Munições, complementando a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotado em Nova York, em 31 de maio de 2001 e publicado no Brasil por meio do Decreto n. 5.941, de 2006, prevê ampla punição para os comportamentos ilegais alistados ao armamento ilegal.

No plano interno, o legislador cunhou o Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826, de 2003), revogando a Lei n. 9.437, de 1997, introduzindo mecanismos punitivos mais severos aos crimes relacionais a armas de fogo.

Dentre as variadas inovações trazidas na Lei n. 10.826, de 2003, destacam-se o aumento das penas nas diversas modalidades de crimes, diferenciação das sanções de acordo com a conduta, criação de maior rigor na venda/compra de armas, introdução de mais requisitos para obtenção do porte, instituição de incentivos à entrega de armamento e convocação de um referendo para votar sobre a proibição do comércio de armas em todo o território nacional.

Certamente, esse arcabouço não tem como alvo o simples portar ou possuir arma de fogo. Em verdade, objetiva atacar uma das principais causas dos crimes, notadamente os homicídios: a proliferação das armas de fogo.

Não obstante, na doutrina e na jurisprudência nacionais impera a ideia de que o crime de homicídio, perpetrado com arma de fogo, absorve a posse e o porte de armas de fogo, bem como o disparo efetuado. Com isso, no exício, tais delitos não produzem qualquer efeito penal, malgrado em outros crimes possam influenciar na fixação da sanção.

Essa interpretação conflita especialmente com os anseios sociais, desejosos de mais celeridade e rigorosa punição dos autores de delitos violentos.

2. Conflito aparente de normas: o princípio da consunção em direito penal

O celeuma suscitado entre o crime de homicídio, tipificado no artigo 121 do Código Penal, e os crimes do Estatuto do Desarmamento, previstos entre os artigos 12 e 18 do citado diploma legal, é geralmente solucionado através do princípio da consunção, que constitui um dos vetores para resolver o conflito aparente de normas em matéria penal.

Nelson Hungria explica o princípio da consunção com a maestria que lhe é peculiar:

Consunção. Finalmente, uma norma deve ser reconhecida consumida por outra quando o crime previsto por aquela não passa de uma fase de realização do crime previsto por esta, ou é uma necessária ou normal forma de transição para o último (crime progressivo). O crime previsto pela norma consuntiva representa a etapa mais avançada na realização do malefício, aplicando-se, então, o princípio de que *major absorbet minorem*. Os fatos aqui, também não se acham em relação de *species a genus*, mas de *minus a plus*, de parte a todo, de meio a fim. [...] É de se notar ainda que a exclusão de uma norma por outra pode ocorrer no caso em que não haja unidade de fato ou um só contexto de ação. Um fato, embora configure crime, pode deixar de ser punível quando anterior ou posterior (*straflose Vor und Nachtat*) a outro crime mais grave [...].¹⁸

De acordo com Fernando Capez, afirma-se que *lex consumens derogat consumptae*, ou seja, o crime (fato típico) mais grave e amplo absorve o crime (fato típico) menos grave, aplicando-se somente a norma penal que contém a pena mais severa.¹⁹

No princípio da subsidiariedade, em função do fato concreto, comparam-se as normas para saber qual é a aplicável. Na consunção, sem recorrer às normas, comparam-se os fatos, verificando-se que o mais grave absorve os demais. A comparação é estabelecida entre fatos e não entre normas, de maneira que o mais completo, o todo, prevalece sobre a parte.

Em outras palavras, não é a norma que absorve a outra, mas o fato que consome os demais, fazendo com que só reste uma norma e evitando-se o *bis in idem*. Se um sujeito dirige perigosamente um carro até provocar, no mesmo contexto fático, um acidente fatal, a direção perigosa é absorvida pelo homicídio culposo; o crime consumado absorve o mesmo crime na forma tentada (artigo 14, I e II, do Código Penal); as lesões (artigo 129 do Código Penal) que causam a morte são absorvidas pelo homicídio (artigo 121 do Código Penal); o crime de tortura (artigo 1º da Lei n. 9.455, de 1997) é consumido pelo crime de homicídio qualificado pela tortura (artigo 121, §2º, III, do Código Penal). Portanto, a relação consuntiva é de continente e conteúdo, de todo e parte.

¹⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal. Vol. I. Tomo 1º*. Forense: Rio de Janeiro, 1955, p. 136.

¹⁹ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral. Vol. 1*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74.

A doutrina distingue 03 (três) hipóteses em que se cataloga a consunção: crime progressivo, crime complexo e progressão criminosa²⁰. Saliente-se que os antefatos e pós-fatos impuníveis encontram-se justamente na progressão criminosa.

O crime progressivo acontece quando um crime é meio necessário ou fase de preparação ou execução de outro crime. O agente, objetivando, desde o início, produzir o resultado mais grave, pratica, por meio de atos sucessivos, crescentes violações ao bem jurídico. No crime progressivo, há apenas um crime, desde o início. A solução decorrente do princípio da consunção é que crime meio fica absorvido pelo crime fim. Se o agente, pretendendo assassinar a vítima, a agride até matá-la, responderá somente pelo crime de homicídio (artigo 121 do Código Penal), que absorve as lesões corporais (artigo 129 do Código Penal). O último golpe absorve os anteriores, respondendo o agente apenas pelo fato mais grave. Usando esse exemplo, pode-se inferir que o crime progressivo tem como componentes a unidade de elemento subjetivo (desde o início age com dolo de matar), unidade de fato, pluralidade de atos e progressividade na lesão ao bem jurídico.

O crime complexo resulta da fusão de dois ou mais delitos autônomos, que passam a funcionar como elementares ou circunstâncias do tipo complexo. O fato complexo absorve os fatos autônomos que o integram. O latrocínio é construído a partir da junção entre os crimes de roubo (artigo 157 do Código Penal) e homicídio (artigo 121 do Código Penal). Logo, o agente que mata para roubar só pode ser punido pelo tipo descrito no artigo 157, §3º, do Código Penal.

A progressão criminosa, por sua vez, compreende 03 (três) elementos ou subespécies: progressão criminosa em sentido estrito, antefatos impuníveis e pós-fatos impuníveis.

Na progressão criminosa em sentido estrito o agente deseja, inicialmente, produzir um resultado e, após atingi-lo, decide prosseguir e produzir a lesão mais grave. Distingue-se do crime progressivo, porque, enquanto neste há unidade de desígnios e um único fato, na progressão criminosa há pluralidade de elemento subjetivo e de fatos. Há, em verdade, dois ou mais crimes, impulsionados por duas ou mais vontades. Assim, se o agente inicialmente deseja ferir a vítima, mas, após atingir esse objetivo, muda de ideia e resolve matar a vítima, responde pelo crime de homicídio (artigo 121 do Código Penal), que consome o crime de lesão corporal (artigo 129 do Código Penal). Consoante o princípio da consunção, embora haja condutas distintas, o agente só responde pelo resultado final, mais grave, ficando os fatos anteriores absorvidos.

O fato anterior (*ante factum*) não punível ou antefato impunível ocorre sempre que um fato anterior menos grave for praticado como meio necessário para a realização de outro mais grave,

²⁰ Alguns autores afirmam que os tipos mistos alternativos (crimes de ação múltipla ou conteúdo variado), como o artigo 14 da Lei n. 10.826, de 2003, também são resolvidos pelo princípio da consunção. Outros preferem o *princípio da alternatividade* para solução desse conflito que, na prática, acontece dentro da mesma norma incriminadora. Veja, por todos, Fernando Capez, Ob. Cit., p. 78.

ficando por este absorvido. Exemplo: o agente invade um domicílio para furtar; a invasão de domicílio (artigo 150 do Código Penal) fica absorvida pelo furto (artigo 155 do Código Penal).

Já o fato posterior (“post factum”) não punível ou pós-fato impunível advém quando o agente, após realizar a conduta, pratica novo ataque contra o mesmo bem jurídico. O fato posterior é tomado como mero exaurimento. Assim, se o agente, depois de furtar, vende ou destrói a coisa, será punido somente pelo furto (artigo 155 do Código Penal). A venda ou destruição do bem não constitui outro crime, como o delito de dano (artigo 163 do Código Penal), mas mero exaurimento do furto já consumado. Daí que essa segunda conduta do agente constitui um pós-fato impunível, na medida em que o agente não pode ser penalizado pelo segundo ato. Porém, o exaurimento do crime não é um irrelevante penal, porquanto o juiz deverá levar em consideração as consequências do crime para fixar a pena base (artigos 59 e 68 do Código Penal).

Saliente-se, por fim, que o exame do princípio da consunção deve levar em consideração a existência de crimes cometidos no mesmo contexto fático. É uma regra que auxilia a aplicação deste postulado. Decerto, quando os crimes são cometidos nessa situação, opera-se a absorção do menos grave pelo de maior gravidade. Por outro lado, se os momentos forem destacados – fora do mesmo contexto fático – responderá o agente pelos crimes em concurso.

3. Homicídio e arma de fogo: consunção ou concurso de crimes?

Tradicionalmente, doutrina e jurisprudência vem enfrentando o tema com superficialidade. Repetem, incessantemente, que o crime de homicídio, mais grave e amplo, absorve o crime de posse ou porte de arma de fogo, fato típico menos grave. Aduzem que o porte anterior da arma de fogo e o disparo efetuado para matar a vítima constituem fase normal de execução do delito. Quanto ao uso ou descarte posterior da arma, sequer fazem alguma menção.

Nesse sentido, pode-se citar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. APLICABILIDADE. CONTEXTO FÁTICO ÚNICO. 1. A aplicação do princípio da consunção pressupõe, necessariamente, a análise de existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa, sendo, por isso mesmo, inviável a sua aplicação automática, em desconsideração às circunstâncias fáticas do caso concreto 2. Havendo um contexto fático único e incontroverso de que a arma de fogo foi o meio para a consumação do crime de homicídio, aplica-se o princípio da consunção. 3. Ordem concedida. (STJ - HC 104.455/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 16/11/2010).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO TENTADO. PORTE ILEGAL DE ARMAS. LEI 9.437/97. ABSORÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Esta Corte Superior de Justiça é firme na compreensão de que o crime de homicídio absorve o de porte ilegal de arma de fogo quando as duas condutas delituosas guardem, entre si, relação de meio e fim. 2. Agravo a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp 821.881/RS, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 19/12/2008)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIOS TENTADOS - CASSAÇÃO DO JULGAMENTO SOB A ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA É MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - DESCABIMENTO - JURADOS QUE OPTAM POR VERSÃO CONTIDA NOS AUTOS - RESPEITO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS POPULARES - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - CRIME-MEIO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO EX OFFICIO - ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA. RECURSO NÃO PROVIDO. DE OFÍCIO, ABSOLVIDO O APELANTE DO DELITO DE PORTE DE ARMA DE FOGO. 01. Restando evidenciado que o veredicto a que chegou o Conselho de Sentença não é manifestamente contrário à evidência dos autos, deve-se manter a condenação imposta pelo Tribunal Popular do Júri, porquanto deve prevalecer o princípio da soberania dos veredictos, conforme prescrito no artigo 5º, inciso XXXVIII, "c", da CF/88. 02. **Quando o crime de porte ilegal de arma de fogo é meio para execução do delito de homicídio qualificado tentado, cabível a aplicação do princípio da consunção.** (TJMG - Apelação Criminal 1.0543.07.001685-1/002, Relator(a): Des.(a) Rubens Gabriel Soares, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 01/07/2014, publicação da súmula em 08/07/2014)

Lobriga-se que, na decisão do Sodalício Mineiro, os julgadores cassaram diretamente a decisão soberana dos jurados, eliminando o crime de porte ilegal de arma de fogo sem submeter o réu a novo júri popular.

Deduz-se por essa orientação que o agente, ainda que tenha adquirido a arma de fogo semanas antes do fato, não pode ser punido por tal infração penal. O mesmo se pode dizer quanto ao emprego posterior. É que comumente a polícia não consegue arrecadar a arma, tampouco os assassinos entregam a arma após os crimes que cometem, preferindo vender ou emprestar a outros delinquentes ou, ainda, esconder o instrumento para futura utilização. Essas condutas subsequentes caem nos *post factum* impuníveis.

A interpretação exibida, contudo, não pode mais prosperar, porquanto incorre em vários equívocos e não se adequa aos pressupostos normativos e ontológicos do princípio da consunção.

Primeiramente, o princípio da consunção pressupõe fatos que afetem o mesmo bem jurídico ou que possuam relação imediata de meio e fim, sem potencialidade lesiva superveniente e praticada no mesmo contexto fático.

Logicamente, se o fato típico antecedente não possui essas características não pode ser absorvido pelo fato posterior.

No que tange ao bem jurídico, conquanto reconheça a polêmica acerca dos bens jurídicos coletivos ou difusos²¹, a que correspondem os crimes de perigo a abstrato, prevalece na jurisprudência que a posse e o porte de arma de fogo classificam-se como crimes de mera conduta e perigo abstrato, cujo bem jurídico tutelado é a própria segurança ou incolumidade pública.

A respeito, vale citar a conceituação legal dos principais tipos penais do Estatuto do Desarmamento, a saber, a posse e o porte de arma de fogo de uso permitido e de uso restrito ou proibido (artigos 12, 14 e 16):

Posse irregular de arma de fogo de uso permitido

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;

II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de

²¹ Sobre a disputa entre a teoria da liquefação, desmaterialização ou espiritualização dos bens jurídicos, em contraposição aos bens jurídicos individuais, vale conferir a obra *Bem Jurídico-Penal e Constituição* de Luis Régis Prado.

dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz;

III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar;

IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;

V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e

VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo.

Analisando os fatos incriminados no Estatuto do Desarmamento, Fernando Capez leciona sobre a objetividade jurídica:

A incolumidade pública, ou seja, o estado de preservação ou segurança em face de possíveis eventos lesivos. Tutela-se a manutenção da tranquilidade de um número indeterminado de pessoas, presumivelmente turbada com a mera realização das condutas descritas no tipo.²²

Por sua vez, o autor Guilherme de Souza Nucci descreve os objetos material e jurídico do crime previsto no artigo 12 do Estatuto do Desarmamento (a posse ilegal de arma de fogo), nos seguintes termos: “o objeto material pode ser arma de fogo, o acessório ou a munição de uso permitido. Os objetos jurídicos são a segurança e a paz públicas”²³. O mesmo autor qualifica como idênticos os bens jurídicos nos demais delitos da Lei n. 10.826, de 2003.

A jurisprudência pátria corrobora o entendimento doutrinário. Deveras, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgados, vêm adotando a tese de que os crimes previstos na Lei n. 10.836, de 2003 possuem como bem jurídico a “segurança pública e a paz social”:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. JULGADO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARMA DESMUNICIADA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES. 1. O crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é de mera conduta e de perigo abstrato, ou seja, consuma-se independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade, e a probabilidade de vir a ocorrer algum dano é presumida pelo tipo penal. Além disso, o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, mas a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante o fato de estar a arma de fogo municiada ou não. Precedentes. 2.

²² CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial Vol. 4*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 363.

²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 82.

Recurso ao qual se nega provimento. {STF - RHC N. 116.666-ES. RELATORA: MIN. CÁRMEN LÚCIA - Publicado no Informativo n. 715}.

Assim, como o crime de homicídio tutela a vida, fica evidente a incompatibilidade entre os crimes do Estatuto do Desarmamento e o crime doloso contra a vida.

Em síntese, se o crime de porte de arma de fogo é de mera conduta e perigo abstrato, protegendo a segurança pública, a detenção do instrumento antes do homicídio já consuma o delito e o posterior uso para suprimir a vida de outrem não contém a propriedade de eliminar o crime antecedente.

Certamente, não se pode equiparar a arma de fogo às lesões praticadas para causar a morte da vítima. No crime progressivo e na progressão criminosa, conforme retromencionado, as lesões lesam o mesmo bem jurídico e não possuem outra finalidade senão produzir a morte do ofendido. A arma de fogo, no entanto, tem como bem jurídico a segurança pública e pode ser usada antes ou depois do homicídio para múltiplos crimes.

Por outro lado, não existe uma relação imediata de meio/fim entre o porte da arma e o homicídio, porque são infrações penais com finalidades próprias e potencialidade lesiva autônoma.

Um dos exemplos de consunção diz que o crime de furto (artigo 155 do Código Penal) absorve o crime de violação de domicílio (artigo 150 do Código Penal), quando o agente invade a residência para praticar o delito patrimonial. Ocorre que a intrusão na casa alheia é indispensável à prática da subtração e, após a consumação do furto, não possui mais qualquer potencialidade lesiva.

Tal ideia é inconcebível com o porte de arma de fogo. O homicídio pode ser cometido por diversos meios ou instrumentos de execução, não exigindo-se uma arma de fogo para matar. Assim, afasta-se a relação de meio/fim, como aventada nos julgados, indicando a inexorabilidade do meio empregado para matar.

Além disso, está comprovado empiricamente que os criminosos adquirem a arma de fogo antes do fato e dificilmente consegue-se apreendê-la depois do delito. Portanto, antes do homicídio a posse da arma já aconteceu, configurando o delito do Estatuto do Desarmamento. E, posteriormente, o crime continua a persistir, pois o agente não entrega a arma. Não é incomum que o mesmo instrumento sirva para a prática de diversos delitos, antes e após o crime contra a vida.

Admitindo a hipótese prevalecente na jurisprudência, o porte anterior ou posterior seriam meros antefatos (*ante factum*) e pós-fatos (*post factum*) impuníveis. Isso é inadmissível e não se coaduna com os supracitados pressupostos do princípio da consunção.

Em segundo lugar, existe uma política criminal explícita contra o uso das armas e o legislador criou diversos dispositivos legais que reforçam a repressão penal nesse campo, sem falar nos supracitados tratados internacionais.

Deveras, o emprego da arma de fogo é usado para majorar a pena de vários delitos, por expressa previsão legal. No roubo, na extorsão e na associação criminosa (antigo crime de quadrilha ou bando), o uso de arma constitui causa especial de aumento de pena, a teor dos artigos 157, §2º, I, 158, §1º e 288, parágrafo único, todos do Código Penal.

Ora, essa opção do legislador mostra que a arma de fogo, por seu possante caráter danoso, deve ser sopesado negativamente na fixação da pena. Onde não há disposição legal, o porte de arma para cometimento de um crime deve constituir delito autônomo. Como o crime de homicídio não prevê majorante pelo emprego de arma, infere-se o reconhecimento do concurso de crimes: homicídio cumulado com o crime da lei de armas, na modalidade de concurso material ou formal, conforme o caso.

De acordo com Claus Roxin, o funcionalismo penal prega a interpretação do sistema jurídico-penal segundo a política criminal que lhe serve de base, notadamente compatibilizando o sistema com a função do próprio direito penal: *proteger bens jurídicos*, ou seja, *valores essenciais ao indivíduo e à sociedade*. Portanto, o exame das normas incriminadoras precisa contribuir para tal finalidade:

De todo o exposto, fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de providência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (kriminalpolitische e Zweckmäßigkeit) não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética [...] ²⁴

Nessa questão, o legislador não almeja a consunção do porte de arma de fogo pelo homicídio. Prefere a punição do agente pelo homicídio em concurso com o delito do Estatuto do Desarmamento, porquanto essa ilação é a que mais protege o bem jurídico vida e reafirma o desvalor do porte ilegal de arma de fogo no seio da sociedade.

Do arcabouço normativo nacional e supranacional extrai-se a valoração negativa das armas de fogo e, assim, a interpretação dos tipos penais em apreço precisa considerar a política criminal subjacente, que orienta o operador do direito nesse sentido.

Em outras palavras, se toda a política criminal é voltada para a intervenção penal, objetivando a prevenção e repressão tanto dos crimes de homicídio, quanto do porte ilegal de arma de fogo, nada mais adequado do que postular o concurso entre os dois delitos.

²⁴ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 20.

Ademais, se a política criminal pretendesse a impunidade do uso de armas justamente no crime mais grave (homicídio), enquanto em fatos menos graves ocorre a punição, haveria uma clara contradição no sistema, pois a lei elaborada com tanto esmero ficaria desprovida de eficácia na curadoria da vida, prejudicando, inclusive, os compromissos internacionais assumidos pela nação na repressão ao armamentismo.

Sublinhe-se: a interpretação sustentada pela jurisprudência e doutrina majoritárias gera uma contradição insustentável no ordenamento jurídico e confronta diretamente a política criminal estatal.

Uma terceira argumentação diz respeito à própria natureza jurídica dos crimes de porte e de posse de arma de fogo. São crimes de perigo abstrato e mera conduta, cuja consumação independe de qualquer utilização efetiva do armamento. Logo, antes mesmo do homicídio, o crime da lei de armas consuma-se. Subsequentemente, a utilização da arma persiste, quando, geralmente, o agente homizia a arma para não ser localizada pelas autoridades policiais. Isso tudo indica a autonomia dos crimes tipificados no Estatuto do Desarmamento.

Reinterpretando o princípio da consunção, à luz desses argumentos, o Superior Tribunal de Justiça recentemente acenou para uma mutação na matéria:

RECURSO ESPECIAL - DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 14, DA LEI Nº 10.826/2003) - CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI, RECONHECIDO O CONCURSO MATERIAL - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO APLICADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS - RECURSO PROVIDO. 1. O art. 78, I, do Código de Processo Penal, submete à competência do Júri o julgamento dos crimes conexos, fixando a prevalência do Tribunal Popular sobre outro órgão da jurisdição comum. 2. O art. 593, III, "d", e seu § 3º, do Código de Ritos, permite a anulação do julgamento pelo Conselho de Sentença se o Tribunal verificar que a decisão é manifestamente contrária à prova dos autos, submetendo o réu a novo Júri. A norma não permite a substituição da decisão dos jurados pela do órgão julgador, para não ferir e morte o princípio da soberania dos veredictos. 3. Impossibilidade de anular a decisão dos jurados que optaram por uma corrente de interpretação da prova a eles apresentada. **4. O crime de porte ilegal de arma de fogo (art. 14, caput, da Lei nº 10.826/03), é um tipo penal alternativo que se classifica como de mera conduta e de perigo abstrato, o que autoriza o reconhecimento da autonomia do delito em relação ao homicídio.** 5. Recurso especial provido para restabelecer o veredicto do Tribunal do Júri. (STJ - REsp 1360248/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 12/08/2014)

Considera-se, portanto, o tipo penal do porte de arma de fogo autônomo em relação ao homicídio, o qual não possui o condão de absorver a conduta típica precedente.

Essa exegese, a nosso ver, deve prevalecer, para que o uso de armas venha a ser efetivamente punido no Brasil e o Estatuto do Desarmamento possa, definitivamente, concorrer para a redução da criminalidade violenta, que se arma para cometer as maiores violações de direitos humanos.

4. Circunstância judicial negativa

Do contexto político-criminal relatado, é indubitoso que o Estado brasileiro almeja a redução da criminalidade, através de uma maior intervenção no que diz respeito às condutas vinculadas ao porte de arma de fogo.

Conquanto admita-se a possibilidade de aplicar o princípio da consunção, o que não concordamos, resta ainda a incógnita sobre a eficácia penal do Estatuto do Desarmamento no crime de homicídio, assim como ocorre expressamente com outros delitos.

Decerto, o emprego de arma de fogo, por si só, é um crime e, portanto, ao ser absorvido pelo delito de homicídio, o juiz precisa valorar negativamente essa circunstância na dosimetria da pena, seguindo os parâmetros do artigo 59 do Código Penal.

Pode-se fazer um paralelo com o crime de furto domiciliar. A jurisprudência, quase à unanimidade, considera o crime patrimonial cometido no recando residencial como circunstância judicial negativa, exatamente pelo motivo de que a própria violação domiciliar constituir um delito autônomo.

De fato, o porte de arma de fogo, se não configurar crime autônomo, ao menos servirá para majoração da pena-base, como circunstância judicial desfavorável, conferindo alguma eficácia ao Estatuto do Desarmamento.

5. Conclusão: as teses finais

Através desse breve estudo, buscou-se identificar o princípio da consunção, no quadro complexo envolvendo o homicídio perpetrado com armas de fogo. A jurisprudência, embora com algumas decisões conflitantes, ainda sustenta a aplicação do citado postulado, de modo que o crime do Estatuto do Desarmamento fica impune no caso concreto.

Como ficou demonstrado, a interpretação gerada pela jurisprudência não se coaduna com as bases normativas e ontológicas do princípio da consunção. Além disso, a política-criminal oficial do Estado e os anseios sociais, expressos em manifestações populares, cobram das autoridades uma maior intervenção penal no intuito de prevenir e reprimir os crimes violentos, nomeadamente o homicídio.

Logo, quando o agente usa uma arma de fogo para matar, deve ser punido pelo crime descrito no artigo 121 do Código Penal em concurso material com algum dos delitos descritos no Estatuto do

Desarmamento, especialmente a posse e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e a posse e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito ou proibido (artigos 12, 14 e 16 do referido diploma legal).

De fato, como tese principal, apresentamos a seguinte conclusão: ***O princípio da consunção é inaplicável aos crimes de posse e porte ilegal de arma de fogo, antecedentes ou posteriores, quando tais instrumentos são usados para cometer o delito de homicídio, de modo que o agente responde pelo crime doloso contra a vida em concurso com o crime previsto no Estatuto do Desarmamento.***

Subsidiariamente, apresenta-se a seguinte tese: ***Quando não configurarem delito autônomo, a posse e o porte de arma de fogo, antecedentes ou subsequentes ao crime de homicídio, constituem circunstância judicial negativa, a ser aplicada na primeira fase da dosimetria da pena (artigo 59 do Código Penal).***

Eis, portanto, os pontos nucleares das teses esboçadas.

Abstract: Often, homicides are committed using firearms, because of their natural potential harmful. The dissemination of these instruments in our society increased homicide rates in the last thirty years, so that approximately fifty thousand people are murdered every year in Brazil. In this context, case law and doctrine the majority understand that the criminal can not be punished for possession of a firearm, when using such a tool to kill, since the absorption unfailing consider this offense for felony against life. Thus, the agent who commits a murder with shooting a firearm can only be punished by sanctions Article 121 of the Penal Code, which absorb the antecedents or subsequent offenses related to possession of a firearm. However, crimes of possession and carrying of firearms, ammunition or accessory under Law n. 10,832, 2003, oversee and distinct legal life, that takes care of the precept of criminal status. Moreover, such instruments have not extinguished their damaging potential by committing crime. Certainly, the principle of consunção invoked to promote impunity the size and possession of a firearm, is incompatible with the absorption of criminal types described in the Disarmament Statute, showing that, in fact, there is a accumulation between the crimes of murder and the offenses envisaged in firearms law.

Keywords: Law n. 10,826, 2003. Crimes of the Disarmament Statute. Article 121 of the Penal Code. Murder committed with a firearm. Principle of consunção. Inapplicability. Recognition of concurrence of crimes.

Contents: 1. Introduction: the homicide rate in the face of escalating arms; 2. Apparent Conflict of norms: the principle of consunção in Criminal Law; 3 Homicide and Firearm: absorption or accumulation of crimes ?; 4 Conclusion: the thesis..

Referências bibliográficas

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral, volume 1*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Legislação penal especial. Volume 4*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Código penal comentado*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. P. 560.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal. Vol. I. Tomo 1º*. 3ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 1955.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 11ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 20.

Referências da Internet

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=17514 Acesso em: 10.08.2014

APROVADA POR UNANIMIDADE

As manifestações populares no Brasil – contornos e limites ao exercício do direito de reunião e a atuação do Ministério Público

Júlio César Teixeira Crivellari

**Promotor de Justiça
da Comarca de Mar de Espanha/MG**

1 - Contexto histórico

Os protestos no Brasil em 2013 se exteriorizaram em diversas manifestações populares por todo país, que inicialmente contestavam os aumentos das tarifas de transporte público, notadamente nas capitais. Representaram as maiores mobilizações nacionais desde as manifestações dos “caras-pintadas” pela cassação do ex-presidente Collor em 1992.

Na verdade, as manifestações pela redução das tarifas de transporte público se iniciaram em janeiro de 2012, com o aumento das passagens de ônibus no Rio de Janeiro na virada do ano, e que foram duramente reprimidas pela Polícia Militar do Rio de Janeiro. Em fevereiro do mesmo ano foi a vez de usuários de trens, revoltados com a péssima qualidade do serviço, tomarem o controle de uma das composições, fazendo-a seguir até a Central do Brasil, onde também a PM reprimiu violentamente o movimento. No mês de outubro de 2012 foi fundado o *Fórum de Lutas* contra o aumento das passagens, formado por inúmeros militantes de movimentos sociais, grupos, partidos esquerdistas e ativistas, e que passou a organizar as manifestações populares até julho de 2013.

No mês de agosto de 2012, em Natal (RN), a passagem de ônibus sofreu reajuste inesperado em vinte centavos, eclodindo uma série de manifestações, violentamente reprimidas pela polícia, sendo retomadas com mais força, sem confrontos com a polícia, forçando os vereadores a revogarem o aumento da tarifa de ônibus, até que em maio de 2013, a prefeitura de Natal voltou a

aumentar as tarifas, disparando novas manifestações, com confrontos e detenções. Mas as manifestações em 2013 já haviam iniciado em Porto Alegre (RS), antes mesmo do anúncio dos aumentos, assim como em Goiânia, quando em maio de 2013, ônibus foram depredados e incendiados, e veículos danificados. Estudantes interditaram ruas do centro da capital, queimaram pneus, lançaram bombas caseiras e praticaram danos contra viaturas policiais.

Demandas carregadas ao Poder Judiciário, em diferentes cidades, levaram à redução momentânea de tarifas de ônibus, sob o argumento de que a redução de tributos (PIS e CONFINS) em favor das concessionárias não haviam sido repassados aos consumidores. O Poder Judiciário foi também demandado, tanto para proibir manifestações populares (como as organizadas pelo Sindpol e Sind-UTE, em Belo Horizonte, em junho de 2013), quanto para proibir que a PM impedisse manifestações em Minas Gerais (agora mais recentemente em junho de 2014).

As manifestações pela redução das passagens dos transportes públicos receberam amplo apoio da população, inclusive após a forte repressão policial, em especial a partir dos protestos ocorridos em São Paulo no dia 13 de junho de 2013, ocasião em que uma centena de pessoas foi “detida para averiguação”, muitas delas por portarem vinagre. Após esse dia, as manifestações cresceram exponencialmente, por várias cidades brasileiras, e no exterior, com protestos pacíficos contra os aumentos, a violência policial e até outros temas, como os gastos públicos da Copa das Confederações e Copa do Mundo, má qualidade dos serviços públicos de saúde e educação, corrupção política etc.

As manifestações populares de junho de 2013 contaram com a mobilização nas redes sociais, sendo organizadas pelo *Movimento Passe Livre* em São Paulo, pelo *Fórum de Lutas Contra o Aumento das Passagens* no Rio de Janeiro e pela *Assembleia Popular Horizontal* em Belo Horizonte. Inicialmente sem muito apoio da mídia, pouca participação popular, repressões policiais violentas e atenção voltada para a redução das tarifas, num segundo momento, as manifestações cresceram, ganhando ampla cobertura da mídia, menos repressões policiais e atendimento de algumas exigências.

Numa tentativa de acalmar a população, os poderes executivo e legislativo começaram a implementar algumas concessões/medidas, como a redução de tarifas, votação e aprovação de projetos de lei, como o que transforma a corrupção em crime hediondo, o que acabou com o voto secreto em votações para cassar mandatos de políticos e o que determinava a aplicação de recursos dos royalties do petróleo na educação. Nesse contexto, houve também a rejeição de determinados projetos como o da PEC 37, que aniquilava o poder investigatório do Ministério Público, entrando em discussão outros projetos como o da PEC 33, “cura gay” e reforma política.

A promessa neoliberal falhou. A população, pacata, saiu às ruas. Em pauta: os direitos sociais, os serviços públicos, ou seja, tudo aquilo que o neoliberalismo prometeu, mas negou, anunciou, mas interditou, no dizer do Juiz Fernando Antônio de Lima e do advogado Felipe Candido Rossato²⁵.

2 - Casuística normativa pertinente:

Sobre as manifestações populares, as funções institucionais do Ministério Público e os aspectos normativos pertinentes, é preciso lembrar que a Constituição Federal de 1988 prescreveu, originariamente, o seguinte:

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se** aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade**, nos termos seguintes: [...]*

*IV - é livre a **manifestação do pensamento**, sendo vedado o anonimato; [...]*

*IX - é livre a **expressão da atividade** intelectual, artística, científica e de **comunicação**, independentemente de censura ou licença; [...]*

*XV - é livre a **locomção no território nacional em tempo de paz**, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; [...]*

*XVI - todos podem **reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização**, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas **exigido prévio aviso à autoridade competente**; [...]*

*LXI - ninguém será preso **senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente**, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; [...]*

*LXIV - o preso tem **direito à identificação dos responsáveis por sua prisão** ou por seu interrogatório policial; [...]*

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

²⁵ As manifestações populares brasileiras em junho de 2013: sua natureza e suas verdadeiras intenções. Artigo disponível em <http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-3-volume-52/fernando> (acesso em 29/07/2014).

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; [...]

*VII - **exercer o controle externo da atividade policial**, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;*

*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.*

Nesse sentido, torna-se necessário fazer algumas digressões sobre a temática dos direitos fundamentais, lembrando algumas ideias básicas.

3 – Os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais podem ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade (GRIMM apud SARLET, 2004), de modo que não estão limitados à função precípua de serem **direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público** (perspectiva subjetiva); constituindo, outrossim, decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, e **fornecendo diretrizes para os órgãos executivos, legislativos e judiciários** (perspectiva objetiva).

Tal perspectiva jurídico-objetiva confere aos direitos fundamentais uma **eficácia dirigente** (na medida em que contêm uma ordem dirigida ao Estado, no sentido de que este se desincumba da permanente missão de realização e concretização de tais direitos); uma **eficácia irradiante** (por fornecerem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional) e uma **eficácia horizontal** (porquanto também irradiam certos efeitos na esfera privada, podendo, de certa parte, vincular também os particulares).

Além disso, por estarem impregnados de valores e decisões essenciais (que caracterizam a sua **fundamentalidade**), servem, na sua qualidade de direito objetivo, como paradigma para o controle de constitucionalidade das leis e demaís atos normativos estatais.

Outra importante função diz respeito ao reconhecimento de **deveres de proteção do Estado**, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive, preventivamente, pela proteção dos direitos

fundamentais dos indivíduos, não somente contra os poderes públicos, mas também contra agressões oriundas de particulares, e até mesmo de outros Estados (através de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal, prestações na área saúde, segurança etc).

Nenhum direito (fundamental) é absoluto e a colisão entre os direitos fundamentais há de ser afastada através da hermenêutica constitucional, de modo a que seja certificada exatamente a necessidade de proteção de determinado direito fundamental social. Conforme ensina a Profª e Min. do STF Carmen Lúcia A. Rocha (1996) não é possível cuidar de cada geração de direitos isoladamente, pois uns dependem da eficácia dos demais.

Cabe ao Ministério Público, enquanto indubitável defensor dos direitos fundamentais sociais e individuais indisponíveis, e verdadeira garantia institucional fundamental (como decorrência, dentre outras, da regra contida no art. 127 da Constituição), lançar mão de todos os expedientes e medidas legais, administrativas e/ou judiciais disponíveis (recomendações, termos de ajustamento de conduta, ações civis públicas, mandados de segurança, ações penais etc), em face do Estado e/ou de particulares, em defesa da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

4 - Contornos do direito de reunião e diálogo com os direitos fundamentais correlatos - possíveis colisões de direitos

Conforme já pontuado acima, todos podem **reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização**, desde que **não frustrem outra reunião** anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas **exigido prévio aviso à autoridade competente** (art. 5º, XVI da CF/88).

Projeção da liberdade de ir e vir, o direito de reunião se relaciona diretamente com a **liberdade de expressão**, notadamente, no que tange ao **direito à manifestação**, vedado o anonimato.

Encerra um agrupamento *transitório* de pessoas, em torno de uma **finalidade comum, consciente e lícita**, portanto, com um mínimo de coordenação; não se confundindo com o direito de associação (vínculo associativo permanente) ou com mero ajuntamento humano ocasional ou fortuito (como, p. ex., o público de um concerto musical ou o aglomerado de pessoas em redor de um acidente de trânsito).

O direito de reunião pressupõe a **liberdade de convocação** (pelas redes sociais, Internet, mídias, ou por outros meios de comunicação), a promoção, a participação e até a não participação.

Para ser validamente exercida, a liberdade de reunião pressupõe **caráter pacífico, ausência de desordem e de armas** de qualquer natureza, origem e finalidade. Por outro lado, não é qualquer perturbação, contudo, que permite a intervenção estatal para impedir a realização da reunião. Pequenas ocorrências podem ser consideradas aceitáveis e até mesmo “naturais” nos ajuntamentos de muitas pessoas²⁶.

Não é suficiente a simples menção ao perigo de alteração da ordem pública ou possível agressão a bens protegidos para justificar a proibição da realização de uma reunião, conforme entende a doutrina italiana²⁷. Portanto, havendo razões fundadas, essas devem ser verificadas no caso concreto, sem prejuízo das restrições já previstas no texto constitucional (pacificidade, prévia comunicação à autoridade competente e não frustrar a realização de outra reunião já agendada para o mesmo local e horário).

Diante desses contornos do direito de reunião e sua estreita ligação com outros direitos correlatos, é possível ocorrer eventual colisão ou antinomia com outros direitos fundamentais, dentre as quais, poderíamos pontuar as seguintes:

a) Direito de reunião/expressão e ato obsceno: situações recorrentes em países da Europa e Ásia (como a Rússia), a exposição do nu humano em manifestações populares no Brasil desborda o exercício dos direitos fundamentais em tela, encontrando tipificação no Código Penal (art. 233). Em manifestação realizada em Belo Horizonte no mês de junho de 2014, mulheres se apresentaram vestidas com sutiã e o tórax pintado, mas não com os seios à mostra.

b) Direito de reunião/expressão e perturbação do trabalho e do sossego alheios/poluição sonora: em princípio, o abuso de sinais acústicos, o barulho e possível algazarra podem encontrar tipificação nos arts. 42 ou 65 da LCP ou no art. 54 da Lei 9.605/98. Por outro lado, veja-se o que já decidiu o STF na ADI 1.969 (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 28.6.2007):

O Decreto 20.098, de 1999, do Distrito Federal foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.969. O decreto impugnado proibia a utilização de

²⁶ SOUZA, António Francisco de. Liberdade de Reunião e de Manifestação no Estado de Direito. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 6, nº 21, p. 31.

²⁷ TORRES MURO, Ignacio. *El derecho de reunion y manifestacion*. Madrid: Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1991, p. 187.

carros de som ou assemelhados em manifestações públicas realizadas na Praça dos Três Poderes, na Esplanada dos Ministérios e na Praça do Buriti. A restrição foi considerada inconstitucional, já que a alegação de que o barulho atrapalharia a atividade laboral dos servidores que trabalham nesta região é “inadequada, desnecessária e desproporcional quando confrontada com a vontade da Constituição”. No julgamento, chegou a ser ressaltado que situação outra seria a realização de manifestações com carro de som na frente de hospitais, e que a proibição, na forma apresentada no decreto, serviria para “emudecer” o povo²⁸.

c) Direito de reunião e dano ao patrimônio público e/ou particular e/ou cultural: nas manifestações populares ocorridas recentemente no Brasil, inúmeros foram os fatos mostrados pela mídia nacional que redundaram em danos cometidos ao patrimônio particular e público (art. 163, *caput* e parágrafo único do CP) e ao patrimônio histórico, cultural e turístico (arts. 62 e 65 da Lei 9.605/98).

d) Direito de reunião/expressão e ocultação de identidade: como projeção da proibição do anonimato no exercício do direito de expressão, não se mostra razoável que pessoas se utilizem de máscaras, gorros e/ou outros aparatos para ocultar a identidade, até porque essa ocultação, normalmente, predispõe-se a garantir a identificação de autoria ou impunidade de possíveis crimes.

e) Direito de reunião/expressão e violação do direito de ir e vir: nas manifestações populares ocorridas recentemente no Brasil, comuns foram os bloqueios totais de grandes vias públicas, como a Avenida Paulista em São Paulo, trechos de rodovias federais. Inúmeras pessoas perderam trabalho e compromissos, além de causarem grande impacto no trânsito das cidades maiores. Os direitos de reunião e expressão não podem violar e até anular completamente outros direitos fundamentais, como a liberdade de locomoção. A assessora do STF, Beatriz Horbach²⁹ defende o seguinte:

É de se considerar, finalmente, a elaboração de lei federal que defina limites essenciais à liberdade de reunião, como a necessidade de prévia indicação de qual percurso será feito, seu horário de realização, a proibição de interrupção total de vias públicas ou a autorização para que ocorra em determinados horários ou dias. O mero estabelecimento de regras procedimentais básicas ao exercício do direito de reunião não significa sua limitação, apenas garante que o evento se realize de forma segura não apenas aos seus participantes, mas a todos os cidadãos por ela diretamente afetada.

²⁸ HORBACH, Beatriz Bastide. *Restringir manifestações não é inconstitucional*. (artigo disponível em http://www.conjur.com.br/2013-jul-06/observatorio-constitucional-restringir-manifestacoes-nao-inconstitucional#_ftn3_7188. Acesso em 29/07/2014)

²⁹ Idem, *ibidem*.

No mês de maio de 2013, por exemplo, o Tribunal e Justiça de Minas Gerais - TJMG proibiu servidores públicos municipais do município de Belo Horizonte além do Sindibel e SindRede de ocuparem ambas as faixas de avenidas da cidade, durante passeatas e protestos, para evitar o travamento do trânsito. Por outro lado, em junho de 2013, o Supremo Tribunal Federal cassou a decisão do TJMG que proibia manifestações em todo o Estado que atrapalhassem o trânsito durante a realização da Copa das Confederações. Os sindicatos dos policiais civis (Sindipol) e dos trabalhadores da educação (Sind-UTE) recorreram ao Supremo após duas derrotas na corte estadual.

f) Direito de reunião/expressão/locomoção e montagem de cercos policiais: os cercos e/ou bloqueios policiais podem caracterizar a violação desses direitos fundamentais. Uma liminar do Juízo de Fazenda Pública de Belo Horizonte reconheceu, também em junho de 2014, o direito à livre manifestação e determinou que a Polícia Militar não impedisse a realização de protestos e atos públicos em Minas Gerais. A medida atendeu a um mandado de segurança coletivo impetrado pelo Centro de Cooperação Comunitária Casa dos Palmares, não abordou expressamente sobre a legitimidade ou não quanto à realização de bloqueios policiais aos manifestantes.

g) Direito de reunião/expressão/comunicação e cerceamento policial violento da atuação da imprensa: assim como a prática de delitos por manifestantes em lugares públicos e de acesso ao público não pode sofrer restrição de registro pela imprensa/mídia, a polícia não pode cercear ou restringir os registros audiovisuais de fatos que caracterizem eventuais abusos policiais na repressão de delitos ou no exercício dos direitos de reunião/expressão.

h) Direito de reunião/expressão/greve e crimes contra a organização do trabalho: os tipos penais inscritos nos arts. 197; 200; 201 e 202 do CP também revelam atos que transbordam o exercício de direitos fundamentais ligados à realização de manifestações populares e protestos, uma vez que em alguns movimentos grevistas, especialmente, no serviço público coletivo, houve paralisação integral do funcionamento dos serviços; ônibus foram depredados ainda na garagem (RJ, maio de 2014³⁰) e motoristas que queriam boicotar o movimento grevista foram ameaçados por colegas (São Paulo, maio de 2014³¹):

Atentado contra a liberdade de trabalho

Art. 197 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça:

I - a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias:

³⁰ <http://www.atarde.uol.com.br/brasil/noticias/1589919-50-onibus-sao-depredados-durante-greve-no-rio> e http://noticias.terra.com.br/brasil/cidades/onibus-sao-depredados-em-greve-dos-rodoviaros-no-rio.f49ab217d55f541_0VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html (acesso em 29/07/2014)

³¹ <http://www.spressosp.com.br/2014/05/21/sao-paulo-amanhece-interditada-pela-greve-de-onibus> (acesso em 29/07/2014).

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência;

II - a abrir ou fechar o seu estabelecimento de trabalho, ou a participar de parede ou paralisação de atividade econômica:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Paralisação de trabalho, seguida de violência ou perturbação da ordem

Art. 200 - Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, praticando violência contra pessoa ou contra coisa:

Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Para que se considere coletivo o abandono de trabalho é indispensável o concurso de, pelo menos, três empregados.

Paralisação de trabalho de interesse coletivo

Art. 201 - Participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

Invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola. Sabotagem

Art. 202 - Invadir ou ocupar estabelecimento industrial, comercial ou agrícola, com o intuito de impedir ou embarçar o curso normal do trabalho, ou com o mesmo fim danificar o estabelecimento ou as coisas nele existentes ou delas dispor:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

i) Direito de reunião e a confecção, guarda e/ou emprego das chamadas “bombas caseiras” ou “coquetéis molotov”, inclusive envolvendo criança ou adolescente: foi o que ocorreu nos recentes casos envolvendo a morte de um cinegrafista de televisão, atingido por um rojão, disparado por dois manifestantes, e a prisão e instauração de ação penal no Rio de Janeiro contra diversos ativistas, liderados, entre outros por Elisa Quadros, a “Sininho” que teriam se associado com a finalidade de praticar crimes nas manifestações tais como: posse de artefato explosivo, corrupção de menor, dano simples e qualificado, resistência e lesão corporal (pelo menos, esse foi o teor noticiado da ação penal movida em face dos imputados). Foram apreendidos diversos objetos, dentre os quais: facas, explosivos, coquetéis molotov, estilingues, rojões alterados para disparar pregos (“ouriços”), porretes, entre outros Segundo dispõe a Lei 10.826/03:

Art. 16 [...]

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem: [...]

III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; [...]

V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e

VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo.

j) Direito de reunião/expressão e desacato: também possível de ocorrer desbordamento no exercício desses direitos em caso de haver “*grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos etc.*”, ou seja “*qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário*”³². Em manifestação popular ocorrida em Belo Horizonte, em junho de 2014, noticiou-se que manifestantes “xingaram policiais e gritaram palavras de ordem”³³.

k) Direito de reunião e crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos (ou de utilidade pública): Os tipos penais inscritos nos arts. 260; 262; 265; 266 do CP também representam uma mostra de atitudes verificadas nos protestos recentes, por parte de alguns manifestantes, notadamente, em relação à depredação e destruição de inúmeros ônibus do serviço de transporte coletivo urbano de diversas cidades do país, desde o início das manifestações em 2012/2013:

Perigo de desastre ferroviário

Art. 260 - Impedir ou perturbar serviço de estrada de ferro:

I - destruindo, danificando ou desarranjando, total ou parcialmente, linha férrea, material rodante ou de tração, obra-de-arte ou instalação;

II - colocando obstáculo na linha;

III - transmitindo falso aviso acerca do movimento dos veículos ou interrompendo ou embarçando o funcionamento de telégrafo, telefone ou radiotelegrafia;

³² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 1959, v. LX. p. 424.

³³ <http://noticias.r7.com/minas-gerais/fotos/manifestantes-organizam-pelada-e-improvisam-peca-de-teatro-durante-protesto-na-savassi-17062014#1/foto/9> (acesso em 29/07/2014).

IV - praticando outro ato de que possa resultar desastre:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos, e multa. [...]

Atentado contra a segurança de outro meio de transporte

Art. 262 - *Expor a perigo outro meio de transporte público, impedir-lhe ou dificultar-lhe o funcionamento:*

Pena - detenção, de um a dois anos.

§ 1º - Se do fato resulta desastre, a pena é de reclusão, de dois a cinco anos.

§ 2º - No caso de culpa, se ocorre desastre:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública

Art. 265 - *Atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força ou calor, ou qualquer outro de utilidade pública:*

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

Parágrafo único - Aumentar-se-á a pena de 1/3 (um terço) até a metade, se o dano ocorrer em virtude de subtração de material essencial ao funcionamento dos serviços.

Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública

Art. 266 - *Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento:*

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento.

§ 2º Aplicam-se as penas em dobro se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública

l) Direito de reunião e desobediência e/ou resistência: também recorrentes os conflitos entre protestantes e policiais, quando em confrontos diretos em manifestações populares.

m) Direito de reunião/expressão, à prisão em flagrante ou por ordem judicial e à identificação dos responsáveis por sua prisão e abuso policial: o abuso em tela compreende, no mais das vezes, no emprego de meios imoderados na repressão de delitos ou contra manifestantes pacíficos; ocultação da identidade do agente policial; prisões de manifestantes pela simples posse de vinagre; cerceamento da atuação da imprensa etc. Nesse sentido, vale lembrar que a **Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos de Belo Horizonte** expediu as **Recomendações nº**

07/2014, referente ao uso de armamentos letais e não letais em desfavor de manifestantes, e a **nº 10/2014**, destinada ao resguardo do exercício das atividades dos profissionais da imprensa nas manifestações. Além disso, as combativas colegas integrantes da referida Promotoria de Justiça, em junho de 2014, ajuizaram ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, visando a compelir o Estado de Minas Gerais a determinar aos integrantes da Polícia Militar, em suas atividades operacionais desenvolvidas durante a Copa do Mundo em Belo Horizonte que utilizassem, de forma ostensiva, a tarja de identificação do militar, em uniformes e coletes, para que assim se pudesse identificar a autoria de possíveis abusos policiais cometidos durante as manifestações que tornaram a ocorrer, diante da realização do referido evento internacional no país.

n) Direito de reunião e atos de “terrorismo”: como se sabe, no Brasil, o terrorismo é crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, conforme previsão constitucional (art. 5º, XLIII, CF/88), todavia o Congresso ainda não aprovou nenhum projeto de lei que defina as elementares do referido delito. De qualquer forma, observe-se o que prescreve o art. 20 da Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional), editada na era da ditadura militar, a respeito:

***Art. 20** - Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.*

Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo.

