

Revista Jurídica do

Ministério Público do Estado do Paraná

ano 4 - nº 6, junho/2017



AUTORES

Alexandre Pereira Bonna

Emerson Garcia

Fernando Rodrigues Martins

Jorge Cesar de Assis

Luiz Edson Fachin
Christine Peter da Silva

Pedro Henrique Machado da Luz
Rodrigo Régnier Chemim Guimarães

Eduardo Cambi
Marcos Vargas Fogaça

Viviane Lemes da Rosa
William Soares Pugliese

Marcos José Porto Soares

Vinicius Lameira Bernardo

Fernando da Silva Mattos

Evandro Fernandes de Pontes

Marcelo Paulo Maggio

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

Revista Jurídica do
**Ministério Público
do Estado do Paraná**

ano 4 - nº 6, junho/2017

Conselho Editorial:

Ana Teresa Silva de Freitas	Marcelo Pedroso Goulart
Claudio Franco Felix	Marcos Bittencourt Fowler
Cláudio Smirne Diniz	Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
Eduardo Augusto Salomão Cambi	Mauro Sérgio Rocha
Eduardo Diniz Neto	Nicolau Eládio Bassalo Crispino
Eliezer Gomes da Silva	Paulo Cesar Busato
Emerson Garcia	Petronio Calmon Filho
Fábio André Guaragni	Renato de Lima Castro
Fernando da Silva Mattos	Ronaldo Porto Macedo Júnior
Flavio Cardoso Pereira	Samia Saad Gallotti Bonavides
Hermes Zaneti Júnior	Sergio Luiz Kukina
Isaac Newton Blota Sabbá Guimarães	Vitor Hugo Nicastro Honesko
Lenio Luiz Streck	Walter Claudius Rothenburg

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná,
ano 4 - nº 6, junho / 2017. Curitiba, Paraná.

ISSN 2359-1021

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

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

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

Projeto Gráfico e Diagramação: Sintática Editorial Comunicação Ltda.

Sumário

1. Apresentação	9
<i>Claudio Franco Felix</i>	
2. Entrevista	
Entrevista com Ministro Mauro Campbell Marques	13
<i>Por Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini</i>	
3. Artigos	
O princípio da solidariedade frente aos fenômenos da litigação repetitiva (repeat players) e apatia racional (rational apathy)	21
<i>Alexandre Pereira Bonna</i>	
Trabalho de crianças e adolescentes e participação em espetáculos públicos: reflexões sobre o juízo competente para autorizá-los	39
<i>Emerson Garcia</i>	
Vulnerabilidade financeira e economia popular: promoção de bem fundamental social em face das práticas de institutos lucrativos ilusórios (das pirâmides ao marketing multinível)	99
<i>Fernando Rodrigues Martins</i>	
A participação do Ministério Público em órgãos colegiados da segurança pública	135
<i>Jorge Cesar de Assis</i>	
Democracia representativa no Brasil: breves reflexões sobre a participação do povo como sujeito político	165
<i>Luiz Edson Fachin e Christine Peter da Silva</i>	
A efetividade da aplicação da nova lei de medidas cautelares pessoais (Lei nº 12.403/11) pelo Tribunal de Justiça do Paraná	185
<i>Pedro Henrique Machado da Luz e Rodrigo Régner Chemim Guimarães</i>	
Conversão da ação individual em ação coletiva: análise do conteúdo do artigo 333 do CPC/2015, das razões do veto da Presidente da República e do aproveitamento do instituto no atual sistema processual	203
<i>Eduardo Cambi e Marcos Vargas Fogaça</i>	
O Poder Judiciário como Agente de Veto no Brasil	231
<i>Viviane Lemes da Rosa e William Soares Pugliese</i>	

A (im)possibilidade da mediação nos procedimentos especiais 257
Marcos José Porto Soares

Mudanças climáticas: estratégias de litigância e o papel do Judiciário no combate as causas e efeitos do aquecimento global no contexto brasileiro... 283
Vinicius Lameira Bernardo

Cinema e literatura como ferramentas para enfrentamento da crise didático-pedagógica do ensino jurídico pela via da empatia..... 323
Fernando da Silva Mattos

Lei 12.846/13, Acordos de Leniência e o Processo Administrativo Sancionador perante a CVM 343
Evandro Fernandes de Pontes

Direito à saúde: possibilidade de pretensão indenizatória para sua eficaz tutela 389
Marcelo Paulo Maggio

4. Seção Estudante

A fiscalização do sistema penitenciário pelo Ministério Público: falência da judicialização das políticas públicas 417
Felipe Teixeira Andrade

5. Apresentação do Livro

Comentários à Lei de Ação Civil Pública, revisitada, artigo pro artigo, à luz do novo CPC e temas atuais 469
Andreia Cristina Bagatin

6. Resenha

Abordando a importância das áreas verdes privadas nas cidades e os instrumentos de estímulo fiscal e econômico para conservação dessas verdadeiras reservas de vida 475
Edson Peters

Mãos Limpas e Lava Jato: a corrupção se olha no espelho 479
Rodrigo Régnier Chemim Guimarães

7. Jurisprudência Comentada

O impacto ambiental cumulativo de pequenas centrais hidrelétricas sob a ótica da jurisprudência: a necessidade de avaliação ambiental integrada ... 487
Robertson Fonseca de Azevedo, Douglas Herrera Montenegro e Dandara dos Santos Damas Ribeiro

Área da infância e juventude.....	515
<i>Luciana Linero</i>	

8. Espaço Institucional

Aplicação da Lei Maria da Penha em relações de parentesco e a presunção da vulnerabilidade da vítima mulher no contexto de desigualdade de gênero.....	573
<i>Mariana Seifert Bazzo, Susana Broglia Feitosa de Lacerca e Camila Mafioletti Daltoé</i>	

Projeto Político Pedagógico do CEAF do MPPR.....	595
<i>Eduardo Cambi, Leonora Simone Lucchese Piovesan eTiago Juliano Ribeiro Severo</i>	

9. Espaço Memorial do Ministério Público

Política nacional para memoriais dos Ministérios Públicos brasileiros	621
<i>Ana Helena Blasi Lemos</i>	

10. Seção Prata da Casa

Concurso “VI Prata da Casa” Edição 2016. Cadastro da Boa Prática	
<i>Adriéli Volpato Craveiro, Francielle Toscan Bogado e Fernando de Paula Xavier Junior ...</i>	637
<i>Cláudia Rodrigues de Moraes Piovezan</i>	645
<i>Katia Krüger</i>	651

11. Seção Interprosa

Palavras/vidas silenciadas.....	661
<i>Vanessa Fogaça Prateano</i>	
Infância roubada	665
<i>Josyanne Ferraz</i>	
P de <i>Parquet</i>	669
<i>Jonatan Lucas da Silva</i>	

12. Normas para publicação dos artigos

Normas para publicação dos artigos	675
--	-----

1. Apresentação

Apresentação

É com grande satisfação que a Associação Paranaense do Ministério Público – APMP apresenta aos integrantes do Ministério Público do Estado do Paraná a 6ª edição da nossa já consagrada Revista Jurídica.

Considero que a propagação de ideias e entendimentos dos integrantes do Ministério Público paranaense, por meio de um veículo oficial e reconhecido, contribui enormemente para o engrandecimento da Instituição e para o aperfeiçoamento da prática e da cultura jurídica nacional.

A alta qualidade dos trabalhos publicados na Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná evidencia não só o grande preparo técnico e jurídico, mas, sobretudo, a expressiva sensibilidade social dos integrantes da instituição, que, além de se dedicarem intensamente às atividades ministeriais, não descuidam da necessidade de um constante aprimoramento intelectual e humano.

Se é certo que vivemos um momento histórico-institucional marcado por reiteradas tentativas de ataques aos nossos direitos, garantias e prerrogativas, também é certo que somente a união de pensamentos e de propósitos possibilitará o adequado enfrentamento a esses ataques e a superação dos inúmeros desafios que nos são comuns. Tenho que esse espaço simboliza e reforça essa necessária união.

Conforme dizia Miguel de Cervantes: “Quando se sonha sozinho é apenas um sonho. Quando se sonha juntos é o começo da realidade.” O desejo da APMP é o de que, unidos, apesar das dificuldades, possamos continuar concretizando as nossas metas e os nossos sonhos, principalmente aqueles voltados à construção de um Ministério Público cada vez mais forte e combativo, para a proteção da sociedade.

Boa leitura!

Claudio Franco Felix

Presidente da Associação Paranaense do Ministério Público

2. Entrevista

Entrevista com Ministro Mauro Campbell Marques

Por Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini

Ministro, passados 25 anos do advento da Lei nº 8.429/1992, qual é o balanço que Vossa Excelência faz desse instrumento legislativo? Essa lei, de algum modo, contribuiu positivamente para mudanças na sociedade brasileira?



Desde que foi editada, a Lei de Improbidade Administrativa – Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 – tem desempenhado relevante papel ao trazer para debate a importância de garantir a ética e a probidade na gestão da coisa pública. Além disso, aponta para a necessidade de coibir efetivamente a prática de tais condutas, tendo em vista os seus efeitos nocivos à sociedade.

É importante observar que a norma sancionadora insere-se no conjunto de esforços empreendidos pela comunidade internacional a fim de prevenir a prática de atos de desonestidade administrativa, corrupção e demais condutas de mal uso dos recursos públicos não só por agentes estatais, mas também por particulares. Nesse sentido, é um dos instrumentos que dá cumprimento, na ordem jurídica interna, à Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e ratificada pelo estado brasileiro somente em 31 de janeiro de 2006.

Logo, é certo que a Lei de Improbidade Administrativa tem contribuído positivamente para mudanças na sociedade brasileira, pois, se de um lado

estimulou as reflexões sobre o tema, por outro, tem sido eficaz para diminuir a impunidade. Não se pode olvidar que a Constituição de 1988 reafirmou os parâmetros do estado democrático de direito para a sociedade brasileira ao eleger o cidadão, não mais entendido como mero “administrado”, como o destinatário das ações que visam a promoção e garantia da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, a Lei nº 8429/1992 desempenha um importante papel, pois veicula a mensagem de que a atuação dos agentes públicos e dos particulares deve ser ética e proba, na busca ao atendimento do interesse público.

Como Vossa Excelência vê a atuação dos tribunais brasileiros na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa?

Eu avalio como positiva a atuação dos tribunais brasileiros na aplicação da Lei nº 8429/1992. Há um inegável esforço não só do Poder Judiciário, mas também do Ministério Público e de demais órgãos para dar efetividade à Lei, bem como para reforçar junto à sociedade a importância da probidade e da ética na gestão da coisa pública.

Reconhecer todo esse caminho percorrido não quer dizer, é claro, que não há nada mais a avançar. No Superior Tribunal de Justiça, cada vez mais tenho visto surgirem novas discussões que demandam estudos e debates continuados, bem como ações de capacitação permanentes sobre a temática.

Nesse sentido, observo também que tanto o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, quanto o Conselho da Justiça Federal – CJF, têm desempenhando um importante papel para a efetivação da Lei de Improbidade Administrativa, ao sinalizar a todo o Poder Judiciário e também à sociedade em geral a necessidade de que, em tais demandas, o provimento jurisdicional deve ser adequado, célere e eficaz.

Para se ter uma ideia, as estatísticas oficiais do CJF mostram que, em 2016, foram julgados pela Justiça Federal 2.162 processos relativos a improbidade administrativa, sendo que ainda estão em trâmite 14.215 feitos. Por sua vez, informações do CNJ registram que, entre janeiro e setembro de 2016, 51.999 ações de improbidade administrativa tramitavam nas instâncias das justiças estaduais, tendo sido julgadas 18.880 dessas demandas.

Ou seja, há ainda um considerável estoque de demandas relativas a improbidade aguardando julgamento tanto na Justiça Federal quanto nas estaduais.

Assim, foi salutar a instituição, pelo CNJ, da Meta nº 4/2017, que prioriza o julgamento de processos relativos a corrupção e improbidade administrativa. De acordo com a meta, neste ano de 2017 devem ser julgados 70% das ações de improbidade administrativa distribuídas até 31/12/14, tanto pela Justiça Federal, quanto pelas estaduais.

Há, portanto, muitos desafios e obstáculos a serem vencidos, que decorrem das complexas relações sociais contemporâneas. É preciso que não só o Poder Judiciário, mas também o Ministério Público, as demais funções essenciais à justiça e a sociedade em geral estejam atentos a essas demandas e saibam dar-lhes respostas eficazes e adequadas.

No entendimento de Vossa Excelência, quais seriam os pontos reformáveis da Lei nº 8.429/1992? Ela poderia ser aprimorada?

A Lei de Improbidade Administrativa entrou em vigor em 2 de junho de 1992 e, desde então, seu maior desafio tem sido espelhar as cada vez mais rápidas e complexas mudanças pelas quais tem passado a sociedade brasileira.

É claro que sempre há espaço para aprimoramento da lei. Nesse sentido, podemos notar que tem havido intenso debate motivado pela crescente intolerância a atos de desonestidade praticados por agentes públicos e também privados.

Eu poderia citar dois pontos em que vejo espaço para o aprimoramento da Lei nº 8429/1992.

O primeiro diz respeito à necessidade de efetiva prevenção da prática de atos de improbidade, por meio da criação de mecanismos que garantam a lisura e a ética na gestão da coisa pública.

O segundo aponta para a importância de mecanismos processuais mais céleres e efetivos, não só na repressão da conduta já praticada, mas também para garantir o efetivo e integral ressarcimento ao erário dos prejuízos causados. Tais instrumentos devem abranger, também, a cooperação internacional entre autoridades de diversos países, pois são cada vez mais frequentes que as condutas extrapolem os limites territoriais nacionais.

Esses são apenas exemplos que merecem ainda um debate mais aprofundado. Claro que há ainda outros tantos pontos a avançar para que, assim, possamos garantir a aplicação da Lei de Improbidade em sintonia com nosso contexto social.

Aplicar-se o foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa, como querem alguns, seria medida recomendável?

Como já tive a oportunidade de afirmar em outras oportunidades, a discussão quanto ao foro por prerrogativa de função tem contornos eminentemente constitucionais. A prerrogativa conferida a determinadas autoridades, em razão do estrito exercício de cargo público, deve ser interpretada restritivamente e nos estreitos limites do que previu o constituinte.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu explicitamente que a prerrogativa de foro para determinadas autoridades abrange somente a prática de ilícitos penais. A improbidade administrativa, por ter natureza cível, não está inserida nesse rol taxativo.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça têm seguido essa lógica ao não admitir, de forma geral, a prerrogativa de foro em casos envolvendo a prática de atos de improbidade. A prerrogativa de foro, prevista como regra de exceção na Constituição Federal para ações criminais, não admite interpretação extensiva para incluir outras condutas capituladas na norma de regência.

É claro que a discussão é bastante complexa porque a Lei nº 8429/1992 é um importante instrumento de expressão do direito administrativo sancionatório, razão pela qual guarda semelhanças que o aproximam ao direito penal. É preciso, assim, estar atento aos caminhos que serão trilhados pela jurisprudência dos tribunais superiores quanto a esse tema.

O reconhecimento do crime de responsabilidade de atentado contra a probidade da administração (art. 85, V, CF) é causa de *impeachment* gerador de perda do cargo e de inabilitação, por até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública (Lei nº 1.079/1950). A infração administrativa de prática de improbidade administrativa é considerada infração grave pelo Estatuto dos Servidores Públicos (Lei nº 8.112/1990), cuja sanção disciplinar respectiva é a demissão do servidor público. Essa lógica sancionadora seria aceitável no âmbito de aplicação da Lei nº 8429/1992?

A Lei de Improbidade Administrativa é apenas um dos pilares que deve nortear as ações do estado brasileiro quanto à prevenção e ao combate de atos de corrupção, desonestidade administrativa e mal uso de recursos públicos. São condutas cada vez mais complexas, com danos que atingem toda a sociedade, e, por essas razões, é necessária a conjugação de vários

esforços legislativos a fim de que se possa ter uma efetiva resposta do estado em relação a essas reprováveis condutas.

A coexistência dos mencionados instrumentos legislativos demonstra uma maior preocupação da sociedade não só em coibir a prática de tais atos, mas também de promover a conscientização sobre os efeitos deles decorrentes. Assim, acredito que é bastante positivo que o estado disponha de um maior leque de medidas legislativas, tanto de ordem preventiva, quanto sancionatória.

Assim, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça afirmou, no âmbito do recurso especial nº 1364075/DF, por mim relatado, que há reconhecida independência das instâncias civil, penal e administrativa, que é afastada quando a esfera penal taxativamente afirmar que não houve o fato, e/ou, acaso existente, houver demonstrações inequívocas de que o agente não foi o seu causador. Este fundamento, inclusive, autoriza a conclusão no sentido de que as penalidades aplicadas em sede de processo administrativo disciplinar e no âmbito da improbidade administrativa, embora possam incidir na restrição de um mesmo direito, são distintas entre si, tendo em vista que se assentam em distintos planos.

Lembro o cuidado e o bom senso que devemos ter na aplicação desses instrumentos, pois, embora tenham como objetivo aprimorar a gestão da coisa pública, não podemos aceitar que haja abusos ou desrespeito a garantias e direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. No estado democrático de direito, a lógica sancionatória de todo e qualquer instrumento normativo somente faz sentido – e é salutar – se acompanhada de estrita observância aos ditames da proporcionalidade e da razoabilidade.

3. Artigos

O princípio da solidariedade frente aos fenômenos da litigação repetitiva (*repeat players*) e apatia racional (*rational apathy*)

The principle of solidarity in interface of repeat players and rational apathy

SUMÁRIO: 1. Introdução: contextualização, noções da teoria do direito como integridade, problema, justificativa e metodologia; 2. A influência da sociedade de massa na formação dos litigantes repetitivos (*repeat players*) e da apatia racional (*rational apathy*); 3. A fase pré-interpretativa e interpretativa do direito como integridade: a importância do recorte normativo justificado; 4. Justificativas do princípio da solidariedade na fase pré-interpretativa e interpretativa em face dos litigantes repetitivos (*repeat players*) e da apatia racional (*rational apathy*); 5. Conclusões; 6. Referências Bibliográficas.

* Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. Professor de graduação e pós-graduação da Universidade da Amazônia – UNAMA e Escola Superior da Advocacia – ESA. E-mail: alexandrebonna@yahoo.com.br

RESUMO: Aborda as características da sociedade moderna em relação à atomização do ser humano. Aprofunda a relação entre a sociedade atomizada e a litigação repetitiva e a apatia racional. Apresenta noções da teoria do direito como integridade, com enfoque na fase pré-interpretativa e interpretativa proposta por Ronald Dworkin. Explana as exigências do princípio jurídico da solidariedade, especialmente em face dos efeitos nocivos de uma sociedade altamente individualizada. Retoma a discussão envolvendo o princípio da solidariedade como elemento de destaque na fase pré-interpretativa e interpretativa e vetor de peso na interpretação de categorias do direito e problemas concretos enfrentados pelo Poder Judiciário.

ABSTRACT: *It discusses the features of modern society in relation to the atomization of the human being. Deepens the relationship between the atomized society and repetitive litigation and rational apathy. It presents the right theory of concepts such as integrity, focusing on pre-interpretative phase and interpretation proposed by Ronald Dworkin. Explains the requirements of the legal principle of solidarity, especially in the face of the harmful effects of a highly individualized society. Resumes discussion involving the principle of solidarity as a prominent element in the pre-interpretation and interpretive phase and weight vector in the interpretation of the right categories and specific problems faced by the judiciary.*

PALAVRAS-CHAVE: Litigantes repetitivos; apatia racional; danos em massa; direito como integridade; princípio da solidariedade.

KEYWORDS: *Repeat players; rational apathy; massive damages; integrity of law; principle of solidarity.*

1. Introdução: contextualização, noções da teoria do direito como integridade, problema, justificativa e metodologia

A presente pesquisa parte de uma constatação filosófica de que a modernidade produziu um lado sombrio nas relações privadas: a sociedade de massa e desinteressada – desenvolvida nas obras “A Condição Humana” (2011) de Hanna Arendt e “After Virtue” (1991) de Alasdair MacIntyre.

Por conseguinte, essa sociedade (de massa/desinteressada) fomentou uma grave distorção no modo como os danos são produzidos e encarados pela Judiciário e pelas vítimas dos mesmos, já que por um lado o sujeito atomizado na modernidade aceita com parcimônia condutas danosas, especialmente as de baixo valor e intensidade, e, de outro lado, essa apatia racional (*rational apathy*)¹ está imbrincada com a existência de litigantes repetitivos (*repeat players*)², que se beneficiam dessa apatia e da falta de responsabilização à altura dos danos causados.

Essas duas consequências (*rational apathy e repeat players*), pelo fato de revelarem um aspecto banalizado e padronizado da produção de danos na sociedade atual, podem ser caracterizadas preocupantemente como elementos de violação de direitos (fundamentais ou não) no bojo das relações privadas, acendendo o alerta para a reflexão sobre se as instituições criadas pelo homem - que em última instância servem para garantir o respeito e a concretização de bens básicos³ - são deficitárias em face desses fenômenos, de modo a contribuir às “reflexões práticas daqueles que se preocupam em agir, quer como juízes, quer como estadistas, quer como cidadãos” (FINNIS, *Op. Cit.*, p. 31), um dos fundamentos do Direito Natural.

¹ Expressão desenvolvida por Louis Visscher em “Economic analysis of punitive damages” (2009), afirmando a pertinência do valor indenizatório de cunho punitivo de modo a causar um desestímulo ao ofensor, assim como para fazer frente a falta de responsabilização na mesma proporção do dano causado, em especial pela apatia racional relacionada a um certo grau de aceitação do dano e falta de vigor, disposição e tempo para buscar proteção judicial.

² Expressão desenvolvida por Marc Galanter (1983), ao se referir a litigantes que se valem da falta de clareza do tratamento jurídico de determinados temas assim como da alta probabilidade de vítimas de danos não agirem judicialmente na defesa de seus direitos.

³ Os bens básicos são evidentes por si mesmos, inquestionáveis, são valores ou princípios que são necessários para qualquer boa ação do homem, além de serem fundamentais para o pleno florescimento humano. Eles servem de referência para a avaliação das instituições criadas pelo homem (FINNIS, 2007, P. 67).

Embora esse trabalho não utilize em seu desenvolvimento os pressupostos da teoria do Direito Natural, reconhece a importância de refletir sobre a harmonia das categorias jurídicas e das instituições que garantem direitos com um modelo de racionalidade jurídica suficiente para impedir graves distorções morais e de fortalecer os laços de dependência comunitária entre os membros de um determinado grupo de pessoas, dimensão esta que também se encontra no pensamento de Ronald Dworkin, especialmente quando trata das obrigações comunitárias/associativas.

As obrigações comunitárias/associativas na concepção dworkiana nada tem a ver com deveres que são deliberados e escolhidos, mas sim estão relacionados a uma atitude interpretativa, porque deve-se honrar compromissos que surgem no bojo da prática social na qual se está inserido, os quais estão vinculados a um grau de reciprocidade e noção de integridade e interpretação, motivo pelo qual este tipo de obrigação implica em algum sacrifício dos próprios interesses (DWORKIN, 1999, p. 237/244).

Nesse viés, é possível conceber uma comunidade política como um ente com personalidade e exigências próprias, diferente das dos indivíduos que a compõe, de modo que ser fiel a uma prática social implica agir de acordo com os princípios que emanam dessa comunidade personificada, o que por um lado afasta essa moral das crenças populares, mas que por outro está interligada a um conjunto de práticas. Assim, o agir moral em harmonia com essas práticas nada tem a ver com o que as pessoas individualmente pensam ser o moralmente correto (DWORKIN, 1999, p. 204/208).

Portanto, a concepção do direito como integridade a tarefa de explicar como um padrão de comportamento exigido por princípios surge a partir de uma prática social, se caracterizando como uma teoria do direito que possui um elemento comunitário, porque embora acate um certo grau de liberdade de perseguir ambições, compromissos, projetos e interesses pessoais, essa esfera da soberania individual sofre restrições pela integridade (DWORKIN, 1999, p. 211).

Essa concepção de direito (direito como integridade), adotada como premissa na presente pesquisa, presta substrato para justificar a interferência da autoridade do Estado na esfera de direitos dos indivíduos. Vale destacar que a atividade jurisdicional também tem cunho político, não de política partidária mas sim de princípio político, especialmente em casos controvertidos (DWORKIN, 2001, p. 5/6).

É por esse motivo que o direito como integridade defende uma visão “centrada nos direitos” e não no “texto legal”, em razão da amplitude a que o magistrado está autorizado a adentrar, aproximando a atividade jurisdicional da política. Enquanto que a concepção “centrada no texto legal” afirma que o poder do Estado só pode ser exercido contra os cidadãos a partir de regras explicitamente especificadas, não podendo inovar até que as mesmas sejam modificadas, a concepção “centrada nos direitos” parte de um ideal de justiça substantiva segundo a qual os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e perante o Estado, assim como o Estado do Direito necessita incorporar e aplicar esses direitos morais (DWORKIN, 2001, p. 6/7).

Isso não significa que o texto legal (constituição, leis, decretos) não tenha peso e importância, pelo contrário, “um elevado grau de aquiescência à concepção centrada no texto jurídico parece ser necessário a uma sociedade justa” (DWORKIN, 2001, p. 9). Contudo, sob essa ótica centrada nos direitos, não são apenas as decisões oficiais que os outorgam, nem tampouco a intenção de soberanos e muito menos o consenso em uma certa comunidade, apesar de muitos críticos da concepção dworkiana alegarem que se trata de uma versão falha do direito por não conseguir refletir previsibilidade na vida dos cidadãos nem reivindicar autoridade visto que as questões extralegais comportam muitos dissensos.

De fato, a integridade não exige concordância (exceto na fase pré-interpretativa). A própria falta de consenso sobre direitos morais e a pluralidade de opiniões enriquece a prática social, de modo que a existência de direitos está imbricada com a comunidade personificada, a qual é um ente diverso dos sujeitos que a compõe e, por esse motivo, exige um conjunto de padrões que podem não ter relação com a opinião da maioria.

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral (DWORKIN, 2001, p. 101).

Construir os direitos a partir da comunidade personificada exige a compreensão de um tipo especial de moralidade política que respeita o passado o presente e o futuro, considerando que a melhor concepção de direitos será aquela que descrever da maneira mais coerente a continuidade do empreendimento interpretativo, teoria esta que será retomada mais adiante.

A presente pesquisa busca refletir – na fase pré-interpretativa e interpretativa do direito como integridade - sobre se o juiz está obrigado a pesar o princípio da solidariedade previsto no artigo 3^a, inciso I da Constituição Federal de 1988 na interpretação de direitos inseridos nos fenômenos da litigação repetitiva e da apatia racional, pois caso possua, em algum grau o Poder Judiciário estaria contribuindo para a construção de uma sociedade mais solidária, menos apática e propensa a danos em massa, fortalecendo laços comunitários e de dependência mútua.

A justificativa da referida discussão se revela a partir da realidade alarmante que se instaurou na sociedade brasileira no tocante a práticas ilegais e danosas que continuam sendo perpetradas, posto que à luz do custo-benefício são lucrativas (há um preço do ilícito)⁴ e se valem da apatia racional, além de outros fatores como a morosidade do Poder Judiciário. Neste cenário, engendrado pelo profundo individualismo que afetou a sociedade moderna, torna-se natural pautar condutas em detrimento ou com indiferença perante o outro, sendo fundamental retomar a discussão ética pelo canal do princípio da solidariedade e do direito como integridade, que possui também um aspecto comunitário na análise dos direitos.

Primeiramente, será feita uma abordagem da sociedade de massa e a sua influência na subsistência dos litigantes repetitivos e da apatia racional. Em seguida, será dada continuidade à construção da teoria do direito como integridade de Dworkin, especialmente explicando a fase pré-interpretativa e interpretativa. Ao final, refletir-se-á acerca do peso do princípio da solidariedade em casos judiciais onde o magistrado se vê diante daqueles fenômenos enunciados pela filosofia.

2. A influência da sociedade de massa na formação dos litigantes repetitivos (*repeat players*) e da apatia racional (*rational apathy*)

A vida do homem em uma sociedade de massa é marcada pelo isolamento e falta de vínculos de dependência, formando o que podemos

⁴ Já desenvolvi a relação de práticas ilícitas com altos lucros em meu “Punitive damages (indenização punitiva) e os danos em massa: “preço do ilícito”, por meio do qual os ofensores sabem previamente quantas vítimas ingressarão em juízo e também quanto despenderão a título de indenização compensatória, verificando quão vale a pena violar direito alheio” (BONNA, 2015, p. 102)

chamar de atomização, que representa a existência de vínculos muito fracos entre os membros de uma dada comunidade, se perdendo a noção de algum objetivo a ser alcançado em cooperação.

Inúmeras razões contribuíram para a alienação do homem em relação ao próximo, como a reforma protestante, as conquistas marítimas, o movimento de aglutinação nas cidades e o avanço científico, porém nenhum desses motivos foi mais forte que o fato de o trabalho ter se tornado a atividade mais importante da vida do homem moderno, ou, em outras palavras, o *animal laborans* ter vencido o *homo faber* na modernidade.

O *animal laborans* representa o estado do homem enquanto mantenedor da vida e do processo biológico correlato, não se diferenciando nessa condição de outros animais. É caracterizado pela atividade do trabalho (*labor*), ou seja, para Hannah Arendt o trabalho é sinônimo de ações inseridas em um ciclo de obtenção de necessidades imediatas, motivo pelo qual o resultado do trabalho tem permanência breve no mundo “seja por meio da absorção no processo vital do animal humano, seja por meio da deterioração (...) desaparecem mais rapidamente que qualquer outra parte do mundo” (ARENDR, *Op. Cit.*, p. 118/119).

O *homo faber* (homem fabricante) possui como atividade a obra (*work*), por meio da qual violenta a natureza para produzir objetos duráveis, para além de seu ciclo biológico. Nesse estado, o homem opera sobre a natureza para produzir um conjunto de objetos artificiais com caráter permanente a serem partilhados por outros homens (ARENDR, *Op. Cit.*, p. 169).

A transformação do trabalho como a atividade preponderante do homem moderno, fez com que todos os valores desse homem trabalhador (*animal laborans*) fossem transportados para outros campos da vida social. Assim, o aspecto cíclico e efêmero do homem trabalhador impregnou as relações sociais de modo que o homem passou a não ver mais nada além de si mesmo e suas respectivas necessidades, perdendo inclusive o interesse pelo aspecto comunitário e social.

Esse desinteresse pelo outro pode claramente ser constatado através da bifurcação de dois campos abertos de vida e reciprocamente excludentes: a vida social e a esfera individual: “this bifurcation is itself an important clue to the central characteristics of modern societies” (MACINTYRE, *Op. Cit.*, p. 34). No aspecto individual, os indivíduos são soberanos em suas escolas

relacionadas aos bens que desejem perseguir; no tocante à vida social, a burocracia e as decisões oficiais são soberanas.

Ressalta-se que a sociedade de consumidores está imbricada com a sociedade de trabalhadores⁵, pois o consumo desenfreado do homem caracterizado pela voracidade da substituição rápida de mobílias, carros, celulares, roupas e demais objetos do mundo engloba um processo produtivo composto de uma massa de trabalhadores para dar conta de imprimir alta produtividade em face da velocidade com que os itens de consumo são tragados e descartados.

É nesse sentido que se diz que o *animal laborans* venceu no mundo moderno, porque a abundância e efemeridade do mesmo são características próprias do homem que visa a manutenção da vida, em contraste com o *homo faber*, que despende esforços para que os objetos fabricados sejam efetivamente utilizados e tenham durabilidade e permanência no mundo. Ou seja, o ciclo interminável da vida (caça, pesca, reprodução etc) se encaixa no ciclo interminável do consumo, e em ambas a fronteira entre a humanidade e a animalidade são estreitas.

É possível relacionar esse isolamento ocasionado pela preponderância do trabalho com o fenômeno da apatia racional (rational apathy), visto que a vida plena do ser humano, de acordo com o pensamento de Hannah Arendt, deveria envolver uma relação harmônica entre a atividade do trabalho, da fabricação e da ação (relacionada ao agir moral, reflexões, decisões), e, como o homem moderno dedica a maior parte do seu tempo à atividade do trabalho (leia-se atividade para manter-se vivo), pouco espaço sobra para tarefas de preservação e defesa de direitos, pouco sobra para o agir.

⁵ Tamanho é o isolamento do homem moderno que há pesquisas que entendem que para o filósofo MacIntyre as relações de trabalho e de consumo não poderiam ser caracterizadas como práticas visto que os seus componentes estão sempre em busca de bens externos a essas práticas, como dinheiro, poder etc. Nesse sentido: “As atividades laborais de boa parte dos habitantes do mundo moderno não podem ser compreendidas como uma prática nos termos que MacIntyre desenvolve. Pois, ao deslocar o trabalho produtivo de dentro dos laços comunitários, se perdeu a noção de trabalho como uma arte que contribuía para o sustento da comunidade e dos lares. (...) Por conseguinte, as relações meio-fins são necessariamente externas aos fins daqueles que trabalham, e como já ressaltamos, as práticas com bens internos foram excluídas, assim como as artes, as ciências e os jogos são tidos como trabalhos de uma minoria especializada” (SANTOS, 2012, p. 101/102).

Nesse sentido, é muito comum deparar-se com situações ilegais e danosas (valor mínimo de compra para cartão de crédito, cláusulas abusivas, publicidades enganosas, assédios morais, débito automático de serviço não autorizado, descumprimento parcial de contratos) que facilmente são aceitas com parcimônia pelas vítimas, seja porque tem pouca disposição e vigor para agir, seja porque individualmente considerados os referidos danos são baixos.

Nesse desiderato, o lucro ilícito a partir de uma apatia coletiva de pequenos danos gera outro fenômeno: o da litigação repetitiva (*repeat players*), o qual é reforçado pelo enorme grau de desinteresse pelo outro próprio da modernidade, individualismo liberal a coexistência pacífica de setores da vida humana incomunicáveis entre si, mas considerados harmônicos (a vida individual e a vida comunitária): “so work is divided from leisure, private life from public, the corporate from the personal. (...) And all these separations have been achieved so that it is the distinctiveness of each and not the unity of the life of the individual (MACINTYRE, *Op. Cit.*, p. 204).

Por fim, um magistrado insensível ao mundo que lhe rodeia e aos seus fenômenos desagregadores não julgará atendendo aos ditames constitucionais do solidarismo, que, como princípio que é, impõe interpretações jurídicas em um determinado vetor, podendo influenciar na interpretação de categorias do direito privado, especialmente diante de casos que denotem a apatia racional e a litigação repetitiva, elementos que evidenciam essa fragmentação e o desinteresse pela esfera de bens jurídicos de outrem.

3. A fase pré-interpretativa e interpretativa do direito como integridade: a importância do recorte normativo justificado

A concepção de direito de Ronald Dworkin exige que o intérprete tenha responsabilidade com as reivindicações da integridade, uma delas é a de que o destino dado ao direito seja o que melhor se amolde às práticas da comunidade e isso implica em potencializar a efetividade de princípios jurídicos, os quais são responsáveis por dotar de sentido, unidade e coerência os sistemas jurídicos, especialmente os de cunho constitucional como o da solidariedade. Nesse sentido, Lenio Luiz Streck acentua essa dimensão da integridade:

(...) de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção, diante do que, por vezes, a coerência com as decisões anteriores será sacrificada em nome de tais princípios (circunstância que assume especial relevância nos sistemas jurídicos como o do Brasil, em que os princípios constitucionais transformam em obrigação jurídica um ideal moral da sociedade) (2008, p. 272-273).

Assim, uma das pretensões da integridade é conferir importância à totalidade do direito, pois como visto, a sociedade personificada explicada por Ronald Dworkin revela que a comunidade política possui imposições e deveres que não necessariamente condizem com as pretensões individuais de cada um dos seus membros, posto que estes estão submetidos a princípios comuns e fundantes da comunidade, a ponto de a concepção de justiça ter de se pautar em princípios fundamentais, como o da solidariedade, em detrimento de normas mais específicas, princípios menos abstratos ou regras.

É como se a sociedade/comunidade fosse portadora de um objetivo/ telos próprio e que esses princípios representassem isso podendo impor limites a determinadas interpretações jurídicas, motivo pelo qual o direito não se diferencia de outras práticas sociais, que necessitam para a sua inteira compreensão em momentos de dúvida de uma noção adequada sobre o que a prática requer se devidamente compreendida (DWORKIN, 1999, p. 58).

Nesse viés, a tarefa dworkiana de interpretação do direito deve conceber 3 momentos distintos: pré-interpretativo, interpretativo e pós-interpretativo (DWORKIN, 1999, p. 81) O trabalho se atém especificamente às fases relacionadas ao recorte normativo e às justificativas desse recorte (respectivamente, fases pré-interpretativa e interpretativa), deixando de lado a fase atinente à análise das exigências que as justificativas das etapas anteriores requerem no caso concreto.

A fase pré-interpretativa parte do pressuposto de que para iniciar qualquer atividade interpretativa faz-se necessário partir de elementos que evidenciem decisões políticas do passado que consensualmente devam ser consideradas à tarefa interpretativa, que em última instância e em consonância com as outras fases irá justificar a força do Estado na esfera particular. Em outras práticas esse recorte é comum, como nas obras literárias:

Na interpretação de obras literárias, a etapa equivalente é aquela em que são totalmente identificados romances, peças etc., isto é, a etapa na qual o texto de Moby Dick é identificado e distinguido do texto de outros romances (DWORKIN, 1999, p. 81).

O pressuposto da etapa pré-interpretativa é de que qualquer diálogo só tem sentido se primeiro as premissas dos participantes foram consensualmente selecionadas, de modo a identificar bases e padrões comuns sobre quais práticas são relevantes para a prática jurídica. Somente em momento posterior será possível percorrer um aprofundamento interpretativo sobre qual a melhor interpretação que se amolda à comunidade política:

Essa é uma exigência prática de qualquer empreendimento interpretativo. (...) Todos entramos na história de uma prática interpretativa em um determinado momento; nesse sentido, o necessário acordo pré-interpretativo é contingente e local (DWORKIN, 1999, p. 113).

Em seguida, passa-se à fase interpretativa, marcada pela necessidade de dar razões e justificativas para o recorte normativo feito na fase anterior, motivo pelo qual o recorte será diferente para cada caso, portanto, as decisões políticas do passado que serão determinantes para a interpretação construtiva de um caso não serão as mesmas para outro, mostrando toda a dinamicidade do direito e o permanente ônus argumentativo imposto ao intérprete no sentido de justificar os pilares estruturantes da sua tarefa hermenêutica para posteriormente pesar os princípios em jogo.

4. Justificativas do princípio da solidariedade na fase pré-interpretativa e interpretativa em face dos litigantes repetitivos (*repeat players*) e da apatia racional (*rational apathy*)

Agora o trabalho se ocupará da tarefa de avaliar a presença do princípio da solidariedade em casos de litigação repetitiva e apatia racional, analisando as razões da fase interpretativa que teriam justificariam o seu peso no recorte normativo de casos envolvendo litigação de massa, visto que caso existam boas razões para a sua inclusão, diversas categorias do direito podem ter a sua interpretação alterada e aprofundada.

Antes de adentrar no conteúdo do princípio da solidariedade, faz-se necessário frisar 3 aspectos: a) ao avaliar o conteúdo do princípio da solidariedade e a sua relação com as questões de massa e da litigação repetitiva, se está na fase pré-interpretativa e interpretativa, momento em que o intérprete realiza um corte normativo sobre quais decisões políticas do passado terão peso na avaliação de um certo fenômeno jurídico a partir de justificativas; b) afirmar que a solidariedade se trata de um princípio e não de

uma regra implica no reconhecimento de que não existe a possibilidade de enumerar aprioristicamente hipóteses de cabimento, visto que um princípio é obrigatório em um certo caso particular porque funciona como um vetor que deve ser contrabalanceado com outros vetores (princípios). Quando há um princípio, significa ele deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como se fosse uma razão numa ou outra direção. Quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Faz sentido perguntar que peso ele tem ou qual importância” (DWORKIN, p. 2002, p. 38/43), e, acrescentaria, mesmo que um princípio não se inter cruze com o outro, é válido indagar qual o peso que ele possui na interpretação de categorias do direito envolvidas no litígio.

Quanto à fase pré-interpretativa, não há maiores dificuldades em reconhecer que a Constituição Federal e seus princípios são práticas que compõe a prática jurídica e são levados em conta para a atuação não só de funcionários públicos como também de particulares, assim como pautam as decisões da atividade jurisdicional, que interpretam o direito à luz de princípios. Ou seja, a questão não está em justificar que os princípios constitucionais fazem parte de nossas práticas, mas sim de justificar a presença do princípio da solidariedade no recorte normativo de casos envolvendo litigação repetitiva e apatia racional.

Quanto às justificativas para o princípio da solidariedade, dentro da fase interpretativa, vale ressaltar que a solidariedade, antes de ser inserida como um dos objetivos da República Federativa do Brasil de 1988, foi muito discutida no âmbito do direito internacional dos direitos humanos. Na década de 1970, Karel Vasak mencionou “direitos de solidariedade” ou de “fraternidade”, ao se referir aos direitos à paz, meio ambiente equilibrado, desenvolvimento e patrimônio comum da humanidade, em outras palavras, direitos relacionados ao bem-estar e ao reconhecimento de interesses comuns entre os homens (BIONDI, 2015, p. 16).

Desta feita, haveria uma dimensão de direitos abstratos centrados no indivíduo em si (civis e políticos), direitos relacionados às necessidades básicas a serem supridas (sociais, econômicos e culturais) e por fim uma dimensão em que a dignidade da pessoa humana cresce e se expande a ponto de exigir um tipo especial de relação entre os indivíduos. Frisa-se que há estudos que apontam para outras dimensões de direitos humanos.

Portanto, este viés solidário exige uma concepção de bem comum a todos os membros de uma comunidade política, bem este que só pode ser

alcançado mediante o esforço de todos, pessoa físicas e jurídicas, públicas e privadas, tornando-se jurídico (obrigatório) no comportamento das pessoas o dever de empenhar-se nesta tarefa, de modo que a humanidade ou a personalidade humana só estaria completa caso esta percepção do outro (e de seus respectivos interesses) fosse lapidada.

Em razão dos limites do presente trabalho, parte-se do pressuposto de que a solidariedade possui viés jurídico e obrigatório, visto que existem teóricos críticos do caráter jurídico da solidariedade, aduzindo que se trata de um princípio ainda vago e abstrato e que comporta exigências morais e não jurídicas.

Essa exigência jurídica da solidariedade pode envolver uma dimensão interna ou até mesmo restrita a um certo grupo de pessoas e não necessariamente atrai um fator internacional, tendo como característica central o fato de que as partes isoladas de um todo só terem sentido se consideradas por inteiro e por completo, como explica Fábio Konder Comparato (2006, p. 577): “a solidariedade não diz respeito, portanto, a uma unidade isolada, nem a uma proporção entre duas ou mais unidades, mas à relação de todas as partes de um todo, entre si e cada uma perante o conjunto de todas elas”.

Ao refletir sobre o alcance dessa exigência no direito, é possível constatar que se deve ir além dos interesses direitos e interesses individuais, de modo a interpretar regras e princípios no sentido de atenderem também o vetor que busca harmonizar os interesses individuais com um objetivo coletivo relacionado ao prestígio da coexistência e compatibilidade de projetos de vida distintos, que são justamente os valores necessários para fazer frente ao fenômeno do isolamento e da atomização do ser humano, que na modernidade propiciaram o surgimento da litigação de massa e da apatia racional, que são consequências do profundo grau de individualismo que a humanidade atingiu.

O direito, como reflexo também dos valores da sociedade na qual está inserido, foi contaminado não tanto em seus institutos da responsabilidade civil e do direito processual civil – que até possui elementos de bem comum, como a função social da propriedade e dos contratos, boa-fé objetiva, dignidade da pessoa humana, etcetera – mas principalmente na instância da atividade jurisdicional, particularmente na interpretação que juízes e tribunais dão aos direitos que os cidadãos têm em litígios envolvendo danos em larga escala e apatia racional.

Vê-se a insuficiência da interpretação de categorias do direito privado ao constatar-se que quando se está diante de danos em massa, os magistrados não levam em conta o momento pré-processual (pré-litigioso) relacionado à inércia das vítimas de danos em relação a danos de pequena monta, se atento a fixar valor indenizatório meramente compensatório do dano individual, não se preocupando em majorar a verba de modo a causar um desestímulo à conduta do ofensor a ponto de inibir ele e outros em igual condição de perpetrarem danos em massa e pautarem suas atividades com alto grau de desinteresse pelos projetos de vida do outro.

Aliás, constata-se a nefasta equação do custo-benefício no manejo de produtos e serviços, assim como no trato com as condições de trabalho, onde as escolhas são sempre pautadas sob essa ótica, de modo a reduzir custos e incrementar os ganhos, mesmo que isso signifique lesionar o outro, devendo o Poder Judiciário, valendo-se do princípio da solidariedade e de suas exigências, atribuir peso, por exemplo, ao cabimento da indenização punitiva na experiência brasileira, de modo a fazer frente às práticas individualistas e estabelecer um padrão público de comportamento e de justiça relacionado à solidarização.

De igual modo, outro aspecto que demonstra como a atomização do ser humano atinge a interpretação dos tribunais quanto à fraqueza das ações coletivas no trato das questões de massa e a inúmeros entraves criados jurisprudencialmente para limitar o grau de abrangência dos entes legitimados para propor ações coletivas, exigindo, por exemplo, que os interesses em jogo sejam “relevantes” ou possuam “interesse público”, fatores estes que acarretaram, juntamente com o regime de coisa julgada, uma espécie de falência das ações coletivas no trato das questões de massa:

Mesmo com a implantação de um regime próprio para os processos coletivos, persistem as demandas repetitivas, que se multiplicam a cada dia. (...) Na sociedade atual, caracterizada pela crescente complexidade das relações jurídicas, há um enorme agigantamento na quantidade de litígios, sendo praticamente ilusório tentar conter tal crescimento. As demandas coletivas não têm conseguido resolver todos esses casos. Muitos dos problemas de massa são solucionados individualmente, em cada uma dos milhares de demandas propostas a respeito do mesmo tema. Com efeito, não é raro que uma determinada situação atinja, a um só tempo, uma quantidade exagerada de pessoas, que, diante disso, passam a ingressar em juízo na busca do reconhecimento de seu direito (DIDIÉ; CUNHA, 2015, p. 584).

Assim, caso o princípio da solidariedade fosse selecionado na fase pré-interpretativa e justificado na interpretativa em conflitos de massa, os rumos interpretativos acerca das ações coletivas poderiam tomar outro rumo e serem fortalecidas como instrumento para fazer frente de maneira satisfatória a condutas danosas repetitivas e marcadas pela desproteção das vítimas, apontando a uma direção de conferir maior efetividades às causas coletivas, aos entes legitimados e aos direitos em jogo em contraposição aos argumentos e princípios em sentido contrário, visto que o ideal solidário implica a enfrentar a atomização do ser humano e por consequência os efeitos dessa atomização (leia-se litigação repetitiva e apatia racional).

Outra categoria do direito que poderia ser atingida no seu modo de interpretar a partir do recorte normativo que leve em conta a solidariedade é a boa-fé objetiva, como exigência de que os contratantes guardem entre si antes, durante e após a relação jurídica deveres de lealdade, retidão, transparência, probidade e informação mútua. Esse princípio pode e deve ser manejado em relações de massa e danos repetitivos, pois é um típico instituto do direito privado que pode ter a sua extensão comprometida pela desconsideração do princípio da solidariedade, uma vez que o grau de abrangência do que se exige a partir da lealdade e probidade é profundamente aumentado se pôr-se à prova o ideal de construir uma sociedade solidária e lutar contra o isolamento do ser humano, denotando mais uma vez a relevância e importância do referido princípio no trato das questões de massa.

Assim, considerando a escolha política-legislativa de elevar a objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade solidária, assim como o papel que esse princípio pode desempenhar em casos concretos envolvendo litigação repetitiva e apatia racional, apontando para a interpretação do direito que mais se amolde a esse ideal, há justificativa para que esse princípio não seja negligenciado enquanto guia interpretativo de litígios de massa.

5. Conclusões

Não há saída. Se a litigação repetitiva e a apatia racional são fenômenos do isolamento do ser humano e trazem consigo uma série de mazelas, sendo o princípio da solidariedade um vetor que abranda, atenua e enfraquece essa selvageria, como demonstrando ao longo da pesquisa,

o magistrado está obrigado a selecioná-lo na fase pré-interpretativa e interpretativa como princípio jurídico de estatura constitucional a ser pesado com outros princípios ou mesmo em conflito de regras de modo a favorecer uma das interpretações.

Deste modo, o Judiciário agregaria um ingrediente interpretativo que fizesse frente à atomização e isolamento do ser humano, contribuindo para o incremento dos institutos de direitos privado na esteira desse ideal, porque quando o princípio da solidariedade é atraído para um caso, a interpretação jurídica é revestida de um patamar ético, terreno fértil para a eficácia dos direitos fundamentais, fonte última da autoridade do direito.

6. Referências Bibliográficas

ARENDRT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

BIONDI, Pablo. *Capitalismo e direitos humanos de solidariedade: elementos de uma crítica*. 2015. 359 f. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos)–Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

BONNA, Alexandre Pereira. *Punitive damages (indenização punitiva) e os danos em massa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPODVM, 2015. v. 3.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GALANTER, Marc. Reading the landscape of disputes: what we know and don't know (and think we know) about our allegedly contentious and litigious society. *UCLA Law Review*, v. 31, n. 1, p. 4-71, Oct. 1983.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução de Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*. 3rd. ed. Notre Dame: University of Notre Dame Press, 2007.

SANTOS, Lorena Maria de Moura. *Comunidade e moralidade na filosofia de Alasdair MacIntyre*. 2012. 133 f. Dissertação (Mestrado em Ética e Epistemologia)—Universidade Federal do Piauí, Teresina, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VISSCHER, Louis T. Economic analysis of punitive damages. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (Ed.). *Punitive damages: common law and civil law perspectives*. New York: Springer, 2009. p. 219-236.

LEITURAS ADICIONAIS EM NOSSA BIBLIOTECA

NEVES, Karina Penna. Presunção de causalidade e causalidade alternativa, solidariedade e dignidade humana. *Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo*, v. 5, n. 17, p. 59-90, jan./mar. 2013.

ROCHA, Ibraim. Manifesto da integridade dogmática do direito: racionalidade e princípios: argumentação sobre a função do STF no sistema jurídico brasileiro. *Revista dos Tribunais Nordeste*, v. 2, n. 7-8, p. 189-251, set.-out./nov.-dez. 2014.

TAKOI, Sérgio Massaru. Breves comentários ao princípio constitucional da solidariedade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 17, n. 66. p. 293-310, jan./mar. 2009.

Trabalho de crianças e adolescentes e participação em espetáculos públicos: reflexões sobre o juízo competente para autorizá-los

Work of children and adolescents and their participation in public shows: reflections on the competent court to authorize them

SUMÁRIO: 1. Delimitação do plano de análise; 2. Aspectos gerais do trabalho de crianças e adolescentes; 3. Participação de crianças e adolescentes em espetáculos públicos; 4. Autorização judicial para o trabalho e para a participação em espetáculos públicos; 5. Iniciativas favoráveis à competência da Justiça do Trabalho; 6. A competência do Juízo da Infância e da Juventude e o seu alicerce argumentativo; 6.1. O direito da infância e da juventude e sua autonomia existencial; 6.2. A distinção entre autorização para o trabalho e relação de trabalho; 7. Epílogo; 8. Referências Bibliográficas.

* Pós-doutorando, Doutor e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Especialista em *Education Law and Policy* pela *European Association for Education Law and Policy* (Antuérpia – Bélgica) e em Ciências Políticas e Internacionais pela Universidade de Lisboa. Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Consultor Jurídico da Procuradoria-Geral de Justiça e Diretor da Revista de Direito. Consultor Jurídico da Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). Membro Honorário do Instituto dos Advogados Brasileiros e participante da *American Society of International Law* e da *International Association of Prosecutors*.

RESUMO: O trabalho de crianças e adolescentes há muito tem atraído os olhares de tantos quantos se preocupam com a continuidade e o sadio desenvolvimento da espécie humana. Afinal, é sabido que essa camada da população tem sido vítima de abusos de toda ordem, daí as restrições, ao exercício de atividades laborativas, baseadas no critério etário. Em situações excepcionais, é possível que o hoje denominado Juízo da Infância e da Juventude autorize o desempenho de certas atividades, incluindo a participação em espetáculos públicos, que, em muitos casos, mais se aproxima de uma atividade de lazer que propriamente de um labor. O objetivo dessas breves linhas é tão somente o de demonstrar que o art. 114, I, da Constituição da República, com a redação que lhe foi atribuída pela Emenda Constitucional nº 45/2004, em nada alterou esse quadro, de modo que a Justiça do Trabalho, conquanto seja competente para apreciar *as ações oriundas da relação de trabalho*, não o é para apreciar o pedido de *autorização para o trabalho*.

ABSTRACT: *The work of children and adolescents has long attracted the eyes of many as care about the continuity and healthy development of the human species. After all, it is known that this layer of the population has been the victim of abuse of all kinds, hence the restrictions on the exercise of labor activities, based on age criteria. In exceptional circumstances it is possible that today named Judge of the Children and Youth authorizes the performance of certain activities, including participation in public spectacles, which in many cases is closer to a leisure activity that exactly a work. The purpose of these few lines is simple to demonstrate that article 114, I, of the Constitution, with the wording given to it by the Amendment 45/2004, did not alter this situation, so that the labor courts, although has jurisdiction over actions arising from the employment relationship, it is not to consider the request for authorization to work.*

PALAVRAS-CHAVES: juventude; relação de trabalho; espetáculos; autorização; Juízo da Infância e da Juventude.

KEYWORDS: *youth; employment relationship; spectacles; authorization; Judge of the Children and Youth.*

1. Delimitação do plano de análise

Um bom alicerce garante a solidez da construção. Essa máxima, ínsita no pensamento individual e amplamente difundida em qualquer ambiente sociopolítico, é daquelas que une, com rara plasticidade, engenho e filosofia. Do mesmo modo que nenhuma construção permanece imune às suas falhas estruturais, também o ser humano há de colher, na fase madura da vida, ou as bonanças advindas da sementeira da juventude ou, não raro, as intempéries decorrentes de uma formação insuficiente ou inadequada. Na invejável percepção do poeta inglês Woodworth,¹ “[t]he child is the father of the man”. A juventude de hoje dá origem à maturidade do amanhã, assim como a manhã inaugura o dia que há de findar com a noite.

Não é por outra razão que as sociedades há muito têm se preocupado com a proteção e o desenvolvimento da *juventude*, designativo que alberga os seres humanos ainda em formação, não alcançados pela maturidade e que é preferível ao signifiante *menor*, por si só estigmatizante, na forma e na essência. Um dos aspectos dessa preocupação reflete-se no cuidado em relação à identificação das situações em que deve ser admitido, ou não, o exercício do trabalho ou a participação em espetáculos públicos por essa camada da população. Afinal, o trabalho prematuro pode subtrair momentos preciosos de estudo e lazer, colocando em risco o futuro do indivíduo e, porque não, da própria sociedade em que inserido.² Espetáculos alicerçados em uma base de valores distorcida podem simplesmente deturpar personalidades.

O direito brasileiro, certamente influenciado por um movimento cosmopolita, há pelo menos um século tem externado a sua preocupação com o trabalho da juventude e estabelecido padrões regulatórios para o seu exercício. Além de ser comum o estabelecimento de vedações para o exercício do trabalho a partir de critérios etários, tem sido igualmente permitido que, com a vedação geral, concorram autorizações específicas. Nesse caso, é preciso que uma autoridade judiciária venha a concedê-las. Essa autoridade, há pouco menos de um século, tem sido o juízo com competência específica para atuar em assuntos afetos à juventude. Ainda que um século seja pouco

¹ WORDSWORTH, William. *The Rainbow, in Poems*, vol. I. 2ª ed. London: Clarence Press, 1952, p. 226.

² Wolowski, refletindo sobre os impactos trazidos pela Revolução Industrial, também realçara que “a criança de hoje é a sociedade do futuro” (*Le Travail des Enfants dans les Manufactures*. Paris: Librairie Guillaumin, 1868, p. 11).

mais que nada em termos de evolução da humanidade, é prazo mais que considerável em termos de estabilidade normativa, principalmente em um País como o nosso, que há pouco mais de um século tornou-se República e que por poucas décadas conviveu com práticas democráticas.

Apesar desse quadro de estabilidade, percebe-se, no alvorecer do século XXI, o surgimento de um movimento, ainda incipiente, prosélito da incorreção da sistemática legal que atribui ao juízo da juventude (*rectius*: da infância e da juventude) competência para autorizar o trabalho nas situações em que a ordem jurídica estabelece uma vedação geral. Afinal, segundo eles, por estarmos perante uma relação de trabalho, a competência, por imperativo constitucional, haveria de ser da Justiça do Trabalho. Muitos defendem que até mesmo a autorização para a participação episódica em espetáculos públicos deveria ser absorvida por este ramo especializado.

O objetivo dessas breves linhas é analisar o atual estágio de evolução dessa temática e apresentar o nosso entendimento a seu respeito. O primeiro passo é identificar os aspectos gerais do trabalho da juventude e as especificidades que envolvem a sua participação em espetáculos públicos. A partir daí, será possível aferir a funcionalidade da autorização judicial e os argumentos que pesam a favor da competência da Justiça do Trabalho e aqueles que caminham no mesmo norte em que se situa a Justiça da Infância e da Juventude.

2. Aspectos gerais do trabalho de crianças e adolescentes

O trabalho do homem, como se sabe, passou por múltiplas vicissitudes de ordem sócio-jurídica desde os primórdios da humanidade. Como referenciais, podemos mencionar o trabalho como meio indispensável à subsistência, presente desde as épocas mais primitivas, e, numa fase mais avançada, o trabalho voltado à satisfação dos interesses de outrem, do que são exemplos (1) a escravidão, caracterizada pela falta de liberdade e pela prestação de uma atividade laborativa compulsória, sem qualquer contraprestação do tomador, (2) a servidão, própria do período feudal, em que o indivíduo não tinha ampla liberdade, mas possuía alguns direitos (*v.g.*: direito de herança sobre animais e objetos pessoais), beneficiando-se da produção; e (3) o trabalho remunerado, que, em suas origens, além da remuneração, poucos direitos assegurava ao trabalhador, em muito se assemelhando a uma mera mercadoria.

A conquista do trabalho remunerado é fruto da revolução política do Século XVIII, de raízes franco-americanas, que apregoou a liberdade como valor fundamental e rechaçou o trabalho servil. No Édito de fevereiro de 1776, elaborado pelo Ministro Turgot e que dispensava a vinculação dos trabalhadores às corporações de ofício, afirmava-se que *“Dieu, en donnant à l’homme des besoins, en lui rendant nécessaire la ressource du travail, a fait du droit de travailler, la propriété de tout homme; et cette propriété est la première, la plus sacrée et la plus imprescriptible de toutes. Nous regardons comme un des premiers devoirs de notre justice, et comme un des actes les plus dignes de notre bienfaisance, d’affranchir nos sujets de toutes les atteintes portées à ce droit inaliénable de l’humanité.”*³ Essa construção filosófica, no entanto, teve o seu brilho ofuscado por alguns dogmas da Revolução Industrial. A liberdade não conseguia transpor o plano idealístico-formal e o trabalho remunerado transmudava-se numa amarga ilusão. O trabalhador “livre” via-se subjugado pelo capital, que se concentrava em grandes estruturas organizacionais manipuladoras das massas operárias. A liberdade não veio acompanhada da igualdade: esse estado de coisas fez que o domínio do capital atingisse patamares acentuados, permitindo que a opressão em muito se assemelhasse aos antigos regimes servis. No liberalismo clássico, a contraposição entre capitalismo e proletariado tornou-se extrema; o Estado, por sua vez, nada fazia para aproximar liberdade e igualdade, deixando o trabalho sob o jugo do capital.

No plano político-filosófico, o combate à dominação do capital sofreu grande influência das construções teóricas de Marx e de Leão XIII. Enquanto o primeiro apregoava a “luta de classes”, que culminaria com o triunfo do proletariado sobre a burguesia, extinguindo-a; o segundo defendeu, na Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, a “harmonia entre as classes”, permitindo o nivelamento e o equilíbrio entre burguesia e proletariado. No primeiro pós-guerra, essas doutrinas exerceram indiscutível influência no delineamento dos regimes políticos emergentes, com especial realce na dicotomia socialismo – capitalismo, este último de contornos mais moderados, com características próprias do novo Estado Social de Direito.

³ Cf. TANGUE, Fernand. *Le droit au travail entre histoire et utopie, 1789-1848-1989: de la répression de la mendicité à l’allocation universelle*. Bruxelles: Publications des Fac. St Louis. 1989, p. 47.

No âmbito internacional, o Tratado de Versalhes, de junho de 1919, imposto pelos vencedores aos vencidos,⁴ previu a criação da Organização Internacional do Trabalho em sua Parte XIII, o que demonstrava o anseio da sociedade internacional em ver respeitados determinados direitos sociais do trabalhador (vide art. 427, 1 a 9). Esse objetivo seria alcançado com a instituição de uma representação que albergasse todos os interesses envolvidos (empregados, empregadores e representantes do Estado), buscando-se a melhoria das condições de trabalho, que não deveria ser considerado uma mercadoria, e com a possibilidade de serem recebidas reclamações das organizações profissionais quanto ao descumprimento das obrigações assumidas pelos Estados-partes. Em seu preâmbulo, a Carta da Organização Internacional do Trabalho dispõe que as *“Altas Partes Contratantes são movidas por sentimentos de justiça e humanidade”* e que *“uma paz universal e duradoura só pode ser fundada numa base de justiça social”*.

No âmbito do direito interno, merecem referência as Constituições mexicana de 1917, russa de 1918 e alemã de 1919. No direito brasileiro, a Constituição de 1934 foi a primeira a dispensar especial atenção ao trabalhador, em muito se aproximando das bases postas pela Constituição de Weimar, de 1919, ao estabelecer um extenso rol de direitos sociais (v.g.: salário mínimo, jornada máxima de trabalho, indenização por despedida injusta etc.). Disciplinou o amparo da produção e das condições de trabalho, sempre com o objetivo de assegurar a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos da sociedade. As conquistas foram mantidas nas Constituições posteriores, que ainda atribuíram novos direitos sociais aos trabalhadores.

O trabalho não mais poderia ser visto como mercadoria e o trabalhador deveria ter o seu valor reconhecido. Afinal, recorrendo à filosofia kantiana,⁵ tudo há de ter um *preço* ou uma *dignidade*: aquilo que tem um preço pode ser substituído por outra coisa equivalente, o que é superior ao preço e não admite equivalente tem uma dignidade. Paralelamente ao reconhecimento da importância do trabalho no âmbito das relações sociais, com a correlata atribuição de direitos ao trabalhador, foram igualmente adotadas medidas cujo fim precípuo era o de preservar a incolumidade

⁴ Cf. BECKER, Jean-Jacques. O Tratado de Versalhes (*Le Traité de Versailles*). Trad. de EGREJAS, Constanca. São Paulo: Editora Unesp, 2010, p. 31 e ss..

⁵ Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. Trad. de HOLZBACH, Leopoldo. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 52.

física e mental de crianças e adolescentes que desempenham atividades laborativas.

Apesar de o trabalho de crianças e adolescentes ter oferecido relevante contribuição para a economia europeia, os seus efeitos deletérios não passaram despercebidos. Os primeiros países a abolir-lo em grande escala na indústria foram os da Europa do Norte, seguidos pelos antigos países comunistas da Europa Central.⁶ Na Inglaterra, no alvorecer da Revolução Industrial, crianças e adolescentes chegavam a trabalhar de 12 a 16 horas por dia, o que levou à edição do *Moral and Health Act*, de 1802, que limitou a jornada a 12 horas. Pouco tempo depois, foi proibido o trabalho das pessoas com idade inferior a 9 anos. Na França, vedou-se, em 1813, o trabalho de pessoas de reduzida faixa etária nas minas e, em 1841, o exercício de qualquer trabalho aos menores de 8 anos.⁷ No plano internacional, o grande impulso das medidas de proteção foi oferecido pela Organização Internacional do Trabalho, que difundiu inúmeras convenções e recomendações a respeito dessa temática:

(i) Convenção nº 5, de 1919, que estabeleceu a idade mínima de 14 anos para o trabalho na indústria (art. 2º). Foi aprovada na 1ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Washington — 1919) e entrou em vigor no plano internacional em 13 de junho de 1921. Em relação ao Brasil, foi aprovada por ato do Chefe do Governo Provisório, de 27 de março de 1934, ratificada em 26 de abril de 1934 e promulgada pelo Decreto nº 423, de 12 de novembro de 1935. Foi denunciada, como resultado da ratificação da Convenção nº 138, em 28 de junho de 2001.

(ii) Convenção nº 6, de 1919, que proibiu o trabalho noturno do menor na indústria. Foi aprovada na 1ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Washington — 1919) e entrou em vigor no plano internacional

⁶ *Conseil de l'Europe. Les enfants et le travail en Europe*. Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe, 1996, p. 23.

⁷ A respeito das primeiras leis, inglesas e francesas, que buscavam disciplinar o trabalho juvenil, vide: WOLOWSKI. *Le Travail des Enfants...*, p. 11 e ss.; e DUPIN, Charles Baron. *Du travail des enfants qu'emploient les ateliers, les usines e les manufactures*. Paris: Bachelier, Imprimeur-Libraire, 1840, p. XXXV e ss.. Interessante levantamento sobre o trabalho das crianças, em território belga, na primeira metade do século XIX, mais especificamente em relação ao quantitativo de trabalhadores, às atividades realizadas e à remuneração recebida, pode ser encontrado em DIEUDONNÉ, J. *Mémoire sur la condition des classes ouvrières et sur le travail des enfants, par le Conseil Central de Salubrité Publique de Bruxelles*. Bruxelles: Imprimerie de Th. Lesigne, 1846, p. 1 e ss..

em 13 de junho de 1921. Em relação ao Brasil, foi aprovada por ato do Chefe do Governo Provisório, de 27 de março de 1934, ratificada em 26 de abril de 1934 e promulgada pelo Decreto nº 423, de 12 de dezembro de 1935. Está em vigor. Consta como instrumento pendente de revisão.

(iii) Convenção nº 7, de 1920, que dispôs sobre a idade mínima para a admissão de menores no trabalho marítimo. Foi aprovada pela 2ª Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em sua 22ª sessão, realizada em junho e declarada encerrada em 24 de outubro de 1920. Em relação ao Brasil, foi ratificada em 08 de junho de 1936 e promulgada pelo Decreto n. 1.397, de 19 de janeiro de 1937. Foi denunciada, como resultado da ratificação da Convenção nº 58, em 9 de janeiro de 1974.

(iv) Convenção nº 10, de 1921, que fixou a idade mínima para o trabalho na agricultura. Entrou em vigor no plano internacional em 31 de agosto de 1923 e não foi ratificada pelo Brasil.

(v) Convenção nº 16, de 1921, que dispôs sobre o exame médico de menores no trabalho marítimo. Foi aprovada na 3ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1921) e entrou em vigor no plano internacional em 20 de novembro de 1922. Em relação ao Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 9, de 22 de dezembro de 1935, do Congresso Nacional, ratificada em 8 de junho de 1936 e promulgada pelo Decreto nº 1.398, de 19 de janeiro de 1937.

(vi) Recomendação nº 45, de 1935, que dispôs sobre o desemprego dos menores. Foi aprovada no plano internacional em 25 de junho de 1935 e não foi ratificada pelo Brasil.

(vii) Convenção nº 58, de 1936, que dispôs sobre a idade mínima para o trabalho marítimo. Foi aprovada na 22ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1936) e entrou em vigor no plano internacional em 11 de abril de 1939. Em relação ao Brasil, foi aprovada pelo Decreto-lei nº 480, de 8 de junho de 1938, ratificada em 8 de junho de 1936 e promulgada pelo Decreto nº 1.397, de 19 de janeiro de 1937.

(viii) Convenções nºs 59 e 60, de 1937, que dispuseram sobre a idade mínima para a admissão de crianças em empregos industriais e não industriais. Entraram em vigor no plano internacional, respectivamente, em 21 de fevereiro de 1941 e 29 de dezembro de 1950. Não foram ratificadas pelo Brasil.

(ix) Convenção nº 78, de 1946, que dispôs sobre o exame médico de menores em trabalhos não industriais. Entrou em vigor no plano internacional em 29 de dezembro de 1950 e não foi ratificada pelo Brasil.

(x) Convenção nº 79, de 1946, que dispôs sobre o trabalho noturno em atividades não industriais. Entrou em vigor no plano internacional em 29 de dezembro de 1950 e não foi ratificada pelo Brasil.

(xi) Convenção nº 124, de 1965, que dispôs sobre o exame médico dos adolescentes para o trabalho subterrâneo nas minas. Foi aprovada na 49ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1965) e entrou em vigor no plano internacional em 13 de dezembro de 1967. No que se refere ao Brasil, foi aprovada pelo Decreto-lei nº 664, de 30 de junho de 1969, ratificada em 21 de agosto de 1970 e promulgada pelo Decreto nº 67.342, de 5 de outubro de 1970.

(xii) Convenção nº 127, de 1967, que versou sobre o peso máximo a ser transportado pelo menor. Foi aprovada na 51ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1967) e entrou em vigor no plano internacional em 10 de março de 1970. Em relação ao Brasil, foi aprovada pelo Decreto-lei nº 662, de 30 de junho de 1969, ratificada em 21 de agosto de 1970 e promulgada pelo Decreto n. 67.339, de 5 de outubro de 1970. Está em vigor. Consta como instrumento pendente de revisão.

(xiii) Convenção nº 138, de 1973, que dispôs sobre a idade mínima de admissão de menores em diversas profissões, esclarecendo que não deveria ser inferior à idade necessária para a conclusão da escolaridade obrigatória, nem inferior a 15 anos. Admitiu a fixação do limite de 15 anos como a primeira etapa a ser alcançada nos países não desenvolvidos. Foi aprovada na 58ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1973) e entrou em vigor no plano internacional em 19 de junho de 1976. Em relação ao Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 179, de 14 de dezembro de 1999, do Congresso Nacional, ratificada em 28 de junho de 2001 e promulgada pelo Decreto nº 4.134, de 15 de fevereiro de 2002. Está em vigor. Consta como idade mínima especificada pelo Brasil a de 16 anos.

(xiv) Recomendação nº 146, de 1973, que complementou a Convenção nº 138 e dispôs que cada país deve especificar a idade mínima mediante declaração. Também foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 179, de 14 de dezembro de 1999 e promulgada na ordem interna pelo Decreto nº 4.134, de 15 de fevereiro de 2002.

(xv) Convenção nº 182, que proíbe as piores formas de trabalho para os menores de 18 anos e exige a adoção de ações imediatas para a sua eliminação. A Convenção considerou, como trabalhos incompatíveis com a condição de uma pessoa em vias de desenvolvimento, (a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como o tráfico de crianças, a servidão por dívidas, a condição de servo e o trabalho forçado ou compulsório; (b) o recrutamento forçado ou obrigatório de meninos para utilização em conflitos armados; (c) o emprego de crianças na prostituição, a produção de pornografia ou ações pornográficas; (d) a utilização, o recrutamento ou o oferecimento de crianças para a realização de atividades ilícitas, como a produção e tráfico de drogas; e (e) o trabalho que prejudique a saúde, a segurança e a moral das crianças. Foi convocada, em Genebra, pelo Conselho de Administração da Secretaria Internacional do Trabalho e reunida em 1ª de junho de 1999, em sua 87ª Reunião. No que se refere ao Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 178, de 14 de dezembro de 1999, do Congresso Nacional, ratificada em 2 de fevereiro de 2000 e promulgada pelo Decreto nº 3.597, de 12 de setembro de 2000. Está em vigor. Consta como instrumento atualizado. Foi complementada pela Recomendação nº 190, também promulgada na ordem interna pelo Decreto nº 4.134, de 15 de fevereiro de 2002.

A Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1959, dispôs, em seu Princípio IX, que – “[a] criança deve ser protegida contra toda forma de abandono, crueldade e exploração. Não será objeto de nenhum tipo de tráfico. Não se deverá permitir que a criança trabalhe antes de uma idade mínima adequada; em caso algum será permitido que a criança dedique-se, ou a ela se imponha, qualquer ocupação ou emprego que possa prejudicar sua saúde ou sua educação, ou impedir seu desenvolvimento físico, mental ou moral”. De modo simples e objetivo: a criança não deve ser explorada, trabalhar até certa idade e realizar trabalho incompatível com sua condição de pessoa em desenvolvimento.

As formas de trabalho de crianças e adolescentes, que foram proscritas pelo direito internacional, podem ser classificadas, de acordo com o Escritório Internacional do Trabalho, em três categorias: (1ª) aquelas intrinsecamente condenáveis, como a escravidão, a servidão por dívidas e outras formas de trabalho forçado, o recrutamento forçado em um conflito armado, a prostituição, a pornografia e outras atividades ilícitas; (2ª) as tarefas realizadas por uma criança ou adolescente, que não condizem com sua condição de pessoa em desenvolvimento, conforme definidas pela legislação nacional com base no direito internacional; e (3ª) as tarefas que prejudicam

o bem-estar físico, mental ou moral da criança ou do adolescente, seja em razão de sua natureza, seja em razão das condições em que são exercidas, recebendo a designação de “*trabalhos perigosos*”.⁸

No direito brasileiro, as primeiras normas de proteção do trabalho das crianças e adolescentes remontam ao Decreto nº 1.313/1890, cuja efetividade restou comprometida em razão da ausência de regulamentação. O Decreto nº 16.300/1923, que veiculou o Regulamento Nacional de Saúde Pública, vedou que menores de 18 anos trabalhassem mais de seis horas a cada período de 24 horas. O Decreto nº 17.943-A/1927, que dispôs sobre o Código de Menores, vedou a realização de qualquer trabalho pelos menores de 12 anos e de trabalho noturno aos menores de 18 anos. A partir da Constituição de 1934, todas veicularam medidas protetivas.

A Constituição de 1934 vedou, em seu art. 121, a fixação de diferenças salariais por motivo de idade, qualquer trabalho aos menores de 14 anos, o trabalho noturno aos menores de 16 anos e o trabalho em indústrias insalubres aos menores de 18 anos. A Constituição de 1937, em seu art. 137, K, vedou qualquer trabalho aos menores de 14 anos, o trabalho noturno aos menores de 16 anos e o trabalho em indústrias insalubres aos menores de 18 anos. Foi sob a égide dessa sistemática constitucional que se editou a Consolidação das Leis do Trabalho, cujos arts. 402 a 441 tratam do “*trabalho do menor*”. A Constituição de 1946, no inciso II do seu art. 157, proibiu a diferença de salário em razão da idade e, no inciso IX do mesmo preceito, proibiu o trabalho dos menores de 14 anos e o trabalho noturno e em indústrias insalubres aos menores de 18 anos.⁹ A Constituição de

⁸ Cf. *Bureau International du Travail. La fin du travail des enfants: un objectif à notre portée. Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de L'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*. Genève: BIT, 2006, p. 26.

⁹ Eis a redação do inciso IX do art. 157 da Constituição de 1946: “*proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores, de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo Juiz competente.*” Pontes de Miranda, ao comentar esse preceito, ressaltava que a possibilidade de autorização do Juiz competente somente se referia ao trabalho noturno dos menores de 18 anos, que poderia ser realizado entre os 14 e os 18 anos. Portanto, “[*o trabalho é vedado, clara, insofismável, peremptoriamente, a menores de quatorze anos*” (Comentários à Constituição de 1946, vol. V. São Paulo: Max Limonad, 1953, p. 58-59). Esse entendimento, no entanto, como observara José de Segadas Vianna, não era o prevalecente, que se inclinava no sentido de que o Juiz de Menores podia autorizar o trabalho do menor de 14 anos (Instituições de Direito do Trabalho, vol. II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1961, p. 264). A referência a esse texto é bem interessante para compreender-se a origem do entendimento, ainda adotado por alguns, sob a égide da Constituição de 1988, no sentido de que, apesar da vedação de natureza etária, ela sempre poderia ser contornada por decisão do Juiz da Infância e da Juventude.

1967 e a Emenda Constitucional nº 1/1969, respectivamente em seus arts. 158, X e 165, X, proibiram o trabalho dos menores de 12 anos e o trabalho noturno e em indústrias insalubres ao menor de 18 anos.¹⁰ A Constituição de 1988, no inciso XXX do art. 7º, vedou a diferença de salários e, no inciso XXXIII, proibiu o trabalho noturno, perigoso ou insalubre ao menor de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 14 anos, salvo na condição de aprendiz. Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998, essa sistemática foi alterada para vedar-se qualquer tipo de trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos.¹¹ Portanto, ao menor de 14 anos foi vedado o exercício de qualquer atividade laborativa, inclusive na condição de aprendiz.¹² O trabalho de aprendiz, que possui

¹⁰ Cf. YOSHIDA, Márcio. Direitos do Menor na Constituição, *in* Revista de Direito Público nº 78, abr.-jun./1986, p. 131.

¹¹ Note-se que o art. 227, § 3º, I, da CR/1988 não foi alterado pelo poder reformador, permanecendo a referência à “*idade mínima de quatorze anos para a admissão ao trabalho.*” Apesar disso, como o mesmo preceito previu que deveria ser “*observado o disposto no art. 7º, XXXIII*”, é evidente que, após a reforma constitucional, esse trabalho somente poderá ser exercido na condição de aprendiz.

¹² A elevação da idade mínima para o trabalho dos adolescentes tem sido objeto de muitas críticas. São realçadas a sua incompatibilidade com a realidade do País, em que essa camada da população necessita trabalhar para auxiliar no sustento da família, a não oferta de programas adequados de educação básica e até mesmo o fato de o fim precípua da medida estar associado a um objetivo puramente previdenciário, de modo a evitar um período demasiado longo de contribuição, já que a idade mínima para aposentadoria foi ampliada. Cf. TALAVERA, Glauber Moreno. Trabalho da Criança e do Adolescente, *in* Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 15, p. 11 e ss., jan./2005; MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 21ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 613; e SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 272. Em razão da precária situação econômica da maior parte das famílias brasileiras, Eduardo Gabriel Saad realçou que, “[e]m face dessa realidade de cores tão sombrias, o legislador não pode nem deve entregar-se a reflexões líricas e fingir que não vê o que acontece nas favelas das grandes cidades, onde se acotovelam e se maltratam milhões e milhões de pessoas em todo o território nacional, com padrão de vida igual ao das nações mais pobres do mundo” (Constituição e Direito do Trabalho. 2ª ed. São Paulo: Editora LTR, 1989, p. 274). Essa passagem, aliás, traz-nos à lembrança a lição de Ripert, quando dizia que “[s]e uma lei corresponde ao ideal moral, a sua observância será facilmente assegurada; o respeito da lei apoiar-se-á sobre a execução voluntária e alegre do dever; a sanção será eficaz porque punirá os membros da sociedade reconhecidos como rebeldes ao dever. Se, pelo contrário, a lei vai contra o ideal moral da sociedade, será imperfeitamente obedecida, até o dia em que, apesar da sua aplicação difícil, consiga deformar o ideal moral e apareça, ela própria, como a tradução dum outro ideal” (A Regra Moral nas Obrigações Civis. Trad. de OLIVEIRA, Osório de. Campinas: Bookseller, 2000, p. 41-42).

características próprias e exige a celebração de um contrato de trabalho, pode ser desenvolvido entre as idades de 14 e 18 anos.^{13 14}

Como se percebe, tanto o direito internacional como o direito interno há muito veiculam limitadores normativos ao exercício de atividades laborativas por crianças e adolescentes, o que é mais que justificável. A Lei nº 8.069/1990, em seu art. 68, previu a criação de programas sociais de capacitação, de caráter educativo, sem fins lucrativos, mantidos por entes governamentais ou não governamentais, com o objetivo de preparar o adolescente para o exercício de atividade remunerada. Nesse caso, a ênfase é atribuída ao desenvolvimento pessoal e social do adolescente. Ainda merece referência a figura do menor assistido, prevista no Decreto-lei nº 2.318/1986, que foi regulamentado pelo Decreto nº 94.338/1987. Tratava-se de verdadeiro programa de assistência social, em que os adolescentes eram encaminhados às empresas com seis ou mais empregados, que tinham a obrigação de admiti-los, com horário de trabalho reduzido, de modo a garantir a frequência à escola. De acordo com essa sistemática, o adolescente não precisava ser registrado e não tinha direitos previdenciários. O Decreto nº 94.338/1987, que regulamentava o programa e já nascera inconstitucional, por negar os direitos trabalhistas e previdenciários, terminou por ser revogado pelo Decreto s/nº, de 10 de maio de 1991. Além disso, também destoava da Constituição de 1988, cujo art. 227, § 3º, II dispõe que o direito à proteção integral abrange a *“garantia de direitos previdenciários e trabalhistas”*.

¹³ Cf. SÜSSEKIND. Direito Constitucional..., p. 273. No contrato de aprendizagem, é desenvolvida uma atividade remunerada mediante subordinação, em que o empregador assume o compromisso de ensinar metodicamente um ofício ao adolescente e este a seguir o regime de aprendizagem. Vide, a esse respeito, as Recomendações nº 60, de 1930, e 117, de 1962, da OIT; o art. 1º do Decreto nº 31.546/52; e o art. 428 da CLT. Note-se que a aprendizagem distingue-se do estágio na medida em que este último não configura vínculo de emprego. Vide Lei nº 11.788/2008, que revogou a Lei nº 6.494/1977.

¹⁴ Ao divulgarmos este texto pela primeira vez, recebemos a curiosa crítica de que nosso escrito não merecia qualquer credibilidade, já que “ignorávamos” que a aprendizagem poderia estender-se até os 24 anos de idade, tal qual previsto no art. 428 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 11.180/2005. Como a ignorância e a maldade não são “privilégios” de poucos, achamos por bem inserir a presente nota, esclarecendo, a quem não tenha percebido, que o texto versa sobre crianças e adolescentes, cuja idade máxima é de 18 anos. Daí a assertiva de que “[o] trabalho de aprendiz, que possui características próprias e exige a celebração de um contrato de trabalho, pode ser desenvolvido entre as idades de 14 e 18 anos”. Aliás, Olavo de Carvalho, na bela introdução à *Dialética Estética* de Schopenhauer, há muito observou que o “adversário maldoso”, ao pressentir a força dos argumentos contrários aos seus, “busca sempre desviar-se do centro das questões para algum detalhe miúdo e periférico que possa, bem explorado, dar margem a controvérsias sem fim ou – o que dá na mesma – colocar alguma objeção sabidamente tola, mas que não possa ser contestada sem longas e tediosas explicações” (Introdução Crítica a SCHOPENHAUER, Arthur. Como Vencer um Debate sem Ter Razão. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 19).

3. Participação de crianças e adolescentes em espetáculos públicos

Espectáculo, do latim *spectaculum*, indica o que atrai a atenção pública, o que é merecedor de aplausos de todos os lados (*plausus ex omnibus spectaculis*).¹⁵ É uma forma de manifestação cultural cuja funcionalidade básica é a de entreter.

A cultura, enquanto realidade incorpórea e não passível de avaliação econômica imediata, reflete o conjunto de valores e significados de origem humana com relevância coletiva. Como ressaltado por Radbruch,¹⁶ “a cultura, tal como descrita pelos historiadores, não é de modo algum puro valor, mas antes uma mescla de humanidade e barbárie, de bom e de mau gosto, de verdade e de erro, mas que em todas as suas manifestações, seja como inibição ou exigência de valor, seja como falta ou realização de valor, nunca pode ser pensada sem vínculo com o valor: a cultura não é, pois, realização de valor, mas o dado que tem a significação, o sentido de realizar valores”. Tanto pode indicar a criação de referenciais e significados pelo espírito humano como a apreensão da realidade, que passa a ser refletida a partir do subjetivismo de um dado agente, sendo essencial à evolução e à formação da personalidade individual. Na plasticidade de Horácio (Epístolas, I, 39), “[n]inguém é tão selvagem que, prestando paciente ouvido à cultura, não possa ser domesticado”.

Trata-se de fenômeno puramente humano e que se mostra essencial à coesão do grupamento, permitindo seja construída uma identidade comum. O idioma, os símbolos, o conhecimento e os meios de vida do grupamento são apenas alguns exemplos das múltiplas formas de manifestação da cultura. A liberdade característica da revolução franco-americana bem reflete o elemento indispensável ao surgimento e ao desenvolvimento da cultura, enquanto identidade de um povo e não mero arquétipo do dirigismo estatal. Embora seja evidente que a cultura só se perfaz com um mínimo de liberdade, pouco a pouco se reconheceu que, longe de ser um fenômeno lastreado na mera espontaneidade, a cultura deveria ser protegida e estimulada pelo Estado, daí o relevante papel desempenhado pelos direitos sociais, com especial ênfase

¹⁵ Cf. TORRINHA, Francisco. Dicionário Latino Português. Porto: Gráficos Reunidos, 1942, p. 811, verbete *spectaculum*.

¹⁶ Filosofia do Direito (*Rechtsphilosophie*). Trad. de HOLZHAUSEN, Marlene. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 7.

no direito à educação,¹⁷ e pelos meios de comunicação social. Afinal, “*para que seja possível produzir cultura torna-se necessário receber cultura, o que implica educação.*”¹⁸ A cultura absorve a identidade e a diferença, conferindo igual relevância à pluralidade de manifestações que surgem e se desenvolvem em dado território. É justamente a partir do livre fluxo das diferenças que se pode alcançar o senso comum e a identidade de um povo.

A Constituição de 1988, em seu art. 215, não só garante o exercício dos direitos culturais como assegura o acesso às suas fontes, determinando, ainda, que o Estado incentive a sua valorização e difusão. Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal entendeu que o desconto assegurado aos jovens, para o ingresso em casas de diversões, era uma forma de garantir o acesso à cultura.¹⁹ É evidente que o direito à cultura, a exemplo de todo e qualquer direito fundamental, apresenta uma dimensão subjetiva e outra de contornos objetivos.²⁰

A dimensão subjetiva da cultura denota, em sua expressão mais simples, a atribuição de posições de vantagem, com o reconhecimento de direitos subjetivos e a correlata proteção da esfera jurídica individual. Daí falar-se no direito de (a) não ter a esfera jurídica invadida por ato do Poder Público ou de terceiros; (b) receber a proteção do Poder Público, e (c) receber um mínimo de atuação estatal, com base na cláusula da dignidade humana, ainda que a norma constitucional que embasa o direito assuma contornos eminentemente programáticos. A dimensão objetiva, por sua vez, (a') veda a edição de normas incompatíveis com o direito fundamental, (b') influi na interpretação da ordem jurídica e (c') direciona a atuação dos órgãos estatais, cuja atuação, em qualquer seara, deve ser direcionada à sua realização e não ao seu comprometimento.

O direito à cultura, na medida em que não surge e se desenvolve de maneira isolada, há de ser compatibilizado com os demais bens, interesses e

¹⁷ Uma análise da jurisprudência brasileira a respeito dos distintos aspectos afetos ao direito à educação pode ser encontrada em artigo de nossa autoria, intitulado *The Right to Education and their Perspectives of Effectiveness: The Brazilian Experience*, in *International Journal for Education Law and Policy*, vol. 5, Issue 1-2, 2009, p. 55 e ss..

¹⁸ MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLVII, nº 1 e 2, 2006, p. 42.

¹⁹ STF, Pleno, ADI-MC nº 2.163/RJ, rel. Min. Nelson Jobim, j. em 29/06/2000, DJ de 12/12/2003.

²⁰ Cf. SILVA, Vasco Pereira da. A cultura a que tenho direito. *Direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 115-132.

valores tutelados pelo sistema. Foi justamente em virtude dessa constatação que o Supremo Tribunal Federal entendeu que a denominada “farra do boi”, embora possa ser vista como uma manifestação cultural, destoa do disposto no art. 225, VII, da Constituição da República, que veda a submissão de animais à crueldade.²¹

Os espetáculos, enquanto manifestações tipicamente culturais, podem assumir uma multiplicidade de formas, sendo veiculados por um número não menos variado de meios. Teatro, circo, cinema, rádio e televisão são apenas alguns exemplos. É factível que os espetáculos podem efetivamente contribuir para a aprimoramento cultural de crianças e adolescentes. Apesar disso, não menos exata é a constatação de que podem colidir com os valores mais basilares da família e da sociedade, contribuindo para deturpar personalidades ainda em formação. Note-se que a própria ordem constitucional, em seu art. 227, *caput*, assegurou às crianças, aos adolescentes e aos jovens, com absoluta prioridade, o direito à dignidade e ao respeito, sendo dever da família, da sociedade e do Estado “*colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*”.

O Estado, portanto, há de adotar medidas para assegurar que a participação de crianças e adolescentes em atividades dessa natureza não gere uma situação de colisão com outros valores de singular importância para essa camada da população. Uma das formas encontradas para evitar situações dessa natureza é a exigência de que a participação seja autorizada pelo Poder Judiciário, o que veremos em seguida. Esse tipo de autorização, como ressaltado pela doutrina,²² não configura propriamente uma espécie de censura, mas, sim, meio adequado para evitar qualquer tipo de dano aos direitos das crianças e dos adolescentes que participarão do espetáculo. Em síntese: o objetivo não é o de restringir o acesso ou a disseminação da informação, mas, sim, o de evitar a participação de crianças e adolescentes, com base no proveito financeiro e na notoriedade, em atividades que lhes sejam nocivas.

²¹ STF, 2ª Turma, RE nº 153.531/SC, rel. Min. Francisco Rezek, j. em 03/06/1997, DJ de 13/03/1998.

²² Cf. SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. O Procedimento de Portaria e de Expedição de Alvará. In MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo (coord.). Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 674-675.

Outro aspecto digno de nota é o de que a participação de crianças e adolescentes em espetáculos públicos tanto pode ocorrer de forma episódica como apresentar a continuidade típica de uma relação de trabalho, o que se dá, por exemplo, na gravação de uma novela ou de um filme que se estenda por vários meses.

4. Autorização judicial para o trabalho e para a participação em espetáculos públicos

Crianças e adolescentes, em razão de suas próprias características físicas e psicológicas, devem contar com o apoio da família, da sociedade e do Estado para que as distintas fases do seu desenvolvimento alcancem níveis ótimos de completude, propiciando o surgimento de adultos com personalidade bem formada e valores sólidos. Como se disse, é mais que natural que a ordem jurídica restrinja o seu acesso a certas atividades e conteúdos ou, mesmo, condicione esse acesso à prévia aquiescência dos pais ou de órgão do Poder Judiciário.

A Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXXIII, estabeleceu a *“proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”*. A interpretação desse enunciado linguístico, em linha de princípio, não permite seja alcançado conteúdo outro senão o de que é proibido qualquer tipo de trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, o que pode ocorrer a partir dos 14 anos. Ao significante *proibição* não pode ser atribuído qualquer significado que denote *permissividade* ou *facultatividade*. Apesar do caráter incisivo dessa vedação, todo e qualquer preceito normativo há de ser interpretado de modo a permitir o delineamento de uma norma que possa ser vista como o resultado da convergência entre o texto normativo e a realidade. Além disso, nenhum comando constitucional encontra-se isolado do seu entorno. Aliás, é comum o surgimento de situações de colisão, o que exige do intérprete a realização de uma atividade de concordância prática, de modo que, tanto quanto possível, sejam harmonizados os valores e os interesses amparados pelo sistema. É por isso que os órgãos jurisdicionais têm admitido o exercício de certas atividades, como aquelas desenvolvidas pelos membros da família,

que poderiam ser enquadradas sob a epígrafe mais ampla do trabalho, por parte de crianças e adolescentes.²³

A Consolidação das Leis do Trabalho, de longa data, dedica todo um capítulo à “*proteção do trabalho do menor.*” Esse título, aliás, é bem sugestivo, pois o objetivo, sempre e sempre, deve ser o de proteger o denominado *menor*, não simplesmente penitenciá-lo pela faixa etária em que se encontra, o que soaria, no mínimo, discriminatório. Nesse capítulo, estão previstos diversos comandos que tratam da temática. O art. 402, com a redação dada pela Lei nº 10.097/2000, considera menor o trabalhador de “*quatorze até dezoito anos*”, tendo o art. 403, que também foi alterado pelo referido diploma normativo, acrescido que “[*é*] proibido qualquer trabalho a

²³ Não é incomum que países em vias de desenvolvimento estabeleçam um limite mínimo de idade para o exercício de atividades laborativas, sendo o mais comum deles o de 14 anos, e, paralelamente, permitam que uma autoridade pública autorize a realização do trabalho em situações excepcionais. Em Madagascar, por exemplo, tal autorização pode ser concedida quando a situação econômica da família o impõe (Código do Trabalho, art. 100) e na medida em que as atividades a serem realizadas não sejam atentatórias à saúde física e moral do jovem trabalhador. Cf. MADIO, Projet. *Le travail des enfants à Madagascar: un état des lieux*. Indiana: Universidade de Indiana, 1997, p. 5. O ingrediente econômico, por vezes, é tão expressivo que, a exemplo do que se verifica no Marrocos, faz que o número de crianças que trabalha precocemente supere, em certas regiões, o daquelas que frequentam a escola. Cf. GUESSOUS, Chakib. *L'exploitation de l'innocence. Le travail des enfants au Maroc*. Casablanca: A. Retnani Editions, 2002. Na Mauritània, é comum que cerca de 70% dos jovens trabalhadores auxiliem a atividade econômica da família, normalmente no setor rural. Cf. Mauritania Béchir Fall. *Le travail des enfants en Mauritanie*. Mauritania: Ministère de la fonction publique et de l'emploi, Direction du travail et de la prevoyance sociale, 2004. Situações desse tipo certamente contribuem para demonstrar o acerto da conclusão de que “[*é*] inegável e largamente reconhecido que o trabalho de crianças está inextricavelmente ligado à pobreza” (Bureau International du Travail. *Un avenir sans travail des enfants. Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de L'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*. Genève: BIT, 2002, p. 53). No mesmo sentido: *Organisation De Coopération et de Développement Économiques. Combattre le travail des enfants*. OECD Publishing, 2003, p. 33-39; YONGSI, Blaise Nguendo e AMADOU, Ousmane. *Le travail des enfants au Niger. Situation et tendance*. France: PAF, 2014, p. 10 e ss.; e PFAFF, Sabine. *Kinderrechte in Theorie und Praxis. Die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Costa Rica*. Hamburg: Diplomica Verlag, 2010, p. 58 e ss.. E a solução desse problema não será obtida sem a convergência de políticas públicas, o que passa pela alocação de “*créditos orçamentários suficientes para as políticas, programas e serviços públicos de que as crianças necessitam*” (Bureau International du Travail. *Intensifier la lutte contre le travail des enfants. Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de L'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*. Genève: BIT, 2010, p. 54). Referindo-se à situação do Senegal, Rosalie Aduayi Diop realça um problema comum à maior parte dos países de modernidade tardia: “*a causa das crianças e dos adolescentes ocupa muito espaço no discurso político, institucional e organizacional, mas pouco espaço sob o prisma das realizações concretas*” (*Survivre à la pauvreté et à l'exclusion. Le travail des adolescentes dans les marchés de Dakar*. Dakar: Éditions Karthala, 2010, p. 31).

menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos". À luz desses comandos, pode-se concluir que o trabalho do menor, disciplinado pela CLT, em rigor lógico, alcança os adolescentes de 16 a 18 anos, sendo que, dos 14 aos 18 anos, é permitida a atuação como aprendiz.

Em relação ao trabalho propriamente dito, o art. 404 veda o noturno de maneira peremptória, enquanto o art. 405, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 229/1967, dispõe que ao menor não será permitido o trabalho: "*I - nos locais e serviços perigosos ou insalubres, constantes de quadro para esse fim aprovado pelo Diretor Geral do Departamento de Segurança e Higiene do Trabalho; II - em locais ou serviços prejudiciais à sua moralidade*". De acordo com o art. 405, § 3º, da CLT, "*[c]onsidera-se prejudicial à moralidade do menor o trabalho: a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, buates, cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos; b) em empresas circenses, em funções de acrobata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes; c) de produção, composição, entrega ou venda de escritos, impressos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos que possam, a juízo da autoridade competente, prejudicar sua formação moral; d) consistente na venda, a varejo, de bebidas alcoólicas*".

Após enunciar as vedações, a CLT veiculou a necessidade de autorização judicial para que certos trabalhos pudessem ser realizados.

(1) O art. 405, § 2º, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 229/1967, dispõe que "*[o] trabalho exercido nas ruas, praças e outros logradouros dependerá de prévia autorização do Juiz de Menores, ao qual cabe verificar se a ocupação é indispensável à sua própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e se dessa ocupação não poderá advir prejuízo à sua formação moral*".²⁴ É importante ressaltar que a competência do denominado Juiz de Menores encontrava-se prevista na CLT desde sua origem.

(2) O art. 406, com a redação dada pelo Decreto-lei nº 229/1967, permitiu que o Juiz de Menores autorizasse o menor a realizar trabalho: a)

²⁴ De acordo com o art. 405, § 4º, da CLT, "*[n]as localidades em que existirem, oficialmente reconhecidas, instituições destinadas ao amparo dos menores jornalheiros, só aos que se encontrem sob o patrocínio dessas entidades será outorgada a autorização do trabalho a que alude o § 2º*".

prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, buates, cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos; b) em empresas circenses, em funções de acrobata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes. Para tanto, é preciso que a representação tenha fim educativo ou a peça de que participe o menor não possa ser prejudicial à sua formação moral - desde que o Juiz se certifique ser a ocupação do menor indispensável à própria subsistência ou à de seus pais, avós ou irmãos e não advir nenhum prejuízo à sua formação moral. Essa competência também encontrava-se prevista na CLT desde as suas origens.

Como a CLT, reproduzindo o comando constitucional, vedou qualquer tipo de trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, seria intuitiva a conclusão de que somente poderia ser autorizado o trabalho, pela autoridade judicial, a partir dessa faixa etária. Essa conclusão, por certo, embora atendesse à literalidade do comando constitucional, terminaria por ser extremamente prejudicial às crianças e adolescentes, pois é sabido existirem atividades que, embora, tangenciem o conceito mais amplo de *trabalho*, envolvem diversos outros valores, como a educação e a cultura, e não oferecem qualquer risco ao desenvolvimento dessa camada da população. Basta pensarmos na situação das crianças e dos adolescentes que atuam em novelas e filmes, contribuindo para entreter a população e, não raro, retratar, de forma crítica ou neutral, algum aspecto da realidade. Fosse a vedação levada a extremos, nossas crianças e adolescentes ver-se-iam envolvidas na interessante situação de assistir a filmes e novelas estrelados exclusivamente por adultos, como se essas pessoas assim tivessem nascido. De qualquer modo, não se pode ignorar a constatação de Madia D’Onghia,²⁵ no sentido de que quanto “*mais se diminui a idade do trabalhador, mais se aumenta a tutela*”.

Em virtude desses fatores, apesar da vedação expressa, tem sido identificada a existência de exceções, as quais, longe de opor-se ao intuito protetivo do comando constitucional, não só o preservam como ainda contribuem para a sedimentação de outros valores do sistema. É sob esse prisma que deve ser compreendido o art. 8º da Convenção nº 138, da OIT. Essa Convenção, que dispôs sobre a necessidade de cada Estado Parte fixar uma idade mínima para a admissão no emprego, previu, em seu art. 8º, que “[a] autoridade competente poderá conceder, mediante prévia consulta às

²⁵ *Lavoro Minorile*, in LAMBERTUCCI, Pietro (org.). *Dizionari del Diritto Privato. Diritto del Lavoro*. Milano: Giuffrè Editore, 2010, p. 370.

organizações interessadas de empregadores e de trabalhadores, quando tais organizações existirem, por meio de permissões individuais, exceções à proibição de ser admitido ao emprego ou de trabalhar, que prevê o artigo 2º da presente Convenção, no caso de finalidades como a de participar em representações artísticas”. Nesse caso, as permissões deverão limitar “o número de horas do emprego ou trabalho autorizadas e prescreverão as condições em que esse poderá ser realizado”. Apesar de a Convenção nº 138 ter sido editada em momento anterior à promulgação da Constituição de 1988, é evidente a sua plena compatibilidade com os valores tutelados pela ordem constitucional.²⁶

Ainda a respeito da participação de crianças e adolescentes em espetáculos públicos, é factível que esse tipo de atividade não se identifica com aquelas que justificaram a mobilização internacional em torno da extinção do trabalho infantil.²⁷ Afinal, não é intrinsecamente condenável, como a escravidão; regra geral, não apresenta qualquer risco a essa camada da população; e, nem ao longe, pode ser classificada como um “trabalho perigoso”. A própria Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e promulgada na ordem interna pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, dispôs, em seu art. 32, 1, que “[o]s Estados Partes reconhecem o direito da criança de estar protegida contra a exploração econômica e contra o desempenho de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou

²⁶ Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva ressalta que a vedação genérica de trabalho abaixo dos 16 anos deve ser compatibilizada com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, como aqueles que autorizam o trabalho familiar, educativo e artístico (A proteção jurídica internacional e brasileira do trabalho infanto-juvenil, *in* Revista de Direito do Trabalho, vol. 141, jan.-mar./2011, p. 19 e ss.). Também admitindo a compatibilidade do trabalho artístico com a ordem constitucional: ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim e PERES, Antonio Galvão. Trabalho artístico da criança e do adolescente – valores constitucionais e normas de proteção, *in* Revista LTr, vol. 69, fev. de 2005, p. 148 e ss..

²⁷ À guisa de ilustração, basta um mero passar de olhos sobre os estudos, que buscam identificar as causas e traçar as estratégias de combate ao trabalho infantil, para concluir-se que a participação em espetáculos sequer costuma ser qualificada como tal. Vide, por exemplo: DORNER, Benjamin e NIEDRICH, Ina. *Kinderarbeit. Abschaffen besser als Anschaffen?* Deutschland: Grin Verlag, 2007, p. 7-11; MEUNIER, Véronique. *Le travail des enfants: livre de l'enseignement. Bruxelles*: De Boeck & Lancier. 2002, p. 6 e ss.; *Bureau International du Travail. Un avenir sans travail des enfants...*, p. 24-42; *Idem. La fin du travail des enfants: un objectif à notre portée...*, p. 26; e *Organisation de Coopération et de Développement Économiques. Combattre le travail des enfants...*, p. 33 e ss..

social”. Desde que haja um mínimo de zelo na identificação da natureza do espetáculo e na sua compatibilidade com as peculiares condições de uma pessoa em desenvolvimento, como a maior fragilidade física e a necessidade de dedicar boa parte do seu tempo aos estudos, não é exagero afirmar que a criança e o adolescente tendem a auferir, com a participação, maiores malefícios que benefícios.²⁸ O Conselho da Europa realçou que grande parte do trabalho desenvolvido por crianças e adolescentes em certas atividades culturais “é assimilado a uma atividade de lazer.”²⁹ Em toda e qualquer ação estatal associada a essa camada da população, é preciso considerar “o interesse maior da criança”.³⁰

Volvendo à temática da competência do denominado “Juízo de Menores”, para autorizar o trabalho do menor, cumpre observar que a CLT não chegou a inovar em nossa ordem jurídica. Em verdade, a sistemática adotada remonta ao Decreto-lei nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, que veiculou o nosso primeiro Código de Menores³¹ e dedicava todo o seu

²⁸ Jean-Maurice Derrien observa que a temática do “trabalho das crianças” costuma polarizar os *negacionistas*, que negam a sua natureza deletéria, admitindo-o de maneira generalizada, e os *abolicionistas*, que querem aboli-lo de imediato, qualquer que seja a atividade; no plano intermédio, existem os *realistas*, que analisam diversas questões afetas ao trabalho dessa camada da população, como a natureza da atividade desenvolvida, as tarefas que realizam e os riscos que enfrentam, principalmente no que diz respeito à necessária compatibilização com a sua situação de pessoa em desenvolvimento (*Le travail des enfants en question(s)*). Paris: L’Harmattan, 2008, p. 14).

²⁹ *Conseil de l’Europe. Les enfants et le travail en Europe...*, p. 47. Vale lembrar que, de acordo com o art. 5º da Diretiva nº 38, de 22 de junho de 1994, do Conselho da União Europeia, foi prevista a necessidade de autorização prévia para a participação em atividades de natureza cultural, artística, desportiva ou publicitária, mas foi previsto, no terceiro parágrafo desse preceito, que os Estados-membros podem autorizar, por via legislativa ou regulamentar, a participação de crianças maiores de 13 anos nas atividades que venham a definir. No direito italiano, compete à *Direzione provinciale del lavoro* fiscalizar a atuação de crianças (menores de 15 anos) nessa atividade, devendo zelar para que não prejudiquem a sua segurança e integridade física e psicológica, a frequência à escola e a existência de autorização escrita dos titulares da *potestà genitoriale*. Em relação à participação em programas televisivos, deve ser seguido o disposto no Decreto nº 218, de 27 de abril de 2006, do Ministério das Comunicações. Cf. D’ONGHIA. *Lavoro Minorile...*, p. 371.

³⁰ Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente, art. 3º, 1.

³¹ O art. 1º do Decreto-lei nº 17.943-A/1927, de forma bem pitoresca, assim dispunha a respeito dos seus destinatários: “[o] menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Codigo.” Se é possível falarmos em uma linguagem politicamente correta, ela certamente era desconhecida à época, isso sem mencionarmos os menores *vadios*, *mendigos* e *libertinos* a que se referiam os arts. 28 a 30.

Capítulo IX ao “*trabalho dos menores*”. Ali foram consagradas as vedações ao trabalho do menor e as situações em que, a partir de autorização da autoridade competente, o trabalho poderia ser realizado, incluindo a participação em apresentações artísticas.³² Muitas décadas depois, sobreveio a Lei nº 6.695, de 10 de outubro de 1979, que revogou a legislação anterior e dedicou o seu Título VIII ao “*trabalho do menor*.” O curioso é que esse Título era composto por um único artigo, com a seguinte redação: “*art. 83. A proteção ao trabalho do menor é regulada por legislação especial*”. Enquanto vigeu esse diploma normativo, a matéria foi regida pela CLT. O acesso a certos locais e a participação em espetáculos eram disciplinados em portaria do juízo competente, na forma dos arts. 8º³³ e 50 a 58 do Código, cuja amplitude se assemelhava à da própria lei. Por fim, foi editada a Lei nº 8.069/1990, que, já sob a égide da Constituição de 1988, veiculou o Estatuto da Criança e do Adolescente e revogou a sistemática anterior.

A Lei nº 8.069/1990 tratou, no Capítulo V do Título II, “*do direito à profissionalização e à proteção no trabalho*”. O art. 60, que precedeu a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/1998, proibiu qualquer

³² Decreto-lei nº 17.943-A/1927, art. 115: “*Os menores que houverem de tomar parte em espectáculos theatraes, sejam ou não de companhias infantis, ou em companhias eqüestres, de acrobacia, de prestidigitação, ou semelhantes, só serão admittidos mediante as seguintes condições: I - os empregarios ou responsáveis pelo espectáculo apresentarão á autoridade fiscalizadora autorização em devida forma dos paes ou representantes legaes dos menores, para que estes tomem parte nas representações, exporão em memorial as condições e o tempo de trabalho diario dos menores ; II - os menores não trabalharão em mais de um espectáculo por dia, salvo permissão especial, o a autoridade fiscalizadora pôde exigir a alteração do tempo e horário de serviço, si a julgar conveniente á saude dos menores, negando a licença, si não fôr aceita a alteração indicada, e cassando-a, no caso do não ser exactamente observada; III – é lícito á autoridade fiscalizadora exigir que os menores sejam submettidos a exame medico de capacidade physica, e fiscalizar si a alimentação e o alojamento delles são conformes ás exigencias da hygiene, assim como verificar si elles são pagos regularmente pela forma convencionada com seus paes ou representantes legaes; IV - os menores não tomarão parte em peças, actos on scenas que possam offender o seu pudor ou a sua moralidade, ou despertar nelles instinctos máos ou doentios, ou que não sejam adequados á sua idade ou ao seu desenvolvimento physico e intellectual; V - não andarão em companhia de gente viciosa ou de má vida*”.

³³ Lei nº 6.695/1979, art. 8º: “[a] autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder”. Como ressaltado por José Luiz Mônico da Silva, esse permissivo não foi reproduzido pela Lei nº 8.069/1990, que contemplou a edição de portarias em seu art. 149, de alcance sensivelmente mais restrito (Estatuto da Criança e do Adolescente. Comentários. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 254).

trabalho aos menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz. Já o art. 61 veicula um comando bem esclarecedor a respeito da coexistência do Estatuto com a legislação específica, *verbis*: “[a] proteção ao trabalho dos adolescentes é regulada por legislação especial, sem prejuízo do disposto nesta Lei”. Esse comando é sugestivo a respeito da coexistência e complementaridade entre as duas ordens de comandos normativos. Nos demais preceitos que integram esse Capítulo, são reconhecidos diversos direitos dos adolescentes, além de ser vedado, pelo art. 67, o trabalho “I - noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte; II - perigoso, insalubre ou penoso; III - realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social; IV - realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola”. Em relação aos adolescentes infratores, dispõe o art. 114, parágrafo único, em harmonia com o art. 5º, XLVII, c, da Constituição de 1988, que “[e]m hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado”.

Ao tratar das competências do Juízo da Infância e da Juventude, o art. 149 outorgou-lhe competências regulamentares e decisórias em relação à frequência a determinados locais e à participação de crianças e adolescentes em certas atividades. No que diz respeito ao objeto deste estudo, o inciso II do referido preceito dispõe que à autoridade judiciária compete disciplinar, por meio de portaria, ou autorizar, mediante alvará, “a participação de criança e adolescente em: a) espetáculos públicos e seus ensaios; b) certames de beleza.”³⁴ Para tanto, deve levar em conta os princípios da Lei nº 8.069/1990, as peculiaridades locais, a existência de instalações adequadas, o tipo de frequência habitual ao local, a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes e a natureza do espetáculo. A exigência de autorização judicial, pela relevância dos valores envolvidos, mostra-se plenamente justificável, ainda que a criança ou o adolescente esteja acompanhado dos seus pais ou responsáveis.³⁵

³⁴ O STJ já reconheceu que, sob a epígrafe dos espetáculos públicos, estão incluídos os programas de televisão, sendo imperativa a existência de autorização judicial para a participação de crianças e adolescentes, de modo que a sua falta atrai a incidência da multa a que se refere o art. 258 do ECA: 1ª Turma, AgRg. no Ag. nº 545.748/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 18/03/2004, DJ de 17/05/2004, p. 136; e 2ª Turma, AgRg. no Ag. nº 543.237/RJ, rel. Min. Castro Meira, j. em 05/02/2004, DJ de 29/03/2004, p. 210.

³⁵ Cf. ISHIDA, Válter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência. 15ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 384.

Portanto, *de lege lata*, há pouco menos de um século, a ordem jurídica brasileira atribui ao Juízo da Infância e da Juventude competência para autorizar o trabalho, consoante disciplina estabelecida na CLT, e a participação de crianças e adolescentes em espetáculos públicos, conforme encontra-se atualmente previsto na Lei nº 8.069/1990. Trata-se de nítida hipótese de jurisdição voluntária,³⁶ em que não se identifica a presença de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, mas, sim, a necessidade de integração da vontade individual, que, por si só, não pode produzir o efeito pretendido.

5. Iniciativas favoráveis à competência da Justiça do Trabalho para autorizar o trabalho de crianças e adolescentes

Aqueles que defendem a competência da Justiça do Trabalho para autorizar o trabalho ou a participação em espetáculos públicos, de crianças e adolescentes, têm externado o seu entendimento em três planos distintos. O primeiro, próprio para esse tipo de debate, é o plano legislativo, em que proposições com esse objetivo já se encontram em tramitação. O segundo é o plano jurisdicional, em que já se identificam algumas decisões da Justiça do Trabalho atraindo para si essa competência. O terceiro, por sua vez, é o plano argumentativo, no qual se desenvolve a tentativa de conscientizar os operadores do direito a respeito da correção desse entendimento.

Plano Legislativo

No Projeto de Lei nº 3.974, de 2012, de autoria do Deputado Federal Manoel Júnior, busca-se alterar o art. 406 da Consolidação das Leis do Trabalho para atribuir-lhe a seguinte redação: “[o] Juiz do Trabalho poderá autorizar ao adolescente o trabalho a que se referem as alíneas ‘a’ e ‘b’ do § 3º do art. 405, desde que a representação tenha fim educativo ou a peça de que participe não possa ser prejudicial à sua formação”. De acordo com as alíneas ‘a’ e ‘b’ do § 3º do art. 405 da CLT, ao menor é vedado o trabalho em serviços prejudiciais à sua moralidade, considerando-se como tal aqueles prestados “*de qualquer modo, em teatros de revista,*

³⁶ CPC/1973, art. 1º e 1103; e CPC/2015, art. 719. Cf. SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. Comentários ao art. 149 do ECA. In CURY, Munir. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Comentários Jurídicos e Sociais. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 590.

cinemas, buates, cassinos, cabarés, dancings e estabelecimentos análogos” e “em empresas circenses, em funções de acróbata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes”. Pela atual redação do art. 406, a autorização pode ser concedida pelo “Juiz de Menores”. Em sua justificativa, argumenta o autor do Projeto que a matéria é trabalhista e que “a Justiça Comum não estaria apta para a análise sob o ângulo da Legislação Trabalhista”.

No Projeto de Lei nº 4.253, de 2013, de autoria do Deputado Federal Dr. Grilo, o objetivo é alterar o art. 406 da Consolidação das Leis do Trabalho, de modo a conceder competência concorrente ao Juiz de Menores e ao Juiz do Trabalho. Na justificativa, argumenta-se que *“o artigo 114 da Constituição Federal de 1988 deixa claro que compete à Justiça do Trabalho julgar e processar controvérsias decorrentes das relações de trabalho. Portanto, descabida a competência exclusiva dos Juízes de Menores”*.

No Projeto de Lei nº 4.968, de 2013, de autoria do Deputado Federal Jean Wyllys, é alterado, inicialmente, o art. 60 da Lei nº 8.069/1990, que veicula o Estatuto da Criança e do Adolescente, para vedar a autorização de trabalho para os *“menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos quatorze anos”*, bem como para permitir tal autorização apenas *“no caso de participação em representações artísticas”*. Especifica, ainda, os requisitos a serem observados pelo alvará, ressaltando que ele poderá ser *“concedido pela autoridade judiciária do Trabalho, e a pedido dos detentores do poder familiar, após ouvido o representante do Ministério Público”*. Por fim, o Projeto revoga o parágrafo único do art. 402, que estabelece sistemática específica para o trabalho em oficina da família; os parágrafos segundo e quarto do art. 405, que outorgam ao Juiz de Menores competência para autorizar o trabalho em logradouros públicos, quando necessário à subsistência, e exigem a vinculação dos menores jornalheiros às instituições de amparo existentes na localidade; e o art. 406 da Consolidação das Leis do Trabalho, que confere ao Juiz de Menores competência para autorizar o trabalho na hipótese das alíneas ‘a’ e ‘b’ do § 3º do art. 405 da CLT. O autor do projeto, em sua justificativa, realça a necessidade de evitar-se o trabalho de crianças e adolescentes, de modo a cumprir os comandos constitucionais e o compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro. Quanto às razões para a alteração de competência, nada foi dito.

Os três projetos foram pensados e analisados em conjunto pela Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados. De acordo com o parecer da relatora, Deputada Benedita da Silva, a presença

de crianças e adolescentes em relações de trabalho deve ser autorizada pela justiça especializada, qual seja, a trabalhista, que, por ser *“especialista em amparar os trabalhadores hipossuficientes, conferirá maior amplitude ao exercício dos direitos trabalhistas das crianças e adolescentes que exerçam atividade artística. A Justiça Comum se limita a analisar os aspectos civis da autorização, ou seja, se irá gerar prejuízo aos estudos, à moral, mas não adentra nos aspectos dos direitos trabalhistas”*. Portanto, em razão da competência constitucional da Justiça do Trabalho e, *“principalmente, pelo princípio da proteção integral às crianças e adolescentes”*, as autorizações não de ser concedidas por esse ramo do Judiciário.

Plano Jurisprudencial

Os órgãos do Poder Judiciário possuem a profícua incumbência de aplicar o direito posto em caráter definitivo, de modo a evitar, recompor ou reparar qualquer lesão ou tentativa de lesão a direitos individuais ou coletivos. Para tanto, interpretam o direito posto e, nesse particular, alguns órgãos da Justiça do Trabalho tem visualizado, no art. 114, I, da Constituição de 1988, o alicerce de sua competência para autorizar, ou não, o trabalho de crianças e adolescentes.

De acordo com o art. 114, I, da Emenda Constitucional nº 45/2004, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar *“as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”*. A partir desse enunciado linguístico, alcançou-se o entendimento de que o art. 406 da CLT, que atribui ao Juízo da Infância e da Juventude competência para autorizar o trabalho de crianças e adolescentes, não poderia sobrepor-se ao comando constitucional, tendo sido revogado.

A esse respeito, podem ser colacionados os seguintes acórdãos relacionados a essa temática, *verbis*:

“COMPETÊNCIA PARA APRECIACÃO DO PLEITO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA TRABALHO INFANTIL – É da Justiça do Trabalho a competência para apreciar pedido de autorização para ocorrência de trabalho por menores, que não guardam a condição de aprendizes nem tampouco possuem a idade mínima de dezesseis anos. Entendimento que emana da nova redação do artigo 114, inciso I, da Lex Fundamentalis” (TRT-2ª Região, Processo nº 00017544920135020063, rel. Des. Rosana de Almeida, j. em 10/12/2013, DJ de 10/01/2014)).

“CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AUTORIZAÇÃO PARA TRABALHO DE MENOR. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA RECURSAL. - Após a Emenda Constitucional nº 45, fica evidente a competência da Justiça do Trabalho para dirimir conflito relativo à fiscalização do trabalho de menores. - Competência declinada à Justiça do Trabalho” (TRF-4ª Região, 3ª Turma, AC nº 2005.04.01.033601-0, rel. Des. Fed. José Paulo Baltazar Junior, j. em 06/03/2006, DJ de 03/05/2006).

Plano Argumentativo

A evolução de qualquer ciência não passa ao largo da circulação de ideais e do livre debate a respeito de sua adequação, ou não, às peculiaridades do contexto sociopolítico. Essas são as características de um ambiente pluralista, em que convergências e divergências são a tônica do debate público. O pluralismo há de ser reconhecido sob todos os pontos de vista (artístico, religioso etc.), assumindo especial relevo, para o ambiente democrático, em sua feição política.³⁷ O pluralismo político, alicerce estrutural do regime liberal, aponta para a inexistência de uma verdade oficial, existindo, apenas, uma opinião majoritária, fruto da igual manifestação e consideração de todas as opiniões existentes. O livre aflorar de opiniões dinamiza a interação recíproca entre grupos de interesses e o Estado, que atuam como participantes do discurso político,³⁸ impedindo a estagnação das orientações existentes.

Não obstante a plena legitimidade do discurso argumentativo, parece existir em certos setores uma precipitação em relação à forma de interação desse discurso com a realidade. A alguns parece que a competência da Justiça do Trabalho para autorizar, em caráter excepcional, o trabalho de crianças e adolescentes, longe de estar adstrita ao plano das ideias, contando com algumas poucas decisões desse ramo especializado do Poder Judiciário, que parece adotar uma postura autorreferencial, é fato consumado. Em outras palavras, tal competência já existiria e deveria ser imediatamente cumprida. Essa constatação decorre de duas iniciativas, desenvolvidas nos Estados de São Paulo e Mato Grosso, que, pela sua singularidade, merecem ser referidas.

³⁷ Cf. DEBBASCH, Charles, BOURDON, Jacques, PONTIER, Jean-Marie e RICCI, Jean-Claude. *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*. 3ª ed. Paris: Economica, 1990, p. 197.

³⁸ Cf. JANOSKI, Thomas. *Citizenship and Society. A Framework of Rights & Obligations in Liberal, Traditional, and Social Democratic Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 117.

Por meio da Recomendação Conjunta nº 1, da lavra da Corregedoria Regional do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região, da Corregedoria Regional do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, da Coordenadoria da Infância e da Juventude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, do Ministério Público do Trabalho da Segunda Região, do Ministério Público do Trabalho da Décima Quinta Região e do Ministério Público do Estado de São Paulo, foi dito o seguinte:

“Art. 1º. Recomendar aos Juízes de Direito da Infância e da Juventude, aos Juízes do Trabalho da Vigésima Terceira Região, aos membros do Ministério Público Estadual e do Ministério Público do Trabalho da Vigésima Terceira Região, que tomem como diretriz, para efeito de competência:

I – As causas que tenham como amparo os direitos fundamentais da criança e do adolescente e sua proteção integral, nos termos da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, inserem-se no âmbito da competência dos Juízes de Direito da Infância e da Juventude;

II – As causas que tenham como fundamento a autorização para trabalho de crianças e adolescentes, inclusive artísticos e desportivo, e outras questões conexas derivadas dessas relações de trabalho e emprego, debatidas em ações individuais e coletivas, inserem-se no âmbito da competência dos Juízes do Trabalho, nos termos do art. 114, incisos I e IX, da Constituição da República.

Art. 2º. Esta Recomendação entra em vigor na data de sua publicação.”

Não há dúvidas de que a recomendação, de fato, é o veículo adequado à disseminação de certas diretrizes de atuação funcional, que não de ser sugeridas, não propriamente impostas. O curioso é que a recomendação destoa de uma sistemática quase secular. Aliás, é justamente por estar em vigor uma sistemática diversa é que encontram-se em tramitação proposições legislativas com o objetivo de alterá-la. Vale lembrar que recomendação, com justificativa diversa, mas de conteúdo praticamente idêntico, foi editada, em 19 de dezembro de 2014, por autoridades congêneres no Estado de Mato Grosso.³⁹

³⁹ Após a conclusão deste estudo, divulgado pela primeira vez em maio de 2015, referidas recomendações foram impugnadas, perante o STF, por meio da ADI nº 5.326/DF, sendo relator o Min. Marco Aurélio. O julgamento foi iniciado em 12/08/2015, com o voto favorável do relator, reconhecendo o caráter normativo das recomendações e declarando a inconstitucionalidade da tese de que a Justiça do Trabalho deveria autorizar a participação de crianças e adolescentes em eventos artísticos e desportivos, no que foi acompanhado pelo Min. Edson Fachin. A Min. Rosa Weber, por sua vez, antecipou pedido de vista. Em momento posterior, mais especificamente em 20/08/2015, o relator deferiu monocraticamente a liminar requerida.

O principal alicerce de sustentação da tese da competência da Justiça do Trabalho é a interpretação que se pretende dar ao art. 114, I e X, da Constituição da República.⁴⁰ Além disso, também se argumenta com o disposto no art. 83 da Lei Complementar nº 75/1993, segundo o qual “[c] ompete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho”, podendo “III- promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos”; e “V - propor as ações necessárias à defesa dos direitos e interesses dos menores, incapazes e índios, decorrentes das relações de trabalho”. Como esse comando teria outorgado, ao Ministério Público do Trabalho, a atribuição necessária à defesa dos interesses dos menores, “decorrentes das relações de trabalho”, ter-se-ia, *ipso iure*, a competência da Justiça do Trabalho para apreciar as respectivas ações. Alguns chegam a afirmar que a lei complementar é hierarquicamente superior à lei ordinária, daí decorrendo a inferência lógica de que a CLT fora tacitamente revogada.

6. A competência do Juízo da Infância e da Juventude e o seu alicerce argumentativo

As discussões em torno do órgão jurisdicional competente para apreciar as autorizações ora analisadas deparam-se com um quadro normativo bem definido. De um lado, temos comandos legais que atribuem essa competência ao Juízo da Infância e da Juventude, alguns deles editados sob a égide da Constituição de 1988; de outro, temos a interpretação que se pretende outorgar ao art. 114, I, da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Quanto ao art. 83, V, da Lei Complementar nº 75/1993, é evidente que esse preceito tão somente enuncia a atribuição do Ministério Público do Trabalho para defender os interesses, de crianças e adolescentes, “decorrentes da relação de trabalho”, o que reconduz a discussão à interpretação do referido preceito constitucional.

O art. 114, I, da Constituição de 1988, em sua redação original, tinha o seguinte conteúdo:

⁴⁰ Cf. OLIVA, José Roberto Dantas. Autorização para o trabalho infanto-juvenil artístico e nas ruas e praças: parâmetros e competência exclusiva do Juiz do Trabalho, *in* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, nº 28, 2006, p. 117.

“Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas”.

A referência a *“dissídios individuais e coletivos”* evidenciava o caráter litigioso das causas submetidas à Justiça do Trabalho, o que, por si só, já seria suficiente para afastar a sua competência para apreciar o pedido de autorização ora analisado. Além disso, era possível que a lei estendesse a competência desse ramo especializado a *“outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho”*, que seriam definidas em lei. Fosse explorado o potencial semântico dessa expressão, utilizando-se técnica semelhante àquela encampada pelos atuais defensores da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, de modo que *decorrente* deixasse de ser o que vem *depois*, passando a ser o que vem *antes*, por certo, não haveria óbice a que a Consolidação das Leis do Trabalho viesse a reconhecer referida competência. Apesar desse diploma normativo ter sido objeto de inúmeras alterações desde 5 de outubro de 1988, jamais retirou-se, do Juízo da Infância e da Juventude, a competência ora analisada, que remonta ao início do século.

Em 30 de dezembro de 2004, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, que alterou a redação do art. 114 da Constituição da República, de modo a detalhar as suas competências, sem prejuízo de sua ampliação pela legislação infraconstitucional. Eis o teor do *caput* e dos incisos I e IX do art. 114 após a modificação constitucional:

“Art. 114 - Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

(...)

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei”.

Tão logo foi promulgada a reforma constitucional, tornou-se perceptível o surgimento de certo frenesi a respeito da ampliação das competências da Justiça do Trabalho. Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal foi instado a pronunciar-se a respeito de algumas “teses

hermenêuticas”. O Tribunal, ao julgar a ADI nº 3.395-6 (rel. Min. Cezar Peluso, j. em 05/04/2006, DJ de 10/11/2006), conferiu interpretação conforme a Constituição ao art. 114, I, para excluir da competência da Justiça do Trabalho as causas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, de um lado, e seus servidores de outro, sempre que “*vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo*”. No julgamento da ADI nº 3.684-0 (rel. Min. Cezar Peluso, j. em 01/02/2007, DJ de 03/08/2007), o Tribunal deixou assentado que o disposto no art. 114, I, IV e IX, “*não atribui à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais*”. Em outras palavras, nem a ordem constitucional autoriza nem a legislação infraconstitucional pode autorizar que Juízes do Trabalho julguem crimes, ainda que sejam praticados, durante a relação de trabalho e envolvam empregado e empregador.