Há que sustente a aplicação desse dispositivo legal³⁴, na repressão de condutas de depredação do patrimônio público, saques a lojas, incêndios a ônibus, destruição de viaturas policiais, atos de vandalismo etc, cometidos durante as manifestações populares, para os quais, o Código Penal comina penas brandas.

5. Atuação do Ministério Público

Nunca é demais lembrar que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, **incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis** (art. 127, CF/88). E como já

³⁴ *Aplicação da Lei de Segurança Nacional é válida* (artigo disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-out-10/ademar-gomes-aplicacao-lei-seguranca-nacional-valida>. Acesso em 29/07/2014). O autor Ademar Gomes é advogado em São Paulo, presidente do Conselho da Associação dos Advogados Criminalistas do Estado de São Paulo.

asseverado alhures, trata-se de verdadeira *garantia institucional fundamental*, predisposta a cumprir, pelos meios extrajudiciais e judiciais previstos na legislação pátria, diversos misteres, dentre os quais, é oportuno destacar:

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

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; [...]

VII - *exercer o controle externo da atividade policial*, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

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.

Diante de tudo que foi retratado acima, em especial, nas situações reportadas de conflitos de direitos fundamentais e da atuação estatal em relação ao exercício desses direitos, para restringi-los ou não, observa-se que o Ministério Público precisa e tem, de fato, assumido seu papel na defesa intransigente da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Tanto para reprimir abusos policiais quanto para responsabilizar condutas delituosas de manifestantes, o desbordamento do exercício dos direitos fundamentais enseja atuação do Ministério Público na prevenção e repressão de ilícitos, inclusive a atuação tendente à restringir a realização de reuniões/manifestações que não preencham os requisitos constitucionais delineados (caráter pacífico e lícito; ausência de armas; prévia comunicação; respeito a manifestações já agendadas para o mesmo dia, horário e local).

O resguardo dos direitos fundamentais é pressuposto da defesa do regime democrático, e para tanto, o Ministério Público encontra ao seu dispor um leque de medidas extrajudiciais (recomendações, termos de ajustamento de conduta, agendamento de reuniões, orientações) e judiciais (ação civil pública, ação coletiva, ação civil por atos de improbidade, mandado de segurança, ação penal e até o *habeas corpus*) para manejar em face do Estado e respectivos órgãos integrantes, assim como do particular que delibere por não respeitar seu conteúdo e contorno normativo.

E o Ministério Público já teve a oportunidade de demonstrar essa atuação em situações concretas, como as mencionadas acima, p.ex., no que se refere à expedição de

recomendações e ajuizamento de ação civil pública pela Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos de Belo Horizonte.

6 - Conclusões:

Do que se expôs acima, é possível concluir:

1) A realização das manifestações populares, enquanto projeção dos direitos fundamentais de reunião, expressão, locomoção e outros, comporta limites e restrições, dentre aqueles já delineados constitucionalmente para cada um deles e do regramento infraconstitucional pertinente, sem prejuízo da incidência dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade; não sendo suficiente a simples e genérica menção ao perigo de alteração da ordem pública ou possível agressão a bens protegidos para justificar a proibição da realização do evento.

2) Cabe ao Ministério Público, enquanto indubitável defensor dos direitos fundamentais sociais e individuais indisponíveis, e verdadeira garantia institucional fundamental (como decorrência, dentre outras, da regra contida no art. 127 da Constituição), lançar mão de todas as medidas extrajudiciais e/ou judiciais disponíveis (recomendações, termos de ajustamento de conduta, ações civis públicas, mandados de segurança, ações penais, *habeas corpus*), em face do Estado e/ou de particulares, em defesa da construção de uma sociedade livre, justa, solidária e segura), caso haja violação dos direitos fundamentais, como o direito de reunião e direitos correlatos, de modo que a voz das ruas não seja emudecida.

APROVADA POR UNANIMIDADE

A Lei Maria da Penha deve ser aplicada sempre que haja violência doméstica ou familiar contra a mulher, sendo que a agressão pode ser praticada por homem ou mulher.

Laís Maria Costa Silveira
Promotora de Justiça de Belo Horizonte
Titular da 22ª Promotoria de Justiça de
Defesa da Pessoa com Deficiência e Idosos.

A Lei Maria da Penha, nº 11.340/06, veio para proteger a mulher de agressões de toda natureza, praticada no âmbito doméstico e familiar. Desde sua edição, é pacífico que tal lei veio coibir a violência de gênero.

Assim, de início, sempre se pensou na violência sofrida pela mulher e praticada pelo homem, o sexo oposto. Desta forma, ficam abrangidos, principalmente, os vínculos de conjugalidade, marido contra mulher, ex-marido contra as ex-mulheres, namorado contra namorada, ex-namorados contra ex-namoradas, amante homem contra amante mulher, etc.

Ficaram de fora, numa análise superficial da lei, as lesões praticadas por mulheres, como irmã contra irmã, mãe contra filha, filha contra mãe, neta contra avó, avó contra neta, etc.

Ora, numa análise mais profunda, principalmente considerando o conceito de gênero, a melhor interpretação é mais abrangente, e garante proteção também quando a violência doméstica e familiar é praticada por mulher contra mulher.

Senão vejamos. Tudo está baseado no conceito de gênero: o gênero, na interpretação mais abrangente e mais moderna, diz respeito aos sexos feminino e masculino, determinados por fatores sócio-culturais, e não pelo aspecto biológico. Existe sim, socialmente falando, um padrão de comportamento determinado pela sociedade, feminino, que diz respeito às funções assumidas na sociedade pelas pessoas do sexo feminino. Da mesma forma, outras funções são socialmente assumidas pelas pessoas do sexo masculino. Assim, temos que as diferenças existem e devem ser

consideradas. Mas os doutrinadores mais modernos, já consideram o conceito de gênero designado pela conduta social do indivíduo, muito mais que o sexo biológico,

Temos, destarte, a definição do sexo biológico e o sexo social. E, como garantidora de proteção à mulher na perspectiva de gênero, a Lei Maria da Penha considera, preponderantemente, o sexo social, o papel que cada indivíduo exerce na relação familiar e afetiva. Assim, no polo ativo, como provocador da agressão ou violência, tem-se que tanto o homem quanto a mulher (no aspecto biológico) podem estar neste lado da relação processual. Quanto o pólo passivo, aí sim, não há dúvida de que se trata de mulher, tanto no ponto de vista biológico quanto sociológico. O que importa, segundo a doutrina mais moderna, que tanto a mulher quanto o homem podem ser agentes da violência doméstica, desde que esteja presente a situação de vulnerabilidade e\ou hipossuficiência da vítima em relação ao agressor(a).

A seguir, vê-se que a doutrina vem confirmar o defendido acima.

...”Varikas (1989) afirma que ao tomar emprestado o termo da gramática e da linguagem, as feministas postularam **a necessidade de superar o sexo biológico, mais ou menos dado pela natureza, do sexo social, produto de uma construção social permanente, que forma em cada sociedade humana, a organização das relações entre os homens e as mulheres.** A noção de gênero adquire um duplo caráter epistemológico, de um lado, funciona como categoria descritiva da realidade social, que concede uma nova visibilidade para as mulheres, referindo-se a diversas formas de discriminação e opressão, tão simbólicos quanto materiais, e de outro, como categoria analítica, como um novo esquema de leitura dos fenômenos sociais.”... (grifei e negritei)

...”Seguindo o texto de Lauretis (1994), **as concepções de masculino e feminino, nas quais todos os seres humanos são classificados, formam em cada cultura, um sistema de gênero, um sistema simbólico ou um sistema de significações que relaciona o sexo a conteúdos culturais de acordo com valores e hierarquias sociais.** Vale destacar, pela pertinência ao tema deste texto, que embora os significados possam variar de uma cultura para outra, **qualquer sistema de sexo-gênero está sempre intimamente interligado a fatores políticos e econômicos em cada sociedade.** Sob essa ótica, a construção cultural do sexo em gênero e a assimetria que caracteriza todos os sistemas de gênero através de diferentes culturas são entendidas como sendo sistematicamente ligadas à organização da desigualdade social (Lauretis, p. 212).”... (negritei).

... **“a desigualdade social entre homens e mulheres resulta, principalmente, da organização da sociedade e não de diferenças biológicas ou psicológicas significativas entre os mesmos.** Em relação ao princípio analítico de que não há apenas uma diferenciação socialmente construída entre homens e mulheres, mas também, e sobretudo, uma desigualdade social, isto significa que os estudos em função do gênero supõem que as mulheres têm menos recursos materiais, estatuto social, poder e oportunidades de auto-realização do que os homens com quem partilham a mesma posição social.”... (negritei)

Como nos ensina a doutrinadora MARIA BERENICE DIAS "A empregada doméstica, que presta serviço a uma família, está sujeita à violência doméstica. Assim, tanto o patrão como a patroa podem ser os agentes ativos da infração. Igualmente, desimporta o fato de ter sido o neto ou a neta que tenham agredido a avó, sujeitam-se os agressores de ambos os sexos aos efeitos da Lei. A parceira da vítima, quando ambas mantém uma união homoafetiva (art. 5º, parágrafo único), também responde pela prática de violência de âmbito familiar. Os conflitos entre mães e filhas, assim como os desentendimentos entre irmãos está ao abrigo da Lei Maria da Penha quando flagrado que a agressão tem motivação de ordem familiar." (in A Lei Maria da Penha na Justiça: A Efetividade da Lei 11.340/2006 de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, RT: São Paulo, 2ª tiragem, 2008, p. 41)

Em todos estes textos de estudiosos de gênero, extrai-se que o conceito de gênero não está ligado ao sexo biológico, e sim ao sexo social, que assume comportamento social masculino ou feminino. O sexo masculino, sob esta ótica, exerce preponderância sobre o sexo feminino, que se submete àquele. Há um domínio, uma subjugação do sexo masculino sobre o feminino, na nossa sociedade brasileira moderna. Mesmo com os avanços atingidos e absorvidos pela sociedade nos últimos tempos, é patente que esta diferença existe, e que torna a mulher, no âmbito de seu ambiente doméstico e familiar, dependente e dominada pelo homem.

A Lei Maria da Penha visa corrigir esta discrepância, protegendo a mulher do domínio e da subjugação masculina. Quanto à vítima, não há dúvida alguma, uma vez que a lei é clara no sentido de que somente poderá se beneficiar da Lei Maria da Penha a mulher. Ponto. Assim, não se pode discutir o que o texto definiu categoricamente.

Ocorre que, quanto à descrição do agressor, a Lei já não faz a mesma definição. Portanto, e considerando o conceito moderno de gênero conforme descrito acima, pode ser sujeito ativo da violência doméstica e familiar contra a mulher, tanto o homem quanto a mulher. Muitas vezes vemos uma mulher subjugando e oprimindo outra, dominando-a, e até cometendo violência doméstica e familiar contra outra mulher, em situação de vulnerabilidade e hipossuficiência. Assim, cabe reforçar que se trata de violência de gênero, entre duas mulheres do sexo biológico feminino, mas em que uma assume o papel social masculino. Muitas vezes é o caso de irmã contra irmã, mãe contra filha, filha contra mãe, avó contra neta, neta contra avó, etc.

Duas palavras são muito importantes para detectarmos a vítima de violência doméstica nestes casos: situação de vulnerabilidade e hipossuficiência. Tais conceitos foram amplamente debatidos nos

tribunais do país, nas diversas regiões. Temos que no Estado de São Paulo foram tantos julgados neste sentido em segunda instância, que já é questão sumulada: a Súmula 114 prevê exatamente o que estamos tratando, que o agressor ou agressora da vítima mulher, no caso de violência doméstica e familiar, pode ser homem ou mulher.

SÚMULA 114 TJSP

Aprovada pelo Colendo Órgão Especial, nos termos do artigo 188, §§ 3º e 4º do Regimento Interno e Publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 12 de agosto de 2013.

Para efeito de fixação de competência, em face da aplicação da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor. (grifei, negritei e destaquei)

As demais jurisprudências no Estado de São Paulo são muito claras e esclarecedoras neste sentido:

1) PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CÂMARA ESPECIAL
Conflito de Jurisdição nº 0200772-28.2013.8.26.0000 - pág. 2/10
Voto: 6883 CFF/C
Conflito de Jurisdição: 0200772-28.2013.8.26.0000
Comarca: São Paulo
Vara: Vara do Foro Central de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher
Processo: 0016057-89.2013.8.26.0050
Suscitante: MM. Juízo de Direito da Vara Central de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Capital
Suscitado: MM. Juízo de Direito da 15ª Vara Criminal da Capital
CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. AÇÃO PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL. CASO CONCRETO QUE NÃO NOTICIA ATOS DE VIOLÊNCIA MOTIVADOS NO GÊNERO DA OFENDIDA OU DECORRENTES DA RELAÇÃO DE SUBORDINAÇÃO OU DE DESIGUALDADE EM RELAÇÃO À RÉ, A RECOMENDAR A INCIDÊNCIA DOS DITAMES PROTETIVOS DA LEI Nº 11.340/06. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 114, DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONFLITO CONHECIDO, COM A DECLARAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.
Vistos...

Cuida-se de conflito negativo de jurisdição suscitado pelo MM. Juízo de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Central Criminal da Capital, por discordar da respeitável decisão do MM. Juízo de Direito da 15ª Vara Criminal da Capital, ora suscitado, que determinou a redistribuição do feito...

2)PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CÂMARA ESPECIAL

Conflito de Jurisdição nº 0200772-28.2013.8.26.0000 - pág. 3/10

“que “na hipótese dos autos, embora incontroverso que se trata de vítima do sexo feminino, as circunstâncias dos fatos revelam que as **condutas supostamente praticadas pela ré** não resguardaram qualquer nexos com a diferença de gênero” (fls. 02/05).

Designado o Juízo suscitado para apreciar e decidir eventuais questões urgentes (fls. 16), manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela competência do MM. Juízo de Direito da 15ª Vara Criminal da Capital (fls. 21/24).

É o relatório.

O conflito negativo de jurisdição resta configurado, porquanto ambos os juízos consideram-se incompetentes para conhecer do fato delituoso, nos termos do disposto no artigo 114, inciso I, do Código de Processo Penal. A competência para conhecer e julgar a demanda é do Juízo suscitado. A controvérsia instaurada cinge-se à ação penal instaurada pelo Ministério Público em face de Ana Carolina Ribas Gravina, pela suposta prática do delito tipificado no artigo 129, § 2º, inciso I, c.c. o artigo 61, inciso II, *h*, ambos do Código Penal (fls. 02/05).

Conforme narrado na denúncia, **na data dos fatos, a vítima Salete Rocco se dirigiu até a residência da ré** com o fim...”

3)PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CÂMARA ESPECIAL

Conflito de Jurisdição nº 0200772-28.2013.8.26.0000 - pág. 4/10

“...de buscar a neta. Ao notar que o genitor da criança não acompanhava a

ofendida, a denunciada iniciou uma discussão com esta, tendo, em determinado momento, tomado a filha das mãos da avó, empurrando-a violentamente contra o solo. Segundo apurado, em detrimento da violência com que foi empurrada, a vítima sofreu algumas fraturas, permanecendo caída no solo até receber o auxílio de terceiros. A denúncia foi direcionada ao Juízo Criminal da Comarca da Capital e distribuída à 15ª Vara Criminal, que, contudo, declinou-se da competência e remeteu os autos ao Juízo especializado da mesma Comarca (fls. 11) Divergem os Juízos acerca da subsunção dos fatos narrados na denúncia à Lei nº 11.340/2006 Lei Maria da Penha. Sobreleva destacar, primeiramente, que a lei em questão contempla

dois relevantes nortes: o objetivo, pelo qual se direciona a combater os fatos ocorridos no âmbito doméstico, familiar ou intrafamiliar; **e o subjetivo, pelo qual se preocupa com a proteção da mulher, vítima de atos de violência praticados tanto por aquele com o qual tenha ou haja tido relação marital ou de afetividade, quanto por qualquer outra pessoa com quem ela conviva no âmbito doméstico e familiar.**”

4)PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO CÂMARA ESPECIAL

Conflito de Jurisdição nº 0200772-28.2013.8.26.0000 - pág. 5/10

“Com efeito, o artigo 5º, do aludido diploma legal, prevê que, para os efeitos de incidência da lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero, que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, independentemente da orientação sexual a envolver as relações pessoais enunciadas na norma. Desse modo, da interpretação sistemática da Lei nº 11.340/06, mormente considerados os fins sociais a que ela se destina, **conclui-se que a intenção do legislador foi amparar a mulher em situação de fragilidade tanto diante do ofensor do sexo masculino como do sexo feminino, em decorrência de qualquer relação íntima, com ou sem coabitação, em que sofra violência (*lato sensu*)**. Portanto, deve sempre ser aferido, no caso concreto, a relação de vulnerabilidade, hipossuficiência, inferioridade física ou econômica existente entre agressor/agressora e vítima.

Do contrário, conferir interpretação elástica e literal às relações pontuadas pela lei especial levaria sempre à presunção “*in abstrato*” de que toda e qualquer agressão cometida contra a vítima mulher no âmbito do seio familiar, por si só, caracteriza hipótese de violência de gênero amoldada aos preceitos da Lei Maria da Penha, devendo, assim, ser processada perante o Juízo de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher...”

5)PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO CÂMARA ESPECIAL

Conflito de Jurisdição nº 0200772-28.2013.8.26.0000 - pág. 7/10da

Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeito ativo da violência, figurando como sujeito passivo apenas a mulher, sempre que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência íntima, com ou sem coabitação, e desde que a violência seja baseada no gênero, com a ocorrência de opressão, dominação e submissão da mulher em relação ao agressor.” (Câmara Especial, DJ de 12.08.2013).

Flávia Piovesan, discorrendo sobre a violência baseada no gênero, assinala que “a violência contra a mulher constitui ofensa à dignidade humana, sendo manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens. (...) Vale dizer, a violência baseada no gênero ocorre quando um ato é dirigido contra a mulher porque é mulher, ou quando atos afetam as mulheres de forma desproporcional” (in “Temas de direitos humanos”, Ed.Saraiva, 3ª edição, 2009, pág. 229). Da narrativa da exordial e da análise do contexto fático delineado nos autos, deduz-se que, malgrado o sujeito passivo, na hipótese, seja mulher, o titular da ação penal não descreveu, tampouco apontou **indícios no sentido de que o crime imputado à ré tenha tido motivação decorrente do gênero da ofendida**, a ensejar maior proteção a uma das partes envolvidas na contenda em detrimento da outra, por meio da aplicação dos ditames da lei em comento...”

6)PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CÂMARA ESPECIAL

Conflito de Jurisdição nº 0200772-28.2013.8.26.0000 - pág. 8/10

“...narrada na denúncia porque não se conformou com a ausência do genitor da criança no dia dos fatos, não resguardando, como se vê, qualquer nexos causal com as diferenças de gênero que, aliás, teria o mesmo desfecho caso a vítima fosse do sexo masculino” (fls. 05). Esta Colenda Câmara Especial, analisando casos análogos, assim decidiu:

“Conflito de Jurisdição. Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher e Vara Criminal. Ação penal pela prática, em tese, de crime de lesão corporal de natureza grave. **Desentendimento entre sogra e nora. Delito que se encontra fora do âmbito das relações domésticas e familiares. Inteligência do artigo 5º, da Lei nº 11.340/2006. Fato com motivação não compatível com a "ratio legis" das normas invocadas pelo juízo suscitado.** Competência da Vara criminal. Conflito julgado procedente, para fixar a competência do juízo suscitado.” (Conflito de Jurisdição nº 0133001-33.2013.8.26.0000, Relª. Claudia Grieco Tabosa Pessoa, DJ 21.10.2013)...”

7)PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
CÂMARA ESPECIAL

Conflito de Jurisdição nº 0200772-28.2013.8.26.0000 - pág. 9/10

“...O Colendo Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se no mesmo sentido:

“HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA

PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. AMEAÇA. SOGRA E NORA. 3. COMPETÊNCIA. INAPLICABILIDADE. LEI MARIA DA PENHA. ABRANGÊNCIA DO CONCEITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. VIOLÊNCIA DE GÊNERO. RELAÇÃO DE INTIMIDADE AFETIVA. 4. COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
5. ORDEM NÃO CONHECIDA. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

[...] 2. A incidência da Lei n.º 11.340/2006 reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, **praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade**. Precedentes. 3. No caso não se revela a presença dos requisitos cumulativos para a incidência da Lei n.º 11.340/06, a relação íntima de afeto, a motivação de gênero e a situação de vulnerabilidade. Concessão da ordem...”

8) TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO -São Paulo

CONFLITO DE JURISDIÇÃO Nº 0145585-35.2013.8.26.0000 SÃO PAULO VOTO Nº 3580 2/4

CONFLITO DE JURISDIÇÃO nº 0145585-35.2013.8.26.0000

SUSCITANTE: MM JUIZ DE DIREITO VARA REGIÃO SUL2 VIOLÊNCIA

DOMÉSTICA FAMILIAR CONTRA MULHER FORO REGIONAL SANTO

AMARO

SUSCITADO: MM JUIZ DE DIREITO 2ª VARA CRIMINAL DO FORO

REGIONAL DE SANTO AMARO INTERESSADO: EVA SANTOS DE OLIVEIRA

COMARCA: SÃO PAULO.

VOTO Nº 3.580

Conflito de jurisdição Violência doméstica Configuração Lesão corporal supostamente **praticada pela acusada, tia e guardiã da ofendida**. Agressão de gênero, cometida no âmbito da unidade familiar, e por conta da relação de ascendência decorrente da guardianship. Competência do suscitante Trata-se de conflito negativo de jurisdição envolvendo os Juízos da Vara Região Sul2 de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Foro Regional de Santo Amaro (suscitante) e da 2ª Vara Criminal do Foro Regional de Santo Amaro (suscitado).

Afirma o suscitante, em apertada síntese, que não caracterizada violência doméstica. Manifestou-se a Procuradoria Geral de Justiça pelo conhecimento do incidente, declarando-se a competência do suscitado (fls. 15/16).

É o relatório.

Competente é o suscitante. ...”

Também a jurisprudência do Estado do Rio de Janeiro já nos informa este tipo e posicionamento, decidido pela possibilidade de homem ou mulher serem sujeitos ativos da violência doméstica e familiar contra a mulher.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

0008039-09.2013.8.19.0007-RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
DES. MARCIA PERRINI BODART - Julgamento: 24/06/2014 - SETIMA CAMARA CRIMINAL Recurso em Sentido Estrito. Art. 129, § 9º, do CP. Decisão proferida pelo Juízo de Direito do I Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Barra Mansa que declinou a competência para a apreciação da ação penal, por entender que o crime narrado na denúncia não foi praticado no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Processo visa a apurar a prática de lesão corporal (art. 129, § 9º, do CP) em tese praticada por mãe contra sua filha, que à época dos fatos, contava com 20 anos de idade. O Ministério Público alega que o crime foi cometido em virtude da condição de mulher da vítima, tendo o gênero e a idade da vítima como suas motivações. Inteligência do art. 4º, da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha). A intenção precípua do legislador foi dar proteção à mulher subjugada, principalmente, por sua vulnerabilidade física. Assim, para que o crime seja por ela abrangido é imprescindível que a prática da conduta seja baseada no gênero. O âmbito de proteção da Lei Maria da Penha exige que a situação de violência praticada contra a mulher esteja caracterizada na relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade, havendo relação íntima de afeto e motivação de gênero, elementar a que a Lei nº 11.340/2006 buscou proteger. O delito supostamente praticado pela mãe contra sua filha embora ocorrido em contexto familiar e doméstico, não guarda qualquer motivação de gênero apta a atrair a incidência da Lei nº 11.340/06. Incidência do verbete nº 253 da Súmula do TJRJ. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, com a manutenção integral da decisão hostilizada.

Também no Rio Grande do Sul já há julgamentos do sentido que estamos defendendo, de que tanto homem como mulher podem ser sujeitos ativos da violência doméstica. Para ilustrar, colacionamos o julgado abaixo.

Ementa: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. LEI MARIA DA PENHA. AMEAÇA CONSUMADA. RELAÇÃO ENTRE MÃE E FILHA. O INCISO III DO ART. 5º DA LEI Nº 11.343/06 DEFINE QUEM É CONSIDERADA PELA LEI COMO DESTINATÁRIA DA PROTEÇÃO, O QUE ABRANGE GENITORA, INDEPENDENTEMENTE DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR COABITAÇÃO. COMPETÊNCIA DA VARA CRIMINAL COMUM PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DO FEITO. Definição

da competência para processamento do feito, entre a Vara comum e o Juizado Especial Criminal, em razão da incidência ou não da Lei nº 11.340/06. Aos delitos praticados sob a égide da Lei Maria da Penha é sabido que não se aplica a Lei nº 9.099/95, conforme art. 41 da Lei nº 11.340/06, a qual disciplina, igualmente, que "configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial no âmbito da unidade doméstica" (art. 5, I, da referida lei), o que constitui o exato caso dos autos, **em que a vítima, do gênero feminino, foi alegadamente ameaçada pela filha em sua residência. Recurso provido.** (Recurso em Sentido Estrito Nº 70045271236, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 28/03/2012)

Data do Julgamento: 28/03/2012

Na mesma esteira de entendimento, também o Estado do Pará já decidiu que tanto homem quanto mulher podem ser sujeitos ativos da violência familiar e doméstica contra a mulher.

Ementa/Decisão:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO DA 2ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DO IDOSO DA CAPITAL/PA E JUÍZO DA 1ª VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER DA CAPITAL/PA. ART. 129, §9º E ART. 147, AMBOS DO CPB. LEI Nº 11.340/2006. JUÍZO NATURAL. COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA 1ª VARA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER DA COMARCA DE BELÉM/PA. CONFLITO CONHECIDO E JULGADO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME. 1. A Lei nº 11.340/06, em seu art. 5º, visa proteger e proibir, tanto quanto possível, a violência praticada contra mulher, no âmbito familiar, em razão da superioridade física e moral que acredita o homem ou seu oponente familiar possuir, ou seja, a referida lei possui direcionamento claro, qual seja a proteção de gênero, conforme se vislumbra no caso vertente. Assim, não restam dúvidas que a agressão física e a ameaça da neta contra a avó, em razão dos laços afetivos que as unem, da coabitação, etc., faz incidir os normativos previstos na Lei Maria da Penha, pois, fácil é concluir a existência do nexo de causalidade entre a conduta criminosa e a vulnerabilidade da vítima, fatalmente bem mais velha do que sua agressora. 2. A situação envolvendo as partes decorreu da relação parental existente entre as mesmas (neta e avó) e, não simplesmente pelo fato de a vítima ser pessoa idosa. 3. Conflito conhecido e julgado procedente, à unanimidade, para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Capital/PA.

Também, para ter como base as decisões do nosso Estado, tempos vários julgados no mesmo sentido, o que demonstra que o nosso Tribunal de Justiça de Minas Gerais já está na vanguarda das decisões mais contemporâneas, numa clara posição de que irmanou às correntes doutrinárias mais modernas e já referidas acima. Os julgados colacionados abaixo não deixam a menor dúvida neste respeito.

Relator(a): Des.(a) Márcia Milanez

Data de Julgamento: 07/01/2014

Data da publicação da súmula: 10/01/2014

Ementa: EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO - PEDIDO DE MEDIDAS PROTETIVAS FORMULADO POR FILHA CONTRA A MÃE - FEITO DISTRIBUÍDO À VARA ESPECIALIZADA - COMPETÊNCIA DECLINADA PARA A VARA DE INQUÉRITOS - INCORREÇÃO - COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO. A Lei Maria da Penha abriga os conflitos entre mães e filhas. Restando configurada a violência doméstica baseada no gênero, tratando-se de suposta infração cometida em contexto de violência doméstica, imperiosa a incidência da Lei 11.340/06.

Processo: Conflito de Jurisdição -1.0000.13.033443-6/000

0334436-21.2013.8.13.0000 (1)

Relator(a): Des.(a) Antônio Carlos Cruvinel

Data de Julgamento: 17/09/2013

Data da publicação da súmula: 24/09/2013

Ementa: EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO - LEI MARIA DA PENHA - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - SUJEITO PASSIVO - MÃE - APLICABILIDADE DA LEI - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM OU DA VARA ESPECIALIZADA. Para a configuração da violência doméstica, não importa do gênero do agressor ou do agredido, bastando a existência de relação familiar ou de afetividade entre as pessoas envolvidas. Procedência do conflito.

Processo: Conflito de Jurisdição -1.0000.13.011053-9/000

0110539-45.2013.8.13.0000 (1)

Relator(a): Des.(a) Doorgal Andrada

Data de Julgamento: 24/04/2013

Data da publicação da súmula: 02/05/2013

Ementa: EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL E VARA CRIMINAL DA JUSTIÇA COMUM. LEI MARIA DA PENHA. FILHA QUE AGRIDE MÃE. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA BASEADA NO GÊNERO. ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR. COMPETÊNCIA DA VARA CRIMINAL.
- A Lei nº 11.340/06 é aplicável aos fatos oriundos de relação

doméstica e familiar, no que se incluem pais, filhos, netos, irmãos, cônjuge, companheiro, desde que a relação possa ser qualificada como violência de gênero, ou seja, que demonstre posição de subordinação física ou psíquica da mulher em relação ao outro ente familiar.

- A relação entre mãe e filha se trata de uma relação familiar e, no caso em que a mãe é agredida pela filha, que reside em sua companhia, resta configurada a violência doméstica baseada no gênero.
- Competência da Vara Criminal.

**Processo: Conflito de Jurisdição -1.0000.11.074714-4/000
0747144-09.2011.8.13.0000 (1)**

Relator(a): Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos

Data de Julgamento: 17/05/2012

Data da publicação da súmula: 25/05/2012

Ementa:

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE JURISDIÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. VIOLÊNCIA PRATICADA POR MULHER. SUJEITO ATIVO. INEXIGIBILIDADE DE GÊNERO DETERMINADO. SUJEIÇÃO À LEI Nº 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITANTE. 1. O procedimento da Lei 11.340/06 aplica-se aos casos em que a vítima é mulher e a agressão física ou moral, resulte da relação íntima de afeto. 2. Para a incidência da Lei Maria da Penha necessariamente o gênero feminino deve figurar no pólo passivo da relação de direito material, não se exigindo, contudo, gênero específico no pólo ativo. 3. Declarada a competência do Juízo suscitante

**Processo: Conflito de Jurisdição -1.0000.11.053881-6/000
0538816-74.2011.8.13.0000 (1)**

Relator(a): Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo

Data de Julgamento: 19/04/2012

Data da publicação da súmula: 27/04/2012

Ementa: EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR - LESÃO CORPORAL PRATICADA POR FILHA CONTRA GENITORA - INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA - COMPETÊNCIA DA VARA ESPECIALIZADA DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - CONFLITO ACOLHIDO.

- A lei Maria da Penha não faz qualquer menção acerca do gênero do agressor, possibilitando que tanto o homem quanto a mulher figurem como sujeito ativo nos crimes de violência praticados no âmbito doméstico e familiar.

- Tratando-se de crime de violência doméstica, a competência para processar e julgar o feito recai sobre o juízo das varas especializadas de violência doméstica e familiar contra a mulher.

- Conflito acolhido para declarar a competência do juízo suscitado

De tudo estudado e analisado, não resta outra alternativa senão entender que a violência de gênero prevista expressamente na Lei Maria da Penha não se baseia no conceito biológico de gênero, e sim o papel social exercido pelo sujeito ativo, que pode ser do sexo masculino ou feminino, desde presentes a situação de dominação, opressão, vulnerabilidade e hipossuficiência da mulher vítima da violência, em relação ao agressor(a).

Bibliografia:

- 1) A Lei Maria da Penha na Justiça: A Efetividade da Lei 11.340/2006 de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, RT: São Paulo, 2ª tiragem, 2008, p. 41)
- 2)http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v3n2_genero.htm
- 3)[http://www.infopedia.pt/\\$genero-\(sociologia\);jsessionid=z+Vv6fjlomVf1Jjhv2qiWg](http://www.infopedia.pt/$genero-(sociologia);jsessionid=z+Vv6fjlomVf1Jjhv2qiWg)
- 4)http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931995000100002

APROVADA POR UNANIMIDADE

As medidas protetivas de urgência previstas pela Lei Maria da Penha e sua aplicação a outros segmentos de pessoas: idosos, crianças, enfermos e pessoas com deficiência

Laís Maria Costa Silveira

Promotora de Justiça de Belo Horizonte

Titular da 22ª Promotoria de Justiça de

Defesa da Pessoa com Deficiência e Idosos.

Em agosto de 2006 foi editada a Lei Maria da Penha, com o escopo principal de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Foi um avanço no mundo jurídico brasileiro. Fruto de uma luta popular intensa, baseada, principalmente, na participação pessoal da vítima de violência doméstica cearense, Maria da Penha Maia Fernandes, a lei veio dar uma resposta a violência contra mulheres, no âmbito familiar e doméstico, já instalado na nossa sociedade.

Dentre as diversas inovações trazidas pela lei 11340/06, sempre no sentido de dar a proteção à mulher vítima de violência doméstica e familiar, uma das mais importantes foram as Medidas Protetivas de Urgência. A prática jurídica sempre indicou serem as medidas de proteção eficazes na proteção das mulheres em situação de risco. Vários são os exemplos de aplicação de medidas que, devidamente aplicadas, garantiram às vítimas uma proteção eficaz.

As medidas protetivas de urgência contemplam medidas de natureza civil e criminal, e devem ser aplicadas de acordo com o caso concreto, quando são analisadas as medidas mais efetivas. A partir da entrada em vigor da Lei Maria da Penha, tais medidas foram amplamente divulgadas e ganharam relevância social e jurídica.

Assim prevê a Lei Maria da Penha, nos artigos 18 e seguintes, sobre as medidas protetivas de urgência:

LEI MARIA DA PENHA Nº11.340/06

Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:

I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as **medidas protetivas de urgência**; (negritei)

II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso;

III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis.

Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§ 1º As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

§ 2º As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

§ 3º Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público.

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Art. 21. A ofendida deverá ser notificada dos atos processuais relativos ao agressor, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão, sem prejuízo

Porém, como foram introduzidas no ordenamento jurídico pela Lei Maria da Penha, para proteção específica para a mulher, vítima de violência familiar e/ou doméstica, somente a mulher, nesta condição de vulnerabilidade, se beneficiava de tais medidas.

Vale lembrar e ressaltar que as medidas protetivas representam um avanço na proteção da vítima. Ocorre que ficam restritas a esta vítima mulher, na situação acima referida.

Esta situação tornou-se uma incoerência no ordenamento jurídico, uma vez que outras categorias de pessoas, também em situação de vulnerabilidade, poderiam e deveriam se beneficiar também de medidas de proteção. Assim, ficavam de fora desta proteção outros grupos sociais que são historicamente vulneráveis e também reconhecidos hipossuficientes. Nestes grupos encontram-se o idoso, a criança, o adolescente, e a pessoa com deficiência, que também merecem proteção estatal.

Antes mesmo da Lei Maria da Penha, o Estatuto do Idoso - Lei 10.741/03 - já previa as medidas de proteção, de natureza cautelar, de forma inédita e inovadora, nos artigos 43 e seguintes. Ocorre que, neste caso, as medidas de proteção não tiveram a mesma repercussão que no caso da Lei Maria da Penha. Mas não se pode olvidar que foi uma conquista inovadora e mesmo revolucionária para a realidade brasileira. Com o advento da Lei Maria da Penha, as medidas protetivas ganharam repercussão e caiu no entendimento popular com um aspecto altamente positivo.

LEI Nº 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003.

Art. 43. As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

- I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
- II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento;
- III – em razão de sua condição pessoal.

CAPÍTULO II

Das Medidas Específicas de Proteção

Art. 44. As medidas de proteção ao idoso previstas nesta Lei poderão ser aplicadas, isolada ou cumulativamente, e levarão em conta os fins sociais a que se destinam e o fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

Art. 45. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 43, o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a requerimento daquele, poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I – encaminhamento à família ou curador, mediante termo de responsabilidade;
- II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III – requisição para tratamento de sua saúde, em regime ambulatorial, hospitalar ou domiciliar;

IV – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a usuários dependentes de drogas lícitas ou ilícitas, ao próprio idoso ou à pessoa de sua convivência que lhe cause perturbação;

V – abrigo em entidade;

VI – abrigo temporário.

Então, com a Lei 11.340/06, a legislação pátria viu nascer um abismo no sistema de proteção às vítimas em situação de vulnerabilidade. A mulher, devidamente já explicado, tinha as medidas de proteção a seu favor. Outros segmentos sociais também altamente vulneráveis, ficaram de fora desta proteção, como o idoso, a criança, o adolescente e o deficiente. Isto tudo considerando que o Estatuto do Idoso, embora vigente, não ganhou a importância que deveria ter tido, com relação às medidas de proteção.

O advento da Lei 12.403/11 veio corrigir tal absurdo, ampliando a aplicação das medidas protetivas, de forma a abrangerem também estes demais grupos sociais, também altamente vulneráveis e hipossuficientes.

Esta nova lei veio modificar artigos do Código de Processo Penal, notadamente em relação a prisão preventiva. Senão vejamos.

LEI Nº 12.403, DE 4 DE MAIO DE 2011.

“Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).”

“Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (grifei e negritei)

IV - (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.”

Ocorre que ao alterar o CPP, esta nova Lei introduz dispositivo legal que faz incluir no rol de segmentos sociais abrangidos pelas medidas protetivas de urgências também o Idoso, a criança, o adolescente, o enfermo e a pessoa com deficiência. Tal assertiva se evidencia no Inciso III, do artigo 313, do CPP, devidamente alterado. Vê-se *in verbis*:

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (grifei e negritei)

Vê-se claramente que o legislador, com esta inclusão e descrição minuciosa, quer estender, e assim o fez, as medidas protetivas de urgência aos demais segmentos sociais também vulneráveis, e não somente à mulher. Há descrição clara do Idoso, criança, adolescente, enfermo e pessoa com deficiência, nos casos de crime que envolver violência doméstica e familiar, como possibilidade de decretação de prisão preventiva, para garantir medidas protetivas de urgência. Assim, temos por corrigida a distorção antes vigente.

A jurisprudência pátria já é bem favorável a esta interpretação:

1-Processo:HabeasCorpus 1.0000.14.044220-3/000

0442203-84.2014.8.13.0000 (1)

Relator(a): Des.(a) Flávio Leite

Data de Julgamento: 29/07/2014

Data da publicação da súmula: 08/08/2014

Ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO - NÃO COMPROVAÇÃO DO DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS - PACIENTE PRIMÁRIO E CIVILMENTE IDENTIFICADO - CRIMES PUNIDOS COM PENAS DE DETENÇÃO INFERIORES

A QUATRO ANOS - ADOÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO - ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. –

Segundo dispõe o art. 313 do Código de Processo Penal, será admitida a decretação da prisão preventiva, (I) nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos; (II) se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; (III) se o crime envolver violência doméstica e familiar, contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Não existindo nenhuma das hipóteses autorizadoras da decretação da prisão preventiva, a prisão deve ser imediatamente relaxada, posto que flagrantemente ilegal, consoante determina o art.5º ,LXV,da CF. –

Considerando a violência e a gravidade concreta da conduta praticada pelo paciente, torna-se imperiosa a decretação de outras medidas cautelares diversas da prisão preventiva, nos termos do art. 319 do CPP, em respeito ao princípio da proporcionalidade previsto no art. 282 do CPP.

- Ordem parcialmente concedida.

**2-Processo: Habeas Corpus 1.0000.14.042324-5/000
0423245-50.2014.8.13.0000 (1)**

Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires

Data de Julgamento: 17/07/2014

Data da publicação da súmula: 28/07/2014

Ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS CONTIDOS NO ART. 313 DO CPP - PENA MÁXIMA COMINADA AO DELITO NÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO - PACIENTE PRIMÁRIO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRA – ORDEM CONCEDIDA. –

Determina o art. 313 do CPP que a prisão preventiva somente é admitida "nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos" ou se o agente "tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal" ou, ainda, "se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência".

- Assim, sendo o acusado primário e inexistindo notícia de descumprimento anterior de outras medidas cautelares, não há como

ser mantida a prisão preventiva se o crime a ele imputado não prevê pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos.

3-Processo: Habeas Corpus 1.0000.14.028346-6/000

0283466-80.2014.8.13.0000 (1)

Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto

Data de Julgamento: 01/07/2014

Data da publicação da súmula: 11/07/2014

Ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS - CRIME DE RECPTAÇÃO - NÃO INCIDÊNCIA DE NENHUMA DAS HIPÓTESES DO ART. 313 DO CPP - CRIME PUNIDO COM PENA MÁXIMA DE QUATRO ANOS - PACIENTE TECNICAMENTE PRIMÁRIO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO - ADVENTO DA LEI Nº 12.403/11 - APLICAÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES - NECESSIDADE - CONCEDIDO EMPARTE O HABEAS CORPUS. - A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, DE ACORDO COM ART. 313, CAPUT, CPP, SÓ É ADMITIDA QUANDO SE TRATAR DE CRIME DOLOSO PUNIDO COM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE MÁXIMA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS; SE O ACUSADO TIVER SIDO CONDENADO POR OUTRO CRIME DOLOSO, EM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO; SE O CRIME ENVOLVER VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER, CRIANÇA, ADOLESCENTE, IDOSO, ENFERMO OU PESSOA COM DEFICIÊNCIA, PARA GARANTIR A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA.

- COM O ADVENTO DA LEI Nº 12.403/11, É POSSÍVEL A APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO, QUE DEVEM SER IMPOSTAS CONFORME AS DISPOSIÇÕES DO ART. 282 DO CPP.

4-Processo: Habeas Corpus 1.0000.14.041024-2/000

0410242-28.2014.8.13.0000 (1)

Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto

Data de Julgamento: 01/07/2014

Data da publicação da súmula: 11/07/2014

Ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS - ART. 306, DO CTB - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 313 DO CPP - CRIME PUNIDO COM PENA MÁXIMA INFERIOR A QUATRO ANOS - PACIENTE PRIMÁRIO - CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO - ADVENTO DA LEI Nº 12.403/11 - APLICAÇÃO DE OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES - NECESSIDADE - CONCEDIDO EM PARTE O HABEAS CORPUS.

- A decretação da prisão preventiva, de acordo com art. 313, do CPP, é admitida quando se tratar de crime doloso punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; se o acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado; se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.
- Com o advento da Lei nº 12.403/11, é possível a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, que devem ser impostas conforme as disposições do art. 282 do CPP.

Todas as jurisprudências acima colacionadas contemplam situações de crimes em que a vítima é mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou deficiente físico e cabendo prisão preventiva para garantir o cumprimento de medidas protetivas de urgência. Assim, fica claro que a tais segmentos sociais podem ser deferidas tais medidas, como forma de proteção.

Assim, fica evidente que as medidas protetivas de urgência, especificadas na Lei Maria da Penha, são aplicáveis no caso de crime praticado em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher, idoso, criança, adolescente, enfermo e pessoas com deficiência, ampliando-se o rol de pessoas a se beneficiarem por este importante mecanismo legal de proteção.

Bibliografia:

- 1) CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A ampliação do alcance das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha para os demais hipossuficientes mencionados no artigo 313,III, CPP sob a nova redação dada pela Lei 12.403/11. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 96, jan 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10988&revista_caderno=22>. Acesso em ago 2014)
- 2) <http://portaldoenvelhecimento.org.br/index.php/violencia/item/2672-medidas-protetivas-de-urg%C3%Aancia>
- 3) http://www.ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=9415
- 4) <http://www.conjur.com.br/2012-set-27/luatom-limamedidas-protetivas-urgencia-favor-homens>
- 5) http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5844
- 6) http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_juridica

APROVADA POR UNANIMIDADE

A alienação antecipada de bens na ação civil pública por ato de improbidade administrativa

Luís Gustavo Patuzzi Bortoncello³⁵

Ao invés da supra-infra-ordenação de Hans Kelsen, a teoria desenvolvida pelo jurista argentino Ricardo Lorenzetti, inspirada no sistema solar – que coloca a Constituição Federal no lugar do sol, os códigos substituem os planetas e as leis extravagantes tomaram o posto dos satélites naturais – melhor exemplifica o atual cenário jurídico. Não é mais o civil e o penal que ocupam o centro do direito, mas o constitucional, a partir de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Dentre as perspectivas defendidas pelos neoconstitucionalistas³⁶, podem ser citadas: força normativa à Constituição, alterando-se sua percepção de mero documento político para verdadeira norma jurídica vinculante³⁷; novo tratamento hermenêutico conferido às regras e aos princípios, ante a insuficiência das técnicas interpretativas clássicas³⁸; alteração da forma de solução de conflitos, com a inclusão de técnicas de ponderação e teorias de argumentação³⁹; mudança na teoria da norma, com reconhecimento da distinção entre norma e enunciado normativo⁴⁰; reconhecimento de normatividade

³⁵ Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais.

³⁶ Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas (SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 233).

³⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

³⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 10.

³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

⁴⁰ AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, p. 22.

aos princípios com consequente influência na interpretação de todas as normas do ordenamento⁴¹, constitucionalização do direito a partir da irradiação das normas constitucionais por todos os demais ramos jurídicos⁴²; e, releitura do direito sob influência dos postulados da ética e da moral⁴³.

No Brasil, o neoconstitucionalismo começa a ser desenhado a partir da Constituição da República de 1988, fruto do processo de redemocratização pelo qual o país passou no final da década de 1980⁴⁴, em substituição ao regime político ditatorial anterior implantado desde o golpe de 1964⁴⁵. A Constituição de 1988 já em seu art. 1º previu expressamente que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e, em consequência desse processo de valorização democrática, trouxe um extenso catálogo de direitos individuais, políticos e sociais; firmou uma maior aproximação do direito com a moral através da inclusão de direitos humanos em seu texto; previu a aplicabilidade imediata de seus dispositivos⁴⁶; ampliou as espécies de remédios constitucionais; contribuiu para a expansão do controle social sobre políticas públicas; aumentou o número de legitimados ao processo de controle de constitucionalidade, e, ainda, forneceu fundamentos para a formação da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁴⁷.

A singela pretensão destas mal traçadas linhas consiste em demonstrar a necessidade de superação de alguns paradigmas da ciência processual, sobretudo quando confrontados com valores expressos na Constituição Federal. Trata-se, mais precisamente, da concepção mofada e preguiçosa de que medidas de natureza cautelar adotadas antes do provimento jurisdicional final constituem violação ao princípio do contraditório/ampla defesa e, principalmente, da presunção de inocência. Busca-se, ao contrário, a valorização de outros elementos, como efetividade do processo, preservação e recomposição do patrimônio e menor onerosidade para o acusado.

I. Democracia e República:

A organização da vida social lida, inevitavelmente, com a distribuição de poder no interior de uma sociedade organizada. Afasta a possibilidade de estabelecimento, em qualquer comunidade

⁴¹ FERNANDES, Roberto Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 37.

⁴² SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

⁴³ KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964, p. 90.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 88/89.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1988.

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

nacional contemporânea, de um regime anarquista puro – inexecutável em face da complexidade das relações sociais modernas –, surge a necessidade de delegação de poder a determinadas pessoas, com o propósito de que o exerçam para melhorar as condições de vida da comunidade. A democracia representativa dá, portanto, a tônica da vida política moderna⁴⁸.

O ideal democrático se amalgama com a noção de república, estabelecendo uma nova relação entre meio e fim: a democracia é o conduto através do qual a melhoria da qualidade de vida da sociedade deve ser perseguida. Isso porque aos representantes eleitos é atribuído o encargo de gerirem bens que não lhes pertencem, mas sim a toda coletividade. Administram a coisa pública (*res publica*). É esta, portanto, a finalidade do sistema político representativo: aqueles que exercem as funções políticas devem fazê-lo exclusivamente em benefício da comunidade, ou seja, de forma republicana.

A evolução política da humanidade nos legou o governo republicano e democrático como sistema mais perfeito (ou menos imperfeito). Segundo o princípio democrático, deve ser assegurado ao cidadão o direito de eleger conscientemente seus representantes – o que, todavia, nem sempre ocorre, haja vista que o processo político permite que as escolhas dos eleitores sejam motivadas por considerações imediatistas de outras ordens. Já segundo o princípio republicano, os representantes eleitos devem agir em benefício da coletividade, gerindo a coisa pública exclusivamente com vistas ao bem coletivo – o que, igualmente, nem sempre ocorre, posto que os agentes públicos por vezes utilizam os elevados cargos que exercem em benefício pessoal ou em desconformidade com o interesse público.

O termo *responsabilidade* é aqui empregado em sentido amplo, significando apenas isso: o *dever de prestar contas em decorrência do exercício de poder e para que possa ser aferido se o poder está sendo exercido corretamente*. Neste ponto, apresenta-se profícua a utilização da noção de *public accountability*, corrente no pensamento político e jurídico-constitucional norte-americano. A expressão não possui tradução literal em português. Poderíamos dizer que significa algo como responsabilidade pública, consistente no fato de que incide sobre os agentes públicos a responsabilidade por suas ações, bem como o dever de explica-las quando solicitado. Michal W. Dowdle, em obra sobre o tema, arrisca a seguinte conceituação: “*Em sua essência, a ideia de responsabilidade pública parece expressar a crença de que pessoas com responsabilidades públicas devem responder ‘ao povo’ pela performance de seus deveres*”⁴⁹.