Mas será que a Emenda Constitucional nº 45/2004, ao modificar o inciso I do art. 114, teria inventado a “quadratura do círculo”? Em outras palavras, será que o enunciado linguístico que atribui competência a esse ramo especializado para processar e julgar “*as ações oriundas das relações de trabalho*” legitimaria a conclusão idealizada por alguns? Ou, melhor dizendo, seria possível afirmar que essa expressão apresenta distinção substancial em relação ao enunciado anterior, que mencionava “*dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores (...) e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*”? De modo mais específico: no que se distinguem as expressões “*ações oriundas das relações de trabalho*” e “*controvérsias decorrentes da relação de trabalho*”? Com todas as vênias daqueles que encampam entendimento diverso, cremos que nada mudou, em nosso texto constitucional, que possa embasar a interpretação pretendida. E, pior, nada mudou em nosso ambiente sociopolítico que pudesse justificar o conteúdo normativo que se pretende delinear.

O êxito de uma ordem constitucional, enquanto paradigma de efetividade social, é influenciado pela qualidade interna de suas regulamentações, pelas condições externas que permitam a sua realização e pela atividade desenvolvida pelo responsável pela individualização de suas normas, daí a relevância da relação triangular estabelecida entre “*texto, contexto e interpretação*”.⁴¹ Na síntese de Häberle:⁴² “[*k*]ein (*rechtlicher*)

⁴¹ Cf. GRIMM, Dieter. Constituição e Política (*Die Verfassung und die Politik*). Trad. de CARVALHO, Geraldo de. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006, p. 24 e 266.

⁴² *Function und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive*, in *EuGRZ* 32. Jg. Heft 22-23, 2005, p. 685 (685).

Text ohne Kontext”, “*kein (rechtlicher) Text ohne Auslegung*” [“não há texto (jurídico) sem contexto, não há texto (jurídico) sem interpretação”]. A ordem constitucional, aliás, pode ser vista como uma rede de inter-relações formada a partir da aproximação, de um lado, da linguagem textual, e, do outro, das forças de natureza social, econômica, política e moral.⁴³ Tal ocorre justamente porque as disposições normativas constitucionais estão situadas em um contexto multidimensional, real e cambiante, o que permite sejam adjudicados significados dinâmicos a significantes estanques, resultado da ação de forças que determinam a natureza, o significado e os efeitos que os significantes linguísticos produzirão no plano concreto.⁴⁴ A norma constitucional é essencialmente mutável. Afinal, entre o momento constituinte e o momento em que é individualizada, é factível a possibilidade de o contexto social ter passado por diversas modificações.⁴⁵

A promoção da interação entre texto e contexto é *munus* que recai sobre o intérprete, fazendo que a ordem constitucional transite da plasticidade formal para a concretude de um específico ambiente sociopolítico. Esse é o alicerce estrutural da metódica concretista de Konrad Hesse.⁴⁶ A interpretação constitucional é “*concretização*”, não existindo “*independente de problemas concretos*”.⁴⁷ A Constituição deve ser sempre concebida em sua atualidade, individualidade e concretude. Considerando a sua vinculação a um ambiente histórico-concreto, a atividade do intérprete assume relevância ímpar no delineamento do seu conteúdo. Afinal, cabe a ele apreender a realidade e promover a sua interação com o significante interpretado. A relevância dessa atividade é percebida nas situações em que o significado possível não seja inequívoco, ensejando dúvidas insuscetíveis de serem superadas pelos métodos clássicos.

⁴³ Cf. LEVI, Judith N. WALKER, Anne Graffam. *Language in the judicial process*. Vol. 5 de *Law, Society and Policy*. New York: Plenum Press, 1990, p. 6.

⁴⁴ Cf. COULTHARD, Malcolm e JOHNSON, Alison. *An introduction to forensic linguistics: language in evidence*. New York: Routledge, 2007, p. 48.

⁴⁵ Cf. LAVAGNA, Carlos. *Costituzione e socialismo*. Bologna: Il Mulino, 1977, p. 40. Na síntese de Walter Claudius Rothemburg, a Constituição, face à sua dimensão dinâmica, “*está mais para cinema do que para fotografia*” (Direito Constitucional. São Paulo: Editora Verbatim, 2010, p. 17).

⁴⁶ Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*). Trad. de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 61-70.

⁴⁷ Elementos..., p. 62.

Na doutrina de Friedrich Müller,⁴⁸ que se dedicou de modo mais amplo à temática, a norma não se sobrepõe ao texto, sendo concretizada a partir dele. É a resultante da convergência de fatores linguísticos e factuais, aqueles inerentes ao texto normativo, estes às especificidades da realidade em que se projetará. O intérprete, realizando uma atividade essencialmente intelectual e decisória, é o responsável pela condução do processo de concretização, que principia pela identificação do problema, avança pela individualização do texto normativo, se desenvolve sob os influxos da realidade e somente se completa com a solução do caso concreto.⁴⁹ Nesse *iter*, o intérprete confere vida e utilidade ao enunciado linguístico inserido na Constituição formal, que alcança o *status* de norma constitucional a partir da simbiose, entre texto e contexto, promovida pela interpretação, culminando com a formação da norma de decisão, resultado final do processo de concretização. Abandona-se o formalismo e encampa-se o dinamismo da práxis. O objetivo: adotar critérios prático-normativos voltados à decisão do caso concreto.⁵⁰ Nesse “*avanço tópico*”, diversamente da “*tópica pura*”, a base textual, que não tem um significado (*Bedeutung*) próprio, direciona (*dirigiert*) e limita (*begrenzt*) a atividade do intérprete. É, além disso, influenciado pela política jurídica, devendo sopesar as consequências e os efeitos das decisões.⁵¹

É evidente que o contexto sociopolítico atualmente existente na realidade brasileira não oferece ambiente adequado à pretendida modificação da competência da Justiça do Trabalho. Além de o art. 114, I, da Constituição de 1988 não encampar, semântica ou sintaticamente, a tese de que a Justiça do Trabalho teve suas competências exponencialmente expandidas, as peculiaridades do ambiente sociopolítico não justificam a ampliação pretendida. Afinal, estamos perante um sistema que já subsiste há quase um século e é especificamente direcionado às crianças e aos adolescentes. A própria ampliação da competência da Justiça do Trabalho, via legislação infraconstitucional, seria de duvidosa constitucionalidade, já que a matéria estaria dissociada da relação de trabalho.

⁴⁸ *Discours de la Méthode Juridique (Juristische Methodik)*. Trad. De JOUANJAM, Olivier. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 186 e ss.; *Juristische Methodik, Band I: Grundlagen Öffentliches Recht*. Berlin: Duncker & Humbolt. 9ª ed., 2004, p. 258 e ss.; Métodos de Trabalho do Direito Constitucional. 3ª ed. Trad. de NAUMANN, Peter. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 47 e ss.

⁴⁹ Cf. MÜLLER. *Juristische Methodik...*, p. 470.

⁵⁰ Cf. CASTANHEIRA NEVES, A.. Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais, Boletim da FDUC. *Stvdia Ivridica* 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 84.

⁵¹ Cf. MÜLLER. *Juristische Methodik...*, p. 127, 258 e 476 (resumo).

O acerto dessa conclusão ainda é corroborado pela autonomia do denominado *Direito da Infância e da Juventude*, o que aconselha a concentração de competências, que devem ser tratadas no nível da especialização. Para maior clareza, analisaremos esse aspecto de maneira mais detida em tópico próprio. Também será objeto de análise específica a distinção entre *autorização para o trabalho e relação de trabalho*.

6.1. O direito da infância e da juventude e sua autonomia existencial

Direito, do latim *directum*, de *dirigere*, indicando a ação de dirigir, de ordenar, é significante eminentemente polissêmico. Para os fins de nossa exposição, pode ser visto como o conjunto de padrões normativos, do qual derivam posições jurídicas de sujeição e de fruição. É indissociável da inter-relação social, que delimita e compatibiliza,⁵² e apresenta um “*significado emotivo favorável*”,⁵³ denotando a presença de uma atitude de adesão, o que assegura a sua validade social. Em virtude da crescente complexidade das relações sociais, esses padrões normativos se multiplicaram, apresentando, além das distinções que justificam a sua própria existência, alguns traços comuns que permitem reuni-los em certos ramos específicos, de modo a estabelecer uma identidade metódica e didática, facilitando a sua compreensão. As classificações mais tradicionais e amplamente difundidas são aquelas que dividem o direito em internacional e interno, e este último em público e privado.⁵⁴

As principais distinções entre o direito público e o privado, dicotomia que tem sofrido severas críticas, costumam ser condensadas nos objetivos a serem alcançados, nas características das respectivas normas⁵⁵ e no critério

⁵² Cf. BRONZE, Fernando José. Lições de Introdução ao Direito. 2ª edição, reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 36.

⁵³ Cf. SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. 2ª ed., 13ª reimp. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005, p. 16.

⁵⁴ Sálvio de Figueiredo Teixeira, há algumas décadas, realçava a superação da dicotomia entre direito público e privado, o que decorria do reconhecimento dos denominados interesses transindividuais, coletivos ou difusos (O Direito e a Justiça do Menor, *in* Revista dos Tribunais, vol. 650, p. 12, dez./1989). Mais recentemente, vide, no mesmo sentido, o belíssimo trabalho de Gregório Assagra de Almeida, intitulado *Direito Material Coletivo. Superação da Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* Constitucionalizada. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

⁵⁵ Cf. TERRÉ, François. *Introduction générale au droit*. Paris: Dalloz, 1991, p. 70.

de posição dos sujeitos.⁵⁶ O objetivo do direito público é o de satisfazer os interesses da coletividade, enquanto o direito privado busca assegurar o máximo de satisfação aos interesses individuais. As normas de direito público são essencialmente imperativas, o que afasta qualquer poder de disposição sobre elas, enquanto, no direito privado, que privilegia a vontade e a liberdade individuais, a preponderância é das normas dispositivas. Nas normas de direito público, estaria presente o exercício de um poder de autoridade (*publica potestas*), enquanto que, nas normas de direito privado, as partes aparecem numa posição de igualdade.

Além da divisão do direito interno em público e privado, comportando, cada qual, uma multiplicidade de sub-ramos, é crescente o desenvolvimento do que alguns denominam de ramos mistos,⁵⁷ por apresentarem certas características que podem ser consideradas inerentes ao direito público ou ao direito privado. A nosso ver, essa classificação não apresenta grande rigidez dogmática. Afinal, é difícil imaginar a existência de um ramo em estado puro, somente possuindo normas que se enquadrem sob a epígrafe das públicas ou das privadas. Apesar dessa constatação, é factível que o enquadramento do direito do trabalho na dicotomia tradicional é tarefa assaz difícil, sendo nítida a convergência de normas de direito público e de direito privado,⁵⁸ daí o porquê de muitos o considerarem *direito social*.⁵⁹

Não se pode deixar de observar, juntamente com Recasens Siches,⁶⁰ que nenhuma doutrina “*logrou encontrar um critério universalmente válido para estabelecer tal distinção*”. Daí a conclusão de que a dicotomia público-privado baseia-se mais em dados históricos que propriamente em uma validade intrínseca, vale dizer, existem normas em que, historicamente, prepondera o interesse público e normas em que a preeminência é do interesse privado. E o exemplo oferecido pelo autor para demonstrar a falta de rigidez dessa classificação era justamente a situação das normas protetoras dos filhos,

⁵⁶ Cf. BAPTISTA MACHADO, João. Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador. 17ª reimp. Lisboa: Almedina, 2008, p. 65; e LIMA, Hermes. Introdução à Ciência do Direito. 20ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970, p. 99-102.

⁵⁷ Cf. TERRÉ. *Introduction...*, p. 73.

⁵⁸ Cf. ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das Deutsche Recht*. 3ª ed. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, p. 270.

⁵⁹ Cf. Baptista Machado. *Introdução...*, p. 74.

⁶⁰ Cf. *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 2003, p. 179.

reputadas tipicamente de direito privado, mas que possuem um caráter público, “que é salvaguardado de ofício, pela intervenção do Ministério Público.” Já o direito do trabalho, embora seja principalmente protetor de interesses privados, alguns ordenamentos, como o mexicano, consideram-no como de direito público, pois os direitos que tutela são irrenunciáveis.

Acresça-se que o mundo contemporâneo tem testemunhado uma crescente compartimentação dos padrões normativos, conforme a natureza das relações sociais que devem disciplinar. Daí decorre a diversificação dos ramos do direito, que passam a ter reconhecida a sua autonomia existencial em razão das peculiaridades que os distinguem dos outros ramos existentes. Apesar da advertência de François Terré,⁶¹ no sentido de que há um certo exagero na defesa da autonomia de alguns ramos do direito, é inegável que esse fenômeno não é reversível. O desafio é afastar os excessos, mas reconhecer a utilidade da compartimentação, cuja finalidade prática, como ressaltado por Tercio Sampaio Ferraz Júnior,⁶² é contribuir para a “*decidibilidade de conflitos com um mínimo de perturbação social*”. A autonomia surge da diversidade, mas não se exaure nela. É indispensável que o novo ramo apresente singularidades que o distingam dos demais, daí decorrendo a possibilidade de oferecer soluções originais e derogatórias das regras gerais existentes no sistema ou das regras específicas afetas a outros ramos.

Para que a autonomia seja reconhecida, é necessário, em primeiro lugar, que a aplicação de princípios e métodos de argumentação gerais conduza a situações injustas ou irrazoáveis. A autonomia, além disso, exige que a matéria considerada, embora se abebere de princípios gerais ou específicos preexistentes, tenha uma espécie de “*combinação química*”⁶³ que permita atribuir-lhe contornos de novidade. Foi justamente isso que aconteceu com o direito do trabalho, que passou a ostentar grande relevância social e a dispensar especial proteção ao trabalhador, que historicamente sucumbia ao avanço do capital. Com isso, despreendeu-se do direito civil e adquiriu as características de disciplina autônoma.

⁶¹ Cf. TERRÉ. *Introduction...*, p. 74.

⁶² *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 4ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 140.

⁶³ Cf. TERRÉ. *Introduction...*, p. 75.

O reconhecimento da autonomia existencial do direito da infância e da juventude exige considerações em torno do modo como essa camada da população passou a ser vista pelos distintos atores do ambiente sociopolítico, tanto interno como internacional, e o tratamento jurídico que lhe foi dispensado pelas estruturas estatais de poder. Somente assim será possível aferir se o critério etário justificou, por si só, o surgimento de uma visão social e normativa tão diferenciada a seu respeito que torne inviável a sua inserção, total ou parcial, em algum ramo do direito incumbido da organização normativa de matéria diversa.

Desde os primórdios da humanidade percebeu-se que os seres humanos somente alcançavam a plenitude de suas potencialidades físicas e mentais com o passar dos anos. Em algumas civilizações, os mais jovens sequer eram sujeitos de direito, e, quando se reconheceu esse *status*, foram-lhes opostas restrições à manifestação da vontade. Durante longo tempo, foram penitenciados pelos erros dos antecessores, quer cumprindo penas, quer tendo a sua esfera jurídica restringida.

O século XX testemunhou uma crescente preocupação com os direitos das crianças e dos adolescentes, sendo inúmeros os atos de direito internacional que buscam tutelá-los. Em caráter meramente enunciativo, podemos mencionar aqueles listados abaixo.

(i) A Declaração Universal dos Direitos da Criança e do Adolescente, adotada no âmbito da UNICEF em 20 de novembro de 1959, enunciou um extenso rol de direitos que deveriam ser reconhecidos *“a todas as crianças, sem qualquer exceção, distinção ou discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outra natureza, nacionalidade ou origem social, posição econômica, nascimento ou outra condição, seja inerente à própria criança ou à sua família”*.

(ii) A Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, adotada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. No Brasil, foi aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26 de maio de 1992, sendo depositado o instrumento de ratificação, junto à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, em 25 de setembro de 1992, e promulgada, na ordem interna, pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. A Convenção entrou em vigor, no plano internacional, em 18 de julho de 1978. De acordo com o seu art. 19, *“[t]oda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, por parte da sua família, da sociedade e do Estado.*

(iii) O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), adotado em São Salvador, em 17 de novembro de 1988. No Brasil, foi aprovado, pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 56, de 19 de abril de 1995, sendo depositado o instrumento de adesão, junto à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, em 21 de agosto de 1996, e promulgado, na ordem interna, pelo Decreto nº 3.321, de 31 de dezembro de 1999. O Protocolo entrou em vigor, no plano internacional, em 16 de novembro de 1999. De acordo com o nº 3 do seu art. 15, que trata do *“direito à constituição e proteção da família”* (...), *“[o]s Estados Partes comprometem-se, mediante este Protocolo, a proporcionar adequada proteção ao grupo familiar e, especialmente, a: (...) b. Garantir às crianças alimentação adequada, tanto no período de lactação quanto durante a idade escolar; c. Adotar medidas especiais de proteção dos adolescentes, a fim de assegurar o pleno amadurecimento de suas capacidades físicas, intelectuais e morais”*. O art. 16, por sua vez, que trata do *“[d]ireito da criança”*, dispõe que *“[t]oda criança, seja qual for sua filiação, tem direito às medidas de proteção que sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado. Toda criança tem direito de crescer ao amparo e sob a responsabilidade de seus pais; salvo em circunstâncias excepcionais, reconhecidas judicialmente, a criança de tenra idade não deve ser separada de sua mãe. Toda criança tem direito à educação gratuita e obrigatória, pelo menos no nível básico, e a continuar sua formação em níveis mais elevados do sistema educacional.*

(iv) O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966. No Brasil, foi aprovado, pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, sendo depositada a carta de adesão, junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, em 24 de janeiro de 1992, e promulgado na ordem interna pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. O Pacto entrou em vigor, no plano internacional, em 23 de março de 1976. De acordo com o seu art. 24, 1, *“[q]ualquer criança, sem nenhuma discriminação de raça, cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, propriedade ou nascimento, tem direito, da parte da sua família, da sociedade e do Estado, às medidas de proteção que exija a sua condição de menor”*.

(v) A Convenção sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, adotada em Haia, em 25 de outubro de 1980. No Brasil, foi aprovada, pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 79, de 15 de setembro de 1999, sendo depositado o instrumento de adesão,

em 19 de outubro de 1999, e promulgada, na ordem jurídica interna, pelo Decreto nº 3.413, de 14 de abril de 2000. A Convenção entrou em vigor, no plano internacional, em 1º de dezembro de 1983. Há reserva ao art. 24 da Convenção, permitida pelo seu art. 42, sendo exigido que os documentos estrangeiros juntados aos autos judiciais sejam acompanhados de tradução para o português, feita por tradutor juramentado oficial.

(vi) A Convenção Interamericana sobre a Restituição Internacional de Menores, adotada em Montevideu, em 15 de julho de 1989. No Brasil, foi aprovada, pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 3, de 7 de fevereiro de 1994, sendo depositado o instrumento de ratificação, junto à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, em 3 de maio de 1994, e promulgada, na ordem interna, pelo Decreto nº 1.212, de 3 de agosto de 1994. A Convenção entrou em vigor, no plano internacional, em 4 de novembro de 1994.

(vii) A Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. No Brasil, foi aprovada, pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, sendo depositado o instrumento de ratificação em 24 de setembro de 1990 e promulgada, na ordem interna, pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. A Convenção entrou em vigor, no plano internacional, em 2 de setembro de 1990.

(viii) A Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, adotada na Cidade do México, em 18 de março de 1994. No Brasil, foi aprovada, pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 105, de 30 de outubro de 1996, sendo depositado o instrumento de ratificação, junto à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, em 8 de julho de 1997, e promulgada, na ordem interna, pelo Decreto nº 2.740, de 20 de agosto de 1998. A Convenção entrou em vigor, no plano internacional, em 15 de agosto de 1997.

(ix) O Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, adotado em Nova Iorque, em 25 de maio de 2000. No Brasil, foi aprovado, pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 230, de 29 de maio de 2003, sendo depositado o instrumento de ratificação, junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, em 27 de janeiro de 2004, e aprovado

pelo Decreto nº 5.007, de 8 de março de 2004. O Protocolo entrou em vigor, no plano internacional, em 18 de janeiro de 2002.

(x) O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado em Nova Iorque, em 16 de dezembro de 1966. No Brasil, foi aprovado, pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, sendo depositada a carta de adesão, junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, em 24 de janeiro de 1992, e aprovado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. O Pacto entrou em vigor, no plano internacional, em 3 de janeiro de 1976. De acordo com o seu art. 10, “[o]s Estados Partes no presente Pacto reconhecem que: 1. Uma proteção e uma assistência mais amplas possíveis serão proporcionadas à família, que é o núcleo elementar natural e fundamental da sociedade, particularmente com vista à sua formação e no tempo durante o qual ela tem a responsabilidade de criar e educar os filhos. O casamento deve ser livremente consentido pelos futuros esposos. (...) 3. Medidas especiais de proteção e de assistência devem ser tomadas em benefício de todas as crianças e adolescentes, sem discriminação alguma derivada de razões de paternidade ou outras. Crianças e adolescentes devem ser protegidos contra a exploração econômica e social. O seu emprego em trabalhos de natureza a comprometer a sua moralidade ou a sua saúde, capazes de pôr em perigo a sua vida, ou de prejudicar o seu desenvolvimento normal deve ser sujeito à sanção da lei. Os Estados devem também fixar os limites de idade abaixo dos quais o emprego de mão de obra infantil será interdito e sujeito às sanções da lei.

Alírio Cavalieri,⁶⁴ referindo-se à autonomia do então denominado *Direito do Menor*, defendia que ela decorria do seu conteúdo específico, de institutos peculiares, de ter normas próprias e de sua autonomia didático-científica.

Esse ramo do direito, como ressaltado por Sálvio de Figueiredo Teixeira,⁶⁵ costuma encontrar a sua base de sustentação em três concepções teóricas, que são as doutrinas (a) da proteção integral, (b) do direito penal do menor e (c) da situação irregular.

⁶⁴ O Direito do Menor – um Direito Novo, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1979, p. 384.

⁶⁵ O Direito..., *in* Revista dos Tribunais, vol. 650, p. 12 e ss..

A doutrina da proteção integral apregoava a necessidade de a criança e o adolescente terem a integralidade de sua esfera jurídica sujeita à preocupação e à tutela do Estado. Essa proteção deveria abranger, além das liberdades clássicas, a totalidade dos direitos sociais, como alimentação, habitação, educação, saúde, cultura, lazer e trabalho.

A doutrina do direito penal do menor defende que o Estado deve instituir um sistema de responsabilização diferenciado, atento às especificidades da pessoa em desenvolvimento.⁶⁶ A ausência de incursão no campo extrapenal importava na inexistência de qualquer medida que buscasse contornar as debilidades físicas e mentais dessa camada da população, de modo a oferecer-lhe as prestações sociais que assegurassem o seu pleno desenvolvimento físico e mental.

A doutrina da situação irregular, por sua vez, era baseada na necessidade de preservar ou recompor a esfera jurídica da criança e do adolescente que a tivesse comprometida por qualquer razão. Com isso, buscava estabelecer mecanismos de assistência, proteção e vigilância, que eram acionados sempre que as especificidades concretas o exigissem.

O alicerce estabelecido pela ordem constitucional e a sistemática contida na Lei nº 8.069/1990 são suficientes, por si sós, para justificar a autonomia existencial do direito da criança e do adolescente.⁶⁷ São detalhados diversos direitos, amparados pelas medidas protetivas; as relações de família passaram a ajustar-se a certos comandos específicos, nitidamente derogatórios do direito comum; foi prevista a existência do Juízo da Infância e da Juventude, que há de contar com uma equipe de apoio, composta por psicólogos, assistentes sociais, comissários etc., que viabilize o atendimento dos amplos objetivos a serem cumpridos pelo Estado; os poderes do juiz foram sensivelmente ampliados, sendo-lhe permitido estabelecer atos normativos de natureza infralegal e proferir decisões de ofício, isso sem olvidar o seu poder de cautela sensivelmente mais amplo;

⁶⁶ A respeito do direito penal dos menores, vale conferir a ampla pesquisa de Silvia Larizza, que trata da temática em mais de cinco centenas de páginas: *Il diritto penale dei minori: evoluzione e rischi di involuzione*. Milano: CEDAM, 2005.

⁶⁷ Em relação ao papel do Estatuto da Criança e do Adolescente na construção da “*cidadania infanto-juvenil*”, vide: FALBO, Ricardo Nery. *Natureza do Conhecimento Jurídico: Generalidade e Especificidade no Direito da Criança e do Adolescente*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 81.

há um sistema de responsabilização pessoal específico, com sanções próprias, as medidas socioeducativas, e prazos cambiantes, que se ajustam às especificidades de cada adolescente infrator; e ainda há um sistema próprio de direito administrativo sancionador, que prevê uma tipologia de ilícitos administrativos e sanções próprias para quem infrinja certas normas de proteção dessa camada da população.

Esse sistema, cujas especificidades não podem ser negadas, há de ser interpretado e aplicado com os olhos voltados à “*absoluta prioridade*” que a criança, o adolescente e o jovem, por força do art. 227, *caput*, da Constituição de 1988, deve receber da família, da sociedade e do Estado. O comando constitucional assegurou-lhes “*o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão*”.

Como se constata, além da proteção integral, o art. 227, *caput*, da Constituição de 1988 assegurou às crianças e aos adolescentes, *com absoluta prioridade*, o gozo de inúmeros direitos. No plano lexical, prioridade indica a “*qualidade do que está em primeiro lugar ou do que aparece primeiro; primazia, preferência conferida a alguém relativa ao tempo de realização de seu direito, com preterição do de outros; qualidade de uma coisa que é posta em primeiro lugar dentro de uma série ou ordem*” (Cf. Buarque de Holanda). Consagrada a prioridade, é praticamente suprimido o âmbito de discricionariedade política do administrador público, já que eliminada a possibilidade de sopesar quaisquer outros direitos com aqueles das crianças, dos adolescentes e dos jovens. A ponderação entre os possíveis valores envolvidos foi realizada, *a priori*, pelo Constituinte, pouco sendo deixado ao administrador. Tratando-se de direitos que congreguem valores idênticos ou inferiores àqueles consagrados às crianças e aos adolescentes, não haverá qualquer espaço para uma opção distinta daquela que prestigie a *absoluta prioridade* (*v.g.*: entre a educação de um adulto e a educação de uma criança, esta haverá de prevalecer; entre a realização de construções de natureza voluptuária e a educação de uma criança, a última, por veicular valores mais importantes à coletividade, deverá igualmente prevalecer). No entanto, em situações extremas, um direito que possua maior peso no caso concreto poderá afastar outro de peso inferior (*v.g.*: para assegurar o direito à vida, pode ser afastado o direito de propriedade de uma criança).

O reconhecimento da autonomia existencial do direito da infância e da juventude certamente contribui para compreendermos o porquê de, há pouco menos de um século, ser atribuído, aos juízes com competência específica nessa temática, o *munus* de integrar a manifestação de vontade de crianças e adolescentes, genitores e responsáveis, de modo a permitir o exercício de atividades laborativas ou a participação em espetáculos públicos. O Juízo da Infância e da Juventude deve realizar verdadeira prognose, de modo a aferir os reflexos da atividade a ser desenvolvida sobre a personalidade individual, bem como os seus efeitos sobre os demais direitos assegurados a essa camada da população. Trabalho, educação, lazer e saúde, para dizer o mínimo, não devem permanecer conectados, de modo que a realização de um deles não prejudique os demais.

Qualquer criança ou adolescente que se encontre em situação de risco, na forma do art. 98 da Lei nº 8.069/1990,⁶⁸ pode receber as medidas protetivas a que se refere o mesmo diploma legal. São aplicadas, conforme o caso, pelo Conselho Tutelar ou pelo Juízo da Infância e da Juventude, tendo natureza bem diversificada, variando desde a inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos ou de auxílio à família, à criança e ao adolescente, até a inserção em família substituta. Trata-se de sistema todo próprio, que conta com um rol de princípios, previstos no art. 100, que direciona a sua aplicação. Considerando que o rol de medidas protetivas é exemplificativo, torna-se nítido que outras mais poderão ser aplicadas, incluindo a autorização para o trabalho e a participação em espetáculos públicos a partir de parcerias firmadas com estabelecimentos que ofereçam essas atividades. A avaliação da conveniência, ou não, dessa medida não pode ser realizada por autoridade outra que não aquela vinculada ao sistema de proteção das crianças e dos adolescentes.

6.2. A distinção entre autorização para o trabalho e relação de trabalho

A relação jurídica de trabalho, que se inicia com a celebração do contrato de trabalho, apresenta uma nítida peculiaridade quando cotejada com as clássicas relações jurídicas de viés civilista. Essa peculiaridade decorre

⁶⁸ Lei nº 8.069/1990, art. 98. “As medidas de proteção à criança e ao adolescente 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 dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta”.

da existência de subordinação de uma das partes à outra, mais especificamente do empregado ao empregador, que presta um trabalho pessoal, remunerado e em caráter não eventual. Não bastasse isso, a preeminência do capital sobre o trabalho gera um evidente desequilíbrio de forças entre os contratantes, o que justifica a atuação protetiva do Estado em prol do trabalhador, sendo esse um dos princípios diretivos da Justiça do Trabalho.

É o contrato de trabalho que delinea, subjetivamente, a relação jurídica. Orlando Gomes e Elson Gottschalk,⁶⁹ referindo-se à impropriedade do art. 442 da CLT, que define o contrato individual de trabalho como o acordo tácito ou expresso, que corresponde à relação de emprego, proferiram lição que em muito nos auxilia a distingui-la da autorização para o emprego, *verbis*:

“O conceito formulado neste artigo é tecnicamente insustentável. Dizer que o contrato corresponde à relação jurídica que informa importa redundância. Todo contrato é o aspecto subjetivo da relação, com ela se confundindo, conseqüentemente. A dissociação entre as duas idéias é uma pura abstração do espírito. Portanto, a correspondência é logicamente necessária, tendo sido redundantemente salientada pelo legislador. Com efeito, se a existência da relação de emprego implica, ipso facto, na presença do contrato de trabalho, toda relação dessa natureza é impreterivelmente contratual, uma não podendo subsistir sem o outro. Esta presunção não carecia de ser explícita, num país em que há liberdade de trabalho. Toda relação jurídica de natureza pessoal nasce de um ato jurídico. Não basta a existência de dois sujeitos de direito e de um objeto para que uma relação de direito se forme. Mister se faz que os sujeitos se vinculem juridicamente, que, por outras palavras, se liguem por um negócio jurídico”.

A lição dos eminentes autores gera um óbice, a nosso ver intransponível, para os defensores da tese de que a Justiça do Trabalho, por ter competência para apreciar todas as questões afetas à relação de trabalho, seria igualmente competente para apreciar o requerimento de autorização para a celebração do contrato de trabalho. Na medida em que *“toda relação jurídica de natureza pessoal nasce de um ato jurídico”*, como seria possível falarmos em relação de trabalho antes da celebração do contrato de trabalho?

Somente com o surgimento da relação jurídica é que se pode falar em direitos e deveres. *In casu*, direitos e deveres subjacentes à relação

⁶⁹ Curso de Direito do Trabalho. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 123-124.

trabalhista. Até então, tem-se mera avaliação prévia. Algo que, sem muito rigor técnico, poderíamos denominar, no direito penal, de *cogitatio* e, no direito civil, de tratativas preliminares.

A exemplo do que se verificou no direito civil após a promulgação do Código de 2002, também no direito do trabalho o indivíduo adquire plena capacidade trabalhista ao atingir 18 anos. Entre os 16 e os 18 anos, é necessária a assistência do responsável para firmar-se um contrato, sendo que a existência da carteira de trabalho, “*para a qual se faz necessária essa permissão, basta como prova da existência dessa outorga*”.⁷⁰ A capacidade consiste na aptidão para a prática de atos jurídicos, sendo pressuposto de sua validade.⁷¹

Além da incapacidade decorrente do critério etário, ainda há situações de incompatibilidade, que alcançam o exercício de atividades consideradas insalubres, perigosas ou imorais.

Algumas incompatibilidades podem ser afastadas mediante autorização do Juízo da Infância e da Juventude, o mesmo ocorrendo em relação à participação em espetáculos públicos, em que o intenso aspecto cultural, constitucionalmente protegido, pode ser visto como uma exceção à vedação de caráter etário, de modo que mesmo crianças, com os cuidados devidos, podem participar desse tipo de atividade. Portanto, não basta a permissão dos genitores ou dos responsáveis. É preciso um *plus*, que o Estado-juiz reconheça que a atividade não colocará em risco a higidez física e mental da criança e do adolescente.

A superação da incapacidade e da incompatibilidade, consoante a sistemática legal, torna o menor de 18 anos parte legítima para firmar o contrato de trabalho e, por via reflexa, dar início à relação de trabalho.⁷² O mesmo ocorre em relação à sua participação em espetáculos públicos. A legitimação pode ser vista como um *plus* em relação à capacidade. Denota o preenchimento de certos requisitos previstos em lei, especificamente exigidos de alguns sujeitos de direito, caso pretendam praticar determinados

⁷⁰ Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. Curso de Direito do Trabalho. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992, p. 536.

⁷¹ Cf. RÃO, Vicente. Ato Jurídico. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 95.

⁷² Cf. GOMES e GOTTSCHALK. Curso..., p. 394-395.

atos, o que decorre da natureza da relação jurídica a ser estabelecida.⁷³

A autorização judicial, necessária à superação de algumas situações de incapacidade e de incompatibilidade, nem ao longe pode ser considerada parte integrante da relação jurídica que venha a surgir. E nem poderia ser diferente, pois o órgão jurisdicional não determina que a criança ou o adolescente faça ou deixe de fazer algo; tão somente autoriza.

Na medida em que a relação jurídica pode não vir a ser constituída, em razão, por exemplo, da morte ou da desistência dos interessados, é mais que óbvio que a autorização não só a precede como dela não faz parte. Em verdade, é fator de aperfeiçoamento da vontade, suprimindo situações de incapacidade ou de incompatibilidade que obstavam o seu livre exercício. Vicente Ráo,⁷⁴ ao estabelecer mais de uma dezena de características das relações jurídicas, realçando a bilateralidade dos poderes e dos deveres que nelas se apresentam, observava que (a) a todo poder jurídico corresponde uma obrigação correlata; (b) relação jurídica não há, nem pode haver, que não diga respeito à relação entre pessoas;⁷⁵ e (c) a correlação entre poderes e deveres se caracteriza pelo vínculo jurídico que os une. Acresce, ainda, com rara felicidade, que *“[o]s simples interesses, embora legítimos e providos de certa proteção legal, não geram poderes e deveres necessariamente correlatos e vinculados e não formam, conseqüentemente, relações jurídicas perfeitas, outro tanto sucedendo com as meras expectativas de direitos e com os direitos cuja constituição está sujeita a cláusulas ou condições suspensivas”*.

Na fase pré-contratual, momento em que os interessados solicitam autorização do Juízo da Infância e da Juventude para que seja contornada a incapacidade e a incompatibilidade que recaem sobre crianças e adolescentes, não há poderes e deveres já estabelecidos, que hão de ser definidos pelo contrato futuro. Há meros interesses a respeito de ato incerto,

⁷³ Cf. RÁO. Ato..., p. 100.

⁷⁴ O Direito e a Vida dos Direitos, vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 723-724.

⁷⁵ A concepção de que a relação jurídica reflete o vínculo entre duas pessoas é amplamente dominante, mas não se pode ignorar que grandes pensadores, como Kelsen, Barbero e Cicala, defendiam tratar-se de vínculo do sujeito com o ordenamento jurídico. Cf. AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Relação Jurídica – II, in Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 64, 1981, p. 407-408.

cuja efetivação está necessariamente sujeita a uma condição suspensiva, vale dizer, à manifestação de vontade dos sujeitos de direito por ocasião da celebração do ato jurídico. Enquanto temos expectativa de direito, não há que se falar, por óbvias razões, em relação jurídica.

Apesar de a autorização para o trabalho não confundir-se com a relação de trabalho, é evidente que não ocupam compartimentos estanques e incomunicáveis. Afinal, a autorização há de ser concedida com os olhos voltados à essência da relação de trabalho que será formada. Nessa linha de raciocínio, não se pode negar que, da mesma maneira que a relação de trabalho interessa ao Juízo da Infância e da Juventude, à Justiça do Trabalho interessa o sopro anímico de sua atuação, que nada mais é que a autorização permissiva do surgimento da relação de trabalho. Embora a autorização tangencie matérias afetas a dois ramos distintos do Poder Judiciário, ela é quase que integralmente absorvida pela área de atuação do Juízo da Infância e da Juventude, remanescendo, para a Justiça do Trabalho, os interesses decorrentes de uma relação de trabalho que, repita-se, sequer pode vir a surgir.

Note-se que todo o sistema é articulado em torno da especialidade da Justiça da Infância e da Juventude. Até mesmo a inserção em família substituta, com o deferimento de tutela ou guarda, conquanto trate-se de matéria historicamente de competência das Varas de Família, em se tratando de crianças e adolescentes na situação descrita no art. 98 da Lei nº 9.069/1990, a competência, por força do art. 148, parágrafo único, *a*, passa para o Juízo da Infância e da Juventude. E, de acordo com o art. 145 da Lei nº 8.069/1990, “[o]s estados e o Distrito Federal poderão criar varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer sua proporcionalidade por número de habitantes, dotá-las de infra-estrutura e dispor sobre o atendimento, inclusive em plantões”. Já foram criados incontáveis órgãos dessa natureza, todos dotados de infraestrutura que permite o atendimento do público alvo. Estaria a Justiça do Trabalho aparelhada dessa maneira?

O Superior Tribunal de Justiça, como não poderia deixar de ser, mesmo após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, que conferiu nova redação ao art. 114, I, da Constituição de 1988, continuou a entender que a competência para autorizar o trabalho de crianças e adolescentes, bem como a sua participação em espetáculos públicos, era do

Juízo da Infância e da Juventude⁷⁶:

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E DO TRABALHO. ALVARÁ JUDICIAL. AUTORIZAÇÃO PARA TRABALHO DE MENOR DE IDADE. 1. O pedido de alvará para autorização de trabalho a menor de idade é de conteúdo nitidamente civil e se enquadra no procedimento de jurisdição voluntária, inexistindo debate sobre qualquer controvérsia decorrente de relação de trabalho, até porque a relação de trabalho somente será instaurada após a autorização judicial pretendida. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito, suscitado” (1ª Seção, CC nº 98.033/MG, rel. Min. Castro Meira, j. em 12/11/2008, DJe de 24/11/2008).

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E DO TRABALHO. PEDIDO DE LIBERAÇÃO DE ALVARÁ JUDICIAL. AUTORIZAÇÃO DE MENOR PARA TRABALHAR NA CONDIÇÃO DE APRENDIZ. CAUSA DE PEDIR DE NATUREZA CIVIL. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. DIREITOS ASSEGURADOS AO ADOLESCENTE. AUSÊNCIA DE QUALQUER DAS HIPÓTESES PREVISTAS NOS INCISOS DO ART. 114 DA CF, COM A NOVA REDAÇÃO QUE LHE DEU A EC 45/2004. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE DIREITO, ORA SUSCITADO. Discussão acerca da competência para a liberação de alvará judicial autorizando um menor a trabalhar, na condição de aprendiz, em uma empresa de calçados. Pedido de jurisdição voluntária, que visa resguardar os direitos do requerente à manutenção de seus estudos, bem como assegurar-lhe um ambiente de trabalho compatível com a sua condição de adolescente (art. 2º do ECA). Não há debate nos autos sobre qualquer controvérsia decorrente de relação de trabalho. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo de Direito, ora suscitado” (2ª Seção, CC nº 53.279/MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 26/10/2005, DJ de 02/03/2006, p. 137).

Uma vez surgida a relação jurídica de trabalho, aí sim a Justiça do Trabalho poderá desempenhar o seu *munus* constitucional, o que, é

⁷⁶ Ainda de acordo com o STJ, caso a União manifeste interesse, o feito assume ares de litigiosidade e a competência é deslocada para a Justiça Federal: “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. ALVARÁ JUDICIAL PARA AUTORIZAÇÃO DE TRABALHO REMUNERADO POR MENOR. APELAÇÃO DA UNIÃO. EXISTÊNCIA DE LITIGIOSIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. A existência de apelação da União Federal, em que afirma o seu interesse em integrar a lide, revela o caráter contencioso da ação, o que determina a competência da Justiça Federal para o julgamento do pedido. 2. Conflito conhecido para determinar a competência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o Suscitado” (1ª Seção, CC nº 38.623/MG, rel. Min. Luiz Fux, j. em 26/02/2004, DJ de 22/03/2004, p. 188). No mesmo sentido: 1ª Seção, CC nº 39.574/MG, rel. Min. Castro Meira, j. em 22/10/2003, DJ de 01/12/2003, p. 255; CC nº 39.387/MG, rel. Min. Castro Meira, j. em 24/09/2003, DJ de 20/10/2003, p. 168; CC nº 39.387/MG, rel. Min. Castro Meira, j. em 24/09/2003, DJ de 20/10/2003, p. 168; e CC 3.349/ES, rel. Min. Helio Mosimann, j. em 20/04/1993, DJ de 17/05/1993, p. 9267.

importante frisar, tem feito com raro brilho. Aliás, não é por outra razão que o art. 61 da Lei nº 8.069/1990 dispõe que “[a] proteção ao trabalho dos adolescentes é regulada por legislação especial, sem prejuízo do disposto nesta Lei”. A legislação especial é justamente a Consolidação das Leis do Trabalho, livro de cabeceira de tantos quantos militem na Justiça do Trabalho. O Juízo da Infância e da Juventude não deve incursionar nos aspectos afetos aos direitos trabalhistas, limitando-se a verificar se a atividade que se pretende exercer é, ou não, compatível e benéfica ao desenvolvimento físico e psicológico das crianças e dos adolescentes envolvidos.

A relação jurídica faz surgir uma posição de poder, do sujeito ativo, e uma posição de dever do sujeito passivo, “*poder e dever criados pelo ordenamento jurídico para a defesa de um interesse.*”⁷⁷ Somente as pretensões que encontrem amparo em poderes e deveres estabelecidos pela legislação trabalhista, necessariamente decorrentes de uma relação jurídica de igual natureza, é que serão apreciadas pela Justiça do Trabalho.

7. Epílogo

Santo Tomás de Aquino,⁷⁸ após realçar que as leis humanas foram feitas para governar os homens e que a experiência aperfeiçoa o nosso conhecimento, concluiu “*que, no decurso do tempo, pode ser que ocorra algo de melhor a ser estabelecido*”. Com todas as vênias daqueles que, a partir do último lustro, iniciaram uma cruzada em torno da outorga, à Justiça do Trabalho, de uma competência quase secular exercida pelo Juízo da Infância e da Juventude, não parece que o seu entendimento seja albergado pelo direito, pela experiência ou pela razão.

A competência constitucional da Justiça do Trabalho, para o exame das controvérsias decorrentes da relação de trabalho, não alcança – e não pode alcançar – o pedido de autorização para que criança ou adolescente, conforme o caso, desenvolva atividade laborativa ou participe de espetáculo público. Afinal, a autorização, longe de suceder a relação de trabalho, integra a vontade e permite a prática do ato jurídico que possibilita o seu surgimento.

⁷⁷ Cf. AMARAL NETO. Relação Jurídica..., p. 409.

⁷⁸ Suma Teológica, vol. IX. Trad. de CORREIA, Alessandro. São Paulo: Livaria Editora Odeon, 1936, p. 103.

A experiência do último século tem ensinado que a existência de um ramo próprio do direito e de um órgão jurisdicional com competência específica para as matérias afetas às crianças e adolescentes é medida mais que salutar. O Juiz da Infância e da Juventude é, necessariamente, um técnico humanizado. Conhece as agruras daqueles que lutam, até o limite de suas forças, para alcançar a completude do seu desenvolvimento e, de algum modo, atingir referenciais mínimos de felicidade, tarefa, aliás, nada fácil em um país de modernidade tardia como o nosso.

Nenhuma norma jurídica, qualquer que seja ela, é indiferente ao ambiente sociopolítico. É tarefa assaz difícil imaginar que acontecimento teria ocorrido em *terra brasilis*, nos últimos anos, para que, com entusiasmo compatível ao de Copérnico, ao desenvolver a teoria heliocêntrica e demonstrar que era a Terra que se movia em torno do Sol, não o contrário, pudéssemos afirmar que tudo tem sido feito errado nos últimos cem anos. Por certo, não é o fato de a Justiça do Trabalho entender de relação trabalhista, pois, como explicado, o Juízo da Infância e da Juventude atua em momento prévio ao surgimento da relação de trabalho. E, com as vênias possíveis, é este, não aquela, que entende de crianças e adolescentes.

Afirmar que a situação exige uma interpretação sistêmica e unitária, sendo imperativa a concentração dos atos decisórios no mesmo ramo do Poder Judiciário, é ignorar que a divisão de competências, *in casu*, baseia-se na natureza da matéria e na qualidade dos envolvidos, sendo amplamente distintos os prismas de análise que direcionam a atuação do Juízo da Infância e da Juventude e da Justiça do Trabalho.

Outro aspecto extremamente relevante diz respeito à capilaridade da Justiça Estadual, sensivelmente mais ampla que a Justiça do Trabalho. A prevalecer a tese há pouco idealizada, concentrando na Justiça do Trabalho a concessão das autorizações para trabalho e participação em espetáculos artísticos, é óbvio que tal imporá um pesado ônus a incontáveis famílias, que se verão obrigadas a deslocar-se do seu domicílio para a localidade mais próxima, que abrigue órgão jurisdicional com essa competência.

8. Referências Bibliográficas

ADUAYI DIOP, Rosalie. *Survivre à la pauvreté et à l'exclusion: le travail des adolescentes dans les marchés de Dakar*. Paris: Karthala, 2010.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Relação jurídica II. In: ENCICLOPÉDIA Saraiva de direito. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 64, p. 407-414.

BECKER, Jean-Jacques. *O tratado de Versalhes*. Tradução de Constanca Egrijas. São Paulo: Ed. Unesp, 2011.

BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

CARVALHO, Olavo de. Introdução crítica a Arthur Schopenhauer. In: SCHOPENHAUER, Arthur. *Como vencer um debate sem ter razão*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003.

CAVALLIERI, Alyrio. O direito do menor: um direito novo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 27, n. 21, p. 384-399, maio 1979.

CONFÉRENCE INTERNATIONALE DU TRAVAIL, 90., 2002, Genève. *Un avenir sans travail des enfants: rapport global en vertu du suivi de la déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*. Genève: Bureau international du travail, 2002..

_____, 95., 2006, Genève. *La fin du travail des enfants: un objectif à notre portée: rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*. Genève: Bureau international du travail, 2016.

_____, 99., 2010, Genève. *Intensifier la lutte contre le travail des enfants: rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*. Genève: Bureau international du travail, 2010.

CONSEIL DE L'EUROPE. Comité directeur pour l'emploi et le travail. *Les enfants et le travail en Europe*: rapport établi par un groupe d'études Programme 1994-1995 de recherches coordonnées dans le domaine de l'emploi. Strasbourg: Ed. du Conseil de l'Europe, 1996.

COULTHARD, Malcolm; JOHNSON, Alison. *An introduction to forensic linguistics: language in evidence*. New York: Routledge, 2007.

DERRIEN, Jean-Maurice. *Le travail des enfants en question(s)?* Paris: l'Harmattan, DL, 2008.

DIEUDONNÉ, Jean François Joseph. *Mémoire sur la condition des classes ouvrières et sur le travail des enfants*: par le Conseil central de Salubrité publique de Bruxelles. Bruxelles: Imprim. Th. Lesigne, 1846.

D'ONGHIA, Madia. Lavoro minorile. In: LAMBERTUCCI, Pietro (Org.). *Diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè, 2010, p. 368. (Dizionari del diritto privato).

DORNER, Benjamin; NIEDRICH, Ina. *Kinderarbeit: Abschaffen besser als Anschaffen?* München: GRIN Verlag, 2010.

DUPIN, Charles. *Du travail des enfants qu'emploient les ateliers, les usines e les manufactures*: considéré dans les intérêts mutuels de la société, des familles et de l'industrie. Paris: Bachelier, 1840.

FALBO, Ricardo Nery. *Natureza do conhecimento jurídico: generalidade e especificidade no direito da criança e do adolescente*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

FALL, Béchir. *Le travail des enfants en Mauritanie*: version finale. Mauritania: République islamique de Mauritanie, Ministère de la fonction publique et de l'emploi, Direction du travail et de la prévoyance sociale, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GARCEZ, Sérgio Matheus Santos. A tutela estatal de conteúdo civil: o dever de proteção do estado às crianças e aos adolescentes (menores não infratores). *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 18, n. 68, p. 67-90, abr./jun.1994.

GARCIA, Emerson. The right to education and their perspectives of effectiveness: the brazilian experience. *International Journal for Education Law and Policy*, v. 5, n. 1-2, p. 55, 2009.

GOMES, Orlando e GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUESSOUS, Chakib. *L'exploitation de l'innocence: le travail des enfants au Maroc*. Casablanca: Éd. EDDIF, 2002.

HÄBERLE, Peter. Funktion und Bedeutung der Verfassungsgerichte einer kritischen Würdigung in vergleichender Perspektive. *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, v. 32, n. 22-23, p. 685, 30 Dez. 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*=Die normative Kraft der Verfassung. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LARIZZA, Silvia. *Il diritto penale dei minori: evoluzione e rischi di involuzione*. Padova: CEDAM, 2005.

- LAVAGNA, Carlos. *Costituzione e socialismo*. Bologna: Il Mulino, 1977.
- LEROY-ALLAIS, Jeanne. *Les droits de l'enfant*. Paris: Montgredien, 1900.
- LEVI, Judith N.; WALKER, Anne Graffam (Ed.). *Language in the judicial process*. New York: Plenum Press, 1990. (Law, society and policy, v. 5).
- LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970.
- MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2006.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Trabalho do menor: fiscalização do MTB e do MPT. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 89, p. 14-20, mar./1995.
- MEUNIER, Véronique. *Le travail des enfants: livre de l'enseignement*. Bruxelles: De Boeck & Lancier, UNICEF, 2002.
- MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constituição e direitos culturais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 47, n. 1-2, p. 29-45, 2006.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1946*. São Paulo: M. Limonad, 1953. v. 5.
- MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Traduction par Olivier Jouanjan. Paris: Presses universitaires de France, 1996.
- _____. *Metodologia do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. Traducción: Luis Mancebo Villacorta. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, v. 9, n. 27, p. 111-126, sept./dic. 1989.

_____; CHRISTENSEN, Ralph. Grundlagen Öffentliches Recht. In: _____; _____. *Juristische Methodik*: 9. ed. Berlin: Duncker & Humbolt. 2004. v. 1.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

NEVES, Antonio Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra : Coimbra Ed., 1993.

NGUENDO-YONGSI, Hénock Blaise; OUSMANE, Amadou. *Le travail des enfants au Niger: situation et tendance*. France: Presses Académiques Francophones, 2014.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2005.

OLIVA, José Roberto Dantas. Autorização para o trabalho infanto-juvenil artístico e nas ruas e praças: parâmetros e competência exclusiva do juiz do trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 28, p. 117-123, 2006.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES. *Combattre le travail des enfants: un bilan des politiques*. Paris: OECD, 2003.

PAFF, Sabine. *Kinderrechte in Theorie und Praxis: die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Costa Rica*. Hamburg: Diplomica-Verl., 2010.

PROJECT MADIO. *Le travail des enfants à Madagascar: un état des lieux*. Indiana: Indiana University, 1997.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del derecho*. México: Porrúa, 2003.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.

ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*. 3. Aufl. Baden-Baden: Nomos-Verl.-Ges., 2002.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim; PERES, Antonio Galvão. Trabalho artístico da criança e do adolescente: valores constitucionais e normas de proteção. *Revista LTr: legislação do trabalho*, v. 69, n.2, p. 148-157, fev. 2005.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Direito constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2010.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Constituição e direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1989.

SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. O procedimento de portaria e de expedição de alvará. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 689-697.

SILVA, Antônio Fernando do Amaral e. Art. 149. In: CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 735-736.

SILVA, José Luiz Mônaco da. *Estatuto da criança e do adolescente: comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. A proteção jurídica internacional e brasileira do trabalho infanto-juvenil. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 37, n. 141, p. 19-41, jan./mar. 2011.

SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____; MARANHÃO, Délio; VIANNA, José de Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. v. 2.

TALAVERA, Glauber Moreno. Trabalho da criança e do adolescente. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*: nova série, v. 8, n. 15, p. 11-50, jan./jun. 2005.

TANGUE, Fernand. *Le droit au travail entre histoire et utopie: 1789-1848-1989: de la répression de la mendicité à l'allocation universelle*. Bruxelles: Facultés universitaires Saint-Louis, 1989.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O direito e a justiça do menor. *Revista dos Tribunais*, v. 78, n. 650, p. 12-20, dez. 1989.

TERRÉ, François. *Introduction générale au droit*. Paris: Dalloz, 1991.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Suma teológica*. Tradução de Alexandre Correia. São Paulo: Odeon, 1936. v. 9.

TORRINHA, Francisco. *Dicionário latino português*. Porto: Gráf. Reunidos, 1942.

WOLOWSKI, Louis. *Le travail des enfants dans les manufactures*. Paris: L. Hachette, 1868.

WORDSWORTH, William. *The rainbow, in poems*. 2. ed. London: Clarence Press, 1952. v. 1.

YOSHIDA, Márcio. Direitos do menor na constituição. *Revista de Direito Público*, v. 19, n. 78, p. 131-138, abr./jun. 1986.

LEITURAS ADICIONAIS EM NOSSA BIBLIOTECA

DIAS, Sandra Mara de Oliveira. O trabalho infantil sob a ótica constitucional e aplicabilidade da Convenção nº 138 da OIT na Justiça do Trabalho. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, v. 3, n. 12, p. 91-113, maio/jun. 2014.

FUZATTI, Thabata Santos. O trabalho infantil artístico no Brasil e sua permissão como violação a direito indisponível. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, v. 4, n. 19, p. 163-191, out./dez. 2015.

OLIVA, José Roberto Dantas. Competência para (des)autorização de trabalho infantil, inclusive artístico, é do juiz do trabalho. *Revista Consultor Jurídico*, 16 out. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-out-16/jose-roberto-oliva-competencia-desautorizar-trabalho-infantil>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

Vulnerabilidade financeira e economia popular: promoção de bem fundamental social em face das práticas de institutos lucrativos ilusórios (das pirâmides ao marketing multinível)

Financial vulnerability and popular economy: fundamental social promotion against of the practices of illusory profit institutes (the pyramids to multilevel marketing)

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O reconhecimento da vulnerabilidade financeira da pessoa; 3. A economia popular como bem fundamental social: regime e captação; 4. A pirâmide financeira *prêt-à-porter*; 5. A necessidade de uma resposta sistêmica; 6. Considerações finais; 7. Referências Bibliográficas.

* Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Promotor de Justiça em Minas Gerais. Vice-presidente do Instituto de Direito Privado. Professor de Direito Civil da Universidade Federal de Uberlândia. Professor de pós-graduação da Universidade Federal de Uberlândia. Coordenador do curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da UFU. Coordenador Pedagógico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento do MPMG.

RESUMO: As antigas figuras de lucro fácil, sempre reprimidas por leis de proteção à economia popular, surgem novamente com fôlego redobrado, impulsionadas pela sociedade de informação e consumismo. Caracterizam-se por novas técnicas de publicidade e abordagem, pelas descomplicadas formas de contratação e pela aparência de licitude, materializando-se como investimentos fraudulentos prontos a atingir a coletividade de consumidores.

ABSTRACT: *the old profit figures easy, always suppressed by the popular economy protection laws, again with breath doubled, driven by the information society and consumerism. Are characterized by new advertising techniques and approach, by hiring forms and uncomplicated appearance of legality, materializing as fraudulent investments ready to achieve the collective of consumers.*

PALAVRAS-CHAVES: Economia popular; pirâmide financeira; lucro fácil; publicidade; investimento; marketing multinível; boa-fé; deveres do fornecedor.

KEYWORDS: *Popular economy; financial pyramid; easy profit; advertising; investment; multilevel marketing; good faith; duties of the supplier.*

1. Introdução

Casos mundialmente conhecidos e relacionados a esquemas monetários fraudulentos, como os desenvolvidos outrora por Ponzi ou mais recente por Bernard Maddof nas clássicas pirâmides financeiras de recrutamento de consumidores incautos, ou, de outro lado, o surgimento de novas estratégias de arrecadação de divisas, através de constantes apelos na Internet e de diversos outros meios de comunicação, denominados *marketing multinível* (a exemplo de algumas pessoas jurídicas: TelexFree, Bbom, MultiClick, Priples) chamam a atenção da sociedade de consumo¹.

Logicamente, causa perplexidade e espécie o massificado e intenso anúncio de repentino acesso ao lucro fácil (incompatível às demais situações econômicas que exigem esforços do interessado ou amplo conhecimento do investidor quanto à empresa alocada em mercado aberto para investimento) sucedido pelo abrupto rompimento da confiança daqueles caracterizados pela vulnerabilidade (fática, técnica e jurídica)², notadamente quando há ruína posterior do empreendimento por falta de bases sólidas.

A questão toma prumo a considerar que os métodos atualmente praticados pelos responsáveis por esses esquemas são completamente diferentes daqueles outrora eleitos como causa subjacente da legislação punitiva de âmbito penal, pelo menos no Brasil, até porque o núcleo do modal proibitivo é exatamente sancionar aquele que obtém ganho ilícito

¹ No Brasil, neste sentido, há episódios ricos para a literatura jurídica interna e internacional os quais mantêm vários tipos de ilicitudes reunidas numa só atividade. Vale a lembrança quanto aos empreendimentos ardilosos realizados através das empresas Fazendas Reunidas Boi Gordo, Avestruz Master, Blackdever, Encol S/A, entre outras.

² MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**: interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 141 e seguintes. É importante verificar a taxonomia da vulnerabilidade. Diz-se técnica quando o consumidor é desprovido de cognoscibilidade sobre os meios de utilização do produto ou serviços e os efeitos colaterais dele decorrente. A jurídica decorrente da ausência de pleno conhecimento da extensão de direitos e obrigações por parte do consumidor. Introduzimos aqui a vulnerabilidade financeira como se observa do texto. Para as hipervulnerabilidades (vulnerabilidade agravada) decorrentes da junção de duas amplas fraquezas setoriais (consumidor e criança; consumidor e idoso), verificar em MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 125 e MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, como também DENSA, Roberta. **Direito do consumidor**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 18.

(ou tenta) em detrimento ao povo ou número indeterminado de pessoas mediante especulações ou meios fraudulentos, nos termos da legislação que data da década de cinquenta e ainda faz-se vigente (Lei federal nº 1.521/51, art. 2º, inc. IX).

Breve espaço se abre apenas para refletir que quando a citada legislação foi levada à vigência, em homenagem à reserva legal, fixando tipos penais contra os ataques à economia popular, o Brasil vivenciava o pós-guerra com grande abertura para os mercados e ao mesmo tempo sofrendo a ganância e usura desenfreada decorrentes desta nova experiência, o que proporcionou a elaboração de lei sem a utilização de termos polissêmicos, passíveis de função diacrônica. A linguagem aprimorou-se na especificidade, o que a distanciou da realidade ao longo do tempo³.

Para a contemporaneidade é dizer que frente aos comandos constitucionais exigentes do *dever de proteção* quanto à segurança (CF, art. 5º, *caput*) e respeito ao consumidor (CF, art. 5º, inc. XXXII e art. 170, inc. V) os elementos descritos no dispositivo penal (a saber: meios fraudulentos, especulação e ganho ilícito) são, por si só, ‘insuficientes’ para a promoção efetiva do lesado, da economia popular e ainda da confiança coletiva, tendo em vista, por óbvio, a transmutação e os modos de realização desses imbróglis econômicos nesta pós-modernidade hipercomunicativa. Está-se diante o dever de proteção e a proibição de insuficiência atinentes ao vulnerável⁴.

³ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Aspectos novos da lei de economia popular**. RT. v. 607. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 264. Pondera: *“Culminando a série de decretos-leis baixados a partir de 1938, a Lei 1.521/51 foi editada em 26.12.51, para vigorar a partir de fevereiro/52. Precedida de largas discussões no Congresso, uma vez que o País já retomara à plenitude democrática, esta lei mostrou-se necessária em razão do momento então vivido. Estávamos no período do após-guerra, quando a economia mundial se expandia, buscando novos mercados. Os apetites brotados à sombra do surto desenvolvimentista mostravam seu facies cruel, sujeitando a economia popular a insuportável provação. A edição da Lei 1.521/51 visava à proteção desse bem jurídico e dos seus interesses correlatos”*.

⁴ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 138. A saber: *“A proibição de insuficiência não coincide com o dever de proteção, mas tem, antes, uma função autônoma relativamente a este. Pois trata-se de dois percursos argumentativos distintos, pelos quais, em primeiro lugar, se controla se existe, de todo, um dever de proteção, e, depois, em que termos deve este ser realizado pelo ordinário sem descer abaixo do mínimo de proteção jurídico constitucionalmente exigido. No controlo da insuficiência trata-se, por conseguinte, de garantir que a proteção satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência, e que bens jurídicos e interesses contrapostos não são sobre-avaliados”*.

Portanto, a reação jurídica deve ser sistêmica⁵, englobando não apenas o aporte penal de outrora, mas o pluralismo de fontes, iniciando-se por aquelas originárias de valores superiores (essencialmente relativas à ordem constitucional), com nítido acompanhamento das disposições supranacionais (a exemplo das diretivas da comunidade europeia) e das leis temáticas de direito privado, com relevo redobrado ao Código de Defesa do Consumidor e Código Civil. Ainda é possível ter presente como fonte manifestações particulares que igualmente visem reprimir esse modelo ardiloso, o que pode ser facilmente verificável por meio de negócios jurídicos plurilaterais de proteção ao mercado pelos próprios vulneráveis (associação de investidores).

Evidente que diversas respostas do sistema jurídico são possíveis para questões que envolvam tais estratagemas arditos, desde o básico reconhecimento de nulidade de transações daí surgidas, com eventuais indenizações ademais das medidas inibitórias para evitar outras situações jurídicas lesivas.

Ao lado desta observação cumpre, democraticamente, auscultar o manejo argumentativo dos *criativos empreendedores* destas atividades com esteio na autonomia privada, encampada constitucionalmente e que, em tese, permite a criação de novos modelos econômicos, sem se descuidar que, de margem oposta, existem limites ponderáveis quanto à sua atuação frente a pleitos de ordem pública.

E nesta ótica viceja a economia popular como manifestação de ordem pública a ser tutelada, considerando-a como bem fundamentalmente coletivo.

⁵ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Para além de indicar o eixo do sistema jurídico através da unidade (coerência) e ordenação (adequação por princípios), explica: “o sistema jurídico é um sistema aberto, não fechado. Aberto no sentido de que é incompleto, evoluiu e se modifica. A abertura do sistema científico decorre da incompletude e da provisoriabilidade do conhecimento científico”.

2. O reconhecimento da vulnerabilidade financeira da pessoa

Inicialmente vale anotar que não há mercado sem pessoa e não há pessoa sem tutela jurídica⁶! Ademais da pessoa essencialmente considerada (*em seus conteúdos nucleares*)⁷ e mesmo da interação primária de conjunto (*grupos familiares*)⁸ há, sobretudo, dimensões coletivas historicamente originadas a partir da solidariedade⁹ e que, quando analisadas à regência de métodos científicos contemporâneos, revelam organização sob a inconstância e incerteza da hipercomplexidade demonstrando a existência de nichos sistemáticos paralelos que podem se acoplar estruturalmente¹⁰. Estes sistemas, sem a pretensão de exaurir, são conhecidos como sistema social, político, econômico, cultural, ambiental etc.