Assenta-se, portanto, naquilo que o constitucionalista norte-americano Bruce Ackerman chamou de *economia da virtude*. Trata-se de estruturar o sistema política de forma que este dependa o

⁴⁸ GHIGNONE, Luciano Taques. In: *Farias*, Luciano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagi; GHIGNONE, Luciano Taques. *Estudos sobre Improbidade Administrativa*. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 53.

⁴⁹ Idem, fl. 60.

mínimo possível da virtude de seus representantes. Em outras palavras, é importante que o sistema político conte com meios de se preservar contra governantes eventualmente não virtuosos, de forma a impedir-lhes de minarem as bases sobre as quais se assenta a república democrática.

II. Ideologia constitucional de probidade administrativa. A moralidade administrativa como direito fundamental do cidadão e *dever* da Administração Pública:

Não há dúvida de que a Constituição Federal de 1988 é documento normativo de Estado e da sociedade, definindo por meio de regras e dos princípios acima mencionados, as relações políticas e sociais a serem desenvolvidas no seio da sociedade brasileira, no trato da *res publica*. Como assevera Clèmerson Merlin Clève, com apoio de García de Enterría:

“As Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. (...) A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os Poderes Públicos. Os cidadãos tem, hoje, acesso direto à normatividade constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou a omissão do Legislador”.⁵⁰

É necessário observar o duplo conteúdo do patrimônio público, não só material, porém incorpóreo, por incluir valores morais exigíveis de seus administradores – trata-se do patrimônio público como direito constitucional fundamental, fazendo expresse chamamento ao art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, da mesma categoria dos direitos humanos. Indispensável avançar para a ética e para a moral na aplicação do direito, com a inevitável conclusão de que a moralidade administrativa é direito fundamental do cidadão (art. 5º, LXXIII, da CF) e *dever* da Administração Pública (art. 37, *caput*, da Magna Carta)⁵¹.

Defende-se que a Administração Pública não age apenas de acordo com a lei. Subordina-se aos princípios – que constituem abstração lógica sobre os dados que o direito positivo oferece – e ao que se pode chamar de bloco de legalidade, sendo necessário atentar-se para a moralidade administrativa, a boa-fé, a igualdade, a boa administração, a razoabilidade e a proporcionalidade. Entende-se, assim, que a improbidade administrativa se qualifica pela finalidade do ato, desviado do

⁵⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagli Oliveira; GHIGNONE, Luciano Taques. *Estudos sobre Improbidade Administrativa*. 2ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 35.

⁵¹ MELO, José Tarcízio de Almeida. Prefácio à 3ª edição da obra *Controle do Patrimônio Público*, de autoria de Fernando Rodrigues Martins, publicada pela Editora Revista dos Tribunais em 2010.

interesse público, que é indisponível, ao contrário do Direito Privado, em que os negócios, em sua maioria, são realizados segundo a vontade do agente⁵².

A homogeneização a que se devem vincular os juristas é outra, ou seja, à ideologia normativo-constitucional da probidade administrativa. Esse é o ponto de convergência, o foco a ser priorizado pelo intérprete, especialmente de Constituições sociais e dirigentes como a Constituição de 1988. Como observa Lenio Luiz Streck:

“(...) A Constituição é, assim, a materialização da ordem jurídica do contrato social, apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade, *colocando à disposição dos mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico*. Por isso, as Constituições Sociais devem ser interpretadas diferentemente das Constituições Liberais. O *plus* normativo representado pelo Estado Democrático de Direito resulta como um marco definidor de um constitucionalismo que soma a regulação social com o resgate das promessas da modernidade”.⁵³

Não se deve, portanto, ter dúvida quanto à força vinculativa da ideologia constitucional da probidade na Administração Pública, uma das metas da República Federativa do Brasil, e que nada mais é senão a vontade popular convertida em norma principiológica da mais elevada hierarquia, e que se opõe vigorosamente à chamada cultura de improbidade administrativa, historicamente presente nos círculos do poder dominante no Brasil⁵⁴.

III. A elite da improbidade administrativa: resistência e laxismo

Em 27 de dezembro de 1939, Edwin H. Sutherland, durante uma exposição perante a Sociedade Americana de Sociologia, estabeleceu um conceito que, conquanto construído a partir de baldrames sociológicos, tornou-se referência no âmbito do estudo do ilícito: *white-collar crime*. Ao apresentar as conclusões decorrentes de seus estudos, Sutherland identificou os *white-collar crimes* como aqueles ilícitos perpetrados por pessoas que possuem uma privilegiada posição social, desde que cometidos na esfera de suas atividades profissionais. Tal definição, conforme aduziu o próprio Sutherland, não objetivava estabelecer um conceito definitivo de criminalidade do colarinho branco,

⁵² Idem.

⁵³ In: *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

⁵⁴ BERTONCINI, Mateus. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagli Oliveira; GHIGNONE, Luciano Taques. *Estudos sobre Improbidade Administrativa*. 2ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 35.

mas, especialmente, visava chamar atenção para uma cifra criminosa que não se encontrava, via de regra, em estatísticas⁵⁵.

Desde as pesquisas de Sutherland percebe-se que cidadãos economicamente abastados podem cometer, tanto quanto os “comuns”, ilícitos penais, cíveis e administrativos, não havendo, desse modo, motivos racionais de cunho político-jurídico para que inexistam um rígido controle sobre infrações por aqueles cometidas. Contudo, passados mais de setenta anos desde a completa configuração do conceito *white-collar crime*, os elaboradores das leis e os seus aplicadores continuam, frequentemente, a conferir um tratamento favorecido e desigual ao delinquente econômico, ao ímprobo, se comparado ao infrator comum.

As observações de Ela Wiecko Volkmer de Castilho são perspicazes:

“O controle jurídico-penal revela a contradição fundamental entre a igualdade formal dos sujeitos de direito e a desigualdade substancial dos indivíduos, que se manifesta nas probabilidades de alguém ser definido e controlado como desviado. (...) o *status* conferido a certos indivíduos por parte daqueles que detêm o poder de criar e aplicar normas é distribuído desigualmente (...) a seleção é um fato inquestionável, tanto na criminalização primária como na secundária. Nesta última, os estudos evidenciam que a variável independente mais importante é a posição ocupada pelos indivíduos na escala social (...).⁵⁶

De fato. A percepção de a ação interventiva do direito penal só se voltar praticamente à proteção de bens jurídicos de cunho liberal-iluminista e, conseqüentemente, tentar neutralizar, de forma paliativa e seletiva, a conduta criminosa das massas, soma-se à generalização de um discurso de resistência ao reconhecimento em todas as esferas (legislativa, doutrinária e jurisprudencial) da integral tutela penal de bens jurídicos de relevância social, que carregam consigo a nota da supraindividualidade, atingidos, em sua maioria, por condutas dos representantes de uma delinquência economicamente graduada⁵⁷.

A aproximação do direito penal, em se tratando de atos de improbidade administrativa, que não raro constituem, também, *white-collar crimes*, serve para demonstrar que, no que tange aos atos de improbidade administrativa, em especial aqueles geradores de prejuízo ao erário e enriquecimento ilícito do administrador, a tutela constitucional revela a mesma timidez da penal, senão maior.

⁵⁵ Sutherland anotou que cerca de sessenta por cento das empresas americanas tiveram uma média de quatro acusações cada, número este que, em vários estados dos EUA, caso fosse relacionado a delinquentes comuns, seria passível de considerar seus autores como criminosos habituais. In: SALGADO, Daniel de Resende. *Garantismo Penal Integral*. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; e, PELELLA, Eduardo. 2ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2013, pp. 57/58.

⁵⁶ *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, pp. 45/46.

⁵⁷ SALGADO, Daniel de Resende. In: *Garantismo Penal Integral*. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; e, PELELLA, Eduardo. 2ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2013, p. 59.

Enquanto a jurisprudência não vacila e existe um princípio de ativismo judicial na garantia de direitos fundamentais de 2ª dimensão, em especial no acesso à saúde, a jurisdição constitucional revela uma anemia constrangedora quando se depara com atos de improbidade administrativa, resistindo o Estado-juiz ao máximo para constranger a pessoa ou o patrimônio do ímprobo, em qualquer fase do processo.

IV. Garantismo processual, legalismo exacerbado, constitucionalismo anêmico e inatividade jurisdicional. A subsunção do fato à norma:

O direito é um sistema de garantias e, como sistema, deve ser visto como um conjunto, um todo indivisível, cuja proteção exacerbada e desproporcional de um de seus pontos de apoio seguramente gerará desproteção ou prejuízo a outro.

O emprego do processo como instrumento de garantia não consiste simplesmente em *legalismo*, pois a teoria processual está calcada numa visão procedimental de um direito próprio de um Estado Social e Democrático. É dizer: ao mesmo tempo em que o réu não pode mais ser visto como um *objeto* na instrução processual, e sim como um *sujeito* de direitos, a submissão do juiz à lei não é mais à letra da lei de modo acrítico e incondicionado, senão uma sujeição à lei desde que coerente com a Constituição vista como um todo. A justiça constitucional verdadeiramente indispensável não é a do tribunal constitucional, mas da jurisdição ordinária.

É preciso dizer: sem racionalidade e fundamentação, protegem-se exclusivamente direitos individuais fundamentais sem que se note uma desproporcionalidade em relação aos demais direitos fundamentais que formam a complexa teia de bens e valores que possuem proteção constitucional. Buscando um paralelo no direito penal – situação pouco distante, uma vez que muitos ímprobos formam verdadeiras quadrilhas para enriquecer ilicitamente às custas do erário público – verifica-se que doutrina e jurisprudência tem difundido os *ideais garantistas* sem que se analise pelo menos de um modo minimamente dogmático, o que, efetivamente, consiste em *garantismo penal*. É a *íntegra* de seus postulados (devidamente concatenados) que pretendemos seja aplicada (porque assim a Constituição determina), e não o que tem havido em muitas situações (valorizando-se *unicamente* direitos *individuais* fundamentais) e que temos denominado de *garantismo hiperbólico monocular*, hipótese diversa do sentido proposto por Luigi Ferrajoli⁵⁸. Evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma *isolada* (monocular) a necessidade de proteção *apenas* dos *direitos fundamentais individuais* dos cidadãos que se vêem investigados, processados ou condenados.

É certo que o legislador infraconstitucional, ao edificar uma estrutura em que privilegiou a proteção de determinados bens jurídicos, deu nítida prioridade à vida, à integridade física e, só em um

⁵⁸ FISCHER, Douglas. In: *Garantismo Penal Integral*. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; e, PELELLA, Eduardo. 2ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2013, p. 32.

segundo momento, ao patrimônio, em especial o particular. Se partíssemos de forma absoluta de tal premissa, poder-se-ia pensar que a Administração Pública teria sido renegada a um plano absolutamente inferior a todos os demais⁵⁹.

Abordar a alienação antecipada de bens fora das hipóteses restritíssimas previstas em lei(s) (penais) – art. 62, § 4º, da Lei n. 11.343/06 e art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.613/98 – geralmente significa despertar defensores das correntes extremadas do garantismo processual que abominam sua adoção baseando-se em supostos paradigmas, como se fossem insuperáveis e como se fatalmente restariam violados em caso de adoção da medida: violação à presunção de inocência, ausência de permissivo legal, por inexistência de norma expressa e, por último, violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Curioso é verificar que, na maioria das vezes, a covardia e o conservadorismo de muitos juízes utilizam da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana para proteger direitos exclusivamente patrimoniais, muitos supérfluos, como manter em poder do ímprobo mansões, carros de luxo, coberturas no litoral e assim por diante. O conservadorismo do Estado-juiz priva a legislação de sua eficácia.

A alienação antecipada de bens na ação civil pública por ato de improbidade administrativa consiste na realização antecipada do direito da parte, fruto de manifestação de uma visão instrumentalista da ciência processual, junto das necessidades do direito material, sendo, portanto, uma tutela jurisdicional diferenciada⁶⁰. Em tutela de urgência, o escopo maior deve ser permitir o provimento jurisdicional final com a maior efetividade possível, em especial dar uma resposta justa e adequada à sociedade, para haver um melhor ressarcimento ao erário e manter a credibilidade das instituições públicas, protegendo assim o próprio objeto jurídico tutelado⁶¹.

O processo deve se prestar, portanto, não apenas a dar solução à lide, tutelando o direito violado, mas, principalmente, deve buscar a produção dos efeitos desejados no comando jurisdicional, pois só assim ele será realmente efetivo⁶². Vale lembrar o pensamento de John Stuart Mill, discípulo de Jeremy Bentham, que desenvolveu o princípio da *utilidade*, ou, como Bentham o chamou, princípio da *maior felicidade*, que considera que as ações são corretas à medida que tendem a promover a felicidade e incorretas quando tendem a produzir o contrário da felicidade.

A pretensão, portanto, de que o Estado atue em favor do indivíduo deve decorrer de uma conjunção de fatores, em que a objetividade da proteção ao direito individual de propriedade seja mais

⁵⁹ GRÉGIO, Grécio Nogueira; e, LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. In: *Garantismo Penal Integral*. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; e, PELELLA, Eduardo. 2ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2013, p. 223.

⁶⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 139.

⁶¹ GRÉGIO, Grécio Nogueira; e, LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. In: *Garantismo Penal Integral*. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; e, PELELLA, Eduardo. 2ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2013, p. 230.

⁶² ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e a efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 25.

marcante do que a proteção ao direito de cada indivíduo que necessite das prestações do poder público⁶³. Se colocados em uma balança, nos dizeres de Robert Alexy⁶⁴, entendemos que o maior peso é o do direito da coletividade, que, se vislumbrado sob o direito individual, seria a prevalência do direito de cada cidadão, sobretudo daquele que mais necessita das prestações públicas.

Mantido o modelo atual alimentamos a inoperância do Estado, visto que inoperante está a justiça, incrementando e proliferando a impunidade. Portanto, há lastro suficiente para a adoção da medida, uma vez que o julgador não decide com base em uma única fonte, mas em um complexo de dispositivos sistematicamente posto, todos em movimento de translação ao redor do sol, ou seja, a Constituição Federal. Logo, estratégias de enfrentamento aos corruptos mostram-se sadias e compatíveis com o sistema constitucional, posto que, preservando o todo social, preservar-se-ão direitos individuais.

Para que a alienação antecipada de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa se realize, entendemos que é fundamental a observância de um trinômio *necessidade/utilidade/proporcionalidade*. Antes, porém, mister a observância de 10 pressupostos, em valorização ao processo como instrumento de garantia: 1) *retributividade* – sucessividade do desfalque patrimonial em decorrência do ilícito administrativo; 2) *necessidade* – somente se deve acorrer à medida quando absolutamente necessária para a recomposição do prejuízo, de modo que se deve buscar a possibilidade de solução do conflito por outros meios; 3) *lesividade* – é a ofensividade do ato, ou seja, além de típico, o ato deve causar efetiva lesividade aos cofres públicos, enriquecimento ilícito ao agente ou violação dos princípios administrativos; 4) *materialidade* – existência de elementos materiais do ilícito administrativo, valorizando o *fumus boni iuris*; 5) *culpabilidade* – a responsabilidade é do agente que praticou o ato ou daquele indevidamente auferiu vantagem com o ato ímprobo; 6) *jurisdicionalidade* – o devido processo legal está relacionado diretamente também com a estrita obediência que a medida seja aplicada por quem investido de jurisdição à luz das competências previstas na Constituição; 7) *demanda* – separação entre juiz e autor da ação, ou seja, a alienação antecipada não pode ocorrer *ex officio*; 8) *encargo da prova* – é do autor o ônus de apresentar elementos suficientes de autoria/materialidade do ato ímprobo (*fumus boni iuris*) e da necessidade de se resguardar a recomposição ao erário (*periculum in mora*); 9) *contraditório* – a inadmissibilidade de procedimentos kafkianos; 10) *instrumentalidade* – formação de autos autônomos para a avaliação, nomeação de administrador provisório e alienação antecipada dos bens, com posterior depósito do produto em conta judicial após o adimplemento das despesas para apreensão, recolhimento, administração e alienação.

⁶³ GRÉGIO, Grécio Nogueira; e, LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. In: *Garantismo Penal Integral*. CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; e, PELELLA, Eduardo. 2ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2013, p. 233.

⁶⁴ *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução para o espanhol por Carlos Bernal Pulido. 2ª ed. Madrid: CEPC, 2007.

A necessidade reside, pois, na recomposição do dano causado ao erário, na ilicitude do enriquecimento ilícito ou na violação dos princípios administrativos. A utilidade, por sua vez, consiste numa análise estreita da *utilidade/adequação*. Um conjunto de salas comerciais, todas locadas para terceiros, por exemplo, não precisam ser alienadas, devendo haver a indisponibilidade do bem, com anotação na matrícula do imóvel, e o direcionamento dos alugueres para a conta judicial. A *proporcionalidade*, por sua vez, reside no atendimento da *menor onerosidade ao devedor*, princípio que regula a execução civil⁶⁵.

Vejamos dois exemplos verificados em ações civis públicas por atos de improbidade administrativa ajuizadas em comarcas do quente e carente norte mineiro. No primeiro, após o deferimento do pedido de antecipação de tutela, de cunho cautelar, houve constrição e recolhimento de um veículo pertencente ao prefeito ímprobo, qual seja, uma Range Rover Evoque Dynamic 2.0, automática, ano/modelo 2012, avaliada atualmente em R\$ 167 mil. À época da apreensão, seu valor de mercado alcançava R\$ 237 mil. No segundo, entre os bens constritos pelo Poder Judiciário encontravam-se 2 mil cabeças de gado da raça nelore, com aproximadamente 200 dias de vida. Em geral, a idade ideal para abate de um boi desta raça alcança 794 dias, quando, a partir de então, o ganho de peso não compensa a despesa de criação e ainda ocorre uma perda gradativa na qualidade da carne.

No caso do veículo de luxo e considerando o tempo médio de tramitação de uma ação civil pública (algo em torno de dez anos) e a depreciação potencializada pelo efeito do tempo, seu valor de mercado não alcançaria R\$ 80 mil, além de, aproximadamente, outros R\$ 20 mil necessários para reparos exigidos pela inatividade. Ou seja, se a Range Rover, por ocasião da apreensão, tivesse sido alienada, com o produto da venda depositado em conta judicial, haveria disponível para a recomposição do erário o total de R\$ 487.295,77. Porém, infelizmente, o conservadorismo judicial impediu a alienação e deixou o automóvel sob o efeito do tempo em um pátio do órgão de trânsito, rendendo, ao final da demanda, pouco mais de R\$ 50 mil.

Utilizando o exemplo das 2 mil cabeças de gado nelore, seu valor de mercado, por conta da tenra idade dos bovinos, seria diminuto em relação à época adequada para abate. Todavia, gado para abate não é marcado, ou seja, impede uma melhor fiscalização, além de gerar um gasto extraordinário para criação, como pastagem, ração e manejo. Aqui, dois cenários podem surgir: o ímprobo pode substituir o gado periodicamente, mantendo intacto o seu negócio, ou, no pior cenário, deixar o bovino à míngua, o que consiste inclusive num crime ambiental tendo o Estado como partícipe (adotando a teoria formal-objetiva, pois, para os adeptos da teoria do domínio do fato, o ente estatal, de prejudicado, seria elevado a coautor).

⁶⁵ Art. 620 do CPC. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

Nas duas situações trazidas à baila, retiradas de situações concretas, não restam dúvidas que a alienação antecipada dos bens resguardaria a melhor e justa recomposição do erário e, até mesmo, preservaria o patrimônio do réu em caso de improcedência do pedido, uma vez que, ao final, receberia ele o valor depositado, com juros de mora e correção monetária, em montante suficiente para a aquisição de bem da mesma natureza (ou de qualidade superior).

V. Todos iguais, mas uns mais iguais que os outros:

Numa ação civil pública por ato de improbidade administrativa o objeto jurídico tutelado não é só o Estado, mas a própria administração da justiça, visto que, em conformidade com as lições de Fragoso, “atingem a justiça como instituição e como função, prejudicando-a em sua realização prática e ofendendo-lhe o prestígio e a confiança que deve inspirar”.⁶⁶

Assim, cabe a seguinte indagação: qual a igualdade perseguida pela justiça? Aquela prevista no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, que prevê que todos são iguais perante a lei, ou aquela cunhada por George Orwell, autor de *A Revolução dos Bichos*, para quem todos são iguais, mas alguns são mais iguais do que os outros. Na fábula de Orwell, proclamada a revolução pelos bichos, sob a chefia de esperto porquinho, com o propósito inicial de afastar a tirania dos humanos, finalmente ele e seus pares assumem a condução da fazenda, mantendo, porém, todos os demais na mesma subserviência a que submetidos anteriormente, subserviência em homenagem a cuja extirpação a revolução se fizera.

Na medida em que a Constituição de 1988 estabelece um novo paradigma no campo jurídico-político, exsurto o Estado Democrático de Direito como um *plus* normativo em relação às fases/dimensões estatais anteriores (Estado Liberal e Estado Social), torna-se absolutamente relevante que (re)discutamos o perfil a ser assumidos pelas instituições encarregadas da defesa da ordem jurídica – entendida esta em sua dimensão material – a partir do que dispõe o núcleo político da Carta⁶⁷. Resta cristalino que o *Direito não se imuniza aos saltos paradigmáticos do Estado*. O perfil nitidamente intervencionista que caracterizou o Estado Social e que continua presente no atual estágio do Estado Democrático de Direito aponta para um Direito de conteúdo não apenas ordenador (Estado Liberal) ou promovedor (Estado Social), mas, sim, potencialmente transformador.

Conclusão:

⁶⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal especial*. São Paulo: José Bushtasky, 1977.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Ministério Público e Jurisdição Constitucional na Maioridade da Constituição – uma Questão de Índole Paradigmática*. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *Ministério Público: Reflexões sobre Princípios e Funções Institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 183.

Portanto, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, havendo o deferimento de pedidos de antecipação de tutela, de cunho cautelar, com a consequente indisponibilidade/apreensão de bens (móveis ou imóveis), a alienação antecipada, com o depósito do produto em conta judicial, configura a melhor forma de recompor o prejuízo causado ao erário ou, até mesmo, de entregar ao sujeito passivo, em caso de improcedência do pedido, montante suficiente para a aquisição de bem de valor igual ou superior daquele alvo da constrição judicial.

Para tanto, sugere-se a formação de procedimento apartado, em estrita observância ao trinômio *necessidade/utilidade/proporcionalidade*, com a demonstração concreta do preenchimento de dez requisitos – *retributividade, necessidade, lesividade, materialidade, culpabilidade, jurisdicionalidade, demanda, encargo da prova, contraditório e instrumentalidade* – mantendo o processo como instrumento de garantia e melhor resguardando o direito fundamental coletivo à justa recomposição do erário e a ideologia constitucional da probidade administrativa.

A fórmula aqui proposta garante instrumentalidade para demandas pouco atraentes às estatísticas impostas pelo Conselho Nacional de Justiça mas tão caras à sociedade, sobretudo em tempo de ficha limpa e força ativa da Constituição. O direito fundamental da probidade não gera o *direito alienável de sonégá-lo*, sob pena de a jurisdição *es como la serpiente; solo pica al descalzós*. Ou na melancólica conclusão, que deve, todavia, ser sempre combatida no dia a dia de todo e qualquer Estado: muito embora todos sejam (ou devessem ser) iguais, “alguns são mais iguais do que os outros”.

BIBLIOGRAFIA:

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores.
- BARROSO, Luís Roberto. *Doze Anos da Constituição Brasileira de 1988*. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; e, PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral*. 2ª ed. Salvador: Jus Podvim, 2013.
- CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

- FARIAS, Luciano Chaves de; OLIVEIRA, Alexandre Albagi; GHIGNONE, Luciano Taques. Estudos sobre Improbidade Administrativa. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- FERNANDES, Roberto Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FRAGROSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal especial*. São Paulo: José Bushtasky, 1977.
- KANT, Emmanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.
- MARTINS, Fernando. *Controle do Patrimônio Público*, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais em 2010.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). *Ministério Público: Reflexões sobre Princípios e Funções Institucionais*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 183.
- SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- _____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1988.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e a efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 25.

APROVADA POR UNANIMIDADE

O enfraquecimento dos ciclos de pobreza e a atuação preventiva do Ministério Público, no contexto da promoção pessoal de integrantes ou apoiadores de entidades civis subvencionadas com verbas públicas.

Marcos Pereira Anjo Coutinho
Promotor de Justiça

1. INTRODUÇÃO.

O assunto indica ponto relevante para o sadio funcionamento do Estado Democrático de Direito, relacionado à necessidade da quebra de modelos mantenedores das deficientes condições materiais de comunidades brasileiras, trazendo à baila a questão dos *ciclos de pobreza* e as suas perpetuações atentatórias ao patrimônio público e à ordem jurídica eleitoral.

O cotidiano administrativo evidencia ser usual, em nosso país, a existência de convênios ou ajustes envolvendo o Poder Público e uma considerável gama de pessoas jurídicas de direito privado e ONGs, buscando-se maior eficiência e a participação da sociedade organizada, com lastro no correto paradigma do terceiro setor.

Não obstante, desvios de finalidade nas atividades dessas entidades expõem, frequentemente, situações de promoção pessoal de “políticos”, como provedores especiais de uma determinada comunidade carente. Essa realidade fomenta a perpetuação dos denominados *ciclos de pobreza*, fenômenos assecuratórios da hegemonia de um determinado grupo de agentes públicos ou políticos, calcado no assistencialismo e clientelismo.

A atuação preventiva do Ministério Público no exame e fiscalização das entidades civis, não apenas tem o condão imediato de preservar a hígidez dos próprios repasses financeiros, como também, na tese proposta, de enfraquecer a utilização destes em ações lesivas à impessoalidade e à

moralidade, desnudando-se a deletéria bandeira eleitoral de pessoas alcançadas pela publicidade advinda desse mecanismo que se alimenta da miséria.

2. FUNDAMENTOS.

2.1. O DEVER DE ENFRENTAMENTO DOS CICLOS DE POBREZA E OS OBJETIVOS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Os *ciclos de pobreza* podem ser entendidos, em sentido amplo, como uma série de fenômenos sociais, econômicos e políticos que auxiliam a manutenção de uma determinada situação de carência. Apresentam-se, assim, como nocivos elementos estabilizadores de um quadro de pobreza, não dinamitáveis sem uma intervenção externa.

Segundo o professor José Afonso da Silva:

“A pobreza é o estado de quem não tem o necessário para a vida, de quem vive com escassez; [...] consiste, assim, na falta de renda e recursos suficientes para o sustento, na fome e na desnutrição, más condições de saúde, limitado acesso à educação e na maior incidência de doenças e mortalidade, especialmente mortalidade infantil. [...] Pois bem, erradicar esse estado é o que constitui o objetivo fundamental da República aqui analisado. [...] Em verdade, também a erradicação da pobreza e da marginalização é um modo de se construir aquela sociedade livre, justa e solidária, objetivo fundamental consignado no inciso I do artigo em comentário.”⁶⁸

A Carta Política de 1988 trouxe entre os princípios fundamentais, estruturantes do Estado brasileiro, a erradicação da pobreza. É uma norma constitucional, não apenas uma alegoria cristã ou vetor de estrita natureza programática:

“Os fundamentos do Estado Democrático brasileiro vêm descritos no artigo 1º da Constituição da República:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos

⁶⁸ DA SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. 2ª edição. Malheiros Editores. 2006. pp. 47 e 48.

Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político (grifo nosso).

Detentores da mesma essência, também identificados como **princípios fundamentais** (Título I), encontram-se os objetivos centrais da República brasileira:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; **III - erradicar a pobreza** e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (destaque nosso).

Os valores em questão, de magnitude singular, invariavelmente condicionam o intérprete, servindo de norte para a realização constitucional. São os **pontos de partida** do sistema.

Na linha das colocações de Humberto Ávila, tem-se que *‘O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida.’*⁶⁹

[...]

Um dos maiores desafios no trato desse objetivo constitucional é o fato reconhecido como *‘ciclo da pobreza’*, que consiste numa retroalimentação dos fenômenos que corroboram a permanência da realidade miserável.”

[...] a satisfação dos ideais constitucionais, diante dos contemporâneos matizes teóricos, não pode ficar a mercê de conveniências políticas de momento, partidarismo ou hiatos administrativos. Ao revés, é imposição aos Poderes Públicos e à sociedade, para o alcance do bem comum, que, sabidamente, não se confunde

⁶⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Malheiros Editores. 6ª edição. 2006. pp. 34/35.

com o bem de muitos.⁷⁰

O respeito aos objetivos do Estado também assume, nesse ângulo, caráter político, ao contribuir para o enfraquecimento de ideologias de dominação:

‘O Direito deve ser compreendido e estudado não só em relação ao que ele é, mas, também, como ele deve ser para interferir positivamente na realidade social, transformando-a. [...] A dogmática jurídica, como ciência do estudo do direito positivo, deve assumir nítida função construtiva/criativa e transformadora, impondo a compreensão do direito positivo de forma desmistificada, não-alienada, como expressão da vida social e a ela diretamente inerente.’^{71, 72}

Nesse contexto, o enfraquecimento dos *ciclos de pobreza*, matéria de natureza essencialmente transindividual, apresenta-se como um dever constitucional do Ministério Público, porquanto está vinculado à efetividade do aludido art. 3º, incisos I e III, da Constituição da República, harmoniosamente combinada com as funções institucionais do *Parquet*.

2.2. ATUAÇÃO PREVENTIVA NO ESTUDO PROPOSTO. IMPESSOALIDADE ADMINISTRATIVA, MORALIDADE E O ESTADO DEMOCRÁTICO. ENTIDADES CIVIS QUE DESENVOLVEM ATIVIDADES PREVISTAS EM CONVÊNIO OU AJUSTES COM O PODER PÚBLICO. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS À PROMOÇÃO PESSOAL. ART. 37, CAPUT, CRFB. LC 64/90.

Como visto, a questão traz um aspecto nevrálgico para o bom funcionamento do Estado Democrático, consistente no enfrentamento de situações que auxiliam a manutenção de um atrasado *status quo*.

⁷⁰ Atente-se, todavia, para não confundir bem comum com o bem de muitos. Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) já previa, ao seu modo, o Estado Constitucional de Direito ao distinguir, no *Contrato Social*, a vontade geral da vontade de todos. Deveras, ‘uma decisão pode satisfazer à grande maioria e, ainda assim, ser ilegítima – quando a união de todos se dá por vantagens pessoais, e não pelo bem comum’, nas palavras de Janine Ribeiro em citação à obra do autor francês. E arremata o professor da USP: ‘E isso porque o essencial, na república, não é quantos são beneficiados, mas sim o tipo de bem que se procura. (FERREIRA LIMA, Marco Antônio e NOGUEIRA, Ranieri Ferraz, *Prisões e Medidas Liberatórias*. Ed. Atlas. 2011. pp. 8/9).

⁷¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de, *Direito Material Coletivo. Superação da Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada. Ed. Del Rey. 2008. p. 599.

⁷² COUTINHO, Marcos Pereira Anjo. O Ministério Público e o Combate às Causas da Pobreza, in *Teoria Geral do Ministério Público*, Coordenação de Gregório Assagra de Almeida e Jarbas Soares Junior, Ed. Del Rey, 2013, pp. 375/429.

Muitas comunidades carentes são assistidas por ações e programas desenvolvidos por ONGs, entidades filantrópicas, associações comunitárias *etc.* A participação das entidades civis é positiva, haja vista que o Estado tem recursos finitos e o terceiro setor, uma realidade mundial, representa complemento salutar na dinâmica social.

O que se revela um importante mecanismo de participação social, todavia, encontra, por vezes, vícios graves, notadamente, quando, através de convênios ou ajustes celebrados com o Poder Público, existe a realização de atividade assistencialista concomitante à personificação de um benfeitor da comunidade, invariavelmente um político ligado à entidade civil beneficiada pelos repasses de verbas públicas.

E o dano maior reside no *ciclo de pobreza* estimulado por essa realidade: de um lado, o escuso interesse de manutenção dessa ciranda de insensatez, onde os bônus eleitorais são atrelados à permanência das atividades assistencialistas personificadas na figura do caridoso “político”; de outro, a conveniência de obstar uma política pública diversa do assistencialismo estéril.

Assim, inibir tais ações promocionais, em atividades subvencionadas pelo erário, se mostra não apenas congruente com os comandos inseridos nos princípios da impessoalidade administrativa e da moralidade (art. 37, *caput*, da CRFB), mas também obediente aos objetivos da República brasileira (art. 3º, incisos I e III, da CRFB).

Noutro giro, o combate aos abusos de poder econômico e político também é fortalecido, desestimulando-se a prática de ilícitos eleitorais, notadamente quando ocorre a interlocução entre a promotoria de justiça especializada na defesa do patrimônio público e o Ministério Público Eleitoral, para fins de aplicação da Lei Complementar nº 64/1990 (Lei de Inelegibilidade).

Afinal, as receitas das entidades civis, provenientes do erário, devem ter exclusiva afetação pública, não podendo servir de base para publicidade, promoção pessoal e propaganda subliminar ou velada de quaisquer gestores ou cidadãos, o que acarreta o desvio de finalidade, a ofensa à legislação eleitoral e aos aludidos princípios constitucionais.

3. CONCLUSÃO.

Diante dos fundamentos, conclui-se:

- a) O Ministério Público deve, prioritariamente, atuar nas questões de natureza transindividual relacionadas aos fatos que estimulam os denominados *ciclos de pobreza*,

impugnando-os por obediência à principiologia constitucional inserida no art. 3º, incisos I e III, da Carta Política de 1988.

b) Nesse contexto, o Ministério Público deve perseguir a eliminação de atividades lesivas à impessoalidade administrativa e à moralidade, nas atividades públicas ou subvencionadas pelo Poder Público, questionando a utilização desvirtuada das entidades civis na manutenção de eleitoreiros modelos de assistencialismo, com o escopo de fortalecer o Estado Democrático brasileiro.

c) Por consequência, devem ser promovidas medidas extrajudiciais ou judiciais para a total abstenção da promoção pessoal de agentes públicos ou cidadãos ligados às entidades civis, no exercício dessas atividades assistenciais.

d) Finalmente, a promotoria de justiça especializada na defesa do patrimônio público deve promover a comunicação ao Ministério Público Eleitoral de toda a sua atuação preventiva em matérias relacionadas a condutas assistencialistas que envolvam dinheiro público e promoção pessoal de agentes públicos ou privados, de modo a viabilizar o exame do eventual ilícito nesta seara, ainda que não se trate de ano eleitoral.

APROVADA POR UNANIMIDADE

A aplicação da teoria da carga probatória dinâmica ao processo coletivo

Marcos Tofani Baer Bahia

Procurador de Justiça

1. Teoria da carga dinâmica da prova

Atribui-se ao jurista argentino Jorge Walter Peyrano o desenvolvimento, não a concepção⁷³, da teoria da carga dinâmica da prova, que vem sendo utilizada pelos tribunais pátrios em determinadas situações, cuja higidez das regras de distribuição do ônus da prova contidas no art. 333 do CPC se mostra difícil, senão impossível o reconhecimento do direito material de uma das partes em conflito.

Para o reportado doutrinador, a carga probatória dinâmica “obedece ao propósito de sublinhar que o esquema de um processo moderno deve necessariamente estar impregnado pelo propósito de ajustar-se o mais possível às circunstâncias do caso, evitando assim incorrer em abstrações desconectadas da realidade”.⁷⁴

Reportada teoria colide com à concepção estática de distribuição tradicional do ônus da prova (alicerçada que está em elementos rígidos e abstratamente previstos) para adotar uma concepção dinâmica, com o propósito de se imputar o encargo àquela parte que, como se apresenta no plano do direito material, estaria em condições mais favoráveis de cumpri-lo. Busca-se, assim, uma via estreita de interação reaproximação do direito processual com o direito material, que é o grande desafio do processo civil moderno.

⁷³ “De certo modo, a teoria da carga dinâmica da prova trabalhada por Peyrano nada mais é que a reprodução dos pensamentos esposados por Jérémie Bentham acerca do ônus da prova. A única diferença é que, enquanto Bentham traça sua regra de distribuição do ônus da prova à parte que tem melhores condições de produzi-la como um princípio ou regra geral, Peyrano trata sua teoria da carga dinâmica da prova como regra excepcional, aplicável somente quando, no caso concreto, as regras clássicas de repartição do ônus da prova se mostrarem inoportunas/inadequadas para a busca da verdade e consequentemente solução do litígio.” In: ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 123.

⁷⁴ PEYRANO, Jorge W. apud RUSCH, Erica. *Distribuição do ônus da prova nas ações coletivas ambientais*. In **Repro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 168, p. 365.

Analisando a teoria dinâmica do ônus probatório, Antonio Janyr Dall'Agnol Junior realça a necessidade de se conferir ao instrumento processual civil uma visão mais publicista e solidária no encargo de provar, superando-se a de feição extremamente individualista e patrimonialista do processo civil clássico.⁷⁵

Dentro dessa ótica, o juiz, atualmente com poderes e responsabilidades ainda mais ampliados na concepção moderna do processo civil, deve estar atento às particularidades do caso concreto e à conduta processual das partes, as quais têm o dever de cooperar com o órgão jurisdicional sem se amesquinhar exclusivamente no seu interesse particular. Importante ponderar, por abundância, que a conduta processual das partes passa a constituir um importante elemento de convicção, ao lado dos indícios e das presunções. Da mesma forma, deve o juiz estar atento ao princípio da igualdade, na compreensão de que o efetivo acesso à justiça pode ficar comprometido caso as partes não recebam um tratamento diferenciado para neutralizar as desigualdades existentes entre as mesmas.

Neste sentido é a constatação de Mauro Cappelletti:⁷⁶

“atualmente admite-se em geral que a utilização de um juiz mais ativo pode ser um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório, uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes.”

Não resta dúvida que a aplicação da distribuição dinâmica do ônus probatório acarreta no aumento do ônus probatório a uma das partes. Daí porque quem pretenda atenuar este encargo deve também demonstrar que a parte contrária está em situação mais favorável para produzir a prova.

Em abono, leciona Eduardo Cambi:

“Com efeito, não há na distribuição dinâmica do ônus da prova uma inversão, nos moldes previstos no art. 6º, inc. VIII, do CDC, porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica da distribuição dinâmica, quando o magistrado, avaliando as peculiaridades do caso concreto, com base em máximas de experiência (art. 335 do CPC), irá determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado.”⁷⁷

⁷⁵ DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. Revista dos Tribunais, v. 788, Jun/2001.

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 77.

⁷⁷ CAMBI, Eduardo. *A prova civil* - admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 341.

Se ao final do processo não existirem provas suficientes para formar a convicção do juiz sobre os fatos controvertidos, nem tampouco elementos suficientes que demonstrem a facilidade de uma das partes em produzir a prova, diante da impossibilidade da outra em produzi-la, dificilmente poderá se falar na aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas. Portanto, é de crucial importância a atividade probatória desenvolvida pela parte em situação de inferioridade, a fim de demonstrar - ou corroborar, quando esta é de fácil constatação - a desigualdade fática em que os litigantes se encontram, bem como seu empenho em cooperar na reconstrução dos fatos.

Resta saber, ao ensejo do que aqui foi exposto, se é possível aplicar a teoria da carga probatória dinâmica no processo coletivo brasileiro, à vista do ordenamento jurídico vigente.

Registre-se que no Brasil a doutrina vem se debruçando sobre a aplicabilidade dessa teoria no âmbito do processo civil.⁷⁸ No entanto, dois obstáculos merecem destaque: (i) ausência de previsão legal; e a (ii) imprevisibilidade procedimental, a qual afrontaria o princípio do devido processo legal.⁷⁹

⁷⁸ No Brasil, merecem referência os seguintes trabalhos doutrinários sobre a aplicabilidade da teoria da carga dinâmica do ônus da prova: SOUZA, Wilson Alves de. Ônus da Prova: considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA, Salvador, v. 6, p.234-260, fev. 1999; (ii) DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 788, p.93-107, jun. 2001. Mensal; (iii) KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus dinâmico da prova" e da "situação de senso comum" como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Cap. 77, p. 942-958; (iv) CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 31, p. 9-19, out. 2005. Mensal; (v) ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli; GOMES, Alexandre Gir. Cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 69, p.17-35, dez. 2008. Mensal, e (vi) CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 340-346.

⁷⁹ Neste sentido, confira-se: PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. In: Revista de Processo, vol. 217, p. 205, Mar/2013. Os argumentos contrários à teoria de Jorge Walter Peyrano foram formulados, inicialmente, na Argentina, onde a doutrina mais se desenvolveu, mas encontrou vozes em outros países, conhecida por se autodenominarem *garantistas*. Merecem destaques: Adolfo Alvarado Velloso, Omar Benaventos, Federico Domínguez, Andrea Meroi, Eduardo Terrasa, Mario Barucca, Maximiliano García Grande (Argentina); Ariana Deho (Peru); Juan Montero Aroca (Espanha) e Franco Cipriani e Girolamo Monteleone na Itália. Em contraponto aos garantistas, para quem seriam na verdade neo-liberales ou neo-privatistas, confira-se o excelente artigo: VARGAS, Luis Abraham. Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos. Conclui o citado articulista: “Dentro del amplio cauce del Derecho Probatorio, luce con singular esplendor el fenómeno del desplazamiento de las cargas probatorias. Como se sabe, éste se abastece de múltiples técnicas (v.gr. presunciones legales, presunciones hominis, inversión legal o jurisprudencial del onus probandi, reducción de los estándares o módulos de prueba, etc.). Entre ellas, luce de manera singular la llamada “teoría de las cargas probatorias dinámicas” que, si bien con antecedentes históricos que revelan la preocupación de los cultores tradicionales de la disciplina por elaborar soluciones a los eventuales resultados disvaliosos a que se arribaba en algunos casos excepcionales con la aplicación rígida de las reglas legales de atribución de la incertidumbre probatoria-, reconoce -en Argentina- una elaboración

2. A ausência de lei expressa

O Código de Processo Civil brasileiro adotou a regra clássica da distribuição do ônus probatório, assim dispendo:

“Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

Com exceção da regra de inversão do ônus da prova nas relações de consumo⁸⁰ e as próprias convenções particulares (CPC, art. 333, parágrafo único), reportada norma rege os litígios no âmbito do processo civil brasileiro, não havendo qualquer outra previsão legal que possibilite ao juiz modificá-la diante das circunstâncias do caso concreto. Desse basilar parâmetro processual resultará o desfecho da lide, com a valoração adequada àquele comportamento.

Existindo norma expressa versando sobre a distribuição estática do ônus da prova no CPC, a qual, *primo ictu oculi*, não exige maiores elucubrações hermenêuticas, caberia ao juiz tão somente aplicá-la pelo método da subsunção. É dizer, tendo o juiz chegado ao final do processo sem formar sua convicção acerca dos fatos controvertidos, restaria a ele observar qual dos litigantes deveria suportar a insuficiência probatória (de acordo com a hipótese abstratamente prevista), para concluir pela aplicação da norma do art. 333 como regra de julgamento.

Pode-se argumentar que a não observância desta regra legal de distribuição do ônus probatório por parte do juiz colocaria em risco a segurança jurídica e a igualdade, princípios cardeais do ordenamento jurídico. Sendo opção política do Poder Estatal a adoção desta regra, fica clara a intenção

científica acabada que debemos a los esfuerzos que lideran Jorge W. Peyrano y Augusto Mario Morello (a los que siguen las decenas de renombrados doctrinarios que hemos citado en esta monografía). [...] No son muchas las ocasiones en que la ciencia jurídica argentina (en este caso la procesal) ha podido brindar al mundo un producto genuino para solucionar los males que aquejan al proceso civil actual.” Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0CDgQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.acaderc.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Fcargas-probatorias-dinamicas%2Fat_download%2Ffile&ei=nRLwU7ZnjqLIBJ2cgdAB&usg=AFQjCNGyLYQc7QIST-b330dm2px7AG1fGQ&sig2=FbmMNRJhfdSo105mhnOQ7w&bvm=bv.73231344,d.aWw>. Acesso em 02.08.14.

⁸⁰ CDC, “art. 6, VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

do legislador de afastar a incerteza e a controvérsia moral que poderia advir caso não fosse editada.⁸¹ De conseguinte, seria possível questionar que a decisão que a afastasse com esteio nas especificidades da situação concreta deduzida em juízo ensejaria incerteza jurídica, colocando em risco a previsibilidade do próprio ordenamento jurídico.⁸²

Some-se a isto que o juiz tem o dever de vigiar a correta aplicação das normas legais (CPC, art. 126). Desse modo, a aplicação da teoria da carga dinâmica, por esses argumentos, extrapolaria a própria função do juiz, podendo dar azo a arbitrariedades e subjetividades e colocar em risco a isonomia entre as partes.

Ocorre que essas ideias se assentam na crença de que qualquer conflito pode ser solucionado a partir da simples aplicação da norma positivada.⁸³⁻⁸⁴

Tais argumentos parecem soar como naturais em nossa tradição jurídica, a qual dá muita importância à segurança jurídica e ao dever do juiz de submissão à lei. Contudo, é preciso reconhecer que os argumentos delineados foram forjados sob o paradigma do Estado Liberal e pelas concepções do positivismo jurídico do séc. XIX, não mais condizentes com o estágio evolutivo atual do direito pátrio, notadamente a partir do projeto constitucional de 1988.⁸⁵

⁸¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 113.

⁸² É preciso se repensar, à luz do neoconstitucionalismo, o que significa a segurança jurídica em determinado ordenamento jurídico que, supostamente comprometido com a efetiva proteção dos direitos fundamentais e com a promoção da paz social, assegura um direito no plano material e o nega no plano da violação, porque seu titular não dispõe dos meios probatórios aptos a demonstrar seu fato constitutivo que se encontram ao alcance da parte contrária ou de terceiros.

⁸³ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do direito constitucional brasileiro. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em: 03.08.2014. Sobre o positivismo filosófico, discorre o autor: “O positivismo filosófico foi fruto de uma idealização do conhecimento científico, uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana. O homem chegara à sua maioridade racional e tudo passara a ser ciência: o único conhecimento válido, a única moral, até mesmo a única religião. O universo, conforme divulgado por Galileu, teria uma linguagem matemática, integrando-se a um sistema de leis a serem descobertas, e os métodos válidos nas ciências da natureza deviam ser estendidos às ciências sociais.”

⁸⁴ Ao se pretender a “objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica”, o positivismo jurídico “apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais”. In BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do direito constitucional brasileiro. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em: 03.08.2014

⁸⁵ Discorrendo sobre o modelo liberal de direito e Estado, discorre José Eduardo Faria: “No campo do direito, graças à mitificação da ordem legal-estatal racionalmente criada, o jurista liberal tenta levar seus ouvintes a acreditar na realidade substancial das instituições jurídicas capitalistas. Na perspectiva do ‘império do direito’, a comunicação entre o legislador e os legislados revela-se assim hierarquizante e subordinante: toda regra jurídica

Enfrentando o problema da ausência de lei expressa para aplicação da teoria, especialmente quando está em questão a efetivação de direitos fundamentais, Eduardo Cambi leciona:⁸⁶

“De qualquer modo, ausência de lei expressa não deve ser obstáculo à implementação de técnicas processuais destinadas a implementar direitos fundamentais. Não há risco de arbítrio, porque a decisão judicial, ao proceder à distribuição dinâmica ou, tomando o art. 333 do CPC como ponto de partida, inverter o ônus da prova, a decisão judicial deve sempre ser rigorosamente motivada (art. 93, IX, CF). Ainda, como a facilitação da atividade probatória deve ocorrer na audiência preliminar ou no ‘despacho’ saneador, nenhuma das partes será surpreendida, não se prejudicando o exercício das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, as quais incluem o direito à produção da prova contrária.

Portanto, os direitos fundamentais, especialmente os de caráter social (art. 6º da CF), não podem ficar desprotegidos pela aplicação desmedida do art. 333 do Código de Processo Civil, a ponto de criar um ônus tão rigoroso ao demandante que torne impossível a tutela dos direitos fundamentais.”

De forma idêntica, Luiz Guilherme Marinoni defende que é desnecessária a previsão legal de distribuição do ônus da prova:⁸⁷

“Além disso, não existe motivo para supor que a inversão do ônus da prova somente é viável quando prevista em lei. Aliás, a própria norma contida no art. 333 não precisaria estar expressamente prevista, pois decorre do bom senso ou do interesse na aplicação da norma de direito material, que requer a presença de certos pressupostos de fato, alguns de interesses daquele que postula a sua atuação e outros daquele que não deseja vê-la efetivada.

tem um caráter obrigatoriamente dogmático e, à medida que uma de suas funções é assegurar a reprodução dos padrões de dominação vigentes, garantindo formalmente um mínimo de certeza nas expectativas e uma certa margem de segurança nas decisões, ela não pode ser desafiada e descumprida. Ao mesmo tempo, como a efetividade das instituições de Direito depende da internalização dos valores de obediência, as leis são revestidas da aparente neutralidade - o que é possível graças à perversão ideológica que dissimula as funções diretivas, operativas e fabuladoras das normas, sob a máscara de suas funções informativas. Daí, como vimos, a tendência da ordem jurídico-política liberal é ampliar as abstrações generalizantes e indeterminadas de suas normas, procurando controlar relações sociais contraditórias cada vez menos "reguláveis" pelos processos jurídicos formais estritos e tipificantes, bem como integrar o universo dos litígios, incongruências e tensões decorrentes dessas relações mediante textos legais dotados de uma aparência de objetividade, imparcialidade e coerência.” Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451988000100008&script=sci_arttext> Acesso em: 06.08.2014.

⁸⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2010, p. 366.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 274-275.