Fato é que a preocupação quanto à higidez do mercado – que nesse ponto apenas legitima-se enquanto palco de respeito à pessoa – cada vez mais torna-se exigível no plexo comunitário. Seria, então, de abordar a interação

⁶ STIGLITZ, Rúben S. y STIGLITZ Gabriel A. **Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor**. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 7. A advertência é significativa: *“Los límites constitucionales al desarrollo de la actividad privada, en cuanto no puede usurpar las esferas de la seguridad, salud, libertad y dignidad humana, advierten que hoy ‘utilidad social’ no es más sinónimo de ‘interés de la producción o del sistema de la empresa’. La prosperidade colectiva exige ahora que la libertad económica privada, aunque subsistiendo como postulado fundamental de los sistemas occidentales, quede sujeta, sin embargo, a una penetrante disciplina a fin de que la actividad realice fines sociales, asegurando la máxima tutela posible de los intereses del público, y excluyendo entonces una organización de la empresa lesiva de los atributos esenciales del consumidor”*.

⁷ Expressão rica e magnífica Peter Häberle. In: HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2003, p. 202. Para quem, aliás, a *Grundgesetz*, irradia duas bases fundamentais para a proteção desse *mínimo ético*: a não instrumentalização da pessoa (mero objeto) e o grau de inviolabilidade e inalienabilidade dos direitos fundamentais, como garantia do livre desenvolvimento da personalidade humana.

⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 161. Evolui: *“Naquele passo a família era limitada a representar uma aquarela de tonalidades e cores morais e sociais, em lugar de ser uma tela policrômica para o desenho do sentimento e do afeto. Essa renovada estruturação familiar abriu as portas à compreensão. Essa renovada estruturação familiar abriu as portas à compreensão e ao reconhecimento de inúmeros outros tons, a rigor sem modelos excludentes, resultado de uma série de transformações sociais, especialmente ocorridas aos anos que sucederam a gênese da nova ordem constitucional”*.

⁹ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. v. 1. 2.^a ed. Lisboa, Editorial Presença, pp. 87 e ss e 131 e ss.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana/Iteso, 1996, p. 87. Mas é de vínculo mencionar que a teoria dos sistemas e Luhmann, antes de humanista e personalista, é de cariz estrutural-sistêmico onde a pessoa tem quase nenhum significado.

ou coordenação entre os sistemas econômico e jurídico¹¹. Evidente que vezes poderosas se erguem contra a regulação do mercado por ‘ferramentas externas’, especialmente do ponto de vista da intervenção jurídica, compreendendo-o simplesmente como abstração democrática, desprovida de táxis e caracterizada por ordem própria e espontânea¹². Sugere-se apenas o contrato (e não a lei) como instrumento jurídico adequado à *lex mercatoria*¹³.

Sem dúvida, no entanto, que a ausência de controles e limites, com nítido abandono das pessoas no âmbito da *aldeia global comercial*, é campo fértil para a colheita de iniquidades, inseguranças, exclusões e, notadamente, sujeição da pessoa ao mercado¹⁴ (situação essa da qual o direito privado, especialmente, busca evoluir há tempos)¹⁵.

¹¹ CAFFE, Federico. **Diritto ed Economia: un difficile incontro**. In: problemi attuali dell'impresa in crisi. Studi in onore di Giuseppe Ferri. Padova: Cedam, 1983, p. 11. Adverte sobre a necessidade de vencer as fronteiras entre os diferentes campos do conhecimento, a fim de facilitar a coordenação disciplinar entre economistas e juristas.

¹² HAYEK, F.A., **Lei, legislação e liberdade**. In: A idéia de justiça de Platão a Rawls. Trad. Karina Janini. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 375. Do mesmo autor: HAYEK, F. A. **Law, legislation and liberty**. Volume 1: Rules and Order. Chicago: Chicago University Press, 1978.

¹³ GALGANO, Francesco. **Lex mercatoria**. Bologna: Il Mulino, 2005, p. 232. Polemiza: “*l'avvento della società post-industriale non reclama, come reclamo l'avvento dell'era industriale, profonde riforme legislative: il quadro del diritto codificato resta immutato. Ma resta immutato perché sono altri, non già le leggi, gli strumenti mediante i quali si attuano le trasformazioni giuridiche. Il principale strumento della innovazione giuridica è il contratto*”.

¹⁴ CAPELLA, Juan Ramón. **Os cidadãos servos**. Trad. Lédio Rosa de Andrade e Têmis Correia Soares. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998, p. 146. Para quem a resposta aos desníveis desproporcionais de classes provocados pelo globalismo se encontram: i) na reconstrução ética dos vínculos sociais; ii) na condição de dignidade da pessoa humana reincorporada ao ordenamento; iii) na desalienação técnica, considerando a distância entre a vida cotidiana e a complexidade das decisões empresariais e governamentais; iv) aproveitamento do princípio da diferença para a proteção das discrepantes individualidades desenvolvidas no pluralismo social. Realça com sensibilidade: “*Os cidadãos são chamados a sacrificar-se a cada crise econômica (isto é: podem ver-se despedidos, aposentados de improviso, empobrecidos, marginalizados) enquanto se estrutura o capital (isto é: quando este se desprende de técnicas produtivas obsoletas, se rehierarquiza e amplia o âmbito de seu domínio); e hão de adaptar-se logo a seus ciclos de euforia, ou seja, consumir. Entregar a alma. Consumir qualquer coisa que se produza massivamente. Os cidadãos são livremente servos*”.

¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 505. Cumpre a advertência altiva: “*A desenfreada liberdade do mercado se traduz em luta e em conflito, correndo o risco de afogar 'na água gelida do cálculo egoísta os santos frêmitos da exaltação religiosa' e ética, de relegar a dignidade pessoal a simples valor de troca, expondo os sujeitos vulneráveis, subjugados ou explorados à marginalidade. Desse modo, o mercado se configura como um instrumento de enfraquecimento das relações sociais, que conduz os homens a uma mercantilização infinita e ao conflito contínuo que não pode encontrar uma redução ou uma mediação na política sem limitar as liberdades econômicas, sem corromper o quadro das liberdades civis e, portanto, a própria democracia. A liberdade econômica torna-se liberdade política; a economia domina a política, e ao livre consenso dos homens não mais compete estabelecer os fins da sociedade; a hipótese é que o homem, capaz de um perfeito cálculo das próprias utilidades, saiba sempre maximizá-las. O mercado assume o papel institucional de organizador de relações sociais e de redistribuidor de riquezas e os grandes grupos econômicos, que exercem a função de governo privado da sociedade, prestam-se à cooperação e ao patrocínio compatíveis com o próprio egoísmo, mas em nada disponíveis a gestos e formas de sincera solidariedade*”.

Pode-se dizer que não apenas os apontamentos acima, mas em junção com outras situações de intensa vigília, foram motes vívidos do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado. A Resolução nº 39/245/1985 da Organização das Nações Unidas, ao tratar das linhas gerais de proteção ao consumidor, identifica no item 1 a vulnerabilidade (*imbalances*) do consumidor como pressuposto básico de consolidação das tratativas supranacionais no que respeita esse direito humano.

A recepção deste modelo pela Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 5º, inciso XXXII) possibilita o *cotejo crítico* quanto ao instituto da incapacidade civil (capacidade de fato) da pessoa, isto porque a vocação alocada no Código Civil (art. 3º e 4º) demonstra-se, sobretudo, de natureza patrimonial, tendente a proteger os desprovidos de maioridade ou com causas patológicas, ébrias e perdulárias na consecução de negócios jurídicos – *nada indicando sobre as relevantíssimas questões existenciais dos ‘sujeitos’ ali tratados*¹⁶. *A vulnerabilidade, lado outro, encontra fundamento no princípio da igualdade substancial e parte da presunção de que a intensa discrepância entre os agentes econômicos (fornecedor e consumidor), independentemente do exercício da capacidade, merece promoção e tutela. Portanto, a vulnerabilidade tem intenso arrimo constitucional*¹⁷.

E exatamente neste ponto, sob o ângulo de negócios jurídicos caracterizados por objeto ilícito de lucro fácil ou por negócio jurídico ainda não regulado no âmbito legislativo (como na hipótese das empresas de marketing multinível, mas prenhe de incertezas e potencialmente danosos aos incautos) é que defendemos subespécie de vulnerabilidade: a financeira.

¹⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 85. Aguda observação: “*Não sem sentido, nestes quadrantes, o sujeito não é em si, mas tem para si titularidades. É mesmo pessoa real e concreta (cujas necessidades fundamentais como moradia, educação e alimentação não se reputam direitos subjetivos porque são demandas de ‘outra ordem’), e é mais um individual patrimonial*”

¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luís. **Consumidores**. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2003, p. 35. Neste sentido: “*La vulnerabilidad del consumidor es la que justifica la aplicación del principio protectorio constitucional (...). Hemos afirmado que el Derecho del consumidor es un área del Derecho protectorio, de base constitucional, que tiene manifestaciones en todos los ámbitos en base a un orden público que se impone en las relaciones jurídicas, tanto para proteger, como para ordenar la sociedad en base a principios de socialidad. Existe un supuesto de hecho que es el que demanda la protección, un estado de riesgo colectivo o de una clase o grupo, que el Derecho atiende especialmente. La noción de vulnerabilidad define el supuesto de hecho de la norma de protección*”.

Alerte-se não se vindicar inovação alguma, porque ela deriva da vulnerabilidade nas espécies fática (ou econômica), técnica e jurídica. Há, porém, a especificidade de ater-se a duas operações básicas: *empréstimos* (crédito pessoal) e *investimentos* (captação de poupança), quer sejam feitos em instituições bancárias ou não¹⁸.

No primeiro caso, desde já a vulnerabilidade financeira é tranquilamente verificável no surgimento do superendividamento de massa. Na sociedade consumista o vulnerável adere a diversos tipos de contratações bancárias em busca de crédito pessoal comprometendo o mínimo existencial e a qualidade de vida digna¹⁹. Dentre as causas de referida situação financeira humanamente deficitária se verifica o abuso do agente financeiro na omissão de cumprir com a carga principiológica quanto ao *direito fundamental ao crédito responsável ou sustentável*.

Tal direito fundamental deriva da conjunção do art. 4º da Lei federal nº 10.820/2003²⁰ aos vetores constitucionais de defesa do consumidor e ordem econômica (CF, art. 5º, inciso XXII e art. 170, inc. V): caso claro de

¹⁸ FROTA, Mário. **Serviços financeiros à distância – um tijolo mais na edificação de um espaço econômico europeu único**. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (org.). Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Sem atribuir idêntica conclusão, contribui ao comentar a Diretiva 2002/65/CE que institui o regime de serviços financeiros à distância: *“O regime que ora se institui assenta no pressuposto de que é do interesse dos consumidores aceder sem discriminações à mais ampla gama de serviços financeiros disponíveis na comunidade, de modo a poderem escolher os que mais se adequam às suas necessidades. E por forma a garantir-se a ‘liberdade de escolha dos consumidores’, que é direito fundamental, indispensável se torna assegurar-lhes um elevado nível de protecção. Só um elevado nível de protecção é susceptível de garantir o reforço da confiança do consumidor nas negociações entretidas à distância”*.

¹⁹ LIMA, Clarissa Costa de. **O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 144. Explica: *“As dificuldades econômicas, nem sempre são conseqüências do desemprego, doença, entre outros motivos semelhantes. Há inúmeras situações denominadas de superendividamento ‘ativo inconsciente’ que decorrem da inexperiência, da pobreza, do reduzido nível de escolaridade entre outras circunstâncias que impossibilitam os consumidores de avaliar corretamente a sua capacidade de reembolso e da concessão abusiva de crédito. Portanto, não seria absurdo afirmar que esses consumidores, salvo prova em contrário, também estariam de boa-fé”*. Ver ainda: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

²⁰ BRASIL. Lei federal nº 10.820/03. “Art. 4º A concessão de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil será feita a critério da instituição consignatária, sendo os valores e demais condições objeto de livre negociação entre ela e o mutuário, observadas as demais disposições desta Lei e seu regulamento”.

*direito fundamental por derivação (linha argumentativa)*²¹. Nesta hipótese normativa, às instituições de crédito cumprem, nos ditames de referidos axiomas, a partir de seus contratos, desencadear aos consumidores ampla e máxima efetivação de seus direitos (*e na sua omissão cabe ao Estado por seus órgãos de proteção ao consumidor fazê-lo*)²² evitando-se (*ex ante*) o flagelo da marginalização e exclusão social, operando créditos em condições adequadas à situação existencial da pessoa; e no eventual rebaixamento da qualidade de vida pelo crédito já concedido e contratado predispondo-se ao reequilíbrio creditício (*ex post*), através da cláusula geral de boa-fé, rumo ao *dever de renegociação*²³.

A segunda figura é referente ao consumidor que se vê desprovido de conhecimento das potências dum mercado hipercomplexo e fragmentado, repassando suas economias ao setor empresarial de captação de poupança

²¹ Direitos fundamentais necessariamente não necessitam estar escritos na Constituição Federal. Além da existência da *cláusula geral de direitos fundamentais* assentada no § 2º do art. 5º da Constituição Federal (um dos motes da chamada *constituição aberta*), é possível a verificação de direitos fundamentais ‘*derivados*’, porém não escritos, obtidos por meio de argumentação jurídica, conforme DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 136. Aborda: “*uma norma associada é válida, sendo considerada uma norma de direito fundamental, quando, para sua associação a uma norma diretamente estabelecida na Constituição for possível uma correta fundamentação relacionada aos direitos fundamentais [...], à medida que se torna possível realizar relações de fundamento (Grund) e de precisão (Präzisierung), verifica-se que existem outros enunciados lingüísticos que originam normas associadas, de modo que as normas de direitos fundamentais podem ser derivadas por meio de fundamentação e pela técnica de argumentação jurídica, que informa o direito como um discurso prático*”.

²² Para a máxima efetividade, a contribuição da jurisprudência alemã foi incisiva, até porque na dimensão objetiva proporcionou a função ao Estado de garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros. Ou seja, o Estado abandona a categoria de adversário do cidadão para a função de guardião de direitos, através do dever de proteção que pode assim ser escalonado: *i) dever de proibição* (vedação de determinada conduta); *ii) dever de segurança* (proteger o indivíduo contra ataques de terceiros); *iii) dever de evitar riscos* (adotar medidas de proteção ou prevenção em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico). Ver em MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 12.

²³ MARQUES, Cláudia Lima. **Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito de consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul**. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 268. Leciona: “*Assim, considera a parte majoritária da doutrina alemã que haveria uma espécie de dever ipso jure de adaptação (ipso jure-Anpassungspflicht) ou dever de antecipar e cooperar na adaptação, logo, dever (ou para alguns Obliegenheit) de renegociar (Neuverhandlungspflicht) o contrato*”.

popular²⁴. Nesta perspectiva, o consumidor – jejuno quanto aos meandros internos do mercado financeiro – aporta suas decisões muito mais sob o impacto da publicidade convidativa, do que pela cognoscibilidade do potencial de rentabilidade do investimento realizado.

A força extremada da publicidade é capaz de apagar a lógica preventiva²⁵ dos menos avisados referente aos riscos potenciais em confiar os parcos ganhos mensais e anuais arrematados com sacrifício, anulando-se exame de autotutela e o juízo crítico, incentivando o repasse das economias (geralmente oriundas da força de trabalho) às empresas que exercem atividade ilícita, mas que desfrutam de ‘fachada’ de idoneidade. A publicidade persuade, convence e vence²⁶ o domínio intelectual do vulnerável, que adentra no mercado certo de que o empreendimento é sólido, rígido e incontroverso.

O vulnerável financeiro desprovido de conhecimento mínimo que seja sobre as nuances do mercado (que aliás é global, não é regional e nem mesmo nacional) é o destinatário das inúmeras ofertas espargidas na sociedade de consumo, sendo que cria em seu interior cognoscitivo a

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Relação de consumo entre os depositantes de caderneta de poupança e os bancos ou instituições que arrecadam poupança popular**. In: Doutrinas essenciais de direito empresarial. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 381. Indica o interessante aspecto daqueles que captam poupança popular, dentre eles os bancos, à base do enriquecimento sem causa: “Nunca ninguém aduziu que em matéria de administração e gestão do dinheiro alheio depositado nas contas de poupança popular há enriquecimento sem causa ou ilícito dos bancos (*ungerechtfertigte Bereicherung*). Há enriquecimento sim, pois lucram com juros de mercado e pagam juros de poupança, mas há causa (...) contratual, bilateral, sinalagmática; há contraprestação por serviços prestados, logo, é a relação sinalagmática, legal e causal, que torna este enriquecimento lícito”.

²⁵ As publicidades são ousadas, isto porque além da linguagem de fácil acesso para convidar ao investimento e nada informar quanto aos riscos, contam com atores que gozam de credibilidade por parte da opinião pública ou retratam prosperidade e satisfação pelo resultado de pessoas comuns supostamente investidoras nas operações. Vejam os exemplos: i) Boi gordo: <https://www.youtube.com/watch?v=dnV-Gu3oaIw>, extraído em 02/01/2015; ii) Avestruz Master: <https://www.youtube.com/watch?v=VesJc5yfLLc>, extraído em 02/01/2015; iii) Blackdever: <https://www.youtube.com/watch?v=h-OeDs-WDtG>.

²⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V. **O controle jurídico da publicidade**. In: Revista de direito do consumidor. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 27. Esclarece: “Suas técnicas de persuasão utilizadas no convencimento do consumidor - sofisticadas, complexas e nem sempre totalmente perceptíveis pelo destinatário - lhe dão um grande poder social, enaltecendo mais ainda sua relevância. A publicidade é uma das mais poderosas formas de persuasão e manipulação social existentes na sociedade moderna. Não é à toa que é ela percebida como verdadeiro instrumento de controle social”.

legítima expectativa de que a aplicação em determinado fundo (às vezes orientado pelo gerente de banco)²⁷ ou mesmo o repasse das economias à empresa que promete juros e acessórios bem acima do valor de mercado sem a entrega de qualquer produto ou serviço e desprovida de autorização específica para operar no mercado (pirâmide financeira ou empresas de gestão fraudulentas)²⁸ trará êxito e situação de plena lucratividade e rentabilidade, sendo após surpreendido pela perda patrimonial.

Some-se a isso o fato de que geralmente o surgimento de referidos empreendimentos ardilosos são correspectivos aos momentos em que o mercado de crédito encontra-se fraco, considerando as poucas opções oficiais seguras ou eventuais etapas de crise financeira, sendo que a oferta de rápido e lucrativo retorno cria a expectativa de melhoria das economias para o incauto naquela circunstância de penúria.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ap 0162181-56.2011.8.26.0100 - 22.ª Câmara de Direito Privado. RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação indenizatória - Dano material - Banco - Fairfield Sentry Fund - Instituição financeira que permite e recomenda à consumidora aplicação em fundo de investimento fraudulento - Fraude intencionalmente arquitetada, sem a prévia e indispensável *due diligence*, que não constitui risco do aplicador, mas clara e objetiva desídia e negligência de quem deve orientar, encaminhar e providenciar a aplicação financeira - Verba devida - Inteligência dos arts. 186, 927 e 932, III, do CC/2002. Ementa oficial: Ação indenizatória. Investimento no *Fairfield Sentry Fund* administrado por Bernard Madoff. Fundo fraudulento. O risco faz parte do resultado das aplicações financeiras. Entretanto, a fraude, adrede arquitetada, como *in casu*, sem a prévia e indispensável *due diligence*, não constitui risco do aplicador e sim clara e objetiva desídia e negligência de quem deve orientar, encaminhar e providenciar a aplicação financeira. A responsabilidade do apelado, um dos maiores grupos financeiros do país, é evidente. Incidência dos requisitos previstos nos arts. 186, 927 e 932, III, todos do CC/2002. Respeitável sentença reformada. Reparação pelos prejuízos acolhida. Recurso de apelação provido.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AI 1.069.028-3. COMPETÊNCIA - FAZENDAS REUNIDAS BOI GORDO S/A – AÇÃO ORDINÁRIA - CONCORDATA PREVENTIVA - CONTRATO DE INVESTIMENTO - NATUREZA - As ações onde se discute a natureza jurídica do contrato de investimento celebrado com a Boi Gordo, e outras, onde pretende-se a restituição dos bois e/ou indenização, processam na comarca da Capital - Inobstante a tramitação da concordata preventiva na cidade de Comodoro - MS -, o ato jurídico foi praticado em São Paulo, local onde reside o agravante e a agravada declina possuir a sede - Local, ainda, onde foram celebrados a maioria dos contratos, revelando ser o centro da atividade empresarial da agravada - Aplicabilidade, também, do art. 6.º, inciso VIU, do CDC, no sentido da facilitação da defesa do consumidor - Inaplicabilidade dos artigos 7.º, parágrafo 2.º, 23 e 147 da Lei Falimentar (Lei nº 7.661/45) - Prevalência, ainda, da regra do art. 100, inc. V, letra "a", do CPC, sobre as dos arts. 94 e 100, inc. IV, "a", do mesmo diploma - Precedentes da Corte e do STF – Agravo parcialmente provido".

3. A economia popular como bem fundamental social: regime e captação

A economia popular tem relevância significativa na manutenção da sociedade em acompanhamento a outras figuras essenciais de vínculos comunitários: tais como patrimônio público, moralidade administrativa, bens e direitos de valor artístico, estético e histórico e meio ambiente. Do exposto, o desprezo à inerente promoção pode gerar efeitos extremamente graves ao plexo social e ao Estado. Deve-se dizer sem recuo: a tutela da economia popular é vital para a estabilidade do grupo social.

Emblemáticos exemplos de ausência de tutela suficiente à economia popular testificam a bancarrota não apenas da sociedade civil, como do próprio Estado. O Fundo Monetário Internacional publicou em revista especializada o desastre ocorrido na Albânia, entre 1996 a 1997, descrevendo a existência de guerra civil naquele país: “O fenômeno de esquema de pirâmide na Albânia é importante porque sua escala em relação ao tamanho da economia foi sem precedentes, e as consequências políticas e sociais do colapso desse esquema foram profundas. No seu auge, o valor nominal dos passivos de esquemas de pirâmide ascendeu a quase metade do PIB. Muitos albaneses – cerca de dois terços da população – investiram neles. Quando o esquema entrou em colapso, houve tumultos incontidos, caiu o governo e o país desceu em anarquia e guerra civil, com aproximadamente 2.000 pessoas mortas. A experiência da Albânia tem implicações significativas para outros países em que as condições são semelhantes às que levaram à ascensão de esquemas na Albânia, e outros podem aprender com a forma como as autoridades albanesas trataram – e maltrataram – a crise”²⁹.

²⁹ JARVIS, Christopher. **The rise and the fall of Albania's pyramid schemes**. In: Finance & development. International monetary fund. Number 1. v. 37. March 2000. Tradução livre de: “The pyramid scheme phenomenon in Albania is important because its scale relative to the size of the economy was unprecedented, and because the political and social consequences of the collapse of the pyramid schemes were profound. At their peak, the nominal value of the pyramid schemes liabilities amounted to almost half of the countrys GDP. Many Albanians—about two-thirds of the population—invested in them. When the schemes collapsed, there was uncontained rioting, the government fell, and the country descended into anarchy and a near civil war in which some 2,000 people were killed. Albanias experience has significant implications for other countries in which conditions are similar to those that led to the schemes rise in Albania, and others can learn from the way the Albanian authorities handled—and mishandled—the crisis”.

O ordenamento jurídico brasileiro, afora a Lei federal nº 1.521/51 que trata especificamente sobre crimes praticados contra a economia popular, mantém diversos dispositivos espargidos em leis com objetos diferentes, mas que convergem no sentido da promoção e tutela deste bem fundamental. O escopo da presente pesquisa é aproximar as opções legislativas, contudo ao final maior preponderância será dada à opção sistêmica, por óbvio através da hierarquia de valores.

São verificáveis as seguintes designações dispositivas: *i*) a Lei complementar federal nº 135/10 que alterou parte da lei complementar nº 64/90 dispõe sobre as causas de inelegibilidade candidato à eleição (chamada *lei ficha limpa*) e veda a candidatura daquele condenado por crime contra a economia popular (art. 2º, alínea 'e', 1) *ii*) o Código Penal estabelece a hipótese de aumento de pena se o tipo de estelionato contou com projeções contra a economia popular (CP, art. 171, § 3º); *iii*) o Código Civil ao disciplinar a sociedade simples veda que o administrador tenha condenação por crime praticado contra a economia popular (CC, art. 1.011, §1º); *iv*) a Lei federal nº 4.591/64, no art. 65, dispõe ser crime contra a economia popular promover a incorporação imobiliária a tanto valendo-se de afirmação falsa em contrato ou oferta quanto à constituição do condomínio, instituição da frações ideais ou sobre a construção das edificações; *v*) para os cargos de administração em cooperativas vedam-se as postulações daqueles condenados por crimes contra a economia popular (Lei federal nº 5.764/61, art. 51); *vi*) na recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária não são admitidos na condução da atividade empresarial o devedor e o administrador condenado por crime contra a economia popular (Lei federal nº 11.101/05, art. 64, inc. I).

Ao seu turno, a Lei federal 1.521/51 indica as possibilidades de lesão à economia popular, considerando: desrespeito ao tabelamento de preços em situação de controle estatal; negativa de atendimento às demandas de prestação de serviços essenciais à subsistência ou sonegação de estoques; exposição à venda de produto que esteja em desacordo com as determinações oficiais de peso e composição; mistura de gêneros e mercadorias de espécies diferentes com exposição à venda como puro; mistura de gêneros de qualidades diferentes para venda com o custo mais alto; exigência de exclusividade de comprador; fraudar pesos ou medidas de produtos, bem como fraudar, nos contratos em parcelamento da prestação, sorteios ou mesmo negando a devolução de parcelas eventualmente já pagas.

Apenas em abordagem sintética vê-se claro que os *fattispecies* contemplados nos artigos 1º e 2º da mencionada legislação tem forte similitude com os desígnios normativos atuais do Código de Defesa do Consumidor. Aliás, no Brasil, a tutela da economia popular tem cariz de fundamento histórico para a vigência e o desenvolvimento do Código de Defesa do Consumidor³⁰.

Mas em continuidade é de destaque fundamental a proteção da economia popular quanto às regulações a respeito da respectiva *captação*. A ordem jurídica nacional admite a *captação de poupança popular* basicamente em três modalidades: *i*) mediante autorização do Banco Central para as operações próprias (investimento e poupança)³¹; *ii*) nos termos da Lei federal 5.768/71 pelo pressuposto de autorização do Ministério da Fazenda; *iii*) no mercado de capitais, com fiscalização e supervisão da Comissão de Valores Mobiliários.

Às operações bancárias prefere-se não adentrar a considerar o escopo objetivo da pesquisa, contudo isso não descarta a possibilidade de esquema piramidal através de bancos (como se deu, inclusive, no histórico de Ponzi) e nem mesmo o fato das instituições financeiras serem igualmente vítimas desses estratagemas.

A Lei federal 5.768/71 teve por substrato fundante, quando da respectiva elaboração, regular a captação de poupança popular por prêmios e brindes distribuídos mediante sorteios e a título de propaganda. Esse fato foi encorajador aos empreendedores dos estrategistas de pirâmides, tendo em vista a não indicação da atividade no rol daquelas ali contempladas, parecendo estarem isentos da vigilância fazendária enquanto logravam lucros desmedidos. Tenha-se, contudo, que o Decreto nº 70.951/72³² regulamentou a lei mencionada e inseriu nítida *norma de encerramento*, possibilitando a

³⁰ CÁCERES, Eliana. **Os direitos básicos do consumidor: uma contribuição**. Revista de Direito do Consumidor. v. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 61.

³¹ Também admite-se captação de poupança nos casos de instituições financeiras que operam sistema de investimento, cabendo aí autorização do Banco Central, conforme arts. 10, 17 e 18 da Lei federal nº 4.565/64.

³² Art. 67. *As operações não especificadas, de captação de poupança popular mediante promessa de conta prestação em bens, direitos ou serviços de qualquer natureza, serão reguladas, no que couber, pelas disposições do Título II deste Regulamento e dos atos normativos que se destinem a complementá-lo.*

visualização de outras modalidades de captação sem estarem rigidamente tipificadas, ou seja, mediante o exercício argumentativo e o caso concreto³³.

Paralelo a isso, o ordenamento também possibilita a captação de poupança através do *mercado de capitais* que se dá por tomadores de recursos diretamente ao investidor, mediante a emissão de ‘valores mobiliários’. Contudo, essa atividade, que tem por função precípua promover o campo empresarial, é adestrada às Leis federais 6.385/76, 7.492/86, 10.198/01 e 10.303/01.

A Lei federal 6.385/76 cria a Comissão de Valores Mobiliários e dá-lhe a competência para autorizar a captação de poupança por distribuição de valores mobiliários; a Lei federal 7.492/86 trata-se de lei penal que define os crimes contra o sistema financeiro; a Lei federal 10.198/01 regula o mercado de títulos e define os contratos de investimento coletivo; e Lei federal 10.303/01 atualiza o sistema³⁴.

Destarte, o instrumento jurídico – diga-se utilizado sem escrúpulos para o exercício ilícito da pirâmide financeira – é o contrato. Entenda-se aqui que como há coletividade investidora, *in casu*, ainda amoldará à espécie a figura do contrato coletivo de investimento, nos termos da lei 10.198/01 e que é exigente de autorização da CVM, conforme art. 1º, § 7º.

A doutrina, com base na experiência norte-americana demonstra o desiderato de referido contrato: “contrato de investimento, para fins do Securities Act, significa um contrato, transação ou esquema, por meio do qual uma pessoa investe seu dinheiro em um empreendimento comum e é levada a ter expectativa de auferir lucros decorrentes exclusivamente do esforço do

³³ BRASIL. TJDF. AC: 4784598. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA - NULDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS LESIVAS AO CONSUMIDOR - TUTELA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO - CAPTAÇÃO DE ECONOMIA POPULAR. 1. O Ministério Público é parte legítima para a propositura de ações que visem a anulação de cláusulas contratuais lesivas ao consumidor, na defesa de interesses individuais homogêneos e da ordem econômica. 2 – É abusivo o percentual de 5% a incidir sobre o valor já pago pelo consumidor, a título de taxa de transferência de contrato imobiliário, mostrando-se incompatível com a boa-fé e equilíbrio financeiro que devem reger os atos negociais na relação de consumo.

³⁴ Art. 2.º São valores mobiliários sujeitos ao regime desta Lei: IX - quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.”

empreendedor ou de terceiros, sendo irrelevante que a participação detida no empreendimento seja evidenciada por meio de certificados formais, ou por interesses nominais nos ativos físicos empregados no empreendimento. Tal definição incorpora um princípio flexível ao invés de estático, capaz de adaptar-se para compreender os incontáveis e variáveis esquemas desenvolvidos por aqueles que buscam utilizar o dinheiro de outros na promessa de lucros”³⁵.

Por fim, é possível verificar a proteção constitucional quando do controle pelo Estado da atividade econômica, sujeitando as pessoas jurídicas (além dos dirigentes) em caso de danos causados à economia popular (CF, art. 173, §5º).

Em suma, desde a Constituição Federal até legislações de âmbito secundário a economia popular é tratada de forma peculiar, com visto de ampla proteção. Desta abordagem tiram-se, em linhas gerais, conclusões relevantes: *i*) tipos penais contra a economia popular derivam de diversas práticas (afirmação falsa em incorporação imobiliária, descumprimento de tabelas oficiais, mistura de gêneros etc.); *ii*) a lesão à economia popular gera sanções no campo penal, civil, comercial e administrativo, não estando adstrita apenas à Lei federal nº 1.521/51; *iii*) no âmbito penal a lesão à economia popular também tem por consequência o aumento de pena; *iv*) impede aqueles que foram outrora condenados por práticas a ela irrogadas de ocuparem cargos ou funções, públicas ou privadas, onde a confiança é essencial; *v*) a captação de poupança popular depende de autorização ou do Ministério da Fazenda ou da Comissão de Valores Mobiliários, quando não se tratar de instituições financeiras.

Por conseguinte, a gama de dispositivos emoldurada permite que se chegue à norma como *“resultado da coligação entre as disposições de vários artigos em uma perspectiva unitária e sistemática do ordenamento”*³⁶. *Em outras palavras: a economia popular é objeto de ampla tutela, não sendo lícitas atividades que possam mitigar a inerente potência, já que atuante no contexto de formação das bases sólidas da sociedade e (reflexamente) do Estado. E justamente neste ponto que se vislumbra a economia popular como bem fundamental para o livre desenvolvimento da personalidade humana.*

³⁵ MOTTA, Rita de Cássia Luz Teixeira. **O conceito de valor mobiliário no direito brasileiro**. Dissertação de mestrado, São Paulo, USP, 2002, p. 45.

³⁶ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 258.

Diz-se bem fundamental, porque sua “acessibilidade é garantida a todos e a cada um porque objeto de outros tantos direitos fundamentais e que por isso, da mesma forma que estes, são subtraídos à lógica do mercado: o ar, a água e outros bens do patrimônio ecológico da humanidade e, ainda, os órgãos do corpo humano, os fármacos considerados “essenciais” ou “salva-vidas” e similares. Temos assim uma distinção na qual é fácil reconhecer a analogia com a respectiva distinção dos direitos subjetivos em direitos patrimoniais e direitos fundamentais”³⁷.

Por mais que possa parecer contraditório afirmar que a economia popular seja bem fundamental tendo em conta, por características mais proeminentes, a aproximação ao perfil *patrimonial*, deve-se ajustá-la ao conceito proposto por Ferrajoli: não pelo que ela aparenta, senão pelo que proporciona. A orientação é, sobretudo, *funcional*. Do mesmo modo, o patrimônio público e o meio ambiente encontram-se tutelados na Constituição Federal (CF, art. 5º, inciso LXXIII) e são bens de todos e insuscetíveis a uso e gozo de titular único, senão da coletividade³⁸.

Tenha-se, em histórico, que a doutrina da época de edição da Lei federal nº 1.521/51 já tendia neste sentido, reconhecendo na economia popular uma patrimonialidade funcional à cidadania, o que equivale dizer “resultante do complexo de interesses econômicos domésticos, familiares e individuais, embora como *fictio juris*, constituindo *in abstracto* um patrimônio do povo, na vida em sociedade”³⁹.

Ao advento do Plano Cruzado com toda modificação da carga econômica brasileira (e as crises antes e depois existentes), o tema jurídico

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma carta dos bens fundamentais**. In: Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 54.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma carta dos bens fundamentais**. In: Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 56. Comparando-se com os bens patrimoniais a visualização da fundamentabilidade é mais fácil, Veja: “E, analogamente, também os bens patrimoniais são bens singulares, no sentido de que seu desfrute é garantido exclusivamente aos titulares dos direitos patrimoniais dos quais são objeto; são predispostos por normas hipotético-deônticas juntamente com os respectivos direitos, dispostos como efeitos dos atos por elas hipoteticamente previstos; e são, por isso, a par dos direitos dos quais são objeto, disponíveis e alienáveis”.

³⁹ OLIVEIRA, Elias. **Crimes contra a economia popular**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 17.

respeitante à economia popular novamente ganhou destaque na dogmática que a alçou à noção de interesse difuso, porquanto compreendida como *tertium genus* entre a economia pública e a economia privada e daí com amplo espectro de tutela.

Vale o registro: “não é o patrimônio individual, portanto, que se protege, mas o patrimônio do povo em geral, ameaçado pela ganância dos que pretendem locupletar-se com a exploração das necessidades fundamentais de toda uma comunidade. Para designar esse bem jurídico e os interesses que lhe são sempre correlatos, fala-se, hoje, em *direitos difusos*. Daí conceituar-se a economia popular como um bem coletivo, estimado não apenas pelo que representa de importante para um indivíduo, mas porque essa necessidade individual é a expressão de iguais necessidades relacionadas com todos os componentes no mesmo estrato social”⁴⁰.

Toma-se apenas a classificação apresentada por Luigi Ferrajoli⁴¹ já que enquanto *bem fundamental social* a economia popular tem por desiderato fornecer concretude a inúmeros *direitos fundamentais*, especialmente aqueles relativos à pessoa consumidora (saúde, segurança, legítimas expectativas, propriedade etc.). Está-se ante antigo aríete jurídico que foi esquecido pela dogmática e que tem muito a contribuir com a defesa do plexo social e dos vulneráveis. O modelo histórico da Albânia é efervescente do ponto de vista empírico: a pirâmide anulou a economia popular (e a partir disso defenestrou o governo; arruinou a estrutura social e sucumbiu com milhares de vidas).

A conclusão aqui aportada é tranquila e factível se entreolharmos o *caráter dinâmico* da dignidade da pessoa humana, qual seja, o livre desenvolvimento da personalidade. Nesta seara, a economia popular, como *bem fundamental social*, se apresenta com função singular na promoção dos diversos membros, configurando base sólida para a formação da comunidade de pessoas livres, até porque traço marcante é a solidariedade.

⁴⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Aspectos novos da lei de economia popular**. RT. v. 607. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 263.

⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma carta dos bens fundamentais**. In: Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zanetti Júnior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 58. Dentro da tipologia sugerida pelo Professor Italiano, a economia popular pode ser compreendida como *bem fundamental social*, porquanto os direitos que visa atender são aqueles ligados ao atendimento das necessidades essenciais da pessoa humana”.

Hans Carl Nipperdey⁴² ao abordar a dignidade da pessoa humana lembra: “O direito fundamental da dignidade da pessoa e o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade são as normas fundamentais decisivas da constituição alemã. No artigo 1 I está em questão a proteção da pessoa na sua essência, no artigo 2 I, a proteção de sua dinâmica. Contudo, essas determinações constitucionais não estão uma ao lado da outra sem relação. Ao contrário, o artigo 2 I remonta ao artigo 1 I, que é última raiz e fonte de todos os direitos fundamentais formulados posteriormente e, com isso, mesmo o direito fundamental principal material. O artigo 2 I faz claro que no âmbito dinâmico da pessoa sua dignidade situa-se no livre desenvolvimento de sua personalidade. O direito fundamental do artigo 2 I não é um direito fundamental clássico; ele é desconhecido de constituições mais antigas. Ele é, indiscutivelmente, uma inovação do nosso direito constitucional. O direito fundamental quer proteger a vontade de vida dada pela natureza do particular, sua energia pessoal e libertar de todas as barreiras não necessárias. Decisivo é o conhecimento, que somente esse direito ao livre desenvolvimento de todos pode criar uma comunidade de pessoas livres e que iniciativa e intuição nos âmbitos da cultura, ciência, da economia e do social aprofundam também a configuração progressista de todas as condições de vida e a felicidade das pessoas sobre esta terra”.

4. A pirâmide financeira *prêt-à-porter*

Conforme já narrado, a legislação que tratou inicialmente da defesa da economia popular o fez mediante a utilização de linguagem mais aproximada aos acontecimentos de então. O legislador foi desatento em negar linguagem jurídica que pudesse com maior flexibilidade ser utilizada no futuro. Mas, como também ressalvado, é a busca da interpretação pela unidade e ordenação (enfim, preservando o sistema) que sempre restaura equilíbrio hermenêutico para melhor atuação do campo jurídico⁴³.

⁴² NIPPERDEY, Hans Carl. **Livre desenvolvimento da personalidade**. In: Direitos fundamentais e direito privado. Luís Afonso Heck (org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 71-72.

⁴³ DEL VECCHIO, Giorgio. **Evolução e involução do sistema jurídico**. Trad. Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005, p. 22. Lembra: “Um sistema jurídico pode realmente parecer-se com um organismo, porque as suas várias partes tendem a se compor e ajustar em coerente unidade, devendo todas servir para regular a vida, que em cada momento histórico é necessariamente vinculada e convergente a determinado fins. Essa é a razão daquele perpétuo trabalho, que é característica especial da Jurisprudência – com o fim de coordenar ou harmonizar entre si normas vigentes e aquelas que promanam continuamente da vida social no seu perene fluir com o fim de integrar as primeiras”.

A vedação ou ilícito penal contido no art. 2º, inciso IX da Lei federal nº 1.521/51 dispõe como crime contra economia popular obter vantagem (ou tentar obter lucros ilícitos) em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas através de especulações ou meio fraudulentos.

Ressoa claro que a legislação de cunho penal não vedou o ganho ilícito. Vedou o ganho ilícito mediante a prática de especulação ou meio fraudulentos. E o pior: fixou modelos para a fraude, através de exemplos temporais da época: *'bolas de neve, cadeias ou pichardismo'* e outros equivalentes. Cada qual de tais figuras fraudulentas têm histórico próprio.

Com apoio em Elias de Oliveira, Manoel Predo Pimentel perfaz o *iter* de cada figura, da seguinte maneira: *"A bola-de-neve é um sistema cooperativo de venda em que o povo sai sempre logrado, iludido na sua boa-fé, uma pessoa é induzida a acreditar que, com a compra de um bilhete de pequeno valor, poderá ganhar um rico prêmio. As cadeias são um arдил conhecido, vez por outra aparecendo com ares de novidade. São uma espécie de capitalização captadora, em que os últimos sempre ficam espoliados. O terceiro exemplo, o pichardismo, que Elias de Oliveira lembra ser assim chamado por derivar do nome do autor do golpe, um italiano chamado Manuel Severo Pichardo, é também comportamento fraudulento consistente em um sistema reintegrativo no qual promete-se ao comprador fornecer-lhe determinada quantidade de mercadoria e, ao cabo de algum tempo, restituir-lhe o dinheiro que pagou"*⁴⁴.

Mesmo que haja previsão no citado dispositivo quanto a outros meios *equivalentes* para configuração da fraude, o que na verdade configura interpretação extensiva, é de se ver que considerando as diretrizes que

⁴⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Aspectos novos da lei de economia popular**. RT. v. 607. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 267. Na bola de neve: *"a condição, porém, é que induza outras pessoas a adquirir bilhetes, resgatando parte do dinheiro que gastou na compra do próprio. Ao terminar sua cota de bilhetes, será premiado, mas a decepção será para os compradores sucessivos, que acabarão fatalmente por não encontrar como colocar os seus cupões, pois a rede se estenderá prodigiosamente, e um vasto número deles, embora haja pago, não receberá coisa alguma"*. Nas cadeias, *"promete-se ganhos fabulosos para quem ingressar na cadeia, colocando seu nome no último lugar de uma lista e enviando uma determinada importância em dinheiro para o primeiro nomeado na mesma lista, distribuindo em seguida, listas novas para as pessoas de suas relações, pedindo que procedam da mesma forma. O lucro advirá para o participante quando o seu nome atingir, com o efeito multiplicador, o topo das listas em curso. A experiência demonstra que muitos concorrentes, sendo retardatários, ficam totalmente fora dessa prometida vantagem"*.

regem o direito penal (especialmente o direito fundamental à liberdade), a extensão deve acompanhar os modelos propostos no tipo, o que fragiliza muito o consumidor a ponderar que os modos utilizados para as pirâmides atualmente são outros.

O Ministério da Justiça chegou a emitir nota técnica quanto às características das pirâmides : *a)* promessa de retornos financeiros extraordinários; *b)* o fato de que o produto vendido tem pouco ou nenhum valor intrínseco; *c)* a descrição do produto feita pela empresa é bastante vaga; *d)* um fluxo de renda que depende prioritariamente da comissão recebida pelo recrutamento de novos associados ou produtos adquiridos para uso próprio e não de vendas para consumidores que não são participantes do esquema; *e)* a tendência de que só os primeiros investidores/consumidores associados tenham alguma renda real; *f)* garantias de que é perfeitamente legal participar⁴⁵.

De observar, no entanto, que a percepção oficial pareceu bastante deficiente. Aliás, não manifestou sobre o essencial, pois além de tipo penal, trata-se de forma ilícita de captação de poupança popular, afora os ataques aos princípios de direito privado e à própria Constituição Federal.

Vale o destaque que na sociedade da informação, especialmente a *Internet* (e, nesse ambiente, as redes sociais), as pirâmides financeiras encontraram *locus* fértil e profícuo para publicizar os ‘milagres’ outrora propagandeados por panfletos. As dimensões da publicidade não têm limites. As características econômicas para a prática do ilícito são plenamente favoráveis, especialmente levando em conta que os ‘contratos’ são despessoalizados, desterritorializados e desmaterializados, culminando apenas em adesão virtual, onde há apenas consentimento (desprovidos das informações essenciais), abrindo espaço à vulnerabilidade financeira e *cyber espacial*⁴⁶.

Pode-se dizer que o número de pirâmides espargidas eletronicamente apenas tende a aumentar considerando a facilidade proporcionada pela hipercomunicação. A existência de inúmeras ações civis públicas e a até força-tarefa do Ministério Público Federal e Estadual são evidências tenazes desta constatação.

⁴⁵ Ver nota técnica 116/2013 – CATON/CGCTPA/DPDC/Senacon/MJ.

⁴⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Comércio eletrônico**. Trad. Fabiano Menke. São Paulo: Ed. RT, 2004, p.73.

O fato da transação ocorrer em nível virtual e transnacional camufla o engendro criminoso e possibilita empreendimento ‘multi-localizado’, onde os investidores se fazem distantes uns dos outros e do próprio empreendedor. Igualmente, o recrutamento de novos investidores por meio da rede amplia por demais o alcance dos investimentos e torna quase impossível separá-los do comércio eletrônico lícito, dada a difusidade do ambiente.

Ao lado das pirâmides surgiu o modelo de empresas de ‘*marketing multinível (MMN)*’ que se perfilham de outra forma: *i)* atuam na venda de produtos; *ii)* não obrigam adesão ao sistema; *iii)* os aderentes ao modelo empresarial são remunerados por comissões de vendas realizadas ao público em geral, não pertencente ao circuito interno da empresa; *iv)* os aderentes não são remunerados pelo recrutamento de novos agentes. Daí dizer que algumas destas empresas passaram a gozar de reconhecimento de legitimidade, especialmente a considerar o caráter exógeno das vendas.

Aliás, foi o que decidiu o *Federal Trade Commission* ao julgar a licitude da norte-americana Amway⁴⁷.

É importante que seja averbado, no entanto e com base na mesma decisão, que existem empresas de ‘*marketing multinível (MMN)*’ que remuneram pelo recrutamento de novos ingressantes, exigem adesão, dificultam a retirada de aderente e efetuam venda apenas ao público interno (endogenamente), o que as aproxima das pirâmides financeiras⁴⁸.

Entre nós no Brasil, o exemplo da Telex Free restou notabilizado, pois a prestação de serviço (comercialização de *voip*) era apenas pano de fundo para o recrutamento maciço de pessoas, mediante remuneração.

5. A necessidade de uma resposta sistêmica

As ferramentas do direito penal a partir da Lei federal nº 1.521/51 mostram-se por demais ultrapassadas. Não se trata em desprezar a valiosa dogmática penalista, antes utilizá-la como forma de adicionar ao sistema

⁴⁷ Decisão nº 93.618. A decisão norte-americana trouxe efeitos diretos, pois a Amway ampliou seu mercado para o Brasil, logo acompanhada da Herbalife, Amway, Mary Kay, que juntavam à Avon.

⁴⁸ Ver nota 116/2013 – CATON/CGCTPA/DPDC/Senacon/MJ.

demais estratégias promocionais ao consumidor⁴⁹. Contudo, a efetividade penal resta enfraquecida se verificar que ao lado do ‘lucro ilícito’ deve haver fraude em modalidades praticadas do início do século XX. Como bem demonstrado, as práticas são outras, as pirâmides camuflam-se ou através de fachadas em *marketing multinível (MMN)* ou pelas redes sociais.

Esse ponto, por si só, merece análise crítica especialmente a considerar que no direito privado contemporâneo vicejam princípios jurídicos que exigem de todos os envolvidos a atuação conforme a lealdade⁵⁰ e os fins econômicos e sociais⁵¹. É dizer que a fraude (nos termos propostos pela lei penal) é prescindível e irrelevante para a vedação da prática das pirâmides financeiras no âmbito civil e consumerista, isto porque a considerar a exigência de tráfego jurídico seguro (boa-fé e confiança) e atuação em consonância com os fins sociais, o contrato – que leva à adesão de milhares de pessoas – deve ser valorado constitucionalmente e neste caso repulsa os efeitos negativos à economia popular como bem fundamental social.

Nesta última etapa, explica Gustavo Tepedino: “a função social, em última análise, importa na imposição aos contratantes de deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente [...] A rigor, a função social do contrato deve ser entendida como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) – fundamentos da república – e da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (

⁴⁹ SICA, Leonardo. **O caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica**. In: Doutrinas essenciais de direito penal econômico e da empresa. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 592. Esclarece: “A proteção da economia popular e do consumidor, dever ser estimulada por políticas de cunho socioeducativo, como o estímulo à criação de associações de consumidores e fornecedores e o estabelecimento, por estas, de convenções coletivas de consumo, incentivadoras de um controle até extrajudicial. Porém, iniciativas desse jaez, necessitam de tempo para produzir efeitos, trabalho mais elaborado de parte do Poder Público e não possuem o impacto psicológico da sanção criminal, mesmo que desprovida de fins práticos”.

⁵⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305. Situa: “Em atenção a essa ordem de ideias, o critério objetivo delineado pelo artigo 187 do novo Código Civil remete-se ao princípio da boa-fé, enquanto regra de comportamento que se impõe tanto ao cumprimento das obrigações, como ao exercício de posições jurídicas. Não obstante, sob a égide dessa concepção, a boa-fé possa se apresentar como uma norma em branco, a legislação brasileira abre espaço para consagração das hipóteses típicas sob as quais ela passa a ser concretizada”.

⁵¹ NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 170. Sustenta: “quando falamos na função social do contrato, já mostramos preferência por concepções finalistas. Se o abuso de direito se traduz realmente pela ultrapassagem dos limites do direito subjetivo, não se vê como esses limites possam ser outros que não limites internos do próprio direito”.

art. 3º, I) – objetivos da República – impõe às partes o dever de perseguir, ao lado de seus interesses individuais, a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos”⁵².

Contudo, a lei penal (aliada à própria dimensão da economia popular enquanto bem fundamental social) concede o lado positivo de que o exercício do esquema é claramente ilícito, o que favorece o campo da teoria da invalidade no âmbito privado, nos termos do art. 166, II do Código Civil, pois nesse caso o negócio jurídico, que dá ensejo ao estratagema, nulo é de pleno direito⁵³. Aliás, se houver conhecimento prévio, aproveitamento e acerto com o empreendedor daquele que integra a pirâmide ainda no começo de sua formação (e geralmente esse tem retorno na lucratividade criminosa), daí a nulidade do negócio jurídico já restará com assento no *motivo determinante*, porque a real intenção dos contraentes é lesar os incautos que agregam por último a base do esquema (CC, art. 166, III).

Observe-se que na mesma linha perfilha o Código de Defesa do Consumidor. A exigência do tráfego jurídico mediante a boa-fé (CDC, art. 4º, inciso III) impõe que o fornecedor atue mediante comportamento probo, com dever de esclarecimento, dever de assistência (cooperação) e acima de tudo lealdade⁵⁴, cumprindo as legítimas expectativas lançadas.

Complemente-se na linha consumerista o fato de que o esquema-pirâmide, caso elevado à prestação de serviços do tomador ao consumidor, não

⁵² Tepedino, Gustavo. **Notas sobre a função social dos contratos**. In: Temas de direito civil. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 149.

⁵³ LOBO, Paulo. Direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 284. Colabora: “A mais importante causa de nulidade é a ilicitude do objeto do negócio jurídico. Quando o direito proíbe determinada conduta, ou a torna ilícita, não pode o negócio jurídico tê-la como objeto. O objeto do negócio jurídico há de ser lícito, isto é permitido em direito e conforme a moral [...]. É ilícita a prestação, por exemplo, de fornecer drogas proibidas, contaminando o negócio jurídico integralmente”.

⁵⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Modificações trazidas pela decisão da ADIn 2.591 sobre a constitucionalidade (e imperatividade) da aplicação do CDC aos contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários. Processos repetitivos. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Civil de 2002, as leis bancárias aplicáveis aos contratos bancários com pessoas físicas, consumidores, sob à luz da Constituição Federal de 1988, e a interpretação que lhe deu a ADIn nº 2.591. In: Revista de direito do consumidor. v. 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 329. Acrescenta: “Boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais. A proteção da boa-fé e da confiança despertada formam, segundo Couto e Silva, a base do tráfico jurídico, a base de todas as vinculações jurídicas, o princípio máximo das relações contratuais”.

resiste ao exame da *teoria da qualidade*⁵⁵ na modalidade de vício de segurança, até porque ela está contaminada de todos os tipos de defeito (concepção, produção e informação), do qual o empreendedor desde o início tinha ciência cumprindo evita-lo, porquanto ilícito e afrontoso à economia popular.

De outro lado, considera-se prática abusiva, por parte do fornecedor *‘colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes’*, o que com tranquilidade ocorre nas hipóteses de captação de poupança popular, porquanto se a pirâmide for executada em forma de contrato de investimento coletivo estará subordinada à autorização prévia da CVM (consoante as disposições já citadas, Leis 6.385/76 e 10.303/01) e caso seja levada a efeito por outro tipo de negócio jurídico dependerá de inscrição e deferimento no Ministério da Fazenda (Lei 5.768/71 e Decreto 70.951/72).

Some-se a experiência da União Europeia com a edição da Directiva n.º 2005/29/CE que fazendo efeito nas legislações internas dispõe sobre as práticas comerciais abusivas e desleais que *‘distorcem’* o comportamento dos consumidores e ainda lhes causam *prejuízos*. A preocupação do velho continente foi extremamente sábia, porquanto fixou as bases supranacionais não apenas nos danos sofridos, mas essencialmente na educação para o consumo, indicando que atitudes abusivas e desleais no mercado refletem negativamente nas presentes e futuras gerações⁵⁶.

Vale registrar que considerado isoladamente, o consumidor em situação jurídica subjetiva lesiva pode não representar ponto de preocupação de todo aparelhamento estatal, contudo quando há massa de incautos à beira da ruína a questão passa ter contornos consequencialistas mais sérios de forma a exigir ampla efetividade de todos os sistemas sociais, especialmente o jurídico para a defesa da economia popular.

Cumpra, pois, dar efetividade promocional ao consumidor,

⁵⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. *Teoria da qualidade*. In: Manual de direito do consumidor. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 100.

⁵⁶ Em Portugal, o Decreto-lei 57/2008 adotando a Diretiva 2005/29/CE trata como *ação considerada enganosa em qualquer circunstância* no art. 8º alínea ‘r’: *“criar, explorar ou promover um sistema de promoção em pirâmide em que o consumidor dá a sua própria contribuição em troca da possibilidade de receber uma contrapartida que decorra essencialmente da entrada de outros consumidores no sistema”*. Restou mais frutífero que o direito brasileiro, pois afastou-se da parêntese de figuras antigas, colocando em caráter exigível a eventual remuneração do consumidor na adesão de demais incautos no esquema.

tutelando-o dessas situações jurídicas onde a confiança (especialmente dos consumidores mais humildes)⁵⁷, seu parco patrimônio e a coletividade veem-se mitigados com reiterados vilipêndios. Eis a passagem do *dever-ser* para o *dever-fazer*⁵⁸, *basicamente verificada na existência de dois âmbitos da ciência jurídica: a primeira caracterizada pela hermenêutica silogística-dedutiva, dogmaticamente conceitual; a segunda normativa-teleológica, problematizante e carecedora de soluções*⁵⁹.

Para encerramento, pois, e com destino à concretude – independentemente das esferas penal, administrativa e tributária que têm quinhões científicos e teleológicos para contribuição no estancamento de referida prática – no âmbito privado a questão pode passar com tranquilidade pelos institutos da autonomia privada, nulidade e responsabilidade civil.

Neste viés, em primeiro lugar, é dizer que a própria autonomia privada põe-se como argumento contrário a estes esquemas ilusórios, porque tal princípio encontra-se entrelaçado a outros de dignidade constitucional e especialmente ancorado numa livre iniciativa que reclama socialidade. Pietro Perlingieri, forte V. Scalisi, informa sobre a passagem do novo direito dos contratos do poder de regra ao dever de equa negociação, afirmando que: “o direito europeu dos contratos privilegia a estratégia da conformação, mas na perspectiva da realização da autonomia de um tipo novo, chama eficiente,

⁵⁷ WEINGARTEN, Celia. El valor económico de la confianza para empresas y consumidores. In: Revista de Direito do Consumidor. v. 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 36. Explica a diferenciação da confiança nos estratos sociais e empresariais: “*La logica de la confianza, como vemos, opera de distinto modo en ambos sentidos, desde el consumidor individual con diversidad de pertenencia social desde abajo (donde ante mas incultura mas confiabilidad) y hacia arriba (donde mas cultura, menos confiabilidad porque se requiere mas información, y desde estos hacia la empresa tambien funciona en igual sentido, un consumidor solvente, (verbigracia con pertenencia a la clase alta), hace que su capacidad economica genere en si mismo certeza de cumplimiento; la solvencia entonces sustituye aqui a la confianza, es su equivalente funcional*”.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 15. Define peremptoriamente: “*em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro, interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precipuo impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos desejáveis, sendo seu fim levar a realização destes até mesmo aos recalitrantes*”.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a eficácia de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 320. Ao tratar da eficácia jurídica simétrica ou positiva menciona: “*seja quando aplicável às regras, seja quando aplicável a princípios, é o mesmo: reconhecer àquele que seria beneficiado pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal*”.

capaz, isto é, não apenas de adimplir a finalidades solidárias, mas sobretudo, de dar vida a regras adequadas à operação contratual perseguida e, ainda, inspiradas em princípios de equidade no comércio”⁶⁰. Portanto, os axiomas constitucionais inspiram a autonomia privada na negação do rebaixamento da qualidade dogmática do contrato, enquanto instrumento que potencializa as relações jurídicas fundamentais.

A nulidade dos contratos e negócios jurídicos é manifesta, como já discorrido. No entanto, porque dela sobressai caráter pedagógico de forma a desencorajar certos interesses ilícitos (quer pela prestação, quer pela causa) que têm grande potencial em causar danos à coletividade e a integridade do tráfego econômico hígido, sério e necessariamente de desenvolvimento da confiança, o que redundará na ordem pública constitucional.

Bruno Miragem, com apoio em Francisco Amaral, aborda o tema com singularidade: “a ordem pública, enquanto conceito indeterminado aplicável ao direito interno, não tem como ser compreendida sem atenção ao que se convencionou denominar *constitucionalização do direito privado*, que se apresenta, de modo destacado, através da denominada *eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Não como ordem de conteúdo meramente negativo (de restrição da liberdade), mas, sobretudo, protetivo, promocional de interesses fundamentais da pessoa, razão pela qual se torna conformadora do exercício da autonomia privada. Na lição de Francisco Amaral, seria o “conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica”⁶¹.

⁶⁰ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro. Renovar, 2008, p. 400.

⁶¹ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Nulidades das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro**. In: Revista de Direito do Consumidor. v. 72. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 46. E continua: “No mesmo sentido percebe-se em direito comparado, que de resto identifica como consequência da violação da ordem pública mediante realização de ato jurídico, a nulidade do referido ato. No caso, como ensina Vicent-Legoux, esta nulidade se aplica às cláusulas contratuais que violem a ordem pública econômica de direção. Em verdade, a ordem pública econômica de direção tem a aptidão de limitar todos os aspectos da livre formação dos atos jurídicos, tais como a definição dos seus elementos essenciais, a escolha de com quem contratar, a forma e o processo de celebração do contrato. Assim, é protegida mediante a decretação da nulidade absoluta da cláusula. Estabelece, pois, espécie de restrição da liberdade de criação do direito por intermédio da vontade das partes. É o caso, a toda evidência, das cláusulas contratuais que violam as normas de defesa do consumidor, na medida em que se insere no âmbito da ordem pública constitucional econômica de proteção do vulnerável. E da mesma forma, a ordem pública constitucional de proteção - caso em que se insere a defesa do consumidor, identificando o sujeito a ser protegido a partir da Constituição.

Por fim, a responsabilidade civil que opera em três modos diversificados.

Em primeiro lugar, num sentido *ex ante* ou *preventivo* na inevitabilidade de danos maiores ou dos danos indesejados pelos incautos, porque não há dúvida que perturbação da tranquilidade e o risco à segurança já merecem indenização (CDC, art. 6º, VI, primeira figura e CC, art. 12)⁶².

Em segundo lugar, *ex post*, na indenização pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais individuais homogêneos (CDC art. 6º, VI, segunda figura e art. 81, III; e CC art. 187 e 927, parágrafo único) e danos morais coletivos (CDC, art. 6º, VI, última figura), este último como caráter punitivo⁶³.

Em terceiro lugar, no tocante aquele que (mesmo consumidor) sabendo da ilicitude, se aproveita para alocar-se nas primeiras posições piramidais e daí retirar seu proveito em detrimento dos incautos, é de se aplicar o disposto no art. 883 do Código Civil, cabendo ao juiz verter a parte deste agente para instituição filantrópica, conforme parágrafo único do mesmo dispositivo.

Cabe anotar que se se tratar de empresa de *Marketing Multinível (MMN)* onde se camufla a pirâmide financeira os dispositivos acima também recairão sobre sua atividade, ou seja, nulidade e, em decorrência, a responsabilidade civil.

Caso contrário e, portanto, não estando se subsumindo ao funcionamento piramidal ainda assim haverá ampla aplicação do Código de Defesa do Consumidor, especialmente no que respeitam os deveres da boa-fé objetiva, o princípio da confiança e a equidade contratual de forma a sindicar a atividade da empresa de *Marketing Multinível (MMN)*.

⁶² FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva**. Tese de doutorado. São Paulo, USP, 2014, p. 198. Com apoio em Calco Costa reflete que “o *alterum non laedere* também alcança os modos de prevenção do direito de danos, já que o perigo de dano pode provocar turbação ao gozo de interesses alheios, dignos de tutela”.

⁶³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 263. Manifesta: “É de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a ratio será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido”.

Todas essas observações devem ser ainda jungidas com as tutelas específicas de obrigação de fazer e não-fazer⁶⁴, justamente com o intuito de dar concretude ao bem fundamental social que é a economia popular.

6. Considerações finais

Insuportável pretender conceber licitude aos meios e modos de acessos a lucro fácil em detrimento da ordem jurídica e em mitigação à economia popular que é bem fundamental social.

Os incrementos hipercomplexos característicos da sociedade da informação permitiram a evolução das atividades necessárias e essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade humana, mas também servem de espaço e incentivo à criminalidade organizada e acostumada à velha impunidade da justiça criminal.

A percepção de que o sistema como um conjunto de elementos (coerente, em unidade e ordenado por princípios gerais) tem melhores e mais tenazes condições de êxito no combate aos malogros dos empreendimentos sem base legal e financeira é motivo de júbilo aos axiomas constitucionais.

Todos nós, juristas, estamos diante ao desafio de empunhar maneiras e modos em combater os engenhos milagrosos de 'rentabilidade automática' com vista à futura geração, notadamente no que respeita a educação para o consumo: *i*) saber o que é consumir; *ii*) o quanto consumir; *iii*) as responsabilidades de consumir; *iv*) o que consumir; e *v*) para que consumir.

A falta de nossos exemplos e empenhos de combatividade ao ganho fácil e sem mérito, às custas da coletividade, simplesmente é o grande incentivo porvir para uma sociedade leniente, não solidária e pobre no sentido humanitário.

⁶⁴ Marinoni, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

7. Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Teoria da qualidade. In: _____. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 103-113.

_____. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 9. p. 25-57, jan./mar. 1994.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

CÁCERES, Eliana. Os direitos básicos do consumidor: uma contribuição. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 10, p. 61-76, abr./jun.1994.

CAFFE, Federico. Diritto ed economia: un difficile ma pur necessario incontro. In: PROBLEMI attuali dell'impresa in crisi: studi in onore di Giuseppe Ferri. Padova: Cedam, 1983. Disponível em: <http://www.webalice.it/andreabotteghi/NG/AreaEconomiaEFinanza/Diritto_ed_economia_un_difficile_ma_pur_necessario_incontro.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Tradução de Lédio Rosa de Andrade; Têmis Correia Soares. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

DEL VECCHIO, Giorgio. *Evolução e involução do sistema jurídico*. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005.

DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. 2. ed. Lisboa: Presença, 1989. v. 1.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. *Teoria crítica do direito civil: à luz do novo código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma carta dos bens fundamentais. In: _____. *Por uma teoria dos direitos e bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2011. p. 49-88.