Recorde-se que o ordenamento alemão não contém norma similar à do art. 333, e por isso a doutrina alemã construiu a *Normentheorie*.⁸⁸

A possibilidade de flexibilização das regras clássicas de distribuição do ônus da prova pelo juiz não se limita, contudo, a uma interpretação coerente e isolada do p. único, II, do art. 333. Em verdade, o fundamento está no art. 130 do CPC, a saber: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”.

Em abono, Marcelo Abelha Rodrigues, partindo da concepção publicista do processo, assevera que:⁸⁸

“[...]a reinterpretação do sistema tradicional de distribuição do encargo probatório, agora à luz de um critério publicista, obriga que o art. 130, não-subutilizado como sempre foi, antes o contrário, seja visto e encarado como uma permissão para que o juiz, em trabalho conjunto com as partes, determine, de ofício, a produção de provas que julgar necessária ao seu convencimento sobre fatos da causa, não sem antes permitir o amplo debate e contraditório.”

Ao se limitar a atuação do juiz e do intérprete como simples protagonistas da vontade do legislador e à mera reprodução da lei, o positivismo impede que se considere uma realidade, tornando o juiz imune aos resultados injustos que a vida possa revelar, postura não mais condizente com o processo civil moderno. Restringir o trabalho hermenêutico do juiz em tempos de neoconstitucionalismo significa diminuir perante o Estado a sua responsabilidade social, política, econômica, jurídica e humana, incompatível com a efetivação dos direitos fundamentais.

Sendo assim, impor ao juiz o dever de observar, de modo absoluto, a norma legal de repartição do encargo probatório prevista no artigo 333 do CPC, é o mesmo que se adotar uma concepção de Direito visivelmente marcada pelos traços do positivismo jurídico, cujos paradigmas não se mostram mais suficientes como modelos de satisfação dos interesses e valores que informam a sociedade moderna.

No particular, Barroso esclarece:

“Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século (referindo-se ao séc. XX), a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e

⁸⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 248.

do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferentes a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.”⁸⁹

Decerto que a regra do art. 333 do CPC não mais ostenta o poder absoluto do positivismo, passando a ser controlada, aplicada e interpretada a partir da Constituição;⁹⁰ também a função do intérprete não está mais adstrita à simples revelação da palavra da lei, mas sim na sua conformação aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais assegurados na Constituição. Nesse passo, a superação de uma norma, conquanto possível, depende da demonstração fundamentada de sua racionalidade, de forma que a discricionariedade do intérprete possa ser controlada e não revele apenas uma renovada faceta de arbitrariedade.

Tenha-se em mente, como descreve o argentino Jorge W. Peyrano, que a ausência de lei não é óbice para se afastar a aplicação da teoria.⁹¹

Em nosso direito pátrio, por certo, face à eficácia irradiante do art. 5º, XXXV, da CF, isto é, pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais, as técnicas processuais devem promover o direito constitucional à tutela jurisdicional adequada e efetiva, de tal modo que a teoria da carga dinâmica,

⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do direito constitucional brasileiro. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em: 03.08.2014.

⁹⁰ BARROSO, Luis Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2009. Nas palavras dos autores: “(...) a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais.”

⁹¹ Discorrendo sobre um dos supostos óbices para a aplicação da teoria que desenvolveu, no que toca à ausência de norma legal para aplicá-la, discorre Peyrano: “Esta línea argumental es la más cómoda para desestimar a las cargas probatorias dinámicas. Es que releva a sus mentores de todo esfuerzo intelectual porque “vestibularmente”, consideran fuera de toda ponderación por no contar con consagración legal expresa. Sin recurrir a argumentaciones jusfilosóficas acerca de que la Ley no es la única fuente del Derecho, nos permitimos consignar que desde mediados del siglo veinte³² dicha línea de pensamiento es absolutamente descartable. Más aún: su adopción generalizada hubiera determinado un pernicioso inmovilismo del horizonte jurídico. Veamos. El amparo, las astreintes, la prohibición de innovar y hasta la prueba informativa, nacieron como figuras pretorianas carentes de respaldo legal. La repetición de resoluciones judiciales y el apoyo autoral, determinaron que, corrido bastante tiempo, el legislador se acordara de concederles el crisma de lo legal. Obviamente, el éxito de una nueva doctrina no se consolida merced a fallos o voces aislados. Únicamente un encolumnamiento masivo confirma las bondades del producto. A estas alturas, creemos que ya no puede insistirse en el argumento en análisis, máxime cuando la teoría de las cargas probatorias dinámicas ha sido considerada “doctrina recibida” por el XVII Congreso Argentino de Derecho Procesal. (In: Peyrano, Jorge W. informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Revista de Processo, vol. 217, p. 205, Mar/2013).

enquanto técnica de facilitação da prova para a proteção dos direitos materiais, independem de previsão legal específica.

Não há dúvida de que a regra do art. 333 do CPC se funda na ideia de equidade e na necessidade de se conceder um tratamento igualitário e justo aos litigantes. Embora abstratamente pareça atingir o escopo com essa tal racionalidade, a prática tem demonstrado que, diante de determinadas situações do direito material e da proximidade de um das partes em relação aos meios de prova, a distribuição estática do ônus legal tem contribuído para a manutenção da desigualdade real entre as partes, servindo como instrumento de inúmeras injustiças⁹², ante a impossibilidade concreta de se garantir a tutela de um direito assegurado pelo ordenamento jurídico.

Avulta cristalino, nesse contexto, a fragilidade da regra frente às exigências do nosso projeto constitucional de transformação da realidade social com justiça (CF, art. 3º, I).

Observa-se, assim, que a flexibilização da regra do art. 333 do CPC, além de ser racionalmente possível, é também constitucionalmente necessária, porque, em determinadas situações do caso concreto, a distribuição estática do ônus da prova pode revelar autêntico atentado ao direito fundamental à ordem jurídica justa e efetiva (CF, art. 5º, inciso XXXV).

Para se aplicar a teoria das cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro, notadamente no processo coletivo, é necessário não tomar como regra absoluta a regra do art. 333 do CPC. Para tanto, algumas premissas são necessárias: cientificar as partes acerca dos fatos que incumbem a cada uma demonstrar no processo, de forma que possam gerir suas respectivas atividades probatórias; auxiliar o juiz na condução do processo, de forma que o possibilite a esclarecer as partes sobre os rumos da instrução;⁹³ imputar a uma das partes em determinada fase processual quem deve suportar a

⁹² É importante lembrar que estas situações não se resumem aos casos em que há evidente desequilíbrio entre a possibilidade probatória das partes, quando, então, a teoria das cargas probatórias dinâmicas representaria a melhor saída para o problema. Existem outras situações que, apesar de extrapolarem a proposta deste estudo, também exigem um tratamento diferenciado diante da tradicional regra de repartição do encargo probatório. Nesse sentido, discorrem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “Como o juiz deve se convencer de algo que está no plano de direito material, não há como exigir uma convicção uniforme para todas as situações de direito substancial. Em alguns casos, como os de lesões pré-natais, de seguro e relativos a atividades perigosas, a redução das exigências de prova ou de convicção de certeza é justificada pela própria estrutura e natureza dessas situações. Por isso, diante delas é admitida a convicção de verossimilhança. Tais situações têm particularidades próprias, suficientes para demonstrar que a exigência de prova plena seria contrária ao próprio desejo do direito material. Nelas, o próprio direito material não se concilia com a aplicação da regra do ônus da prova.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *curso de processo civil* v. 2: processo de conhecimento. p. 273-274)

⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: RT, 2009, p. 249.

inexistência/insuficiência da instrução probatória, de forma que o juiz possa decidir o litígio sem proferir um *non liquet*.

É correto dizer, desse modo, que é irrelevante a ausência de regra processual expressa para não se aplicar a teoria dinâmica do ônus da prova. Isto porque, no contexto do pensamento jurídico contemporâneo, o neoconstitucionalismo, ao propor uma nova metodologia jurídica, e o neoprocessualismo (ou formalismo valorativo ou formalismo ético), ao incorporar a necessidade de compreender e utilizar as técnicas processuais a partir das bases constitucionais, traz novas ideias que permitem reinterpretar antigos dogmas processuais incapazes de transformar a realidade social pela atividade jurisdicional.

Por essa ótica, deve-se atribuir aos princípios constitucionais processuais posição de direitos fundamentais processuais, como preconiza Fredie Didier Jr., que menciona as seguintes resultantes desta nova visão de processo:⁹⁴

“a) o magistrado deve interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhe o máximo de eficácia; b) o magistrado poderá afastar, por inconstitucional, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental, c) o magistrado deve levar em consideração, na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a estes impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais, aplicando o princípio da proporcionalidade”. É preciso visualizar, neste sentido, a clara ligação entre estes princípios constitucionais processuais e a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.”

Dentre os princípios que de forma direta e mais incisiva embasam desde logo a aplicação dessa teoria em nosso ordenamento jurídico - por traduzirem-se em *direitos fundamentais processuais* – sobressaem-se os princípios do acesso à justiça, da isonomia, da solidariedade/colaboração e da adaptabilidade do procedimento, conforme adiante especificamente serão analisados.

2.1 Direito fundamental de acesso à justiça

A técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova encontra apoio na dimensão objetiva⁹⁵ do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Esse direito

⁹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7ª Edição. Salvador: Editora Podvim, 2007, p. 26.

⁹⁵ A propósito, leciona CAMBI: “Na dimensão objetiva, os valores constitucionais (da liberdade, da igualdade e da dignidade), que suportam os direitos fundamentais, penetram pelo sistema jurídico, condicionando a

fundamental de acesso à justiça não se limita à mera garantia do direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação, mas compreende a garantia de acesso à ordem jurídica justa e efetiva.

Conforme demonstrado acima, a aplicação irrestrita da regra do art. 333 do CPC pode representar, em última análise, a própria impossibilidade de se obter a tutela efetiva do direito reclamado, uma vez que, ao onerar a parte com encargo probatório impossível de ser cumprido, determina de antemão sua sorte no processo. Com isso, irrelevante garantir o acesso da parte hipossuficiente ao judiciário se, em função da manutenção de um obstáculo intransponível e desarrazoado, a legislação processual beneficia a parte que, muito embora se encontre em posição mais favorável para produzir a prova, frustra o esclarecimento dos fatos controvertidos através de sua inércia.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas age de forma a restabelecer a própria efetividade e justiça da jurisdição, tendo em vista que distribui o encargo de acordo com a possibilidade probatória de cada um. Dessarte, a necessidade de se produzir provas volta a ser um ônus, mas no sentido de depender apenas do interesse da parte onerada para que seja cumprido, deixando de representar uma perda preestabelecida.

2.2 Princípio da isonomia

É cediço que o ônus subjetivo da prova não mais se sustenta no Estado Democrático de Direito, porque é por demais reconhecido que a isonomia garantida pela Constituição Federal é a substancial ou real, e não meramente formal.

Para que ocorra a superação dos dogmas do liberalismo no processo civil, entre os quais se incluem as regras de distribuição do ônus da prova, é necessária uma ativa atuação do juiz na solução dos conflitos. Objetivando a busca da pacificação social por meio de uma ordem jurídica justa, é essencial a utilização democrática dos instrumentos processuais, o que implica um papel atuante do juiz sobre as regras do direito probatório, assegurando aos litigantes a paridade de armas e a possibilidade concreta de manejo dos instrumentos probatórios.

interpretação das regras e dos princípios, além de servirem de diretrizes para a atuação do legislador, do administrador e do Judiciário. Em outras palavras, as normas de direito fundamental têm caráter objetivo, porque são decisões de valor válidas para toda a ordem jurídica, não influenciando somente as situações subjetivas, mas irradiando-se na totalidade do ordenamento jurídico e vinculando todos os poderes públicos, incluindo o legislador. (in CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2010, p. 105).

Nesse compasso, a teoria das cargas probatórias dinâmicas nada mais é do que a aplicação do princípio da igualdade, previsto no art. 5º, caput, da CF, na sua feição mais moderna, ou seja, tratar desigualmente artes desiguais, na exata medida das desigualdades do caso concreto. Compreende-se por igualdade, portanto, não apenas o tratamento indistintamente igualitário, mas também a necessidade de que eventuais diferenças se justifiquem racionalmente como forma de promoção de uma igualdade efetiva.

A partir do desequilíbrio entre a possibilidade probatória das partes, a teoria fornece uma proposta de distribuição racional do ônus da prova que, na maioria das vezes, acentua o encargo probatório de uma e atenua o da outra. Este tratamento, apesar de revelar aparente desrespeito ao princípio da igualdade, é justificado na necessidade de se garantir a produção, em idênticas condições, das provas entre as partes, de forma que ambas “desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final”⁹⁶ no processo.⁹⁷

Além da garantia constitucional (CF, art. 5º), o CPC, ao dispor sobre os deveres do juiz durante a condução do processo, determina que a ele compete assegurar às partes igualdade de tratamento (art. 125, I).⁹⁸ Com isso, fica claro que a distribuição dinâmica do ônus da prova, longe de representar apenas uma possibilidade, é dever do juiz.

Pode-se afirmar, por conseguinte, que o art. 333 do CPC não pode ser lido isoladamente, mas à luz do princípio da isonomia material, a propiciar a adequada tutela do direito material, superando-se, assim, paradigmas liberais (individualistas e patrimonialistas) que forjaram o Código de Processo Civil de 1973, que não mais se coadunam com a garantia dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, consagrados pela Constituição.

Destarte, é necessário dizer que não se imputa apenas ao legislador a tarefa de tratar com igualdade os sujeitos do processo, mas precipuamente ao intérprete, que deverá, no caso concreto, extrair do texto legal, em consonância com o ordenamento jurídico, normas capazes de efetivar tal igualdade.

⁹⁶ GRECO, Leonardo. *As garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18361-18362-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05.08.14.

⁹⁷ Conforme observa Antonio Janyr Dall’agnol Júnior, “só é possível igualdade, em tema de Prova, quando se viabiliza a sua realização, independentemente de quem a produza.” (DALL’AGNOL JR., Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. p. 99).

⁹⁸ “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento;”

A propósito, Antônio Janyr Dall'agnol Junior leciona que:⁹⁹

“Só é possível igualdade, em tema de prova, quando se viabiliza a sua realização, independentemente de quem a produza. Aliás, o disposto no art.131, primeira parte, não permite dúvida quanto à preocupação com o resultado da atividade probatória, e não para com quem tenha realizado a demonstração.”

Conclui-se, ao ensejo, que as normas processuais devem ser aplicadas de modo a garantir a real igualdade de armas das partes dentro do processo. A distribuição do ônus da prova deve ser concebida como um instrumento de promoção da igualdade, e não como agravamento da desigualdade. É preciso que o juiz pondere, em cada caso, qual será a solução capaz de conferir máxima efetividade ao princípio - se a regra geral de distribuição do ônus da prova ou se sua inversão.

2.3 Princípio da solidariedade/colaboração

Na atualidade, em decorrência da incansável busca pela efetividade do processo, demonstrada pelo advento de diversos microssistemas de tutela coletiva, frutos da massificação e complexidade das relações jurídicas, não mais se permite uma visão do processo civil baseada num positivismo exacerbado, superado até, diante da necessidade de flexibilização da técnica processual fundada na maior utilização dos princípios constitucionais nas decisões judiciais.

Assume relevo, para a teoria da carga dinâmica, o princípio (dever) da cooperação processual, por meio do qual se objetiva a cooperação entre as partes do processo, a fim de se garantir uma decisão justa. Daí falar-se, atualmente, em processo cooperativo, no afã de se pretender um ponto de equilíbrio entre direitos e deveres das partes e destas com o juiz, objetivando-se uma tutela mais democrática baseada no diálogo, na boa-fé, na lealdade processual e na cooperação.

O princípio (dever) da cooperação no Direito Processual Civil tem sua origem na conjugação dos princípios da boa-fé objetiva e do contraditório. O dever de cooperação amplia-se, não sendo apenas das partes, mas também do juiz, para o qual o dever de cooperação compreende, sobretudo, os deveres de esclarecimento, de consulta, de proteção ou prevenção e de auxílio.

⁹⁹ DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, vol. 788, Jun /2001.

Tal compreensão é obtida, ainda, em virtude da moderna visão do conceito de jurisdição, não mais restrita ao poder de dizer o direito, como também na preocupação com a observância de todos os escopos ou objetivos do processo, quais sejam o jurídico, o social e o político.

Nesse sentido, tem-se elevado o papel do juiz, participante ativo no processo, afastando-se dos antigos dogmas de neutralidade e passividade que nortearam a sua atuação por muitos anos. Esta nova posição do juiz (proativo) como efetivo participante do contraditório caracteriza-se em decorrência de uma nova interpretação dos poderes que lhe são conferidos, notadamente instrutórios, que são ampliados a fim de se permitir uma solução mais justa e efetiva. No cenário jurídico atual, tal fenômeno vem sendo denominado, embora não infenso a críticas, de ativismo judicial.

A propósito, Didier ensina que:¹⁰⁰

"Essa participação não se resumiria à ampliação dos seus poderes instrutórios ou de efetivação das decisões judiciais (arts. 131 e 461, § 5º, CPC). O magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas e, ainda, dando orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio. 5Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. A obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais - e, principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade. O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir."

Contudo, da mesma forma que se atribui ao juiz um novo papel, não se pode olvidar dos demais sujeitos do processo, destinatários da jurisdição.

Chega-se, assim, a uma nova perspectiva de dinamicidade da prova no processo civil que, por seu caráter publicista, deve se preocupar com os resultados úteis do processo como instrumento de trabalho cooperativo.

No ponto, Dinamarco ensina:¹⁰¹

¹⁰⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, v. 30, n. 127, Set/2005, p. 76.

¹⁰¹ Op. cit., p. 349.

"A dialética do processo, que é fonte de luz sobre a verdade procurada, expressa-se na cooperação mais intensa entre o juiz e os contendores, seja para a descoberta dos fatos que não são do conhecimento do primeiro, seja para o bom entendimento da causa e dos seus fatos, seja para a correta compreensão das normas de Direito e apropriado enquadramento dos fatos nas categorias jurídicas adequadas. O contraditório, em suas mais recentes formulações, abrange o direito das partes ao diálogo com o Juiz."

Decerto, a interação entre as partes e o juiz, por meio do necessário diálogo sobre todos os atos e fatos componentes do processo, acaba por ampliar o quadro de análise, reduzindo demasiadamente o risco de opiniões preconcebidas e, por conseguinte, beneficiando a construção de um juízo mais aberto e ponderado.

Em decorrência da ideia central de efetividade do processo, surge a necessidade de uma nova concepção de processo, mais solidário e cooperativo, com o propósito de proteger o direito das partes de participarem de forma concreta na formação do provimento jurisdicional.

E, assim, novos paradigmas do processo são construídos na medida em que rompem com a estrutura anterior. Na esteira do processo cooperativo, como se expôs, a posição do juiz no processo vem fortalecida por poderes e deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio, bem como por uma configuração mais ativa. Isso deve ocorrer no processo civil como um todo, especialmente o coletivo, de conflituosidade mais intensa.

O princípio da solidariedade, que tem íntima conexão com o princípio (dever) da colaboração, fundamentos determinantes para a formulação da teoria na Argentina, está indiscutivelmente consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se extrai no art. 3º da CF que, ao enumerar os objetivos da República Federativa do Brasil, estipula, dentre eles, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I).

No Código de Processo Civil, tais princípios estão presentes (i) no dever dos litigantes de contribuir com a descoberta da verdade (CPC, art. 14, I e 339), (ii) na exigência de litigância de boa-fé (CPC, art. 14, II e 17) e (iii) no dever do juiz de reprimir e prevenir atos contrários à dignidade da Justiça (CPC, art. 125, III e 600).

Percebe-se, por esse plexo normativo, que a própria legislação brasileira já fornece os fundamentos necessários para aplicabilidade da teoria, agora reforçados pela nova concepção de pensamento jurídico e dogmática interpretativa, que procura valorizar os princípios como mandamentos de

otimização de uma ordem jurídica, democrática, pluralista e aberta de valores, que a ele não escapa o direito processual, de tal modo que o juiz tem a obrigação de interpretar o ordenamento jurídico infraconstitucional em conformidade com a Constituição, não podendo olvidar da força normativa desta e da importância dos Direitos Fundamentais.

Supera-se, desse modo, uma concepção instrumentalista do processo, que cede espaço para o que vem denominando *neoprocessualismo*, sem, no entanto, deixar de interagir com uma e outra fase metodológica do processo civil.

Nesse novo modelo o juiz deve estar preparado para constatar que a solução não está integralmente na norma, o que demanda um papel criativo na formulação da solução para o problema, tornando-se, assim, co-participante do papel de produção do direito, mediante integração, com suas próprias valorações e escolhas, das cláusulas abertas constantes do sistema jurídico.

Tais princípios aqui examinados são fundamentais para a aceitação do modelo probatório próprio da atual fase da ciência processual, entendendo-se que partes e o juiz possuem o dever de trabalhar na reconstrução dos fatos. Segundo Miguel Teixeira de Sousa, o objetivo é “transformar o processo civil numa comunidade de trabalho” e responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados.¹⁰²

Para as partes, evoca-se o dever de prestar a devida colaboração para a descoberta da verdade, devendo portar-se no processo sem omitir fatos relevantes ao deslinde da causa.

Abandona-se, assim a concepção liberal do processo, segundo o qual somente às partes tinham poderes de conduzir o início, o desenvolvimento e o fim do processo e a delimitação de seu objeto.¹⁰³ Da mesma forma, deixa-se de lado o mito da neutralidade do juiz (que não se confunde com imparcialidade, esta sim imprescindível), livre de ideologias, alienado, como se estivesse imune a toda e qualquer influência da vida, do humano e descomprometido com o litígio por ocasião de proferir a sentença.¹⁰⁴

¹⁰² SOUSA, Miguel Teixeira. *Aspectos do novo processo civil português*. Revista de Processo, n. 86, abr/jun, 1997, p. 176.

¹⁰³ Neste sentido, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf). Acesso em: 03.07.14.

¹⁰⁴ Como notou Eros Roberto Grau: "Ainda que os princípios os vinculem, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na prática do direito ela se dissolve, sempre. Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas." (In: *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, São Paulo:

Nesta senda, o processo civil moderno, que se pretende seja democrático, necessita de um diálogo judicial amplo e cooperativo em toda a sua marcha¹⁰⁵, e conforme as regras processuais, propiciando o concurso de atividades e a divisão de trabalho na elucidação dos fatos, na valoração da causa e na formação do juízo como instrumento legitimador de uma decisão justa.

Não mais se sustenta, portanto, no estágio atual da ciência jurídica, continuar-se tolerando um juiz inerte, de braços cruzados e que encara o processo como coisa exclusiva das partes.

Enfeixando todos esses argumentos, vê-se que há uma estreita relação entre prova, contraditório e poderes instrutórios do juiz, que se resolve e se explica no modelo argumentativo e cooperativo da prova - e de processo – em que a postura ativa do juiz serve tanto a fomentar a atividade probatória quanto a de promover o elementar e constante debate entre as partes, cuidando pela promoção da sua igualdade e coordenando a atividade das partes, com vistas ao contraditório, mitigam as desigualdades.

Na linha do que foi exposto, o Projeto de Lei da nova Ação Civil Pública (4.484/12) traz como princípio do processo civil coletivo:

“Art. 3º. O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:

[...]

VII – 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;

[...]

VIII – exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo;”

2.4 Princípio da adaptabilidade (adequação) do procedimento

Malheiros, 2ª. ed., 2003, p. 51). Sobre o tema, confira-se ainda o artigo de FILHO, Rodolfo Pamplona. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2052/o-mito-da-neutralidade-do-juiz-como-elemento-de-seu-papel-social>. Acesso em 17.07.2014.

¹⁰⁵ A realização de audiências públicas para a oitiva de outros atores sociais no curso do processo bem demonstra a ampliação do espaço democrático no processo, constituindo uma ponte entre o constitucionalismo e a democracia. Por ela, garante-se uma forma de participação popular antes da tomada de decisões, oportunidade em que são colhidas informações técnicas, científicas, morais, religiosas e culturais sobre determinados temas relevantes para a sociedade.

Como se discorreu acima, o processo deve se adaptar aos princípios constitucionais. Esta adequação também deve ser almejada pelo intérprete, a fim de que as decisões sejam justas, enquanto objetivo fundamental. A distribuição dinâmica do ônus da prova, portanto, deve se adequar tanto à Constituição Federal quanto às particularidades do caso concreto, cabendo ao juiz avaliar se será mais adequado manter a regra estática geral ou distribuir dinamicamente o ônus da prova.

Dentro dessa concepção, a doutrina processual vem tomando consciência de que para se garantir uma adequada e efetiva tutela ao direito material, há de se conferir maior flexibilidade ao procedimento, de modo a conformá-lo às características singulares de cada relação jurídica material. É dizer, toda a atividade judicial do intérprete deve estar direcionada no sentido de conformar o procedimento ao caso concreto segundo suas especificidades.

Ao conceituar o princípio da adaptabilidade, Fredie Didier Jr. leciona que:¹⁰⁶

“Nada impede, entretanto, antes aconselha, que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de mais bem tutelar o direito material. Também se deve permitir ao magistrado que corrija o procedimento que se revele inconstitucional, por ferir um direito fundamental processual, como o contraditório (se um procedimento não prever o contraditório, deve o magistrado determiná-lo até mesmo *ex officio*, como forma de efetivação deste direito fundamental). Eis que parece o princípio da adaptabilidade.”

No mesmo sentido compreende José Roberto Santos Bedaque:¹⁰⁷

“Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo.”

A existência de regras especiais para determinados procedimentos, em função da relação jurídica material, já demonstra a necessidade de adequação do processo ao direito material, como ocorre, por ex., na inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII).

¹⁰⁶ DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil* - teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPODIVM, v.1, 2007p. 51.

¹⁰⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 69.

A propósito, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira traz a noção de princípio da adaptabilidade em seus três aspectos, todos no sentido de desempenhar a tarefa primordial de realizar o direito material e outorga de justiça. Para o processualista do *formalismo-valorativo*, do ponto de vista *subjetivo* podem variar as normas processuais relacionadas, como, por exemplo, na legitimação processual das partes e na mudança do juízo nas regras de competência *ratione personae* se a parte for a Fazenda Pública. No aspecto *objetivo*, a natureza do bem jurídico material objeto do processo repercute, por ex., nos direitos e deveres processuais das partes e na coisa julgada. E *teologicamente*, a adequação interfere também na adaptação do procedimento em função da relação jurídica material, como ocorre, por exemplo, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Estatuto Consumerista.¹⁰⁸

Deve-se admitir, assim, numa perspectiva instrumentalista e sob um enfoque mais valorativo do formalismo, na compreensão de Álvaro de Oliveira, que o procedimento posto à disposição do juiz deve se flexibilizar dentro da correta técnica, em busca de uma tutela mais adequada para a resolução do direito material controvertido.¹⁰⁹

A distribuição racional do ônus da prova é fruto desta nova forma de encarar o procedimento, pois, ao se flexibilizar as regras processuais ordinárias, pensadas para casos simples e correntes, garante-se uma tutela mais adequada a situações de maior complexidade, tanto mais quando discutidas com intensa litigiosidade no âmbito do processo coletivo.

3 A distribuição dinâmica e a inversão do ônus da prova no processo coletivo

A evolução do conceito de Estado até culminar com a atual configuração de Estado Democrático de Direito, preordenado para exprimir e assegurar direitos fundamentais, ensejam consequências na própria concepção de direito processual que se tinha anteriormente.

¹⁰⁸ OLIVERIA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil* – proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 160-164.

¹⁰⁹ Para Álvaro de Oliveira, “[...]o processo não se esgota no âmbito da técnica, não podendo prescindir sua organização de fatores culturais, que lhe emprestam sentido axiológico e portanto caráter substancial, a que não se deve alhear a própria forma em sentido amplo. Daí, por sinal, a nova fase metodológica por que passa o fenômeno processual, tultrapassando o mero instrumentalismo para ingressar na era do formalismo-valorativo.” (In: OLIVERIA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil* – proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33).

Com o advento da lei nº 7.347/85 e da Lei 8.078/90, o direito processual civil coletivo passou a contar com um microssistema (integrado) de direitos metaindividuais, composto por um conjunto de normas de *superdireito processual coletivo comum*.¹¹⁰

Esta evolução do processo civil é tão marcante e emerge com tantas características novas, que a doutrina já fala em um ramo autônomo do processo civil, qual seja direito processual coletivo. Por ele, se renovam os institutos processuais do processo civil clássico, na tentativa de adaptá-los a essa nova realidade trazida pela sociedade de massa, a qual está a exigir uma técnica processual mais aberta, dinâmica e flexível e interpretada a partir da Constituição.

Deste novo diploma processual não escapa uma análise sobre a distribuição do ônus da prova.

Como visto linhas atrás, o critério adotado no art. 333 do CPC é estático e leva em conta a posição das partes, o interesse no reconhecimento do fato a ser provado e a natureza dos fatos (constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos). Mas não considera as especificidades do direito material a ser tutelado, nem as circunstâncias do caso concreto.

Também no processo coletivo a teoria da distribuição do ônus dinâmico da prova decorre dessa nova metodologia jurídica atual proposta pelo neoconstitucionalismo e da necessidade de se compreender e utilizar as técnicas processuais a partir das premissas constitucionais (neoprocessualismo).

É justamente com base na força normativa dos princípios, especialmente os que se traduzem em direitos fundamentais processuais cristalizados na Constituição Federal, que poderá o intérprete aplicar a teoria no processo coletivo, a qual tem como premissas a concepção publicista do processo (superando-se a visão liberal, individualista e patrimonialista) e os princípios delineados já aqui delineados (acesso à justiça, isonomia, igualdade, cooperação, adaptabilidade), assim como no princípio da boa-fé.¹¹¹ Daí que é possível adotar a teoria, atualmente, no processo coletivo.¹¹²

¹¹⁰ Esta expressão é utilizada por Almeida que, ao discorrendo sobre esse microssistema, leciona: “É formado, portanto, por um conjunto de normas que possuem ultra-eficácia, orientando o sistema jurídico brasileiro no plano geral das tutelas jurisdicionais coletivas comuns.” In: ALMEIDA, Gregório Assagra. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: DelRey, 2007, p. 02

¹¹¹ JÚNIOR, Antônio Janyr Dall'Agnol. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, vol. 788, p. 92, Jun /2001.

¹¹² Discorrendo sobre essa nova fase do direito processual, leciona ALMEIDA: “O método de condição da nova postura metódica do direito processual continua sendo o pluralista, mas tendo como guia metodológico de condução todas as diretrizes decorrentes da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais e seus princípios e regras interpretativos. [...] Com isso, não se quer negar ou abandonar definitivamente a metódica

Nesse passo, reconhece Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior que o Código de Processo Civil contém princípios que já autoriza a concluir pela aplicação segura da teoria da carga dinâmica da prova. E leciona:¹¹³

“Assim, o disposto no art. 14, consagrador dos "deveres das partes", deveres esses que expressam justamente os princípios da probidade processual e do dever de colaboração para com o julgador.

O art. 125, por sua vez, especialmente incisos I e III, quando impõe ao Juiz "assegurar às partes igualdade de tratamento" e "prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça", reforça o cuidado do legislador. Só é possível igualdade, em tema de prova, quando se viabiliza a sua realização, independentemente de quem a produza. Aliás, o disposto no art. 131, primeira parte, não permite dúvida quanto à preocupação com resultado da atividade probatória, e não para com quem tenha realizado a demonstração. A repressão aos atos atentatórios à dignidade da Justiça compreendem, irrecusavelmente, no campo da prova, o cuidado com a sua realização, seja por quem for. O princípio da solidariedade preside o processo civil moderno, inclusive o nosso.

O art. 129 reforça a idéia de coibição à improbidade no processo; igualmente, o art. 130, *in fine*.

Duas regras, porém, parecem alcançar um relevo desigual. Refiro-me às abrigadas pelos arts. 130 e 339, aquele a conferir poderes de direção material do processo ao Juiz, inclusive com iniciativa em matéria probatória, e esse a instituir largo dever de colaboração: " *Ninguém* se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade".

Na mesma trilha seguem Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, para os quais a teoria se aplica, desde logo, ao processo coletivo, prescindindo de alteração legislativa, com base na aplicação

pluralista e aberta implantada pela visão instrumentalista do direito processual, mas revisité-la e redirecioná-la sob duas premissas básicas: o direito processual é instituição constitucional; o seu estudo, a sua reforma legislativa, a sua interpretação e aplicação têm de ter como guia condutor a teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais.” (In: ALMEIDA, Gregório Assagra. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: DelRey, 2007, p. 139).

¹¹³ Op. cit.

sistemática da legislação processual, superando-se a interpretação isolada do art. 333 do CPC, bastando a adequação do sistema ao mandamento constitucional.¹¹⁴

Ampliando o que foi dito, Eduardo Cambi dá a dimensão constitucional para afastar a regra estática no âmbito do processo coletivo:¹¹⁵

“O art. 333 do CPC distribui o ônus da prova, sem levar em consideração o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (CF, art. 5º, XXXV), além de partir da premissa de que ambos os litigantes estão, formalmente, em paridade de armas e, por isto, têm iguais condições de produzir a prova. Pensar o direito processual à luz do direito material significa criar técnicas diferenciadas [...] para a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, além de buscar técnicas processuais que promovam a isonomia substancial entre os litigantes, evitando que o que tem mais dificuldade de provar, pela sua hipossuficiência, sucumba, ainda que apresente alegações verossimilhantes. Assim, a regra do art. 333 do CPC é materialmente incompatível com a produção da prova nos processos coletivos, porque coloca em risco a efetividade da tutela do direito material coletivo.”

Da mesma forma, em demandas coletivas propostas por entes legitimados (LACP, art. 5º; CDC, art. 82) na tutela a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos não deve ser aplicado, subsidiariamente, o art. 333 do CPC. É que este diploma legal está fundado na concepção liberal individualista de solução de controvérsias, sendo incompatível com o processo coletivo. Necessário para que se utilizem suas regras ao processo civil (LACP, art. 19; CDC, art. 90) a existência de compatibilização formal (ausência de norma legal expressa dispondo o contrário no direito processual coletivo) e material (somente será aplicado o CPC se não for incompatível com o sistema único protetivo dos direitos coletivos).

Ora, se qualquer restrição ao direito à prova pode repercutir no resultado do processo, é patente a conexão entre o direito fundamental de acesso à justiça e a prova, de tal modo que, havendo restrição à prova, necessariamente haverá limitação àqueloutro direito. Do mesmo modo ocorrerá se as regras de distribuição do ônus da prova implicarem cerceamento da atividade probatória.

¹¹⁴ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador, 2012, p. 331-332.

¹¹⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2010, p. 353.

Neste particular, Marcelo Abelha anota:¹¹⁶

“O acesso aos meios de prova e a possibilidade de produzi-los no processo constituem um desses pilares do devido processo legal, sem o qual nega-se a própria existência da própria justiça. A prova é, por excelência, o que decide o processo, especialmente se considerarmos a natureza dialética da relação jurídica processual. [...]. É, pois, a prova que permite o juiz encontrar a solução diante dos argumentos e fundamentos contrários e, assim, dar razão a quem tem razão. Não se nega que a capacidade de argumentação das partes seja importante, mas sem dúvida que, especialmente quando se está diante de questões de fato, a prova é elemento essencial no encontro da verdade e, como tal, no mínimo, de uma solução mais próxima possível do mundo real.”

Com base nesse novo critério de distribuição do ônus da prova, confere-se maior flexibilidade às regras de distribuição do ônus da prova, reconhecendo-se a natural dificuldade que a aplicação das mesmas apresenta em certos casos, notadamente naqueles em que se verifica uma prova excessivamente onerosa ou até mesmo *diabólica* para uma das partes, na medida em que o outro litigante se encontre em melhores condições fáticas, técnicas, profissionais e econômicas para levar a prova ao juiz.

Institui-se, como se vê, uma metodologia fundada no critério da *hipersuficiência*, como descreve Édis Milaré e Renata Castanho, em que a distribuição do ônus decorrerá não da hipossuficiência de uma das partes, mas sim da força ostentada pela parte que está em melhores condições de produzir a prova. Permite-se, assim, que a distribuição do ônus da prova seja feita de acordo com a proximidade das partes em relação a ela.¹¹⁷

Ademais a manutenção da regra estática e segundo critérios objetivos da distribuição da prova pode levar a resultados injustos e distantes da verdade, o que não ocorre quando aplicada a dinamização das cargas.

¹¹⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

¹¹⁷ CASTANHO, Renata. MILARÉ, Édis, A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (org). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 260. E conclui os doutrinadores dizendo: Arriscamo-nos a dizer, neste ponto, que [...] acabou afastando uma possível influência da relação jurídica de direito material sobre a distribuição dos encargos no processo – a exemplo do que ocorre nas relações de consumo. Com isto, a prova será atribuída a quem, processualmente, tiver melhores condições de produzi-la (tornando a instrução mais eficiente, mais econômica e mais célere, independentemente de haver ou não um desequilíbrio no campo do direito material.”

Segundo Marcelo Abelha Rodrigues, a principal modificação interpretativa que deve se operar recai sobre uma necessária mudança de eixo de paradigma na compreensão do fenômeno da distribuição do ônus da prova.¹¹⁸

Leciona o reportado doutrinador:

“É que [...] o ônus subjetivo delimita o ônus objetivo da prova, ou seja, a liberdade que a parte tem para levar (ou não!) as provas para o processo acaba limitando o material probatório que chega ao conhecimento do magistrado.

Por isso, para que exista um devido processo legal em matéria de distribuição do ônus probatório, com igualdade real de chances e paridade de armas [...], é preciso que se inverta a regra [...], ou seja, é o ônus objetivo que deve delimitar o ônus subjetivo. Em outros termos, é preciso que a prova deixe de ser vista como um instituto ligado ao direito privado...e passe a ser visto por um caráter público, ou seja, o de que a prova é um elemento essencial à entrega de uma tutela jurisdicional justa.”

Aliás, o Projeto de Lei n. 4.484/2012, que trata da nova Lei de Ação Civil Pública, prevê a distribuição dinâmica do ônus da prova de acordo com o critério de hipersuficiência, a ser oportunizado em momento anterior à instrução, bem como a possibilidade de rever essa distribuição a qualquer momento. Conquanto não mencione mais a inversão do ônus da prova, representa significativo avanço no tratamento do ônus da prova. Confira-se:

“Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

[...]

III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;

IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração;

¹¹⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 245.

V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas;

VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa;

VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e

VIII - poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.”

Sobre o tema, também os diversos modelos de anteprojetos de Código de Processo Coletivo (USP e UERJ), idealizados por representantes doutrinadores, com base nos estudos do argentino Jorge Peyrano¹¹⁹ trazem dispositivos bastante semelhantes.

A aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova também vem contemplada também no Projeto de Lei nº 8046/2010, aprovado pelo Senado Federal, agora tramitando na Câmara Federal, que trata do Novo Código de Processo Civil, prevendo, em seu art. 358, que, “considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la”.

Por outro lado, não há dúvida que o Código de Defesa do Consumidor assumiu posição de vanguarda ao pretender equilibrar a relação jurídica de consumo por meio da adoção da técnica processual de inversão do ônus da prova, como meio para a facilitação da defesa dos direitos do consumidor. Entrementes, no que concerne à inversão do ônus da prova em outras demandas que não as de consumo, a doutrina diverge se incide a regra do art. 6º, inc. VIII, do Estatuto Consumerista, ou a do art. 333 do CPC (pelo princípio da subsidiariedade).

Conquanto a LACP não possua regra específica que trate da distribuição do ônus da prova, a doutrina admite a inversão do ônus da prova com arrimo no art. 21: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

¹¹⁹ Peyrano, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Revista de Processo, vol. 217, p. 205, Mar/2013.

Apesar do Título III do CDC não tratar especificamente sobre ônus da prova, há que se entender que as outras disposições de caráter processual constantes em seu diploma são também aplicáveis, por extensão, à defesa de direitos metaindividuais em geral, dentre as quais a regra do art. 6º, VIII, o CDC.

Daí porque é inconvincente o argumento de que não seria possível realizar uma interpretação analógica ou extensiva para permitir a inversão com base no preceito em questão, ao fundamento de que a mesma consistiria em um gravame, por implicar restrição de direitos¹²⁰; tanto mais tanto mais quando se está presente a relevância do bem jurídico tutelado – meio ambiente, por exemplo – enquanto direito fundamental que compõe o núcleo da Constituição democrática e pluralista, sendo regido ademais pelo princípio da precaução.

Importa acrescentar, nesse passo, que a inversão do ônus da prova ou a teoria das cargas probatórias dinâmicas nada mais são do que a aplicação do princípio da isonomia (CF, art. 5º, caput; CPC, art. 125, I) na sua feição mais moderna, ou seja, tratar desigualmente partes desiguais na exata medida de suas desigualdades no caso concreto, ainda que haja dificuldade de produção da prova por ambas as partes. Caso contrário, haveria o risco de se estimular postura inerte de sonegação de provas por uma das partes, situação incompatível com o postulado constitucional de transformação social com justiça e com a teoria dos direitos fundamentais.

Daí porque a aplicação de qualquer regra do Código de Processo Civil somente será possível diante da ausência de normas jurídicas (princípios e regras) no próprio microsistema coletivo e que, ainda assim, sejam compatíveis com o sistema de tutela coletiva.¹²¹

Todo esse contexto está em consonância com a moderna concepção publicista da prova, da finalidade do processo e do valor justiça, a ensinar a superação das regras e técnicas de julgamento quando se está diante de um *non liquet*, o que exige uma revalorização da função criativa do juiz na produção da prova – agora com poderes instrutórios ampliados – a lhe permitir maior participação nos processos coletivos, com escopo de mitigar os casos de incerteza.¹²²

¹²⁰ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1030.

¹²¹ Seguindo o art. 90 do CDC, também o PL 4.484/2012 (LACP) estabelece: “Art. 69. Aplica-se à ação civil pública e às demais ações coletivas previstas nesta Lei, subsidiariamente, a Lei no 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, naquilo em que não contrarie suas disposições e desde que seja compatível com o sistema de tutela coletiva.

¹²² Sobre os poderes ampliados do juiz e a busca da verdade real, veja-se: “processo civil. Agravo no recurso especial. Iniciativa probatória do juiz. Perícia determinada de ofício. Possibilidade mitigação do princípio da demanda. Precedentes. - os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da

CONCLUSÃO

Considerando que existe divergência quanto à aplicação do instituto da inversão do ônus da prova no processo coletivo em matérias que não as de consumo (se é aplicável ou não o art. 6º, VIII/CDC c.c art. 21 da LACP), ou, mesmo que se entenda aplicável, ainda grassa discussão sobre se a hipossuficiência seria do MP (apesar de ser apenas parte formal e meramente postulante e promotora dos interesses da coletividade) ou da coletividade (parte material) titular do direito material protegido pelo MP, propomos as seguintes **CONCLUSÕES**:

1. Não obstante o PL 4.484/2012 (Nova LACP, art. 20) e o PL 8.046/2010 (Novo CPC, art. 358) em curso no Congresso Nacional contemplarem a teoria da carga dinâmica da prova, em substituição à inversão do ônus da prova prevista no CDC, o ordenamento jurídico brasileiro atual contém normas jurídicas (princípios e regras) que já autorizam o intérprete a adotar, imediatamente, a teoria do ônus dinâmico da prova no processo coletivo, com base na nova metodologia jurídica atual proposta pelo neoconstitucionalismo-neoprocessualismo, notadamente na necessidade de se compreender e utilizar as técnicas processuais a partir da Constituição, tendo por fundamento princípios que se traduzem em direitos fundamentais processuais, como o **acesso à ordem jurídica justa** (CF, art. 5, XXXV, na perspectiva de uma tutela efetiva, adequada e célere), à **isonomia** (CF, 5º; caput; CPC art. 125 I), do devido processo legal (CF, 5º, XIV), da **solidariedade-cooperação** (CF, art. 3º, I; CPC, 14, 16, 17, 18, 339, 340, 342, 345 e 355, acerca dos deveres das partes em colaborar com o julgador), e princípios infraconstitucionais, como o da **adaptação do procedimento** (CPC, art. 130 e 139), que conferem poderes de direção material do processo por parte do juiz, entre os quais, de flexibilizar a técnica processual, na perspectiva do formalismo valorativo ou neoprocessualismo.
2. A teoria da inversão dinâmica do ônus da prova não se confunde com a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). Esta tem por base principalmente a hipossuficiência da coletividade consumidora; aquela a hipossuficiência da parte ré que está em melhores condições, no caso concreto, de produzir a prova, sob pena de se gerar uma *probatio diabólica* para o Ministério Público.

demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. - A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. Agravo no recurso especial improvido." (STJ: AgRg no REsp 738.576/DF, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 12.09.2005).

3. É recomendável ao membro do MP, em se tratando de matéria não relacionada a direito do consumidor, cujo ônus de provar se encontra agasalhado pela regra da inversão (CDC, art. 6, VIII), postular, no processo coletivo em que se tutele outro direito material coletivo que não o consumidor, em caráter alternativo, tanto a inversão do ônus da prova, quanto a aplicação da teoria da carga dinâmica no processo coletivo.
4. Com relação à inversão do ônus da prova, é necessário firmar o entendimento de que a hipossuficiência deve ser analisada sob a ótica da coletividade (parte material) titular do direito material protegido, e não do MP (parte formal), que apenas postula e promove a defesa dos interesses de determinada coletividade.
5. Em não sendo adotada no processo coletivo para tutela de qualquer direito material coletivo nem uma nem outra técnica processual (inversão do ônus da prova ou distribuição dinâmica), e prevalecendo a regra estática do art. 333 do CPC, deve o membro do MP recorrer desta decisão, prequestionando os dispositivos legais que fundamentam uma e outra técnica processual.

APROVADA POR UNANIMIDADE

Inteligência institucional estratégica no Ministério Público do consumidor

Marcos Tofani Baer Bahia
Procurador de Justiça

RESUMO

A “Era do Conhecimento” trouxe profundas modificações sociais, culturais, tecnológicas, políticas e econômicas para a sociedade de consumo nos últimos anos. Nesse contexto, a Constituição Federal vigente no Brasil reconheceu a defesa do consumidor como direito humano fundamental e impôs ao Ministério Público promovê-la. Fundada na valorização do conhecimento, sobretudo do capital intelectual humano, a nova era impõe às instituições privadas e públicas, nelas incluída o Ministério Público, a adoção de novos paradigmas organizacionais, como a aquisição de competências substanciais no processamento das informações, em busca da eficiência. Com tamanho leque de atribuições, o Ministério Público precisa atuar com racionalidade, efetividade e celeridade. A atividade de inteligência competitiva, nascida do seio da inteligência clássica, desponta como um processo social apto a levar ao conhecimento das oportunidades e ameaças advindas do ambiente externo informacional, o que pode auxiliar o promotor de justiça na tomada de decisões estratégicas em prol da sociedade de consumo. O processo de renovação, contudo, precisa estar assentado em uma nova dimensão cultural e num novo ambiente institucional. O presente trabalho tem por objetivo apresentar um possível modelo de atividade de inteligência, aqui denominado “Inteligência Institucional Estratégica”, para ser adotado no Ministério Público do consumidor.

ABSTRACT

The ‘Era of Knowledge’ has brought deep social, cultural, technological, political and economic changes to the consumer society in recent years. In this context, the Brazilian Federal Constitution has recognized the consumer protection as a fundamental human right and has imposed the duty to promote it on the Department of Justice. Founded on the appreciation of knowledge, mainly on the knowledge of the human intellectual capital, the new era is making private and public institutions, including the Department of Justice, to use new organizational paragon such as the acquisition of substantial competence in data processing in order to reach efficiency. Having all those diverse assignments, the Department of Justice needs to act with reasonableness, effectiveness and celerity. The activity of competitive intelligence, born of the heart of the classical intelligence, has dawned as a social process, apt to lead to the knowledge of the opportunities and threats coming from

the external informative environment, something that may help the public prosecutor to take strategic decisions for the benefit of the consumption society. But the process of renewing must be based on a new cultural dimension and a new institutional environment. This present work has the aim to introduce a feasible model of intelligence activity, termed here 'Institutional Strategic Intelligence' to be adopted by the Consumer Department of Justice.

1 INTRODUÇÃO

A importância da atividade de inteligência de Estado é inquestionável. A própria gênese da atividade de inteligência prenunciou inúmeros conflitos internacionais que mudaram a história do mundo. No âmbito da inteligência de Segurança Pública, as instituições têm buscado obter o “poder de antecipação” no combate diário à criminalidade. No plano empresarial, atualmente, grandes empresas executam a gestão estratégica do conhecimento para subsidiar o planejamento de suas ações.

É fato que ouvimos muito a respeito da inteligência de Estado, da inteligência em segurança pública e da inteligência competitiva, todas com objetivos diferentes. Entrementes, apesar dos importantes objetivos visados por essas três vertentes de atividades, podemos aplicar a atividade de inteligência a outras finalidades, tomando-se por base, por exemplo, o processo e as ferramentas estratégicas da inteligência competitiva?

Surge, em consequência disso, a seguinte questão: por que e como utilizar a inteligência competitiva na criação de uma inteligência institucional estratégica no Ministério Público do Consumidor? .

Daí o objetivo geral do presente trabalho ser a apresentação de um possível modelo de inteligência institucional estratégica no Ministério Público do Consumidor, no qual estejam descritos os pilares do planejamento, da organização, da direção e do controle de um órgão de inteligência, aqui denominada de Inteligência Institucional Estratégica e que seja aplicável ao referido Ministério.