FERREIRA, Keila Pacheco. *Responsabilidade civil preventiva: função, pressupostos e aplicabilidade*. 2014. 41 f. Tese (Doutorado em Direito Civil)-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-27102016-092601/pt-br.php>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

FROTA, Mário. Serviços financeiros à distância: um tijolo mais na edificação de um espaço económico europeu único. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 44-65.

GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Traducción: Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

HAYEK, Friedrich A. von. Lei, legislação e liberdade. In: MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (Org.). *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. Rules and order. In: _____. *Law, legislation and liberty: a new statement of the liberal principles of justice and political economy*. London: Routledge and Kegan Paul, 1982. v. 1.

JARVIS, Christopher. The rise and the fall of Albania's pyramid schemes. *Finance & Development*. Washington: International Monetary Fund, v. 37, n. 1, Mar. 2000. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2000/03/jarvis.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2017.

LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comércio eletrônico*. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; PICASSO, Sebastián; WAJNTRAUB, Loren Javier H. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas: lecciones publicadas*. Reconstrucción por Javier Torres Nafarrate de las lecciones magistrales dictadas por Niklas Luhmann durante el semestre de invierno de 1992, en la Universidad de Bielefeld, Alemania. México, DF: Universidad Iberoamericana, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. Modificações trazidas pela decisão da ADIn 2.591 sobre a constitucionalidade (e imperatividade) da aplicação do CDC aos contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários. Processos repetitivos. Diálogo entre o código de defesa do consumidor, o código civil de 2002, as leis bancárias aplicáveis aos contratos bancários com pessoas físicas, consumidores, sob à luz da constituição federal de 1988, e a interpretação que lhe deu a ADIn nº 2.591. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 17, n. 68, p. 323-370, out./dez. 2008.

_____. Relação de consumo entre os depositantes de caderneta de poupança e os bancos ou instituições que arrecadam poupança popular. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 760, p. 107-148, fev. 1999.

_____. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito de consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: _____. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 255-309.

_____. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Nulidades das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 18, n. 72, p. 41-77, out./dez. 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade: no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2009.

MOTTA, Rita de Cássia Luz Teixeira. *O conceito de valor mobiliário no direito brasileiro*. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial)-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. Tradução de Luís Afonso Heck. In: DÜRING, Günter; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen. *Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2012. p. 71-90.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Elias. *Crimes contra a economia popular e o júri tradicional: doutrina, jurisprudência e legislação: lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Aspectos novos da lei de economia popular. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 75, n. 607, p. 263-271, maio, 1986.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SICA, Leonardo. O caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 2, p. 105-116, jul./dez. 1998.

STIGLITZ, Rúben S.; STIGLITZ Gabriel A. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. Buenos Aires: Depalma, 1985.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. In: _____. *Temas de direito civil III*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 145-157.

WEINGARTEN, Celia. El valor económico de la confianza para empresas y consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v. 9, n. 33. p. 33-50, jan./mar. 2000.

LEITURAS ADICIONAIS EM NOSSA BIBLIOTECA

BORGES, Liliane de Moura. Pirâmide financeira e marketing multinível. *Notícias*, Palmas: Procon, 10 jan. 2017. <Disponível em: <<http://procon.to.gov.br/noticia/2017/1/10/piramide-financeira-e-marketing-multinivel/>>. Acesso em: 30 abr. 2017.

FRANCO, Alberto Silva; BETANHO, Luiz Carlos. Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 287-340, jul./set. 1995.

MARTINS, Fernando Rodrigues et al. Ação civil pública: defesa do consumidor em face do esquema denominado “pirâmide financeira”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 22, n. 90, p. 497-518, nov./dez. 2013.

A participação do Ministério Público em órgãos colegiados da segurança pública

The participation of the Prosecution Office in collegiate organs of public security

SUMÁRIO: 1. O controle externo da atividade policial; 2. O Ministério Público como integrante de órgãos colegiados da segurança pública; 3. O Ministério Público como integrante do Conselho Superior da Polícia Civil; 4. A posição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça; 5. Ministério Público como órgão consultivo de Corregedoria Única da área de segurança pública; 6. A posição do Conselho Nacional do Ministério Público; 7. Análise da efetividade ou não da participação ministerial nos Conselhos da segurança pública; 8. Nulidade sem prejuízo – Prejuízo da nulidade; 9. Conclusão; 10. Referências Bibliográficas.

* Membro do Ministério Público da União, sendo Promotor da Justiça Militar aposentado. Integrou o Ministério Público paranaense. Oficial da reserva não remunerada da Polícia Militar do Paraná. Sócio Fundador da Associação Internacional das Justiças Militares. Membro Correspondente da Academia Mineira de Direito Militar. Coordenador da Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá.

RESUMO: O presente artigo analisa as funções constitucionais do Ministério Público brasileiro e as implicações que delas decorrem. Dentre as funções ministeriais, uma que se apresenta como foco de constantes embates com a autoridade policial, é a de controle externo da atividade policial, o qual far-se-á por meio de atividades judiciais e extrajudiciais. Portanto, este controle não se reduz ao simples recebimento de inquéritos e outras peças de investigação, mas pode abarcar outras formas de atuação. Nesse contexto, é possível discutir a constitucionalidade da participação do Ministério Público como membro de colegiados da segurança pública, notadamente no Conselho Superior da Polícia, que é um órgão de controle interno daquela instituição, e, suas funções em princípio, não poderiam ser exercidas por aquele que detém o controle externo da atividade policial.

ABSTRACT: *This summary analyses the constitutional roles of the Brazilian Prosecution Offices and its implications. Amongst the ministerial activities, the external control about police activity is a subject of conflict with the police authority, and it is executed through legal and extrajudicial activities. Therefore, this control is not limited to receiving surveys and other investigation documents, but it comprises other actions. In such context, it is possible to discuss the constitutional rights of the Prosecution Office's participation as a member of the public security collegiate, particularly in the Superior Police's Board – an internal department of control from that institution – considering that, initially, such functions could not be executed by those who hold the external control of police activity.*

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público; Controle Externo; Polícia; Atividade; Segurança Pública; Colegiados.

KEYWORDS: *Prosecution Office; External Control; Police Activity; Public Security; Collegiate.*

1. O controle externo da atividade policial

Há um certo exagero em se comparar o Ministério Público brasileiro a um quarto Poder, mesmo porque, quando se faz isso geralmente se evidencia uma tentativa de menosprezar a Instituição frente ao sistema tripartite da organização política de nosso país ou, ao menos diminuir consideravelmente seus poderes. Via de regra, os ataques sempre partem daqueles que são investigados.

É inegável no entanto que a Constituição Federal de 1988 moldou em aço temperado a estrutura do *Parquet*, dizendo-o uma 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).

Dos pontos mais controversos dessa nova roupagem, exsurge o *controle externo da atividade policial*, foco de constantes embates com a autoridade de polícia.

Esse controle externo da atividade policial, do que se infere do art. 9º, da LC 75/1993¹, far-se-á por meio de medidas judiciais e extrajudiciais. Em face da expressão *medidas extrajudiciais* parecer estar bem claro que o controle não será realizado apenas quando do recebimento dos inquéritos policiais ou outras peças de informação. Em algumas oportunidades a polícia – objeto principal desse controle – parece pretender estabelecer limites para a atividade ministerial, como nos serve de modelo a Resolução Conjunta nº 01, de 1º de julho de 2015, expedida conjuntamente pelo Conselho Superior

¹ **LC 75/93, Capítulo III – Do Controle Externo da Atividade Policial:** (...) Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo: I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais; II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial; III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder; IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial; V - promover a ação penal por abuso de poder. Art. 10. A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão.

de Polícia e pelo Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil². Para o Conselho Nacional do Ministério Público, no entanto, a expedição da referida Resolução Conjunta é descabida e desprovida de fundamento legal³.

² Publicada no Diário Oficial da União nº 126 – Seção 1, página 34, 06.07.2015. (...) **Art. 2º** O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público está adstrito às hipóteses previstas no artigo 9º da Lei Complementar nº 75, de 1993, bem como nas respectivas leis orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais. **Art. 3º** No caso do ingresso de membro do Ministério Público em unidade policial, a autoridade policial adotará as medidas necessárias à garantia da segurança dos presentes no procedimento, bem como determinará o registro dos atos praticados. **Art. 4º** As requisições para instauração de inquérito policial sobre eventual omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial deverão ser dirigidas ao Diretor-Geral da Polícia Federal ou Superintendente Regional da Polícia Federal no Estado respectivo, ou ao Chefe de Polícia Civil do Estado. **Art. 5º** Os documentos compreendidos na atividade-fim policial são o Inquérito Policial, o Termo Circunstanciado, os registros de ocorrências policiais e os livros cartorários. Parágrafo único. Os documentos e informações protegidos por sigilo somente serão acessados pelo membro do Ministério Público que officie no respectivo feito. **Art. 6º Não estão compreendidas na atividade-fim policial:** I - atividades cujo controle é de competência dos Tribunais de Contas, Controladorias-Gerais e Corregedorias-Gerais, da União e dos Estados, tais como atos de gestão e atividades de natureza administrativa, contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; II - documentos e informações de caráter administrativo, assim entendidos aqueles não diretamente relacionados à prevenção e à repressão de crimes; e III - documentos de uso interno e de exclusivo interesse da Administração, tais como memorandos, ofícios, mensagens circulares, e-mails institucionais, ordens e relatórios de missão. **Art. 7º** Os chefes das polícias judiciárias zelarão para que os membros do Ministério Público, no exercício das funções de controle externo da atividade policial: I - possam acompanhar a condução da investigação policial, observadas as medidas de segurança cabíveis e desde que não haja prejuízo às diligências em andamento; e II - sejam acompanhados pelas corregedorias de polícia, caso necessário (...).

³ Esta Resolução Conjunta, no entanto, foi rechaçada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em 26 de janeiro DE 2016, durante sua 1ª Sessão quando foi aprovada, por unanimidade, nota técnica acerca de resoluções que estabelecem restrições ao exercício do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. Tendo como relator o conselheiro Walter Agra, o objetivo da nota técnica foi o de alertar para a inadequação das Resoluções números 1 e 2/2010, do Conselho Superior de Polícia, e da Resolução Conjunta número 1/2015, desse órgão e do chamado Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil, que afetam diretamente a atuação do MP no exercício do controle externo da atividade policial, em claro desprezo à Constituição vigente, mais precisamente aos artigos 129, incisos II e VII. Segundo Walter Agra, nas duas resoluções, “nota-se a intenção de regulamentar matéria que não se encontra na esfera de competência da polícia, estabelecendo regras que interferem diretamente na execução do controle externo realizado pelo Ministério Público”. O Conselheiro considerou inadmissíveis a interferência e a restrição à atuação do MP. Em sua justificativa, o conselheiro Antônio Duarte destacou que o Conselho Superior de Polícia, órgão vinculado à hierarquia do Departamento de Polícia Federal, é integrado por diretores e superintendentes daquele órgão e possui função orientativa e opinativa internas. “Tal órgão não pode editar normas que afetem órgãos externos à instituição e, muito menos, normas que contrariem a Constituição e as leis. Já o chamado Conselho Nacional de Chefes de Polícia Civil não possui previsão legal, nem sequer é órgão público”, explicou Duarte. O estudo desenvolvido no âmbito da Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública concluiu que as duas normas colidem com a previsão insita no artigo 129, VII, da Constituição Federal, pois quem tem atribuições para regulamentar a atuação do Ministério Público no exercício do controle externo da atividade policial é o CNMP. Duarte citou o artigo 130-A, §2º, inciso I, da Constituição Federal, o qual determina que compete ao CNMP “zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”. Além disso, o Conselheiro apontou que o Supremo Tribunal Federal se posicionou no mesmo sentido. Segundo o STF, a competência regulamentar do CNJ e do CNMP não deriva de lei, mas diretamente da Constituição, de forma que seus regulamentos são atos normativos primários (STF, ADC 12, Pleno, rel. Min. Carlos Britto, j. 16/2/2006).

Para a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, a previsão constitucional de controle externo da atividade policial justifica o acesso do Ministério Público a documentos relacionados à atividade fim da polícia, como as investigações criminais. Em razão disso determinou que a Polícia Federal disponibilizasse ao MPF inclusive as ordens de missão policial da unidade da PF em Santa Angelo – RS, assim como a relação de servidores em exercício na Unidade, e a lista de coletes balísticos (a prova de bala). Para o STJ, os documentos requisitados pelo MPF estavam sim vinculados à atividade fim da Polícia Federal (REsp 1365910, relator Min. Mauro Campbell).

De qualquer forma, não há como se olvidar que a atividade policial, assim como qualquer outra atividade da Administração Pública, Civil ou Militar, está dividida em duas partes distintas: a atividade fim, que seria a atividade de polícia propriamente dita e manifestada pela preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, *caput*, CF) e, a atividade meio, que nada mais é do que o conjunto de operações que cada uma das instituições de segurança pública, leva a efeito para auxiliar e viabilizar o desempenho de suas atribuições constitucionais.

Quando se fala em controle externo daí decorre a existência de um controle interno, o qual, segundo Rodrigo Régner Chemin Guimarães é uma das mais importantes modalidades de controle da atividade policial exercida pela própria instituição através de suas Corregedorias (ou Departamento de Assuntos Internos), as quais têm atribuições para investigar e punir, administrativamente, aqueles policiais que praticam algum desvio de conduta⁴.

As Corregedorias são previstas tanto nas Polícias Cíveis quanto na Polícia Federal, havendo paralelo no que concerne às Polícias Militares.

Para o autor acima referido o problema por vezes enfrentado neste tipo de controle está relacionado com uma forte tendência ao corporativismo, o que, em algumas situações, prejudica uma análise isenta dos fatos

⁴ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemin. **Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público**, 2ª edição, Curitiba: Juruá, 2008, p.25.

imputados aos policiais⁵. Guimaráes sugere que para tentar aperfeiçoar o sistema de controle interno o ideal seria que as Corregedorias das Polícias fossem instituídas de forma autônoma e separada da estrutura hierárquica da instituição policial, preferencialmente com carreiras próprias para seus integrantes, evitando que o policial que hoje integra a Corregedoria, amanhã esteja lotado ao lado daquele que foi investigado, ou pior, que o investigado venha a se tornar seu superior hierárquico, adotando contra ele possíveis represálias administrativas⁶.

Com o que já se viu até agora pode-se afirmar que o tema é complexo.

Não cabe, neste espaço, aprofundar o estudo sobre a questão do controle externo da atividade policial como um todo, por isso iremos nos ater a uma faceta peculiar e igualmente controvertida dele derivada, qual seja, a participação de membros do Ministério Público dos Estados em órgãos colegiados do Sistema de Segurança Pública.

2. O Ministério Público como integrante de órgãos colegiados da segurança pública

É possível encontrar dois tipos de participação de membros do Ministério Público em órgãos colegiados da Segurança Pública: integrando o Conselho Superior da Polícia Civil e; atuando junto à Corregedoria-Geral unificada dos órgãos de segurança pública naqueles Estados que a possuem.

Nos termos do § 1º, do art. 6º, da Lei Complementar 75/1993, **será assegurada a participação do Ministério Público da União**, como instituição observadora, na forma e nas condições estabelecidas em ato do Procurador-Geral da República, em **qualquer órgão da administração pública direta, indireta ou fundacional** da União, que tenha atribuições correlatas às funções da Instituição.

⁵ Vide: **SP troca Corregedor da Polícia Civil após denúncia de corrupção**, disponível em <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/12/sp-troca-corregedoria-da-policia-civil-apos-denuncia-de-corrupcao.html>, acesso em 24.12.2015.

⁶ Ibidem, p. 25.

Da mesma forma, o § 2º do artigo acima referido explicita que a lei assegurará a participação do Ministério Público da União nos órgãos colegiados estaduais, federais ou do Distrito Federal, constituídos para defesa de direitos e interesses relacionados com as funções da Instituição.

Por sua vez, o art. 10, inciso IX, letra 'c', da Lei 8.625/1993, assevera que compete ao Procurador Geral de Justiça **designar membros do Ministério Público para integrar organismos estatais** afetos a sua área de atuação.

Percebam que os dois diplomas normativos garantem a participação de membros do Ministério Público em colegiados estaduais sejam eles estaduais, federais ou do Distrito Federal, desde que na condição de **instituição observadora** ou que tais **colegiados estejam afetos à área de atuação ministerial**. A questão, portanto, é saber se participar de colegiados da Polícia ou de outro órgão relacionado à Segurança Pública tem ou não relação com a atividade do *Parquet*, e a resposta parece ser positiva pois estaria dentro do amplo leque de controle externo da atividade policial. Mas vamos em frente porque o deslinde não é tão simples como parece.

Sempre é bom lembrar, como o fez Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos, que a questão encontra arrimo no art. 129, inciso IX, da Carta Magna de 1988, e que a leitura do referido dispositivo constitucional possibilita afirmarmos, com tranquilidade, que as funções institucionais do Ministério Público estão previstas, em nível constitucional, apenas de forma exemplificativa; não se trata de um rol taxativo, o que por bem se admite que a lei alargue suas atribuições, desde que compatíveis com sua finalidade.

E continuou lembrando que em outra oportunidade foi dito que as atribuições do Ministério Público não deveriam somente ser veiculadas em lei complementar, como se poderia pensar da leitura do art. 128, § 5º, da Constituição Federal. Embora o § 5º refira-se à lei complementar para estabelecer as atribuições do Ministério Público, tal possibilidade se estende também às leis ordinárias, não se tratando de reserva absoluta à lei complementar. **A conclusão tem por base o art. 129, IX, da CF/88, que abre oportunidade ao órgão ministerial para exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.** Perceba que o comando constitucional não exige lei complementar e que a esse respeito,

o STF se manifestou no julgamento da ADI 2794⁷, quando questionada a constitucionalidade do art. 66, *caput* e § 1º, do Código Civil, que atribui ao Ministério Público a função de velar pelas fundações⁸.

3. Ministério Público como integrante do conselho superior da polícia civil

Em alguns Estados da Federação existe a previsão legal de que os membros do Ministério Público integrem o Conselho Superior de sua Polícia Civil. São os casos, por exemplo, do Paraná e do Rio Grande do Sul.

Antes de prosseguirmos convém fixar a natureza do Conselho Superior. Tomando por base o Estado do Paraná, veremos que a redação original do art. 5º, inciso I, letra *b*, da LC 14, de 27.05.1982 (Estatuto da Polícia Civil) previu, dentre as Unidades da Polícia Civil, a nível de Direção o Conselho da Polícia Civil. Com o advento da Constituição estadual de 1989, foi previsto no § 2º, do seu art. 47, que “o Conselho da Polícia Civil é órgão consultivo, normativo e deliberativo, para fins de controle do ingresso, ascensão funcional, hierarquia e regime disciplinar das carreiras policiais civis”.

Portanto, esta é a sua natureza: consultiva, normativa e deliberativa dos atos da corporação policial. Em face do mandamento constitucional, a

⁷ STF, Pleno, ADI 2.794-8/DF, relator Min. Sepúlveda Pertence, julgada em 14.12.2006, DJ 30.03.2007 unânime: **Ementa** (...) IV. Atribuições do Ministério Público: matéria não sujeita à reserva absoluta de lei complementar: improcedência da alegação de inconstitucionalidade formal do art. 66, *caput* e § 1º, do Código Civil (L. 10.406, de 10-1-2002). 1. O art. 128, § 5º, da Constituição, não substantiva reserva absoluta à lei complementar para conferir atribuições ao Ministério Público ou a cada um de seus ramos, na União ou nos Estados Membros. 2. A tese restritiva é elidida pelo art. 129 da Constituição, que, depois de enumerar uma série de “funções institucionais do Ministério Público”, admite que a elas se acresçam a de *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*”. 3. Trata-se, como acentua a doutrina, de uma “norma de encerramento”, que à falta de reclamo explícito de legislação complementar, admite que leis ordinárias – tal como acontece, de há muito, com as de cunho processual – possam aditar novas funções às diretamente outorgadas ao Ministério Público pela Constituição, desde que compatíveis com a finalidade da instituição e às vedações de que nela se incluem a “representação judicial e a consultoria jurídica das entidades públicas”. (...)

⁸ VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho, Ministério Público na Constituição Federal, São Paulo: Atlas, 2009, p.141.

LC 89, de 25.07.2001, deu nova redação ao Art. 6º do Estatuto da Polícia, para reafirmar que o Conselho da Polícia Civil, nos termos do artigo 47, § 2º, da Constituição do Estado do Paraná, é órgão consultivo, normativo e deliberativo, para fins de controle do ingresso, ascensão funcional, hierarquia e regime disciplinar das carreiras policiais civis. Ademais, previu dentre a composição do colegiado, a presença do delegado geral da Polícia Civil, como presidente e membro nato; do delegado geral adjunto da Polícia Civil, como vice-presidente e membro nato e; do corregedor-geral da Polícia Civil.

Por sua vez, a LC 98, de 12.05.2003, inovando substancialmente, incluiu na composição do Conselho dois representantes do Ministério Público, indicados pelo Procurador-Geral de Justiça; dois Delegados de Polícia estáveis, indicados pelo Governador do Estado do Paraná; um representante da Secretaria de Estado da Segurança Pública, de reconhecido saber jurídico e experiência administrativa, indicado pelo respectivo Secretário e um representante da Procuradoria-Geral do Estado, indicado pelo Procurador-Geral do Estado.

Ao Conselho da Polícia Civil do Estado do Paraná compete⁹ deliberar sobre as questões que lhe forem submetidas pelo delegado geral de Polícia Civil; zelar pela observância dos princípios e funções da Polícia Civil do Estado do Paraná; aprovar regimentos internos das unidades policiais civis e outros atos normativos que definam a atuação da Instituição; propor medidas de aprimoramento técnico-profissional, visando ao desenvolvimento e a eficiência da organização policial civil; pronunciar-se sobre matéria relevante, concernente a funções, princípios e condutas funcionais ou particulares do policial civil que resultem em reflexos à Instituição; examinar e avaliar as propostas das unidades administrativas da Polícia Civil do Estado do Paraná, em função dos planos e programas de trabalhos previstos para cada exercício financeiro; analisar e avaliar programas e projetos atinentes à expansão de recursos humanos; **proceder ao julgamento, como instância originária, dos processos disciplinares instaurados contra autoridades policiais civis**; deliberar sobre a remoção de delegados de polícia, no interesse do serviço policial, observadas as disposições desta lei; deliberar sobre proposta de criação e extinção de cargos e de unidades administrativas no âmbito da Polícia Civil do Estado do Paraná; deliberar sobre a promoção por merecimento do policial,

⁹ Com as alterações das LC 98, de 12.05.2003.

por ato de bravura e *post mortem* e para proposição de comendas previstas em lei, conforme dispuser o regulamento; deliberar, conclusivamente, sobre a indenização, promoção ou pensão especial decorrente de enfermidade ou morte em virtude de serviço ou do exercício da função, além de exercer outras atribuições previstas em lei.

No Estado do Rio Grande do Sul, em termos semelhantes a Lei 7.366, de 29.03.1980 dispôs originariamente, em seu art. 123 que o Conselho Superior de Polícia (CSP), órgão integrante da estrutura da Polícia Civil, teria a seguinte constituição: I – o Superintendente dos Serviços Policiais, que será seu Presidente nato¹⁰; II - Um representante do Ministério Público do Estado; III - Um representante da Procuradoria-Geral do Estado; IV - Um representante do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados; V - Três Delegados de Polícia de 4ª categoria bacharéis em direito.

Posteriormente, a Lei 10.994, de 18.08.1994, que estabeleceu a organização básica da Polícia Civil gaúcha, previu, em seu art. 15, que o Conselho Superior de Polícia será constituído pelos seguintes membros e respectivos suplentes: I – o Chefe de Polícia, que o presidirá; II - 1 (um) representante do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil; III - 1 (um) representante do Ministério Público do Estado; IV - 1 (um) representante da Procuradoria-Geral do Estado; e V - 5 (cinco) titulares de cargo de Delegado de Polícia de última classe. Portanto, não há que falar-se mais em Superintendente dos Serviços Policiais, mas sim em Chefe de Polícia.

Na página da Polícia Civil gaúcha na rede mundial de computadores, o CSP é apresentado como órgão colegiado, com a função de Tribunal Administrativo conforme a Constituição Federal¹¹.

A competência do Conselho Superior de Polícia do Rio Grande do Sul, prevista no art. 124 da lei acima referida, é semelhante à competência

¹⁰ Atualmente, a presidência do CSP é exercida pelo Chefe de Polícia.

¹¹ Vide: **Apresentação do CSP**, disponível em <http://csp.pc.rs.gov.br/conteudo/22082/apresentacao-do-csp>, acesso em 24.12.2015.

de seu congênere paranaense. A Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, todavia não faz referência ao Conselho. O Conselho Superior é um órgão da Administração da Polícia Civil, e voltado para ela.

Parece não haver dúvidas em nenhum dos Conselhos apontados de que seu Presidente será sempre a autoridade policial, o Delegado-Geral no Paraná e o Chefe de Polícia no Rio Grande do Sul. Os membros do Ministério Público que neles atuam são, portanto, integrantes do colegiado e não exercem função de direção.

4. A posição do Supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça

O Guardião da Constituição e o Guardião da legislação federal já se manifestaram sobre a questão.

O Superior Tribunal de Justiça encontra-se dividido em relação ao tema.

Julgado de certa forma recente, ocorrido na 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Recurso em Mandado de Segurança nº 30.493-PR (2009/0184273-9), julgado em 06.08.2015, DJe 26.08.2015, em que foi relator o Ministro Nefi Cordeiro, assentou que a 1ª Seção do STJ¹² pacificou o entendimento de que a participação de integrante do Ministério Público em Conselho de Polícia Civil torna nulo o procedimento instaurado para processar servidor público estadual pela prática de ato infracional.¹³

Para essa primeira corrente – que pode ser dita restritiva da atuação ministerial - os fundamentos que invalidam a participação do MP em Conselho Superior de Polícia estão embasados na própria Constituição Federal (art. 128, § 5º, II, *d*), e desta forma ao membro do Ministério Público é vedado

¹² As três Seções do STJ são especializadas. Cada Seção reúne ministros de duas Turmas, também especializadas. As Seções são compostas por dez ministros e a Turmas por cinco ministros cada.

¹³ Precedentes do STJ no mesmo sentido: RMS 24.142/PR, relator Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 25.11.2014, DJe 16.12.2014; AgrReg no RMS 37.820/PR, relator Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 18.02.2014, DJe 27.02.2014; RMS 32.304/RS, relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Seção, julgado em 11.09.2013, DJe 21.10.2013.

exercer, ainda que em disponibilidade qualquer outra função pública, exceto uma do Magistério. A possibilidade de o membro do MP exercer cargos em comissão ou funções de confiança estaria limitada àqueles situados na própria estrutura administrativa do Ministério Público.

Em sentido contrário, ou seja, afirmando a legitimidade da participação de membros do Ministério Público no Conselho de Polícia Civil do Estado, iremos encontrar respeitáveis precedentes das Turmas que compõem a 1ª e a 3ª Seção do STJ. A propósito, conferir: RMS 32.375/RS, relator Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24.05.2011, DJe 31.05.2011; Agr Reg no RMS 23.714/PR, relator Min. Jorge Mussi, julgado em 03.05.2011, DJe 17.05.2011; RMS 22.133/PR, relator Min. Félix Fischer, julgado em 05.03.2009, DJe 23.03.2009 e RMS 22.275/PR, relator Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 18.03.2008, DJU 19.05.2008.

Para a segunda corrente – defensora da atuação ministerial ampla - no entanto, as decisões do STJ estão no sentido de haver respaldo no texto constitucional em relação a presença de Promotor de Justiça e/ou de Procuradores do Estado no Conselho da Polícia Civil, tendo em vista que a Carta Magna não impede a participação de membros do Ministério Público em órgão consultivo ou de deliberação. Vale ressaltar que a própria Constituição prevê o controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público (art. 129, inciso VII, CF). Além do mais, esta participação no Conselho de Polícia é compatível com a missão do Ministério Público de fiscalizar a legalidade e moralidade pública, não contrariando o disposto nos artigos 128, § 5º, inc. II, letra “d”; 129, VII, e 144, § 4º, da Constituição Federal.

A matéria possui importantes precedentes no Supremo Tribunal Federal, afirmando a impossibilidade de participação de membro do MP em Conselho Superior de Polícia. Esta foi a conclusão a que chegou, por exemplo, o Min. Marco Aurélio no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 768.852/RS¹⁴.

Constou do voto do relator inclusive que o Superior Tribunal de Justiça já assentou que o membro do Ministério Público não pode exercer

¹⁴ STF, 1ª Turma, AgrReg no Agravo de Instrumento 768.852/RS, relator Min. Marco Aurélio, julgado em 14.06.2011.

outra função pública. No caso, ter-se-ia integração no Conselho Superior de Polícia.

Para o Ministro Marco Aurélio, o pronunciamento está em harmonia com o disposto no art. 128, § 5º, inciso II, alínea *d*, da Constituição Federal. É vedado ao membro do Ministério Público exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer função pública, salvo uma de magistério. A previsão dos incisos VII e IX do art. 129 da Carta não viabiliza a mitigação da vedação aludida. O controle externo da atividade policial há de ser feito na forma da lei complementar, sem que possa implicar a inserção do Ministério Público em órgãos da própria Polícia.

Finalmente, anotou o relator que também não cabe dizer que a participação no Conselho Superior de Polícia é harmônica com a atividade do Ministério Público. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.298/ES, o Plenário concluiu pela impossibilidade de membro do Ministério Público exercer cargo comissionado estadual ou federal fora da própria instituição.

No mesmo sentido, e afirmando que a Suprema Corte, em diversos precedentes, estabeleceu orientação no sentido de que membros do Ministério Público que ingressaram na Instituição após a promulgação da vigente Constituição não podem exercer cargos ou funções em órgãos estranhos à organização do Ministério Público, somente podendo titularizá-los, se e quando se tratar de cargos em comissões ou de funções de confiança em órgãos situados na própria estrutura do Ministério Público: *“O afastamento de membro do Parquet para exercer outra função pública viabiliza-se apenas nas hipóteses de ocupação de cargos na administração superior do próprio Ministério Público. Inadmissibilidade da licença para o exercício dos cargos de Ministro, Secretário de Estado ou seu substituto imediato”*(ADI 2.534-MC/MG, rel. Min. Maurício Correia), vide Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 676.733/PR, relator Min. Celso de Mello.¹⁵

Em data de 09.03.2016, o Supremo Tribunal Federal, pacificando **definitivamente** a matéria, considerou inconstitucional a nomeação de

¹⁵ STF, 2ª Turma, Agr Reg no RExt 676.733/PR, relator Min. Celso de Mello, julgado em 25.06.2013.

membros do Ministério Público para o exercício de cargos que não tenham relação com as atividades da Instituição. A decisão foi proferida em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 388¹⁶, e estabeleceu o prazo de 20 dias, a partir da publicação da ata do julgamento, para que haja a exoneração dos membros do MP que estejam atuando perante a Administração Pública, em desconformidade com o entendimento fixado pela Corte – ou seja, em funções fora do âmbito do próprio Ministério Público, ressalvada uma de magistério.

Ao proferir seu voto o relator criticou a atuação do CNMP na questão, uma vez que o órgão, revogou em 2011, parte de uma resolução editada em 2006 em que foram estabelecidas restrições à atuação de membros do MP na Administração Pública, o que somente seria possível alterando a Constituição. Disse ainda o relator que o CNMP não agiu de acordo com sua missão de interpretar a Constituição e, por meio de seus atos administrativos deu-lhe densidade. Pelo contrário, se propôs a mudar a Constituição por meio de seus próprios atos.

5. Ministério Público como órgão consultivo de corregedoria única da área de segurança pública

Um dos grandes desafios dos governantes estaduais é a busca de um melhor controle disciplinar para os servidores das atividades de segurança pública, que não se desconhece, por vezes se desentendem e até mesmo entram em confronto, em prejuízo por certo da coletividade que é destinatária do serviço que envolve a preservação da ordem pública.

Dentro desta nova ótica, qual seja, a do controle único de todos os servidores dos órgãos que atuam na segurança Pública, podemos citar, inicialmente, a criação da Corregedoria Geral da Secretaria de Defesa Social – SDS, do Estado de Pernambuco, criada pela Lei estadual 11.929/2001;

¹⁶ STF, Pleno, ADPF 388, relator Min. Gilmar Mendes. Ajuizada pelo Partido Popular Socialista (PPS). Foi julgada parcialmente procedente para questionar a nomeação do procurador de justiça do Estado da Bahia Wellington César Lima e Silva para o cargo de Ministro da Justiça. Em seguida o pedido inicial foi aditado para requerer também a declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 72, do CNMP, que revogou os dispositivos da resolução anterior que previa a vedação do exercício de qualquer outra função pública por membro do MP, salvo uma de magistério. No mérito, os ministros afastaram a eficácia da resolução

Na estrutura da Corregedoria Geral, os órgãos operativos possuem seus Corregedores Auxiliares subordinados ao Corregedor Geral, sendo que trabalham de forma integrada a Polícia Militar, o Corpo de Bombeiros Militar, a Polícia Civil e os Agentes Penitenciários.

É digno de nota o fato de o Ministério Público atuar junto à Corregedoria Geral de Pernambuco como Fiscal da Lei (art. 8º, Lei Estadual 11.929/2011). Nos termos do art. 25 da Lei 8.625/93 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, e igualmente, no inc. VI do art. 5º da Lei Complementar 75/93 – Estatuto do Ministério Público da União, além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica respectiva, o Ministério Público pode exercer outras funções desde que previstas em lei, como é o caso da lei instituidora da Corregedoria Geral em Pernambuco.

Assim, antes dos relatórios finais dos processos administrativos serem homologados pelo Corregedor Geral em Pernambuco, deve, necessariamente, ser ouvido o Ministério Público (art. 7º, § 3º, da Lei 11.929/2001, com a redação da LC 158/2010). Após a conclusão do Conselho de Justificação e Conselho de Disciplina (que são procedimentos disciplinares militares) e, também dos Processos Administrativos Disciplinares (PAD) relativos aos demais servidores integrantes do Sistema, antes até da cota do parecerista¹⁷ e da homologação do Corregedor Geral, os autos são encaminhados ao Ministério Público, que também lança cota nos autos. Normalmente os promotores não adentram no mérito. Às vezes apresentam sugestões de diligências. Em qualquer dos casos, o entendimento pacífico é no sentido de que a cota do MPPE não é vinculante e ele atua como Fiscal da Lei.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu inclusive que a ausência de parecer do Ministério Público com atuação junto à Corregedoria Geral da Polícia Militar do Estado de Pernambuco, pelo caráter não vinculante, não obsta a marcha regular do processo administrativo disciplinar, nem lhe traz nulidade.¹⁸

Sistema semelhante possui o Estado do Amazonas, onde a Lei 3.204, de 21.12.2007, dispõe sobre a Corregedoria Geral do Sistema de Segurança

¹⁷ O Corregedor Auxiliar PM emite parecer nos autos do CJ ou CD ou designa um Oficial para emitir o parecer, de acordo com a Lei 11.929 c.c. a LC 158, do Estado de Pernambuco.

¹⁸ STJ, 5ª T., Rec. em Mand. de Seg. 28.887/PE (2009/0032832-0), Rel. Min. Félix Fischer, j. em 16.04.2009.

Pública do Estado do Amazonas. Criada pela Lei Delegada 62, de 04.05.2007, a Corregedoria Geral é órgão superior de controle e fiscalização das atividades funcionais e da conduta interna das Polícias Civil e Militar, do Corpo de Bombeiros, do Departamento Estadual de Trânsito, e dos demais servidores integrantes do Sistema de Segurança Pública do Estado do Amazonas, não existindo previsão de atuação do MP junto à Corregedoria Geral.

Todavia, nos termos da alínea 'c', inciso II, do art. 10, da Lei 3.204/07, existe a previsão de participação de um membro do Ministério Público Estadual junto ao Conselho Superior da Corregedoria Geral do Sistema de Segurança Pública, que é o órgão deliberativo, normativo e consultivo máximo em matéria Administrativa, de Inspeção e Correição, e **última instância recursal no âmbito do Sistema**. Ainda que não se trate de o membro do MP integrar o Conselho Superior da Polícia, a participação no Conselho Superior da Corregedoria Geral é semelhante àquela dos Conselhos Superiores de Polícia, no Rio Grande do Sul e Paraná onde o membro do *Parquet* integra o Colegiado, e sujeita, portanto, às mesmas críticas.

Dentro desse modelo de controle único podemos citar igualmente a Controladoria Geral de Disciplina dos Servidores da Segurança Pública do Ceará, criada pela Lei Complementar 98, de 2011. Neste sistema, entretanto, não existe a participação de membro do Ministério Público.¹⁹

Corregedoria-Geral Unificada também existe no Estado do Rio de Janeiro, criada pela Lei nº 3.403/2000, porém sem a participação de membros do Ministério Público.

6. A posição do Conselho Nacional do Ministério Público

Conforme Eduardo de Souza Maia, a natureza jurídica do Conselho Nacional do Ministério Público o classifica como órgão autônomo, de

¹⁹ Existia no sistema anterior, onde o MP era o Fiscal da Lei na então Corregedoria-Geral, instituída pela Lei 12.691, de 1997, com as alterações da Lei 17.734/97, que deu nova redação ao art. 1º, da Lei 12.691: (...) § 4º – a Fiscalização e as atribuições relativas ao controle externo das atividades da polícia perante órgãos da Secretaria de Segurança Pública e Defesa da Cidadania, serão exercidos por membros do Ministério Público, designados pelo Procurador-Geral de Justiça, cabendo ainda, ao Ministério Público, manifestar-se em todos os procedimentos instaurados pela Corregedoria-Geral.

composição mista e exógena, encarregado do controle externo das atividades do Ministério Público brasileiro, a ele competindo adotar as medidas necessárias para coibir irregularidades administrativas, financeiras e funcionais no âmbito dos MPs, sem que isso comprometa a autonomia funcional do *parquet*, antes, zelando por ela.

Lembrou, ainda, que o Conselho Nacional do Ministério Público integra a estrutura estatal, mas não pertence ao Ministério Público brasileiro, diferentemente do Conselho Nacional de Justiça que é integrante do Poder Judiciário por força do art. 92, inciso IA, da Constituição Federal.

Para ele, portanto, ao que se nota, o Poder Judiciário é dotado de um órgão de controle interno com participação exógena, enquanto que o Ministério Público está sujeito a um controle participativo, dissociado da própria Instituição, configurando verdadeiro instrumento de controle externo, contemplando o sentido primeiro da Reforma.²⁰

A questão da possibilidade de acúmulo de funções pelos membros do Ministério Público, sob a ótica do Conselho Nacional do MP, pode ser avaliada por 03 (três) resoluções distintas e subsequentes.

Inicialmente, pelo Resolução CNMP nº 03, de 16.02.2005, ficou disposto em seu art. 1º, que ao membro dos Ministérios Públicos da União e dos Estados, ainda que em disponibilidade, **é defeso o exercício de outro cargo ou função pública, ressalvado o de magistério**, público ou particular, por, no máximo, 20 (vinte) horas-aula semanais, consideradas como tais as efetivamente prestadas em sala de aula”.

Posteriormente, essa resolução viria a ser alterada pela Resolução CNMP nº 05, de 20.03.2006, que a tornando mais rígida, disciplinou a questão em 03 (três) artigos:

“(…)

Art. 2º. Os membros do Ministério Público estão proibidos de exercer qualquer outra função pública, salvo uma de magistério (Revogado pela Resolução nº 72, de 15.06.2011).

²⁰ MAIA, Eduardo de Souza. A natureza Jurídica do Conselho Nacional do Ministério Público, *Revista MP Jurídico*, ano II, nº 7, outubro/novembro/dezembro de 2006, pp. 18-19.

Art. 3º. O inciso IX do art. 129 da Constituição não autoriza o afastamento de membros do Ministério Público para exercício de outra função pública, senão o exercício da própria função institucional, e nessa perspectiva devem ser interpretados os artigos 10, inciso IX, 'c', da Lei nº 8.625/93, e 6º, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar nº 75/93.

Art. 4º. O artigo 44, parágrafo único, da Lei 8.625/93 não autoriza o afastamento para exercício de outra função, vedado constitucionalmente (Revogado pela Resolução nº 72, de 15.06.2011).

(...)”

No Conselho Nacional do Ministério Público a questão atualmente encontra-se resolvida pela edição da Resolução nº 72, de 15.06.2011, que revogou expressamente os artigos 2º, 3º e 4º da Resolução CNMP nº 05, de 20.05.2006.

A vigente Resolução nº 72 considerou que a interpretação sistemática dos artigos 128, § 5º, II, *d*, e 129, IX, da Constituição Federal tem gerado interpretações diversas, dentre as quais a que entende ser possível o afastamento do membro do Ministério Público para o exercício de outro cargo público.

Considerou ainda não ser conveniente a expedição de ato regulamentar restritivo de direito em matéria controvertida, merecendo a matéria uma discussão mais aprofundada. Além do mais, considerou a possibilidade de alteração do entendimento jurisprudencial bem como do próprio CNMP diante da análise de novos argumentos.

Como se pode perceber claramente, o Conselho Nacional do MP mudou sua posição inicial. No Procedimento de Controle Administrativo (PCA) 0.00.000.000381/2013-50, instaurado em face de pedido de desconstituição de ato administrativo do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, consistente na concessão de licença em caráter especial para o exercício do cargo de subsecretário de promoção de qualidade e integração do sistema de defesa social daquele Estado (D.O.E. de 21.03.2013)²¹, o Plenário do CNMP, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado, *verbis*:

²¹ Relator o Conselheiro Cláudio Henrique Portela do Rego, julgado em 10.03.2015, julgado improcedente o pedido, por maioria.

Ementa. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. AFASTAMENTO DE PROMOTOR PARA EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA EM ESTRUTURA DIVERSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. 1. A possibilidade de afastamento de membro do Ministério Público para exercício de cargo público em estrutura diversa do MP decorre diretamente dos arts. 128, § 5º, II, 'd', e 129, IX, da Constituição de 1988, e de interpretação sistêmica do ordenamento jurídico. 2. Revogação da Resolução nº 5/2006, que impedia o referido afastamento. Resolução nº 72/2011/CNMP. 3. Necessidade de avaliação, pelo procurador geral de justiça, ouvido o Conselho Superior do Ministério Público, da estatura e relevância do cargo, além da relação com as funções institucionais do MP. 4. Possibilidade de controle de mérito dos atos administrativos do CNMP, com base nos critérios de proporcionalidade e razoabilidade. 5. No caso, o ato administrativo não é ilegal, desproporcional ou desarrazoado. 6. Pedido indeferido.

Portanto, para o Conselho Nacional do Ministério Público o exercício de outra função pública, por membro do Ministério Público é possível, desde que o cargo seja relevante, relacionado com as funções institucionais do *Parquet*, e que a designação seja precedida de avaliação criteriosa do Procurador Geral de Justiça, ouvido o seu Conselho Superior.

Em data de 15.03.2016, em face da crítica feita à resolução CNMP 72 pelo STF quando do julgamento da ADPF 388, foi apresentada uma proposta de nova resolução restringindo, novamente, as hipóteses de afastamento dos membros do Ministério Público.²²

²² O conselheiro Walter Agra apresentou durante a 5ª Sessão Ordinária de 2016 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), proposta de resolução que trata da impossibilidade de afastamento dos membros do Ministério Público para ocuparem cargos ou funções fora do MP. Pela proposta do conselheiro, ficam proibidos de exercer a atividade político-partidária os membros do MP que ingressaram na carreira após a publicação da Emenda Constitucional nº 45/2004. Além disso, o texto estabelece que os membros do MP estão proibidos de exercer qualquer outra função pública, salvo uma de magistério. Essa vedação não alcança os que integravam o MP em 5 de outubro de 1988 e que tenham manifestado a opção pelo regime anterior. Por sua vez, o parágrafo terceiro da proposta determina que o inciso IX do artigo 129 da Constituição não autoriza o afastamento de membros do MP para o exercício de outra função pública, senão o exercício da própria função institucional. O artigo 44, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93 não autoriza o afastamento para o exercício de outra função, vedado constitucionalmente. O texto da proposta determina, ainda, que as leis orgânicas estaduais que autorizam o afastamento de membros do MP para ocuparem cargos, empregos ou funções públicas contrariam expressa disposição constitucional, o que desautoriza sua aplicação, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal. A proposição sugere, também, que os membros do MP afastados para exercício de cargo público que não se enquadrem na hipótese de afastamento para o exercício de cargo de magistério deverão retornar ao MP de origem 48 horas após a publicação da resolução.

7. Análise da efetividade ou não da participação ministerial nos conselhos da segurança pública

Em sede de Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 32.304/RS²³, ficou registrado que “o que se tem de verificar, neste caso, é se a participação do Promotor de Justiça ou Procurador de Justiça no Conselho da Polícia Civil daquele Estado harmoniza-se (ou não) com a finalidade institucional do Ministério Público, não vindo a pêlo saber-se se tal participação trará benefícios ou malefícios às funções disciplinares do Conselho ou se atende (ou não) a uma conveniência administrativa, por mais relevante que possa ser”.

Ao deter-se sobre a questão do exercício de outras funções pelos membros do Ministério Público – que o relator entende que são sempre externas – fez constar de seu voto que

“ao se pesquisar a compatibilidade dessas outras funções com a finalidade institucional do Ministério Público essa ordem de considerações se impõe de forma incontornável, devendo a análise, portanto, ir além da verificação das meras outras funções assumidas pelo Ministério Público, não sendo decisivo, para admitir-se o seu desempenho, se são honrosas ou não e se são tradicionais ou não.

O que importa verificar, em síntese, é se essas outras funções são compatíveis com o perfil institucional do Ministério Público, bem como se, no caso concreto, a participação de membros do MP no Conselho da Polícia Civil cabe ou não na dicção do art. 128, § 5º, II, ‘d’, da Constituição Federal; na minha percepção a resposta é negativa, porquanto somente está excepcionada uma função de Magistério, não sendo possível estabelecer a abrangência de tal norma restritiva.

Por outro lado, aceitar-se que a participação de membros do Parquet em órgãos administrativos consultivos ou de assessoramento estaduais esteja no plexo de suas atribuições institucionais é afirmação que considero inadequada, data vênia, mais uma vez lembrando que as atribuições constitucionais do MP (art. 129 da Carta Magna) não podem e mesmo não devem ser mescladas a outras tarefas – sem dúvida nenhuma relevantes – mas que não se harmonizam com a sua superior destinação constitucional. Referida assertiva torna-se ainda mais evidente ao se deparar com a situação inusitada de membro do Ministério Público, ao ocupar eventualmente a presidência de órgão consultivo, dirigir quadros da Polícia Civil ou, ainda,

²³ STJ, 1ª Seção, RMS 32.304, relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 11.09.2013, DJe 21.10.2013, maioria.

não ocupando a presidência, ser dirigido por agente da Polícia Civil, em circunstâncias opostas; observe-se que em ambos os casos, estar-se-ia reconhecendo a legitimação passiva de membro ministerial em controle externo a ser efetivado pelo próprio Ministério Público, já que a ele compete o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da CF); não parece plausível que o MP se envolva em atividades de controle interno do aparato policial civil (...)”.

Em contrapartida, vejamos o entendimento dominante do Conselho Nacional do Ministério Público até então.

É que no corpo do acórdão do Procedimento de Controle Administrativo (PCA) nº 0.00.000.000381/2013-50, do CNMP, ficou consignado que **“a interpretação sistemática das normas constitucionais citadas é abordada com muita precisão pelo Professor José Afonso da Silva, em parecer jurídico emitido no Mandado de Segurança 29.144/01, onde se discutia a possibilidade de afastamento de promotor de justiça, integrante do Ministério Público de São Paulo, para exercer o cargo de Conselheiro do CADE. O eminente constitucionalista, ao analisar a matéria, afasta a interpretação literal do art. 128, § 5º, II, ‘d’ e propõe sua harmonização com o art. 129, IX, da Constituição Federal. Segundo o autor, a vedação constante do art. 128, § 5º, II, d, não é absoluta.** A amplitude e os limites do campo de sua atuação só podem ser compreendidos em face de outras normas constitucionais, como o inciso IX do art. 129, que inclui, dentre as funções institucionais do Ministério Público, o exercício de 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.

O Professor José Afonso da Silva é categórico ao afirmar que **ao autorizar o afastamento de um membro para exercer cargo elevado no Governo Federal ou Estadual, o Ministério Público não está se colocando em uma situação de submissão, de subordinação. De forma contrária, está contribuindo para o aprimoramento das políticas públicas.** O membro se afasta e a instituição permanece íntegra e autônoma para o cumprimento de suas funções constitucionais. É neste contexto, pois, que devem ser interpretadas as normas constitucionais”.

Com base no contraponto então, ao integrar-se ao Conselho Superior da Polícia Civil, o membro do Ministério Público se afasta de sua instituição e passa a fazer parte integrante daquele órgão colegiado, com

base em disposição legal onde o legislador estadual visou o aprimoramento de uma das facetas da segurança pública, dever do Estado e responsabilidade de todos (CF, art. 144), além de ser um dos direitos sociais (CF, art. 6º, *caput*).

Não há como se olvidar, todavia, que a participação de membro do Ministério Público como integrante dos colegiados da Segurança Pública difere – e muito – da eventual participação em outras funções do Poder Executivo, como Ministro ou Secretário de Estado ou junto a outros órgãos estatais como o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. E isto por uma razão bem simples, no primeiro caso ele deixa de exercer a função constitucional e exclusiva de responsável pelo controle externo da atividade policial para, exatamente, submeter-se passivamente ao mesmo controle por parte da instituição ministerial a que pertence. Mais, ao integrar-se ao Conselho Superior da Polícia Civil ou até mesmo ao Conselho Superior da Corregedoria-Geral, aquele membro do Parquet, que é responsável institucionalmente pelo controle externo da atividade policial passa a atuar no controle interno da instituição de polícia.

8. Nulidade sem prejuízo – prejuízo da nulidade

Tanto as decisões do Supremo Tribunal Federal quanto as do Superior Tribunal de Justiça, que decretaram a nulidade dos procedimentos administrativos disciplinares de policiais civis que resultaram em demissão entenderam haver nulidade no fato do Conselho Superior da Polícia Civil ter em sua composição membros do Ministério Público estadual.

Este entendimento nos leva a dois questionamentos extremamente importantes do ponto de vista jurídico:

O primeiro, calcado na necessidade de demonstração de prejuízo para que se possa decretar nulidade de ato processual. É o velho adágio francês, *pas de nullité sans grief*, que aliás tem previsão legal no art. 563 do Código de Processo Penal: “*Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*”.

Não sem outro motivo, o Código de Processo Penal Militar (CPPM) dispôs em seu art. 502 que *não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa*.

Comparando o art. 277²⁴ do Novo Código de Processo Civil com o art. 244 do CPC de 1973²⁵, anota Elpídio Donizeti²⁶ que “a nova redação do dispositivo – muito semelhante à do CPC/73 – está em sintonia com o princípio da instrumentalidade, que já conduz os tribunais ao entendimento no sentido de não se discutirem nulidades quando inexistentes prejuízos às partes”.

A exclusão da expressão ‘sem cominação de nulidade’ apenas adequou o termo à interpretação conferida pela doutrina, que considera, neste ponto, inócua a distinção das nulidades processuais em relativas e absolutas. A visão instrumentalista do processo só permite o reconhecimento de uma nulidade quando inalcançada a garantia que a forma visa assegurar, independente de se tratar de nulidade absoluta ou relativa”.²⁷

O segundo questionamento diz respeito ao valor do voto individual na decisão dos colegiados processantes, como é o caso do voto do representante do Ministério Público no Conselho Superior de Polícia.

Seria o caso, guardadas as devidas proporções, do voto daquele juiz tido como irregularmente investido na função.

Apesar de longo, o art. 509, do Código de Processo Penal Militar - CPPM assevera que a sentença proferida pelo Conselho de Justiça com juiz irregularmente investido, impedido ou suspeito, não anula o processo, salvo se a maioria se constituir com o seu voto.

Tanto em sede de Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça, a controvérsia objeto desta análise cinge-se à nulidade de julgamento colegiado em decorrência da participação de Membro do Ministério Público, que estaria em tese impedido de participar do Conselho Superior da Polícia Civil. **Teríamos então, apenas para argumentar, um membro irregularmente investido naquele Colegiado.**

²⁴ NCPC, art. 277: Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

²⁵ CPC/73, art. 244: Quando a lei prescrever determinada forma, ~~sem cominação de nulidade~~, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, ele alcançar a finalidade.

²⁶ Que por nomeação do Senado Federal, integrou a comissão dos doze juristas brasileiros responsável pela elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

²⁷ DONIZETTI, Elpídio. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo : Atlas, 2015, pp. 219-220.

Ora, tratando de eventual impedimento de magistrado para votar em julgamento plúrimo, a Corte Especial do STJ, conheceu de embargos interpostos, mas lhes negou provimento ao entendimento de que não há nulidade do julgamento em órgão colegiado do qual participou Ministro impedido, **se o seu voto não foi decisivo para o resultado**. Ressaltou-se que, no caso concreto, tratou-se de acórdão proferido por unanimidade de votos, com relatoria atribuída a julgador diverso do Ministro impedido, de modo que a eventual declaração de nulidade do referido voto não implicaria alteração do resultado do julgamento (STJ, Corte Especial, EDcl nos EDcl no Mandado de Segurança nº 15.741 - DF [2010/0171456-0], relatora Min. Nancy Andrichi, julgado em 02.09.2015, DJe de 21.09.2015)²⁸. Este, portanto, é o ponto fulcral de se perquirir em relação aos processos anulados, não só em termos de STJ, mas também do próprio STF: Sabe-se que no Conselho Superior da Polícia Civil do Rio Grande do Sul a composição é de 8 membros, sendo apenas 1 do MP e, no Conselho do Paraná 9 membros, sendo 2 do MP.

Não é necessária muita reflexão para constatar que, ainda que o resultado do parecer do Conselho no processo administrativo tenha sido pela maioria, o voto do membro do Ministério Público a toda evidência não foi decisivo e, naqueles casos onde a votação foi unânime descabe qualquer consideração.

E, com toda certeza não há que se falar em membro do MP irregularmente investido no Conselho Superior de Polícia porque tal possibilidade decorre da lei estadual específica, com amparo nos artigos 6º, § 1º da LC/75 e; 10, inciso IX, alínea c, da Lei 8.625/93, albergadas sem sombra de dúvida pela Constituição Federal em seu art. 129, IX.

O próprio Ministro Néfi Cordeiro, ao proferir seu voto condutor no julgamento do RSM nº 30.493-PR e RMS nº 24.142-PR, anotou que **“pessoalmente não via do impedimento de atuação externa do agente ministerial efeitos de nulidade no processo administrativo, mas acolhia a compreensão jurisprudencial prevalente, porque fundamental a segurança jurídica da decisão esperada”**. Conquanto respeitada é uma posição no mínimo curiosa pois o julgador acolhe e declara uma nulidade que ele, pessoalmente, estava convicto de não ter existido.

²⁸ Precedentes citados no mesmo sentido: RMS 20.776-RJ, DJ 4/10/2007; EDcl no AgRg no Ag 1.019.080-RS, DJe 17/5/2010; RMS 24.798-PE, DJe 16/3/2009, e REsp 318.963-RJ, DJ 7/5/2007. EREsp 1.008.792-RJ, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgados em 9/2/2011.

Superada a controvérsia da alegada irregularidade na composição daqueles Conselhos Superiores de Polícia Civil, há que se destacar que as anulações de processos em sede tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça aqui referidas, fizeram tábula rasa de um princípio fundamental da disciplina das nulidades processuais, qual seja, o princípio do *pas de nullité sans grief* e, segundo o qual não se decreta nulidade processual onde não existiu prejuízo.

E, esta demonstração de prejuízo para a defesa deve ser revelada mediante exposição detalhada do vício e de sua repercussão, tudo com base em elementos apresentados na prova pré-constituída, o que, data máxima vênia, não se pode evidenciar no acórdão dos julgados do STF e STJ já referidos, que simplesmente limitou-se a reconhecer uma nulidade por conta da participação legal de membro do Ministério Público no Conselho Superior de Justiça, sem especificar em que consistiu o prejuízo do servidor policial afastado por processo disciplinar administrativo.

Ou, na expressão do Ministro Félix Fischer, ao proferir seu voto no MS 24.798-PE: ***O reconhecimento de nulidade de processo administrativo disciplinar pressupõe a comprovação de efetivo prejuízo à defesa, o que não ocorrerá na espécie. (Precedente: MS 13.646/DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJe de 11/11/2008).***

Ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha pacificado o entendimento de que ao membro do Ministério Público é vedado exercer qualquer outra função pública, salvo uma de magistério, e aquelas exercidas na Administração do próprio Ministério Público, não se pode esquecer que esta proibição ou impedimento – decorrente da declaração de inconstitucionalidade – opera em desfavor do membro do Parquet, que inclusive deve ou se afastar do cargo na Administração Pública, ou se afastar definitivamente de sua função ministerial.

Mas não pode vir em benefício daquele que foi acusado em processo administrativo disciplinar nulificando o feito, principalmente porque inócurre qualquer prejuízo.

Isto ficou bem demonstrado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Paraná, em data de 18.03.2013, ao mudar seu entendimento anterior sobre a participação do MP nos Conselhos de Polícia, adotando o entendimento do STF sobre a matéria.

Ora, a Corte paranaense, por ocasião do julgamento do MS nº 676.950-2²⁹, declarou a inconstitucionalidade da participação do MP no Conselho Superior da Polícia estadual.

Porém, em que pese, naquele momento, ter declarado a inconstitucionalidade do art. 6º, inciso IV, da Lei estadual nº 14/82, com a redação que lhe foi dada pelo art. 1º, da Lei 98/2003, o Tribunal reconheceu, igualmente, as consequências concretas de tal proclamação sobre a esfera individual de terceiros, sobre a segurança jurídica e a ordem pública, a exigir detida reflexão quanto ao limite temporal da coisa julgada no caso. Assim o fez para manter íntegro o processo, por ausência de prejuízo para o acusado.

9. Conclusão

Nos termos do art. 127 da Carta Magna, o Ministério Público brasileiro possui parcela ímpar de responsabilidade, na condição de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

No esmiuçamento de suas funções institucionais exsurge o “controle externo da atividade policial”, o qual far-se-á por meio de atividades judiciais e extrajudiciais. Portanto, este controle não se reduz ao simples recebimento de inquéritos e outras peças de investigação, mas pode abarcar outras formas de atuação.

A participação do Ministério Público em colegiados estatais fora de sua instituição nos termos da Constituição e da Lei é comum. O Desembargador gaúcho Armínio José Abreu Lima da Rosa, no julgamento do Mandado de Segurança nº 70033811555/2009³⁰, lembrou, “por exemplo, a Comissão Especial Relativa a Pessoas Desaparecidas, criada pela Lei 9.140, de 1995, que apresenta a presença de membros do Ministério Público Federal. Também no Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana³¹, que faz parte da Secretaria Especial dos Direitos Humanos,

²⁹ TJPR, Órgão Especial, MS 676.950-2, relator Des. Jorge de Oliveira Vargas, julgado em 18.03.2013, maioria. No mesmo sentido, declarando inconstitucional a participação de membros do MP no Conselho Superior da Polícia Civil, mas mantendo íntegro o processo, vide MS nº 975.675-6, Órgão Especial, relator Des. Ruy cunha Sobrinho. Julgado em 18.03.2013.

³⁰ TJRS, Órgão Especial, Mandado de Segurança (processo nº 70033811555/2009 -cível, relator Des. Felipe Schmitz, julgado em 22.03.2010.

³¹ A Lei 12.986, de 02.06.2014, transforma o Conselho de Defesa dos direitos da Pessoa Humana, criado pela Lei 4.319/1964, em Conselho Nacional dos Direitos Humanos, mantendo em sua composição, dentre outros, o Procurador-Geral da República e um representante do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União.

órgão da Presidência da República, Lei nº 10.683, de 2003, igualmente apresenta representantes titular e suplente do Ministério Público Federal. Mais ainda, a Comissão Permanente de Combate à Tortura e à Violência Institucional, igualmente integrantes da Comissão da Secretaria Especial dos Direitos Humanos, criada por decreto, apresenta entre os seus componentes representantes do Colégio de Presidentes dos Tribunais de Justiça e do Conselho Nacional dos Procuradores Gerais do Estado e da União”.

A participação do membro do Ministério Público, na qualidade de Fiscal da Lei junto à Corregedoria-Geral dos órgãos do sistema de Segurança Pública apresenta-se como uma atuação institucional, que se vê no interesse do Estado, e não no interesse pessoal daquele que foi para ela designado, não existindo, portando, nenhuma vedação. **Nessa hipótese, o membro do MP atua junto ao órgão correicional, mas dele não faz parte, sequer suas manifestações são vinculantes para as decisões da autoridade corregedora.**

No entanto, a participação de membro do Ministério Público como integrante do Conselho Superior da Polícia Civil foi definitivamente considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seja porque em um sentido amplo, os representantes do MP estão impedidos de exercer, ainda que em disponibilidade qualquer outra função pública, exceto uma de magistério, seja porque a possibilidade de o membro do MP exercer cargos em comissão ou funções de confiança está limitada àqueles situados na própria estrutura administrativa do Ministério Público. Acrescento mais um óbice decorrente do próprio exercício do tão falado controle externo: A Constituição Federal assegura ao MP exercer o **controle externo** da atividade policial. Acontece que **o Conselho Superior da Polícia Civil é um órgão de controle interno**, integrante da estrutura policial, e, dessa forma, completamente incompatível com o exercício ministerial a participação de seus membros nesse peculiar órgão da Administração Pública.

Atualmente, em que pese a participação de membro do MP nos colegiados da polícia ser aceita pelo Conselho Nacional do Ministério Público, o órgão já trabalha em nova resolução restritiva.

Tal participação ministerial foi definitivamente afastada pelo Supremo Tribunal Federal, e seu entendimento prevalecerá sobre o Superior Tribunal de Justiça, que se mantém dividido, mas tendo sua 1ª Seção pacificada no sentido da proibição.

Independente da inconstitucionalidade da atuação ministerial em órgãos da Administração Pública fora de sua instituição, as decisões do Supremo Tribunal Federal e as do Superior Tribunal de Justiça, que vem reformando decisões dos tribunais de origem e com isso anulando processos

administrativos disciplinares pela simples presença do membro do Ministério Público no colegiado processante, vem passando ao largo de um princípio fundamental da disciplina das nulidades processuais, qual seja, o princípio do *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não se decreta nulidade processual onde não existiu prejuízo.

A inconstitucionalidade, repita-se, vem de encontro aos interesses do membro do MP, que não pode mais aceitar nem ser nomeado para cargos fora da Administração de sua instituição, principalmente o Conselho Superior de Polícia, que é um órgão de **controle interno**. Mas não pode aproveitar ao servidor faltoso, eis que julgado em processo administrativo instaurado em face de faltas graves, e onde lhe foi garantido o exercício da ampla defesa, e onde a presença do membro do Parquet não lhe trouxe nenhum prejuízo.

10. Referências Bibliográficas

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 28887/PE, da 5ª Turma. Relator: Ministro Félix Fischer. Brasília, 16 de abril de 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 11 maio 2009.

_____. _____. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32304/RS, da 1ª Seção. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 11 de setembro de 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, 21 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2794/DF, do Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 14 de dezembro de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, n. 62, p. 68, 30 mar. 2007.

_____. _____. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 768852/RS, da 1ª Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 14 de junho de 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 159, 19 ago. 2011.

_____. _____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 676733/PR, da 2ª Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 25 de junho de 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 161, 19 ago. 2013.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 388/DF, do Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 9 de março de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 159, 1º ago. 2016.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *Controle externo da atividade policial pelo ministério público*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 25.