Desse modo, acreditamos que a atividade de inteligência, no nosso caso a competitiva, poderia ser aplicada adequadamente no Ministério Público do Consumidor sem a necessidade de encerrar os mesmos objetivos dessa atividade específica de inteligência, nem os das inteligências de Estado ou de Segurança Pública.

Buscamos, por conseguinte, a criação de uma inteligência institucional estratégica apropriada ao Ministério Público do Consumidor, que poderá, quiçá, ser aplicada às diferentes áreas de atuação da instituição.

Utilizamos as bases teóricas e conceituais da Inteligência Competitiva, por ser a sua produção acadêmica mais disponível à consulta e pesquisa, tanto no aspecto teórico quanto na descrição da prática, e por termos partido da premissa de que os assuntos nela tratados podem ser aplicados, com as devidas adequações à sua destinação constitucional, ao Ministério Público do Consumidor.

Em linhas gerais, os objetivos do trabalho são: 1) descrever os pilares essenciais do processo social de Inteligência Institucional Estratégica no Ministério Público do consumidor; 2) caracterizar as funções básicas que permitam operacionalizar a Inteligência Institucional Estratégica no Ministério Público do Consumidor; 3) descrever as rotinas de trabalho para os integrantes de um setor de Inteligência Institucional Estratégica no Ministério Público do Consumidor; 4) apresentar técnicas e métodos capazes de antever ameaças de lesão a direitos dos consumidores, possibilitando ao tomador de decisão (promotor de justiça) conhecer a melhor estratégia de atuação; 5) organizar a interatividade dos atores de inteligência do Ministério Público do Consumidor.

Com relação à metodologia, a pesquisa selecionou as ferramentas mais utilizadas pela Inteligência Competitiva e pelo mundo acadêmico especializado, filtrando as mais adequadas à realidade do Ministério Público.

O marco teórico é a “Inteligência Empresarial Estratégica”, método de implantação de inteligência competitiva em organizações, desenvolvido pelo professor Walter Félix Cardoso Júnior.

O sobredito marco teórico, baseado na Inteligência Competitiva (*competitive intelligence*), constitui-se um método de fácil aplicação, economicamente viável, factível além de ser uma nova ferramenta, especialmente para os tomadores de decisão, no apoio aos processos organizacionais de gestão estratégica.

Nosso propósito, na perspectiva constitucional, não poderia ser outro: atender e homenagear o princípio constitucional da eficiência administrativa, introduzido na Constituição da República pela Emenda Constitucional n. 19/1998.

Não obstante haver alguma produção acadêmica sobre inteligência competitiva, não encontramos livros, teses ou artigos discorrendo, com profundidade, sobre a sua aplicação em

organizações públicas (muito menos no Ministério Público), mas apenas algumas poucas referências genéricas.

Tentaremos contribuir com algumas diretrizes para a criação de uma Inteligência Institucional Estratégica dentro do Ministério Público do Consumidor, baseada nos fundamentos teóricos e práticos da Inteligência Competitiva, especialmente no modelo da Inteligência Empresarial Estratégica, com o escopo de produzir e disseminar o conhecimento de interesse estratégico, além de propiciar a criação de um diferencial institucional que contribuiria para a diminuição significativa dos riscos inerentes aos processos decisórios dos atores ministeriais, notadamente dos promotores de justiça, profissão que, ora, exercemos.

Daí a relevância operativa que se nos apresenta.

Creemos, pois, que a Inteligência Institucional Estratégica no Ministério Público do Consumidor poderia mudar o paradigma institucional de modo que a inteligência fosse criada, não só no Ministério Público do Consumidor, mas em todas as Promotorias de Justiça, e pudesse influenciar outros atores institucionais, comprometidos com a eficiência administrativa, até avançar para a sua efetiva institucionalização, partindo-se do entendimento de que a inteligência competitiva é muito mais um processo social que tecnológico, independente da destinação funcional da organização, seja ela pública ou privada.

2 A ERA DO CONHECIMENTO

Nos últimos séculos, a humanidade vem experimentando profundas mudanças de paradigmas e transformações socioeconômicas, numa sucessão de eventos entrelaçados sobre os quais não se permite uma análise isolada e descontextualizada.

Toda revolução tem por desiderato a obtenção de poder, seja ele político, social, econômico ou religioso. A história tem mostrado que as revoluções, quase sempre, aconteceram quando da convergência entre os interesses de um grupo e os reclamos das massas populares, que, aproveitando-se do conseqüente enfraquecimento do governante, lograram êxito em conquistar o poder. Tem mostrado também que, por vezes, ao assumir o poder, o grupo revolucionário que se valeu da força das massas operou mudanças completas ou parciais; noutras vezes, entretanto, desprezou o povo, pelos mais diversos motivos.

Desde o século XVIII até os nossos dias, dentre as inúmeras revoluções socioeconômicas, uma se tornou incontestavelmente um divisor de águas na vida privada, enquanto que uma outra vem sendo amplamente divulgada, em face da introdução das novas tecnologias. São elas: a Revolução Industrial e a Revolução do Conhecimento.

Com efeito, o período constituído pelo final do século XX e início do século XXI vem sendo caracterizado pela crescente importância dada ao conhecimento, considerado o quarto fator de produção, além dos tradicionais terra, capital e trabalho. Neste período, grande parte da força de trabalho ativa começa a depender da geração e distribuição de produtos e serviços de informação como meio de subsistência e insumo capaz de gerar o conhecimento, que se traduz em diferencial competitivo para as organizações privadas e em eficiência para as instituições públicas.

“Aldeia global”, “era tecnocrônica”, “sociedade pós-industrial”, “sociedade da informação” e “sociedade do conhecimento” são alguns dos termos cunhados com a intenção de identificar e entender o alcance da nova era.

Na “Era do Conhecimento”, a partir da invenção do computador e de sua posterior adoção, os meios de escrita convencionais estão sendo paulatinamente substituídos, tanto no âmbito empresarial quanto no familiar.

Enquanto a Revolução Industrial objetivava o desenvolvimento da produção de bens tangíveis ou corpóreos, coube à Revolução do Conhecimento a tarefa de desenvolver as tecnologias de produção, por meio do acúmulo do conhecimento e da facilitação de seu acesso a todas as pessoas.

A Revolução do Conhecimento cuida, pois, do acesso a bens intangíveis ou incorpóreos, por meio dos quais se torna possível o acesso aos bens tangíveis e corpóreos. E por isso que, na sociedade do conhecimento, valorizamos os contratos de fornecimento de serviços.

Os primeiros microcomputadores surgiram na década de 1960, e passaram a ser utilizados para se ter acesso à internet, o que atualmente viabiliza a contratação de milhões de pessoas à distância.

De lá para cá, assistimos à extensão das inovações tecnológicas aos meios de comunicação e de transporte, atualmente controlados pela automação. Também percebemos que inúmeras negociações preliminares e conclusões de importantes negócios jurídicos ocorrem por via virtual, utilizando-se assinaturas criptografadas.

A título de exemplo, podemos citar alguns dos principais efeitos da Revolução do Conhecimento: a transnacionalização; o surgimento de blocos econômicos; o comércio eletrônico que, ao mesmo tempo em que propicia a aquisição de produtos e serviços através da rede, gera problemas quanto à atribuição de autoria a documentos eletrônicos e assinatura digital, quanto à validade de documento eletrônico original copiado, quanto à proteção dos direitos de propriedade e de contratos eletrônicos, problemas com a pirataria, o cibercrime, a publicidade eletrônica etc.; a economicidade da informação, cujo valor econômico é reconhecido e integra-se como ativo intelectual da pessoa e de seu patrimônio pessoal; e a transferência eletrônica de dados, a qual proporciona o acesso à informação e o estabelecimento de normas comunitárias. 123

A Revolução do Conhecimento trouxe consigo, enfim, desdobramentos sobre as próprias transformações outrora trazidas pela Revolução Industrial, incrementando as tecnologias existentes e criando novas tecnologias, com inevitáveis repercussões socioeconômicas.

Entretanto, não se limita a sociedade da informação ao computador ou ao direito informatizado, já que se estende a qualquer meio de comunicação, presencial ou não. Também fazem parte dessa sociedade a televisão a cabo, por antena ou via satélite, o telebanking, o teleworking, o rádio e o telefone.

O capítulo I do Livro Verde da Sociedade da Informação no Brasil, obra elaborada a pedido do Ministério de Estado da Ciência e Tecnologia em setembro de 2000, após ter sido oficialmente lançado pelo Governo Federal em 15.12.1999, registra que assistir à televisão, falar ao telefone, movimentar a conta no terminal bancário ou pela internet, verificar multas de trânsito, comprar discos, trocar mensagens com o outro lado do planeta, pesquisar e estudar são atividades cotidianas no mundo inteiro e no Brasil. Rapidamente nos adaptamos a essas novidades e passamos, em geral, sem uma percepção clara nem maiores questionamentos, a viver na sociedade da

¹²³ Peter Burke observa, com razão, que a mercantilização da informação é, na verdade, tão velha quanto o capitalismo, porque o comércio, assim como a indústria, depende do que alguma vez foi chamado de “busca da informação que nos falta e proteção da informação que temos”. E acrescenta, ao comentar a expansão comercial européia pelo mar: as rotas do comércio eram rotas de papel e os fluxos de comércio dependiam de fluxos de informação. Por fim, sobre a atividade da Companhia das Índias Orientais, observa: o sucesso da companhia foi atribuído (entre outras coisas) à sua “eficiente rede de comunicação”, sem igual entre outras rivais. O direito antigo, tal como o medieval e o moderno, todavia, não conferiram à informação um valor econômico (BURKE, 2003, p. 141-144).

informação, uma nova era em que a informação flui a alta velocidade e em quantidade há apenas poucos anos inimagináveis, assumindo valores sociais e econômicos fundamentais.¹²⁴

A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura criou o “Observatório da Sociedade da Informação”, com o objetivo de promover a coleta de informações de domínio público sobre os desafios éticos, legais e sociais para o desenvolvimento da coletividade.

A “Era da Informação ou do Conhecimento” não é apenas um slogan, mas um fenômeno global; a economia baseada no conhecimento é uma nova economia, com novas regras, exigindo novas maneiras de fazer negócios. A Era do Conhecimento representa, pois, uma profunda mudança na organização da sociedade e da economia, havendo quem a considere um novo paradigma técnico-econômico.

Entretanto, está sendo formatada por cada país em meio a diferentes condições políticas, econômicas e sociais, segundo estratégias moldadas de acordo com cada contexto. E as tecnologias envolvidas vêm transformando as estruturas e as práticas de produção, comercialização e consumo e de cooperação e competição entre os agentes, alterando, enfim, a própria cadeia de geração de valor e, sobretudo, da capacidade de aprender e inovar.

Nesse mesmo contexto, a economia do conhecimento ancora-se em três pilares: a) o conhecimento infiltra tudo o que compramos, vendemos e produzimos; b) os ativos do conhecimento, isto é, o capital intelectual passou a ser mais importante para as organizações que os ativos financeiros e físicos; c) prosperar na nova economia e explorar esses novos ativos significa a maior utilização de novas técnicas de gestão, novas tecnologias e novas estratégias.

Percebemos, desde logo, que o computador é de suma importância para a Sociedade da Informação, enquanto esfera de informação em um contexto global, acessível a qualquer pessoa, em qualquer lugar e a qualquer momento. ¹²⁵

¹²⁴ O *Livro Verde* contém um plano de meta da implantação do Programa Sociedade da Informação no Brasil e constitui uma súmula consolidada sobre as aplicações da Tecnologia da Informação. Nele, há um conjunto de ações que constituem objetivos a serem alcançados pelo Governo e pela sociedade civil: a ampliação de acessos, meios de conectividade, formação de recursos humanos, incentivo à pesquisa e desenvolvimento, comércio eletrônico e desenvolvimento de novas aplicações. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br>> Acesso em: 06.01.08.

¹²⁵ Para Krishan Kumar, o “industrialismo legitimou o espaço na nação-estado, ao mesmo tempo em que substituiu os ritmos e movimentos da natureza pelo ritmo da máquina. O relógio e os horários das estradas de ferro constituíram os símbolos da era industrial. Expressavam o tempo em horas, minutos, segundos. O

Desde as formas de conhecimento e de obtenção de informações e dados mais rudimentares até as mais sofisticadas por força do implemento da tecnologia, percebemos a valorização que damos, especialmente nessa primeira década de século, à informação.¹²⁶

A massificação da informação estabeleceu-se como a mola propulsora da economia e gerou transformações sociais igualmente profundas, cujas extensões últimas ainda não foram alcançadas, nem de fato cogitadas.

O computador é, sem dúvida, o grande responsável por essa revolução.

Alvin Tofler popularizou a ideia de uma sociedade da informação, quando lançou, em 1981, o livro *A terceira onda*, recorrendo sobre as transformações que emergiram da Revolução Agrícola, Industrial e da terceira onda dos tempos modernos.

A popularização do computador transformou esse objeto em um bem revolucionário, fonte inesgotável de conhecimento acessível a todas as pessoas, pouco importando a sua classe social.

Tanto é assim que o expressivo desenvolvimento das tecnologias a partir da década de setenta e seus impactos nos diversos campos das relações humanas demonstra como as tecnologias, inicialmente impulsionadas pelas pesquisas militares, foram amplamente utilizadas por vários setores econômicos, principalmente na reestruturação das empresas, que puderam horizontalizar suas estruturas, baixar o custo e transnacionalizar a produção, permitindo concluir que cada vez as relações humanas se darão em um ambiente multimídia.

Entretanto, a Sociedade do Conhecimento não se resume ao ambiente virtual. Os reflexos do acesso facilitado à informação estão em todos os meios de comunicação, e não apenas no meio virtual. Assim como no passado a Revolução Industrial não afastou a existência de outros sistemas de produção de bens e sua distribuição, mantendo-se a agricultura, a pecuária, o extrativismo e o

computador, símbolo da era da informação, pensa em nanossegundos, em milhares de microssegundos. Junto à nova tecnologia das comunicações, ele introduz um marco espaço-tempo radicalmente novo na sociedade moderna.” (KUMAR, 1997, p. 22-23).

¹²⁶ Para Thomas Stewart, “dados e informações são menos importantes do que conhecimento. Conhecimento não é soma, é agregação, interação, acumulação. Os dados e as informações conectam-se entre si para formar o conhecimento. O conhecimento envolve *expertise*. Para alcançá-lo é preciso tempo. Dura mais do que a informação e por vezes é eterno. Conhecimento, enfim, é o que fazemos.” (STEWART, 2002, p. 31-35).

comércio, a revolução informacional não obsta a transmissão de informação por outros meios, como a escrita.

A revolução informacional, portanto, tem reflexos sobre todas as relações sociais, tal como ocorreu no passado com a revolução industrial.

O conhecimento é tão relevante para as empresas de alta tecnologia, como para as entidades de baixa tecnologia, e mesmo para aquelas que não possuem finalidade lucrativa. Obviamente, o conhecimento é fundamental também para a Administração Pública, nela incluída o Ministério Público.

A revolução informacional, obtida com o estabelecimento da sociedade em rede, deve ser acompanhada por elementos técnicos, comerciais e jurídicos compatíveis com o desenvolvimento econômico e a proteção dos interesses socialmente relevantes. Afinal, na sociedade da informação, os ativos do conhecimento determinam o sucesso ou o fracasso da organização e prevalecem sobre os ativos físicos e financeiros.

Toda empresa atua no mercado de consumo a partir de ativos, isto é, de tudo aquilo que transforma matéria-prima em algo mais valioso. Os ativos convencionais – capital físico e financeiro – não desapareceram e não desaparecerão, porém é inevitável que o conhecimento se transforme em ativo cada vez mais importante para as organizações, senão o ativo mais importante.

Os ativos intelectuais tornaram-se mais importantes do que qualquer outro, porque apenas por meio do conhecimento as empresas são capazes de se diferenciarem dos seus concorrentes. ¹²⁷

A valorização do conhecimento, segundo Thomas Stewart, fez surgir três grandes ideias que transformaram profundamente o funcionamento das organizações nos últimos vinte anos: a gestão da qualidade total, a reengenharia e o capital intelectual. ¹²⁸

No que tange aos aspectos econômicos, as estruturas de informação e comunicação integradas, seguras e eficazes, são hoje a base para o desempenho de qualquer instituição pública ou privada pós-moderna, garantindo-lhe produtividade, lucratividade e uma boa indicação de eficiência.

¹²⁷ Tanto é assim que Thomas Stewart afirma que, nas organizações, os processos mais custosos são os do conhecimento e os salários mais altos são os dos trabalhadores do conhecimento. Os novos empregos são empregos do conhecimento (STEWART, 2002, p. 37).

¹²⁸ STEWART, Thomas. *A riqueza do conhecimento: o capital intelectual e a organização do século XXI*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

É nesse contexto que a mão de obra no setor público e privado deve adquirir competências substanciais no processamento de informação, no alto nível de instrução e no conhecimento intensivo e continuado, aí envolvida a inovação.

O capital intelectual se constitui em um dos tópicos mais importantes do mundo negocial da atualidade, ao lado da gestão do conhecimento, os quais devem ser assimilados pelas instituições públicas, como o Ministério Público, em busca da eficiência.

Percebemos, afinal, que os ativos tangíveis das organizações – dinheiro, terrenos, prédios, instalações, equipamentos e outros itens do balanço patrimonial – são muito menos valiosos que os ativos intangíveis – patentes, direitos autorais, bens da era da informação, como bancos de dados e softwares, e ainda capacidades, culturas, habilidades, etc.

A repercussão da sociedade de informação sobre a coletividade de consumidores também é inegável, já havendo a preocupação de juristas em discorrer sobre a sua proteção no comércio eletrônico, diante do evidente risco que tem acarretado em seus interesses, dentre os quais a manipulação dos produtos e serviços e os conhecimentos e aptidões necessárias para tanto; a transparência, especialmente sobre a quantidade e a qualidade da informação; as práticas e cláusulas abusivas; a segurança dos sistemas de pagamento, especialmente a assinatura eletrônica; a privacidade e a proteção de dados pessoais; e os crimes eletrônicos.

A realização de negócios jurídicos propiciados pelo computador, no entanto, deve se caracterizar por uma política comunitária de valor multicultural, sendo extremamente relevante o papel do Ministério Público e entidades afins, por meio de ações coordenadas no âmbito interno, enquanto objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo.

Em que pese os efeitos colaterais da marginalização de bilhões de pessoas (abismo digital) ao acesso à informação e aos produtos e serviços originados de um processo de conhecimento e tecnológico, a comunicação virtual é uma realidade indiscutível, quanto a sua existência, e inafastável pela comodidade e agilidade que proporciona aos envolvidos com o sistema.

3 INTELIGÊNCIA COMPETITIVA

Ao longo de sua história e até o fim da Guerra Fria, a atividade de inteligência, sob os influxos militares que sempre a caracterizavam, sempre foi considerada uma prerrogativa exclusiva do

Estado. Entretanto, no auge da Sociedade do Conhecimento, e com dimensões menos militares e mais econômicas, vem sendo atualmente utilizada como ferramenta estratégica para o processo de tomada de decisão em instituições privadas.

Trazendo uma definição ampla sobre o termo inteligência, Marco Cepik esclarece:¹²⁹

Há dois usos principais do termo inteligência fora do âmbito das ciências cognitivas. Uma definição ampla que diz que inteligência é toda informação coletada, organizada ou analisada para atender as demandas e um tomador de decisões qualquer. Para a ciência da informação, inteligência é uma camada específica de agregação e tratamento analítico em uma pirâmide informacional, formada, na base, por dados brutos e, no vértice, por conhecimentos reflexivos. A sofisticação tecnológica crescente dos sistemas de informação que apóiam a tomada de decisões tornou corrente o uso do termo inteligência para designar essa função de suporte, seja na rotina dos governos, no meio empresarial ou mesmo em organizações sociais. Nessa acepção ampla, inteligência é o mesmo que conhecimento ou informação analisada.

Para uma conceituação legal de inteligência clássica, o art. 2º do Decreto 4.376/2002, que regulamentou a Lei 9.883/1999, assim dispõe:

inteligência é a atividade de obtenção e análise de dados e informações e de produção e difusão de conhecimentos, dentro e fora do território nacional, relativos a fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório, a ação governamental, a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.

George Felipe Dantas apresenta uma definição genérica sobre a atividade de inteligência e a sua aplicação nos negócios de estado e iniciativa privada:¹³⁰

A atividade dos agentes públicos e privados de produzir e difundir conhecimento sensível, para destinatários desejados, de maneira precisa, confiável e oportuna, bem como a faculdade de proteger este mesmo conhecimento e as organizações onde são elaborados de organizações antagônicas, são ações pertinentes ao domínio da chamada atividade de Inteligência.

A moderna Inteligência Competitiva ou Inteligência Empresarial funciona com a aplicação de conhecimentos, técnicas e habilidades desenvolvidos desde muito tempo pela chamada “Inteligência Clássica” (ICla). A ICla tem

¹²⁹ CEPIK, Marco Aurélio. *Espionagem e democracia*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 2003.

¹³⁰ *Inteligência de Segurança Pública*. Disponível em: <<http://www.fesmpmg.org.br>> Acesso em: 05.01.08.

as suas mais antigas e conhecidas aplicações voltadas para a defesa do Estado, aí incluídas, instrumentalmente, as áreas diplomática e militar.

De forma bem esclarecedora, a ABRAIC (Associação Brasileira dos Analistas de Inteligência Competitiva) apresenta o seguinte conceito de Inteligência Competitiva:¹³¹

É um processo informacional pro ativo que conduz à melhor tomada de decisão, seja ela estratégica ou operacional. É um processo sistemático que visa descobrir as forças que regem os negócios, reduzir o risco e conduzir o tomador de decisão a agir antecipadamente, bem como proteger o conhecimento gerado.

Esse processo informacional é composto pelas etapas de coleta e busca ética de dados, informes e informações formais e informais (tanto do macro ambiente como do ambiente competitivo e interno da empresa), análise de forma filtrada e integrada e respectiva disseminação.

O processo de Inteligência Competitiva tem sua origem nos métodos utilizados pelos órgãos de Inteligência governamentais, que visavam basicamente identificar e avaliar informações ligadas à Defesa Nacional. Essas ferramentas foram adaptadas à realidade empresarial e à nova ordem mundial, sendo incorporadas a esse processo informacional as técnicas utilizadas: (1) pela Ciência da Informação, principalmente no que diz respeito ao gerenciamento de informações formais; (2) pela Tecnologia da Informação, dando ênfase às suas ferramentas de gerenciamento de redes e informações e às ferramentas de mineração de dados; e (3) pela Administração, representada por suas áreas de estratégia, marketing e gestão.

Em todas essas vertentes, vemos que a atividade de inteligência é um processo, que tem, com um dos objetivos principais, o de propiciar a tomada de decisão estratégica.

Nascente do seio da inteligência clássica, a inteligência competitiva começou a ser adotada por instituições privadas entre os anos 70 e 80, em decorrência dos novos modelos organizacionais ditados pela globalização dos negócios, mormente em razão da amplificada concorrência. Atualmente, vem sendo considerada uma excelente ferramenta para o desenvolvimento dos programas de qualidade e produtividade.

De fato, a produção de bens de consumo para atender às necessidades dos consumidores não é suficiente para garantir o sucesso empresarial, exigindo a monitoração constante e sistemática do mercado concorrencial, facilitada pelo estado da arte das novas tecnologias da informação (TI), em

¹³¹ Disponível em: <<http://www.abraic.org.br>>. Acesso em: 02.02.08.

relação ao aumento da capacidade de armazenamento e processamento de grandes volumes de informações de forma cada vez mais célere, para que as empresas possam conhecer as ameaças e oportunidades e, portanto, conquistar ou manter vantagem competitiva.

Walter Félix também registra alguns conceitos de Inteligência Competitiva adotados por Kahaner (1996), Coelho (1999) e NIC/Unb (1999)¹³²:

Inteligência Competitiva é um programa institucional sistemático para garimpar e analisar informação sobre as atividades da concorrência e as tendências do setor específico e do mercado em geral, com o propósito de levar a organização a atingir seus objetivos e metas; [KAHANER, 1996]

Inteligência Competitiva é o processo sistemático de coleta, tratamento, análise e disseminação da informação sobre atividades dos concorrentes, tecnologias e tendências gerais dos negócios, visando subsidiar a tomada de decisão e atingir as metas estratégicas da empresa; [COELHO, 1999]

Inteligência Competitiva é um processo sistemático de coleta e análise de informações sobre a atividade dos concorrentes e tendências gerais do ambiente econômico, social, tecnológico, científico, mercadológico e regulatório, para ajudar na conquista dos objetivos institucionais na empresa pública ou privada; [NIC/Unb, 1999]

Entendemos, portanto, que a Inteligência Competitiva atua como uma bússola, uma verdadeira ferramenta estratégica, proporcionando conhecimento das oportunidades e ameaças identificadas no ambiente interno e externo e que poderá orientar o processo de tomada de decisão, visando à conquista de vantagem competitiva.

Esse processo informacional é composto pelas etapas de coleta, análise e disseminação, que vai do dado (considerado como matéria-prima bruta e dispersa), passa pela informação (dado dotado de relevância e objetivo e pressupõe a existência de uma estrutura organizada) até a inteligência (em que a análise fornece ao tomador de decisão elementos para a ação).

Discorrendo sobre o escalonamento da informação de forma hierarquizada, Tarapanoff leciona:¹³³

¹³² JUNIOR, Walter Félix Cardoso. *A inteligência competitiva aplicada nas organizações do conhecimento como modelo de inteligência empresarial estratégica para implementação e gestão de novos negócios*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2003 . Tese (p. 82).

Dados compreendem a classe mais baixa de informação e incluem os itens que representam fatos, textos, gráficos, imagens estáticas, sons, segmentos de vídeo analógicos ou digitais, etc. Os dados são coletados por meio de processos organizacionais, nos ambientes interno e externo. Em suma, dados são sinais que não foram processados, correlacionados, integrados, avaliados ou interpretados de qualquer forma. Essa classe representa a matéria-prima a ser utilizada na produção de informações.

A próxima classe é a da informação propriamente dita. Nesta classe os dados passam por algum tipo de processamento para serem exibidos em uma forma inteligível às pessoas que irão utilizá-los (...).

Uma vez que dados tenham sido transformados em informações, pelo menos em uma interpretação inicial, é possível refinar as informações por meio de um processo de elaboração. As informações resultantes desse processo incluem características adicionais do problema, geram hipóteses, consequências das hipóteses, sugerem soluções, crítica de argumentos, etc. Portanto, a transformação de dados em informações deve ser vista, simplificadamente, como um tipo pré-processamento de um processo de elaboração.

O próximo nível é o do conhecimento, o que pode ser definido como informações que foram avaliadas sobre a sua confiabilidade, sua relevância e sua importância. Nesse caso, o conhecimento é obtido pela interpretação e integração de vários dados e informações para iniciar a construção de um quadro de situação (...).

O nível mais alto da hierarquia é a inteligência, a qual pode ser entendida como a informação com oportunidade, ou seja, o conhecimento textualmente relevante que permite atuar com vantagem no ambiente considerado. Também pode ser vista como o conhecimento que foi sintetizado e aplicado à determinada situação, para ganhar maior profundidade de consciência dela. Portanto, a inteligência resulta da síntese de corpos de conhecimentos, com o uso do julgamento e da intuição daquele que toma decisões, e obtém-se uma visualização completa da situação.

Denilson Feitoza ensina que há várias teorias sobre quais fases compõem o ciclo de inteligência (em sentido amplo), indicando as seguintes: identificação das necessidades informacionais do usuário final (requerimento ou determinação da produção de determinada informação/conhecimento), planejamento da obtenção dos dados/informações requeridos, gerenciamento dos meios técnicos de obtenção, obtenção (coleta ou busca) dos dados/informações, processamento dos dados/informações (organização, avaliação e armazenagem), produção do conhecimento (análise, interpretação e síntese dos dados/informações), disseminação do

¹³³ TARAPANOFF, Kira. *Inteligência organizacional e competitiva*. Brasília: Editora Unb, 2001 (p. 117-120).

conhecimento, uso do conhecimento e avaliação do ciclo (feedback quanto ao uso do conhecimento para aperfeiçoamento do ciclo de inteligência).¹³⁴

Segundo o eminente doutrinador, um órgão de inteligência se subdivide em três áreas: a) análise ou atividade de inteligência stricto sensu (produção de conhecimento, que é documentado e disseminado na forma de relatórios de inteligência, a saber, informe, apreciação, informação e estimativa); b) contra-inteligência (proteção dos dados, informações e conhecimentos de uma instituição, por meio da segurança do pessoal, segurança da documentação e material, segurança das áreas e instalações, e segurança dos sistemas de informações comunicações e informática); c) operações de inteligência (busca do dado e/ou da informação negados ou não-disponibilizados).¹³⁵

*O ciclo de Inteligência é descrito de diversas formas pela literatura especializada. Cepik também ensina que há várias versões concernentes ao número e natureza das etapas. O doutrinador apresenta a seguinte constituição: a) requerimentos informacionais; b) planejamento; c) gerenciamento dos meios técnicos de coleta; d) coleta a partir de fontes singulares; e) processamento; f) análise das informações obtidas de fontes diversas; g) produção de relatórios, informes e estudos; h) disseminação dos produtos; i) consumo pelos usuários; j) avaliação (feedback).*¹³⁶

Essa divisão em etapas constitui um modelo simplificado das atividades de inteligência que reflete as mudanças qualitativas percorridas pelo fluxo informacional entre os diversos atores (usuários, gerentes, coletores, analistas etc.).

A definição das funções básicas que compõem o ciclo da inteligência define, de forma ampla e clara, o direcionamento geral segundo os objetivos estratégicos da instituição, favorecendo a integração dos processos realizados no âmbito do sistema de inteligência.

¹³⁴ PACHECO, Denilson Feitoza. Atividades de inteligência no Ministério Público. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – MINISTÉRIO PÚBLICO E JUSTIÇA SOCIAL, 16, 2005, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público / Associação Mineira do Ministério Público, 2006. p. 631-649.

¹³⁵ Idem a anterior.

¹³⁶ CEPIK, Marco Aurélio. *Espionagem e democracia*. Rio de Janeiro: Ed. Fund. Getúlio Vargas, 2003. p 32.

⁵⁸ JUNIOR, Walter Félix Cardoso. *A inteligência competitiva aplicada nas organizações do conhecimento como modelo de inteligência empresarial estratégica para implementação e gestão de novos negócios*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2003. Tese (p. 116-121).

Para operacionalizar tais funções dentro de uma célula de inteligência, Walter Félix, por exemplo, descreve as finalidades verificadas em cada etapa (realizadas em unidades) do processo. Para o doutrinador, a unidade de coleta é destinada a resgatar informações previamente acumuladas, dentro ou fora da instituição, além de selecioná-las e integrá-las, tornando-as disponíveis para os analistas de inteligência. Basicamente, a coleta se destina a coletar dados de fontes abertas e deve ser realizada quando se tem um problema reativo, mas ainda não se têm informações para solucioná-lo. Pela unidade de análise, prossegue o doutrinador, é realizada não só a análise, mas a disseminação controlada do produto dessa atividade, processando as informações e dando-lhes destinação útil, a fim de gerar um diferencial competitivo para a instituição.¹³⁷

O detalhamento e a ampliação das finalidades das respectivas áreas também são tratados mais especificamente no item 5.4 do presente trabalho, quando discorreremos sobre as funções básicas do modelo proposto de inteligência institucional estratégica no Ministério Público do consumidor.

A literatura registra que a Inteligência Competitiva pode ser utilizada com as seguintes funções na organização: a) como ferramenta para gestão da inovação tecnológica; b) como instrumento para tomada de decisão; c) como forma de agregar valor à função de informação.

Especificamente para o nosso trabalho, utilizaremos a Inteligência Competitiva como instrumento para tomada de decisão estratégica por parte dos Promotores de Justiça do Ministério Público do consumidor. O emprego da Inteligência competitiva de forma sistemática em qualquer instituição facilita e garante a tomada de decisões estratégicas.

Impende destacarmos, ainda, que a criação e o uso da Inteligência, seja ela competitiva ou clássica, é um processo social, muito embora a grande maioria dos artigos e livros se concentre em seus aspectos técnicos. Para os propósitos do nosso trabalho, reconhecemos e emprestamos relevância aos aspectos sociais, como a cultura institucional, o ambiente institucional, a valorização institucional do capital humano e a integração das atividades de inteligência às rotinas do Ministério Público do Consumidor.¹³⁸

¹³⁸ PRESCOTT, John E; MILLER, Stephen H. *Inteligência competitiva na prática*. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 29.

4 RACIONALIDADE DA ATIVIDADE MINISTERIAL

A necessidade de maior monitoramento e captação de informações de interesse dos consumidores, contudo, traz à baila a questão da racionalidade da atuação ministerial, que está relacionada com a efetividade e celeridade da solução dos litígios consumeristas.

Após a Constituição da República de 1988, as atribuições do Ministério Público tiveram significativo crescimento. Seu perfil passou a ser de defesa, como órgão-agente, dos direitos sociais, coletivos e individuais indisponíveis.

Embora exercendo o Ministério Público do Consumidor múltiplas funções (administrativas, civis e criminais) não lhe basta ter funções e considerar, utopicamente, que a defesa do consumidor estará garantida. É preciso tornar eficaz a sua atuação. E isso se dará, também, através da atuação prioritária em casos de extremada relevância social.

Com tamanho leque de atribuições, a atividade do Ministério Público do Consumidor tem de ser racionalizada, ante a complexidade moderna da sociedade de consumo aliada à falta de recursos orçamentários destinados à instituição. Há que priorizarmos, então, a atuação como órgão-agente em detrimento da atuação como fiscal da lei, não raras vezes meramente burocrática e desprovida de interesse social.

Com o despertar cada vez mais intenso do atributo da cidadania e a falta de credibilidade das instituições públicas, a sociedade recorre ao Ministério Público para a proteção e defesa de seus direitos consumeristas.

A racionalização da atividade ministerial, com o aumento da sua eficiência e eficácia, apela cada vez mais para a utilização, sempre prudente, dos novos princípios e métodos de gestão estratégica, com especial atenção para a preparação, aquisição, criação, exploração e acumulação contínua e repetida de novos conhecimentos estratégicos em processo cíclico.

As estruturas complexas das diversas promotorias de todo o Estado estão crescendo, exigindo cada vez mais Promotores de Justiça e servidores com habilidades complexas para gerir recursos humanos e materiais, tal como acontece nas empresas privadas (com os chamados trabalhadores do conhecimento). Necessitamos que o Ministério Público assimile tais inovações,

começando por identificar e descrever essas novas capacidades impostas pela realidade atual e investir no capital humano.

Aliás, o capital humano na Era do Conhecimento passa a ter maior importância nas análises estratégicas, deslocando os ativos tangíveis e físicos para os ativos intangíveis e abstratos, com a qualificação dos atores institucionais, com o uso da tecnologia da informação e com os incentivos à inovação, que poderão desempenhar papel preponderante na criação de valor para a instituição.

Para racionalizar com eficiência, contudo, não bastará descrever uma lista de assuntos em que se dispensa a intervenção do Ministério Público do Consumidor. É preciso, antes de tudo, utilizar de forma eficiente as competências agregadas, com intuito de fortalecer as estratégias institucionais de promoção da justiça.

Em outras palavras, se a instituição era ineficiente em vários assuntos, não vai ser a redução deles que acarretará, necessariamente, a sua eficiência. A racionalização deve andar, isto sim, a reboque da eficiência, que pressupõe considerável valorização do capital humano.

É preciso redescobrir o seu cliente, a sociedade, e é nela que o Ministério Público do Consumidor deve estar focado. O mundo mudou radicalmente, uma série de fatores políticos, sociais e econômicos começa a consolidar uma nova relação entre a sociedade e a instituição. O grande diferenciador sempre será a qualidade dos serviços que presta à sociedade.

5 UMA VISÃO CRÍTICA NO TRATAMENTO DOS PROBLEMAS MASSIFICADOS

Alguns críticas sobre casos ocorridos e enfrentados pelo Ministério Público do Consumidor de MG nesta primeira década século XXI nos permitirá tecer algumas considerações sobre o que poderia ter sido evitado ou tratado de forma diferente pelas ferramentas proporcionadas pela atividade de Inteligência Institucional Estratégica.

5.1 Ausência de um banco de dados das ações civis coletivas propostas – duplicidade de demandas com o mesmo objeto e decisões conflitantes

O art. 93, inciso II, da Lei 8.078/1990, previu a competência absoluta do foro da capital do Estado para processar e julgar as ações coletivas envolvendo danos de âmbito regional e nacional,

caso em que a decisão favorável aos consumidores fará coisa julgada erga omnes para todo o território nacional ou do Estado.

Tal norma foi editada com o fim de se evitar que as ações civis coletivas fossem propostas em diferentes comarcas do Estado ou das capitais do país com o mesmo objeto e partes, ante o risco de serem prolatadas decisões conflitantes, o que colocaria em risco a eficácia dos direitos dos consumidores reconhecidos na decisão judicial.

A falta de um banco de dados, em nível nacional, das ações coletivas propostas e das investigações instauradas (atualmente foi criado o Sistema Único de Registro de inquérito civil em âmbito nacional) impede o controle por parte dos vários Ministérios Públicos do consumidor do Estado e do país, ocasionando, não raras vezes, como dito, decisões conflitantes, além de gerar um gasto de tempo e recursos desnecessariamente, ocupando o promotor de justiça com investigações e elaboração de peças processuais que já foram ajuizadas na justiça.

Podemos citar, por exemplo, as ações coletivas ajuizadas contra a empresa Aliança do Brasil em várias comarcas de Minas Gerais e do país, com decisões conflitantes, não obstante o Ministério Público do consumidor da capital de Minas Gerais tivesse sido o primeiro a propô-la e obtido êxito na demanda com efeitos de âmbito nacional, fato que resultou, também, em grande tumulto processual e material para as partes e os próprios consumidores de seguro de saúde de todo o país.

O mesmo aconteceu com várias ações coletivas ajuizadas contra a empresa Sul América por todo o país e também no Estado de Minas Gerais.

Em boa hora o PL 4484/2012, que trata da Nova Lei de Ação Civil Pública, prevê a criação e implantação efetiva de um banco de dados em nível nacional. Mas nada justifica a ausência, em âmbito estadual, desse banco de dados em nossa própria instituição, tanto mais na Era da Digital.

5.2 Princípio da prevenção e a falta de atuação conjunta entre órgãos com interface de atuação

O consumo mundial se expandiu a um ritmo sem precedentes ao longo do século XX, conhecido como século da sociedade de consumo e da sociedade de riscos.

A palavra de ordem atualmente é consumo sustentável, sendo que o próprio Código de Proteção e Defesa do Consumidor a prevê como objetivo da Política Nacional das Relações de

Consumo (Lei 8078/1990, art. 4º, III), a par de sancionar com nulidade a cláusula contratual que infringir ou possibilitar a violação de normas ambientais (Lei 8078/90, art. 51, XIV).

Os principais problemas ambientais têm correspondência com a produção e o consumo de produtos e serviços, como as mudanças climáticas, o buraco na camada de ozônio, a poluição do ar, a destruição de ecossistemas, a perda da biodiversidade, o lixo e os resíduos Industriais de substâncias químico-tóxicas.

O princípio da prevenção se contenta com a mera potencialidade de lesão ao meio ambiente para impedir que um produto ou serviço possa ser produzido e comercializado.

A interface entre área do meio ambiente e consumidor é tão nítida, que justifica a adoção de medidas articuladas entre ambas as Promotorias de Justiça, com o estabelecimento de um fluxo de informações contínuo, reuniões periódicas, uma lista e um foro de discussão digital entre os promotores e servidores com o uso de recursos de uma intranet. Enfim, um canal permanente de comunicação ainda não existente internamente no Ministério Público Estadual, tampouco nas várias instituições do país.

Não se concebe que dentro de uma mesma instituição, órgãos com evidente interface de atuação ainda não tenham estabelecido metas e projetos em conjunto, o que poderia começar a ser elaborado no próprio Plano Geral de Atuação do Ministério Público.

Difícil imaginarmos, no entanto, que isso aconteça no mundo empresarial com tanta obviedade, onde o que está em jogo é o lucro e a vantagem competitiva, quando sabemos que o cliente é um só para a instituição: a própria sociedade.

O modelo atual adotado pelo Ministério Público não incentiva nem favorece essa integração. No mundo contemporâneo, onde ecoa aos quatro cantos a preocupação quanto à preservação do meio ambiente até mesmo em legislações consumeristas, o princípio da prevenção reclama do Ministério Público maior integração entre os diversos órgãos com interface de atuação, visando a identificar pontos críticos de contato e, a partir de então, estabelecer o desenvolvimento contínuo do diálogo que propicie a adoção de uma política e cultura institucionais que a valorize.

5.3 Ministério Público do Consumidor estimulando a produção de normas técnicas

Em uma sociedade de produção em massa é mister, para o próprio sucesso do mercado, certa conformidade dos produtos e serviços. Esse é o papel da normalização, ou seja, estabelecer

normas para o regramento da produção e, em certos casos, também da comercialização. E, muitas vezes, tal significa melhorar a qualidade dos bens de consumo.

Tudo leva a crer que, quanto maior o número de normas técnicas, maior é o grau de desenvolvimento do país. A normalização surgiu como um esforço, entre os próprios profissionais, para assegurar a compatibilização de produtos, necessidade esta que emerge como complexidade crescente do mercado pós-industrial. Atualmente, a normalização deixa de ser um fenômeno entre profissionais e ganha um caráter mais democrático, dando voz também a outros sujeitos, como os consumidores, em particular quanto à sua segurança e saúde.

As normas técnicas de conformidade dos produtos são um dos sustentáculos da política de qualidade.

Existindo norma técnica expedida por qualquer órgão público ou entidade privada credenciada pelo CONMETRO, cabe ao fornecedor respeitá-la.

As normas técnicas fixadas pelos organismos de normalização e metrologia estabelecem padrões mínimos de conformidade dos produtos. O Brasil adota um sistema misto de normalização: participação do Estado e de entidades privadas (em particular, a Associação Brasileira de Normas Técnicas) em esforço comum. Todos os organismos de normalização, privados ou públicos, integram o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (SINMETRO).

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) estabelece, em seu art. 39, inciso VIII, que constitui prática infrativa às relações de consumo, o fornecedor colocar no mercado de consumo produto ou serviço em desacordo com a normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes, ou se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Há poucos anos, tivemos uma investigação no Ministério Público do consumidor de Belo Horizonte/MG, apurando a responsabilidade de fabricantes de pastas de plástico com elástico (pastas escolares para guardar documentos), as quais eram compostas de metais pontiagudos nas extremidades dos elásticos para impedir que o mesmo se soltasse de suas bordas.

Por seu evidente uso por crianças em escolas, tivemos três casos de acidentes com cegueira em Minas Gerais, devido ao fato de que estudantes soltaram o elástico (o qual tinha em suas extremidades o metal pontiagudo), esticando, direcionando e soltando-o contra o rosto dos colegas, atingindo os olhos.

Tais produtos, por serem largamente utilizados por crianças em idade escolar, se revelaram impróprios ao consumo, criando um risco à saúde dos consumidores mirins.

Com a instauração do inquérito civil para apuração dos fatos, tivemos a oportunidade de interagir muitas vezes com a ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e com outros órgãos públicos e privados com atuação na normalização e qualidade de produtos consumidos por crianças. O nosso trabalho frutificou e graças à atuação do Ministério Público do Consumidor, atualmente foi criada uma Norma Técnica específica sobre vários produtos escolares, e não só em pastas de plástico, regulando a fabricação de borrachas, lápis, canetas, cadernos, etc.

A fabricação de pastas de plásticos com metais pontiagudos, agora, é vedada pela norma técnica da ABNT.

5.4 Controle da punibilidade dos fatos criminosos e o problema da prescrição

A prescrição penal é uma das formas de extinção da punibilidade do fato prevista em lei, significando a perda do poder-dever de punir do Estado, pelo decurso do tempo.

Um dos aspectos negativos da prescrição (seja pela pena em abstrato ou em concreto) é a impunidade. Como as penas cominadas aos crimes contra as relações de consumo e as penas cominadas aos crimes contra o patrimônio tipificados no Código Penal são muito pequenas, o que é agravado pela morosidade das investigações em sede de inquérito policial e da tramitação da ação penal em juízo, a prescrição vem se tornando habitual, notadamente em crimes mais complexos que envolvem réus de maior poder aquisitivo, impedindo sua responsabilidade criminal.

A estatística tem demonstrado que tais agentes praticam reiteradamente os mesmos crimes sucessivamente.

Diante desse quadro dantesco, temos visto inúmeros processos criminais desaguarem na prescrição, causando-nos a sensação de impunidade e o desperdício de recursos humanos e materiais, com a movimentação do aparato judicial e do Ministério Público.

A instituição tem muitos dados fragmentados e não organizados. Nem todos, porém, notadamente em formato eletrônico. Alguns podem estar armazenados em objetos, como em processos criminais prescritos. O que queremos dizer, com isso, é que um processo penal extinto pela prescrição é um produto negativo para o Ministério Público, porque nos dá a sensação real de que não se promoveu a realização da justiça com a apuração do crime, seja para condenar ou absolver o acusado.

Para evitar a prescrição desses fatos criminosos, será necessário implementar um controle eficiente e ágil da tramitação dos inquéritos policiais e das ações penais. De nada adianta a criação de relatórios mensais criados pela Corregedoria do Ministério Público, com objetivos muito mais estatísticos, mas insuficientes para estimular esse controle.

Urge uma mudança de paradigma na atuação criminal, através da criação de mecanismos de acompanhamento, sistemático e periódico, aos inquéritos e processos em curso, o que poderia ser feito pela atividade de Inteligência Institucional Estratégica (que não se confunde com atividade correcional, já desenvolvida pela Corregedoria do Ministério Público), como por exemplo: relacionando-os por data do fato, data do recebimento da denúncia e data da sentença; com a criação de um serviço de localização de testemunhas composto pelas polícias civil e militar; com a celebração de convênios com instituições públicas e privadas que prestam serviços ao consumidor, como Copasa, Cemig, bancos, telefonia, CDL, Serasa, SPC etc., os quais detêm um cadastro dos seus consumidores (alguns convênios já foram celebrados).

6 PLANEJANDO A INTELIGÊNCIA INSTITUCIONAL ESTRATÉGICA

6.1 A inteligência como processo social

À primeira vista, pode parecer estranho ou até mesmo impossível estabelecermos uma associação entre a Inteligência Competitiva e uma instituição pública como o Ministério Público, em razão da incongruência de finalidades para as quais foram criadas: aquela o lucro; esta a promoção da justiça.

Entrementes, o modelo ou método que pretendemos adotar no Ministério Público do consumidor, denominado “Inteligência Empresarial Estratégica”, ora desenvolvido por Walter Félix Cardoso Júnior¹³⁹, muito embora concebido para vigor no ambiente empresarial do mundo dos negócios, pode, com as devidas adequações às finalidades institucionais, ser aplicado ao Ministério Público do Consumidor.

¹³⁹ JUNIOR, Walter Félix Cardoso. *A inteligência competitiva aplicada nas organizações do conhecimento como modelo de inteligência empresarial estratégica para implementação e gestão de novos negócios*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2003 . Tese.

O objetivo principal da Inteligência Competitiva, da qual se originou referido método, é o de fazer com que uma empresa tenha vantagem competitiva sobre as demais, através da produção de conhecimento estratégico que a mantenha sobrevivente e em posição de destaque no mercado de consumo e concorrencial.

Embora o Ministério Público seja uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, por força da Carta Política, se submete a uma gama de deveres constitucionais e princípios que lhe impõem o dever de agir, não podendo, contudo, limitar a sua atuação à observância meramente formal de tais disposições.

Um deles, porém, chama-nos atenção: o princípio constitucional da eficiência administrativa, imposto a todos os órgãos da administração pública, nela incluído o Ministério Público.

A par da atuação corriqueira da elaboração do planejamento e definição de metas e prioridades institucionais, deve o Ministério Público sempre buscar a atividade mais vantajosa e eficaz aos interesses institucionais, não só sob o aspecto formal, mas, sobretudo, como resultado concreto de suas ações.

Um singelo diagnóstico na instituição nos revela, contudo, que algumas profundas modificações precisam acontecer no âmbito interno para acompanhar o dinamismo e agilidade da Era do Conhecimento. Por exemplo, no desenho atual da rotina burocrática do Ministério Público, há uma série de inúmeros relatórios rotineiros que não se transformam em ação, algo muito reativo, burocrático e dissociado da estratégia central das atividades institucionais fundamentais, deixando de processar e dar o devido tratamento às informações de interesse estratégico.

Tais relatórios se consomem em si mesmo, porque damos ênfase em conhecer e reunir dados estatísticos, ao invés de usá-los, estrategicamente, para promovermos mudança e inovação na forma de atuação. De mais a mais, são inadequados para avaliar a produtividade dos promotores de justiça, diante da impossibilidade de retratar o conteúdo das manifestações, o que impede de avaliar a produção do membro do Ministério Público no aspecto qualitativo.

Em outras palavras, o Ministério Público está preocupado em conhecer as métricas da produção quantitativa, e não qualitativa, pois não coleta, analisa ou dissemina informações que poderiam trazer conhecimento estratégico ao Promotor de Justiça.

Sob o estandarte da inovação e impulsionado pela Era do Conhecimento, a mudança de paradigma na estrutura organizacional e operacional do Ministério Público, e não só em empresas, é questão crucial para a eficiência institucional.

Nesse desafiador cenário contemporâneo de profundas modificações sociais, culturais, políticas, tecnológicas e econômicas, a criação, instalação e operacionalização exitosa de uma atividade de inteligência no Ministério Público do Consumidor, enquanto ferramenta essencial para enfrentar essas tensões inovadoras da Era do Conhecimento, permitirá à instituição desenvolver, em futuro próximo, outras formas de conhecimento que subsidiem estrategicamente a atuação do Promotor de Justiça e o auxilie na tomada de decisão.

Portanto, incutir a atividade de Inteligência Institucional Estratégica na cultura institucional e estabelecê-la como função, se não essencial, ao menos como estratégica para o processo de tomada de decisão.

Um dos pilares dessa mudança de paradigma organizacional começa pela identidade institucional do Ministério Público.

De fato, o Ministério Público não é uma máquina, mas um organismo vivo constituído de pessoas. Tal como as pessoas, a instituição é capaz de desenvolver um senso de identidade e um propósito coletivo. Aliás, já os têm, mas só no aspecto formal das leis e da Constituição. O que pretendemos é muito mais do que isso. A compreensão compartilhada da missão e dos valores do Ministério Público por todo o corpo humano que o integra, de sua destinação funcional e do tipo do mundo em que pretende realizá-los, é que vai permitir transformar esse mundo ideal em realidade.

Mas isso não se constrói da noite para o dia. A maioria dos exemplos de sucesso em organizações privadas, principalmente, é produto de atitudes, comprometimentos e processos gerenciais cuidadosamente cultivados, que se acumularam de maneira gradual e constante ao longo do tempo.

Essa mudança ideológica e comportamental na instituição ajudará a romper com velhos hábitos burocráticos e rituais formalísticos ou convencionais, desencadeando o processo de inovação e a mudança de paradigma institucional.

Outra alavanca poderosa nesse processo social de inovação e mudança de paradigmas institucionais para o êxito da atividade de inteligência será o de promover um ambiente propício ao

aprendizado, através do engajamento pluridisciplinar de todas as competências humanas que compõem o Ministério Público (membros e servidores).

Assentadas essas duas pedras fundamentais – a nova dimensão cultural e o novo ambiente institucional, o processo de renovação caminhará para um outro patamar de mudança estratégica no Ministério Público.

Com o intuito de colaborar com a concepção do processo social estratégico para a implementação concreta dessa mudança no contexto da instituição, apresentaremos alguns elementos para a sua formatação teórica e prática, cuja efetividade, lembremos, dependerá também da conjugação convergente de diversas variáveis institucionais relevantes (em especial às vinculadas à direção política da instituição), as quais desde logo a consideramos favoráveis e ocorrentes, que influenciará no seu ritmo e intensidade.¹⁴⁰

Assim como toda mudança, é mais fácil começar por uma das partes da instituição: o Ministério Público do Consumidor, cujos contornos institucionais e competências já tivemos a oportunidade de percorrer linhas atrás. Sobreleva registrar, que temos longa atuação profissional na área consumerista, o que facilita a descrição de tarefas e dos objetivos cometidos ao órgão.

6.2 A informação como insumo da atuação ministerial

Basicamente, a maior matéria-prima para desencadear a atuação do Ministério Público do Consumidor é a informação sobre a existência de uma prática infrativa às relações de consumo.

¹⁴⁰ Em artigo, Denílson Pacheco sustenta: “Da autonomia funcional e administrativa do Ministério Público (art. 127, § 2º, CR) decorre sua competência para estruturar e organizar seus serviços administrativos. Os procuradores-gerais dos Ministérios Públicos, de um modo geral, possuem atribuição, conforme o caso, para a criação de centros de apoio operacional, grupos de atuação especial e comissões técnicas (a respeito, veja Lei 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei Complementar 75/1993 – Estatuto do Ministério Público da União, e Leis Complementares estaduais dos Ministérios Públicos dos Estados). Nessa linha, os procuradores-gerais, em princípio, podem criar “órgãos de inteligência” por meio, por exemplo, de resolução, de maneira análoga à criação de grupos de atuação especial ou comissões técnicas, ou, até, como um “centro de apoio operacional de inteligência”. Uma opção que daria maior estabilidade a tais órgãos seria a previsão legal expressa do órgão de inteligência, por exemplo, nas respectivas leis complementares estaduais, como órgão auxiliar, ao lado dos outros órgãos auxiliares estabelecidos no art. 8º da Lei 8.625/1993, como os Centros de Apoio Operacional, a Comissão de Concurso, o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, os órgãos de apoio administrativo e de assessoramento e os estagiários, o que estaria no âmbito de competência legislativa estadual [...]” (PACHECO, *Atividades de Inteligência no Ministério Público*, 2006).

Outras informações também são importantes, como saber se outros órgãos de defesa do consumidor já tomaram providências eficazes ou potencialmente eficazes sobre a mesma questão, em homenagem à racionalização da atividade ministerial.

É a partir da informação, aqui considerada em sentido amplo (abrangendo, em nossa distinção, as quatro classes: dado, informação, conhecimento e inteligência) que o órgão promoverá a investigação dos fatos em busca da responsabilidade administrativa, cível e criminal do infrator, podendo servir de objeto, ainda, para a implementação de uma Política Nacional e Estadual das Relações de Consumo.

A transformação daquela matéria-prima em conhecimento e inteligência representará uma nova forma de atuação no Ministério Público do Consumidor, mais adequada à Era do Conhecimento ou Informação.

A crítica que fazemos no Ministério Público do Consumidor, bem como em quase todas as promotorias de justiça, é a postura reativa quanto ao acesso à informação.¹⁴¹

Como dizem muitos doutrinadores da área da inteligência competitiva, a inteligência deve ser criada. Contudo, é ao longo de seu processo social que elaboraremos um sistema útil à sociedade, integrando-a à cultura institucional e em cenários voltados para o futuro.

Urge, portanto, que o Ministério Público não só a busque, mas também realize análise sobre elas, disseminando e compartilhando os resultados.

Até agora o Ministério Público do Consumidor, e tantas outras promotorias especializadas, apenas usa seus recursos humanos, tecnológicos e estruturais para acelerar o que

¹⁴¹ Para Denilson Pacheco: “Certamente viola o princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, CR) que o Ministério Público trabalhe com essa “massa de informações” de maneira meramente empírica, acarretando grande desperdício de recursos humanos, materiais e financeiros. O Ministério Público, portanto, deve utilizar-se de métodos, técnicas e ferramentas adequadas para lidar com as informações necessárias ao desempenho de suas finalidades constitucionais. Não importa se serão utilizados os métodos, as técnicas e as ferramentas do que se convencionou denominar de “atividades de inteligência” ou, numa visão mais “gerencial”, dos seus equivalentes dos sistemas de gestão da informação e da inteligência competitiva, pois, diante da crescente complexidade dos fatos com os quais lida o Ministério Público e a necessidade de sua atuação sistêmica, seja na área cível (por exemplo, ações civis para defesa de interesses difusos e coletivos) ou penal (por exemplo, programas de prevenção e repressão à criminalidade), o certo é que o Ministério Público deve utilizar alguma sistema de gestão da informação, superando a fase individualista e amadorística de muitos de seus membros e alcançando a racionalidade gerencial exigida pelo princípio constitucional da eficiência.” (PACHECO, *Atividades de Inteligência no Ministério Público*, 2006).

sempre fez antes: o processamento de informações convencionais, as quais também só atendem a uma atuação ortodoxa.

Usualmente, o Promotor de Justiça somente recebe informações oficializadas ou formalizadas, que nem sempre retratam com precisão e nem abarcam tudo que acontece no cotidiano. A coleta pro ativa de informações produzidas externamente simplesmente não existe no órgão, como se só existisse obrigação do consumidor de levá-la a conhecimento da instituição.

Entretanto, assim que o Ministério Público do Consumidor modificar a sua estrutura organizacional com a criação de um órgão de inteligência, aplicação do método da Inteligência Institucional Estratégica e internalização de suas ferramentas para a conversão de dados em informação, informação em conhecimento e conhecimento em Inteligência, seus processos decisórios e até mesmo as formas de execução do trabalho sofrerão transformações sensíveis.

A propósito, Denilson Feitoza reconhece a possibilidade de o Ministério Público criar, em sua estrutura, órgãos de inteligência em todas as áreas de atuação, sendo cabível dizer inteligência ministerial, para se referir às atividades de inteligência institucional realizadas pelo Ministério Público.¹⁴²

Não podemos perder de vista que o tratamento dessa matéria prima (informação) e seu uso podem transformar o exercício da atividade de Inteligência em políticas institucionais em benefício de toda sociedade de consumo.

Em nossa labuta diária, notamos que o Ministério Público do consumidor depende muito do aproveitamento de insights, especialização, inteligência (no sentido de atributo cognitivo), intuições e habilidades dos promotores e servidores e das competências individuais de cada um deles, sem que ao menos possamos medi-los e mapeá-los.

Definitivamente, há recursos humanos altamente desconhecidos institucionalmente.

¹⁴² Para o doutrinador, “Esses ‘modelos’ de atividade de inteligência também são relevantes para a nova realidade do Ministério Público, que lhe impõe preocupações com sua ‘segurança orgânica’, a qual é um dos aspectos da “contra-inteligência. (...)A inteligência *institucional* pode ser, ainda, um valioso serviço para a elaboração do Plano Geral de Atuação do Ministério Público (ou seja, seu plano estratégico).” (PACHECO, *Atividades de Inteligência no Ministério Público*, 2006).

Os meios ou instrumentos para o uso desses recursos geralmente são mínimos. É necessário que sejam aproveitadas essas contribuições e transformadas em algo que possa ser medido, testado e convertido em uso pela instituição.

Para aplicarmos o método Inteligência Institucional Estratégica, entretanto, uma nova espécie de profissional, membros e servidores do Ministério Público, se desponha na instituição.

De fato, cada vez mais as pessoas, em todos os níveis organizacionais, precisam combinar algum tipo de conhecimento técnico, altamente especializado (com a capacidade de trabalhar eficazmente em equipes), desenvolver relacionamentos construtivos e refletir de maneira crítica sobre as próprias práticas organizacionais da instituição, alterando-as quando for necessário. O que vemos atualmente é uma lacuna muito grande entre a qualificação exigida para o enfrentamento de matérias complexas e a qualificação formal exigida pela instituição para ingressar em seus quadros.

Devemos, portanto, promover a convergência de habilidades dos Promotores de Justiça e servidores, ou mesmo a confrontação construtiva, e estimular a sua disseminação e desempenho conjunto, bem como o desenvolvimento de um padrão ou critério para medi-los, elaborando-o à medida que for sendo exercida a atividade e aparecendo os desafios.

Ora, na sociedade de informação, dominar a técnica da atividade de inteligência tornou-se um imperativo para o Ministério Público motivado pelo princípio constitucional da eficiência administrativa. Escolher estratégias e prioridades, definir parcerias, engajar membros do Ministério Público e servidores em sinergia, com o objetivo de facilitar a consolidação de uma inteligência estratégica, é essencial para o avanço institucional.

Em tudo, é verdade, para a reconfiguração institucional sob esses novos paradigmas impostos pela Revolução do Conhecimento.

A complexidade do mercado, da tecnologia e a massificação do consumo pela revolução industrial já geraram transformações socioeconômicas tão grandes na humanidade, que não mais se permite à instituição ministerial uma atuação isolada e dissociada desse novo contexto.

Ainda atua, é verdade, sob os paradigmas da sociedade industrial. Entretanto, qualquer resistência à implantação de uma atividade de inteligência acabará retardando o avanço e a consolidação do Ministério Público do Consumidor, cujo maior prejudicado será a própria sociedade de consumo. Se tantas revoluções ocorreram e remodelaram o desenho socioeconômico da sociedade

atual, por que então não se promover uma revolução neste órgão para acompanhá-la e se antecipar à percepção dos movimentos do mercado consumerista em nome do atributo máximo da eficiência?

Mas não é só. A instituição tem de desenvolver internamente a capacidade de produzir um conhecimento em todas as Promotorias de Justiça. O que há, no desenho atual, são órgãos estanques em comunicação e atuação, dependentes principalmente da capacidade individual de cada promotor para verificar eventual concurso ou interface de atuação. A inteligência é uma estratégia que pode e deve ser almejada pela instituição.

É preciso, pois, aperfeiçoar a comunicação e o desempenho em cada nível da organização com o uso estratégico da informação, extremamente facilitada, agora, pelo uso da tecnologia da informação.

Do ponto de vista tecnológico, qualquer interação informacional na instituição pode ser realizada eletronicamente. Não se concebe que não existam, ainda, vias de comunicação e conexões entre todas as Promotorias de Justiça do Estado (e do país) em um fluxo diário de informações.

Na era digital, quando até mesmo os processos judiciais serão eletrônicos em futuro próximo, já iniciado, precisa-se criar normas para a descrição de documentos institucionais eletrônicos e qualificar, acima de tudo, os membros e servidores rapidamente, daí a importância de começar a investir desde logo nessas competências ou, como falamos atualmente, no capital humano.

Assumimos, portanto, o desafio de apresentar algumas sementes destinadas a implementar no Ministério Público do Consumidor o método "Inteligência Empresarial Estratégica", desenvolvido por Walter Félix Cardoso Jr., que não obstante ser concebido para ser aplicado em empresas, pode ser aplicado em organizações públicas em substituição ao modelo clássico de Inteligência, como o próprio autor sugere, em busca da implantação de um instrumento estratégico que permita o monitoramento da ambiência do mercado de consumo, propiciando a produção de conhecimento estratégico que possibilite a intervenção a contento do órgão de proteção e defesa do consumidor, seja para prevenir a lesão, diminuir a sua potencialidade danosa ou possibilitar uma atuação mais eficaz que a faça cessar.

A adoção do método "Inteligência Empresarial Estratégica" no Ministério Público do Consumidor não terá o mesmo objetivo almejado pelas empresas (vantagem competitiva e lucro), mas sim o tratamento adequado das informações extraídas desse mesmo ambiente de consumo e que possam ser estratégicas aos objetivos e fins colimados pela instituição ministerial, especialmente como instrumento de tomada de decisão do Promotor de Justiça.

Se novos paradigmas ocorrem quando iniciados novos ciclos científicos, econômicos e tecnológicos, que por sua vez afetam e provocam mudanças sociais, comportamentais e culturais na sociedade e nas organizações, é imperioso dizer que tais inovações provocam tais ciclos, estabelecendo novos padrões para o mundo contemporâneo.

É preciso, pois, que o Ministério Público mude seus paradigmas de gestão e atuação. A inovação é um imperativo!

A Inteligência Competitiva, enquanto processo social e sistemático que transforma pedaços esparsos de dados em conhecimento estratégico, tem despontado como útil para gestar a informação, constituindo uma nova síntese teórica no tratamento sistematizado da informação e uma metodologia que permite o monitoramento informacional do ambiente externo.

Analisemos, então, alguns dos elementos que compõem o ciclo básico para aplicação do método "Inteligência Empresarial Estratégica" ao Ministério Público do Consumidor, e, na sequência, as funções que nos parecem pertinentes para a sua implementação no Ministério Público do consumidor.

6.3 Elementos básicos

A Inteligência Competitiva se ocupa, basicamente, de identificar e aproveitar as oportunidades surgidas no ambiente, ao passo que, para a Inteligência Clássica, em especial aquelas usadas em organizações governamentais, o mais importante está no rastreamento das ameaças.

Nesse sentido, o foco principal do método de "Inteligência Institucional Estratégica" no Ministério Público do Consumidor será também o rastreamento das ameaças de lesão ou lesão consumadas a direito dos consumidores. As oportunidades deverão ser buscadas num segundo momento, como as que dizem respeito à melhor forma e ao melhor momento de atuação.

Adaptando o método "Inteligência Empresarial Estratégica" ao Ministério Público do Consumidor, pretendemos conhecer e antever fatos e situações com potencial de afetar a sociedade de consumo, consoante a missão, os objetivos e interesses institucionais.

Segundo o seu idealizador Walter Félix Jr., a "Inteligência Empresarial Estratégica" representa uma ferramenta estratégica de análise, adaptada a qualquer tipo de problema, sendo aplicável a qualquer setor da atividade humana.¹⁴³

Duas questões serão essenciais para a aplicação bem sucedida deste método: a existência de uma autoridade reconhecida que assuma claramente o que pretende em termos de tratamento de informações; e a exclusividade da inteligência na organização.

Denilson Feitoza, discorrendo sobre o ciclo de inteligência, os órgãos de inteligência e as espécies de informação *latu sensu*, leciona:¹⁴⁴

Há várias teorias sobre quais fases compõem o *ciclo de inteligência*. Podemos, por exemplo, numa perspectiva acadêmica, ter as seguintes fases: identificação das necessidades informacionais do usuário final (requerimento ou determinação da produção de determinada informação/conhecimento), planejamento da obtenção dos dados/informações requeridos, gerenciamento dos meios técnicos de obtenção, obtenção (coleta ou busca) dos dados/informações, processamento dos dados/informações (organização, avaliação e armazenagem), produção do conhecimento (análise, interpretação e síntese dos dados/informações), disseminação do conhecimento, uso do conhecimento e avaliação do ciclo (*feedback* quanto ao uso do conhecimento para aperfeiçoamento do ciclo de inteligência).

Em geral, um órgão de inteligência se subdivide em três áreas: a) *análise* ou atividade de inteligência *stricto sensu* (produção de conhecimento, que é documentado e disseminado na forma de relatórios de inteligência, a saber informe, apreciação, informação e estimativa); b) contra-inteligência (proteção dos dados, informações e conhecimentos de uma instituição, por meio da segurança do pessoal, segurança da documentação e material, segurança das áreas e instalações, e segurança dos sistemas de informações – comunicações e informática); c) operações de inteligência (busca do dado e/ou da informação negados ou não-disponibilizados).

¹⁴³ JUNIOR, Walter Félix Cardoso. *A inteligência competitiva aplicada nas organizações do conhecimento como modelo de inteligência empresarial estratégica para implementação e gestão de novos negócios*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2003. Tese. p 79

¹⁴⁴ PACHECO, Denilson Feitoza. Atividades de inteligência no Ministério Público. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – MINISTÉRIO PÚBLICO E JUSTIÇA SOCIAL, 16., 2005, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público / Associação Mineira do Ministério Público, 2006.

Para seu planejamento, será preciso definir as metas de reunião e tratamento das informações, com o fim de atender às demandas por conhecimento dos Promotores de Justiça (tomadores de decisão).

Nesse aspecto, a doutrina reconhece quatro classes diferentes de informação (dado, informação, conhecimento e inteligência), as quais possuem valores distintos no processo decisório.

Adaptando cada classe de informação segundo os interesses do Ministério Público do consumidor, podemos vislumbrar, inicialmente, o quadro seguinte: dados seriam os itens como imagens, textos, vídeos, documentos etc.; informação é o dado tratado que possa indicar uma possível ocorrência de lesão a direito do consumidor; conhecimento é a informação qualificada que permite visualizar a lesão no seu estágio inicial, já acontecendo; inteligência é o conhecimento que permite enxergar a ameaça de lesão e poder agir antecipadamente, sendo o grau mais avançado da informação.

Para desenvolvermos um planejamento eficaz, precisaremos descobrir: o que necessitamos saber ou já sabemos; por que precisamos saber disso; quando precisamos saber disso; o que faremos com a inteligência gerada; o que nos custará obtê-la; e o que poderia custar não obtê-la.

Determinadas condições precisam ser definidas no planejamento, merecendo serem citadas as que são pertinentes ao Ministério Público, entre as quais: prazos a serem atendidos na produção de inteligência; grau de sigilo para a realização dos trabalhos; estimativa de custos excepcionais para realização dos trabalhos, como contratação de especialistas (muito comum na elaboração de perícias); pesquisas de opinião; deslocamento de equipes de fiscais e Promotores de Justiça para outras comarcas; delimitação das necessidades em termos de informação, considerando-se os aspectos já conhecidos e a conhecer; mapeamento preliminar de onde conseguir as informações necessárias; medidas de segurança necessárias à manutenção do sigilo sobre os trabalhos de inteligência institucional e à proteção das inteligências produzidas.

Uma crítica é relevante: o Ministério Público do Consumidor tem dificuldade de perceber o que acontece no ambiente externo, porque fica muito concentrado no que acontece em seu interior, já que o seu foco está direcionado para a informação que lhe chega passivamente, quando deveria também monitorar o ambiente externo.

Quanto à questão de a informação ser fechada, para o Ministério Público o problema não existe operacionalmente, porque a instituição tem o direito de recebê-la mediante o poder de requisição reconhecido pela Lei federal 7.347/1985, com exceção das informações protegidas pelo sigilo fiscal e bancário, hipótese em que o Poder Judiciário poderá concedê-las a seu pedido.

Passemos, então, às funções da Inteligência Institucional Estratégica.

6.4 Possível modelo de inteligência institucional estratégica no ministério público do consumidor e suas funções básicas

Adotando-se o modelo de "Inteligência Empresarial Estratégica", quatro funções básicas da Inteligência Institucional Estratégica seriam: Coleta, Análise, Rede e Controle.

Tais funções seriam operacionalizadas em unidades formais do Ministério Público, que atuariam de forma articulada e integrada dentro de uma célula de Inteligência, a que denominaremos de Setor de Inteligência Institucional Estratégica.

Sob a designação de Setor de Coleta, Setor de Análise e Setor de Controle, cada qual teria importante tarefa nas etapas do processo de produção das Inteligências. Por sua vez, os servidores/colaboradores que operassem no interior do Setor de Inteligência seriam, respectivamente, os servidores coletores de informação, os servidores analistas de Inteligência e o servidor gestor de inteligência.

Pelo trabalho de coleta, o servidor pesquisaria as fontes abertas (informações disponíveis, como as repassadas por agentes fiscais do Procon decorrente de ato fiscalizatório, navegação na *internet*, leitura de jornais, revistas, livros em biblioteca, relatórios sobre pesquisas de mercado, rastreamento de anúncios em TV e rádio, simulação de consumo de produtos e serviços, participação em reuniões abertas de empresas e órgãos estatais, entrevistas por telefone com consumidores etc.), podendo representar aos servidores analistas, e estes ao Promotor de Justiça, quanto à necessidade de requisitar informações legalmente de fontes fechadas.

Considerando a divisão de áreas de atuação do Ministério Público do Consumidor (produto, serviço, publicidade, habitação, saúde e alimentos), os servidores do setor de coleta seriam, preferencialmente, profissionais da área de informática, publicidade, jornalismo, ciência da informação, Direito, nutrição e pessoas com algum conhecimento tecnológico.

Embora os coletores devam pesquisar de acordo com as demandas dos tomadores de decisão (Promotores de Justiça), nada impediria que pesquisassem livremente e reunissem informações disponíveis e variadas em fontes abertas, para alimentarem o banco de dados do Setor de Inteligência, que poderiam servir no futuro. É que a consistência e persistência do trabalho de Inteligência Institucional Estratégica dependeriam também do que não produzir, podendo ser útil mais

tarde, sem deslembrarmos que um grande elo vai se formando, até porque conhecimento gera conhecimento.

Uma questão relevante na fase de coleta seria a pesquisa na biblioteca do Ministério Público. Como cediço, a biblioteca tem um grande interesse na captação de informações produzidas externamente, sendo geralmente os bibliotecários treinados para identificação, aquisição, organização e armazenamento de materiais gerados externamente (basicamente livros, revistas e jornais).

Entretanto, raramente os bibliotecários interagem com outros servidores e Promotores de Justiça, ou mesmo com outros profissionais da informação e, de certo modo, sua função fica cada vez mais marginalizada.

Os bibliotecários (cientistas da informação como são chamados hoje) usualmente liberam um conjunto de materiais que parecem satisfazer às exigências do usuário, sem realmente analisar a informação que oferecem com relação à qualidade, atualidade, precisão, relevância e valor. Por vezes, contudo, prestam um importante serviço que raramente é mencionado em textos sobre seus serviços: a informação que mantêm no órgão sobre quem procurou anteriormente por material similar.

Esse serviço não é reconhecido formalmente nos perfis de cargos do Ministério Público. Isso evidencia outro ponto que precisa ser registrado: as pessoas preferem utilizar outras pessoas como fonte de informação e precisam de ferramentas para identificar a quem procurar na busca por informações importantes.

A coleta de informações também não deve estar localizada no alto da pirâmide hierárquica funcional, porque, em eventual troca de comando, corre-se o risco de diluí-la de uma só vez.

Respeitante ao Setor de Análise, o desenvolvimento de habilidades analíticas de enxergar lesões ou ameaça de lesões no mercado de consumo pode ser feito com disciplina e estrutura, constituindo um facilitador para o tomador de decisão (promotor de justiça).

Caberia ao Setor de Análise dar tratamento ao conteúdo das informações geradas pelos coletores, processando-as (principalmente questionando e selecionando-as) e dando-lhes destinação útil, bem como informar os coletores sobre o que, onde e como procurar, de acordo com as demandas dos tomadores de decisão.

Entre as rotinas dos analistas, podemos listar, detalhadamente, as seguintes:

a) definição, em conjunto com o promotor de justiça, das informações necessárias para o exercício das atribuições ministeriais de proteção e defesa do consumidor, levando-se em conta o requisito da temporalidade para o seu cumprimento (com a definição de prazos de acordo com a situação que emana do caso concreto) e da existência de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores;

b) determinação e orientação aos servidores do Setor de Coleta sobre as necessidades informacionais do promotor de justiça;

c) processamento das informações geradas pelo Setor de Coleta, especialmente: redução e avaliação do grande volume de informações reunidas; elaboração e comprovação de hipóteses sobre fatos e provas; indexação e cruzamento de dados para descobrir relações entre eles; definição de tendências lesivas ao consumidor no tempo e no espaço; identificação de quem são os responsáveis pela prática infrativa;

d) comunicação ao promotor de justiça responsável acerca de eventual necessidade de acionamento da fiscalização interna do Ministério Público do Consumidor (PROCON Estadual) ou externa (vigilância sanitária, por exemplo), para constatação de prática infrativa no mercado de consumo, no caso de ser necessário um complemento informacional;

e) elaboração de parecer ou relatório conclusivo, sucinto e coerente, reunindo e interpretando as informações, fragmentadas ou não, oriundas do Setor de Coleta, de modo a atender as necessidades do tomador de decisão, mormente as que os promotores de justiça estão dependendo para a prática de um ato.

f) organização e atualização do banco de dados do Setor de Inteligência Institucional Estratégica, com todos os relatórios e pareceres produzidos, bem como os dados, as informações e conhecimentos gerados, e ainda informações sobre a existência de: inquéritos civis e investigações preliminares instaurados; termos de ajustamento de conduta celebrados; ações coletivas propostas; decisões administrativas e judiciais exaradas; acórdãos; súmulas; pareceres do setor técnico, notícia de atuação administrativa de outros órgãos públicos federais, estaduais e municipais;

g) apresentação de relatórios mensais das atividades do Setor de Análise, contendo, no mínimo, os dados quantitativos, o assunto, o problema (com descrição da prática abusiva no mercado de consumo) e a área de interesse a que se refere (publicidade, alimentos, produtos, serviços, habitação, saúde e finanças) dos produtos gerados.

Se houver a opção por um analista de inteligência no órgão, será recomendável que seja um servidor com curso de direito, para nortear os trabalhos dos coletores, os quais, como dissemos, poderiam ser egressos de vários ramos do conhecimento.

A diferença marcante do trabalho de coleta e análise está na temporalidade das informações. Enquanto os coletores reúnem informações para criarem significados retrospectivamente, voltadas para o passado e presente, os analistas interpretam e selecionam as de cunho estratégico, notadamente das que poderá emergir algum conhecimento sobre o futuro, com olhos na produção de cenários e visões prospectivas através da monitoração do ambiente externo, objetivando, acima de tudo, descortinar a lesão e ameaça de lesão aos direitos dos consumidores e facilitar o trabalho dos Promotores de Justiça.

Para esmerar o fluxo informacional, seria importante que a equipe de servidores analistas elaborasse, semanalmente, por meio eletrônico e escrito, um serviço de resumo ou sinopse de notícia sobre as matérias que pudessem interessar ao órgão (atualmente isso é feito sem critério e especificidade por servidores da área de comunicação da Procuradoria-geral de Justiça), propiciando a circulação das informações entre os Promotores de Justiça e servidores de todo o Estado, através do monitoramento contínuo, não só das notícias geradas pelos meios de comunicação, como também dos trabalhos realizados pelos Promotores de Justiça do Estado e do país na área consumerista, especialmente as petições iniciais de ações civis coletivas propostas, liminares, decisões de tutela antecipada, sentenças e acórdãos obtidos pelos Promotores de Justiça, favoráveis ou não aos consumidores.

O comportamento cooperativo além dos limites da própria instituição também seria importante neste processo (notadamente entre as instituições de outros estados), para que todas adotassem padrões no tratamento de dados e no processamento de informações eletrônicas, de modo a viabilizar a distribuição deles e o intercâmbio eletrônico do mais rotineiro documento.

Outra questão importante no sucesso dessa rotina seria estimular a adoção do brainstorming em reuniões semanais ou mensais, como técnica de criatividade no processo de concepção de trabalho em grupo, cuja intenção seria a de produzir o máximo de soluções possíveis para um determinado problema (que pudessem estar invisíveis), estimulando o intercâmbio de ideias e fomentando ainda mais o fluxo de informações, o que seria mais difícil se as pessoas trabalhassem isoladamente. Havendo a necessidade e visando articular a atuação no âmbito do Ministério Público do Consumidor, poderiam ser convidados a participar dessas reuniões outros órgãos de defesa do consumidor, entre os quais: procons municipais de Minas Gerais; entidades civis de defesa do

consumidor; órgãos federais e estaduais vinculados, direta ou indiretamente, à defesa do consumidor (agências reguladoras, vigilância sanitária etc.); e entidades civis ligadas a fornecedores.

É necessário salientar que a falta de objetivos claros, a falta de tempo para atender a todos os usuários, o excesso de informações a serem analisadas, a recusa em dividir informações entre os atores envolvidos no processo, as barreiras organizacionais nos vários níveis da instituição e a falta de feedback são tarefas que os analistas e gestores de inteligência devem evitar para não se institucionalizarem, circunstâncias que colocariam em risco todo o processo de Inteligência.

Importante, ainda, a adoção, em todas as fases do processamento da atividade de Inteligência Institucional Estratégica, de ferramentas tecnológicas (hardware e software) que permitam a aquisição, organização e armazenamento das informações geradas, lembrando que a internet é uma das fontes mais valiosas de Inteligência.

Registramos, contudo, que a internet não é inteligência, a qual resultará da aplicação da devida metodologia sobre dados, informações e conhecimentos. Como informação e conhecimento são criações humanas, a atividade de inteligência no Ministério Público do Consumidor, como em qualquer outra instituição, só será bem-sucedida se perceber que o fluxo de informações depende muito mais das pessoas, e menos de equipamentos.

Quanto à rede de colaboradores, as fontes humanas internas e externas de informação (rede de relacionamentos formais e informais) deveriam ser criadas no âmbito do setor de análise, onde seriam catalogados o nome das pessoas (membros e servidores do Ministério Público ou não) e as competências, habilidades e conhecimentos de cada um (como um “banco de talentos do Ministério Público”), que pudessem ser úteis à instituição para responder à eventual consulta (domínio de língua estrangeira, tecnologia, química, matemática, lógica, medicina, farmacologia, engenharia, publicidade, sociologia, psicologia, Direito etc.), eis que não raras vezes os Promotores de Justiça se deparam com assuntos investigativos de natureza complexa, que demandam análise de profissionais de diferentes áreas do conhecimento.

Nesse particular, notamos que existem servidores e membros do Ministério Público com formação em múltiplas áreas do conhecimento, mergulhados no esoterismo técnico de suas disciplinas, em vez de usá-las em propósito útil à Instituição.

A informação tem de estar acessível a todos. Poderia ser feito, por exemplo, um guia geral das fontes de informações contendo uma lista de servidores, membros do Ministério Público e terceiros, com conhecimento sobre assuntos abordados em documentos previamente relacionados,

sistematizando-os em redes e canais informais, que sempre existiram nas organizações, tornando-os disponíveis à instituição, só que agora com o recurso da tecnologia da informação.

A interatividade entre os coletores de informação, colaboradores internos e externos e analistas de Inteligência no ambiente do setor de Análise seria facilitada pelo emprego de uma intranet específica de Inteligência (ferramenta utilizada para gestão do conhecimento). Apesar de não substituir a interatividade presencial, a prática tem demonstrado que muitas vezes o contato pessoal não é estabelecido de forma rotineira, ao contrário do computador, que permite ao usuário se comunicar impessoalmente com todos, até mesmo fora do horário de trabalho.

No que concerne à função exercida no Setor de Controle, a estrutura exigiria controles eficientes sobre todas as rotinas operadas no âmbito do Setor de Inteligência, já que seria o órgão responsável pelo seu gerenciamento, reclamando o cargo de Gestor de Inteligência, tarefa que, por sua extrema importância, recomendável que fosse exercida por funcionário com curso em direito e com habilidades em comunicação e liderança, competindo-lhe estimular a integração e o intercâmbio entre os diversos atores de Inteligência envolvidos, bem como gerenciar o processo de produção de conhecimento estratégico.

É relevante termos em mente que, na atividade de Inteligência Institucional Estratégica, todo o conhecimento produzido teria como destinatários os tomadores de decisão (Promotores de Justiça), os quais teriam de receber a inteligência específica – e não um resumo de dados, para não ocorrer a síndrome de que toda informação é poder. O fator fundamental para o sucesso de qualquer atividade de inteligência, por conseguinte, é o atendimento das reais necessidades do usuário.

Por derradeiro, impõe tecermos algumas considerações importantes para o êxito do Setor de Inteligência Institucional Estratégica no Ministério Público do Consumidor: a proteção do conhecimento.

Como cediço, o conhecimento tornou-se expressão de poder e vantagem competitiva, tanto em instituições públicas quanto privadas. Decidir o que compartilhar ou proteger constitui um dos desafios, também, para o Ministério Público.

Na Era do Conhecimento, seria imprescindível proteger também os conhecimentos sensíveis do Ministério Público, notadamente aqueles que poderiam gerar benefícios para a sociedade.

Contudo, temas como segurança e prevenção ainda não figuram entre os principais valores da cultura institucional do Ministério Público e, caso não sejam adotados, poderiam, de um

lado, facilitar o acesso não autorizado a conhecimentos estratégicos sob custódia da instituição e, de outro, deixar vulneráveis os promotores de justiça e servidores.

Noutro ponto, a Constituição da República (art. 37, caput) determina que a administração pública, nela incluída o Ministério Público, atenda ao princípio da publicidade, o que implicaria a gestão, com maior dificuldade, do que seria conhecimento sensível e o que não o é para fins de divulgação de suas atividades.

Tal não impede, entretanto, que o Ministério Público faça a disseminação seletiva de informações, com a proteção do conhecimento sensível.

Nesse ambiente de valorização do conhecimento institucional que pretendemos implementar, seria necessário que o Ministério Público desenvolvesse uma cultura de proteção ao conhecimento estratégico, identificando os conhecimentos sensíveis em seus diversos órgãos de execução, de modo a neutralizar as vulnerabilidades relativas à salvaguarda dos conhecimentos gerados pelo Setor de Inteligência.

Nesse passo, a implementação de políticas de proteção do conhecimento poderiam ajudar no estabelecimento de rotinas e cuidados básicos apropriados, como por exemplo: a classificação dos documentos; o controle de acesso de pessoas, servidores ou não, ao órgão e a determinadores setores; o treinamento específico para conscientização dos servidores e promotores de Justiça quanto às medidas de prevenção e defesa do conhecimento; a segurança das informações relacionadas ao uso intensivo de tecnologia, notadamente às relacionadas ao uso do computador; a identificação cuidadosa das fontes do conhecimento e sua natureza; e o diagnóstico das possíveis fontes de vazamento.

Nesse contexto do modelo de Inteligência Institucional Estratégica, a proteção do conhecimento poderia estar a cargo do Setor de Controle, a quem competiria, além das funções descritas alhures, o constante monitoramento e a auditoria das medidas de proteção implementadas pelos demais setores, podendo, para tanto, realizar os ajustes e correções quando necessários.

A aplicação de medidas de monitoramento e auditoria deveria ser constante, pois a proteção do conhecimento não deve ser encarada como um projeto, com começo, meio e fim, mas sim como parte integrante de uma cultura da instituição.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo que foi exposto, só nos resta a certeza de que estamos em um novo tempo. A sociedade sofreu transformações após a Revolução Industrial e o avanço tecnológico e científico, vivendo hoje numa era de mudanças a um ritmo avassalador e de crescentes expectativas.

É inegável que as grandes transformações, de diferentes matizes e origens, diuturnamente impostas nos mais diversos setores da sociedade, são decorrência da própria natureza humana.

Novos tempos exigem uma nova concepção das instituições públicas e privadas, mais dinâmica, aberta, flexível e sensível aos avanços da tecnologia decorrente da capacidade intelectual do homem; e também mais eficazes para regularem novos conflitos que se descortinam.

Essa nova concepção há de se coadunar com a reconhecida e incontestável Era do Conhecimento.

A proteção do consumidor, sem dúvida, é uma das metas dessa nova era, e representa um verdadeiro desafio da fase contemporânea do Direito, pela sua singular proteção, ora agravada pela massificação crescente do mercado de consumo.

A globalização gera a necessidade de fortalecimento da atuação estatal para a proteção da sociedade de consumo. A legislação consumerista é conquista de um novo tempo, incumbindo ao Ministério Público a proteção e defesa do consumidor.

O desenvolvimento das atividades mercantis em escala mundial vem exigindo das instituições públicas com essa nobilitante missão, um novo modo de atuar, assentado em paradigmas institucionais modernos e inovadores, dentre os quais se desponta a atividade de inteligência estratégica.

Em razão desse contexto, agravado também por uma gama enorme de atribuições, o Princípio da Eficiência Administrativa impõe ao Ministério Público do Consumidor uma nova forma de atuação, mais proativa e sob o paradigma da racionalidade, em busca da qualidade na prestação do serviço público.

O Ministério Público há muito vem pregando que é uma instituição moderna, mas ainda somos administrados sob paradigmas administrativos ultrapassados. Necessita, pois, a instituição, desenvolver internamente a capacidade de produzir conhecimento estratégico que facilite o trabalho do

Promotor de Justiça (tomador de decisão). Para isso, urge capacitar membros e servidores, ou seja, investir no capital humano.

O modelo burocrático do Ministério Público vem revelando uma série de disfunções, tais como o excesso de formalismo e a sacralização das regras e procedimentos, fazendo com que não tenhamos a capacidade de compreender as necessidades da coletividade, e nos distanciemos da comunicação e entretenimento com o ambiente externo, inibindo a participação dos administrados e a recolha das informações.

Essas disfunções decorrem, em geral, da consideração dos procedimentos e regras, não como meios, mas como fins, no qual o estrito cumprimento das normas internas passou a ser o padrão de eficiência – o objetivo da burocracia, ao invés de estar comprometido com os resultados.

Somado a isso, podemos testemunhar o estabelecimento de uma burocracia apegada à rotina e a procedimentos estáticos que não geram mudanças e inovação, que se vê ameaçada pelas transformações rápidas e inesperadas do ambiente, pelo aumento de seu tamanho e pela crescente complexidade da tecnologia moderna. Enfim, fazemos mais do mesmo.

Essa identidade cultural na instituição formada ao longo dos anos está em dissonância como as novas exigências do Estado Social Democrático de Direito, que exige um novo modo de administrar, orientada para o cidadão e que produza bons resultados para a coletividade.

Portanto, acreditamos que um dos aspectos a serem considerados numa futura reforma administrativa destinada a gerar maior eficiência da instituição Ministério Público no Estado Social, seria a adoção de uma inteligência institucional, sob os influxos teóricos e conceituais da inteligência, em qualquer uma de suas vertentes. Para tanto, seria necessário que todos os servidores estivessem comprometidos com ela, e não somente os atores sociais incumbidos da atividade-fim do MP.

Novos paradigmas da Era do Conhecimento reclamam a criação e o desenvolvimento de uma atividade de inteligência institucional. A Inteligência Competitiva, enquanto processo social, especialmente o modelo de “inteligência empresarial estratégica”, contribuiria, cremos, para a construção de um novo patamar de atuação estratégica no Ministério Público do consumidor.

CONCLUSÕES

Em face do exposto, apresentamos as seguintes propostas:

1. É necessária a criação de um modelo de inteligência institucional estratégica no Ministério Público de Minas Gerais para ser adotado em todas as Promotorias de Justiça do Estado (que funcionarão como células de inteligência), de modo a auxiliar o Promotor de Justiça na tomada de decisão estratégica em sua área de atuação.

2. Considerando que a criação e o uso da inteligência é um processo social, é importante para alcançar os objetivos da Inteligência Institucional Estratégica o estabelecimento de uma cultura e ambiente institucionais que a sustente, capitalizando o conhecimento, a capacidade e o compromisso de todos os atores institucionais envolvidos no seu processo de implementação e funcionamento, como um de seus eixos fundamentais.

3. A implantação de uma Inteligência Institucional com planejamento, gestão e direção estratégicos no Ministério Público do Consumidor (e que também pode ser implantada em outras áreas de atuação), pode ter, inicialmente, os seguintes objetivos institucionais estratégicos:

a) conhecer as informações estratégicas advindas das demandas do mercado de consumo que pudessem auxiliar o Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor na tomada de decisão estratégica;

b) identificar os temas prioritários afetos à área do consumidor (com a ordenação dos padrões de necessidade) e conhecer as demandas dos consumidores para determiná-los;

c) visualizar o melhor momento para atuar (oportunidade) e a melhor forma e o melhor instrumento de atuação (à luz dos princípios da efetividade e celeridade);

d) criar uma rede estratégica de contatos e um canal de comunicação interativo, dinâmico e permanente entre as diversas Promotorias de Justiça de defesa do consumidor do Estado, contando também com a participação dos diversos Ministérios Públicos e órgãos públicos e privados que atuam na defesa do consumidor por todo o país, bem como de toda a sociedade;

e) possibilitar a racionalização da atividade do Promotor de Justiça de defesa do consumidor do Estado, evitando-se que várias demandas sejam ajuizadas e acordos realizados de forma diferente quando envolvesse um mesmo assunto, o que enfraquece a atuação ministerial, evitando-se, assim, de correr o risco de serem prolatadas decisões e disposições conflitantes contra um mesmo fornecedor ou segmento do mercado de consumo (fato que também ensejaria um desequilíbrio concorrencial);

f) fazer surgir uma política institucional dentro do Ministério Público que prestigie a atuação da atividade de inteligência nos demais órgãos de execução;

g) identificar internamente as reais necessidades materiais e humanas que revelem obstáculo à atuação e gestão do Ministério Público do consumidor;

h) criar um sistema de acompanhamento estadual das ações criminais e civis propostas, dos inquéritos civis instaurados e processos administrativos por parte das promotorias e demais órgãos legitimados (associações civis e procons);

i) identificar e criar parcerias estratégicas para o Ministério Público do Consumidor com instituições públicas e privadas que pudessem interagir na defesa do consumidor, visando a celebração de convênios de cooperação mútua (como universidades, escolas, órgãos técnicos de perícia, corpo de bombeiros, vigilância sanitária etc.);

j) criar indicadores de desempenho destinados a medir os resultados para aferir a rapidez e agilidade na resolução das demandas consumeristas, em atendimento ao Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa;

l) promover a integração efetiva de todas as Promotorias de Justiça com áreas de interface, eis que a informação estratégica mais essencial pode estar fragmentada ou inteiramente localizada fora da área consumerista;

m) diminuir o tempo de resposta de atuação das demandas dos consumidores;

n) desenvolver um método adequado de contrainteligência para a segurança orgânica (proteção de dados, informações e conhecimentos gerados), por meio da segurança do pessoal, dos documentos, dos materiais e das instalações do Ministério Público do Consumidor;

o) auxiliar na elaboração estratégica do Plano Geral de Atuação do Ministério Público.

p) auxiliar o Promotor de Justiça na gestão administrativa da rotina da Promotoria de Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições Setenta, 2007.
- 2 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- 3 BURKE, Peter. *Uma história social do conhecimento*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- 4 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- 5 CEPIK, Marco Aurélio. *Espionagem e democracia*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 2003.
- 6 CHOO, Chun Wei. *A organização do conhecimento: como as organizações usam a informação para criar significado, construir conhecimento e tomar decisões*. Trad. Eliana Rocha. São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2003.
- 7 ECO, Humberto.. *Como se faz uma tese*. Trad. Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- 8 FLEURY, Maria Tereza Leme; OLIVEIRA JR., Moacir de Miranda. *Gestão estratégica do conhecimento*. São Paulo: Atlas, 2001.
- 9 FONSECA, Vitor. *Aprender a aprender: a educabilidade cognitiva*. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- 10 FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano: uma breve história do século XXI*. Trad. Cristiana Serra e S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.
- 11 FULD, Leonard M. *Inteligência competitiva*. Rio de Janeiro: Campus, 2007.
- 12 GATES, Bill. *A estrada do futuro*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- 13 GONÇALVES, Hortência de Abreu. *Manual de monografia, dissertação e tese*. São Paulo: Avercamp, 2004.
- 14 HARVARD BUSINESS REVIEW. *Gestão do conhecimento: on knowledge management*. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- 15 HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- 16 JÚNIOR, Onofre Alves Batista. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- 17 JÚNIOR, Walter Félix Cardoso. *Inteligência empresarial estratégica*. Tubarão: Editora Unisul, 2005.
- _____. *A inteligência competitiva aplicada nas organizações do conhecimento como modelo de inteligência empresarial estratégica para implementação e gestão de novos negócios*. Florianópolis, 2003, Tese (Engenharia de Produção). Universidade Federal de Santa Catarina.
- 18 KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.
- 19 LAVILLE, Christian; DIONNE, Jean. *A construção do saber*. São Paulo: Artmed, 2007.

- 20 LOBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 37, p. 59, mar. 2001.
- 21 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- 22 MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Metodologia do trabalho científico*. São Paulo: Atlas, 2006.
- 23 McGEE, James, PRUSAK, Laurence. *Gerenciamento estratégico da informação*. Rio de Janeiro: Campus, 1994.
- 24 MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 43, p. 111-132, set. 2002.
- 25 PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, prática e práxis*. Niterói: Impetus, 2005.
- 26 PACHECO, Denilson Feitoza. Atividades de inteligência no Ministério Público. In: CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – MINISTÉRIO PÚBLICO E JUSTIÇA SOCIAL, 16., 2005, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público / Associação Mineira do Ministério Público, 2006. p. 631-649.
- 27 PRESCOTT, John E; MILLER, Stephen H. *Inteligência competitiva na prática*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- 28 REZENDE, Denis Alcides. *Sistemas de informações organizacionais*. São Paulo: Atlas, 2005.
- 29 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- 30 STEWART, Thomas. *A riqueza do conhecimento: o capital intelectual e a organização do século XXI*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- 31 TARAPANOFF, Kira. *Inteligência organizacional e competitiva*. Brasília: Editora Unb, 2001.
- 32 TERRA, José Cláudio Cyrineu. *Gestão do conhecimento e e-learning na prática*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.
- 33 TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*: Trad. João Távora. Rio de Janeiro: Record, 2005.

APROVADA POR UNANIMIDADE

O princípio da juridicidade administrativa na proteção administrativa do consumidor: um novo paradigma

Marcos Tofani Baer Bahia

Procurador de Justiça

RESUMO: Ao estabelecer a promoção da defesa do consumidor como direito fundamental, a nova ordem impôs ao legislador ordinário a criação de um conjunto de normas capazes de propiciá-la. Com o advento do CDC e dado o caráter principiológico de suas disposições, prestigiou-se a previsão de uma série de princípios informadores do microsistema consumerista, de modo a atender às relações jurídicas que exigiam tratamento peculiar, caracterizada pelo dinamismo e complexidade modernas. Com a constitucionalização dos princípios, a concepção de legalidade cedeu lugar à noção de juridicidade, segundo a qual a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita e passando a compreender não só regras, mas sobretudo princípios. Dentro dessa nova realidade, constatamos que o princípio da legalidade administrativa não condiz mais com a proteção administrativa do consumidor, cedendo lugar ao princípio da juridicidade administrativa, de abrangência e espectro muito maiores, a possibilitar à autoridade administrativa prescindir de norma literal para imputar uma prática infrativa desconforme com todo o sistema protetivo consumerista.

PALAVRAS-CHAVE: Código de defesa do consumidor - Lei principiológica - Proteção administrativa do consumidor - Princípio da juridicidade administrativa.

Abstract: To establish the promotion of consumer protection as a fundamental right, the new order imposed on the ordinary legislator the creation of a set of rules capable of providing. With the advent of the Code of consumer protection, and because of character principology of its provisions, honored to forecast a series of displays of the micro consumerist principles in order to meet the legal relationship requiring peculiar treatment, characterized by dynamism and complexity of modern. With the constitutionalization of the principles, the concept of legality gave way to the notion of Law, according to which state action must be in harmony with the law away from the notion of strict

legality and starting to understand not only rules, but rather principles. Within this new reality, we find that the principle of administrative legality does not agree more with the administrative protection of consumers, giving rise to the administrative legal principle of much larger scope and spectrum, to enable the administrative authority to dispense with literal to impute a standard practice infrativa inconsistent with any protective consumerist system. Keywords: Code of consumer protection. Law principology. Administrative protection of consumers. Principle of administrative juridical.

KEYWORDS: Code of consumer protection. Law principology. Administrative protection of consumers. Principle of administrative juridical.

O problema nuclear trazido ao exame deste trabalho assenta-se na seguinte questão: no exercício da proteção administrativa do consumidor, pode o Procon fazer somente o que a lei expressamente autoriza (princípio da legalidade estrita administrativa) ou pode, com maior amplitude, fazer o que o ordenamento jurídico permite (princípio da juridicidade administrativa)?