MAIA, Eduardo de Souza. A natureza jurídica do Conselho Nacional do Ministério Público. *MPMG Jurídico*, v. 2, n. 7, p. 18-19, out./dez. 2006.

NUNES, Elpídio Donizetti. *Novo código de processo civil comentado*: lei nº 13.105, de 16 de março de 2015: análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73. São Paulo: Atlas, 2015, p. 219-220.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 676950-2/Curitiba, do Órgão Especial. Relator: Desembargador Jorge de Oliveira Vargas. Curitiba, 18 de março de 2013. *Diário da Justiça do Estado do Paraná*, n. 1119, p. 524, 13 jun. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 70033811555/Porto Alegre, do Órgão Especial. Relator: Desembargador Alzir Felipe Schmitz. Porto Alegre, 22 de março de 2010. *Diário da Justiça Eletrônico*: órgão de divulgação do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, n. 4.335, 12 maio 2010.

SP troca corregedor da Polícia Civil após denúncia de corrupção. *G1 São Paulo*, 21 dez. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/12/sp-troca-corregedoria-da-policia-civil-apos-denuncia-de-corrupcao.html>>. Acesso em: 24 dez. 2015.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. *Ministério Público na constituição federal*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2009, p. 141.

LEITURAS ADICIONAIS EM NOSSA BIBLIOTECA

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Investigação criminal*: o controle externo de direção mediata pelo ministério público. Curitiba: Juruá, 2016.

MACHADO, Bruno Amaral. *Justiça criminal*: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PIOVEZAN, Cláudia Rodrigues de Moraes; SANTOS, Guilherme Franchi da Silva. O controle externo da atividade policial como instrumento para garantia do direito fundamental à segurança e como desafio e oportunidade de aproximação entre o ministério público e a polícia investigativa. In: SEMINÁRIO ESTADUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ, 1., 2015, Curitiba. *Anais...* Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná, Associação Paranaense do Ministério Público, 2015. p. 11-29.

Democracia representativa no Brasil: breves reflexões sobre a participação do povo como sujeito político

Representative democracy in Brazil: reflections on the participation of people as a political subject

SUMÁRIO: 1. Introito; 2. Democracia brasileira: da forma à substância; 3. Dimensões do povo: do conceito à expressão; 4. Representação democrática: da soberania à cidadania; 5. Considerações finais; 6. Bibliografia.

* Ministro do Supremo Tribunal Federal; Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná (UFPR); Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP.

** Doutora e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB; Professora Associada do Mestrado e Doutorado em Direito das Relações Internacionais do Centro Universitário de Brasília (UniCeub); Pesquisadora do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais ICPD/UniCeub; Assessora de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

RESUMO: O plurívoco *conceito* de *povo*, objeto central do presente ensaio, interessa a diversos campos do saber, tais como a teoria política e a teoria constitucional, e também ao direito civil. O artigo 100 do Código Civil usa a expressão ‘povo’ quando se refere a bens públicos, designando-os como aqueles bens “*de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças.*” Com o objetivo de problematizar ideias e aspectos das discussões sobre povo, democracia e representação, no âmbito do que se denomina Reforma Política Brasileira, são expostas aqui questões que envolvem o problema da efetiva participação política do povo no conjunto de decisões públicas que lhe afetam. Atentando-se para o compromisso com as opções constituintes de 1988, bem como para a força persuasiva dos fatos que compõem a realidade brasileira de nossos dias, é possível problematizar se os modelos disponíveis no Brasil, em termos de representação partidária e mediação coletiva das vontades individuais, são satisfatórios para tornar o povo brasileiro um fenômeno mais operativo da democracia, evitando, assim, possíveis usurpações de soberania. Por meio de revisão bibliográfica e documental propõe-se análise acerca das possibilidades para ressignificar, em concreto, a democracia representativa brasileira, a partir da indicação de instrumentos – já existentes ou presentes em propostas institucionais – de atuação política do povo como sujeito ativo da cidadania democrática. As reflexões do conceito de povo, bem como sua interação com democracia e representação, serão expostas sob a influência do diálogo com as obras de Friedrich Müller e Bruce Ackerman, bem como de Paulo Bonavides, Geraldo Ataliba e Fábio Konder Comparato. Propostas de reforma política não deveriam ser capturadas por sistema de ideias de ocasião, nem por vieses conjecturais, devendo ser enfrentadas com o cuidado exigido pelas suas múltiplas complexidades, a serviço do interesse maior da Nação e dentro dos quadros da segurança jurídica, da responsabilidade e do respeito à ordem jurídica. Sustenta-se que não será uma ou outra ideia a prevalecer, nesse ambiente, que irá por si só vitaminar a democracia e o desenvolvimento no Brasil, pois somente o som afinado de um concerto composto por diversos instrumentos da orquestra social pode direcionar o país para uma plena e inquestionável materialização democrática da política.

ABSTRACT: *The multiple concept of people, the central object of this essay, interests several fields of knowledge, such as political theory and constitutional theory, as well as civil law. Article 100 of Brazilian Civil Code uses the expression ‘people’ when it refers to public goods, designating them as those goods “commonly used by the people, such as rivers, seas, roads, streets and squares.” Ideas and aspects of the discussions about people,*

democracy and representation, within what is called 'Brazilian Political Reform', are presented here as questions that involve the problem of the effective political participation of people in the set of public decisions. Taking care about the commitment to the constituent options of 1988, as well as to the persuasive force of the facts that compose the Brazilian reality nowadays, it is possible to question whether the models available in Brazil, in terms of party representation and collective mediation of individual wills, are sufficient to make Brazilian people a more operative element of democracy, thus avoiding possible usurpations of its sovereignty. Through a bibliographical and documentary review, this essay is proposed to analyze the possibilities to re-signify, in concrete, brazilian representative democracy, highlighting the instruments - already existing or part of institutional proposals - that enable people's political activity in Democracy. The reflections of the concept of people, as well as their interaction with democracy and representation, will be exposed under the influence of academic dialogue with Friedrich Müller's and Bruce Ackerman's, as well as Paulo Bonavides', Geraldo Ataliba's and Fábio Konder Comparato's works. Proposals for political reform cannot be captured by ideologies of the moment, nor by bias of circumstances, and must be faced with the attention required by its multiples complexities. It is certain that it will not be one or another idea to prevail, in this environment, which itself will give a boost to democracy and development in Brazil, but the tuned sound of a concert composed by various instruments of the social orchestra can direct the country to a full and unquestionable democratic consolidation of politics.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; Representação; Reforma Política; Cidadania.

KEYWORDS: Democracy; Representation; Political Reform; Citizenship.

1. Introito

O conceito de *povo* é objeto de intensos debates e controvérsias sempre abertas; dele se ocupam diversos campos do saber, tais como a teoria política e a teoria constitucional, e é também temática objeto de disciplina no direito privado. Por exemplo, o artigo 100 do Código Civil usa a expressão ‘povo’ quando se refere a bens públicos, designando-os como aqueles bens “*de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças.*”

Sob singela preocupação de cunho acadêmico, este ensaio, nada obstante não se propor a verticalizar tal debate nem apresentar respostas fechada a questões intrincadas nessa seara, tem como objetivo central problematizar e matizar algumas das ideias e de certos aspectos das discussões sobre *povo*, como definição imprescindível para a democracia e sua correta representação, no âmbito do que se denomina Reforma Política Brasileira. A ênfase atribuída às ideias que serão aqui apresentadas está na *fotografia* jurídica do conceito de povo, como sujeito ativo do processo político, democrático e representativo brasileiro.

Não há como tentar reduzir complexidades quando se está a tratar da agenda temática que ficou conhecida, no Brasil, como ‘Reforma Política’. Muito embora o termo e os seus múltiplos significados, em âmbito nacional, estejam de certa forma banalizados, o seu resgate crítico e construtivo nada tem de simplório nem de banal.

As questões centrais que envolvem o problema da efetiva participação política do povo, como titular constitucionalmente investido do poder soberano do Estado, no conjunto de decisões públicas que lhe afetam, devem ser enfrentadas de forma verticalizada, especialmente quanto às propostas de uma participação cidadã mais efetiva no processo político e democrático.

Nesse contexto, guiado pelo inquebrantável compromisso com as opções constituintes de 1988, bem como pela força persuasiva dos fatos que compõem a realidade brasileira de nossos dias, é preciso revisitar o leiaute dos modelos disponíveis no Brasil, em termos de representação partidária e mediação coletiva das vontades individuais¹, e suscitar debate para apreender

¹ MEZZAROBIA, Orides. A democracia representativa partidária brasileira – A necessidade de se (re)pensar o conceito de povo como ator político, in *Revista Paraná Eleitoral*, v. 1, n. 1, p. 41-48, 2011, p. 43.

se são suficientes para tornar o povo brasileiro um elemento mais operativo da democracia, evitando, assim, possíveis capturas de sua soberania.

É assim que o presente ensaio pretende, por meio uma revisão bibliográfica e documental – esta última especialmente voltada para as propostas de Emendas à Constituição em discussão no Congresso Nacional – propor uma análise acerca de algumas condições de possibilidades para quiçá ressignificar, em concreto, a democracia representativa brasileira, a partir da indicação de instrumentos – já existentes ou presentes em propostas institucionais consistentes – de atuação política do povo como sujeito ativo da cidadania democrática.

As reflexões do conceito de povo, bem como sua interação com democracia e representação, serão expostas sob a influência do diálogo com as obras de Friedrich Müller² e Bruce Ackerman³, bem como de Paulo Bonavides⁴, Geraldo Ataliba⁵ e Fábio Konder Comparato⁶.

As propostas de reforma política não podem ser capturadas por ideologias de ocasião, nem por vieses conjecturais, devendo ser enfrentadas com o cuidado exigido pelas suas múltiplas complexidades. Não será uma ou outra ideia a prevalecer, nesse ambiente, que irá aprumar totalmente o Brasil, pois somente o som afinado de um concerto composto por diversos instrumentos pode direcionar o país para uma consolidação democrática da política. Toma-se aqui, numa síntese precária, a política como ciência e arte de realização do interesse público e do respeito à esfera privada.

O texto divide-se em três partes, a saber: reflexão sobre a democracia brasileira; o povo como sujeito ativo dessa democracia; e a representação popular no contexto da soberania popular, respectivamente, a seguir.

² MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia, trad. Peter Naumann. São Paulo : Max Limonad, 1998.

³ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano** – fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte : Del Rey, 2006.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da democracia participativa** – por um direito constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo : Malheiros, 2001.

⁵ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo : Malheiros, 2011.

⁶ COMPARATO, Fabio Konder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático, in **Revista Estudos Avançados**, v. 11, n. 21, p. 211-222, 1997.

2. Democracia à brasileira: da forma à substância

A leitura atenta dos princípios fundamentais da Constituição brasileira de 1988 notabiliza a importância conferida pelo legislador constituinte à soberania popular e à igualdade de chances na participação da condução da vida em sociedade como vetores máximos de nosso Estado Democrático de Direito.

Já o art. 1º da Constituição, ao indicar como fundamentos da República Federativa a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como o pluralismo político, arrematando com a inequívoca titularidade do poder – pelo povo – e suas fórmulas de exercício (democracia representativa e direta), direciona todo o texto constitucional para compreensão que impõe compromisso vinculado à vontade do povo e suas diversas formas de manifestações. Ali reside um ganho histórico e cultural inegável.

Não por outra razão, o art. 3º da Carta Magna, ao traçar objetivos estratégicos do regime constitucional e democrático que se instalaria a partir de 1988, houve por bem o constituinte determinar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos; a proibição de discriminações, especialmente às relacionadas à origem, raça, sexo, cor e idade.

Todos estes dispositivos constitucionais indicam que a democracia brasileira exige mais do que fórmulas procedimentais que metaforicamente simbolizam a participação do povo nos processos de escolhas do nosso país. Esse é o quadro que retrata o que almeja a democracia brasileira.

O conjunto das normas constitucionais impõe a todos os atores públicos, quase-públicos e privados um dever constitucional de transmutar o povo de uma figura quase simbólica em um sujeito político empírico⁷, que exerça a sua cidadania ativa para muito além do tempo e do espaço eleitoral representativo. Esse é o desafio que ainda vem arrostando a travessia entre a teoria e a prática.

⁷ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia, trad. Peter Naumann. São Paulo : Max Limonad, 1998, p.15.

A máxima de que não há democracia sem participação está a indicar que a ação participativa ocupa um lugar essencial na composição do conceito de democracia, de forma que somente haverá democracia real se esta for relacionada com a dinâmica do movimento e da ação política. Nesse sentido, afirma Paulo Bonavides:

“(...) a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses.”⁸

Um dos inevitáveis desafios das democracias contemporâneas é a disponibilização de mecanismos capazes de articular a garantia de participação política do povo, considerado em sua unidade numérica de contingente eleitoral, com a garantia de cidadania participativa, que apresenta o povo como sujeito ativo e pluralmente atuante nos tempos e nos espaços da democracia.

Outrossim, não se pode perder de vista que, em todas as suas versões – representativa, deliberativa ou participativa –, a democracia aponta para uma progressiva e irreversível emancipação dos sujeitos que se materializam como atores políticos de um processo histórico de cidadania legitimadora.

A democracia republicana brasileira, como uma opção constituinte irrefutável, implica desde logo que os cidadãos pátrios tenham uma atuação no mundo da política, segundo uma consciência do agir com o outro, para o outro e em prol do outro, a qual deve substituir a cultura em que os sujeitos não sabem interagir uns com os outros, nem respeitar e considerar uns aos outros como iguais.⁹

Para que a democracia brasileira consolide-se, em substância, como expressão máxima da coletividade que representa, é preciso suplantar velhos modelos mais solipsistas, para deixar nascerem e fortalecerem-se modelos em que a vida social e coletiva, embalada por valores comunitários, permitam

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da democracia participativa** – por um direito constitucional de luta e resistência; por uma Nova Hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 51.

⁹ BITTAR, Eduardo C.B., **Democracia, Justiça e Direitos Humanos** – estudos de teoria crítica e filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49-51.

que intersubjetividades solidarizadas por objetivos verdadeiramente comuns, dentre os quais liberdade, responsabilidade e igualdade, constituam-se em um necessário tripé. Nesse diapasão enfatiza Eduardo Bittar:

“Está-se acostumado demais a conviver com um modelo subjetivista e que descarta de imediato a presença do outro como incômoda. É nesse estranhamento do outro que se curtem os azedumes sociais que acabam por se tornar o empecilho fundamental para a vida social interativa e produtiva. Trata-se, portanto, de pensar em meios e métodos capazes de valorizar a condição de aceitação da liberdade como forma irrestrita de contato intersubjetivo”.¹⁰

O que se impõe como premissa conclusiva desse primeiro ponto da reflexão é que, se a democracia é o governo do povo, para o povo e pelo povo, como desde tempos imemoriais repetia Abraham Lincoln, é já o tempo de reafirmar que o povo é sujeito ativo e também sujeito passivo do processo por meio do qual as decisões são feitas em uma sociedade democrática, ponto seguinte do presente ensaio.

3. Dimensões do povo: do conceito à expressão

A noção de povo é bem conhecida da teoria política e da teoria jurídica relacionada ao Direito Público. Entretanto, o conceito de povo, como sujeito ativo e concreto, titular de prerrogativas e responsabilidades inerentes ao exercício do poder soberano, é algo que remonta ao século XVIII, quando já sob o regime político que ficou conhecido como Estado de Direito, os norte-americanos, por um lado, e os franceses, de outro lado, encontraram nessa figura o depositário fiel da democracia moderna. Segundo Fábio Konder Comparato:

“na teoria política e constitucional, povo não é um conceito descritivo, mas claramente operacional. Não se trata de designar, com esse termo, uma realidade definida e inconfundível da vida social, para efeito de classificação sociológica, por exemplo, mas sim de encontrar no universo jurídico-político, um sujeito para a atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas.”¹¹

¹⁰ BITTAR, Eduardo C.B., **Democracia, Justiça e Direitos Humanos** – estudos de teoria crítica e filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 53.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático, in **Revista Estudos Avançados**, v. 11, n. 21, p. 211-222, 1997, p. 213.

É bem verdade que na versão latino americana de Estado de Direito, a invocação do povo tem exercido a mesma função simbólica que exercia, nos tempos do Brasil-Colônia, a figura do Rei, ou seja, um elemento simbólico que despertava temor reverencial, e ao qual era sistematicamente contraposto o não-cumprimento de suas vontades. Nesse sentido, anota Fábio Konder Comparato:

“O esforço definitório nessa matéria, como mostra convicentemente Müller, é indispensável se se quiser superar a condenável utilização atual dessa palavra como *idolum mentis*, verdadeiro ícone ou imagem sagrada, que suscita veneração declamatória, mas nunca respeito prático ou submissão política.”¹²

Para que se alcance um novo paradigma de organização política, é preciso partir da articulação entre o sistema representativo partidário com um sistema de participação política que garanta ao sujeito, individual e coletivo, direito de expressar suas opiniões e vontades sobre a condução da vida na sociedade em que vive. Não se pode ignorar que um dos problemas das democracias contemporâneas é o que Bruce Ackerman chama de apatia popular, cujo antídoto seria a democracia coercitiva.¹³

Se é certo que a democracia fundamenta-se na liberdade, na responsabilidade e na igualdade, qualquer forma de coerção não parece adequada, de modo que a ignorância e o egoísmo popular seguem como os principais entraves para a ressignificação da democracia entre nós. Mas o processo constituinte de 1988 inaugurou fase menos apática da democracia brasileira.

Conforme anota Geraldo Ataliba, o pensamento popular impulsionou a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988, a qual, naquela conjuntura histórica, manteve-se fiel aos desígnios básicos do povo que a elegeu.¹⁴ E afirma também que *“a eventual dificuldade em traduzir o seu querer de modo objetivo e claro – e sobretudo expressá-lo com uma*

¹² COMPARATO, Fábio Konder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático, in **Revista Estudos Avançados**, v. 11, n. 21, p. 211-222, 1997, p. 214.

¹³ ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano** – fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte : Del Rey, 2006, capítulo 10.

¹⁴ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo : Malheiros, 2011, p. 28.

linguagem correta – não pode empanar a verdade objetiva em que se há de traduzir a súmula de suas inclinações, o cerne de seu querer.”¹⁵

Se é bom que o constitucionalismo de 1988 seja considerado um marco do patriotismo constitucional,¹⁶ também seria salutar comprometer-se com as indicações inequívocas do constituinte de que a democracia representativa brasileira não pode acomodar-se em si mesma.

Por mais que seja notável o avanço experimentado na consolidação de um ambiente democrático com instituições sólidas, não se pode deixar de reconhecer a premente necessidade de aprimoramento dos mecanismos que possam auxiliar na busca pelo pleno exercício do poder soberano por parte de seu titular: o povo.

Se se aponta, ainda, fisiologismo político, corrupção sistêmica, ineficiência na elaboração e na implementação de políticas públicas de qualidade,¹⁷ é preciso refletir sobre instrumentos institucionais aptos canalizar as vozes que ecoam em manifestos e também em passeatas.

Não se pode perder de vista que a prática dos governos constitucionais, ao limitar a participação dos cidadãos somente ao momento das eleições, acabou por desenhar um regime democrático de forte conteúdo simbólico. Conforme anota Alexandre Araújo Costa:

“Um governo em que o povo não governa, mas apenas elege os seus governantes, esgotando nesse ato formal sua participação política. Realiza-se, na prática, as diretrizes das elites políticas. Nesse mesmo sentido aponta o discurso constitucionalista, que trata o povo como titular do poder constituinte e tende a entender que esse poder só pode ser exercido para delegá-lo a uma assembleia constituinte ou para ratificar novos textos constitucionais. A redução da soberania ao poder constituinte termina por negar o autogoverno do povo, atribuindo-lhe unicamente a função de

¹⁵ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo : Malheiros, 2011, p. 28.

¹⁶ BOGOSSIAN, Andre Martins; DE LUCA, Alexandre. O que é bom e o que poderia ser melhor – propostas para a Reforma Política. In **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, ano 9, n. 32, p. 1023-1045, maio/ago. 2015, p. 1.025.

¹⁷ BOGOSSIAN, Andre Martins; DE LUCA, Alexandre. O que é bom e o que poderia ser melhor – propostas para a Reforma Política. In **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, ano 9, n. 32, p. 1023-1045, maio/ago. 2015, p. 1.029.

legitimar arranjos constitucionais formulados em momentos de ruptura institucional, o que esvazia a soberania nos momentos de estabilidade.”¹⁸

Muito se discute sobre qual seria a melhor maneira para se dotar o povo, como sujeito ativo e capaz, de uma participação mais proativa na vida pública, por meio de mecanismos mais permanentes e eficazes. As propostas de reforma política sugerem alguns instrumentos como o voto *destituente*, o veto popular e a candidatura avulsa, como alternativas possíveis para esse desiderato.

O voto *destituente* constitui mecanismo que permite ao próprio titular do poder político destituir os seus representantes quando estes frustrarem a representação.¹⁹ Na verdade, trata-se de um direito ao arrependimento eleitoral por parte da população, a qual, se insatisfeita com o exercício do mandato eletivo, pode revogá-lo. Para que se exerça o direito ao voto *destituente* é preciso que a relação de confiança entre eleitor e eleito esvaia-se e os poderes e responsabilidades confiados ao mandatário político sejam revogados mediante uma manifestação inequívoca da vontade do mandante.²⁰

Já o veto popular seria o instrumento que permite ao cidadão-eleitor opor-se a uma lei já aprovada, mas ainda não vigente, por solicitação própria. Na sua forma tradicional, tal veto poderá ser exercido em três momentos distintos: o primeiro seria quando o órgão legislativo aprova uma

¹⁸ COSTA, Alexandre Araújo; ARAÚJO, Eduardo Borges. Legitimidade política e compatibilidade constitucional: a recepção pelos juristas das propostas de assembleia constituinte exclusiva para alterar o sistema político. In **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 15, n. 60, p. 207-241, 2015, p. 222.

¹⁹ Este mecanismo encontra-se tratado nas Propostas de Emenda à Constituição nº 80/2003, 82/2003 e 73/2005. Uma das críticas ao referido instrumento é a de que “Apesar de a própria Constituição de 1988 não ter definido uma fórmula definitiva no arranjo da separação e harmonia entre os Poderes, a instituição de mais um mecanismo de freios e contrapesos pode acabar sendo usada como instrumento de ataque na atualmente conturbada relação entre Poder Executivo e o Congresso ao invés de ser desejavelmente pensada como um mecanismo de aprimoramento das instituições democráticas. BOGOSSIAN, Andre Martins; DE LUCA, Alexandre. O que é bom e o que poderia ser melhor – propostas para a Reforma Política. In **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, ano 9, n. 32, p. 1023-1045, maio/ago. 2015, p. 1035.

²⁰ BOGOSSIAN, Andre Martins; DE LUCA, Alexandre. O que é bom e o que poderia ser melhor – propostas para a Reforma Política. In **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, ano 9, n. 32, p. 1023-1045, maio/ago. 2015, p. 1030.

lei que não entra em vigor de imediato; o segundo seria quando o próprio povo solicita que a lei seja submetida a sua manifestação para referendo; e o terceiro ocorreria quando a recusa à lei fosse majoritária, derrubando-a de imediato.²¹

Por fim, a proposta de que sejam autorizadas candidaturas avulsas também emerge dentre as opções para a reforma política. Trata-se do fim da obrigatoriedade de filiação partidária para a candidatura política, abrindo-se a possibilidade de candidaturas independentes. Não é propriamente uma novidade essa proposta, pois, em 2011, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal não aprovou a Proposta de Emenda à Constituição 41/2011 que permitia o registro de candidaturas avulsas em eleições municipais.²²

Especialmente essas três propostas, apesar de não exaurirem o rol de possibilidades de instrumentos de participação do cidadão diretamente no processo político, demonstram que estão em discussão fórmulas procedimentais que viabilizam a desejável transição de uma representação democrática de cunho mais simbólico para uma mais real e efetiva *apresentação* do cidadão brasileiro no devido processo político. É disso que cuida a reflexão no tópico seguinte.

4. Representação democrática: da soberania à cidadania

O princípio republicano, como ideal político e estratégia constitucional, provoca uma série de questionamentos, os quais, se respondidos afirmativamente, reforçam a solidez da sua presença como vetor do Estado Democrático de Direito brasileiro. Geraldo Ataliba elenca perguntas que representam a identificação republicana de uma nação democrática:

²¹ O veto popular está previsto na Proposta de Emenda à Constituição 80/2003, a qual também prevê o voto destituente.

²² As críticas a essa proposta são contundentes: “Além disso, em um momento em que se busca o fortalecimento dos partidos políticos brasileiros em torno de identidades programáticas, a possibilidade de candidaturas independentes seria um verdadeiro retrocesso. Ela não apenas enfraqueceria os partidos, como também estimularia o personalismo atávico da cultura política brasileira.” BOGOSSIAN, Andre Martins; DE LUCA, Alexandre. O que é bom e o que poderia ser melhor – propostas para a Reforma Política. In **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, ano 9, n. 32, p. 1023-1045, maio/ago. 2015, p. 1039.

“É desejável que o governo responda pelos atos que pratica? Que os homens que vão exercer funções de governo sejam escolhidos pelo povo? Para fins desta escolha, é desejável que se apresentem diante do povo, fazendo suas propostas e discutindo formulações? Que, no exercício da função, estejam perto do povo, de modo a poder seu desempenho ser acompanhado? Que o povo possa fiscalizar e controlar os atos que são praticados? Que o povo possa e deva ter o direito a questionar, perguntar, indagar em torno dos atos do governo? Que a imprensa tenha a mais ampla liberdade de acesso a todas as informações, a fim de transmiti-la ao povo? Que as questões mais importantes sejam debatidas publicamente, amplamente, a fim de orientar as soluções? Que aqueles que exercem as funções – mediante escolha popular – a busquem corresponder aos anseios do povo, manifestados da melhor maneira, em cada caso? Que exerçam essas funções ou esses mandatos por períodos breves? Que possam ser substituídos ao cabo desse período? Que devam retornar diante do povo, periodicamente, para buscar a confirmação de seus mandatos, pleiteando recondução? Que, na medida do possível, os governantes estejam efetivamente próximos do povo? Que os assuntos que possam ser resolvidos na escala municipal devam efetivamente ficar na competência do Município? Que os assuntos que possam ser equacionados no âmbito do estado-membro devam com ele ficar? Que somente aquelas matérias que requeiram tratamento nacional, por sua natureza, fiquem com a União?”²³

Este extenso rol de perguntas, as quais induzem a uma resposta afirmativa no ambiente republicano e democrático, também pode ser formulada de forma reversa, ou seja, questionando-se ao povo se ele desejaria estar distante do governo, sem a possibilidade de fiscalizá-lo ou controlá-lo; se ele gostaria de ter negado o acesso a qualquer tipo de informação sobre as ações dos governantes; se ele apreciaria ser governo por pessoas que ele não conhece nem escolheu; se concordaria em não confirmar ou renovar os mandatos dos seus representantes no governo. E, a esse respeito, Geraldo Ataliba comenta:

“ (...) evidentemente, a resposta seria negativa. A maioria do povo responderia unisonamente, seja por inclinação natural, seja pela experiência, seja por ideologia: repeliria, destarte, a monarquia e todas as formas não-democráticas-representativas de governo. Também nisso a Constituinte foi fiel a seu mandato.”²⁴

²³ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo : Malheiros, 2011, p. 29.

²⁴ ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo : Malheiros, 2011, p. 30.

A identidade política é elemento essencial para a construção de uma democracia representativa íntegra, sem fissuras ou desvios, o que exige o desenvolvimento de múltiplas habilidades para a convivência e interação coletivas. Segundo Bittar:

“A identidade política somente pode ser cultivada onde há estímulo à participação, ao diálogo e à formação da consciência sobre questões e problemas comunitários; educar para uma sociedade mais justa significa acima de tudo desafiar para o convívio social, o que implica uma pedagogia crítico-comunicativa.”²⁵

Toda a ideia de que no Estado de Direito, viabilizado pela democracia partidária, a vontade da maioria dos cidadãos está identificada e representada pela pluralidade ideológica que compõe as assembleias populares, tende a reforçar o mito de que era possível combinar uma soberania popular de matriz rousseauiana com uma supremacia constitucional de matriz liberal, o que conduziu a uma grande tensão interna no âmbito da teoria política e constitucional, pois, nas palavras de Fioravanti *“a Constituição temia a soberania popular e o povo soberano temia a Constituição.”*²⁶

Os partidos políticos foram sendo forjados historicamente como a espacialidade institucional adequada para concretizar os princípios republicanos. À medida que foram sendo constituídos e reconhecidos, coube-lhes a importante tarefa de viabilizar procedimentalmente as democracias contemporâneas. Assim, os partidos políticos passaram a cumprir, no âmago das democracias constitucionais, a função de transformar as ideologias sociais em programas da política nacional. Conforme anota Orides Mezzaroba:

“O modelo de democracia representativa partidária surge, portanto, como adaptação dos princípios democráticos – liberdade e igualdade – às novas conjunturas históricas do século XX e, em especial, a dois fatores que acabam relacionando-se entre si. O primeiro decorrente da massificação dos direitos democráticos, creditado não só ao crescimento demográfico

²⁵ BITTAR, Eduardo C.B., **Democracia, Justiça e Direitos Humanos** – estudos de teoria crítica e filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49-50.

²⁶ *Apud* COSTA, Alexandre Araújo; ARAÚJO, Eduardo Borges. Legitimidade política e compatibilidade constitucional: a recepção pelos juristas das propostas de assembleia constituinte exclusiva para alterar o sistema político. In **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 15, n. 60, p. 207-241, 2015, p. 218-219.

da sociedade, mas fundamentalmente, à ampliação do sufrágio para os mais diferentes grupos sociais. E o segundo decorre de a sociedade contemporânea apresentar-se não só como uma sociedade estruturada em pequenas, médias e grandes organizações nacionais e transnacionais, mas, acima de tudo, por caracterizar-se como sociedades em que para conseguir-se qualquer bem, serviço ou realização de objetivo vital, faz-se necessária a mediação de uma ou de várias organizações.²⁷

Um dos problemas da representatividade nas democracias contemporâneas é a transplantação da ideia iluminista referente à soberania estatal para a soberania popular, sem que isso tenha significado uma revisão dos atributos da própria ideia de soberania. O que efetivamente ocorreu é que se optou por dar continuidade a uma noção de poder soberano como um poder absoluto e eterno, fosse a sua titularidade atribuída ao Estado, ao povo ou à nação,²⁸ ao invés de o poder soberano como a força ativa e eficaz que conduzir a realidade social por meio de regras debatidas e escolhidas por seus destinatários.

Os partidos políticos surgiram como organizações imprescindíveis para viabilizar a concretização dos ideais republicanos e democráticos da nação, atualizando os princípios vetores da sociedade, no tempo e no espaço, e convertendo-os em linguagem própria da política. Os teóricos constitucionais chegaram a afirmar que os partidos eram as organizações mais apropriadas para exteriorizar a vontade dos eleitores.²⁹

Sucede que, não obstante seja inegável a importância da democracia representativa partidária para o *iter* histórico condutor da consolidação das práticas democráticas no século XX, também não se pode negar que já se faz necessária uma revisitação da onipresença dos partidos políticos no que diz respeito à decantação dos anseios populares e sua tradução para a linguagem política.

²⁷ MEZZARROBA, Orides. A democracia representativa partidária brasileira – A necessidade de se (re)pensar o conceito de povo como ator político, in **Revista Paraná Eleitoral**, v. 1, n. 1, p. 41-48, 2011, p. 44.

²⁸ COSTA, Alexandre Araújo; ARAÚJO, Eduardo Borges. Legitimidade política e compatibilidade constitucional: a recepção pelos juristas das propostas de assembleia constituinte exclusiva para alterar o sistema político. In **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 15, n. 60, p. 207-241, 2015, p. 220.

²⁹ Por todos vide: HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo : Mestre Jou, 1968, p. 292-293.

A participação do povo como sujeito ativo e passivo da vida pública, das ações políticas, das discussões que justificam as políticas públicas, da escolha de representantes e sua confirmação, ou não, no mandato, enfim, de todas as ações que envolvam diretamente o processo de tomada de decisões que regulam a vida em sociedade, é uma necessidade que merece ser debatida e considerada no ambiente da Reforma Política brasileira.

Será mais consolidada uma prática democrática realmente afinada com o tempo e espaço quando a lógica de atuação dos partidos políticos considerar os sujeitos – cidadãos e eleitores – como legítimos atores políticos, potenciais agentes participativos das escolhas relevantes para a comunidade em que vivem. A viabilização das competências e responsabilidades respectivas devem ser a consequência de um processo histórico que amplia a participação dos eleitores no processo deliberativo da política.

Os partidos políticos, na condição de instituições viabilizadoras dos ideias da democracia representativa, devem acolher tanto as ações participativas como as colaborativas dos cidadãos brasileiros, ainda que tais cidadãos não façam parte daquela agremiação. Isso porque os partidos quiçá devem ressignificar seus espaços de atuação ainda fortemente centralizado na defesa dos seus interesses organizacionais e ideológicos, para também mediar os interesses da intersubjetividade dialética que se estabelece a partir das práticas deliberativas e participativas de democracia, autorizadas pela Constituição.

Mesmo sem defender uma ou outra proposta como a mais adequada para o sistema de representação democrática brasileiro, registre-se que a aprovação de instrumentos de participação dos cidadãos no debate político que se trava durante o processo legislativo apresenta-se como medida salutar na ambiência da reforma política em curso. Valoriza-se, assim, também a democracia representativa e amplia-se o fortalecimento dos partidos políticos cuja função na democracia traduz presença insuscetível de qualquer mitigação ou redução.

5. Considerações finais

A consolidação de uma democracia que fomente, por meio de instrumentos constitucionais adequados, a cidadania integral de um povo livre e soberano é o ideal de uma república democrática, como a brasileira de 1988. A democracia brasileira inaugurada no final da década de 1980 exige mais do que fórmulas procedimentais que metaforicamente simbolizem a participação do povo nos processos de escolhas de seus destinos coletivos.

A Constituição brasileira vigente impõe a todos os sujeitos da história do país o dever constitucional de transmutar a figura simbólica do povo para um sujeito político empírico, real e concreto titular ativo de uma cidadania que se projeta para muito além do tempo e do espaço eleitoral representativo, sem dele se descurar.

O modelo inaugurado pela reabertura democrática e por um texto constitucional inegavelmente republicano e democrático exige que se considere o constitucionalismo pós-1988 mais do que um relevante marco do patriotismo constitucional³⁰, mas também um compromisso indelével com a construção de uma democracia viva que não pode acomodar-se em si mesma.

Reconhecendo-se a necessidade de aprimoramento dos mecanismos que possam auxiliar na busca pelo pleno exercício do poder soberano por parte de seu titular, ou seja, pelo povo, colhe-se da experiência da reforma política em curso as múltiplas possibilidades que os institutos do voto *destituinte*, do veto popular e da candidatura avulsa podem trazer para fomentar participação popular nas discussões políticas.

O presente ensaio não teve por objetivo defender uma ou outra proposta que está posta para a discussão do legislador constituinte derivado, no ambiente político da reforma política, e sim apenas chamar a atenção para a premente necessidade de se refletir sobre os possíveis instrumentos que viabilizem participação efetiva do povo na condução das decisões que importam, direta e imediatamente, o manejo da vida e coisa públicas.

³⁰ BOGOSSIAN, Andre Martins; DE LUCA, Alexandre. O que é bom e o que poderia ser melhor – propostas para a Reforma Política. In **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, ano 9, n. 32, p. 1023-1045, maio/ago. 2015, p. 1.025.

Se também o Código Civil, em seu artigo 100, cuida do povo, invocando-o como sujeito de direito para fruição dos bens públicos, com muito maior razão a Constituição, de uma forma ou de outra, deve abrigar, em sua normatividade, a ideia de povo como sujeito ativo de direitos e deveres, no que diz respeito às escolhas próprias de uma comunidade verdadeiramente democrática.

São desafios de um civismo cidadão, com responsabilidade e liberdade, nos limites e dentro das possibilidades de integral respeito à ordem jurídica constitucional, bem como à luz da deferência sempre merecida ao Poder Legislativo e seu papel indeclinável numa sociedade plural e num Estados democrático de direito.

6. Bibliografia

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Belo Horizonte : Del Rey, 2006.

ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. São Paulo : Malheiros, 2011.

BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOGOSSIAN, André Martins; DE LUCA, Alexandre. O que é bom e o que poderia ser melhor: propostas para a reforma política. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 9, n. 32, p. 1023-1045, maio/ago. 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo : Malheiros, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. Variações sobre o conceito de povo no regime democrático. *Estudos Avançados*, v. 11, n. 31, p. 211-222, set./dez. 1997.

COSTA, Alexandre Araújo; ARAÚJO, Eduardo Borges. Legitimidade política e compatibilidade constitucional: a recepção pelos juristas das propostas de assembleia constituinte exclusiva para alterar o sistema político. *A & C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 15, n. 60, p. 207-241, abr./jun. 2015.

HELLER, Hermann. *Teoria do estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo : Mestre Jou, 1968.

MEZZARROBA, Orides. A democracia representativa partidária brasileira: a necessidade de se (re)pensar o conceito de povo como ator político. *Revista Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política*, v. 1, n. 1, p. 41-48, abr. 2012.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann. São Paulo : Max Limonad, 1998.

LEITURAS ADICIONAIS EM NOSSA BIBLIOTECA

AMARAL, Roberto. A democracia representativa está morta: viva a democracia participativa. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 19-56.

CORVAL, Paulo Roberto dos Santos. *Democracia representativa: revisitando John Stuart Mill*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 206, p. 245-270, abr./jun. 2015.

SCHOLLER, Heinrich. Os ajustes necessários da democracia representativa. CLÉVE, Clèmerson Merlin et al. (Coord.). In: *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 53-67.

A efetividade da aplicação da nova lei de medidas cautelares pessoais (Lei nº 12.403/11) pelo Tribunal de Justiça do Paraná

The effectiveness in the application of the new injunctive law (n. 12.403/11) by Parana's Court of Justice

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Novidades trazidas pela Lei nº 12.403/11; 2.1. Fundamentação judicial. Demanda de um Estado Democrático de Direito; 2.2. Medidas cautelares *ex officio*. Análise de decisão do Supremo Tribunal Federal; 2.3. Pesquisa de campo. Metodologia utilizada; 2.4. Dados obtidos. Uma análise do perfil das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Paraná; 2.5. Considerações críticas dos julgados; 2.6. Ponderações finais; 3. Referências Bibliográficas.

* Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba. Pós-graduando em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Mestrando em Direito do Estado Pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito do Mercosul - NUPESUL, da Universidade Federal do Paraná, do Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia (UFPR) e do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Precedentes e Teoria da Decisão, da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

** Procurador de Justiça no Ministério Público do Paraná. Professor de Direito Processual Penal do Unicuritiba – Centro Universitário Curitiba; da FAE – Centro Universitário Franciscano; da FEMPAR – Fundação Escola da Magistratura do Paraná; da EMAP – Escola da Magistratura do Paraná; da ESMAFE – Escola da Magistratura Federal no Paraná. Professor e Coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal do Unicuritiba. Mestre em Direito das Relações Sociais e Doutor em Direito do Estado pela UFPR.

RESUMO: Este artigo pretende analisar com que grau de efetividade a nova lei de medidas cautelares (Lei nº 12.403/11) vem sendo aplicada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Devido à visibilidade que a dogmática penal vem recebendo no contexto atual (com grandes operações policiais), faz-se relevante uma análise mais atenta às particularidades de temas relevantes, a exemplo das prisões cautelares. Nesse aspecto, o drama mais acentuado está relacionado à dificuldade que os juízes demonstram no que diz respeito à necessidade de fundamentação das decisões. Assim, através do método de “jurisprudência selecionada”, com seleção de 80 *habeas corpus* recentemente julgados pelo Tribunal de Justiça do Paraná, todos após a entrada em vigência do novo diploma legal, analisou-se a posição do Tribunal referido quanto ao modo pelo qual os magistrados de primeiro grau vem atuando, permitindo-se extrair algumas conclusões e ponderações acerca dos resultados obtidos.

ABSTRACT: *This article intends to analyze the grade of effectiveness on which the Law n. 12.403/11 is being applied by Parana’s Court of Justice. Due to the relevance of criminal dogmatic nowadays (with huge police operations), especially on Criminal Procedure, it’s relevant to do a specific study regarding some subjects, on which the provisional arrest is a sensible topic. It is important to rescue the necessity of well grounded decisions. Using the method of “selected jurisprudence”, we tried to rank 80 (eighty) habeas corpus judged by Parana’s Court of Justice, every single one after the new law. In the end, conclusions were made regarding the obtained results.*

PALAVRAS-CHAVE: Lei nº 12.403/11; prisão cautelar; princípio da proporcionalidade; fundamentação das decisões.

KEYWORDS: *Injunctive prison; principle of proportionality; motivation of decisions.*

1. Introdução

Preocupados com a possível dificuldade de compreensão dos magistrados brasileiros a respeito do que pretendia a nova Lei 12.403/11, que alterou a sistemática das medidas cautelares pessoais no Código de Processo Penal brasileiro, procuramos proceder à análise de campo para verificar como eles vêm recepcionando a nova legislação. Para uma primeira verificação, valemo-nos de alguns paradigmas dos Tribunais Superiores, com posterior ênfase no quanto o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná vem orientando os juízes de primeiro grau, procurando, para tanto, evidenciar a exegese posta nos *Habeas Corpus*.

No campo prático, então, foram analisadas, em conjunto, as 80 (oitenta) decisões proferidas em sede de *Habeas Corpus* pelo Tribunal de Justiça do Paraná, pelas suas cinco Câmaras Criminais, num período de cinco meses (março a julho de 2015) traçando-se - dessa forma - o perfil médio de cada Câmara (considerando que algumas possuem competências materiais diferentes) e correlacionando as impressões e dados obtidos com as ambições teleológicas da Lei nº 12.403/11. Optou-se por analisar os últimos cinco meses desde o início da pesquisa e em fazê-lo em relação às oitenta primeiras decisões, para não usar outros mecanismos que pudessem desvirtuar a representatividade do modo de pensar da Corte.

2. Novidades trazidas pela Lei nº 12.403/11

Estruturalmente, a Lei nº 12.403/11 criou um novo dispositivo e promoveu a alteração de outros 32 (trinta e dois) do Código de Processo Penal, alterando inclusive a redação do Título IX, o qual agora vigora com o nome "*Da Prisão, das Medidas Cautelares e da Liberdade Provisória*". Suas finalidades, segundo FREITAS (2013, p.61) foram adequar o Código de Processo Penal à Constituição, principalmente no tratamento da prisão como *ultima ratio*; criar de um rol de medidas cautelares alternativas à prisão (art. 319, CPP); e dar nova roupagem ao instituto da fiança, o qual passa de contracautela para medida cautelar específica.

A Lei nº 12.403/11, neste diapasão, não é apenas mais uma importante ferramenta com o fito de possibilitar uma maior relação do

acusado com o almejado sistema acusatório¹, preservando o respeito à presunção de inocência e o devido processo legal. Mais que isso, a referida disposição legal fulminou um antigo binômio existente a partir de uma prisão em flagrante: ou se mantinha a prisão cautelar ou se concedia a liberdade provisória. Não havia “meios termos”.

Com a alteração legislativa a nova regra do art. 310 do CPP prevê que o magistrado agora dispõe de três opções ao receber o auto de prisão em flagrante: poderá relaxar a prisão se essa for manifestamente ilegal; aplicar as medidas cautelares diversas da prisão (se cabíveis, segundo o art. 312 do CPP), com previsão legal no art. 282 do CPP ou conceder a liberdade provisória.

E é importante deixar anotado desde já o seguinte critério: com o ordenamento pós-2011, nos termos da nova redação do art. 310 do CPP², a prisão preventiva só pode ser decretada caso se revelem inadequadas ou insuficientes as outras nove medidas cautelares diversas da prisão, elencadas no art. 319 do Código de Processo Penal, a saber: I - comparecimento periódico em juízo para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada; IV - proibição de ausentar-se da Comarca; V - recolhimento domiciliar no período noturno e/ou nos dias de folga (sendo exigido residência e trabalho fixos para tal medida); VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira, quando houver riscos que essas possam ser utilizadas para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado para inimputáveis e semi-imputáveis; VIII - fiança, nas infrações afiançáveis; IX - monitoração eletrônica.

Não é demais lembrar que inexistem medidas cautelares fora do rol disposto no art. 319 do CPP, o que indica ser este rol *numerus clausus*.

¹ Cujo conceito mais moderno é o de um "Sistema penal caracterizado pela gestão das provas pelas partes".

² Art. 310, caput, do Código de Processo Penal: "Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:" c/c inciso II de mesmo artigo: "Converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão [...]".

Por fim, é importante destacar que as novas disposições do art. 313 do Código de Processo Penal restringiram a possibilidade de decretação da prisão preventiva, abandonando o antigo critério que somente permitia a medida cautelar em delitos punidos com reclusão, para admiti-la, agora e como regra, apenas para crimes dolosos com pena superior a quatro anos. Assim, vários delitos que antes permitiam a prisão preventiva (v.g.: furto simples, contrabando, descaminho, posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso permitido; dentre outros), agora, pelo novo critério, não permitem mais. Mas a questão central que se pretende avaliar na análise de campo, por ora, está restrita a verificar se os magistrados paranaenses compreenderam a necessidade de dar atenção ao caráter subsidiário da prisão cautelar frente às demais medidas cautelares diversas da prisão. E nesse ponto, se eles conseguem externalizar de maneira suficiente em suas decisões os fundamentos exigidos para a decretação da prisão preventiva. Por fim, a pesquisa também tem a pretensão de verificar se o Tribunal de Justiça do Paraná detecta algo nesse sentido e como vem se comportando a partir das provocações operadas pela via dos *Habeas Corpus*. Antes de avaliar o que se constatou, imperioso deixar bem pontuada a importância da fundamentação das decisões, algo que, por vezes, parece esquecido em determinados setores da Justiça quando avaliam a questão das medidas cautelares pessoais.

2.1. Fundamentação judicial. Demanda de um Estado Democrático de Direito

A fundamentação judicial em matéria penal é assunto de suma importância que adquire horizontes ainda maiores no que tange às prisões cautelares. A necessidade de motivação das decisões do juiz encontra abrigo nos arts. 5º, LXI, e 93, IX, ambos da Constituição Federal de 88. Como reforço, o próprio Código de Processo Penal contempla essa necessidade em seu art. 315.

Portanto, caso o magistrado não entenda pela aplicação das supracitadas medidas cautelares, deve motivar sua decisão neste sentido, apontando situações fáticas e concretas para tanto, pois, como cediço, a falta de justificativa sólida configura nulidade processual absoluta.

A fim de bem fundamentar a aplicação do instituto da prisão preventiva, o magistrado necessita demonstrar estar presente tanto o

fumus comissi delicti quanto o *periculum libertatis*, lastreado em alguma das hipóteses do art. 312 do Código de Processo Penal: garantia da ordem pública; garantia da ordem econômica; conveniência da instrução criminal ou assecuração da aplicação da lei penal.

Ainda deverá demonstrar, por meio de argumentos vinculados ao caso concreto, porque entendeu como insuficiente e ineficaz cada uma das medidas cautelares alternativas à prisão, mandamento esse extraído do art. 282, §6º do Código de Processo Penal. Não se trata de fardo excessivo delegado ao juiz, pois o que está em perspectiva nessas decisões é justamente um dos bens mais caros do patrimônio do indivíduo: sua liberdade. Portanto, todo cuidado é pouco; um Estado Democrático de Direito efetivo deve garantir decisões bem fundamentadas, respeito às garantias processuais e concretização dos direitos fundamentais. Todas essas diretrizes devem ser fielmente seguidas, principalmente na esfera penal, ramo tão suscetível às arbitrariedades.

Fixada a necessidade de fundamentação detalhada, antes de analisarmos os julgados, também é importante levar em conta uma questão que tem despertado discussões: é possível que o Tribunal de Justiça, em sede de *Habeas Corpus*, conceda a ordem para anular a prisão preventiva e, ao mesmo tempo, de ofício, imponha ao paciente medidas cautelares diversas da prisão? Ou deveria a Corte Estadual remeter o processo ao juiz de 1º grau, para que este analisasse a conveniência das demais medidas?

Entendemos que a resposta às questões postas se resolve pela negativa à primeira pergunta. Primeiro pela aplicação analógica, ao tema das medidas cautelares pessoais, do princípio da identidade física do juiz em matéria penal, disposto no §2º, do art. 399, do Código de Processo Penal, resultante da Lei nº 11.719/08. Por ele, o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. A teleologia deste princípio, portanto, indica uma opção pela coerência; deve ser preservada e respeitada a autonomia do juízo originário, figura próxima à produção probatória e documental, que está em contato singular com as partes e com o processo. Ao contrário, o juízo recursal, na vasta maioria das vezes, tem apenas aproximação documental com o processo. Ou seja, julga por informações contidas em papéis. Não deve ser, segundo a lógica, competente para impor medidas cautelares pessoais aos acusados *ex officio*. Essas, mesmo que assim não devesse ser, levando em conta os “modelos de juízes” que se tem nesse “mix” pós-moderno em que se insere o Judiciário brasileiro, ainda detém uma carga altamente

subjetiva e por isso devem ser observadas caso a caso, respeitando-se o binômio necessidade e adequação, sempre harmonizando a proibição do excesso com a proibição de proteção insuficiente. Portanto, entendemos que o Tribunal não é competente para impor as cautelares *ex officio*. Sucede que, como se verá a seguir, os Tribunais, inclusive os superiores, atuam ao arrepio dessas observações.

Serve de parâmetro de análise o quanto sucedeu no *Habeas Corpus* nº 127186/PR³, recentemente julgado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, cuja relatoria ficou a cargo do Min. Teori Zavascki. No *writ* em foco, o juízo de primeiro grau, responsável pela condução dos processos da chamada “Operação Lava-Jato” referente aos réus que não tinham foro por prerrogativa de função, mormente grandes empreiteiros e doleiros envolvidos, decidiu decretar a prisão preventiva de Ricardo Ribeiro Pessoa, presidente da empresa UTC, uma das maiores construtoras do país, a qual atuava no epicentro dos delitos, em tese, praticados.

Para tanto, pautou-se na garantia da ordem pública, ante a gravidade dos crimes supostamente praticados, a fim de “*resgatar a confiança da sociedade no regular funcionamento das instituições*”, na conveniência da instrução criminal, respaldado em eventual ameaça às testemunhas e no risco à aplicação da lei penal - consubstanciado no fato de que as empresas dos presos possuíam sedes em outros países, o que, segundo o magistrado, facilitaria uma possível fuga. Não vamos ingressar no mérito dos argumentos lançados pelo magistrado de primeiro grau, até porque o Supremo já se debruçou sobre eles. Com efeito, o voto do e. Ministro Relator foi no sentido de conhecer e prover o *Habeas Corpus* e ao analisar os motivos do art. 312, afastou o risco à aplicação da lei penal, sob o argumento de que a fundamentação foi genérica e não apresentou fatos concretos a amparar um convencimento minimamente seguro sobre risco de fuga. Quanto à conveniência da instrução criminal, entendeu também ter havido fundamentação genérica, bem como - em que pese tenha reconhecido pontual ameaça a testemunhas - já ter sido concluída a instrução criminal, motivo pelo qual não persistiria o argumento apresentado pelo primeiro grau. Por fim, no tocante à garantia da ordem pública, embora tenha reconhecido a gravidade dos crimes imputados, entendeu o Relator que o argumento de

³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC127186voto.pdf>> Acesso em 01/05/2015.

credibilidade das instituições não era suficiente para imposição do cárcere preventivo mediante o argumento suscitado. Até aqui, tudo bem. Porém, foi além a Suprema Corte, ingressando na análise das medidas cautelares pessoais diversas da prisão. Entendeu a Corte que, *in casu*, as medidas cautelares diversas da prisão seriam efetivas para o bom andamento da ação penal. Desta forma, a Corte aplicou medidas cautelares *ex officio*⁴ sem qualquer luta crítica. A decisão é preocupante, pois serve de parâmetro e modelo a ser seguido pelos demais Tribunais.

Em síntese, no que tange à eventual solução quanto as cautelares *ex officio*, defende-se a anulação da sentença do juiz que olvidou a imposição de medidas cautelares diversas à prisão, e que, após anulado o ato, a decisão volte ao primeiro grau, para que este decida o que melhor convier em sede de cautelares. E se a fundamentação vier novamente “capenga”, ensejará medida em grau recursal.

Não se trata de burocratização do sistema penal, mas respeito aos princípios da ampla defesa e da identidade física do juiz (analogicamente aplicado às cautelares).

2.2. Pesquisa de campo no Tribunal de Justiça do Paraná. Metodologia

Partindo do quanto acima se considerou em termos doutrinários, vejamos agora como o tema vem sendo tratado no âmbito do Tribunal de Justiça do Paraná. Antes, no entanto, é preciso elucidar sucintamente os objetivos e métodos de pesquisa de campo realizados com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná. Os alertas de Salo de CARVALHO (2015, p. 38) foram de grande valia para a realização do estudo,

⁴ Ao deferir o *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal impôs as seguintes medidas: a) afastamento da direção e da administração das empresas envolvidas nas investigações, ficando nas proibido de ingressar em quaisquer de seus estabelecimentos, e suspensão do exercício profissional de atividade de natureza empresarial, financeira e econômica; b) recolhimento domiciliar integral até que demonstre ocupação lícita, quando fará jus ao recolhimento domiciliar apenas em período noturno e nos dias de folga; c) comparecimento quinzenal em juízo, para informar e justificar atividades, com proibição de mudar de endereço sem autorização; d) obrigação de comparecimento a todos os atos do processo, sempre que intimado; e) proibição de manter contato com os demais investigados, por qualquer meio; f) proibição de deixar o país, devendo entregar passaporte em até 48 (quarenta e oito) horas; g) monitoração por meio da utilização de tornozeleira eletrônica.

sobretudo quando este explica a perigosa e reprimível tarefa de utilizar uma parte setorizada da jurisprudência para justificar as conclusões da pesquisa.

A metodologia utilizada é nominada pelo autor como estudo de “correntes jurisprudenciais”⁵. Para tanto, foram selecionadas as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná proferidas após o advento da Lei nº 12.403/11, fruto de pesquisa realizada através da página oficial do referido Tribunal na internet, valendo-nos dos verbetes “*Habeas Corpus*”; “*medidas cautelares diversas da prisão*”, “*prisão preventiva*” e “*Lei nº 12.403/11*”, os quais ajudaram a filtrar decisões relacionadas com as pretensões do estudo. Como resultado, foram obtidas 80 (oitenta) decisões merecedoras de análise.

2.4. Dados obtidos. Uma análise do perfil das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Paraná.

Dos 80 (oitenta) acórdãos de *Habeas Corpus* selecionados, 03 (três) estavam prejudicados, pois, ou a prisão preventiva do paciente havia sido revogada (perda de objeto), ou sobreveio sentença condenatória recorrível, tendo o 2º grau entendido ter havido a cessação da coação ilegal por conta da perda superveniente do objeto.

Dos 77 (setenta e sete) restantes, 48 (quarenta e oito) foram denegados⁶ e 28 (vinte e oito) concedidos⁷. Também é relevante destacar

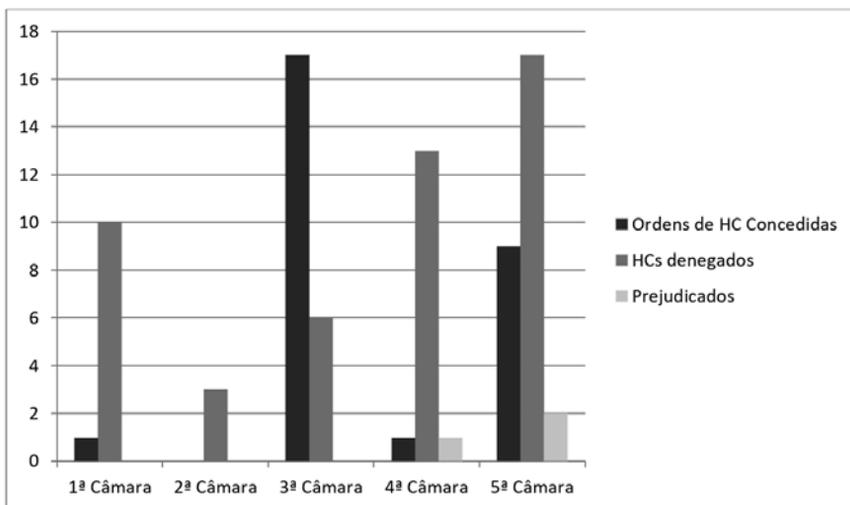
⁵ É explicada pelo autor como uma forma de trabalho pautada por um critério de seleção de julgados representativos de determinado Tribunal alvo da investigação, com delimitação do período de tempo da pesquisa e criação de marcadores (palavras-chave) que permitam selecionar julgados relacionados com o tema da pesquisa.

⁶ HC 1354780-1; HC 1247804-3; HC 1352625-7; HC 1342991-3; HC 1348109-9; HC 1352151-2; HC 1332415-5; HC 1353408-0; HC 1329530-2; HC 1285599-1; HC 1335756-3; HC 1344225-2; HC 1353510-5; HC 1334885-5; HC 1348960-2; HC 1353162-9; HC 1324681-4; HC 1334666-0; HC 1350332-9; HC 1322874-1; HC 1313735-0; HC 1326933-1; HC 1324781-9; HC 1349539-1; HC 1353324-9; HC 1322251-8; HC 1342803-8; HC 1344102-4; HC 1338313-0; HC 1317557-2; HC 1278066-6; HC 1332527-0; HC 1334348-7; HC 1334719-6; HC 1319167-6; HC 1324177-5; HC 1330830-4; HC 1331949-2; HC 1333053-9; HC 1334898-2; HC 1324650-9; HC 1325187-5; HC 1328906-2; HC 1343348-6; HC 1333007-7; HC 1334107-6; HC 1285356-6; HC 1323897-8 e HC 1334470-4.

⁷ HC 1323024-5; HC 1358860-0; HC 1331761-8; HC 1341495-2; HC 1357464-4; HC 1356594-3; HC 1350586-7; HC 1326689-8; HC 1330217-1; HC 1338154-1; HC 1351821-5; HC 1320338-2; HC 1343013-8; HC 1325096-9; HC 1324809-2; HC 1335936-1; HC 1324328-2; HC 1327161-9; HC 1324832-1; HC 1338750-3; HC 1337478-2; HC 1344185-3; HC 1344744-2; HC 1342806-9; HC 1344226-9; HC 1328308-6; HC 1345092-7 e HC 1344141-1;

que, no universo de 80 (oitenta) acórdãos, 77 (setenta e sete) decisões colegiadas foram julgadas de forma unânime, e apenas 03 (três) por maioria.

O gráfico a seguir, elaborado estritamente com os resultados obtidos pela pesquisa, demonstra a disposição desses números pelas 05 (cinco) Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Paraná:



Antes de realizar uma leitura dos dados obtidos, importante pontuar as competências de cada uma das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Paraná, por tratar-se de informação pertinente inclusive para fins de futura interpretação gráfica. Tais competências foram obtidas conforme o Regimento Interno⁸ deste Tribunal.

A 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná, de acordo com o art. 93 do referido regimento, julga os crimes contra a pessoa (exceto os contra a honra), os crimes militares definidos em lei e os processo oriundos do Conselho de Justificação da Polícia Militar.

À 2ª Câmara Criminal compete julgar infrações penais imputadas a Prefeitos Municipais, os crimes contra a administração pública, os crimes contra a fé pública, a honra, a incolumidade pública, a ordem tributária e econômica, as relações de consumo e falimentares, os crimes ambientais, e

⁸ Disponível em <<https://www.tjpr.jus.br/regimento-interno>>. Acesso em 31/08/2015.

ainda as demais infrações penais, na proporção de metade do que delas for distribuído, à 3ª, 4ª e 5ª Câmaras Criminais e os atos infracionais previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

No que tange à competência da 3ª, 4ª e 5ª Câmara Criminal, a elas compete julgar processos referentes a crimes contra o patrimônio, a dignidade sexual, a paz pública, infrações penais relativas a tóxicos e entorpecentes, além das demais infrações penais (competência residual).

Auxiliando na interpretação gráfica, vale registrar que foram coletados 11 (onze) acórdãos de HC na 1ª Câmara Criminal, sendo que 10 (dez) ordens foram denegadas e apenas 01 (uma) foi concedida. Na 2ª Câmara, foram apreciadas 03 (três) ações de *habeas corpus* criminais e todas foram denegadas. O baixo número aqui, se comparado com as demais Câmaras, pode ser debitado à diferença de competência material e à seletividade do Direito Penal que não costuma atuar com a mesma severidade em crimes do colarinho branco (próprios da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Paraná).

Já a 3ª Câmara Criminal, competente para a, assim chamada, “criminalidade de rua” (furto, roubo, estupro, tráfico de drogas, etc.), foi a que mais deferiu ordens de *Habeas Corpus*: 17 (dezessete) concedidas e apenas 06 (seis) denegadas. Inversamente, a 4ª Câmara, de igual competência material, proveu apenas 01 (uma) ordem, julgou outra prejudicada e denegou 13 (treze). Por fim, coletou-se 28 (vinte e oito) acórdãos da 5ª Câmara Criminal, que também possui idêntica competência material, dos quais 02 (dois) foram julgados prejudicados, 09 (nove) ordens foram concedidas e 17 (dezessete) denegadas.

Portanto, já de início é possível dizer que quando analisadas comparativamente as três Câmaras Criminais de igual competência material, observa-se evidente discrepância nos dados obtidos, revelando que a Terceira Câmara Criminal apresenta postura mais liberal se comparada às duas outras Câmaras do mesmo Tribunal.

Ainda vale destacar que em 22 (vinte e duas) das 28 (vinte e oito) ordens concedidas foram aplicadas medidas cautelares diversas da prisão *ex officio* pelo Tribunal de Justiça do Paraná, revelando que a posição do Supremo Tribunal Federal acima referida fez escola. Esse resultado também evidencia que a Corte procede à aplicação quase que automática, sem crivo crítico, das cautelares diversas da prisão quando da análise de *Habeas Corpus*, isto é, até determina a soltura do paciente, mas invariavelmente impõe medidas

cautelares diversas da prisão. Vale considerar que nos únicos 06 (seis) casos em que essas medidas cautelares não foram aplicadas, a soltura do paciente foi devida ou à revogação por excesso de prazo ou ao relaxamento da prisão por flagrante ilegalidade.

2.5. Considerações críticas dos julgados

Um dos aspectos mais marcantes na análise dos acórdãos selecionados está relacionado ao (não) cumprimento dos requisitos necessários à segregação preventiva, particularmente quanto às justificativas relacionadas às circunstâncias elencadas no art. 312 do Código de Processo Penal.