Hodiernamente, não encontra guarida o vetusto e ultrapassado *princípio da legalidade administrativa*, que, diante da crise da lei formal e em razão do crescente surgimento de diplomas legislativos (especialmente os denominados microssistemas, que contêm não só regras, mas principalmente princípios), é substituído atualmente pelo *princípio da juridicidade administrativa*, de espectro e alcance muito mais amplos.

É sob um novo paradigma que surge o *princípio da juridicidade administrativa*, uma evolução da interpretação do Direito Administrativo, nascido que foi para suplantar o *princípio da legalidade* e dar maior amplitude e efetividade à manifestação dos atos administrativos e sua interpretação, em estrita afinação, a propósito, com o que comanda a própria *Lei federal n. 9.784/99*, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, ao dispor no inciso I, do parágrafo único do art. 2º, “que nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação conforme a lei e o Direito.”

Precisas são as lições de EMERSON GARCIA.¹⁴⁵

“Ao atingirem o ápice da pirâmide normativa, foi inevitável a constatação de que o princípio da legalidade deixou de ser o único elemento de legitimação e limitação da atividade estatal, isto porque dele não mais defluíam a totalidade das regras e princípios que a norteavam; pelo contrário, passaram a coexistir lado a lado. Com a

¹⁴⁵ GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4283>> Acesso em 13/04/2013.

constitucionalização dos princípios, a concepção de legalidade cedeu lugar à noção de juridicidade, segundo a qual a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita - com contornos superpostos à regra - passando a compreender regras e princípios.

Essa evolução dogmática está estritamente vinculada à própria concepção de Estado de Direito, o qual, segundo Canotilho, ‘visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a medida do direito’, acrescentando que ‘o direito compreende-se como um meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece regras e medidas, prescreve formas e procedimentos e cria instituições’. O princípio da legalidade passou a ser visto como integrante de um princípio maior: o princípio da juridicidade. Com isto, consagra-se a inevitável tendência de substituição do princípio da legalidade pelo princípio da constitucionalidade, do direito por regras pelo direito por princípios.”

Como cediço, os princípios ocupam papel de verdadeiro destaque no ordenamento jurídico. “Os princípios são também normas jurídicas, mas de natureza logicamente anterior e superior às não principiológicas, as quais, por isso, lhe são subordinadas”.¹⁴⁶

A diferença qualitativa entre princípios e regras é analisada por CANOTILHO:¹⁴⁷

“As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoantes os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem, proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: applicable in all-or-nothing fashion); a convivência dos princípios é conflitual (...), a convivência das regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. (...).

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia uma

¹⁴⁶ PINTO, Robson. *Hipossuficientes: assistência jurídica na Constituição*. São Paulo: LTr, 1997, p. 13.

¹⁴⁷ CANOTILHO J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1144-1145.

‘sistema de segurança’, mas não haveria qualquer espaço livre para complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (...)”.

Para Canotilho, o modelo ideal é constituído por princípios e regras. A existência somente de princípios redundaria em insegurança jurídica, diante da indeterminação, da inexistência de regras precisas, da coexistência de princípios antagônicos e da “dependência do possível fáctico e jurídico”. Já a existência apenas de regras levaria a um sistema jurídico de “limitada racionalidade prática”. Exigiria uma legislação exaustiva e completa - o que é denominado como legalismo -, “fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas”, desprovida do balanceamento de valores e interesses, propiciando um “sistema de segurança”, todavia sem qualquer possibilidade de complementação e desenvolvimento de um sistema aberto. Não seria possível, por outro lado, em um sistema exclusivo de regras, “dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta”.¹⁴⁸

Todo sistema jurídico exige regras jurídicas, todavia também necessita de princípios, ou valores, como liberdade, dignidade, democracia, Estado de direito. São, no dizer de Canotilho, “exigências de optimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. Os princípios são os fundamentos das regras e “têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional”, tendo, assim, uma função normogenética e uma função sistêmica.¹⁴⁹

Compreendido que princípios e regras são espécies de normas jurídicas e a principal diferença, verificaremos essas implicações na atuação administrativa do Procon Estadual de MG.

É em razão da técnica legislativa atual de elaboração de microssistemas - os quais também ajudaram a estabelecer a crise da lei formal, de abertura de normas jurídicas - que a vinculação estrita da atuação administrativa deve ser ampliada para acolher os princípios e interpretar os conceitos abertos e indeterminados para aplicá-los em sua esfera de atuação. Em casos tais, é correto afirmar

¹⁴⁸ Idem, p. 1.162.

¹⁴⁹ Idem, p. 1.163.

que o pensamento jurídico contemporâneo, impulsionado pelo neoconstitucionalismo, transferiu para a Administração, também, uma parte de sua liberdade de conformação legislativa.¹⁵⁰

A evolução do princípio da legalidade é bem descrita por GUSTAVO BINENBOJM, que primeiramente o identifica como surgido de uma analogia entre o ato administrativo e a sentença judicial, em que o ato administrativo seria uma particularização dos mandamentos genéricos e abstratos da lei. Por ser tal definição distante da realidade, e considerando o poder político que é dado à Administração Pública e não ao Poder Judiciário, evoluiu a legalidade administrativa para uma veiculação negativa à lei, donde surgiu a noção de discricionariedade administrativa, garantindo a ação administrativa nos espaços não limitados pela lei.¹⁵¹

Discorrendo sobre “a crise da lei: da legalidade como vinculação positiva à lei ao princípio da juridicidade administrativa”, leciona BINENBOJM:¹⁵²

“(...) a Constituição, enquanto sistema de princípios (expressão deontológica de valores), ganha destaque como norma jurídica, irradiando seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, que apenas poderá ser compreendido a partir da própria normativa constitucional, passando a falar numa constitucionalização do direito (...)

A superioridade formal e a ascendência axiológica da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico produzem uma importantíssima modificação no direito administrativo: a lei é substituída pela Constituição como a principal fonte desta disciplina jurídica (...).

Com efeito, a Constituição se presta (i) não só como norma direta e imediatamente habilitadora de competências administrativas, como também (ii) serve de critério imediato de decisão administrativa. A Constituição, porém, não só é fonte direta de habilitação de competências administrativas, funcionando também como critério imediato da tomada de decisões pelo administrador. Neste aspecto, evidencia-se a constitucionalização do direito administrativo, numa

¹⁵⁰ Barroso registra as três grandes transformações operados pelo neoconstitucionalismo: “ Sob o impulso do novo constitucionalismo, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional no mundo romano-germânico: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: Teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional e contemporânea*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009, p. 314.

¹⁵¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2º edição, 2008, p. 129.

¹⁵² Ibidem, p. 129-130.

clara limitação dos espaços discricionários da Administração Pública, que se devem pautar não apenas pela finalidade legal, como também pelos fins constitucionais.

(...)

O administrador público, por seu turno, é valorizado, pois se torna o aplicador direto da Constituição e não apenas da lei, como tradicionalmente concebido. Assim, por exemplo, diante de uma determinada tomada de decisão discricionária, deverá ter preferência a alternativa que melhor atenda aos princípios da moralidade ou da eficiência (art. 37, caput), podendo ainda ser necessário que tais princípios sejam ponderados, o que esvazia significativamente o espaço de conveniência e oportunidade administrativas.

(...) É neste contexto que ganham significativo destaque os direitos fundamentais, que pautarão a administração pública, existindo ou não lei. Diante do elevado papel dos direitos fundamentais e de sua irradiação no direito administrativo, Paulo Otero enumera quatro ilações, cuja transcrição é bastante pertinente:

(1) Na falta ou ausência de lei, os órgãos administrativos encontram-se adstritos a implementar e aplicar tais normas no exercício da respectiva actividade;

(2) Mesmo existindo lei, as normas constitucionais em causa surgem como critério orientador imediato da interpretação, integração e aplicação de todos os actos infraconstitucionais por parte da Administração Pública, especialmente no âmbito do exercício de poderes discricionários, concretização de conceitos indeterminados ou preenchimento de cláusulas gerais;

(...)

Em uma palavra: a atuação administrativa só será válida, legítima e justificável quando condizente, muito além da simples legalidade, com o sistema de princípios e regras delineado na Constituição, de maneira geral, e como os direitos fundamentais, em particular.”

Lecionando a legalidade administrativa e os sentidos da vinculação da Administração à juridicidade”, o mesmo doutrinador registra de forma lapidar:¹⁵³

“Por seu distanciamento olímpico da realidade, tal conceito não tardou a cair em desuso. Com efeito, se mesmo em relação à decisão judicial a idéia da vinculação total e mecânica à lei soa hoje como fantasiosa ou cerebina, no que toca aos atos administrativos, por ainda maior razão, sua invocação sem ressalvas é simplesmente equivocada. É que a noção de legalidade administrativa (entendida como vinculação à lei formal) não apenas é inapta a alcançar performativamente toda a atividade da Administração, como, mais que isso, não deve pretender alcançá-la.”

Decerto que constitucionalização do Direito, acompanhada da força normativa da constituição, permitem e impulsionam o administrador a tornar efetivas as normas constitucionais em sua maior dimensão possível. Vê-se, portanto, uma mutação do princípio da legalidade administrativa no Direito Administrativo pátrio, que passou a se constituir num princípio de juridicidade ou de constitucionalidade: a Administração deixa de ser vinculada exclusiva e necessariamente à existência prévia de lei, e passa a se pautar no direito como um todo, e, em especial na Constituição.

A vinculação dos atos administrativos não se faz mais com relação exclusivamente à lei, mas à Constituição e demais normas do ordenamento, gerando, outrossim, um novo parâmetro de vinculação do administrador.

Por isso, o administrador não só tem o poder, mas o dever de agir, ainda que não exista lei prévia a regular sua conduta, de modo a promover os objetivos fundamentais da República ou outro valor constitucional, ou tornar real uma disposição constitucional.

Pelo princípio da juridicidade administrativa, portanto, está assente a ideia de que a vinculação negativa à lei por parte da Administração não tem mais o sentido de obediência à legalidade estrita, mas se subordina a todo o ordenamento jurídico.

E concluiu o reportado administrativista:¹⁵⁴

“(…)pelas razões já estudadas acima, atinentes à crise da lei formal, assim como em virtude da emergência do neoconstitucionalismo, não mais se pode pretender explicar as relações da Administração Pública o ordenamento jurídico à base de uma estrita vinculação positiva à lei.

¹⁵³ Ibidem, p. 137.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 140-143.

Com efeito, a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a uma esquema único, nem se reduz a um tipo específico de norma jurídica – a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma unidade (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em diferentes graus e distintos tipos de normas, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional.

A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que a aludia Hauriou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de princípio da juridicidade administrativa. Foi essa a influência que determinou a inserção, no art. 20, §3º, da Lei Fundamental de Bonn, da vinculação do Poder Executivo e dos Tribunais à lei e ao direito (...). Tal idéia, de vinculação ao direito não plasmado na lei, marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas.

Assim, com a crise da lei formal, a Constituição – seu complexo sistema de princípios e regras – passa a ser o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.

Tal postura científica assenta na superação do dogma da imprescindibilidade da lei para mediar a relação entre a Constituição e a Administração Pública. Com efeito, em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais – especialmente as instituidoras de princípios e definidoras de direitos fundamentais – depender sempre da lei para vincular o administrador, tem-se hoje a Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo. Como afirma Canotilho, ‘a reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição’.

Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do direito administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores. A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem. (...).

A idéia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora.

Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e estruturante do Estado democrático de direito. A filtragem constitucional do direito administrativo dar-se-á, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional.

A idéia de juridicidade administrativa traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição. A juridicidade administrativa poderá, portanto: (I) decorrer diretamente da normativa constitucional; (II) assumir a feição de uma vinculação estrita à lei (formal ou material); ou (III) abrir-se à disciplina regulamentar (presidencial ou setorial), autônoma ou de execução, conforme os espaços normativos (e sua peculiar disciplina) estabelecidos constitucionalmente. Cumpre, pois, estudá-los de forma sistemática, dentro da realidade constitucional brasileira.”

Em decorrência desse contexto evolutivo do Direito que a Administração Pública não pode ficar alheia, agora sob novos paradigmas e postulados, sob pena de se tornar utópico, estático e desconforme à Constituição o Princípio da Eficiência Administrativa, que guarda relação estreita relação com o dever do Procon Estadual de promover a proteção administrativa do consumidor, enquanto mandamento constitucional (CF, art. 5º, inc. XXXII e 170, V).

Assume, pois, especial importância, em tempos atuais do estágio da ciência jurídica, o Princípio da Juridicidade Administrativa.

Nesse passo, todos os princípios e normas regentes do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8078/90, art. 4º, *caput*, 6º, inc. III e 31) e da Constituição (CF, art. 5º, XIV e 37, *caput*) deverão permear, integrar, aperfeiçoar e concretizarem-se na situação fática a ser solucionada, para aperfeiçoar e adequar a tutela do consumidor.

É preciso salientar, ainda, que a interpretação de todo esse plexo de princípios e regras incidentes na hipótese concreta por parte da autoridade administrativa não produzirá uma norma,

quando muito definirá o sentido e alcance de um direito preexistente no ordenamento jurídico, mesmo que decorra somente de uma norma-princípio.

E as leis positivas, notadamente os microssistemas, na medida em que são formuladas em termos gerais, principiológicos, em linguagem clara e precisa, porém amplas, sem minúcias, torna necessária a intervenção do intérprete no processo de aplicação da norma jurídica, para que, com fundamento nos pressupostos fornecidos pela hermenêutica e da pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, extraia o sentido apropriado da norma para a vida real, conducente a uma decisão correta, justa e que melhor atenda ao direito fundamental de promoção da defesa do consumidor.

Em abono, LÚCIO DELFINO ensina:¹⁵⁵

“Não possuem os Códigos, atualmente, a importância que detiveram outrora. No mundo instável, inseguro e volúvel de hoje, a resposta normativa não pode ser a transposição para um Código das fórmulas conceituais habilmente elaboradas no século passado. Como forma de solucionar os problemas advindos desta novel realidade, surgiram os chamados microssistemas, verdadeiros ‘universos legislativos’ de menor porte, com sua própria filosofia, enraizados em solo irrigado com águas tratadas por outros critérios, influxos e métodos distintos.”

Nesse cenário, podem os órgãos públicos promover a defesa administrativa do consumidor, atuando na concretização e densificação dos princípios constitucionais e consumeristas, através da prática de atos concretos destinados à sua proteção, sob a perspectiva do princípio da juridicidade administrativa e da eficiência administrativa, que ganham outra dimensão com a teoria dos direitos fundamentais e com o neoconstitucionalismo .

Implica dizer, com isso, que toda atividade administrativa deve ser pautada a partir do que emana a Constituição, com ênfase nos direitos fundamentais e no regime democrático, por serem tais o cerne de todo o ordenamento jurídico. A juridicidade, por ir além da legalidade, vincula a atividade estatal ao conjunto de princípios e regras, valorizando a realização dos direitos do homem sobre a mera aplicação de uma lei casuisticamente prevista.

¹⁵⁵ DELFINO, Lúcio. *Reflexões acerca do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor*. Revista de direito do consumidor, v. 48, p. 166, dez. 2003.

Diante desse contexto, a proteção administrativa do consumidor, consagrada pela Lei federal n. 8.078/90, não poderia ficar refratária às exigências de mutação e dinamicidade em que ocorrem as práticas infrativas na vida moderna, extremamente complexa, ágil e dinâmica. Assume, pois, especial relevo, no exercício da proteção administrativa do consumidor, o Princípio da Juridicidade Administrativa.

Conclusões:

1. Consoante a doutrina hodierna que reconhece e consagra o *princípio da juridicidade administrativa*, é permitido concluir, com segurança, que a imputação da prática infrativa consumerista pelo Procon Estadual, em sede administrativa, prescinde da precedência de norma (regra) literal específica ou casuística, tendo em vista que o diploma consumerista, a exemplo de outros microssistemas legislativos, possui uma arquitetura normativa de cunho predominantemente abertas (princípio, cláusulas abertas e standat - portanto, mais dinâmico e flexível), reverenciando o próprio Texto Constitucional, a teoria dos direitos fundamentais e abrindo espaço para uma construção jurídica permanente, numa era marcada pela complexidade e velocidade dos fenômenos jurídicos e sociais, com sérios problemas de efetivação dos direitos fundamentais, com os quais a Administração Pública não pode ignorar ou desconhecer, sob pena de desatendimento do princípio da eficiência administrativa.
2. A precedência de norma literal, de forma casuística, não se coaduna mais com os novos diplomas legislativos, notadamente o consumerista. Por sua linguagem intencionalmente aberta e fluida, caracteriza-se pela ampla extensão do seu campo semântico e multidisciplinaridade de suas normas, as quais são dirigidas não somente à autoridade judicante da magistratura, como também à administrativa.

APROVADA POR UNANIMIDADE

A compensação da reserva legal e o Novo Código Florestal

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Antônio Sérgio Rocha de Paula, Ana Paula Mendes Rodrigues, Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes, Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, Gisela Potério Santos Saldanha, Iraídes de Oliveira Marques Caillaux, Jacson Rafael Campomizzi, Luiz Carlos Teles de Castro, Marcos Tofani Baer Bahia, Mário César Motta, Mônica Aparecida Bezerra Cavalcanti Fiorentino, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rômulo de Carvalho Ferraz

Tese apresentada por: Antônio Sérgio Rocha de Paula

1 Fundamentação

A promulgação do Novo Código Florestal – Lei n.º 12.621, de 25 de maio de 2012 – tem despertado controvérsias.

O inciso IV do § 5º do art. 66 da norma citada admite a compensação da Reserva Legal por outra área desde que localizada no mesmo bioma.

A norma em comento merece ser interpretada com os olhos voltados para a Constituição Federal, sob pena de se desvirtuar importância instituto de defesa ambiental.

Isso porque a reserva legal constitui a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural necessária ao uso econômico, de modo sustentável, dos recursos naturais, à conservação e à reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e da flora nativas (art. 3º, III, do Novo Código Florestal).

Assim, segundo essa definição, a reserva legal visa à conservação dos atributos biogeográficos – elementos da fauna e da flora – da região na qual a propriedade rural se encontra. Não foi sem razão, portanto, que o legislador empregou o vocábulo “nativas” para se referir à fauna e à flora amparadas pela reserva legal.

O Código Florestal revogado admitia a compensação da reserva legal por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertencesse ao mesmo ecossistema e estivesse localizada na mesma microbacia (art. 44, III, da Lei n.º 4.771/65).

Na impossibilidade de compensação dentro da mesma microbacia, o § 4º do aludido art. 44 do revogado Código Florestal previa a compensação com área situada na mesma bacia hidrográfica e no mesmo Estado; porém, deveria o órgão ambiental estadual competente aplicar o critério de “maior proximidade possível entre a propriedade desprovida de reserva legal e a área escolhida para compensação”, atendido, quando houvesse, o Plano de Bacia Hidrográfica e respeitadas as demais condicionantes estabelecidas no inciso III do artigo em comento – a equivalência em importância ecológica e em extensão.

Walter de Paula Lima e Maria José Brito Zakia ensinam que, do ponto de vista hidrológico, as bacias hidrográficas são classificadas em grandes e pequenas não com base em sua superfície total, mas nos efeitos de certos fatores dominantes na geração do deflúvio. Propõem, então, o seguinte conceito para microbacia:

Define-se "microbacia" como sendo aquela cuja área é tão pequena que a sensibilidade a chuvas de alta intensidade e às diferenças de uso do solo não seja suprimida pelas características da rede de drenagem.¹⁵⁶

Sempre que se fala em microbacia, a referência é um córrego ou um ribeirão, e nunca um rio. Para o rio, a referência é bacia.

Havia, pois, uma escala a ser seguida pela regra excepcional. Podia-se compensar a área de reserva legal: a) na mesma microbacia; b) na impossibilidade, na mesma bacia do mesmo Estado da Federação.

A Lei Estadual n.º 14.309/2002 flexibilizou o instituto da compensação ampliando a exceção para autorizar a aquisição de gleba não contígua, na mesma bacia hidrográfica, o que significa dizer que a inexistência de reserva legal em um Estado podia ser compensada com área localizada até mesmo em outro Estado da Federação, desde que integrante da mesma bacia.

¹⁵⁶ PAULA LIMA, Walter de; ZAKIA, Maria José Brito. *Hidrologia de matas ciliares*. Disponível no site do Instituto de Pesquisas e Estados Florestais <http://www.ipef.br/hidrologia/mataciliar.asp>

Como já dito, esse Tribunal de Justiça declarou a inconstitucionalidade da referida norma – ADIn n.º 1.0000.07.456706-6/000, Rel. p/ac. Des. Herculano Rodrigues, j. 27.08.2008 – deixando expresso que a compensação “somente é possível se se der por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia”.

Na época, causou espécie aos eminentes Desembargadores membros do Órgão Especial – então Corte Superior – a possibilidade de se compensar a reserva legal com outra área situada na mesma bacia sem equivalência ecológica, inclusive, em outro Estado da Federação.

O Novo Código Florestal foi além da lei mineira. O que era exceção virou regra. O tema foi tratado com desmedida benevolência, porquanto se permitiu a compensação da reserva legal em outra área equivalente com vegetação nativa estabelecida, em regeneração ou recomposição, localizada no mesmo bioma (art. 66, § 5º, IV), inclusive, fora do Estado, desde que identificada como prioritária pela União ou pelos Estados (cf. inciso III do § 6º do aludido).

Isso significa dizer que o desmatamento do cerrado em Minas Gerais poderá ser compensado nos Estados do Maranhão, Piauí, Bahia, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, São Paulo e Rio Grande do Sul, os quais também são compostos pelo cerrado. Em resumo: a devastação de um Estado poderá ser compensada em outro.

Conquanto situadas no mesmo bioma, ausente a equivalência ecológica entre as áreas – identidade entre o clima, a vegetação e o ecossistema – a compensação não se presta a preservar espécies da região desmatada.

O instituto da reserva legal perdeu, pois, sua finalidade de proteção da fauna e da flora, de conservação da biodiversidade, de reabilitação dos processos ecológicos, enfim, de viabilização do uso sustentável dos recursos naturais. A ideia ínsita à reserva legal – preservação de uma parte do bioma original em cada propriedade rural para manter o equilíbrio ecológico – cai por terra.

Na ação direta de inconstitucionalidade n.º 4.901 ajuizada pelo Procurador-Geral da República para impugnar o referido dispositivo, anexou-se estudo da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e da Academia Brasileira de Ciências apontando a impropriedade técnica dessa compensação no mesmo bioma em razão dos significativos prejuízos ambientais. Vale transcrever o seguinte excerto do citado documento:

Nos biomas com índices maiores de antropização, como o Cerrado, a Caatinga e algumas áreas altamente fragmentadas como a Mata Atlântica e partes da Amazônia, os remanescentes de vegetação nativa, mesmo que pequenos, têm importante papel na conservação da biodiversidade e na diminuição do isolamento dos poucos fragmentos da paisagem.

Tais remanescentes funcionam como trampolins ecológicos no deslocamento e na dispersão das espécies pela paisagem.

Essas características exigem que eventuais compensações sejam feitas na própria microbacia ou na bacia hidrográfica. As características fitoecológicas da área a ser compensada - e não o bioma como um todo, devido à alta heterogeneidade de formações vegetais dentro de cada bioma - devem ser a referência para a compensação. (p. 13)

[...]

Conforme a proposta apresentada no substitutivo, um proprietário do interior de São Paulo que deveria conservar uma RL de floresta Estacional Semidecídua pode compensar a destruição irregular desta RL comprando uma área de floresta Ombrófila Densa da Serra do Mar, ou mesmo de uma área de floresta em Pernambuco.

Nos dois exemplos, as florestas não são equivalentes, pois estão situadas em condições ambientais e climáticas muito distintas, com vegetações e ecossistemas bastante diferentes e que não se equivalem.

Esse novo dispositivo legal ignora que as florestas e demais formações vegetacionais brasileiras são heterogêneas, resultado de complexos processos biogeográficos, sendo esta, justamente, a razão para que essas áreas sejam reconhecidas internacionalmente pela sua alta biodiversidade.

A maioria das espécies tem distribuição geográfica limitada dentro de cada bioma, seja em centros de endemismos ou zonas biogeográficas, seja em diferentes fisionomias. Áreas de compensação não adjacentes ou em diferentes regiões fitoecológicas não se prestam a conservar espécies da região perdida.

[...]

As compensações deveriam ser realizadas somente em áreas ecologicamente equivalentes, considerando não apenas as regiões de endemismo, mas também as diferenças de composição de espécies e estrutura dos ecossistemas que ocorrem dentro das subdivisões de cada grande bioma brasileiro.

Mesmo assim, é importante notar que qualquer compensação de perda da RL em uma região realizada em outra área não repõe os serviços ecossistêmicos que a RL perdida prestava na sua área original, nem impede a degradação ambiental progressiva que tal perda provoca.

Não há dúvida de que a aquisição de uma área no mesmo bioma sem equivalência ecológica é insuficiente como mecanismo de compensação. Daí a inconstitucionalidade do referido dispositivo.

A Constituição da República, influenciada pelo revogado Código Florestal, além de fazer constar do conceito de função social da propriedade a proteção do meio ambiente (art. 186, II), erigiu o estabelecimento de espaços territoriais especialmente protegidos – nos quais se incluem a reserva legal e as áreas de preservação permanente – à categoria de dever fundamental do poder público para garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, § 1º, III).

A constitucionalização desses espaços territoriais trouxe consequências vinculantes ao sistema jurídico, inclusive com restrições dirigidas ao legislador, porquanto, para assegurar a efetividade desse direito, o art. 225, § 1º, da CF – em seus incisos – prevê como atribuição do poder público: a) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas (inciso I); b) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País (inciso II); c) definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (inciso III); d) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade (inciso VII).

Além do dever geral de não degradação ambiental consagrado na Constituição da República, a criação desses espaços territoriais especialmente protegidos decorre do dever de preservar e de restaurar os processos ecológicos essenciais – a diversidade e a integridade do patrimônio genético, a fauna e a flora –, cujo cumprimento atinge as três esferas de poder: o Executivo deverá observá-lo em seus atos administrativos – especialmente no licenciamento; o Judiciário não poderá chancelar a utilização predatória dos espaços protegidos, zelando pela função ambiental dessas áreas, e ao Legislativo, na elaboração da legislação infraconstitucional, caberá atender o referido preceito.

A compensação de reserva legal em outra área no mesmo bioma sem equivalência ecológica, além de afrontar os deveres de não degradação (art. 225 da CF) e de reparação do dano ambiental (art. 225, § 3º), viola os seguintes deveres fundamentais explicitados nos seguintes incisos do § 1º do aludido art. 225 da Constituição da República: a) a vedação de que espaços territoriais especialmente protegidos sejam utilizados de forma a comprometer os atributos que justificam sua proteção (inciso III); b) o dever de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais (inciso I); c) o dever de proteger a diversidade e a integridade do patrimônio genético (inciso II); d) o dever de proteger a fauna e a flora, com proibição de práticas que coloquem em risco sua função ecológica (inciso VII).

A ofensa a um dos objetivos fundamentais da República – redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF) – está também evidenciada.

É que a norma em comento agrava as desigualdades regionais do Estado, em razão do estímulo à monocultura nas áreas mais férteis. Explico.

Na hipótese, as grandes propriedades do triângulo mineiro e das demais regiões das bacias dos rios Paranaíba e Grande acorreram ao IEF para compensar área de reserva legal em regiões mais carentes do Estado, v.g., Norte de Minas, bacias dos rios Jequitinhonha e Pardo de Minas. Não porque tais proprietários pretendessem conservar o meio ambiente do Norte mineiro, mas sim porque existe enorme diferença entre os valores dos imóveis de uma e de outra região, sendo muito mais barato o valor do hectare na região norte.

No âmbito estadual, tal procedimento tem consequências desastrosas. As regiões ricas ficarão desprovidas de florestas. As regiões pobres – para onde inevitavelmente são destinadas as compensações – permanecerão com milhares e milhares de hectares insuscetíveis de exploração.

Ademais, a compensação em comento estimula as desigualdades regionais, porquanto condena as regiões menos férteis a não se desenvolverem, como bem alertou o Desembargador Wander Marotta, no substancioso voto proferido no citado julgamento da Adin n.º 1.0000.07.456706-6/000, j. 27.08.2008, verbis:

A partir do momento em que o Estado permite que a reserva legal seja averbada em outra região que não a devastada, o instituto perde a finalidade. Além de a Lei Estadual incentivar a que o meio ambiente de uma região seja completamente destruído, a autorização para que a reserva legal seja instituída em outra região pode vir a impedir o desenvolvimento econômico de região com terras menos férteis. Por exemplo: no triângulo mineiro, as terras são valiosas e produtivas. Os empresários podem adquirir as terras na região, já desenvolvida, e instituir, segundo a lei estadual, áreas de reserva no Norte de Minas, região menos desenvolvida economicamente e que terá o seu próprio desenvolvimento econômico prejudicado caso todos os proprietários de terras no Triângulo resolvam averbar, ali, área de reserva legal. É um terrível e perverso reflexo da lei questionada. Mais uma vez, contrariando tudo o que se sabe de economicidade, as regiões mais pobres do Estado serão prejudicadas.

A norma em tela, ao estabelecer um padrão de proteção ambiental manifestamente inferior ao anteriormente existente, viola o princípio da vedação do retrocesso social, formulado da forma seguinte por Canotilho:

A liberdade de conformação política do legislador no âmbito das políticas ambientais tem menos folga no que respeita à reversibilidade político-jurídica da protecção ambiental, sendo vedado adoptar novas políticas que se traduzam em retrocesso retroactivo de posições jurídico-ambientais fortemente enraizadas na cultura dos povos e na consciência jurídica geral. (cf. voto proferido pelo Des. Wander Marotta na referida ADIn n.º 1.0000.07.456706-6/000) (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, p. 5).

Não há dúvida, portanto, de que a norma do Novo Código Florestal impugnada defende, antes do interesse ambiental, o interesse económico dos grandes proprietários e monocultores, abrindo caminho para que explorem integralmente suas propriedades, em detrimento da conservação do meio ambiente na sua região, transferindo áreas que não podem ser exploradas para regiões mais carentes de Minas Gerais ou para outros Estados da Federação, com hectares a preço muito menor.

Nesse ponto, relembre-se a lapidar lição do Ministro Celso de Mello no sentido de que, diante do conflito entre o interesse ambiental e o económico, o primeiro deverá prevalecer:

A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente económica, ainda mais se se tiver presente que a atividade económica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de carácter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. (ADI-MC n.º 3540/ DF, Relator: Min. Celso de Melo, j. 01.09.2005, grifo nosso)

No entanto, a hipótese autoriza interpretar-se a expressão “localizada no mesmo bioma”, contida no inciso IV do § 5º do art. 66 do Novo Código Florestal, conforme os citados dispositivos da Constituição da República, autorizando-se apenas a compensação entre áreas com identidade ecológica.

Registre-se que a inconstitucionalidade é afastada se possível a interpretação conforme a Constituição, a qual pode ser feita por parte de órgão fracionário do Tribunal sem ofender a Súmula Vinculante n.º 10 do STF “por não implicar em afastamento ou em declaração de

inconstitucionalidade dos artigos interpretados” (STJ – Ag. no REsp. n.º 1.261.003-RS, 5ª T.. Rel. Min. Jorge Mussi, DJ 29.09.2011).

Nesse sentido, no julgamento da Apelação Cível n.º 1.0702.12.002260-4/001, Rel. p/ac. Des. Afrânio Vilela, DJ 14.04.2014, apreciando hipótese semelhante, a 2ª Turma Cível desse Tribunal, por maioria, em decisão lapidar, além de não admitir a retroatividade do Novo Código Florestal, propôs a interpretação da mencionada expressão “localizada no mesmo bioma”, contida no inciso IV do § 5º do art. 66 do Novo Código Florestal, “para o fim de esclarecer que a compensação deve ser feita, dentro de áreas com identidade ecológica, ou seja, com mesma flora e fauna. Essa identidade é a essência da preservação da vida, naquela localidade. Apenas na absoluta impossibilidade de instituição no próprio imóvel, originário, é que poderá a reserva ser acostada a outro imóvel, com os característicos próprios da microbacia”.

No substancioso voto condutor do acórdão, o Desembargador Afrânio Vilela, depois de analisar os aspectos fáticos e jurídicos da questão e de ressaltar o importante papel do Poder Judiciário na defesa do meio ambiente, explicita, com inegável acerto, os seguintes requisitos para a compensação:

Ademais, importa observar aspecto fático quando se autorizar a compensação. Vejamos:

Dentro de um bioma pode haver vários microssistemas. Cada qual com suas peculiaridades. Assim, pode haver faixa de terras de cerrado, por exemplo, com sua vegetação específica, seus animais naturalmente adaptados, servindo à cadeia alimentar. Cada um dos elementos integrantes deste conjunto possui um propósito natural dentro daquele ambiente. As borboletas polinizam, os pássaros distribuem sementes, reflorestando. O sapo que vive na beira úmida come os insetos, é comido pelo réptil, que por sua vez é comido pelo felino ou pelo gavião, que podem estar no topo da cadeia alimentar. O equilíbrio está saudável.

Ocorre que devastada esta área e outra adquirida para sustentar a reserva legal, mister que haja estudo de efeitos ambientais para a identificação da fauna e da flora, sem esquecer dos recursos hídricos, posto que se o novo ambiente não propiciar a mesma possibilidade de vida, a sustentação ecológica e ambientam não estará atendida nos termos naturais e dentro dos preceitos constitucionais hoje edificadas.

Portanto, é importante que o órgão de controle governamental em seu laudo assim informe, e não que apenas esteja a área situada dentro do mesmo bioma. Há casos concretos trazidos aos Tribunais nos quais se busca compensar o desmatamento de área com grande arvores, terras de boa cultura e com capacidade manancial com áreas de serras, notadamente áridas, com vida específica e flora restrita, e condizente com aquele meio ambiente.

Equivale dizer: o sentido sócio ambiental não está sendo observado. A ética que se exige de todos os que exploram sustentavelmente o meio ambiente, em sentido lato, e especificamente, sua propriedade também não. E o prejuízo será sentido pela sociedade mais próxima, que poderá perder a cobertura vegetal e todos os benefícios que ela traz às pessoas e animais.

A explicação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, vista à f. 401, tem pertinência ecológica e ambiental, mas antes disso, é juridicamente perfeita segundo a ótica da legislação existente e o sentido supra legal das regras, inclusive naturais, de conservação desses bens, pois ao mencionar microbacia, a legislação busca garantir que a reserva legal compensatória seja instituída próxima do imóvel que originariamente deveria possuí-la. Por isso, deve debitar o equívoco à conta do IEF, quando autoriza a compensação sem explicitar se a conservação da fauna, da flora e dos recursos outros seriam idênticos ao do imóvel objeto da obrigação inicial e se atenderia ao intuito social da lei.

Da forma simplista como foi a observada nestes autos, pode-se compreender que o Estado autoriza que em uma dada região seja toda floresta devastada, desde que, mesmo a grande distância, outra área seja reservada. Com todo respeito ao conhecimento técnico da Administração, o desequilíbrio é a consequência.

O acórdão – no que interessa – tem a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CÍVEL PÚBLICA - AVERBAÇÃO DE REGISTRO DE AREA DE RESERVA LEGAL COMPENSATÓRIA - MICROBACIA DIVERSA - ATO IMPUGNADO REALIZADO NA VIGÊNCIA DA LEI 4.771/75 - NOVO CÓDIGO FLORESTAL (LEI 12.651/12) - IRRETROATIVIDADE - ARTIGO 462 DO CPC - INAPLICABILIDADE - ARTIGO 66, §6º, II, DA LEI 12.651/12 - COMPENSAÇÃO EM ÁREA LOCALIZADA NO MESMO BIOMA - DISPOSIÇÃO GENÉRICA – ESTUDO OBJETIVO E ESPECÍFICO - INEXISTÊNCIA – DESEQUILÍBRIO AMBIENTAL - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - SENTENÇA REFORMADA.

Por força do princípio da irretroatividade legal, o Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/12) não se aplica ao fato ocorrido sob o diploma revogado (Lei 4.771/75) e, por se tratar de direito superveniente, incabível invocar os ditames do artigo 462 do CPC para este fim.

O artigo 66, §6º, II, do novo Código ambiental ao estabelecer de forma genérica, que as áreas utilizadas para compensação devem estar localizadas no mesmo bioma da área de reserva legal, é norma que traduz nítido retrocesso, ante a potencialidade do desequilíbrio ecológico ambiental decorrente de sua observância.

2 Conclusão

O inciso IV do § 5º do art. 66 merece interpretação conforme a Constituição Federal, para que a expressão “localizada no mesmo bioma” seja interpretada de forma a autorizar-se apenas a compensação entre áreas de identidade ecológica.

APROVADA POR UNANIMIDADE

A inconstitucionalidade da “anistia florestal”

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Antônio Sérgio Rocha de Paula, Ana Paula Mendes Rodrigues, Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes, Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, Gisela Potério Santos Saldanha, Iraídes de Oliveira Marques Caillaux, Jacson Rafael Campomizzi, Luiz Carlos Teles de Castro, Marcos Tofani Baer Bahia, Mário César Motta, Mônica Aparecida Bezerra Cavalcanti Fiorentino, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rômulo de Carvalho Ferraz

Tese apresentada por: Antônio Sérgio Rocha de Paula

1 Fundamentação

A promulgação do Novo Código Florestal – Lei n.º 12.621, de 25 de maio de 2012 – tem despertado controvérsias.

O art. 67 da norma citada e o art. 40 da Lei Estadual n.º 20.922/2013 criaram uma espécie de “anistia” florestal que tem efeito devastador.

Os dispositivos referidos têm a seguinte redação:

Art. 67. Nos imóveis rurais que detinham, em 22 de julho de 2008, área de até 4 (quatro) módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores ao previsto no art. 12, a Reserva Legal será constituída com a área ocupada com a vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo.

Art. 40. Nos imóveis rurais que detinham, em 22 de julho de 2008, área de até quatro módulos fiscais e que possuam remanescente de vegetação nativa em percentuais inferiores a 20% (vinte por cento), a Reserva Legal será constituída com a área ocupada com a vegetação nativa existente àquela data, vedadas novas conversões para uso alternativo do solo.

A inconstitucionalidade das aludidas normas salta aos olhos e pode ser reconhecida **incidentalmente** nas ações judiciais como, aliás, ocorreu, em 23.11.2003 e em 11.08.2004, no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos históricos julgamentos dos Incidentes de Inconstitucionalidade n.ºs 401.472-0 e 406.926-8 dos §§ 1º e 2º do art. 84 do CPC, os quais, respectivamente, mantinham o foro privilegiado nos crimes comuns e nos de responsabilidade para os agentes após a cessação da função pública e instituíam o citado privilégio na ação por ato de improbidade.

O aludido Tribunal foi um dos primeiros do País a reconhecer a inconstitucionalidade das referidas normas antes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado da constitucionalidade.

In casu, a situação é semelhante, porquanto há três ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pela Procuradoria-Geral da República na referida Corte Constitucional – n.ºs 4.901, 4.902 e 4.903 – impugnando vários dispositivos do Novo Código Florestal.

O tamanho do módulo fiscal – unidade de medida agrária que representa a área mínima necessária para as propriedades rurais poderem ser consideradas economicamente viáveis – no Brasil varia de cinco a cento e dez hectares, dependendo do Município.

Os dispositivos citados preveem a constituição da reserva legal com o percentual de vegetação nativa existente em 22 de julho de 2008. A norma permite o registro de reservas legais em percentual inferior a 20% da área do imóvel. Por exemplo: se a propriedade tinha 0,01% de vegetação nativa em 22.06.2008, essa será a área da reserva legal. O que significa dizer que os desmates ilícitos foram consolidados.

No Brasil, 90% dos imóveis rurais têm área de até quatro módulos fiscais; assim, o impacto da aplicação do dispositivo em comento é devastador. Segundo estudo do Instituto de Pesquisa Econômica (IPEA), cerca de 29,6 milhões de hectares deixarão de ser recuperados, verbis:

Com base na área total dos imóveis rurais e aplicando os percentuais de reserva legal previstos no atual Código Florestal para cada tipo de vegetação, o Brasil deveria possuir uma área total de **258,2 milhões de hectares** de reserva legal.

Aplicando o índice de passivo obtido para cada município, foi estimado um passivo total de reserva legal de **159,3 milhões de ha** (61,7% da área total de reserva legal prevista na lei atual).

4.1. Cenário 1: Área de reserva legal que será isenta de ser recuperada

Neste primeiro cenário, considerou-se a hipótese de anistia dos passivos atuais existentes nas áreas de RL referentes aos imóveis rurais de até quatro módulos fiscais. Neste contexto, o passivo total estimado isento de ser recuperado é de **29,6 milhões de hectares (tabela 3)**, sendo que a maior parte deste passivo ocorreu na Amazônia e é de 18 milhões de ha (61%) (Figura 2). (grifo do original – cf. fl. 305 da ADin 4.902)

A desoneração do dever de restaurar essas áreas premia injustificadamente aqueles que realizaram desmatamentos ilegais.

Os prejuízos ambientais saltam aos olhos.

Em outro estudo, produzido pela Academia Brasileira de Ciência e pela Sociedade Brasileira para o Progresso Científico na época da discussão da lei no Congresso Nacional, os parlamentares foram alertados das consequências da redução das áreas de reserva legal e de preservação permanente nos termos seguintes:

Entre os impactos negativos da redução de APPs e de RL estão a extinção de espécies de muitos grupos de plantas e animais (vertebrados e invertebrados); o aumento de emissão de CO₂; a redução de serviços ecossistêmicos, tais como o controle de pragas, a polinização de plantas cultivadas ou selvagens e a proteção de recursos hídricos; a propagação de doenças (hantavírus e outras transmitidas por animais silvestres, como no caso do carrapato associado à capivara); intensificação de outras perturbações (incêndios, caça, extrativismo predatório, impacto de cães e gatos domésticos e ferais, efeitos de agroquímicos); o assoreamento de rios, reservatórios e portos, com claras implicações no abastecimento de água, energia e escoamento de produção em todo o país. (cf. fl. 15 da Adin n.º 4.902)

A reserva legal constitui a área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural necessária ao uso econômico, de modo sustentável, dos recursos naturais, à conservação e à reabilitação dos processos ecológicos, à conservação da biodiversidade e ao abrigo e proteção da fauna e da flora nativas (art. 3º, III, do Novo Código Florestal).

Assim, segundo essa definição, a reserva legal visa à conservação dos atributos biogeográficos – elementos da fauna e da flora – da região na qual a propriedade rural se encontra. Não foi sem razão, portanto, que o legislador empregou o vocábulo “nativas” para se referir à fauna e à flora amparadas pela reserva legal.

A Constituição da República, influenciada pelo revogado Código Florestal, além de fazer constar do conceito de função social da propriedade a proteção do meio ambiente (art. 186, II), erigiu o estabelecimento de espaços territoriais especialmente protegidos – nos quais se incluem a reserva legal e as áreas de preservação permanente – à categoria de dever fundamental do poder público para garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, § 1º, III).

A constitucionalização desses espaços territoriais trouxe consequências vinculantes ao sistema jurídico, inclusive com restrições dirigidas ao legislador, porquanto, para assegurar a efetividade desse direito, o art. 225, § 1º, da CF – em seus incisos – prevê como atribuição do poder público: a) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas (inciso I); b) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País (inciso II); c) definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção (inciso III).

Além do dever geral de não degradação ambiental consagrado na Constituição da República, a criação desses espaços territoriais especialmente protegidos decorre do dever de preservar e de restaurar os processos ecológicos essenciais – a diversidade e a integridade do patrimônio genético, a fauna e a flora –, cujo cumprimento atinge as três esferas de poder: o Executivo deverá observá-lo em seus atos administrativos – especialmente no licenciamento; o Judiciário não poderá chancelar a utilização predatória dos espaços protegidos, zelando pela função ambiental dessas áreas; o Legislativo deverá atender o referido preceito na elaboração da legislação infraconstitucional.

Em caso de dano ao meio ambiente, a Carta consagra o dever de reparação, segundo o qual “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas e jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (art. 225, § 3º, da CF).

Isentar o proprietário de recompor a área desmatada – a obrigação de reflorestar data de 18.01.1992 (art. 99 da Lei n.º 8.171/91) –, além de afrontar os deveres de não degradação (art. 225 da CF) e de reparação do dano ambiental (art. 225, § 3º), viola os seguintes deveres fundamentais explicitados nos seguintes incisos do § 1º do aludido art. 225 da Constituição da República: a) a vedação de que espaços territoriais especialmente protegidos sejam utilizados de forma a comprometer os atributos que justificam sua proteção (inciso III); b) o dever de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais (inciso I).

As normas em tela, ao estabelecerem um padrão de proteção ambiental manifestamente inferior ao anteriormente existente, violam também o princípio da vedação do retrocesso social, formulado da forma seguinte por Canotilho:

A liberdade de conformação política do legislador no âmbito das políticas ambientais tem menos folga no que respeita à reversibilidade político-jurídica da protecção ambiental, sendo vedado adoptar novas políticas que se traduzam em retrocesso retroactivo de posições jurídico-ambientais fortemente enraizadas na cultura dos povos e na consciência jurídica geral. (cf. voto proferido pelo Des. Wander Marotta na TJMG – ADIn n.º 1.0000.07.456706-6/000, j. 27.08.2008). (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, p. 5)

A aplicação retroativa do aludido art. 67 do Novo Código Florestal a situações constituídas sob a égide do Código revogado viola o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI).

O direito superveniente a que se refere o art. 462 do CPC – fundamento citado para justificar a aplicação da lei nova – “é o direito subjetivo da parte, decorrente de fato, e não o direito objetivo consubstanciado na lei. Este obedece ao cânone da irretroatividade”, como bem lembra o Ministro Luiz Fux, no julgamento do REsp. n.º 444.921-RS, 1ª T., DJ 11.11.2002.

Aliás, sobre a irretroatividade da lei ambiental – e em especial do Novo Código Florestal –, registre-se a existência de sucessivos precedentes da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça.

No julgamento do REsp. n.º 980.709-RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 02.12.2008, a referida Corte não admitiu a aplicação da lei nova que reduzira a faixa *non aedificandi*, prevista na Lei de Parcelamento do Solo Urbano. O acórdão tem a seguinte ementa:

O direito material aplicável à espécie é o então vigente à época dos fatos. *In casu*, Lei n. 6.766/79, art. 4º, III, que determinava, em sua redação original, a "faixa *non aedificandi* de 15 (quinze) metros de cada lado do arroio".

Analisando pedido de aplicação do art. 59 do Novo Código Florestal – que prevê anistia de multas por infrações ambientais – no julgamento da Pet. no REsp. n.º 1.240.122-PR, DJ 19.12.2012, o Rel. Min. Herman Benjamin assim consignou:

O novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da 'incumbência' do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I).

O citado posicionamento repetiu-se, em 2013, no julgamento do AgRg no Ag. no REsp. n.º 327.687-SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 26.08.2013, no qual não se admitiu a aplicação do art. 15 do Novo Código Florestal, que prevê o cômputo das áreas de preservação permanente na reserva legal, verbis:

Indefiro o pedido de aplicação imediata da Lei 12.651/12, notadamente o disposto no art. 15 do citado regramento. Recentemente, esta Turma, por relatoria do Ministro Herman Benjamin, firmou o entendimento de que "o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da 'incumbência' do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I)."

De forma idêntica, recentemente, a aludida Corte não admitiu a aplicação dos arts. 68 e 58 do Novo Código Florestal em acórdãos cujas ementas – no que interessa – têm, respectivamente, a seguinte redação:

A Segunda Turma desta Corte firmou a orientação de inaplicabilidade de norma ambiental superveniente de cunho material aos processos em curso, seja para proteger o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, seja para evitar a redução do patamar de proteção de ecossistemas frágeis sem as necessárias compensações ambientais. (AgRg no REsp. n.º 1.367.968-SP, 2ª T.; Rel. Min. Humberto Martins, DJ 12.03.2014)

A entrada em vigor da Lei n. 12.651/2012 revogou o Código Florestal de 1965 (Lei n. 4.771), contudo, não concedeu anistia aos infratores das normas ambientais. Em vez disso, manteve a ilicitude das violações da natureza, sujeitando os agentes aos competentes procedimentos administrativos, com vistas à recomposição do dano ou

à indenização. (AgRg no REsp. n.º 1.313.443-MG, 2ª T., Rel. Min. Og Fernandes, DJ 12.03.2014)

Deve, portanto, ser reconhecida a inconstitucionalidade incidental do art. 67 da Lei n.º 12.651/2012 e do art. 40 da Lei Estadual n.º 20.900/2013, em razão da afronta aos seguintes dispositivos constitucionais: a) art. 225, caput, que consagra o dever geral de proteção ambiental; b) art. 225, § 3º, que prevê a obrigação de reparação do dano ao meio ambiente; c) art. 225, § 1º, I, que estabelece o dever de restaurar os processos ecológicos essenciais; d) art. 225, § 1º, III, que veda a utilização de espaço especialmente protegido de modo a comprometer os atributos que justificam sua proteção; e) art. 186, II, que estabelece a exigência de que a propriedade atenda sua função social; f) art. 5º, XXXVI, que resguarda o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada. Acrescente-se, ainda, a afronta ao princípio da vedação do retrocesso em matéria socioambiental.

Na Primeira Instância, a declaração de inconstitucionalidade deve ser feita pelo Juiz.

Na Segunda Instância, impõe-se a aplicação do art.97 da Constituição Federal, que prevê:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

O art. 297 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça prevê:

Submetida a questão da inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público ao órgão a que incumbe o conhecimento do processo, será a arguição levada ao julgamento do Órgão Especial, se reconhecida a sua relevância.

Ora, na hipótese, não há dúvida sobre a relevância dessa questão, uma vez que, além de a decisão ter reflexos em centenas de ações civis públicas ambientais em trâmite no Estado de Minas Gerais, o Incidente traz a lume discussão a respeito de lei que tem por fim reduzir o nível de proteção socioambiental, exatamente no momento em que o Estado de Minas Gerais, pelo quinto ano consecutivo, acumula o triste recorde de devastação da Mata Atlântica.

Consta que, no período 2012-2013, conforme o Atlas dos Remanescentes Florestais da Mata Atlântica, elaborado pela organização não governamental SOS Mata Atlântica, em parceria com o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), divulgado em 27.05.2014, a Mata Atlântica perdeu 235 quilômetros quadrados de vegetação, o que representa um aumento de 9% no ritmo da devastação em relação ao último período avaliado (2011-2012). Essa área representa vinte e quatro mil campos de futebol. Minas Gerais lidera o desmatamento com 84,3 quilômetros quadrados de florestas derrubadas (cf. <www.jb.com.br>, acesso em 03.06.2014).

2 Conclusão

O art. 67 do Novo Código Florestal e o art. 40 da Lei Estadual n.º 20.900/2013 são inconstitucionais por afrontar os arts. 5º, XXXVI, 186, II, 225, caput, §§ 1º e 3º, I e III, da Constituição Federal.

APROVADA POR UNANIMIDADE

O Cadastro Ambiental Rural (CAR) e o Novo Código Florestal

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Antônio Sérgio Rocha de Paula, Ana Paula Mendes Rodrigues, Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes, Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, Gisela Potério Santos Saldanha, Iraídes de Oliveira Marques Caillaux, Jacson Rafael Campomizzi, Luiz Carlos Teles de Castro, Marcos Tofani Baer Bahia, Mário César Motta, Mônica Aparecida Bezerra Cavalcanti Fiorentino, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rômulo de Carvalho Ferraz

Tese apresentada por: Antônio Sérgio Rocha de Paula

1 Fundamentação

A promulgação do Novo Código Florestal – Lei n.º 12.621, de 25 de maio de 2012 – tem despertado controvérsias.

Muitas ações objetivando a instituição da reserva legal têm sido julgadas extintas, ao argumento da falta de interesse de agir. De acordo com essas decisões, a nova lei desobrigou os proprietários rurais de averbarem a reserva legal no Registro de Imóveis, estando obrigados, tão somente, a registrarem no Cadastro Ambiental Rural (CAR).

O equívoco é manifesto.

Primeiro, porque a averbação (termo utilizado pelo Código revogado) ou o registro (expressão usada no Novo Código) representa uma das obrigações de fazer da constituição ou da instituição da reserva legal, na qual se incluem as obrigações de demarcar, de cercar, de recompor e de permitir a regeneração natural da vegetação.

Arrisca-nos a dizer que, na defesa do meio ambiente, a averbação no Cartório do Registro de Imóveis ou o registro no CAR talvez seja a obrigação de menor relevância entre as referidas.

O grande desafio para um Estado que, pelo quinto ano consecutivo, acumula o triste recorde de devastação da Mata Atlântica é retirar a reserva legal do “papel” ou do “registro eletrônico” – para usar a expressão da nova lei – reflorestando as áreas degradadas.

Consta que, no período de 2012-2013, conforme o Atlas dos Remanescentes Florestais da Mata Atlântica, elaborado pela organização não governamental SOS Mata Atlântica, em parceria com o Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), divulgado em 27.05.2014, a Mata Atlântica perdeu 235 quilômetros quadrados de vegetação, o que representa um aumento de 9% no ritmo da devastação em relação ao último período avaliado (2011-2012). Essa área representa vinte e quatro mil campos de futebol. Minas Gerais lidera o desmatamento, com 84,3 quilômetros quadrados de florestas derrubadas (cf. <www.jb.com.br> acesso em 03.06.2014).

Segundo, porque, mantida pelo Novo Código Florestal a exigência de instituição da reserva legal (arts. 12, 17, 18, 19 e 20), a implementação do CAR (art. 64 da Instrução Normativa n.º 02, de 06.05.2014 do Ministério do Meio Ambiente) – registro público eletrônico no âmbito nacional (art. 29 da lei citada) –, que constitui instrumento relevante de combate ao desmatamento, só desobriga a averbação da reserva legal no Cartório de Registro, caso efetivado o registro no CAR. O § 4º do art. 18 da norma citada não deixa dúvida a respeito dessa afirmação, verbis:

O registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis, sendo que, no período entre a data da publicação desta Lei e o registro no CAR, o proprietário ou possuidor rural que desejar fazer a averbação terá direito à **gratuidade** deste ato. (grifo nosso)

A parte final do parágrafo citado prevê, inclusive, a gratuidade da averbação no Cartório de Registro até o registro no CAR.

Nesse sentido, citem-se – no que interessa e com destaque nosso no texto – as seguintes decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

O § 4º do art. 18 da Lei n. 12.651/2012 é taxativo ao afirmar que "o registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis", o que, a contrário senso, induz à conclusão de que **só é dispensada a averbação na matrícula do imóvel se já houver o registro no Cadastro Ambiental Rural**. (AC n.º 1.0702.11.042218-6/001, 5ª CC, Rel.ª Des.ª Áurea Brasil, j. 31.10.2013)

[...] 3 - Desta forma, a obrigatoriedade de constituição da área de reserva legal, que era prevista no antigo Código Florestal, foi mantida no novo Código Florestal, com a criação da novel legislação do "Cadastro Ambiental Rural - CAR", onde passará a ser feito o registro da área de reserva legal. 4- Todavia, **na forma do §4º, do art. 18, do Novo Código Florestal, somente o registro da Reserva Legal no CAR**

desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis. (AI n.º 1.07001.13.0283006-5/001, 6ª CC, Rel.ª Des.ª Sandra Fonseca, j. 13.05.2014)

A Lei nº 12.651/12 (Novo Código Florestal) não suprimiu a averbação da reserva legal em Cartório de Registro de Imóveis; em verdade, apenas **desobrigou a averbação caso o proprietário do imóvel tenha diligenciado no sentido de registrar a reserva legal no CAR - Cadastro Ambiental Rural.** (AC n.º 1.0145.12.081649-4/001, 5ª CC, Rel. Des. Luís Carlos Gambogi, j. 15.05.2014)

Sob pena de ofensa à garantia da vedação do retrocesso ambiental, apenas a efetiva inscrição da reserva legal no Cadastro Ambiental Rural - CAR - dispensa o proprietário de proceder à averbação da área de proteção junto à matrícula do imóvel (art. 18, parágrafo quarto, da Lei nº 12.651/12). (AC n.º 1.0620.09.034650-8/003, 4ª CC, Rel.ª Ana Paula Caixeta, j. 15.05.2014)

O § 4º do art. 18 da Lei n. 12.651/2012 é taxativo ao afirmar que "o registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis", o que, a contrário senso, induz à conclusão de que **só é dispensada a averbação na matrícula do imóvel se já houver o registro no Cadastro Ambiental Rural.** (AC n.º 1.0271.10.002388-3, 6ª CC, Rel. Des. Antônio Sérvulo, j. 15.04.2014)

Apenas a efetiva inscrição da reserva legal no "CAR - Cadastro Ambiental Rural" dispensa o proprietário de proceder à averbação da área de proteção junto à matrícula do imóvel, ex vi do artigo 18, § 4º, do diploma legal retro citado, com a redação dada pela Lei Federal n.º 12.727/2012. (AC n.º 1.0702.10.042338-4/001, 3ª CC, Rel. Des. Elias Camilo, j. 27.03.2014)

A averbação no cartório só é dispensada se ocorrer a inscrição no Cadastro Ambiental Rural – CAR. (AC n.º 1.0236.10.000221-1/002, 4ª CC, Rel. Des. Moreira Diniz, DJ 22.01.2013)

Acrescento que interpretação contrária caracterizaria evidente retrocesso ambiental, porquanto, embora obrigatória a inscrição no CAR (art. 29, § 3º, do Código citado), não há sanção para a hipótese de descumprimento dessa exigência.

Ora, como o aludido dispositivo prevê o prazo de um ano – contado a partir de 06.05.2014 (art. 64 da citada Instrução Normativa n.º 02 do MMA) e prorrogável, uma única vez, por igual período por ato do Chefe do Executivo –, descumprido esse prazo, ficaria a reserva legal sem o registro no CAR e sem a averbação no Registro de Imóveis, perdendo o meio ambiente instrumento eficaz de combate ao desmatamento.

Repita-se: a inscrição no CAR constitui tão somente uma obrigação acessória, a qual, por razões óbvias, não afasta a obrigação principal de instituição ou de constituição da reserva legal.

A obrigação de instituir a reserva legal tinha previsão no art. 23 do Código Florestal de 1934, o qual assim dispunha: “Nenhum proprietário de terras cobertas de matas poderá abater mais de três quartas partes da vegetação existente”. Os Códigos posteriores mantiveram a exigência (art. 16 do Código de 1965 e art. 12 do Novo Código Florestal). A obrigação, portanto, completou oitenta anos.

A instituição de reserva legal é uma obrigação geral, não onerosa, a incidir sobre a propriedade e posse rurais¹⁵⁷, providas ou não de florestas, com limitação administrativa de uso, baseada no princípio da função socioambiental da propriedade (STJ – ROMS n.º 22.391-MG, Rel. Min. Denise Arruda, j. 04.11.2008; REsp. n.º 821.083, Rel. Min. Luiz Fux, j. 25.03.2008; RMS n.º 18.301-MG, DJ 03.10.2005; REsp. n.º 865.309-MG, 2ª T.; Rel. Min. Castro Meira, j. 23.09.2008; REsp. n.º 927.979-MG, 1ª T.; Rel. Min. Francisco Falcão, j. 15.05.2007; EDcl no AgRg no REsp n.º 255.170-SP, 1ª T.; Rel. Min. Luiz Fux, j. 01.04.2003; RMS n.º 22.391-MG, 1ª T.; Rel. Min. Denise Arruda, j. 04.11.2008).

No caso vertente, necessário consignar que a lesão ao meio ambiente decorrente da falta de reserva legal nas propriedades é de natureza perene, porquanto a falta de reserva legal priva a sociedade dos seguintes benefícios dela advindos: a) regulação hidrológica – aumento do armazenamento, transferência e recarga de aquíferos; b) regulação atmosférica – mais sequestro de carbono e redução de gases causadores do efeito estufa; c) controle da erosão e das pragas agrícolas; d) polinização.

2 Conclusão

O § 4º do art. 18 da Lei n.º 12.651/2012 é taxativo ao afirmar que "o registro da Reserva Legal no CAR desobriga a averbação no Cartório de Registro de Imóveis", o que, a contrário senso, induz à conclusão de que só é dispensada a averbação na matrícula do imóvel se já houver o registro no Cadastro Ambiental Rural.

¹⁵⁷ Vale lembrar que o art. 25, *caput*, da Lei Estadual n.º 20.922/13 – que revogou a Lei Estadual n.º 14.309/02 – obriga indistintamente o **proprietário** e o **possuidor** a manterem cobertura de vegetação nativa a título de reserva legal.

APROVADA POR UNANIMIDADE

O programa de regularização ambiental (PRA) e o interesse de agir na ação civil pública para instituição da reserva legal

Autoria coletiva:

Procuradoria de Direitos Difusos e Coletivos

Antônio Sérgio Rocha de Paula, Ana Paula Mendes Rodrigues, Antônio Joaquim Schellenberger Fernandes, Geraldo Magela Carvalho Fiorentini, Gisela Potério Santos Saldanha, Iraídes de Oliveira Marques Caillaux, Jacson Rafael Campomizzi, Luiz Carlos Teles de Castro, Marcos Tofani Baer Bahia, Mário César Motta, Mônica Aparecida Bezerra Cavalcanti Fiorentino, Nedens Ulisses Freire Vieira, Rômulo de Carvalho Ferraz

Tese apresentada por: Antônio Sérgio Rocha de Paula

1 Fundamentação

A existência de programa de regularização ambiental retira ou não o interesse de agir na ação civil pública destinada à instituição da reserva legal?

Muitas ações têm sido extintas por falta de interesse de agir, em razão da criação dos citados programas.

Antes da promulgação do Novo Código Florestal, o Decreto n.º 7.209, de 10.12.2009, que instituiu o Programa Federal de Apoio à Regularização Ambiental de Imóveis Rurais – denominado “Programa Mais Ambiente” –, concedeu prazo até dezembro de 2012 para a regularização ambiental. Daí a conclusão de que, dentro do citado prazo, não havia como supor violação à legislação ambiental regente da matéria.

O Novo Código Florestal reforçou o argumento, porque prevê prazo de até vinte anos para a recomposição da reserva legal (art. 66, § 2º), além de criar, no art. 59, à semelhança do anterior, o Programa de Regularização Ambiental (PRA), que exige a prévia inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR), previsto no art. 29 da aludida lei; normas essas que, segundo as referidas decisões, também acarretam a perda de objeto da ação.

O equívoco desses posicionamentos é manifesto.

A extensão do prazo final para o reflorestamento, a instituição do CAR e de outro Programa de Regularização Ambiental não retira o interesse de agir das ações civis públicas, porquanto as citadas normas não afastaram o dever legal de constituição da reserva legal.

O Novo Código Florestal pouco inovou a respeito dessas matérias.

Quanto ao reflorestamento, o art. 99 da Lei n.º 8.171/1991 – que dispõe sobre a política agrícola –, ainda em vigor, estabelece:

Art. 99. **A partir do ano seguinte ao de promulgação desta lei**, obriga-se o proprietário rural, quando for o caso, a **recompor** em sua propriedade **a Reserva Florestal Legal**, prevista na Lei n.º 4.771, de 1965, com a nova redação dada pela Lei n.º 7.803, de 1989, mediante o plantio, **em cada ano, de pelo menos um trinta avos da área total** para complementar a referida Reserva Florestal Legal (RFL).

§ 2º O reflorestamento de que trata o caput deste artigo será **efetuado mediante normas que serão aprovadas pelo órgão gestor da matéria**. (grifo nosso)

Essa lei entrou em vigor na data de sua publicação, em 18.01.1991 (art. 107). O proprietário rural tem, pois, até 18.01.2022 para recompor a reserva legal, de acordo com o procedimento aprovado pelo órgão ambiental.

A referida norma consagra a natureza real *propter rem* do dever de reparar o dano ambiental, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

A obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem*, por isso que a Lei 8.171/91 vigora para todos os proprietários rurais, ainda que não sejam eles os responsáveis por eventuais desmatamentos anteriores [...] (REsp n.º 1.090.968-SP, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, j. 15.06.2010). No mesmo sentido: STJ – REsp 1.19.316-SP, 1ª T., Rel. Min. Teori Zavascki, j. 15.06.2010; EDcl no AgRg no REsp 255.170-SP, 1ª T.; Rel. Min. Luiz Fux, j. 1º.04.2003.

[...]

A única finalidade do art. 99 da Lei n. 8171/91 foi a de estabelecer um prazo maior, que não o imediato, para que os proprietários procedessem à recomposição da área de floresta, não alterando em nada as demais disposições legais caracterizadoras do dever de recomposição da área de reserva legal, que se for feita a passos curtos demais jamais atingirá a finalidade da lei, no tocante à preservação do meio ambiente, que não pode ser visto como um conjunto de pequenas partes, mas o próprio todo. (REsp n.º 237.690-MS, 2ª T., Rel. Min. Paulo Medina, j. 12.03.2002)

Ademais, a aludida norma prova a mora de vários proprietários rurais no cumprimento da obrigação, porque a recomposição da reserva legal deveria ter sido feita a partir de 18.01.1992.

Essa inércia acarretou o ajuizamento de várias ações civis públicas pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Da mesma forma, ainda quanto ao reflorestamento, o inciso I do art. 44 do revogado Código Florestal – na redação dada pela Medida Provisória n.º 2.166-67, de 24.08.2001 – também previa a recomposição da reserva mediante o plantio, a cada três anos, de no mínimo 1/10 da área total necessária à sua complementação, com espécies nativas, de acordo com critérios estabelecidos pelo órgão ambiental estadual competente. Publicada a citada Medida Provisória em 25.08.2001, o termo final ocorreria em 25.08.2031.

Não se pode esquecer que a obrigação de preservar as florestas tinha previsão no art. 23 do Código Florestal de 1934, o qual estabelecia: “Nenhum proprietário de terras cobertas de matas poderá abater mais de três quartas partes da vegetação existente”. Os Códigos posteriores, além de não alterarem essa exigência, adotaram o conceito de reserva legal (art. 16 do Código de 1965 e art. 12 do Novo Código Florestal). A obrigação completou oitenta anos.

O Programa de Regularização Ambiental de Imóveis Rurais denominado “Programa Mais Ambiente” foi instituído, com vigência até dezembro de 2012, pelo referido Decreto n.º 7.029/2009, o qual também criou o Cadastro Ambiental Rural (CAR) – arts. 3º, II, e 14. A adesão ao citado Programa suspendia a punibilidade das infrações referentes às áreas de preservação permanente e à reserva legal e a cobrança das multas, as quais podiam ser convertidas em prestação de serviços de melhoria da qualidade ambiental – tudo depois do cumprimento das obrigações assumidas mediante termo de compromisso com o Órgão ambiental (art. 6º).

Na vigência do Código Florestal anterior, nas ações com pedido de averbação da reserva legal, instado a se pronunciar sobre a alegação de que o referido Decreto, por ter concedido prazo para a regularização ambiental, teria retirado o objeto da ação, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em sucessivos julgados, rejeitou tal alegação, ao argumento de que a norma em comento suspendeu as sanções administrativas, mas não a obrigação legal de constituir a reserva legal. Citem-se os seguintes precedentes:

O Decreto n.º 7.029/09, da Presidência da República, foi apenas postergar o prazo para aplicação da multa cominada para a hipótese de descumprimento do dever de averbação da reserva legal. (AC n.º 1.0303.08.008767-7/002, 1ª CC, Rel. Des. Eduardo Andrade, j. 19.04.2011)

[...] Inviável a prorrogação do prazo para instituição da reserva legal, para a data de 11 de junho de 2011, tendo em vista que o referido prazo instituído pelo Decreto-lei 7.029/2009 refere-se à infração de deixar de averbar a reserva legal e suas sanções e não à obrigação de averbação. (AC n.º 1.0016.09.092101-2/002, 2ª CC, Rel. Des. Roney Oliveira, j. 29.11.2011)

A disposição contida no art. 55 do Decreto 6.514/2008, alterado pelo Decreto 7495/2011, não interfere na exigibilidade do TAC e, por conseguinte, na sua força executiva, na medida em que não desobriga a instituição de reserva legal, mas apenas posterga o prazo para sua implementação para fins de imposição de penalidade de natureza administrativa. (AC n.º 1.0620.11.003097-5/001, 3ª CC, Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, j. 15.03.2012)

As sucessivas prorrogações da entrada em vigor do artigo 55 do decreto 6.514/08 afetaram apenas a aplicação das sanções para aquele que deixou de averbar a reserva legal, mas não suspenderam a obrigação, de forma que não há como falar, no caso, em falta de interesse de agir e em impossibilidade jurídica do pedido. (AC n.º 1.0236.10.000221-1/002, 4ª CC, Rel. Des. Moreira Diniz, j. 17.10.2013)

O artigo 55 do Decreto 6.514/2008 não tem a interpretação que pretende lhe dar o réu. Deve ser este dispositivo interpretado conjuntamente com todo o texto. Não objetiva ele premiar o proprietário que se exime da obrigação de fazer o registro da reserva legal exigida pela Lei. (AC n.º 1.0620.09.034074-1/001, 7ª CC, Rel. Des. Wander Marotta, j. 24.08.2010)

O Decreto nº 6.514/08 não traz regra afeta à exigência da averbação, mas apenas retarda (art. 152, Dec. 6.514/08) a incidência da multa para o caso de não averbação de reserva legal. Vê-se, com clareza, que a regra é dirigida apenas aos órgãos do SISNAMA com o intuito exclusivo de se afastar a aplicação da multa, mas jamais, e em hipótese alguma, com o intuito de impedir a exigência de averbação de reserva legal. (AC n.º 1.0016.09.092973-4/002, 8ª CC, Rel.ª Des.ª Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 19.05.2011)

Como já dito, essa situação se repete, hoje, na vigência do Novo Código Florestal, o qual reeditou, com algumas alterações, os citados institutos.

O reflorestamento da reserva legal, mais uma vez, teve seu prazo prorrogado pelo § 2º do art. 66, que estabelece:

A recomposição de que trata o inciso I do caput deverá atender os critérios estipulados pelo órgão competente do Sisnama e ser concluída em até 20 (vinte) anos, abrangendo, a cada 2 (dois) anos, no mínimo 1/10 (um décimo) da área total necessária à sua complementação.

A nova Lei Florestal foi publicada em 28.05.2012. O termo final para o reflorestamento será 28.05.2032. Acresceram-se, portanto, mais dez anos ao prazo fixado no art. 99 da Lei n.º 8.171, de 17.01.1991, que sequer havia decorrido.

O Programa de Regularização Ambiental (PRA) e o Cadastro Ambiental Rural (CAR), previstos nos arts. 59 e 29 do Novo Código Florestal, receberam tratamento semelhante ao dado pelo referido Decreto n.º 7.029/2009.

Registre-se que o Decreto n.º 7.830, de 17.10.2012, regulamentou o Sistema de Cadastro Ambiental Rural, o Cadastro Ambiental Rural e os Programas de Regularização Ambiental. O Decreto n.º 8.235, de 05.05.2014, estabeleceu normas gerais complementares aos citados Programas. A Instrução Normativa n.º 02, de 06.05.2014, do Ministério do Meio Ambiente, além de dispor sobre os procedimentos de integração, execução e compatibilização do Sistema de Cadastro Rural e de definir os procedimentos gerais do Cadastro Ambiental Rural, considerou este implementado a partir de 06.05.2014 (art. 64).

A adesão ao PRA impede as autuações por infrações cometidas antes de 22.07.2008, relativas à supressão irregular de vegetação em áreas de preservação permanente, de reserva legal e de uso restrito. A partir da assinatura do termo de compromisso, serão suspensas as sanções decorrentes das aludidas infrações e, cumpridas as condições estabelecidas, as multas serão convertidas em serviços de prestação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente. A punibilidade dos crimes previstos nos arts. 38, 39 e 48 da Lei n.º 9.605/98 também será suspensa com a assinatura do citado Termo de Compromisso (cf. arts. 59, §§ 4º e 5º, e 60 do Novo Código Florestal – cuja inconstitucionalidade foi arguida pelo Ministério Público Federal na ADin n.º 4.902).

2 Conclusão

O programa de regularização ambiental tem efeito apenas na seara administrativa, mas não retira o interesse de agir nas ações civis públicas com pedido de instituição da reserva legal.

APROVADA POR UNANIMIDADE

A interpretação dos tipos de falsidade: a compreensão material da tipicidade e a hermenêutica da especialidade

Rodrigo Iennaco de Moraes

Promotor de Justiça em Belo Horizonte

Introdução

O direito penal brasileiro incrimina a *falsidade documental* no Capítulo III do Título X de seu Código Penal. Os dispositivos mais genéricos que tipificam crimes de falsidade documental são os arts. 297, 298 e 299 do diploma legal, todos referentes ao gênero *documento*, referindo-se ao documentos públicos e aos particulares, seja em seu aspecto integral (art. 297 e 298), seja quando à ideia que veicula (art. 299).

CAPÍTULO III DA FALSIDADE DOCUMENTAL

Falsificação de documento público

Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena - reclusão, de dois a seis anos [...].

§ 1º - Se o agente é funcionário público [...], aumenta-se a pena de sexta parte.

§ 2º - Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.

[...]

Falsificação de documento particular

Art. 298 - Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro:

Pena - reclusão, de um a cinco anos [...].

Falsidade ideológica

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, [...], se o documento é público, e reclusão de um a três anos, [...], se o documento é particular.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, [...], ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

Se o documento é o gênero, as *certidões* e os *atestados* são espécies de documentos, sendo o *atestado médico* ainda mais específico em relação aos demais atestados. Assim, o atestado médico é uma espécie de atestado e, como tal, uma espécie de documento. Certidões e atestados, como documentos, também podem ser públicos ou particulares, conforme a origem de que emanam e/ou a matéria de que cuidam.

A técnica legislativa, no que se refere aos tipos de injusto que se podem reunir sobre a rubrica comum *delitos de falsidade documental*, orienta-se, a todo tempo, pelo princípio da especialidade, a partir de uma ideia comum (a falsificação de documento e seu respectivo uso) que se desdobra em diferentes níveis de gravidade, expressos na cominação de penas mais ou menos severas, de acordo com critério de proporcionalidade empreendido pelo legislador, ao qual não se pode sobrepor o do intérprete.

Falsificação de certidão ou de atestado por quem não é funcionário público

Entendemos que se o agente que não detém a qualidade de funcionário público falsifica documento que tem natureza de certidão ou de atestado, em virtude do princípio da especialidade, incorrerá no art. 301, §1º, do Código Penal.

Utiliza-se, aqui, a expressão “natureza de certidão ou de atestado” em virtude do fato de que um documento pode ser caracterizado como um ou como outro sem que contenha, necessariamente, impressas as palavras “certidão”, “atestado” ou derivadas. A título de exemplo, podem ser consideradas certidões os históricos escolares e atestados as informações de aptidão para o trabalho.

Art. 301 - Atestar ou certificar falsamente, em razão de função pública, fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem:

Pena - detenção, de dois meses a um ano.

§ 1º - Falsificar, no todo ou em parte, atestado ou certidão, ou alterar o teor de certidão ou de atestado verdadeiro, para prova de fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem:

Pena - detenção, de três meses a dois anos.

§ 2º - Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se, além da pena privativa de liberdade, a de multa.

Conforme consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o crime tipificado no art. 301, §1º, do Código Penal pode ter como sujeito ativo qualquer pessoa, seja funcionária pública ou não. Sendo assim, não se trata de crime próprio subordinado à previsão do *caput* do art. 301, mas de tipo autônomo, com implicações próprias. Além disso, em virtude da amplitude da expressão “qualquer outra vantagem”, é praticamente certo afirmar que qualquer falsificador de certidão ou de atestado incorrerá no crime previsto neste artigo, e não naqueles previstos nos arts. 297 e 298 do Código Penal.

Por opção legislativa, a norma contida no art. 301, §1º, do Código Penal confere tratamento mais brando àquele que falsifica certidão ou atestado do que àquele que falsifica outros documentos particulares ou públicos. Apesar de não se poder afirmar qual foi a intenção do legislador, certo é que o tratamento mais brando se justifica por alguns motivos.

Em primeiro lugar, é forçoso o reconhecimento de que a falsificação de certidões ou de atestados é crime de fácil detecção. Como se sabe, a certidão ou atestado, para ser válido, deve ser expedido por pessoa competente para fazê-lo. Desta feita, basta que a pessoa competente se manifeste em sentido diverso daquele contido no documento falsificado para que se

identifique a irregularidade, sem que haja a necessidade de perícia. Tal facilidade, portanto, diminui a lesividade do agente que pratica este tipo de falsificação, sendo certo que a falsidade de outros documentos tem maior potencial de lesar a fé pública, como no caso de uma Carteira de Identidade falsa ou de uma Carteira Nacional de Habilitação falsa. Nestes dois últimos casos, a materialidade do crime só será comprovada se houver perícia.

Em segundo lugar, é necessário que se leve em consideração o tratamento mais brando conferido pelo *caput* do art. 301 ao funcionário público que atesta ou certifica falsamente fato ou circunstância que leve à obtenção de qualquer vantagem. Tais documentos podem ser públicos ou particulares, mas seu falsificador, em razão de sua função, incorrerá nas penas previstas no *caput* do referido artigo, e não nas penas dos arts. 297 ou 298, muito superiores. Igual privilégio possui o médico que falsifica atestado médico, documento este que também pode ser público ou particular, já que o crime próprio previsto no art. 302 do Código Penal traz pena igualmente bem mais branda que aquelas previstas nos arts. 297 e 298.

Ao criar tais diferenciações, o legislador reconheceu a menor lesividade que os atestados, certidões ou atestados médicos materialmente falsos têm em relação às demais falsificações de documentos. Tal raciocínio é o mesmo que se encontra exposto no art. 301, §1º, do Código Penal.

No mesmo sentido do aqui defendido já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

*“APELAÇÃO CRIMINAL - USO DOCUMENTO FALSO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE DELITIVA, AUTORIA E DOLO GENÉRICO COMPROVADOS - DESCLASSIFICAÇÃO - NECESSIDADE - PRESCRIÇÃO - RECONHECIMENTO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - 1. Ficando plenamente demonstrada, diante do coeso conjunto probatório carreada aos autos, a materialidade do delito, sua autoria e o dolo genérico do acusado, sobretudo diante de sua confissão, sua condenação era inevitável. - **2. Tendo o acusado feito uso de certidão e atestado escolar para provar circunstância que o habilitasse a obter um emprego, com razão a defesa quando pretende a desclassificação de sua conduta, com a aplicação da pena prevista no art. 301, §1º, do CP.** - 3. Considerando que, entre a data do fato e o recebimento da denúncia, transcorreu intervalo superior ao prazo prescricional determinado pela nova pena aplicada ao réu, deve-se declarar extinta sua punibilidade, pela prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal.”* (TJMG – Apelação Criminal nº 1.0183.07.133771-5/001, relator Desembargador Eduardo Machado, data de julgamento: 14/09/2010, data de publicação: 29/09/2010 – grifo próprio)

Em seu voto, o relator da decisão *supra* assim escreveu:

“Vislumbrando-se, contudo, que o acusado utilizou-se de certidão e atestado escolar para provar circunstância que o habilitasse a obter um emprego, com razão a defesa quando pretende a desclassificação de sua conduta, com a aplicação da pena prevista no art. 301, §1º, do CP. Nesse sentido é a jurisprudência: ‘A utilização de certificado falso de aprovação em curso de Madureza não configura o delito do art. 304 do CP, e, sim, o de falsificação material de atestado ou certidão, previsto no art. 301, § 1º, do mesmo estatuto’. (TJSP - RT- 591/304). ‘FALSIDADE DOCUMENTAL - uso de documento falso - certidão de conclusão do primeiro grau para ingresso em cargo público - Falsidade material caracterizada - Inteligência do art. 301, § 1º, do CP. - Se o acusado falsificou certidão para provar fato (a conclusão do primeiro grau escolar) que o habilitasse a obter cargo público (o de soldado da Polícia Militar) temos que o crime praticado foi o de falsidade material de atestado ou certidão e não o de falsidade de documento público’. (TJSP - RT- 715/435). ‘Crime de falsidade material de atestado ou certidão. Art. 301, § 1º, do CP. Correta desclassificação operada pela d. Magistrada. Falsificação de Histórico Escolar e de Diploma do CEFET/MG. Obtenção de vantagem funcional. Art. 297 do CP não configurado. Prescrição verificada. Sentença mantida. Recurso ministerial desprovido.’ (TJMG, 2.ª Câmara Criminal, Apelação n.º 1.0079.01.019577-8/001, Rel. Des. REYNALDO XIMENES CARNEIRO, v.u., j. 11/05/2006; pub. DOMG de 21/06/2006). ‘USO DE DOCUMENTO FALSO - AGENTE QUE ADQUIRE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO ESCOLAR FALSO E COM ELE SE INSCREVE EM CONCURSO PÚBLICO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ARTIGO 301, § 1º, DO CÓDIGO PENAL - A utilização de certificado escolar falso para inscrever-se em concurso público não configura o crime previsto no art. 304 do CP, e sim, o do artigo 301, § 1º, do mesmo diploma legal, razão pela qual impõe-se a sua desclassificação.’ (TJMG, 1.ª Câmara Criminal, Apelação n.º 1.0000.00.139922-9/000, Rel. Des. GUDESTEU BIBER, v.u., j. 08/06/1999; pub. DOMG de 11/06/1999).” (referência supra – grifo próprio)

Uso de atestado ou certidão falsa

Art. 304 - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.

Como facilmente se percebe, a norma constante do art. 304 do Código Penal faz referência expressa ao intervalo de artigos que começa no art. 297 e termina no art. 302. Neste intervalo, por óbvio, está incluso o art. 301 do Código Penal. Como a norma prevista no art. 304 não faz qualquer restrição em relação aos parágrafos dos artigos constante do intervalo, é possível afirmar que toda a integralidade dos artigos está abrangida.

Por fim, considerando que o Direito Penal traz normas relativas à regulação do monopólio do uso da força pelo Estado, tratando da mais gravosa sanção possível no nosso sistema normativo – a pena privativa de liberdade –, qualquer interpretação em matéria penal que possa importar em prejuízo ao réu de um processo criminal deve ser realizada da maneira mais favorável a ele. Sendo assim, considerando este parâmetro hermenêutico, é forçoso que se reconheça, a partir da possibilidade de cumulação do art. 304 com o art. 301, §1º, ambos do Código Penal, que a prevalência do tipo se dá em atenção ao princípio da especialidade – e não da subsidiariedade tácita em do crime menos grave.

Em entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal foi admitida a possibilidade de combinação entre os dois artigos:

“USO DE DOCUMENTOS PARCIALMENTE ALTERADOS NÃO CONFIGURA O DELITO PREVISTO NO ART. 297 DO CÓDIGO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 301 PAR. 1 EM COMBINAÇÃO COM O ART. 304. HABEAS CORPUS CONCEDIDO EM PARTE.” (STF, Tribunal Pleno, *Habeas Corpus* nº 39431, Rel. Ministro Pedro Chaves, data de julgamento: 19/09/1962, data de publicação: 03/01/1963)

Em decisão monocrática proferida em julgamento no Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Laurita Vaz restabeleceu decisão de primeiro grau na qual se reconheceu a possibilidade de desclassificação do delito previsto no art. 304 c/c 297, ambos do CP, para o de uso de certidão materialmente falsa, cassando o acórdão proferido em sentido diverso:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO RECORRENTE POR ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N.os 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. CERTIDÃO MATERIALMENTE FALSA. ART. 301, § 1º, DO CP. NÃO CARACTERIZADO COMO CRIME PRÓPRIO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. [...] Trata-se de recurso especial interposto por JORGE HENRIQUE DE OLIVEIRA, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Constituição Federal, contra acórdão do Egrégio Tribunal Regional Federal da 5.ª Região. Consta dos autos que o Recorrente foi denunciado como incurso no art. 304, c/c o art. 297, ambos do Código Penal, por ter falsificado uma Certidão Negativa de Débitos Relativos às Contribuições Previdenciárias, expedida pela Delegacia da Receita Federal em Sergipe, utilizando-a perante a Comissão Permanente de Licitação de Compras e Serviços da Secretaria Municipal de Administração do Município de Aracaju. Posteriormente, o Juízo singular recebeu a denúncia, todavia entendeu que a conduta narrada pela peça acusatória se adequaria ao art. 301, § 1.º, do Código Penal. Por conseguinte, desclassificou o crime para o de uso de certidão materialmente falsa, determinando a abertura de vista dos autos ao Ministério Público Federal para se manifestar sobre a possibilidade de transação penal. Nas apelações interpostas pela Defesa e pelo Ministério Público, o Tribunal de

origem negou provimento ao recurso defensivo e deu provimento ao recurso ministerial, para tornar sem efeito a desclassificação efetuada na sentença, determinando a baixa dos autos à instância a quo para o prosseguimento do feito, nos termos da seguinte ementa: "PENAL E PROCESSUAL PENAL. FALSIFICAÇÃO E UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTO. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS. ARTS. 297 E 304 DO CÓDIGO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 301, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. INADEQUAÇÃO DA DECISÃO. NECESSIDADE DA REFORMA DA SENTENÇA PARA TORNAR SEM EFEITO A DESCLASSIFICAÇÃO ALI OPERADA. BAIXA DOS AUTOS PARA O PROSSEGUIMENTO DO FEITO. I. O crime de uso de Certidão Negativa de Débitos inautêntica, para fins de participação em certame licitatório em órgão público, é de ser tipificado no art. 297 do Código Penal, e não no art. 301, § 1º, da mesma codificação por, no caso concreto, não ser o agente servidor público. II. Apelação do Ministério Público Federal provida para tomar sem efeito a desclassificação operada na sentença e determinar a baixa dos autos à instância a quo para o prosseguimento do feito." (fl. 251) Sustenta a Defesa, nas razões do recurso especial, que o Recorrente deve ser absolvido em razão da falta de potencialidade lesiva de sua conduta, bem como pela inidoneidade do meio empregado à prática do delito imputado, o que torna insignificante o suposto ato perpetrado. Aduz, também, além de dissídio pretoriano, ofensa ao art. 301, § 1.º, do Código Penal, sob o argumento de que o crime de falsidade material de atestado ou certidão é crime comum, que pode ser praticado tanto por funcionário público, como também por particular. Requer, assim, a reforma do julgado para que o Recorrente seja absolvido ou, alternativamente, seja mantido o entendimento proferido pelo Juízo a quo, no sentido de que os fatos tidos como delituosos se amoldam no art. 301, § 1.º, do Código Penal, oportunizando ao Ministério Público Federal o oferecimento de proposta de transação penal. Contrarrazões às fls. 309/316. O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 388/395, opinando pelo não conhecimento ou pelo desprovimento do recurso. É o relatório. Decido. [...] No mais, assiste razão ao Recorrente. Consta dos autos que o Recorrente, supostamente, falsificou uma Certidão Negativa de Débitos Relativos às Contribuições Previdenciárias, expedida pela Delegacia da Receita Federal em Sergipe, utilizando-a perante a Comissão Permanente de Licitação de Compras e Serviços da Secretaria Municipal de Administração do Município de Aracaju. Tal conduta, como bem observado pelo Juízo Sentenciante, amolda-se ao tipo penal previsto no art. 301, § 1.º, e não ao art. 297 c.c. o art. 304, todos do Código Penal. A propósito, convém transcrevê-lo: "§ 1º - Falsificar, no todo ou em parte, atestado ou certidão, ou alterar o teor de certidão ou de atestado verdadeiro, para prova de fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem: Pena - detenção, de três meses a dois anos." Verifica-se violação ao art. 301, § 1.º, do Código Penal, porquanto o tipo penal em epígrafe descreve uma falsidade material passível de ser praticada por qualquer pessoa, não sendo necessária uma especial capacidade de agir do sujeito ativo, o que descaracteriza o crime próprio. A respeito trago à colação os seguintes precedentes desta Corte: "PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 297 DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA DESCRITA NA DENÚNCIA E DE EQUÍVOCO NA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DO FATO. I - O trancamento de ação por falta de justa causa, na

via estreita do writ, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie (Precedentes). II - O delito previsto no art. 301, § 1º, do Código Penal não é próprio, podendo qualquer pessoa ser seu sujeito ativo. (Precedentes) III- In casu, se o objeto da falsidade material foi certidão negativa de débito, o delito imputado ao paciente na exordial acusatória deve, em atendimento ao princípio da especialidade, ser desclassificado do art. 297, caput, para o art. 301, § 1º, do Código Penal. IV - Se pena máxima cominada ao crime de falsidade material de atestado ou certidão é de 2 (dois) anos, e, entre a data do fato e o recebimento da denúncia transcorreu o referido lapso temporal, operou-se a prescrição da pretensão punitiva, ex vi dos arts. 107, IV e 109, V, do Código Penal. Recurso parcialmente provido." (RHC 17.522/DF, Quinta Turma, rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 28/06/2005.) "RECURSO ESPECIAL. PENAL. CERTIDÃO MATERIALMENTE FALSA. ART. 301, § 1º, DO CP. NÃO CARACTERIZADO COMO CRIME PRÓPRIO. 1.Verifica-se que o art. 301, § 1º, do Código Penal descreve uma falsidade material que pode ser praticada por qualquer pessoa, não sendo necessária uma especial capacidade de agir do sujeito ativo, o que descaracteriza o crime próprio. Precedentes. 2. Recurso conhecido parcialmente e, nessa parte, provido." (Resp 259.447/DF, Quinta Turma, rel. Min. LAURITA VAZ, DJ de 02/12/2003.) "PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CERTIDÃO FALSA. INTELIGÊNCIA DO ART. 301, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. 1 - O crime previsto no § 1º, do art. 301, do Código Penal (falsidade material de atestado ou certidão), diverso daquele tipificado no caput do aludido dispositivo, não é delito próprio de servidor público, podendo ser praticado por qualquer pessoa. Precedentes. 2 - Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença de primeiro grau." (REsp 251.009/DF, Sexta Turma, rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ de 02/12/2003.) Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1.º-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa extensão, DOU-LHE PROVIMENTO, para cassando o acórdão recorrido, restabelecer a decisão de primeiro grau (fls. 136/144)." (STJ, Decisão Monocrática no Recurso Especial nº 1376190/SE, rel. Ministra Laurita Vaz, data de publicação: 22/08/2013 – grifo próprio)

Em sentido similar, tem-se, ainda, a seguinte decisão proferida pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima:

"PENAL. FALSIDADE MATERIAL DE ATESTADO OU CERTIDÃO (ART. 301, § 1º, DO CP). CRIME COMUM. RECURSO PROVIDO. [...] Trata-se de recurso especial interposto por EDUARDO PRADO, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Colhe-se dos autos que o recorrente foi denunciado pela prática do crime revisto no art. 297, c/c art. 304 do Código Penal, em razão de ter obtido e usado "perante a Câmara dos Deputados Certidão de Tempo de Serviço do INSS falsa, obtida por intermédio de Francisco de Oliveira, réu em diversos processos criminais por falsificações desse tipo de documento, em alguns já condenado" (fls. 3/5). O Juízo de primeiro grau desclassificou a conduta descrita na denúncia para o delito previsto no art. 301, § 1º, do Código Penal, por entender que "o documento utilizado, repita-se, consiste em uma certidão materialmente

falsa supostamente obtida por particular com o fito de propiciar ao réu a obtenção de vantagem funcional, qual seja, a averbação do período de trabalho certificado" (fl. 125). Em seguida, julgou extinta a punibilidade em razão do decurso do prazo prescricional (fls. 125/126). Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal de origem deu provimento nos termos da seguinte ementa (fl. 166): PENAL. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. CP, ART. 297. 1. Tendo sido a falsificação levada a efeito por quem não mais detinha a condição de funcionário público, a regra aplicável à espécie é a insculpida no art. 297 da Lei Penal. Trata-se de crime comum. Quando esse tipo alcança funcionário público, a regra incidente se apresenta na qualificadora do § 1º. 2. Recurso criminal provido. No recurso especial, o acusado sustenta, além de divergência jurisprudencial, violação do art. 301, § 1º, do Código Penal. Argumenta que o delito previsto nesse dispositivo é comum e não próprio, podendo ser praticado por qualquer pessoa, e não apenas por funcionário público, ao contrário do que entendeu o Tribunal a quo. [...] É o relatório. [...] Merece prosperar a pretensão do recorrente. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o delito tipificado no art. 301, § 1º, do Código Penal, diversamente daquele previsto no caput do mesmo artigo, pode ter como sujeito ativo qualquer pessoa, não exigindo o tipo penal a condição de funcionário público. Trata-se de crime comum, ao contrário do que restou decidido no acórdão recorrido. Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte: PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. CERTIDÃO MATERIAL E IDEOLOGICAMENTE FALSA. INTELIGÊNCIA DO ART. 301, § 1º DO CÓDIGO PENAL. 1 - Qualquer pessoa pode ser responsabilizada pela feitura de documento ou atestado que contenha falsidade material, e não apenas o exercente da função pública que o teria expedido ou deveria expedir, porquanto, intencionalmente não incluído pelo legislador o requisito, em razão da função pública, no § 1º do art. 301 do CP, faz com que se tenha, na espécie, crime classificado como comum, quanto ao agente e não crime próprio. Assim, se o agente, ao utilizar o documento público falsificado, visa obter vantagem no serviço público, tem-se que sua ação se amolda no art. 304 com remissão ao art. 301, § 1º, do CP e não ao art. 297 do mesmo estatuto. Precedentes. 2 - Recurso conhecido e provido para restaurar a sentença de primeiro grau. (REsp 210.379/DF, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, 6ª Turma, DJ 2/10/2000) PENAL. RECURSO ESPECIAL. FALSIDADE MATERIAL DE ATESTADO OU CERTIDÃO (ART. 301 § 1º DO CP). CRIME COMUM. O delito previsto no art. 301 § 1º do CP não é próprio, podendo qualquer pessoa ser o seu sujeito ativo. Recurso provido. (REsp 188.184/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, 5ª Turma, DJ 29/3/1999) CRIMINAL. FALSIDADE MATERIAL DE ATESTADO OU CERTIDÃO. ARTIGO 301, PARÁGRAFO 1º, DO CÓDIGO PENAL. CRIME COMUM. RECURSO CONHECIDO. 1. Diversamente do tipificado no caput do artigo 301 do Código Penal (Certidão ou Atestado Ideologicamente Falso), o crime previsto no parágrafo 1º daquele artigo (Falsificar Material de Atestado ou Certidão) não é crime próprio de servidor público, podendo ser praticado por qualquer pessoa. 2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 3. Recurso conhecido. (REsp 209.245/DF, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, 6ª Turma, DJ 13/8/2001) "PENAL. FALSIDADE MATERIAL DE ATESTADO OU CERTIDÃO. ART. 301, § 1º DO CP. CRIME COMUM. PRESCRIÇÃO. RECURSO ESPECIAL. 1. O sujeito ativo do crime de falsificação material de atestado ou certidão pode ser qualquer pessoa, não exigindo o tipo penal a qualidade de funcionário

público. 2. Decorridos mais de sete anos entre a data do fato e o recebimento da denúncia, é de ser reconhecida, na hipótese, a prescrição (CP, art. 109, V). 3. Recurso Especial conhecido e provido" (REsp 236.920/DF, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, 5ª Turma, DJ 23/4/2001) Dessa forma, deve ser restabelecida a sentença, que, operando a desclassificação da conduta, reconheceu a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva (fls. 124/126). Ante o exposto, com base no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença." (STJ, Decisão Monocrática no Recurso Especial nº 246592/DF, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, data de publicação: 09/06/2006 – grifo próprio)

Falsificação de atestado médico por quem não é médico no exercício de sua profissão

Se a falsificação for de atestado médico, a tipificação da conduta dependerá da condição ostentada pela pessoa que realiza a falsificação, uma vez que poderá se adequar ao disposto tanto no supramencionado artigo quanto no previsto no art. 302 do Código Penal.

Art. 302 - Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso:

Pena - detenção, de um mês a um ano.

[...]

O art. 302 faz referência a um crime próprio, passível de prática somente por médico. A normativa nele tratada é clara, sem maiores problemas interpretativos. A questão surge, no entanto, quando se trata de falsificação de atestado médico por pessoa que não é *médico no exercício de sua profissão*.

A prática penal comumente enquadra a conduta da pessoa que falsifica atestado médico sem ostentar a condição de “médico no exercício de sua profissão” nos tipos penais previstos nos arts. 297 e 298. Tal entendimento, no entanto, não se sustenta, uma vez que a norma contida no art. 301, §1º, é mais específica que aquela constante destes dois outros artigos.

Sendo assim, se o sujeito ativo do crime de falsificação de atestado médico for médico, será caso de aplicação do art. 302 do Código Penal. Se não for médico o agente, aplicar-se-á, no entanto, à sua conduta o disposto no art. 301, §1º, que faz referência expressa à falsificação de atestado. O *atestado médico falso* integra o universo *atestado falso*, que por sua vez integra o universo *documento*, de modo que o princípio da especialidade impede que haja a incidência das normas contidas nos arts. 297 e 298.

Uso de atestado médico falso

Considerando que existe a possibilidade de cumulação do art. 304 com o art. 301, §1º, pelos motivos anteriormente expostos, a pessoa que faz uso de atestado médico falso, que não tenha sido falsificado por médico no exercício de sua profissão, incorrerá nas penas cominadas para este crime (art. 301, §1º), e não naquele resultante da combinação que geralmente se faz nestes casos, do art. 304 com o artigos 297 ou 298.

Se o sujeito é beneficiário de atestado médico falso, cujo conteúdo é falsamente declarado por médico no exercício de sua profissão, fazendo uso do atestado em seu proveito indevido, incidirá nas penas previstas no art. 302, por força do preceito secundário do art. 304, do CP.

Conclusão

Fora das hipóteses de crime próprio, nos casos em que houver a falsificação de certidão, atestado ou atestado médico, o crime praticado será aquele previsto no art. 301, §1º, do Código Penal. Nesta figura típica se incluem os casos de falsificações de históricos escolares (natureza de certidão) e de atestados médicos (ou informações de aptidão para o trabalho) falsificados por quem não é médico, tanto em relação ao autor da falsificação quanto ao beneficiário que dele faz uso em seu proveito.

No caso do atestado médico falso, conforme já abordado, se seu falsificador for *médico no exercício de sua profissão*, a normativa aplicável ao usuário do documento/atestado médico será a do art. 302, e não a do art. 301, §1º.

Logo, o usuário de atestado médico falso poderá se submeter às sanções do art. 301, 1º, ou do art. 302, dependendo da qualidade do sujeito ativo da falsificação, por força da peculiar técnica legislativa empregada no preceito secundário do art. 304, do CP.

Por fim, considerando que a pena máxima prevista ao crime tipificado no art. 301, §1º, é inferior a dois anos, por força dos arts. 60 e 61 da lei 9.099/95, a competência para julgamento da falsificação (ou respectivo uso) de quaisquer dos mencionados documentos será do Juizado Especial Criminal.