A hipótese mais utilizada nos julgados colhidos foi a da garantia da ordem pública. Não é preciso muito esforço para compreender que essa é uma expressão extremamente vaga, imprecisa semanticamente e maleável, sendo - por vezes - utilizada à margem da legalidade. A abertura semântica da expressão, não raras vezes, facilita a prevalência da discricionariedade do magistrado, notadamente daqueles que ainda operam sua forma de compreender o mundo na linha da Filosofia da Consciência, alicerçada em suas impressões pessoais acerca do acusado. Seja com for, nos casos analisados, a ordem pública foi sempre referida nos moldes admitidos pelas Cortes Superiores, isto é, levando em conta a concreta probabilidade de reiteração de comportamento delitivo, ainda que, em determinados casos, isso possa ser lido como jogo retórico, como se vê, por exemplo, do HC 1328906-2, 4ª Câmara Criminal, no qual, ao denegar a ordem de *Habeas Corpus* num caso de prisão preventiva decretada em eventual crime de roubo (art. 157, CP), a Corte atestou o seguinte, *ipsis litteris*:

Já em relação ao segundo aspecto, o douto Magistrado singular indicou um dos requisitos do art. 312 do CPP, qual seja, a necessidade de resguardo da ordem pública, evidenciada pela real periculosidade do agente, que, mediante uso ostensivo de arma de fogo, teria, em tese, praticado o delito em comento.⁹

A crítica, aqui, implica em que dizer que a Corte não considerou o fato de o emprego de arma do fogo no crime de roubo já ser positivado como majorante (art. 157, §2º, I, do Código Penal), e, assim, justificar o ergástulo preventivo com base nesse argumento é desvirtuar a lógica do sistema

⁹ TJ/PR. HC 1328906-2. Rel. Renato Naves Barcellos. 4ª Câmara Criminal. DJ 19/03/2015.

penal. Com efeito, pela tônica do julgado, todo acusado de roubo “armado” deveria obrigatoriamente ter sua liberdade constricta. Decerto que não é esse o mandamento do ordenamento pátrio, o qual acertadamente, atento à tênue linha entre o encarceramento antes da condenação e o princípio da presunção de inocência, trata a prisão preventiva como *ultima ratio*.

Ao lado da garantia da ordem pública, também se observou que considerável parte das decisões de decretação de prisão preventiva em 1º grau referiram à necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, instituto que deve ser reservado aos casos nos quais há risco concreto, pautado numa situação fática específica, que permita considerar provável uma eventual fuga do acusado no curso do trâmite processual penal.

De modo geral, as hipóteses de cabimento destes institutos (do art. 312 do CPP) estão bem compreendidas e delineadas pelo órgão julgador, sendo possível dizer que há satisfatório acerto do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná nesse ponto.

Partindo para uma análise mais focada na aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, vislumbra-se, em primeiro apanhado, dois grandes problemas: falta de fundamentação apropriada quando do não cabimento das medidas cautelares diversas da prisão e a imposição acrítica e de ofício de cautelares pelo segundo grau.

Dos 49 (quarenta e nove) acórdãos denegatórios de *Habeas Corpus* analisados, apenas 01 (um)¹⁰ fundamentou de forma mais detalhada o afastamento da aplicação das cautelares do art. 319. No entanto, este julgado isolado ainda é digno ainda de ressalvas, pois, apesar de mais rico em argumentos (se comparado aos demais), ainda padece de relativa generalidade.

De resto, as outras 48 decisões (quarenta e oito) consubstanciam-se em uma coletânea de “colagens” de fundamentos, ou seja, os julgados - no geral - seguem um mesmo “esqueleto redacional”, com argumentos padronizados.

Além disso, a argumentação “média” de decretação da prisão preventiva padece de abstração e generalidade nas decisões, contrárias à elementar necessidade de motivação das decisões judiciais, corolário dos arts. 93, IX e 5º, LXI, ambos da Constituição Federal, bem como dos arts.

¹⁰ HC 1351821-5.

282, §6º e 315, do Código de Processo Penal. Se a motivação, que é uma das balizas do poder de punição do Estado, pois evita o surgimento de decisões arbitrárias, não consegue seguir as exigências de coerência e integridade vinculadas à necessária circularidade hermenêutica com o princípio da presunção de inocência, isso é, no mínimo, preocupante.

O correto proceder do juízo, então, seria no sentido de explicar, de forma concreta, aliada às circunstâncias do caso em apreço - do porquê de, ali, não caberem medidas cautelares diversas da prisão. Como já explicitado, essa minuciosa exposição é corolário da lógica de preservação da liberdade do indivíduo até o trânsito em julgado, eis que a liberdade é regra e a prisão preventiva exceção.

Outro ponto de suma importância é a necessidade de honestidade hermenêutica por parte do intérprete. Da literalidade do art. 282, §6º, entende-se que a prisão preventiva só será cabível quando insubstituível por alguma medida cautelar diversa da prisão.

Partindo desse ponto, não pode o magistrado dar sentido próprio ao artigo, afirmando que a prisão preventiva é alternativa ao apreço das medidas cautelares. Não pode falar, em síntese, que em um cenário de dúvida cabe ao juiz escolher se segrega a liberdade do indivíduo ou impõe as ditas cautelares. É certo que, em âmbito acadêmico, ainda se discute muito os limites da atuação do juiz; dos limites que se visa impor à possibilidade do chamado "ativismo judicial". Todavia, dar um sentido - como presente em uma decisão específica¹¹ - absolutamente contrário à compreensão hermenêutica da norma circularmente condicionada pelos princípios constitucionais, que devem servir como mecanismo de fechamento (e não de abertura) da interpretação, por vezes consubstancia uma opção solipsista¹², no pior sentido da expressão.

¹¹ HC 1352625-7.

¹² O paradigma filosófico da consciência, de Immanuel Kant, confere uma proeminência à figura do sujeito. Esse entendimento decerto que gera o chamado sujeito solipsista, aquele que se basta, detentor (e produtor) dos sentidos. Todavia, em que pese não haver superação de sistemas filosóficos, hoje parece mais democrático o paradigma da linguagem, desde Ludwig Wittgenstein, passando por Heidegger e Gadamer, com a precisa contribuição para o Direito dada pela Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck, em que o sentido e os limites do entendimento estão não no objeto (paradigma ontológico) e nem no sujeito (paradigma da consciência), mas nos jogos de linguagem e na pré-compreensão estruturante. Os impactos do paradigma da consciência foram tão profundos para a sociedade ocidental em especial que, ainda hoje, muitos sujeitos ainda estão presos em ideais solipsistas, muitas vezes sem saber disso; pela análise de algumas decisões, parece o caso de alguns juízes.

2.6. Ponderações finais

Após percorrer os novos aspectos teóricos trazidos pela Lei nº 12.403/11 e adotar o método de seleção de julgados (correntes jurisprudenciais) do Tribunal de Justiça do Paraná, observando de forma crítica como a lei vem sendo aplicada por este órgão, abre-se espaço para algumas conclusões referentes ao tema.

Da pesquisa realizada foi possível identificar que as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ainda não unificaram o entendimento acerca das novas disposições trazidas pela Lei nº 12.403/11, possuindo variações de interpretação que mereceriam melhor uniformização interna, pois acabam deixando os acusados à mercê de uma verdadeira “loteria” judiciária. Ao menos a impressão que passa é que dependendo de qual Câmara o paciente tiver seu *Habeas Corpus* distribuído ele pode ser solto ou ficar preso.

Com efeito, surpreende a disparidade no número de *Habeas Corpus* concedidos na comparação entre as Câmaras. De todas elas destacam-se os dois maiores extremos: enquanto a 4ª Câmara Criminal concedeu apenas 01 (uma) ordem de HC entre 14 (quatorze) analisadas, a 3ª Câmara Criminal concedeu 17 (dezessete) e denegou apenas 6 (seis). Rememore-se que essas Câmaras Criminais detém a mesma competência material, ou seja, a discrepância dos resultados não é fruto das particularidades dos tipos penais julgados, mas de fatores outros, os quais convêm ponderar.

Analisando os julgados não encontramos uma explicação única e incontestada para essa desproporção, o que permite especular algumas das prováveis causas: em primeiro lugar pode estar pesando a diferença de perfil dos julgadores da 3ª e da 4ª Câmara. Isso não significa necessariamente que a 4ª Câmara seja composta de desembargadores com linha mais “punitivista” e a 3ª por Desembargadores mais “garantista”, como apressadamente alguém poderia sentenciar, pois estes rótulos, por si só, implicam em desconsiderar a complexidade que eles mesmos representam quando analisados à luz de inúmeros julgados. Talvez seja melhor considerar que algo equivalente ao inconsciente coletivo de cada Câmara possa estar a operar e servir de fator determinante. Uma coisa é certa: as Câmaras Criminais atuam com resultados muito discrepantes entre si e, assim, parecem estar dando interpretações diferentes a determinados dispositivos do Código de Processo Penal, flexibilizando ou enrijecendo regramentos, o que definitivamente é um

obstáculo ao modelo ideal de democracia, pois o Direito Penal é orientado pelo princípio da legalidade estrita, não cabendo ao intérprete realizar juízos arbitrários de normas, principalmente quando tal juízo descambe no prejuízo da liberdade dos acusados. Por fim, considera-se a tese menos provável: que tudo seja obra do acaso e que os grupos de casos julgados por uma das Câmaras sejam de casos coincidentemente mais graves se comparados aos da outra. Essa, no entanto, seria uma justificativa pouco crível, pois foram coletados dezenas de julgados e, se avaliados os próprios teores dos acórdãos, perceberá que não apontam para uma disparidade tão marcante, mas, paradoxalmente, apontam para respostas diferentes.

Ou seja, não há entendimento unitário sobre as novas disposições acerca das medidas cautelares diversas da prisão para os desembargadores do referido Tribunal, fator que provoca insegurança jurídica.

Mas dos aspectos que mais chamaram a atenção na pesquisa, destacamos dois problemas principais: a falta de fundamentação adequada para afastar a aplicação de medidas cautelares diversas à prisão - eis que se defende uma análise pormenorizada de cada cautelar, e não uma leitura genérica dos institutos - e a aplicação *ex officio*, por todas as câmaras criminais (a Corte estadual segue, aqui, a orientação do Supremo Tribunal Federal) das referidas cautelares.

Ainda é sintomático o fato de que decisões contenham trechos entendendo que a imposição de medidas cautelares diversas da prisão somente seria possível quando não for caso de prisão preventiva; ou seja, se estiverem presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, à luz do entendimento do Tribunal, o juiz não seria obrigado a apreciar a eventual possibilidade de aplicação das cautelares. Esse entendimento é flagrantemente contrário às disposições da Lei nº 12.408/11, pois o artigo 282, §6º do Código de Processo Penal não deixa dúvidas quanto ao fato de que a prisão preventiva é subsidiária às cautelares, é verdadeiramente a *ultima ratio* do processo penal.

Enfim, o que se percebe no geral é que há uma dificuldade do intérprete em enxergar o novo com os olhos do novo. Para concretizar um sistema que se oriente pela baliza de proibição de excesso é fundamental uma nova mentalidade a todos os personagens participantes, sejam juízes, delegados, advogados, legisladores, juristas e membros do Ministério Público.

3. Referências Bibliográficas

CARVALHO, Salo de. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FREITAS, Jayme Walmer de. *Prisão cautelar no direito brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da lei nº 12.403/11*. São Paulo: Atlas, 2013.

STRECK, Lenio. A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico. *Doutrina*, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/criminal/doutrina/id385.htm>>. Acesso em: 9 nov. 2015.

LEITURAS ADICIONAIS EM NOSSA BIBLIOTECA

ALVES, Elaine Martins de Sousa Alves; VILELA, Tiago Guimarães. A natureza jurídica da prisão preventiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 941, p. 177-198, mar. 2014.

BRANDÃO, André Luis da Luz; OLIVEIRA FILHO, Enio Walcácer de. Os números da (in)justiça penal nas prisões provisórias de Palmas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 106, n. 977, p. 345-362, mar., 2017.

MORAIS, Paulo Iász de. A efetividade do princípio da presunção de inocência diante da nova lei de prisão e medidas cautelares n. 12.403, de 04.05.2011. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 11, n. 69, p. 9-16, ago./set. 2011.

Conversão da ação individual em ação coletiva: análise do conteúdo do artigo 333 do CPC/2015, das razões do veto da Presidente da República e do aproveitamento do instituto no atual sistema processual

Conversion from individual in collective action: analysis of the content from the article 333 in CPC/2015, the reasons of the veto of the President of the Republic and the use of the institute on current procedural system

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Das demandas individuais à coletivização processual; 3. Técnicas individuais de repercussão coletiva e técnicas coletivas de repercussão individual; 4. Da conversão da ação individual em ação coletiva; 4.1. Pressupostos para conversão da ação individual em coletiva; 4.2. Legitimidade; 4.3 Pedidos veiculados pela ação individual capazes de conversão em ação coletiva; 5. Considerações finais; 6. Referências Bibliográficas.

* Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Promotor de Justiça no Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Membro colaborador da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Paraná. E-mail: eduardocambi@hotmail.com

** Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Advogado. E-mail: mvfmarcos@hotmail.com

RESUMO: O presente trabalho busca difundir o processo coletivo como instrumento para a melhoria da prestação jurisdicional. Também pretende a concretização das garantias constitucionais do direito processual brasileiro, corolários do devido processo legal coletivo, a partir de uma análise da conversão da ação individual em ação coletiva. Tal sugestão estava presente originalmente no artigo 333 do Código de Processo Civil de 2015 (NCPC), cuja inovação foi vetada pela Presidência da República. Para tanto, utiliza-se do método analítico de decomposição do instituto para analisar melhor cada especificidade. A conversão da demanda individual em demanda coletiva, prevista no texto vetado do NCPC, traria grandes conquistas a efetivação da justiça qualitativa, prestada de forma célere e efetiva. Assim, verifica-se a inconsistência do veto, uma vez que o instituto não estava mal disciplinado e permitia a convivência harmônica das técnicas de tutela coletiva de direitos com repercussão individual com as técnicas individuais de repercussão coletiva na sistemática processual civil brasileira. A partir da análise do incidente de coletivização, procura-se verificar em que medida tal instituto ainda pode ser aproveitado no atual sistema processual brasileiro.

ABSTRACT: *This study aims to spread the collective process as an instrument to the improvement of jurisdictional assistance and implementation of the constitutional principles of the Brazilian procedural law, corollaries of collective due process, on the basis of the analysis of conversion from individual in collective action, presents originally on article 333 of Civil Procedure Code of 2015, which was vetoed by the Presidency of the republic. Therefore, the analytical method of decomposition institute is used to better analyze each specificity. As the institute was regulated, the conversion from individual in collective action would bring great achievements to qualitative justice enforcement. Accordingly, there is inconsistency in Presidency's veto, considering the institute wasn't weak disciplined and there was the need for harmonious coexistence of rights collective protection techniques with individual techniques of collective repercussion on Brazilian civil procedure system.*

PALAVRAS-CHAVE: Processo coletivo; Conversão da ação individual em ação coletiva; Veto ao Código de Processo Civil de 2015.

KEYWORDS: *Collective process; Conversion from individual in collective action; Veto on the Civil Procedure Code of 2015.*

1. Introdução

O Poder Judiciário brasileiro se depara com a explosão dos conflitos de massa, oriundos do desenvolvimento da sociedade e dos contratos de adesão, sendo que algumas grandes empresas utilizam-se da lentidão do sistema processual para obterem lucros, em prejuízo de direitos dos consumidores.

Aliás, pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça em 2011 apontou que, entre os 100 (cem) maiores litigantes do Brasil, estavam os bancos (38%) e o setor de telefonia (8%)¹.

Com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito e da consequente afirmação de garantias e direitos fundamentais, dentre eles o acesso à justiça, a porta de entrada do Poder Judiciário é dilatada dia após dia, sem que a porta de saída acompanhe tal desenvolvimento. Em 2015, o número de processos em tramitação na justiça brasileira passou de 100 (cem) milhões, sendo que o índice de atendimento à demanda (IAD), que mede a capacidade do Poder Judiciário de julgar o volume de processos, é inferior a 100%, o que significa que a cada ano os processos que ingressam no sistema são mais numerosos que os que dele saem².

Esse acúmulo de processos pode ser explicado por diversos fatores, dentre eles a cultura individualista proveniente do Estado Liberal, que têm seus reflexos na sistemática processual civil brasileira. Com isso, processos prolongam-se e eternizam demandas idênticas no Poder Judiciário, as quais poderiam ser coletivamente tratadas, de modo que os direitos pleiteados teriam maior efetividade.

Com a constante afirmação dos direitos fundamentais e desenvolvimento pós-positivista do Direito, o Poder Judiciário entrou em crise, pois, ao mesmo tempo em que houve a expansão da litigiosidade e

¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 100 maiores litigantes. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2016.

² Idem. *Número de processos baixados no Poder Judiciário cresce pelo 4º ano seguido*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80431-numero-de-processos-baixados-no-poder-judiciario-crece-pelo-4-ano-seguido>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

a ampliação do acesso à justiça, não se conseguiu atender adequadamente essas demandas³.

Tão importante quanto promover o acesso à justiça é melhorar a qualidade da prestação jurisdicional, por meio da atenção às pretensões constitucionais de uma justiça célere, adequada, econômica e efetiva.

Dessa forma, é importante buscar a máxima efetividade do processo coletivo, pois pode atuar na redução dos custos processuais e na melhoria da prestação jurisdicional do Estado, bem como na harmonização dos conflitos. A ampliação dos mecanismos de resolução coletiva dos direitos contribui para a uniformização dos julgamentos, o aumento da credibilidade do Poder Judiciário, a efetivação da justiça qualitativa a ser prestada de forma célere e efetiva, bem como para a melhor concretização de direitos fundamentais.

O objetivo central do presente trabalho é discutir o veto da Presidente da República, ao artigo 333 do NCPC, que regulamentava o incidente de conversão da ação individual em ação coletiva e era o mais importante mecanismo de difusão do processo coletivo no novo Código de Processo Civil, bem como se o incidente de coletivização pode ser aproveitado na atual sistemática processual.

2. Das demandas individuais à coletivização processual

A tutela de direitos pelo ordenamento jurídico brasileiro na vigência do Código de Processo Civil de 1973 se sustentava em um sistema processual civil intimamente individualista.

Como regra, somente ao titular do direito era garantida a possibilidade de pleiteá-lo por meio de uma ação judicial, conforme se extrai do artigo 6º do revogado Código de Processo Civil de 1973: *“Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”*. Nesse sentido, a forma de prestação jurisdicional foi estruturada para a tutela de direitos subjetivos individuais, por meio de demandas propostas

³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 624-634.

pelo próprio detentor do direito, com exceção da legitimação extraordinária em que ocorre a substituição processual da parte⁴.

Tal modelo é reflexo do ideário liberal presente no Código Civil de 1916, de forte cunho individualista, com prevalência da propriedade e da autonomia da vontade, em que, além de ter contornos patrimoniais, não previa a possibilidade da tutela coletiva de um direito, mas o restringia ao âmbito individual. Ante os princípios norteadores da legislação material, a lei processual convergiu seus instrumentos para a tutela de interesses individuais.

Em virtude disso, inexistiam no CPC/73 instrumentos adequados para a tutela coletiva de direitos, salvo alguns institutos tradicionais do direito processual que permitiam, de certa forma, “coletivizar” a tutela jurisdicional, como o litisconsórcio. Logo, tanto os direitos difusos e coletivos não possuíam meios para a sua proteção, quanto menos os direitos individuais homogêneos.

Conforme Mauro Cappelletti e Bryan Garth:

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.⁵

Esse panorama individualista, presente no Código Civil de 1916, timidamente começou a se modificar com as discussões dos ideários do *Welfare State*, em que o Estado atua como agente da promoção social e organizador da economia, garantindo ao indivíduo o direito a um conjunto

⁴ Nesta mesma toada, manteve-se o CPC/2015, que assim dispõe: “Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único: Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.”

⁵ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 49-50.

de bens e serviços a serem prestados diretamente pelo Estado, ou indiretamente, por meio da regulamentação da sociedade civil.

O Estado Social refletiu seus efeitos já em 1943 na elaboração da Consolidação das Leis do Trabalho, em que os dissídios coletivos potencializavam a resposta jurisdicional, mediante a abrangência da eficácia da decisão a determinada categoria laboral ou patronal. No entanto, como mencionado, tais evoluções sociais não tiveram eco na elaboração do CPC/1973, que não dispunha de meios e de formas de tutela dos direitos coletivos *lato sensu*.

Após a elaboração do CPC/1973, pode-se apontar três fases modificativas da sistemática processual civil com o fim de implementar a tutela coletiva de direitos⁶. A primeira fase ocorreu a partir de 1985, com a Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), e foi intensificada com a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), com a introdução de instrumentos no ordenamento jurídico destinados a dar curso a demandas de natureza coletiva, a tutelarem direitos e interesses transindividuais e a protegerem a ordem jurídica abstratamente considerada. A segunda fase foi iniciada em 1994 e buscou aperfeiçoar os mecanismos já existentes no CPC/1973 às novas exigências sociais, com efeitos, inclusive, na Reforma do Judiciário realizada pela Emenda Constitucional 45/2004.

A terceira fase se refere ao CPC/2015, que sobre tutela “coletiva” apenas tratou a fundo sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas e sobre o recurso extraordinário e especial repetitivo, tendo sua principal inovação na perspectiva instrumental do processo coletivo *stricto sensu*, a conversão da ação individual em ação coletiva, sido vetada, de forma inconsistente, pela Presidência da República⁷. O novo Código de

⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2005, p. 5. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2016.

⁷ Por meio da mensagem nº 56, de 16 de março de 2015, comunicou-se as razões do veto do artigo 333 e inciso XII do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, que disciplinavam acerca da conversão da ação individual em ação coletiva: “*Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB*” (BRASIL. Mensagem nº 56, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm>. Acesso em: 15 nov. 2016).

Processo Civil disciplinou o processo coletivo apenas de forma esparsa e mediante remissões à legislação especial, sem as inovações aguardadas pela comunidade jurídica⁸.

Não obstante o veto ao artigo 333 do CPC/2015, extirpando o instituto do ordenamento jurídico brasileiro, cumpre ao presente trabalho estudar suas nuances, a fim de entender a conversão da ação individual em ação coletiva tal como disciplinada e aprimorá-la, com vistas a possibilitar sua incorporação posterior ao ordenamento jurídico brasileiro⁹.

Afinal, um maior grau de racionalidade no manejo dos instrumentos processuais coletivos otimizaria o trabalho judicial, promoveria o acesso à ordem jurídica justa, reduziria a morosidade processual, incentivaria o cumprimento voluntário do direito pelas partes, além de prestigiar a eficiência na prestação judicial.

3. Técnicas individuais de repercussão coletiva e técnicas coletivas de repercussão individual

Dentre as razões do veto da conversão da ação individual em ação coletiva, apontou-se o fato de o novo Código de Processo Civil já contemplar mecanismos para tratar as demandas repetitivas, o que aponta para uma suposta prevalência das técnicas individuais de repercussão coletiva sobre as técnicas coletivas de repercussão individual no CPC/2015.

⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. O processo coletivo e o Código de Processo Civil de 2015. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 189.

⁹ Cumpre saber do disposto no parecer da Comissão Temporária do Código de Processo Civil do Senado Federal, ao dispor: “Em primeiro lugar, é de erguerem-se suspeitas sobre a constitucionalidade dessa ferramenta processual, que, mesmo contra a vontade do autor da ação – o que parece arranhar o princípio constitucional do acesso à justiça –, transformará o pleito individual em uma ação coletiva. Em segundo lugar, a discussão acerca da tutela coletiva de direitos tem foro legal próprio, diverso do Código de Processo Civil. O tema atinente à conversão de ações individuais em coletivas deve ser cultivado em outras iniciativas legislativas, que versem sobre processo coletivo.”. BRASIL. *Parecer da Comissão Temporária do Código de Processo Civil, sobre o Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=157517&tp=1>>. Acesso em: 07 jul. 2016. Percebe-se, pois, desde seu projeto, o desinteresse em disciplinar adequadamente o processo coletivo no novo CPC.

As técnicas individuais de repercussão coletiva são instrumentos processuais que, embora destinados a ações individuais, são aplicados a demandas repetitivas com uma mesma questão jurídica a ser resolvida, de modo que o objeto seja apreciado, por amostragem, uma única vez e seja aplicado aos diversos processos¹⁰. Tem-se, como exemplo, o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 a 987 do CPC) e o recurso especial e extraordinário repetitivo (arts. 927, inc. III, e 1.036 a 1.041 do CPC).

As técnicas coletivas de repercussão individual são aquelas que tratam dos direitos subjetivos individuais repetitivos, sob a forma coletiva. A homogeneidade do direito ou interesse individual proveniente de uma origem comum gera uma massificação de relações jurídicas que, em razão do elevado número de partes no processo, torna possível a substituição processual dos envolvidos por um ou vários interessados, sendo defendidos na sua totalidade por meio de um processo coletivo. Utiliza-se, para tanto, o microsistema processual coletivo, formado por diversos diplomas legais, sobretudo pela Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347 de 1985) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 1990).

Dessa forma, o CPC/2015 mitigou o uso da tutela coletiva de direitos com repercussão individual, ampliando o espaço de atuação das técnicas individuais de repercussão coletiva. São louváveis os objetivos do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinários e especiais repetitivos no afã de racionalizar a atividade judicial; porém, ambas as técnicas processuais devem conviver harmonicamente, sem que uma se sobreponha a outra.

Infelizmente, com o veto ao artigo 333 do CPC/2015, em vez de se aprimorar as ações coletivas, o alcance e a eficácia do NCPC ficou reduzida especialmente ao incidente de resolução de demandas repetitivas¹¹.

¹⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Porque estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos?. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 624.

¹¹ ROQUE, Andre Vasconcelos. As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos? In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC. v. 8. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 179.

4. Da conversão da ação individual em ação coletiva

Para a elaboração do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, instituiu-se uma Comissão de Juristas designada pelo Senado Federal, por meio do Ato n. 379 de 30 de setembro de 2009, do Presidente do Senado Federal, que antes da elaboração da redação dos dispositivos do novo Código tomou algumas decisões para melhor direcionar os trabalhos.

Dentre essas decisões, logo no artigo 1, denominado de Parte Geral, inciso K, posicionou-se a Comissão no sentido de *“Não incluir no novo Código, o processo coletivo, em tramitação no Congresso Nacional, bem como os processos e procedimentos previstos em leis especiais”*¹².

No entanto, durante a tramitação do processo legislativo, surgiu o incidente de conversão da ação individual em ação coletiva, que passou a integrar o Relatório Final da Comissão Especial da Câmara dos Deputados¹³.

4.1. Pressupostos para conversão da ação individual em ação coletiva

Kazuo Watanabe propôs a técnica de conversão da ação individual em ação coletiva, que foi incorporada ao Projeto do novo CPC, com a exigência de dois pressupostos para sua formação: a) relevância social; e b) dificuldade de formação do litisconsórcio.

A relevância social, por ser um conceito jurídico indeterminado, exigiria considerações valorativas concretas do magistrado, a partir da análise da conjuntura e da abrangência do caso concreto. Nessa interpretação, o magistrado deveria considerar os valores e as normas fundamentais do processo civil, extraídas diretamente da Constituição da República Federativa do Brasil, tal qual dispõe o artigo 1º do CPC/2015.

¹² BRASIL. Senado Federal. *Decisões acerca das proposições temáticas*. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_Reuniao_PARA_grafica.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2016.

¹³ *“Acrescenta-se um novo capítulo, a dispor sobre a conversão da ação individual em ação coletiva. Acolhe-se a proposta de Kazuo Watanabe, no sentido de criar um incidente de transformação de ação pseudoindividuais em ações coletivas. Trata-se de técnica de racionalização da função jurisdicional e de prestígio à isonomia.”* BRASIL. Câmara dos Deputados. Relatório Final. p. 201. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>. Acesso em: 26 ago. 2016.

Um conceito indeterminado possui conteúdo impreciso, mas suas consequências jurídicas podem ser estabelecidas no caso concreto. Eros Roberto Grau, mesmo ao criticar o uso da expressão “conceito jurídico indeterminado”¹⁴, em razão do equívoco em definir um “conceito” como vago ou impreciso, afirma que os “conceitos indeterminados” possuem “termos” ambíguos ou imprecisos, especialmente imprecisos, razão pela qual precisam ser preenchidos com dados extraídos da realidade. O parâmetro para tal preenchimento seria as considerações sobre as concepções políticas predominantes, que variam conforme as forças sociais e o contexto em que está inserido¹⁵. Assim, a expressão jurídica relevância social possui significação determinável.

Aliás, consoante o disposto no artigo 489, § 1º, inciso II, do CPC/2015, existe a necessidade de se explicitar o motivo da incidência do conceito jurídico indeterminado no caso concreto, ao se fundamentar qualquer decisão judicial, sob pena de nulidade.

A materialidade dos conceitos jurídicos indeterminados deve ser preenchida à luz dos princípios e garantias constitucionais, para ser capaz de produzir resultados de acordo com os direitos fundamentais, sob uma perspectiva positiva¹⁶. Assim, o Estado-juiz deve levar em consideração: a razoável duração do processo, enquanto respeito à dignidade da pessoa humana, como expressão do acesso à justiça célere e efetiva; a desobstrução dos órgãos judiciais, por meio da diminuição das demandas com pedido idêntico; a garantia de uma racionalização das decisões jurisdicionais, com isonomia dos atores processuais e a extinção de decisões conflitantes; e, enfim, buscar a máxima efetividade da tutela jurisdicional.

O segundo pressuposto, previsto no art. 333 do NCP, era a

¹⁴ “A indeterminação a que nos referimos, na hipótese, não é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de suas expressões (termos); logo, mais adequado será referirmo-nos a termos indeterminados de conceitos, e não a conceitos (jurídicos ou não) indeterminados. [...] Assim, a reiteradamente referida indeterminação dos conceitos não é deles, mas sim dos termos que os expressam. Ainda que o termo de um conceito seja indeterminado, o conceito é signo de uma significação determinada. E de urna apenas significação” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 196-197).

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 240.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 473.

dificuldade na formação de litisconsórcio ativo. Referia-se à dificuldade, e não impossibilidade, de um desenvolvimento processual célere e eficiente, sobretudo em razão do número elevado de litigantes reunidos no polo ativo da demanda, o que prejudicaria a participação de todos e a prestação da tutela jurisdicional eficiente.

A numerosidade de litigantes reunidos no processo individual é o mais significativo critério para preenchimento desse segundo pressuposto. Porém, não o único, pois o grande número de litigantes é apenas um indício da inconveniência na constituição do litisconsórcio. Devem-se analisar, também, outras circunstâncias fáticas, tais como: a antieconomicidade das demandas individuais ou da intervenção em processo alheio já instaurado, a dificuldade de identificação ou localização dos membros do grupo que se reuniriam no litisconsórcio ativo e a possibilidade de que a reparação de um ilícito pleiteado possa atingir pessoas no futuro e ainda desconhecidas¹⁷.

Porém, conforme o Enunciado n. 37 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, seria presumida a relevância social na hipótese do inciso I do art. 333 do CPC/2015, sendo dispensável a verificação da dificuldade de formação do litisconsórcio.

Assim, verificada a presença *alternativa*¹⁸ dos pressupostos da relevância social e da dificuldade na formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento dos legitimados, poderia converter em coletiva a ação individual que veiculasse determinados pedidos. O litígio passaria a ser tratado sob uma estrutura molecular, enquanto fenômeno do processo coletivo, decorrente da natureza comum da lesão aos direitos postos em juízo. Dessa maneira, o instituto previsto no artigo 333 do NCPC seria capaz de transpor a estrutura atomista/individualizada e, destarte, minimizar uma importante causa da sobrecarga de serviço no Judiciário¹⁹.

Com efeito, a conversão das ações individuais em coletivas do artigo 333 do NCPC se harmonizava com o princípio da máxima amplitude e da

¹⁷ SOUZA, Artur César de. Conversão da demanda individual em demanda coletiva no novo CPC. *Revista de Processo*. vol. 336. n. 236. ano 39. out. 2014, p-222-223.

¹⁸ Pelo Enunciado n. 38 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, “Os requisitos de relevância social e de dificuldade de formação do litisconsórcio são alternativos”.

¹⁹ WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*. v. 31. n. 139, 2006. p. 28-35.

atipicidade da tutela jurisdicional coletiva, ao concretizar a melhor efetivação do direito coletivo, independentemente da espécie de tutela pleiteada e do nome dado à ação.

Para melhor ilustrar, imagine o surgimento de uma notícia perante a população de que existiria uma pílula, composta de determinada substância, que combateria o câncer, denominando-se popularmente de “pílula do câncer”. Em razão disso, ajuízam-se milhares de ações individuais pleiteando o fornecimento desse “remédio”, com a possibilidade de surgirem consideráveis decisões judiciais conflitantes.

Poderia neste caso um dos legitimados requerer a conversão da aludida ação individual em ação coletiva? A princípio, sim, pois estariam presentes ambos os pressupostos: a) relevância social, em razão de envolver, dentre outros direitos, o direito fundamental a saúde, de caráter transindividual, especialmente no que toca a possibilidade de cura de uma doença que assola parcela significativa da humanidade; e b) a dificuldade na formação de litisconsórcio, haja vista o grande número de pessoas pleiteando a aludida pílula, localizadas nas mais diversas regiões do país, bem como cada litisconsorte ter a necessidade de comprovar a necessidade de tal tratamento, o que dificultaria um processo judicial célere.²⁰

4.2. Legitimidade

Como genuína técnica de processo coletivo, o *caput* do artigo 333 do CPC/2015 previa que a conversão da ação individual em ação coletiva poderia ser requerida pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou por outro legitimado para a condução do processo coletivo.

O §1º do artigo 333 do CPC/2015 mencionava que, além do Ministério Público e da Defensoria Pública, poderiam requerer a conversão os legitimados referidos no artigo 5º da lei n. 7.347/1985 (Lei de Ação

²⁰ Cumpre saber que o Congresso Nacional editou a Lei nº 13.269/2016, que autorizou o uso da fosfoetanolamina sintética, “pílula do câncer”; no entanto, o Supremo Tribunal Federal deferiu medida liminar em ADI suspendendo a eficácia da aludida lei: “*É inconstitucional a Lei nº 13.269/2016, que autorizou o uso da fosfoetanolamina sintética (pílula do câncer) por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, mesmo sem que existam estudos conclusivos sobre os efeitos colaterais em seres humanos e mesmo sem que haja registro sanitário da substância perante a ANVISA*” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 5501 MC/DF. j. 19 maio 2016. Rel. Min. Marco Aurélio. Dje. 20 maio 2016).

Civil Pública), e no artigo 82 da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Aliás, apesar de não restar expresso no NCPC, mesmo os autores das demandas individuais poderiam requerer que o juiz intimasse uma dessas instituições para que avaliassem a conveniência e a oportunidade de ajuizarem as ações coletivas.

Ou, ainda, se o juiz verificasse que, por se tratar de tutela de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, os autores individuais não tivessem legitimidade para a propositura de ação de alcance coletivo deveria, ao invés de indeferir a petição inicial por falta de condição da ação e resolver o processo sem julgamento de mérito (arts. 330, inc. I, e 485, inc. I, CPC), como forma de saneamento do vício (art. 139, inc. IX, CPC), oficial ao Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, aos demais colegitimados para a propositura das ações coletivas (arts. 5º da Lei 7.347/85 e 92 do CDC) para avaliarem a oportunidade e a conveniência de prosseguirem no feito e requerem a conversão da ação individual em coletiva, com a possibilidade de aditamento ou de emenda da petição inicial²¹. Como o NCPC não fixa prazo para a conversão da demanda individual em coletiva para tal hipótese, poderia ser aplicado, por analogia, o lapso temporal de 90 (noventa) dias, nos termos do artigo 9º da Lei 4.717/65²².

As finalidades institucionais do Ministério Público estão prevista no artigo 127 da CRF/88, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ainda mais, dentre suas funções institucionais previstas no artigo 129 da Constituição, o inciso III lhe atribui a responsabilidade de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, mediante a promoção do inquérito civil e da ação civil pública²³. Assim, a Constituição

²¹ “Nos casos em que o juiz reconhecer a ilegitimidade do autor individual para requerer a tutela de interesse de alcance coletivo, será possível a conversão, como forma de saneamento do vício, no prazo de noventa dias” (Enunciado nº 148 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis).

²² “Se o autor desistir da ação ou der motiva à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação”.

²³ “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública para defesa de direitos difusos coletivos ou individuais. 2. A alegada ofensa ao art. 2º, da Constituição Federal, é discussão inédita nos autos, e sua análise demandaria supressão de instâncias, inviável em sede de recurso extraordinário. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF. Primeira Turma. AgR.RE 741574/SP. j. 23 fev. 2016. Rel. Min. Luiz Edson Fachin. Dje. 06 mar. 2016).

Federal de 1988 apenas esboçou exemplificativamente um quadro geral das hipóteses de interesse público, porque estão em jogo certos valores reputados essenciais, que o sistema não quer deixar à margem da tutela oferecida por meio do processo, de tal modo que o inciso IX, do artigo 129 da CRF/88, permitiu ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade²⁴.

Assim, o vetado artigo 333 do CPC/2015, ao fornecer ao Ministério Público outro instrumento processual idôneo à proteção de bens jurídicos transindividuais, tal qual fizeram outras leis infraconstitucionais, a exemplo do artigo 82, inciso I do Código de Defesa do Consumidor e artigo 5º, inciso I da Lei de Ação Civil Pública, estava em consonância com a Constituição Federal. O artigo 333 do CPC/2015 retirou do Ministério Público um importante mecanismo de atuação na proteção dos interesses sociais indisponíveis.

De igual importância, era o reconhecimento, pelo artigo 333 do NCP, da legitimidade da Defensoria Pública para o pedido de conversão de ação individual em coletiva. Isso porque tal regra reforçava a sua legitimidade na tutela coletiva, tal qual objetivou a Lei n. 11.448/2007 ao inserir a Defensoria como legitimada a propositura da ação civil pública, não obstante o Superior Tribunal de Justiça já ter reconhecido sua legitimidade anteriormente²⁵. Tal entendimento ficou ainda mais evidente após a Emenda Constitucional 80/2014, que alterou a redação do artigo 134 da CRFB/88, prevendo expressamente a incumbência da Defensoria Pública para a defesa de direitos individuais e coletivos²⁶.

²⁴ DINAMARCO, Candido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 102-103.

²⁵ STJ. Terceira Turma. REsp 555.111/RJ. j. 05 set. 2006. Rel. Ministro Castro Filho. Dj. 18 dez. 2006, p. 363.

²⁶ “DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 134 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Discussão acerca da constitucionalidade do art. 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 11.448/07, e do art. 4º, incisos VII e VIII, da Lei Complementar nº 80/1994, com as modificações instituídas pela Lei Complementar nº 132/09. Repercussão geral reconhecida. Mantida a decisão objurgada, visto que comprovados os requisitos exigidos para a caracterização da legitimidade ativa. Negado provimento ao recurso extraordinário. Assentada a tese de que a Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura de ação civil pública que vise a promover a tutela judicial de direitos difusos e coletivos de que sejam titulares, em tese, pessoas necessitadas” (STF. Tribunal Pleno. RE 733433 /MG. j. 04 nov. 2015. Rel. Min. Dias Toffoli. Dj. 07 abr. 2016).

Ademais, o artigo 333 do NCPD previa como legitimados aqueles referidos no artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública e no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, que combinados são: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico²⁷.

Tais legitimados deveriam assumir a condição de autores, atuando a parte originária da relação jurídica processual como litisconsorte unitário do então legitimado para a condução do processo coletivo, consoante dispunha o § 6º do artigo 333 e parágrafo único do artigo 18 do CPC/15. Isso significa que a decisão de mérito do processo coletivo atingiria, de maneira uniforme, todos os litisconsortes: aquele que pediu a conversão da ação individual em coletiva, enquanto legitimado extraordinário, e o autor originário da ação individual, enquanto legitimado ordinário. Tal consideração é importante para a compreensão dos efeitos da coisa julgada da ação coletiva a terceiros não integrantes do processo²⁸. Tratava-se, portanto, de uma autorização do ordenamento jurídico para que se pleiteasse direito alheio em nome próprio, enquadrando-se como substituição processual.

Em sendo determinada a conversão da ação individual em coletiva e, conseqüentemente, a substituição processual, o legitimado coletivo poderia aditar ou emendar a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva, nos termos do §4º do artigo 333. Assim, seria possível que os pedidos formulados sejam totalmente reformulados, de modo a abranger a tutela coletiva. Caso o autor originário tivesse cumulado pedido de natureza estritamente individual, o processamento desse pedido dar-se-ia em autos apartados, consoante previa o § 9º do artigo 333 do NCPD.

²⁷ Para melhor entendimento sobre a legitimação coletiva, conferir: DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 175-213.

²⁸ O conceito de litisconsórcio unitário utilizado pelo CPC/2015 é o de Barbosa Moreira, de tal modo que o mesmo entendimento se deve ter sobre a extensão da coisa julgada, devendo a decisão do processo ser estendida aos (potenciais) litisconsortes. MOREIRA. José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio Unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 142-143.

O CPC/2015 estabelece a regra do dever de consulta do juiz no artigo 10, concretizando o princípio do contraditório em sua dimensão substancial, por meio da oportunidade dada às partes de se manifestarem e de influírem no julgamento, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Nesse sentido, caso houvesse aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinaria a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de quinze dias, nos termos do §5º do artigo 333.

É de se destacar que o regime de conversão da ação individual em coletiva respeitava a garantia do contraditório. Isso porque o contraditório não era visto apenas sob uma ótica individualista, mas em um vínculo jurídico entre indivíduos ligados entre si por circunstâncias de fato ou por uma relação jurídica base, representados pelo legitimado extraordinário.

Entretanto, cumpre criticar a proibição contida no §2º, do artigo 333, do CPC, de que a conversão não poderia implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. Aqui, verifica-se a influência dos detentores do poder econômico na sistemática processual brasileira. Imagine-se a possibilidade de conversão de uma ação individual, que pleiteia a nulidade de determinada tarifa bancária ou telefônica, em ação coletiva, de forma que a decisão judicial atinja atores externos ao processo. A proteção coletiva desse direito aos consumidores seria positiva, uma vez que poucas ações individuais dessa espécie são propostas, em razão da pequena quantia de dinheiro em litígio. No entanto, possibilitar a conversão da aludida ação seria extremamente desvantajoso às grandes empresas que operam o sistema bancário e o setor telefônico, em razão da iminência de condenações milionárias.

Apesar de tecnicamente injustificável a vedação então contida no § 2º do artigo 333 do CPC, tal impossibilidade de conversão de ações individuais, que versassem sobre interesses ou direitos individuais homogêneos, em ações coletivas poderia ser mitigada pela aplicação do artigo 139, inc. X, do NCP. Esta regra processual atribuiu ao juiz o poder-dever de oficiar sobre a existência de demandas individuais repetitivas aos colegitimados para a propositura de ações coletivas (arts. 5º da Lei de Ação Civil Pública e 82 do Código de Defesa do Consumidor). Além disso, para agilizar a prestação jurisdicional e assegurar isonomia e segurança jurídicas, o juiz ou o relator de ofício, as partes, o Ministério Público e a Defensoria Pública poderiam requerer a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 e 977 do CPC).

Por outro lado, ressalta-se a necessidade de atuação do Ministério Público nas conversões de ações individuais em coletivas. O Ministério Público deveria ser ouvido, como fiscal da ordem jurídica, sobre o pedido de conversão, salvo quando ele próprio houvesse formulado tal pretensão, consoante dispunha o §10 do artigo 333. Devido à repercussão social das ações coletivas, cabe ao Ministério Público fiscalizar o cumprimento da lei e ter uma atuação protetiva em relação à defesa dos interesses transindividuais no processo civil²⁹.

Assim, poderia o Ministério Público verificar o cumprimento dos pressupostos para a conversão e do regular desenvolvimento do devido processo coletivo, especialmente acerca da efetividade na tutela do direito coletivo pleiteado. Com isso, a atuação do Ministério Público poderia contribuir: para a promoção do acesso a uma justiça célere e efetiva; para a desobstrução dos órgãos judiciais, por meio da diminuição das demandas com pedido idêntico; para assegurar maior racionalização das decisões jurisdicionais, com isonomia dos atores processuais e a extinção de decisões conflitantes; e, enfim, para se buscar uma maior efetividade da tutela jurisdicional. Afinal, de nada adiantaria a conversão de ações individuais em coletivas, se isso fosse prejudicial aos interesses sociais afetados pelos litígios.

4.3. Pedidos veiculados pela ação individual capazes de conversão em ação coletiva

O artigo 333 do CPC/2015 previa que atendidos os pressupostos de relevância social e dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, dentre outros legitimados, ouvido o autor, poderia converter em coletiva a ação individual que veiculasse pedido que: I - tivesse alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo e cuja ofensa afetasse, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II - tivesse por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, devesse ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

²⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 41-42.

O pedido deduzido pelo autor, em uma ação judicial, define o objeto material sobre o qual o juiz e as partes desenvolverão suas atividades processuais, delimitando os efeitos externos suscetíveis de serem incluídos no dispositivo da sentença³⁰. Na ação individual, o pedido busca tutelar um direito de que o demandante se afirma titular, não sendo possível a tutela de um direito difuso ou coletivo por meio de uma ação individual, em razão da ausência de legitimidade do particular, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico, consoante o artigo 18 do CPC/2015.

No entanto, é possível que a tutela de um bem jurídico individual afete, além da esfera jurídica individual, também o âmbito (jurídico) coletivo, que é justamente o que estabelecia o inciso I, do artigo 333. Por exemplo, a demanda ambiental individual (v.g., sobre poluição sonora), em que ao se tutelar um “microbem” individual, indiretamente haveria uma melhoria ao “macrobem” ambiental pertencente à coletividade. Seria, pois, um exemplo de ação individual com alcance coletivo a possibilitar a conversão³¹.

Por sua vez, estabelecia o inciso II, do artigo 333, do CPC/2015 que a possibilidade de conversão em ação coletiva de pedido relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, devesse ser necessariamente uniforme, para se assegurar tratamento isonômico para todos os integrantes do grupo. Tal dispositivo tinha por finalidade abranger os interesses ou direitos coletivos *stricto sensu* previstos no artigo 81, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, não se tratava de interesses coletivos, mas de direito individual com vários titulares. Por exemplo, um condomínio que propusesse uma ação de reintegração de posse para a defesa do bem em condomínio. A relação jurídica plurilateral se refere a um direito indivisível, atinente à relação formada pelos condomínios, titulares do direito à proteção possessória, em face de um sujeito acusado de esbulho. Entretanto, não basta que um direito seja indivisível para se tornar coletivo³². O direito coletivo pertence a um único titular, o grupo. Assim sendo, a questão da proteção dos pedidos relativos a uma relação plurilateral

³⁰ DINAMARCO, Candido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo Processo Civil*. Cit. p. 120.

³¹ ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. Comentários ao art. 333 do Código de Processo Civil. In: *Breves comentários do Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2016. p. 958 e 959.

³² Idem. p. 962.

indivisível não deve ser resolvida por meio da técnica do processo coletivo, mas do litisconsórcio facultativo unitário ativo. Logo, o juiz poderia, mesmo de ofício, com fundamento nos artigos 116 e 259, inc. III, do CPC, bem como do artigo 7º da Lei 7.347/1985, informar os demais cotitulares da pendência de processo para, querendo, atuarem como assistentes litisconsorciais.

Nesse sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Civis afirmou no Enunciado nº 119: *“Em caso de relação jurídica plurilateral que envolva diversos titulares do mesmo direito, o juiz deve convocar, por edital, os litisconsortes unitários ativos incertos e indeterminados (art. 259, III), cabendo-lhe, na hipótese de dificuldade de formação do litisconsórcio, oficiar ao Ministério Público, à Defensoria Pública ou a outro legitimado para que possa propor a ação coletiva”*.

Ademais, a insistência da utilização do artigo 333 do CPC/2015 para a proteção dos pedidos relativos a uma relação plurilateral indivisível, por não terem natureza de direito coletivo, mas apenas de direitos individuais com vários titulares, traria o inconveniente de a coisa julgada atingir a todos, mesmo se a ação fosse julgada improcedente. Com isso, não incidiria as regras dos artigos 103 do Código de Defesa do Consumidor e 13 da Lei 7.347/1985, que trata da coisa julgada *in utilibus*, isto é, baseado no princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva, as ações coletivas, quando o pedido é julgado procedente, o resultado pode ser transposto para as demandas individuais. Logo, sendo julgado improcedente o pedido da ação coletiva, não restariam prejudicadas as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos.

Além disso, a conversão das ações individuais em coletivas não poderiam ser realizadas a qualquer momento: já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento, haveria uma proibição para tal conversão. Ainda, havendo processo coletivo pendente com o mesmo objeto ou sendo o juízo incompetente para o processo coletivo, não caberia o incidente de coletivização.

Por outro lado, o regime jurídico do artigo 333 do CPC/2015 não deixava claro se o autor da ação individual tinha que desistir da ação coletiva. Apenas afirmava que o autor originário da ação individual atuaria como litisconsorte unitário do legitimado para a condução do processo coletivo (art. 333, § 6º) e que ele não seria responsável por nenhuma despesa decorrente da conversão do processo individual em coletivo (art. 333, § 7º).

Entretanto, o NCPD não poderia compelir o autor da ação individual a desistir da ação coletiva, por força do artigo 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal. Tal entendimento está consagrado no sistema processual brasileiro, quando afirma que a ação coletiva não induz litispendência com as ações individuais, embora os autores das demandas individuais somente possam se beneficiar da coisa julgada na ação coletiva se suspenderem as ações individuais, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva (arts. 104 do Código de Defesa do Consumidor, 22, § 1º, da Lei 12.016/2009 e 13, par. ún., da Lei 13.300/2016).

5. Considerações finais

O desenvolvimento econômico e social, o maior acesso às informações e a globalização contemporânea contribuíram para o aumento litigiosidade. Ao mesmo tempo, houve a expansão dos direitos individuais e sociais a exigir novas formas de efetivação jurídica.

Assim, situações jurídicas idênticas e repetitivas exigem uma estrutura processual “molecular” do litígio, diversa da então estrutura processual “atomista”³³.

Nesse sentido, salientam-se as técnicas processuais coletivas para dar resposta mais rápida e eficiente para tais demandas.

Porém, o desenvolvimento do sistema processual coletivo no Brasil tem encontrado diversas barreiras, que não permitem ultrapassar os velhos problemas do processo civil clássico para a efetivação dos direitos.

Com o advento do CPC/2015, buscou-se melhorar a tutela jurisdicional, a ser prestada de forma adequada e efetiva, dentro de um prazo razoável. Todavia, o aprimoramento do processo coletivo foi muito reduzido no novo Código de Processo Civil.

O NCPD apenas dialoga esparsamente com o microsistema processual coletivo, mediante reduzidas remissões à legislação extravagante, sem que haja uma evolução efetiva nas técnicas processuais coletivas.

³³ WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 67, 1992. p. 15.

A principal inovação na tutela coletiva prevista originalmente no CPC/2015, o instituto da conversão da ação individual em ação coletiva, foi vetado pela Presidência da República, sob o desarrazoado argumento de que o artigo 333 poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa e que o novo CPC já contemplava mecanismos para tratar demandas repetitivas (arts. 976-987).

Embora o incidente de resolução de demandas repetitivas contribua para a eficiência da prestação jurisdicional, quando há efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, o CPC/15 poderia ter ido além. Afinal, o julgamento de tal incidente gera, tão somente, um precedente judicial, a ser aplicado por juízes e tribunais (art. 927, inc. III, CPC) a todos os processos individuais ou coletivos que versarem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, além dos casos futuros que digam respeito à idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território da competência do tribunal (art. 985, CPC). Esses precedentes judiciais, contudo, podem ser serem alterados (art. 927, § 2º, CPC). Portanto, o incidente de resolução de demandas coletivas, diferentemente do que poderia ocorrer com o incidente de coletivização do artigo 333 do NCPC, não se reveste dos benefícios da coisa julgada coletiva³⁴.

O veto ao incidente de coletivização, contido no artigo 333 do CPC/2015, pela Presidente da República, além de inconsistente, frustrou a expectativa de mais amplo aperfeiçoamento do sistema processual brasileiro, pois permitiria a convivência harmônica entre as técnicas individuais de repercussão coletiva e as técnicas coletivas de repercussão individual.

Tampouco a conversão das ações individuais em coletivas, aprovada no Congresso Nacional, foi pouco criteriosa, bastando quando muito o veto parcial do artigo 333, inc. II, do CPC/2015.

Ademais, perdeu-se a oportunidade de regulamentar a matéria no âmbito do Código de Processo Civil, local apropriado para disciplinar as

³⁴ ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras. Comentários ao art. 139 do Código de Processo Civil. In: *Breves comentários do Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: RT, 2016. p. 509.

relações entre o processo individual e coletivo. Portanto, vetar o artigo 333 do CPC/2015, sob o argumento de que a conversão das ações individuais em coletivas exigia disciplina própria, em outra lei, foi despropositado e demonstra uma ausência efetiva de fundamentos razoáveis para não adotar tal técnica processual já no NCPC.

No entanto, não foi vetado o artigo 139, inc. X, do CPC/2015, incumbindo ao juiz o poder-dever, de ofício ou a pedido das partes ou do Ministério Público (enquanto fiscal da ordem jurídica), quando deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial ao Ministério Público ou à Defensoria Pública e, na medida do possível, a outros legitimados (nos termos dos arts. 5º da Lei de Ação Civil Pública e 82 do Código de Defesa do Consumidor) para propor, se for o caso, a ação coletiva respectiva³⁵. Tal dever do magistrado também é uma imposição do princípio da colaboração processual, contido no artigo 6º do NCPC.

Entretanto, apesar do artigo 139, inc. X, do CPC ser um dever judicial, nada impede que os colegitimados para a ação coletiva, independentemente de comunicação do Poder Judiciário, de ofício, ajam de forma pró-ativa, instaurando procedimentos para apurar a violação de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e, quando não for o caso de resolução extrajudicial dos conflitos, promovam a respectiva demanda coletiva.

Com a propositura da ação coletiva, deverão ser notificados os demandantes individuais para que suspendam o andamento de suas ações e, desta forma, possam ser beneficiados com a coisa julgada do processo coletivo (arts. 104 do Código de Defesa do Consumidor, 22, § 1º, da Lei 12.016/2009 e 13, par. ún., da Lei 13.300/2016). A correta aplicação do artigo 139, inc. X, do CPC/2015 pode mitigar os efeitos nocivos causados pelo desarrazoado veto ao artigo 333 do CPC/2015, tornando-se um fator de promoção da tutela processual coletiva, com a redução de demandas individuais e a mais isonômica e segura proteção dos direitos. Isto porque os

³⁵ *Mutatis mutandis*, a compreensão de que o juiz tem o dever de intimar os colegitimados para a propositura de ações coletivas quando se deparar com demandas individuais repetitivas foi assentado pelo Enunciado nº 39 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “É dever do juiz intimar os legitimados do art. 333 do CPC para, se for o caso, requerer a conversão, aplicando-se, por analogia, o art. 139, X, do CPC”.

colegitimados para a propositura das ações coletivas (arts. 5º da Lei 7.347/85 e 82 do CDC), ao serem informados da repetição de demandas individuais repetitivas, podem avaliar a conveniência e a oportunidade do ajuizamento da demanda necessária à tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, a fim de conseguir os benefícios proporcionados pela coisa julgada coletiva.

Além disso, apesar do veto ao incidente de coletivização, como é dever do juiz determinar o saneamento de vícios processuais (art. 139, inc. IX, CPC), o princípio da instrumentalidade recomenda que o magistrado, ao invés de indeferir a petição inicial por falta de condição da ação e resolver o processo sem julgamento de mérito (arts. 330, inc. I, e 485, inc. I, CPC), aplique, por analogia o disposto no artigo 9º da Lei 4.717/65, com reforço do artigo 139, inc. X, do CPC, e oficie a um dos colegitimados para, querendo, prosseguir no curso da ação, com a possibilidade de aditar ou emendar a petição inicial, a fim de transformar a ação, inicialmente individual, em coletiva.

6. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras. Dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz: art. 139. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários do novo código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. par. ger., liv. 2, tít. 4, cap. 1, p. 497-509.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei no 6.025, de 2005, ao projeto de lei no 8.046, de 2010, ambos do Senado Federal, e outros, que tratam do “código de processo civil” (revogam a lei no 5.869, de 1973). *Relatório*. p. 201. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1026407>. Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes*. 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. _____. *Número de processos baixados no Poder Judiciário cresce pelo 4º ano seguido*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80431-numero-de-processos-baixados-no-poder-judiciario-cresce-pelo-4-ano-seguido>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

_____. Presidência da República. *Mensagem nº 56*, de 16 de março de 2015. [Razões do veto parcial ao] Projeto de Lei nº 166, de 2010 (nº 8.046/10 na Câmara dos Deputados), que institui o “código de processo civil”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm>. Acesso em: 15 jun. 2016.

_____. Senado Federal. *Decisões acerca das proposições temáticas*. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_Reuniao_PARA_grafica.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. _____. Comissão temporária do código de processo civil, sobre o substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) ao projeto de lei do Senado (PLS) nº 166, de 2010, que estabelece o código de processo civil. *Parecer*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=157517&tp=1>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 555.111/RJ, da 3ª Turma. Relator: Ministro Castro Filho. Brasília, 5 de setembro de 2006. *Diário da Justiça da União*, Brasília, DF, 18 dez. 2006. p. 363.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) nº 5501/DF, do Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 19 de maio de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 109, 30 maio 2016.

_____. _____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 741574/SP, da 1ª Turma. Relator: Ministro Luiz Edson Fachin. Brasília, 23 de fevereiro de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 43, 08 mar. 2016.

_____. _____. Recurso Extraordinário nº 733433 /MG, do Tribunal Pleno. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 4 de novembro de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 63, 07 abr. 2016.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador: JusPODIVM, 2016. v. 4.

_____. _____. Da conversão da ação individual em ação coletiva: art. 333. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários do novo código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. par. esp., liv. 1, tít. 1, cap. 4, p. 955-968.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. O processo coletivo e o código de processo civil de 2015. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Salvador: JusPODIVM, 2016. par. ger., cap. 6, p. 185-214. (Coleção repercussões do novo CPC, v. 8).

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Técnicas individuais de repercussão coletiva x técnicas coletivas de repercussão individual. Porque estão extinguindo a ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos? In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Salvador: JusPODIVM, 2016. par. esp., cap. 28, p. 623-642. (Coleção repercussões do novo CPC, v. 8).

ROQUE, Andre Vasconcelos. As ações coletivas após o novo código de processo civil: para onde vamos? In: ZANETI JUNIOR, Hermes; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Processo coletivo*. Salvador: JusPODIVM, 2016. par. ger., cap. 5, p. 157-184. (Coleção repercussões do novo CPC, v. 8).

SOUZA, Artur César de. Conversão da demanda individual em demanda coletiva no novo CPC: algumas considerações jurídicas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 236, p. 205-241, out. 2014.

WATANABE, Kazuo. Relação entre demanda coletiva e demandas individuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 139, p. 28-35, set. 2006.

_____. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 15-25, jul./set. 1992.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2005. 295 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil)-Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398.pdf>>. Acesso em: 9 abr. 2016.

LEITURAS ADICIONAIS EM NOSSA BIBLIOTECA

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Novo código de processo civil: lei 13.105/2015: principais modificações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A coletivização de ações individuais após o veto. In: CIANCI, Mirna (Coord.). *Novo código de processo civil: impactos na legislação extravagante e interdisciplinar*. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1, p. 15-23.

LEONEL, Ricardo de Barros. Reflexões iniciais sobre as interações entre o novo código de processo civil e o processo coletivo. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 757-766.

O Poder Judiciário como Agente de Veto no Brasil

The Judiciary as a Veto Player in Brazil

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breves considerações sobre a Teoria dos Agentes de Veto; 3. O Judiciário como agente de veto no Brasil; 4. Conclusões; 5. Referências Bibliográficas.

* Advogada. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná.

** Professor Substituto de Direito Constitucional e Teoria do Estado da UFPR. Doutor em Direito pelo PPGD-UFPR. Mestre em Direito das Relações Sociais pelo PPGD-UFPR. Coordenador da Pós-graduação em Direito Processual Civil da ABDCnst. Advogado.

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar o impacto das decisões do Poder Judiciário sobre a formulação de políticas públicas pelos poderes Legislativo e Executivo. Para tanto, parte-se de um estudo da Teoria dos Agentes com Poder de Veto, de George Tsebelis. Em seguida, a teoria é comparada com outras posições teóricas que investigam o papel das cortes no âmbito político. Concluiu-se que o Judiciário brasileiro atua como importante agente de veto ao sinalizar ou julgar demandas relacionadas a políticas públicas, bem como que o sistema brasileiro apresenta particularidades e mecanismos próprios que limitam a teoria de Tsebelis.

ABSTRACT: *The article aims to analyze the impact of decisions of the Judiciary Branch on the formulation of public policies by the Legislative and Executive powers. For this, the essay stems from a study of George Tsebelis' Veto Players theory. Then, the theory is compared with other theoretical positions investigating the role of the courts in the political sphere. It concludes that the Brazilian Judiciary acts as an important veto player as it signals or judges demands related to public policies, as well as the Brazilian system has specific features and mechanisms that limit Tsebelis' theory.*

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário; Políticas públicas; Agente de veto.

KEYWORDS: *Judiciary; Public policies; Veto player.*

1. Introdução

Há muitos debates atualmente no Brasil sobre o papel do Judiciário no controle de políticas públicas, ou seja, se o Judiciário pode ou não realizá-lo e quais os limites dessa atuação. Discute-se a ocorrência de violação à separação de poderes, a intervenção do Judiciário em questões discricionárias da Administração Pública, a legitimidade e conveniência de eventual controle.

Contudo, há poucos estudos em nosso país sobre o impacto que o Judiciário efetivamente exerce sobre o Legislativo e Executivo nos momentos de escolha e formulação das políticas públicas.¹ Trata-se da atuação do Judiciário como *veto player*, nos termos da Teoria dos Agentes de Veto formulada por George Tsebelis.

Essa participação pode ocorrer muito antes do controle das decisões administrativas e da formulação da legislação, ainda no momento em que os Poderes Executivo e Legislativo ponderam como e quais serão as suas escolhas. Por exemplo, se a União costuma ser condenada frequentemente pelo Judiciário a fornecer determinado medicamento para tratamento de doença grave, pode ser menos custoso incluí-lo na lista de medicamentos a serem fornecidos gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde.

Frise-se que tais impactos sobre o Executivo e o Legislativo não são causados apenas pelo Judiciário, mas também por outros indivíduos ou grupos de interesse que também atuam como agentes de veto.

Após um breve estudo da Teoria dos Agentes de Veto – formulada para a análise dos Poderes Executivo e Legislativo – e a tentativa de aplicação dessa teoria ao Poder Judiciário, será realizada uma análise específica do Judiciário brasileiro, visando identificar sua atuação como agente de veto das

¹ Neste aspecto, convém destacar os seguintes trabalhos que efetivamente inauguram um estudo empírico de impacto das decisões judiciais nas demais instituições políticas: TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Controle abstrato e concentrado de constitucionalidade comparado (Brasil, Portugal e Angola) e seus efeitos nas instituições sociais e jurídicas. **História: Debates e Tendências**, v. 15, 2015, p. 181-197; TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Abstract judicial review in the Brazilian Supreme Federal Court (Supremo Tribunal Federal): Theoretical structures and empirical analysis of 25 years of abstract judicial review under the 1988 Brazilian Federal Constitution. **Przegląd Prawa Konstytucyjnego (Polish Constitutional Law Review)**, v. 21, 2014, p. 11-37.

políticas públicas e quais as características e particularidades dessa função no caso brasileiro.

2. Breves considerações sobre a Teoria dos Agentes de Veto

George Tsebelis foi responsável pela criação da Teoria dos Agentes de Veto,² que busca entender o processo de tomada de decisões políticas por meio do estudo da atuação dos chamados “agentes de veto”. O próprio autor conceitua essa expressão: “Se a constituição identifica alguns autores individuais ou coletivos que precisam concordar para uma mudança do status quo, então obviamente são agentes de veto. O Legislativo (um ou duas câmaras) e o Executivo são tais agentes nos sistemas presidenciais”³.

Tsebelis aduz que, se a Constituição identifica atores individuais ou coletivos que precisam concordar para uma mudança do *status quo*, tratam-se de agentes de veto. O Legislativo e o Executivo são esses atores nos sistemas presidenciais, e as câmaras, presidentes e partidos são agentes de veto em potencial⁴.

Segundo Santiago Serrano, um “jogador de veto é um ator – institucional ou partidista – cujo acordo é necessário para a mudança política”⁵. Em resumo, pode-se afirmar que o agente de veto é o indivíduo ou grupo que pode impedir a tomada de uma decisão política, pois ele precisa concordar com tal decisão para que haja uma mudança no panorama existente.

² Optou-se, neste ensaio, pela expressão “agente” de veto. Ressalte-se, porém, que há tradução de obra do autor que se utiliza do vocábulo “ator” para representar a mesma função. Ver TSEBELIS, George. **Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas**. São Paulo: FGV, 2009.

³ Tradução livre do seguinte trecho da obra de George Tsebelis: “If the constitution identifies some individual or collective actors that need to agree for a change of the status quo, these obviously are veto players. The legislature (one or two chambers) and the independent executive are such players in Presidential systems.” (TSEBELIS, George. **Veto players and institutional analysis**. Disponível em <<http://goo.gl/uDgmXb>> Acesso em: 22 abr. 2016).

⁴ TSEBELIS, George. **Veto players and institutional analysis**. Disponível em <<http://goo.gl/uDgmXb>> Acesso em: 22 abr. 2016.

⁵ Tradução livre do seguinte trecho da obra de Santiago Basabe Serrano: “Jugador de veto es un actor – institucional o partidista – cuyo acuerdo es necesario para el cambio político.” (SERRANO, Santiago Basabe. **Estabilidad política y jugadores de veto judicial: un modelo espacial aplicado a cortes constitucionales**. Disponível em <<http://goo.gl/tbLzKe>> Acesso em: 22 abr. 2016).

Tsebelis desenvolveu a teoria dos agentes de veto para comparar sistemas políticos quanto à capacidade para mudanças políticas. Trata-se de uma teoria neoinstitucionalista, pois propõe que o resultado de uma política pode se alterar de acordo com a preferência dos atores envolvidos e com as instituições que governam o processo de tomada de decisões. Para aplicá-la, é necessário identificar os agentes de veto e suas diferenças políticas.⁶

A teoria busca prever as capacidades de reforma dos sistemas políticos em determinados campos políticos, por meio da análise de três espécies de agentes de veto: os jogadores de veto institucionais, partidários e outros. Enquanto os primeiros são aqueles cujo consentimento é necessário em razão de previsão legal ou na Constituição Federal, os segundos pertencem à coalizão de governo, não fazendo diferença por qual dos jogadores de veto a política foi aprovada.

Os agentes de veto variam (i) em número, conforme o tema em discussão e (ii) em espécie, de acordo com o campo político e o contexto. São exemplos de agentes de veto os bancos centrais, o Judiciário, o Exército, os representantes dos trabalhadores e das empresas, os referendos e as maiorias qualificadas exigidas pela Constituição Federal⁷.

No Brasil, o Presidente da República é um agente de veto singular e institucional – porque previsto expressamente na Constituição Federal –, enquanto a Câmara dos Deputados e o Senado são agentes de veto institucionais e coletivos, pois formados pela atuação de diversos agentes singulares⁸.

O papel das instituições nessa teoria consiste em possibilitar a estabilidade ou maiores mudanças, sendo que as instituições responsáveis pela estabilidade dificultam a alteração do *status quo*. A Constituição

⁶ WARNTJEN, Andreas. *Veto players*. Disponível em <<http://goo.gl/HE1lqI>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

⁷ MERKEL, Wolfgang. *Institutions and reform policy: three case studies on the veto player theory*. Disponível em <<https://goo.gl/MqQsZu>> Acesso em: 19 jan. 2015. TSEBELIS, George. **Processo decisório em sistemas políticos: veto players no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo**. Disponível em <<http://goo.gl/mfriAt>> Acesso em: 22 abr. 2016.

⁸ ANDRADE, Daniel Duarte Guedes de. **Veto players e a produção de reformas no Brasil**. Disponível em <<http://goo.gl/6111rv>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

Federal brasileira é rígida e prevê um processo legislativo complexo e árduo para alterações, pelo que se trata de instituição tendente à estabilidade e, portanto, à manutenção do *status quo*⁹.

Necessário mencionar aqui a “regra de absorção” criada por Tsebelis, segundo a qual não há exercício ou transferência de poder quando a Corte expressa consenso geral entre a sociedade, devido à absorção pelo equilíbrio político, mas há exercício de poder quando age como agente de veto no processo de escolha das políticas¹⁰.

Tsebelis utiliza a figura do *winset*¹¹ do *status quo*, que pode ser definido como “o conjunto de políticas que podem substituir o atual *status quo*”¹². A noção de *winset* funciona como indicador de estabilidade política, pois, quanto menor ele for, menores são as chances de se alterar uma determinada política.¹³ Ao tratar desse instituto, formula três proposições conclusivas: a) Proposição 1: enquanto aumenta o número de agentes de veto, o *winset* de *status quo* não aumenta e a estabilidade política não diminui; b) Proposição 2: à medida em que aumenta a distância entre os agentes de veto, o *winset* do *status quo* não aumenta, mas a estabilidade das políticas aumenta; c) Proposição 3: conforme aumenta o tamanho do *yolk*¹⁴

⁹ ANDRADE, Daniel Duarte Guedes de. *Veto players e a produção de reformas no Brasil*. Disponível em <<http://goo.gl/6111rv>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

¹⁰ TSEBELIS, George. *Veto players: how the political institutions work*. Russel Age Foundation, 2002, p. 26. Apud KOUROUTAKIS, Antonios E. *Judges and policy making authority in the United States and the European Union*. Disponível em <<http://goo.gl/a2fLPO>> Acesso em: 22 abr. 2016.

¹¹ A tradução literal do termo é bastante complexa, pelo que a opção foi preservar a expressão original. Observa-se, todavia, que a expressão está relacionada à obtenção dos elementos necessários para alcançar uma mudança na política, pelo que pode ser compreendida como o “conjunto vencedor”.

¹² Tradução livre de “The winset of the status quo is the set of policies that can replace the existing one.” TSEBELIS, George. *Veto Players: how political institutions work*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 20.

¹³ TSEBELIS, George. *Veto Players: how political institutions work*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 21.

¹⁴ Literalmente, trata-se da “gema”, ou seja, o grupo coeso de um determinado agente de veto coletivo. Por meio desta ficção, o autor propõe, para sua teoria, a substituição dos agentes coletivos por um agente individual cuja curva de indiferença seja representada, justamente, pelo *yolk*. Ver TSEBELIS, George. *Veto Players: how political institutions work*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 45.

dos agentes de veto coletivos, também aumenta a área do *winset* do *status quo* e a estabilidade das políticas decresce. Assim, o autor conclui o seguinte:

A estabilidade das políticas de um sistema político aumenta de acordo com o número de veto players, diminui com sua congruência (na verdade, se dois atores forem completamente congruentes, eles podem ser considerados como um só) e aumenta com a coesão de cada um deles.

(...)

Utilizo as Proposições 1, 2 e 3 para demonstrar que a estabilidade das políticas públicas de um sistema político depende de três características de seus veto players: seu número, sua congruência (a diferença entre suas posições políticas) e sua coesão (a similaridade das posições políticas das unidades que constituem cada um deles).¹⁵

Em síntese, as conclusões de Tsebelis são as seguintes: a) quanto maior o número de agentes de veto, menor o *winset* para a mudança de políticas e a probabilidade de mudança do *status quo*; b) quanto maior a distância ideológica e programática ente os agentes de veto ou menos congruente as suas posições em temas relevantes, menor será o *winset* contra o *status quo* e menos provável sua mudança; c) quanto maior a coesão interna dos agentes de veto coletivos, mais capazes serão de utilizar seu poder de veto contra a mudança do *status quo* e menor a probabilidade de implementação de reformas¹⁶. Cabe, ainda, destacar a relevância atribuída por Tsebelis ao que denomina agente com poder de agenda, ou seja, o agente que tem o poder ou a competência para propor uma alteração – pois ele tem a possibilidade de analisar o conjunto vencedor dos demais e selecionar o resultado que lhe é mais favorável.¹⁷

Após utilizar a teoria de Tsebelis para analisar o sistema político alemão, Wolfgang Merkel¹⁸ realiza algumas críticas e aponta falhas na teoria,

¹⁵ TSEBELIS, George. **Processo decisório em sistemas políticos: veto players** no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo. Disponível em <<http://goo.gl/J39jQ0>> Acesso em: 22 abr. 2016.

¹⁶ MERKEL, Wolfgang. **Institutions and reform policy: three case studies on the veto player theory**. Disponível em <<https://goo.gl/MqQsZu>> Acesso em: 22 abr. 2016.

¹⁷ TSEBELIS, George. **Veto Players: how political institutions work**. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 2.

¹⁸ MERKEL, Wolfgang. **Institutions and reform policy: three case studies on the veto player theory**. Disponível em <<https://goo.gl/MqQsZu>> Acesso em: 22 abr. 2016.

dentre elas: a) a teoria só pôde prever o sucesso da reforma tributária por conta do pequeno número de agentes de veto, da pequena distância entre eles e do óbvio *winset* político entre governo e oposição. Sendo assim, a teoria é incapaz de explicar os resultados de forma suficiente; b) a teoria não explica a complexa relação entre *winset* e coesão interna; c) a teoria não leva em conta que, em sistemas federalistas cooperativos, com instituições federalistas interligadas, a maioria das tomadas de decisões políticas é um jogo de dois níveis; d) é difícil tratar jogadores de veto institucionais e partidários igualmente, pois possuem diferentes motivos, interesses, recursos, estratégias e, portanto, impactam de forma diferente no resultado das políticas; e) ao diferenciar grandes e pequenos agentes de veto partidários, deveria levar em conta que podem produzir resultados diferentes; f) a nomenclatura dos agentes de veto é imprecisa; g) não está claro como a congruência política entre os agentes de veto deve ser medida; h) a teoria é muito rígida para conceituar as diferenças entre reais e potenciais agentes de veto; i) as suposições sobre as Cortes Constitucionais não são convincentes; j) é discutível se a teoria pode ser utilizada em casos de alto número sem produzir arbitrariedades.

De mesmo modo, apesar de definir a argumentação teórica de Tsebelis como impecável, Andrés Malamud¹⁹ critica a deficiência empírica da teoria, principalmente com relação ao presidencialismo. O autor sustenta que o erro consiste na parcialidade em favor de regimes parlamentares, na generalização das características do presidencialismo a partir do sistema norte-americano e na insuficiência de dados empíricos.

A teoria formulada por Tsebelis não tem como base o Poder Judiciário como agente de veto, mas sim os poderes Executivo e Legislativo. Apesar disso, o autor aborda de forma sucinta a aplicação de sua teoria ao Judiciário:

O modelo do veto player pode ser ampliado para incluir as Cortes Supremas, as maiorias qualificadas, os referendos, as estruturas corporativistas do processo decisório, os governos locais e outros mecanismos institucionais. Pode também ser usado para gerar previsões acerca da importância e da independência do judiciário e da administração pública. Se os tribunais e as burocracias quiserem que suas decisões se sustentem e não sejam

¹⁹ MALAMUD, Andrés. **O presidencialismo na América do Sul: Argentina e Brasil em perspectiva comparada.** Disponível em <<http://goo.gl/6iapDp>> Acesso em: 22 abr. 2016.

invalidadas pelos atores políticos, sua posição será mais independente e mais importante nos sistemas que contam com múltiplos veto players incongruentes e coesos.

(...)

Com relação ao poder judiciário, meu modelo gera a expectativa de que os tribunais serão mais importantes nos países de organização federativa, assim como naqueles em que tenham a atribuição de funcionar como juiz entre os atores (sistemas presidencialistas). As Cortes Supremas deverão também ser mais importantes nos países de organização federativa do que nos países de organização unitária.²⁰

Em que pese a necessidade de realizar ponderações quanto à aplicação da Teoria dos Agentes de Veto ao sistema político brasileiro, entende-se que os estudos de Tsebelis podem ser de grande utilidade para a análise da atuação do Poder Judiciário como agente de veto no Brasil, como se verá adiante.

3. O Judiciário como Agente de Veto

Na obra *Veto Players*, George Tsebelis dedica algumas páginas à questão se os juízes são, ou não, agentes com poder de veto.²¹ Curiosamente, sua investigação a respeito do tema é bastante sintética e não leva em consideração alguns desenvolvimentos teóricos na área do Direito. Em primeiro lugar, o autor parte da constatação de que o Judiciário não age como agente de veto nos casos de definição de interpretação legal.²² Sustenta o autor que, nesses casos, a interpretação pode ser superada por nova lei.²³

²⁰ TSEBELIS, George. **Processo decisório em sistemas políticos: veto players** no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo. Disponível em <<http://goo.gl/pSlqdv>> Acesso em: 22 abr. 2016.

²¹ TSEBELIS, George. **Veto Players: how political institutions work**. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 224-234.

²² Diante das circunstâncias particulares do Judiciário brasileiro, a afirmação de Tsebelis pode ser questionada, especialmente à luz das noções de interpretação conforme e de acordo com a Constituição. Neste sentido, ver KRASSUSKI FORTES, Luiz Henrique. Interpretação conforme e interpretação de acordo com a Constituição: precedentes do STJ e controle difuso de constitucionalidade. In: BUSTAMANTE, Thomas *et al* (orgs.). *Anais do I Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política*. 1ª ed. Vol. 2. Belo Horizonte: Initia Via, 2015, p. 156-170.

²³ TSEBELIS, George. **Veto Players: how political institutions work**. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 225.

Por conta disso, a única hipótese em que poderia se cogitar da atuação das cortes como agentes de veto seriam os casos de interpretação constitucional.

De qualquer modo, mesmo nos casos de controle de constitucionalidade, Tsebelis sustenta que apesar de as cortes terem as condições necessárias para exercer o veto, as posições dos magistrados costumam ser absorvidas pelo *winsset* do poder responsável pelas indicações de juízes às Cortes Constitucionais. Ou seja, como o processo de apontamento para os tribunais superiores é político, na maior parte dos países, os juízes responsáveis pelo controle de constitucionalidade refletem as preferências políticas dos outros agentes de veto responsáveis pelas indicações. Assim, as Cortes não acrescentariam um novo agente que alteraria o *winsset* ou a estabilidade das políticas. A atuação do Judiciário estaria limitada a situações em que as posições políticas dos juízes é desconhecida ou em decisões sobre procedimento e na introdução de restrições técnicas.²⁴ Tudo isso faz com que Tsebelis, na obra *Veto Players*, desconsidere o Judiciário como um agente com poder de veto, pois sua participação não alteraria nenhuma variável relevante.

Tem-se, porém, que as afirmações do autor podem ser questionadas se forem consideradas discussões jurídicas contemporâneas. A antiga noção de separação de poderes – a ideia de Montesquieu de uma estrita diferenciação entre os três poderes e absoluta impossibilidade de intervenção entre eles – não vigora mais. Atualmente, acredita-se que os poderes se impactam e influenciam entre si, possuindo funções típicas e atípicas que envolvem, ainda que em menor grau, as atividades uns dos outros.²⁵

Compete ao Supremo Tribunal Federal dar a palavra final – dentro do Poder Judiciário – sobre o controle de constitucionalidade das leis formuladas pelo Legislativo e dos atos do Executivo²⁶. Nesse sentido, Matthew Taylor

²⁴ TSEBELIS, George. *Veto Players: how political institutions work*. Princeton: Princeton University Press, 2002, p. 227-228.

²⁵ Ver, neste sentido, a obra seminal de LOEWENSTEIN, Karl. *Political Power and the Governmental Process*. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1965. Sobre a obra do autor, ver também TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; PUGLIESE, William Soares. Democracia constitucional contemporânea e separação de poderes: uma análise com base no presidencialismo de coalizão. *Revista Pensar*. v. 20, n. 2. Fortaleza: UNIFOR, 2015, p. 355-378.

²⁶ Necessário mencionar que a discricionariedade administrativa não é mais um sinal de absoluta impossibilidade de controle do Judiciário, já que mesmo as decisões discricionárias devem respeitar os princípios constitucionais, sendo passíveis, portanto, de controle judicial (ROSA, Viviane Lemes da. Comentários sobre o controle judicial de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo* – ReDAC, ano 2, v. 9, p. 113-144, Junho/2014).

explica que o Judiciário influencia ou elabora as políticas públicas porque tem o poder de dizer o que é legítimo ou o que configura uma infração em face da lei e da Constituição²⁷.

É importante conhecer o posicionamento da Corte antes mesmo da elaboração das políticas públicas, a fim de evitar atos que certamente serão vedados ou modificados, gerando ainda mais custos à máquina pública.

A relevância da opinião do Judiciário é inevitável, já que envolve (direta ou indiretamente) gastos públicos. Taylor²⁸ explica que não há como saber todos os fatores de impacto do Judiciário, mas sistematiza quatro dimensões centrais: a) quanto ao momento e forma de influência, o Judiciário pode influenciar as políticas públicas (i) antes de sua formulação, por meio da sinalização de suas preferências, ou (ii) após a implementação, por mecanismos formais de influência²⁹; b) quanto às motivações do Judiciário ao resolver disputas sobre políticas públicas, o Judiciário não age de forma unicamente legalista, pois também possui interesses e estratégias; c) quanto ao uso do Judiciário por atores externos para atingir seus objetivos, o Judiciário é obrigado a analisar os argumentos de minorias em face das decisões tomadas pelos grupos predominantes no Executivo e Legislativo; d) quanto às consequências da atuação do Judiciário, este possui um importante papel na legitimação de propostas majoritárias. Ainda sobre a importância do Judiciário, Matthew Taylor sustenta:

O judiciário também pode estimular o crescimento reduzindo a instabilidade e melhorando a qualidade da política econômica. Políticas econômicas voláteis e arbitrárias, ao desestabilizarem as “regras do jogo”, desencorajam o investimento e a produção. Um bom sistema judicial contribui para reduzir a instabilidade das políticas ao garantir o cumprimento de compromissos legislativos e constitucionais e ao limitar o arbítrio governamental. A efetividade da política econômica também depende do desempenho do

²⁷ TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Disponível em <<http://goo.gl/7FMS4S>> Acesso em: 22 abr. 2016.

²⁸ TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Disponível em <<http://goo.gl/7FMS4S>> Acesso em: 22 abr. 2016.

²⁹ Cite-se aqui os instrumentos de decisão (ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, entre outros) e o *timing* para seu uso (liminares, arquivamento, entre outros). (TAYLOR, Matthew M. **O judiciário e as políticas públicas no Brasil**. Disponível em <<http://goo.gl/7FMS4S>> Acesso em: 22 abr. 2016).

judiciário. Quando definindo que restrições se devem impor à atuação do governo, os países têm de trabalhar com um *trade-off* básico. De um lado, o estímulo ao investimento crescerá conforme se restrinja o poder discricionário do Estado. Deste ponto de vista, portanto, quanto menos graus de liberdade forem dados à política econômica, menor o risco de que o governo aja oportunisticamente. Por outro lado, porque as circunstâncias em que a economia opera mudam com o tempo, a política econômica só pode ser eficiente se os governos tiverem alguma flexibilidade na aplicação da lei. Em um ambiente em constante mutação, um sistema legal que permita a ampla adaptação permitirá uma eficiência da política econômica que não será viável em quadros legais muito rígidos. Liberdade excessiva, contudo, aumenta o risco de um comportamento oportunista. A solução para esse dilema é a presença de um judiciário que coíba o oportunismo do executivo, ao mesmo tempo em que lhe dá maior flexibilidade na condução da sua política.³⁰

Para o autor, o Judiciário não é uma fonte absolutamente neutra, que julga unicamente com base na legislação e na Constituição Federal. Seus membros possuem opiniões e ideologias que muitas vezes refletem nos julgamentos.

O papel do juiz como *bouche de la loi* e estrito aplicador da lei não existe mais.³¹ Nos sistemas com tradição jurídica de *civil law*, já se admite que cada norma exige uma atividade de interpretação, que atualmente é pautada por princípios e outras cláusulas abertas:

Ocorre que, justamente por não serem pautadas por problemas práticos (mas por noções gerais e abstratas), as leis não davam conta de fornecer a resposta para todos os casos submetidos aos juízes. É impossível que o legislador vislumbre previamente todas as possíveis situações concretas imagináveis a serem tuteladas pela lei. Assim, na prática, a legislação acabou mostrando-se insuficiente para os julgamentos, exigindo do juiz uma atividade interpretativa, o que, com o passar do tempo, passou a ser admitido na tradição de *civil law*.

Nesse cenário, o constitucionalismo, a valorização dos direitos humanos e fundamentais e a presença de termos vagos na lei (princípios, cláusulas

³⁰ PINHEIRO, Armando Castelar. **Economia e Justiça**: conceitos e evidência empírica. Disponível em <<http://goo.gl/KrvGBJ>> Acesso em: 22 abr. 2016.

³¹ Ver SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2006; MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

gerais e conceitos juridicamente indeterminados, por exemplo) tiveram um papel muito importante, ao possibilitar uma concreção que a lei, por si só, não oferecia. Na maioria dos casos, tais institutos não apresentam conceito ou significado na legislação, exigindo que o juiz forneça uma definição e fundamente sua aplicação em determinados casos práticos, de acordo com um raciocínio que não é previamente previsto na lei, mas que necessita ser construído. Como essa construção precisava adequar-se às demais noções contidas na legislação, passou-se a aceitar que os juízes não apenas aplicam a lei, mas interpretam-na em face dos casos sob julgamento.³²

Sem pretender realizar uma crítica destrutiva a tais mecanismos, é preciso entender e aceitar que eles aumentam o poder³³ e elasticem as possibilidades do juiz diante do caso concreto. A atividade interpretativa é subjetiva, complexa e pode ser contaminada por convicções, ideologias e interesses pessoais.

Além disso, como já mencionado, o Judiciário mantém relações com os demais poderes, que, por sua vez, têm interesses próprios, assim como a sociedade e outros grupos. E, pelos motivos supramencionados, todos esses sujeitos detêm especial interesse nos precedentes judiciais – notadamente em face do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, que apresenta um rol de precedentes e súmulas dotados de diferentes gradações de efeito vinculante.³⁴

Trata-se de um jogo em que o Judiciário é peça de grande importância, um agente de veto capaz de alterar o *status quo* não somente por meio da aplicação rígida da lei, mas por uma atividade complexa e subjetiva, que pode ser moldada por diversos fatores. Portanto, é procurado por diferentes grupos e influenciado de várias formas.

³² ROSA, Viviane Lemes da. **O sistema de precedentes brasileiro**. 349 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016, p. 35.

³³ Owen Fiss sustenta que os juízes são detentores de grande poder e o manejam de diferentes formas: “Assim como é razoável assumir que os juízes desejam ser eficazes, é também razoável presumir que não ficarão ansiosos para anunciar sua impotência. Eles tentarão arduamente diminuir a lacuna existente entre declaração e implementação, adaptando o direito para que se ajuste à medida judicial.” (FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 57).

³⁴ ROSA, Viviane Lemes da. **O sistema de precedentes brasileiro**. 349 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016, p. 231.

Taavi Annus³⁵ afirma existirem quatro categorias de fatores que influenciam os julgamentos pelos juízes: (i) ideologias e convicções dos magistrados; (ii) política dentro da Corte; (iii) influência externa de instituições políticas (como Executivo e Legislativo) e (iv) do público e de grupos de interesse.³⁶ O autor explica que os políticos querem perpetuar as normas favoráveis a eles, pelo que buscam a preservação hegemônica do *status quo* e a “teoria da segurança”. Ademais, as Cortes por vezes ajudam a assegurar o poder dos atores políticos, particularmente quando os juízes não possuem muita independência.

Essa procura pelo Judiciário também possui impactos sobre a democracia: grupos ou indivíduos que não possuem voz nos poderes Executivo ou Legislativo tendem a utilizar o Judiciário para alterar decisões majoritárias, que não levaram em conta os interesses da minoria. Ao realizar um controle de legalidade e/ou constitucionalidade sobre essas decisões, levando em conta os argumentos expostos pelas minorias, o Judiciário realiza um papel contramajoritário que impacta na democracia.

Os atores políticos buscam maximizar o número de votos e a própria riqueza, o que envolve a interação direta ou indireta com grupos de interesse, como a mídia, sindicatos, órgãos de classe e associações. Esses grupos podem influenciar suas decisões utilizando-se de pressões políticas e econômicas, com trocas que favoreçam os responsáveis pela elaboração e escolha das políticas públicas³⁷.

³⁵ ANNUS, Taavi. *Courts as political institutions*. Disponível em <<http://goo.gl/B6vxhQ>> Acesso em: 22 abr. 2016.

³⁶ Em sentido semelhante, Neil MacCormick reconhece o caráter consequencialista das decisões judiciais pois o juiz considera as consequências de adotar uma ou outra deliberação, especialmente porque o julgador deverá avaliar ‘os tipos de decisão que teriam de ser tomados em outros casos hipotéticos (...) e que se enquadrariam nos termos da deliberação’. Além disso, a argumentação é avaliatória, pois sopesa a aceitabilidade ou a inaceitabilidade dessas consequências. Por fim, a argumentação é, ao menos em parte, subjetiva, pois cada juiz pode adotar critérios diferentes de avaliação e ter diferentes preferências de valor que moldam seus raciocínios jurídicos. MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 133-134.

³⁷ FERREIRA, Débora Costa. *Análise comparativa da influência do Judiciário nas políticas públicas entre estados brasileiros*. Disponível em <<http://goo.gl/T8alhP>> Acesso em: 22 abr. 2016.

Débora Costa Ferreira³⁸ explica que esse processo possui efeitos positivos, mas constitui um “*parliamentary agenda cartel*”, que “restringe a participação efetiva na produção de políticas públicas a um reduzido grupo de atores, inclusive barrando alguns jogadores de veto dessa deliberação”.

Ademais, segundo Daniel Andrade, “o Brasil possui um sistema multipartidário e esse tipo de sistema usualmente leva a governos de coalizão”, caracterizado pela combinação entre “presidencialismo com representação proporcional de lista aberta e sistema parlamentar fragmentado”. Em resumo, o chefe do Executivo efetua uma troca de pastas ministeriais por apoio no Congresso Nacional³⁹.

Portanto, a aplicação das normas constitucionais sobre políticas públicas pelo Executivo depende do resultado dos jogos ocorridos no campo político. Nesse ponto reside grande parte da importância da atuação do Judiciário, pois ao controlar as atuações do Executivo e Legislativo, interfere diretamente no processo de implementação de políticas públicas e garante que grupos minoritários participem do processo decisório.⁴⁰

Entende-se que essa função é importante e essencial. Trata-se de conformar decisões políticas aos valores constitucionais, de submeter questões de relevância social – e que afetam diferentes grupos – a argumentos lógicos e racionais, quando haviam sido decididas com base em fatores quase que exclusivamente políticos pelos demais poderes, na maioria das vezes visando aos interesses de uma única parcela da sociedade.

Sobre o papel contramajoritário do Poder Judiciário, explica Estefânia Maria de Queiroz Barboza:

Ora, o Judiciário, desse modo, exerce papel importante na proteção dos direitos das minorias, minorias essas que se tornam maioria numa sociedade

³⁸ FERREIRA, Débora Costa. **Análise comparativa da influência do Judiciário nas políticas públicas entre estados brasileiros**. Disponível em <<http://goo.gl/T8alhP>> Acesso em: 22 abr. 2016.

³⁹ SANTOS, Fabiano. **Partidos e Comissões no Presidencialismo de Coalizão**. Dados, vol. 40, nº 2, 2002, p. 237 *Apud* ANDRADE, Daniel Duarte Guedes de. **Veto players e a produção de reformas no Brasil**. Disponível em <<http://goo.gl/ENcjmA>> Acesso em: 22 abr. 2016.

⁴⁰ FERREIRA, Débora Costa. **Análise comparativa da influência do Judiciário nas políticas públicas entre estados brasileiros**. Disponível em <<http://goo.gl/T8alhP>> Acesso em: 22 abr. 2016.

plural e desigual como a brasileira. Ressalta-se que, sem a efetivação dos direitos sociais, os excluídos e as minorias nunca alcançarão uma igualdade real, ou uma liberdade-igual, e, portanto, continuarão alheios ao processo democrático, pois não basta a garantia dos direitos políticos e de liberdade de expressão, é preciso, também, a garantia do direito à educação, para que se tenha o direito a formar a própria opinião.⁴¹

Serrano sustenta que, se considerarmos que as Cortes e Tribunais Constitucionais atuam como árbitros de última instância quanto a assuntos de caráter político, é essencial assumir a atuação judicial na tomada de decisões como um espaço de negociação e intercâmbio entre atores com preferências ideológicas diversas⁴².

Nesse sentido, importante mencionar que o Código de Processo Civil de 2015, em uma tentativa de democratizar e ampliar a deliberação da sociedade com o Judiciário antes da elaboração de precedentes vinculantes, traz cinco dispositivos prevendo a participação social: (i) o artigo 138 aumenta as hipóteses de participação de *amicus curiae*; (ii) o artigo 927, §2.º prevê a oitiva da sociedade em casos de superação de precedentes e revogação de súmulas; (iii) o artigo 950, §§1.º a 3.º dispõe sobre a participação social no julgamento do incidente de arguição de inconstitucionalidade (controle de constitucionalidade pelos tribunais); (iv) o artigo 983, caput e §1.º trata das hipóteses de participação no julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas; e (v) o artigo 1.038, I e II, refere-se à participação no julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos.⁴³

Matthew Taylor⁴⁴ afirma que o Judiciário desempenha função importante e inevitável. Pode ser melhor incorporado à análise do sistema político brasileiro, já que possui o relevante papel de possibilitar que grupos de menor influência debatam o que foi escolhido majoritariamente.

⁴¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 206.

⁴² SERRANO, Santiago Basabe. **Estabilidad política y jugadores de veto judicial: un modelo espacial aplicado a cortes constitucionales**. Disponível em <<http://goo.gl/tbLzKe>> Acesso em: 22 abr. 2016.

⁴³ ROSA, Viviane Lemes da. **O sistema de precedentes brasileiro**. 349 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016, p. 282.

⁴⁴ TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. Disponível em <<http://goo.gl/7FMS4S>> Acesso em: 22 abr. 2016.

Ademais, sustenta que o Judiciário que pode contrariar o governo pode ser melhor em termos econômicos e quanto à durabilidade dos resultados das políticas públicas, sendo fundamental para o equilíbrio de duas características: “eficiência na tomada de decisões pelo sistema político e percurso estável e pouco errático quanto às políticas públicas”⁴⁵.

No entendimento de Mariana Magaldi de Sousa⁴⁶, o Judiciário possui quatro principais papéis: (i) *Veto player role*: vetar novas leis; (ii) *Policy player role*: conferir efeito erga omnes ao conteúdo das leis; (iii) *Referee role*: forçar o cumprimento das leis; (iv) *Alternativesocietal player role*: reinterpretar as leis de acordo com o caso concreto para gerar justiça social e equilíbrio entre as partes. Segundo a autora, a atuação do Judiciário pode ocorrer diretamente, por meio da análise da política pública na via judicial; ou indiretamente, quando a ciência de seu posicionamento promova a mudança em antecipação do comportamento político.

Não se olvida que a atuação judicial pode ser perigosa, notadamente em face dos problemas que o Brasil vem enfrentando com ativismo judicial. O presente estudo não tem por objeto adentrar ao mérito da discussão sobre a (im)possibilidade do controle jurisdicional de políticas públicas, mas é preciso notar que a grande maioria das decisões sobre leis ou atos administrativos que definem políticas públicas pode acomodar um perigo relacionado ao limite dessa atuação⁴⁷.

⁴⁵ TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. Disponível em <<http://goo.gl/7FMS4S>> Acesso em: 22 abr. 2016.

⁴⁶ SOUSA, Mariana Magaldi de. *How Courts Engage in the Policymaking Process in Latin America: The Different Functions of the Judiciary*. In: SCARTASCINI, C.; STEIN, E.; TOMMASI, M. (ed.). *How Democracy Works: Political Institutions, Actors and Arenas in Latin American Policymaking*. Washington: Inter-American Development Bank, 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/lhoOtO>> Apud FERREIRA, Débora Costa. *Análise comparativa da influência do Judiciário nas políticas públicas entre estados brasileiros*. Disponível em <<http://goo.gl/T8alhP>> Acesso em: 22 abr. 2016.

⁴⁷ Tais limites não foram suficientemente traçados pela doutrina e jurisprudência, mas pode-se dizer que diferem dependendo do caso concreto. A título de exemplo, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal definiu a questão da concessão de medicamentos essenciais à vida e que não constam da lista de medicamentos a serem fornecidos gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde, firmando entendimento no sentido de que a competência para fornecê-los é solidária entre Município, Estado e União. Sobre o tema, ver ROSA, Viviane Lemes da. Comentários sobre o controle judicial de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo* – ReDAC, ano 2, v. 9, p. 113-144, Junho/2014.

O autor da demanda deve considerar suas opções antes do ajuizamento, na medida em que, depois que o fizer, estará suscetível aos interesses e estratégias do Judiciário. Engst, Wittig, Hönnige e Gshwend⁴⁸ elaboraram um modelo de teoria dos jogos para explicar a atuação e relações entre o querelante, o governo e o Judiciário. Afirmam que a revisão judicial possui um efeito direto, consistente na anulação das leis, e um efeito indireto, que reside na contenção do governo ao elaborá-las, diante dos resultados da revisão judicial.

A conclusão foi de que, uma vez ativados, os juízes não se preocupam com o querelante, mas sim com um resultado que maximize os seus interesses. Assim, o Judiciário é um agente de veto poderoso e que, por possuir ferramentas que permitem a adoção de ações estratégicas, influencia muito mais as políticas do que um agente de veto subordinado, podendo sempre exercer seu poder para moldá-las⁴⁹.

Importa mencionar que a forma como ocorrem as deliberações no Supremo Tribunal Federal também influenciam o resultado dos julgamentos. Cite-se aqui dois fatores que afetam os resultados: (i) a publicidade extrema das deliberações e (ii) a ausência de consenso entre os ministros. Enquanto na Corte Constitucional Alemã, por exemplo, os julgamentos são realizados a portas fechadas, no Supremo Tribunal Federal todos os debates e atos são públicos e transmitidos em tempo real na rede televisiva aberta.

Isso nem sempre gera efeitos positivos, pois é procedimento que não costuma apresentar consideráveis garantias contra eventual corrupção dos julgadores e estes passam a apresentar excessiva preocupação com a opinião pública sobre suas imagens.⁵⁰

⁴⁸ ENGST, Benjamin, G.; WITTIG, Caroline E.; HÖNNIGE, Christoph; GSCHWEND, Thomas. *Courts as veto players: a game-theoretic model*. Disponível em <<http://goo.gl/vjejS6>> Acesso em: 22 abr. 2016.

⁴⁹ ENGST, Benjamin, G.; WITTIG, Caroline E.; HÖNNIGE, Christoph; GSCHWEND, Thomas. *Courts as veto players: a game-theoretic model*. Disponível em <<http://goo.gl/vjejS6>> Acesso em: 22 abr. 2016.

⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v.11, n.3, 2013, p. 578-579.

Em segundo, ao tempo em que o Tribunal Alemão possui uma única decisão, que será proferida somente quando todos os ministros convergirem em um mesmo voto, o Supremo Tribunal Federal não constitui uma unidade institucional, uma Corte una. Suas decisões consistem na soma de onze votos individuais e possivelmente divergentes,⁵¹ o que diminui a qualidade do debate pela desnecessidade de efetivo convencimento e poderá configurar um problema no momento da identificação da *ratio decidendi* dos precedentes⁵².

Em interessante estudo que aborda as diferenças do ativismo judicial em dezoito cortes europeias, Nicos Alivizatos traz importantes conclusões sobre a atuação do Judiciário como agente de veto: (i) educação ou cultura e ordenamento de *common law* ou *civil law* não são parâmetros para o juiz ser mais ativista ou controlado⁵³; (ii) três variáveis influenciam o grau com que o juiz age como agente de veto: o poder de veto das cortes, o efeito vinculante das decisões e se esse poder é exercido; (iii) fatores que certamente não influenciam essa variação são a forma de recrutamento e status dos juizes e como se espera que a revisão judicial ocorra; (iv) descentralização e anomalias do passado (por exemplo, o nazismo) são fatores que afetam positivamente a decisão de criar uma Corte Constitucional; e (v) descentralização, polarização e o número de agentes de veto aumentam a politização do Judiciário e o papel dos juizes como agentes de veto⁵⁴.

⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, n.250, 2009, p. 219.

⁵² Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni dedicou sua obra “Julgamento nas Cortes Supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC” à busca de um método para encontrar os fundamentos determinantes das decisões tomadas por órgãos colegiados no Brasil.

⁵³ ALIVIZATOS, Nicos C. *Judges as veto players*. Disponível em <<http://goo.gl/4kMDEG>> Acesso em: 22 abr. 2016.

⁵⁴ ALIVIZATOS, Nicos C. *Judges as veto players*. Disponível em <<http://goo.gl/4kMDEG>> Acesso em: 22 abr. 2016.

4. Conclusões

O Judiciário é um *veto player* institucional e coletivo – pois formado por diversos agentes de veto individuais, os juízes –, cuja excepcional relevância nos jogos políticos reside na competência para dar a última palavra sobre a interpretação da legislação e da Constituição Federal e no poder para fazer cumprir as próprias decisões.

A função de agente de veto pelo Judiciário é realizada em dois momentos distintos: (i) no âmbito extrajudicial, antes da submissão de demandas, quando os juízes sinalizam seus prováveis posicionamentos sobre determinadas questões relacionadas a políticas públicas; (ii) no exercício da jurisdição, quando julgam os casos que lhe são submetidos. Essa sinalização pode ocorrer por meio de entrevistas na mídia, publicação de livros e artigos de autoria dos magistrados, manifestações em congressos e eventos, decisões que abordem tais questões *en passant* em sua fundamentação, entre outros.

Essa atuação é inevitável porque o Judiciário não pode se furtar ao julgamento das demandas que recebe, conforme prevê o art. 4º do Decreto-lei nº 4657/1942⁵⁵ (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Além disso, possibilita que indivíduos ou grupos minoritários participem da tomada de decisões no processo político, ainda que indiretamente⁵⁶.

Alguns fatores aumentam o poder de veto dos juízes: (i) a independência funcional possibilita, em tese, menos interferências externas (políticas) no julgamento; (ii) decidir com base em princípios, regras de experiência e cláusulas abertas aumenta as possibilidades no exercício interpretativo; (iii) a responsabilização judicial unicamente por dolo diminui a

⁵⁵ O artigo conta com o seguinte texto: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Impondo ao juiz critérios subsidiários para decisão, esse artigo veda a negativa de prestação jurisdicional.

⁵⁶ Por mais que o juiz também possa atuar estrategicamente, é obrigado a analisar e eventualmente afastar os argumentos levantados pelas partes por meio de uma fundamentação racional, sopesada pelos valores constitucionais e passível de controle por outros órgãos do mesmo poder. Todavia, é preciso reconhecer que, por vezes, não há como fugir dos julgamentos políticos, que ocorrem principalmente no Supremo Tribunal Federal.

preocupação com equívocos de julgamento; (iv) os juízes são julgados por seus pares, sendo a última instância de julgamento o pleno do Supremo Tribunal Federal; (v) a adoção de um sistema de controle de constitucionalidade difuso e concentrado, concreto e abstrato; (vi) mecanismos interpretativos do controle de constitucionalidade, como a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, interpretação conforme a Constituição, entre outros.

A função de agente de veto não é exercida estritamente de acordo com a legalidade no Brasil, vale dizer, a atuação judicial não é pautada unicamente na interpretação e aplicação das leis e da Constituição Federal. Assim como os demais agentes de veto institucionais e partidários (Executivo, Legislativo, mídia, sindicatos, associações, militares, entre outros), o Judiciário também atua estrategicamente.

Portanto, devemos abandonar o mito da neutralidade e buscar ver e lidar com o Judiciário brasileiro de acordo como o que realmente é: uma instituição, com interesses próprios e que realiza um importante papel decisório no jogo político.

5. Referências Bibliográficas

ALIVIZATOS, Nicos C. Judges as veto players. In: DÖRING, Herbert (Ed.). *Parliaments and majority rule in western Europe*. Frankfurt: Campus, p. 566-589, 1955. Disponível em: <<https://www.uni-potsdam.de/fileadmin01/projects/vergleichende-politikwissenschaft/D%C3%B6ring/PMR-W-Europe.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

ANDRADE, Daniel Duarte Guedes de. *Veto players e a produção de reformas no Brasil*, 2006. Disponível em: <<http://lanic.utexas.edu/project/etext/llil/ilassa/2007/duarte.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

ANNUS, Taavi. Courts as political institutions. *Juridica International*, n. 13, p. 22-30, 2007. Disponível em: <<http://www.juridicainternacional.eu/?id=12696>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BASABE SERRANO, Santiago. Estabilidad política y jugadores de veto judicial: un modelo espacial aplicado a cortes constitucionales. *Revista Opera*, n. 9, p. 121-134, 2009. Disponível em: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/691>. Acesso em: 22 abr. 2016.

ENGST, Benjamin, G.; WITTIG, Caroline E.; HÖNNIGE, Christoph; GSCHWEND, Thomas. *Courts as veto players: a game-theoretic model*, 2013. Disponível em: <http://methods.sowi.uni-mannheim.de/working_papers/ECPR_JS-%20Engst,Wittig,H%C3%B6nnige,Gschwend.pdf >. Acesso em: 22 abr. 2016.

FERREIRA, Débora Costa. *Análise comparativa da influência do Judiciário nas políticas públicas entre estados brasileiros*. 2014. 62 f. Monografia (Bacharelado em Ciências Econômicas)-Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/7992>> Acesso em: 22 abr. 2016.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KOUROUTAKIS, Antonios E. Judges and policy making authority in the United States and the European Union. *ICL Journal*, v. 8, n. 2, p. 186-200, 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2461624> Acesso em: 22 abr. 2016.

LOEWENSTEIN, Karl. *Political power and the governmental process*. 2nd. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1965.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MALAMUD, Andrés. O presidencialismo na América do Sul: Argentina e Brasil em perspectiva comparada. *Análise Social*, n. 38, n. 168, p. 715-742, outono 2003. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41011823?seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em: 22 abr. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MERKEL, Wolfgang. *Institutions and reform policy: three case studies on the veto player theory*, 2003. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.597.3757&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Economia e justiça: conceitos e evidência empírica*. São Paulo: Instituto Futuro Brasil, 2001.

ROSA, Viviane Lemes da. Comentários sobre o controle judicial de políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, v. 2, n. 9, p. 113-144, jun. 2014.

ROSA, Viviane Lemes da. *O sistema de precedentes brasileiro*. 349 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais)–Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v.11, n.3, p. 557-584, Sept. 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, n.250, p. 197-227, jan./abr. 2009.

TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados*, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582007000200001&script=sci_abstract&tIng=pt>. Acesso em: 22 abr. 2016.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; PUGLIESE, William Soares. Democracia constitucional contemporânea e separação de poderes: uma análise com base no presidencialismo de coalizão. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 20, n. 2, p. 355-378, 2015.

_____; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Abstract judicial review in the Brazilian Supreme Federal Court (Supremo Tribunal Federal): Theoretical structures and empirical analysis of 25 years of abstract judicial review under the 1988 Brazilian Federal Constitution. *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, v. 21, n. 5, p. 11-37, 2014. Polish Constitutional Law Review.

_____; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Controle abstrato e concentrado de constitucionalidade comparado (Brasil, Portugal e Angola) e seus efeitos nas instituições sociais e jurídicas. *História: debates e tendências*, v. 15, n. 1, p. 181-197, jan./jun. 2015.

TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas*. São Paulo: Ed. FGV, 2009.

TSEBELIS, George. *Processo decisório em sistemas políticos: veto players no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_06>. Acesso em: 22 abr. 2016.

TSEBELIS, George. Veto players and institutional analysis. *Governance*, v. 13, n. 4, p. 441-474, 2000. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/0952-1895.00141/full>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

WARNTJEN, Andreas. *Veto players*. Disponível em: <http://doc.utwente.nl/73546/1/Warntjen_Veto_Players.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2016.

LEITURAS ADICIONAIS EM NOSSA BIBLIOTECA

RANGEL, Henrique; BOLONHA, Carlos; FARONI, Fabrício. O poder de veto da bancada empresarial no Congresso: um veto player emergente na teoria de George Tsebelis. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 15, n. 61, p. 145-179, jul./set. 2015.

SANTOS, Fabio Gomes dos. Audiências públicas como arenas de veto. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, v. 15, n. 177, p. 35-40, nov. 2015.

SODRÉ, Habacuque Wellington. A judicialização da política, ativismo judicial, políticas públicas sociais e grupos de interesses: a análise dessa relação a partir do estudo do caso da judicialização da política pública de saúde no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, v. 4, n. 16, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=72426>>. Acesso em: 4 maio 2017.

A (im)possibilidade da mediação nos procedimentos especiais

The (im)possibility of mediation in special procedures

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A origem e conceito da mediação; 3. Distinção entre mediação, conciliação e arbitragem; 4. A mediação no sistema processual brasileiro; 5. Procedimento Comum e Procedimentos especiais no Código de Processo Civil; 6. Os procedimentos especiais e as razões para existirem; 6.1. Passagem do Estado Liberal ao Social; 6.2. Aproximação do direito de ação ao direito material; 6.3. Efetividade do Processo; 7. Características dos Procedimentos Especiais; 7.1. Tipicidade; 7.2. Limitação da cognição; 7.3. Especificidade; 7.4. Celeridade; 8. Possibilidade ou não da aplicação da mediação nos procedimentos especiais; 9. Conclusão; 10. Referências Bibliográficas.

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade Integrado – Campo Mourão. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - RJ. Especialista em Processo Civil pela UNIDERP-Anhanguera-SP.

RESUMO: O presente estudo visa aferir se é possível a aplicação da técnica da mediação nos procedimentos especiais. Para tanto analisar-se-á o instituto da mediação e as características dos procedimentos especiais. A conclusão que se chegará é que no curso da maioria deles é inadmissível a realização da audiência da mediação.

ABSTRACT: *This study aims to assess whether the application of mediation technique is possible in the special procedures. For this purpose will be analyzed the mediation institute and characteristics of the special procedures. The conclusion to reach is that in the course of most of them is inadmissible the hearing of mediation.*

PALAVRAS-CHAVE: Mediação; Procedimentos especiais; Audiência; Código de Processo Civil; Meios alternativos de solução de conflitos.

KEYWORDS: *Mediation; Especial procedures; Court hearing; Brazilian Procedure Code; Alternative Dispute Resolution.*

1 . Introdução

Os homens e seus conflitos são uma constante na Terra. São eles que justificam a existência do Direito. Afinal, se não existissem lides não seriam necessários instrumentos de pacificação social.

Algumas sociedades, por razões antropológicas e históricas, se adaptam a alguns meios de solução de conflitos que outras não. Sabe-se que no Japão a procura do Estado para impor uma decisão judicial, sem antes os conflitantes terem tentado uma solução consensual, é um ato desonroso.

No Brasil, por outro lado, a forma de resolução de conflitos padrão é a judicial, ou seja, impositiva. Mas, recentemente o sistema brasileiro se abriu para uma estrutura multiportas de solução de conflitos. O Judiciário não é mais a única via. Viu-se a chegada da arbitragem e mais recentemente a mediação.

Esse novo tempo em que coexistem diversos meios de solução de conflitos pode naturalmente gerar insegurança. Daí a importância em se estabelecer critérios quanto a aplicação dessas técnicas jurídicas.

Neste espaço, aprofundar-se-á um tema que diz respeito a mediação, que é atividade naturalmente praticada no campo extrajudicial, mas que o Código de Processo Civil de 2015 também a traz, em forma de audiência, como ato do procedimento comum. A questão que se lança neste trabalho é verificar se é possível que a mediação seja praticada no curso dos procedimentos especiais.

2. A origem e conceito da mediação

Há muito tempo a mediação é técnica utilizada em diversos lugares do mundo. Existem relatos da prática da mediação em 3000 a.C, na Grécia e Egito¹ Na Roma antiga, havia a previsão do procedimento *in iure*, que significa “na presença do juiz” e o procedimento *in iudicio* “na presença do mediador ou árbitro.” Na China a prática é também bem antiga perpetuando-se até os dias atuais. Confúcio (500 a 479 a.C) dizia que a melhor maneira de alcançar a

¹ CACHAPUZ, Rozane. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003. p.64.

paz era mediante os acordos. Entendia-se que seria até desonroso e atentava conta a pacificação social a não tentativa de solução de conflitos através da mediação.²

A mediação é um dos métodos alternativos de solução de conflitos. Nesta classe encontram-se também a conciliação e a arbitragem. São alternativos pois não são técnicas vinculadas à atividade jurisdicional comum (a estatal).

Nos Estados Unidos da América, na década de 1960, estabeleceu-se o conceito das ADR's, sigla para *Alternative Dispute Resolution*, denominação de Frank Sander, professor emérito da Faculdade de Direito de Harvard.

A expressão “alternativo” não é a melhor. Em decorrência do prestação jurisdicional estatal não atender apropriadamente a quantidade de demandas e nem ser voltada para a solução da lide numa amplitude social e psicológica, tais métodos devem ser vistos não como alternativos, mas sim como os mais adequados à solução de conflitos. Henry Brow e Arthur Marriot³ estabelecem que, com o intuito de manter o acrônimo “ADR”, é possível a substituição do termo “alternative” para “appropriate”. Em que pese essa interessante visão, já está sedimentada a denominação “Alternative Dispute Resolution” e no Brasil Métodos Alternativos de Solução de conflito (MASC).

A mediação é um meio extrajudicial de solução de conflitos, onde uma terceira pessoa auxilia as partes a chegarem, por si, a um acordo. Zapparolli⁴ define mediação como o procedimento que “visa à facilitação às partes envolvidas em conflito, à administração pacífica desse conflito por si próprias. Ou seja, uma pessoa capacitada e neutra, o mediador, usa técnicas específicas de escuta, de análise e definição de interesses que auxiliam a comunicação dessas partes, objetivando a flexibilização de posições rumo

² MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. *A reinvenção da tradição do uso da mediação*. Revista de Arbitragem e Mediação. RArb 3/142. São Paulo: ed. RT, set. 2004.

³ BROWN, Henry J.; MARRIOTT, Arthur L. *ADR: Principles and Practice*. London”Sweet & Maxwell, 2011, p. 2.

⁴ ZAPPAROLLI, Célia Regina. *A experiência pacificadora da mediação: uma alternativa contemporânea para a implementação da cidadania e da justiça*. In MUSKAT, Malvina Ester. *Mediação de Conflitos- pacificando e prevenindo a violência*. 2. Ed. São Paulo: Summus, 2003., p. 52-53.

a opções e soluções eficazes a elas e por elas próprias.” Veja, que por esta visão, o mediador tem a função de propiciar o diálogo entre os envolvidos no litígio, de maneira que possam eles de forma harmoniosa chegarem a um consenso. O papel do mediador não é apontar uma solução para o conflito, e nem impor uma decisão, mas fazer com que as partes decidam por si só os rumos para a solução do conflito.

A mediação é meio extrajudicial de composição de conflito, mesmo se praticada no curso de um processo. É princípio da mediação que o diálogo nela praticado seja sigiloso⁵, para, além de deixar as partes mais a vontade a obterem um consenso, não contaminar a discussão no processo judicial, em caso de mediação sem êxito. Por isso o magistrado jamais poderá ser o mediador. Além da sua presença inibir o diálogo entre as partes, a sua decisão seria facilmente influenciada pelo que presenciou na mediação.

3. Distinção entre mediação, conciliação e arbitragem

À semelhança do que ocorre na atividade jurisdicional estatal, a arbitragem é um método impositivo da solução de conflitos. Isto quer dizer que o árbitro irá substituir a vontade das partes e solucionar a lide.

A composição e a mediação, por seu turno, são métodos de autocomposição de conflito. Ou seja, o mediador e o conciliador não poderão impor uma solução ao conflito sem a concordância das partes. A diferença entre a mediação e a conciliação reside no grau de intervenção do terceiro na solução do conflito. Na conciliação há um espaço maior de intromissão do terceiro, este poderá apontar a melhor saída para o conflito. Na mediação o terceiro tem uma participação mais sutil, conduzindo as partes “com abstenção de aconselhamento, emissão de parecer ou proposição de fórmulas de acordo, pois as partes devem chegar à resolução do conflito”.⁶

⁵ O Código de Processo Civil, em seu artigo 166, caput, e § 1, do CPC, deixa claro o sigilo com princípio, ao dispor: “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”. “A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes”.

⁶ ALVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y El acceso a justicia*. Santa Fé: Rubinzal y Asociados, 2003 1996, p. 223 e 224

O mediador apoia as partes para que delas surja a solução, ao passo que o conciliador propõe as partes a solução para o conflito. Quanto à finalidade, Petrônio Calmon⁷ elucida que a mediação tem como fim resolver com abrangência o conflito, pondo fim à lide também na sua esfera sociológica, enquanto na conciliação o objetivo é menos ambicioso, no qual se busca a resolução do conflito tão somente sob o âmbito jurídico.

4. A mediação no sistema processual brasileiro

No preâmbulo da Constituição do Brasil de 1988 há diretriz que as controvérsias sejam solucionadas de forma pacífica. É o texto: “Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos [...] com a solução pacífica das controvérsias.”

A mediação, além de solucionar a lide no âmbito jurídico, tem como escopo a eliminação do conflito como fator psicológico e social. É perceptível ao senso comum ser maior o alcance da paz entre duas pessoas quando elas chegam a uma solução por si sós do que quando a decisão é imposta ou indicada por outra pessoa. Este é o mister da mediação: fazer com que as partes por si mesmas cheguem a um consenso.

No entanto, a mediação, como técnica prevista em lei, apenas recentemente foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro. Como se vê: com bastante atraso.

Algumas disposições rasas sobre a mediação foram instituídas na seara trabalhista, como na MP nº 1.982-76/2000, que indica a mediação como solução de impasses na participação dos trabalhadores nos lucros das empresas. Além disso foram emitidas algumas resoluções em alguns Tribunais de Justiça, como em 2002 no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, e em 2003 no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Foi tão somente com o advento da Lei 13.105/2015, que introduziu um novo Código de Processo Civil, substituindo aquele que vigorava desde

⁷ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

1973, que a mediação adquiriu previsão legislativa correspondente a sua importância. E ainda no mesmo ano foi promulgada a Lei 13.140 que detalha a aplicação da mediação entre particulares e também a administração pública.

À mediação foi deferida tanta significância, que logo em seu início, no artigo 3º, o Código de Processo Civil, a insere como um dos meios fundamentais para a solução dos conflitos. Diz o dispositivo que “o Estado deve promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, e ainda que a mediação e os demais métodos consensuais devem ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

Traz, ainda, o Código de Processo Civil informações tangentes ao que distingue a mediação da conciliação. Diz em seu artigo 165, §§ 2º e 3º que o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, enquanto o mediador “atuará nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, devendo auxiliá-las a compreender as questões do conflito e restabelecer a comunicação entre elas, de modo a identificar, por si mesmas, soluções amigáveis que gerem benefícios a ambas”.

A mediação pode ser exercida em dois momentos: um anterior e outro depois de a lide ser levada ao Poder Judiciário. Na fase anterior, há mais flexibilidade quanto a forma e maior abrangência dos casos sujeitos à mediação. Isto porque após a propositura da demanda o magistrado deverá seguir o rito previsto em lei, estando, portanto, a mediação sujeita ao filtro e ao crivo das técnicas e procedimentos insculpidas no Código de Processo Civil.

Neste sentido, e regulamentando a prática da mediação no curso do processo, a Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil) estabeleceu, em seu artigo 334, o momento e fase procedimental adequada a sua realização, que é na chamada “audiência de mediação ou conciliação”.

O artigo 334 do Código de Processo Civil assinala que “Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência”. Os §§ 1º a 12º do referido

artigo trazem as normas que regulamentam a referida audiência. Por sua vez, o artigo 335 assinala que a data da audiência de conciliação é o termo inicial para a contagem do prazo para a contestação.

Nota-se que as normas referentes a audiência da conciliação previstas nos artigos 334 e 335 estão respectivamente nos capítulos V e VI, do Título I, sob a epígrafe “Do Procedimento Comum”. Cumpre, logo, constatar que a audiência de conciliação e mediação tal como disposta nos referidos artigos é ato processual inerente tão somente ao procedimento comum. E, salvo as situações expressas no §4º do artigo 334 do Código de Processo Civil, é de observância obrigatória, sendo ainda que o não comparecimento à audiência caracteriza ato atentatório a dignidade da justiça, sujeita a aplicação de multa.

A audiência de mediação e conciliação como ensina Arruda Alvim⁸ apenas não ocorrerá “se ambas as partes manifestarem-se expressamente pela sua não realização.” Complementa o grande processualista: “Se apenas o autor, ou apenas o réu demonstrarem desinteresse na resolução amigável a audiência será realizada”.

A não designação ou realização da audiência de mediação nas situações em que ele for prevista como fase do rito do procedimento comum pode gerar nulidade. É direito das partes, como dita o próprio preâmbulo da Constituição da República, antes de ter sua lide resolvida de forma impositiva, que seja oportunizada a via consensual. Se esta não lhe foi oportunizada, e essa omissão do magistrado seja alegada por uma das partes, deverá o procedimento ser anulado, e retomado para a realização da referida audiência.

Urge compreender que depois de oferecida a demanda, o momento mais apropriado para a realização da mediação é mesmo na audiência, tal como tipificada no artigo 334 do Código de Processo Civil. Até a contestação não há aprofundamento do mérito, e a visão do magistrado, ainda ofuscada sobre os fatos, permite o direcionamento da lide para o ambiente da mediação, que deve ser fora das salas tradicionais da audiência, operacionalizada por pessoas, que não o juiz, com conhecimento técnico sobre mediação.

⁸ ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 210.

Após a contestação, e o ingresso na fase instrutória, ao que tudo indica a mediação não servirá mais como técnica para a solução do conflito. Muito menos deverá ser tentada na audiência de instrução em julgamento. Isto ocorre, pois se o magistrado por qualquer motivo resolver realizar a mediação nessa fase obrigatoriamente deverá encaminhar as partes para outro setor não mais sob o seu controle, e deverá suspender a audiência de instrução e julgamento, o que, sem dúvidas, acarretaria transtornos e demora na prestação jurisdicional. Veja-se que diferentemente da conciliação que é técnica para a qual o juiz está preparado a realizar, e pode fazê-la, a mediação, em razão da sua natureza não poderá ser conduzida por qualquer magistrado e praticada numa audiência judicial.

Superada a questão referente a audiência de mediação como fase obrigatória do procedimento comum, cumpre avançar a fim de identificar se nos procedimentos especiais é possível a sua realização, em que pese não constar expressamente em lei a sua obrigatoriedade. Para tanto necessário aprofundar o estudo sobre os procedimentos especiais.

5. Procedimento Comum e Procedimentos especiais no Código de Processo Civil

A Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil) estabelece a existência tão somente de duas espécies de procedimentos: o procedimento comum e os procedimentos especiais. Não existe mais o procedimento sumário vigente sob a égide do Código de Processo Civil de 1973. Antes o procedimento comum, se dividia em ordinário e sumário. Com o fim do sumário consequentemente a designação procedimento ordinário deixa de fazer sentido.

O procedimento comum encontra-se regulado entre os artigos 319 e 538 do Código de Processo Civil.

Os procedimentos especiais no Código de Processo Civil estão previstos nos artigos 539 a 770. São eles: ação de consignação em pagamento, ação de exigir contas, ações possessórias, ação de divisão e da demarcação de terras particulares, ação de dissolução parcial da sociedade, inventário e partilha, embargos de terceiro, oposição, habilitação, ações de família, ação monitória, homologação do penhor legal, regulação de avaria grossa, restauração de autos, além daqueles de jurisdição voluntária.

O artigo 318, parágrafo único, do Código de Processo Civil, dispõe que as regras do procedimento comum se aplicam subsidiariamente aos procedimentos especiais. Vale dizer que diante da omissão do procedimento especial em relação a uma fase processual caberá a aplicação das regras do procedimento comum.

6. Os procedimentos especiais e as razões para existirem

Existem diversos motivos que justificam a existência dos procedimentos especiais. A sua previsão no Código de Processo Civil, além de servir a proteção de certos direitos materiais que possuem contornos que lhes são próprios, é produto da evolução da forma de atuação do Estado, somada a uma nova visão sobre o que venha ser o direito de ação e eficácia do processo.

Aponta-se a seguir algumas razões que justificam a existência dos procedimentos especiais.

6.1. Passagem do Estado Liberal ao Social

A passagem do Estado Liberal para o Social representa importante momento de sedimentação dos procedimentos especiais na ciência e legislação processual.

Antes, na regência do Estado Liberal, o Estado para cumprir o seu papel jurisdicional prescindia de procedimentos especiais, bastando um único tipo de procedimento para a solução de todas as lides. A indenização em dinheiro servia como meio de solução de quase todas os casos levados ao judiciário, não havendo preocupação com o efetivo cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, ou de entregar coisa certa, bem como a espécie do direito objeto do julgamento.⁹Os procedimentos especiais nesse

⁹ Como afirmam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, no Estado Liberal “ao se atribuir aos direitos natureza exclusivamente patrimonial, admite-se que a sua lesão possa ser aferida pelo ‘metro da pecúnia’ surgindo o Estado mero dever de prestar tutela pelo equivalente-ao valor do dano ou ao valor da prestação inadimplida.” (MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*, volume 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 25)

tempo chegaram a ser considerados vilões, por apontarem uma proximidade perigosa do processo com o direito material, um retorno sombrio ao período da *actio romana*, em que o direito de ação não possuía autonomia em relação direito material, e que ambos, portanto, se confundiam.

Mas a partir da segunda metade do Século XX novas necessidades sociais passaram a exigir do Estado um agir mais ativo. Percebeu-se que a liberdade conduziu, na fase da Revolução Industrial, “a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar”.¹⁰ “E, o Estado teve que deixar de atuar minimamente na vida das pessoas, para intervir e assegurar direitos sociais esquecidos pelo liberalismo econômico.”¹¹

Diz Norberto Bobbio¹² que esta vocação social do Estado se deu: “a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de seus diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc. Em substância: mais bens, mais sujeitos, mais status do indivíduo.”

Nessa passagem para o Estado Social, a igualdade meramente formal, como fim Estatal, deu lugar a busca pela igualdade material.¹³ Diante da complexidade de direitos que passaram a ser tutelados, percebeu-se que

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros .11ª edição, p. 59.

¹¹ Brilhante neste sentido a lição do mestre Arruda Alvim: “ Isto veio a significar que o sistema jurídico todo, que fora construído com respeito às premissas de verdade do individualismo, o que, por isso mesmo, gerou profunda aversão pelo papel de grupos sociais começou a se posto em dúvida.” (ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 93.)

¹² BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier. Nova edição, 2004, p.83.

¹³ Boa ventura de Souza Santos, sobre a igualdade, exclama: “ Temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza, temos o direito de ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56

seria insuficiente para tutelar todas as espécies de direito um tratamento igualitário e uniforme. Portanto, a chegada do Estado Social se deparou com a necessidade de estabelecimento de técnicas jurídicas diferenciadas para a proteção de certos direitos.

No campo processual, percebeu-se que para tutelar esta gama diferenciada de direitos, sob o foco do Estado Social, e, portanto da igualdade material, a uniformidade de procedimento seria inconcebível. E que o aparato apto para uma tutela jurisdicional efetiva deveria partir de uma individualização e adequação dos procedimentos ao direito substancial, por meio dos procedimentos especiais.

6.2. Aproximação do direito de ação ao direito material

Outro ponto importante diz respeito a evolução do direito de ação. O direito de ação e as técnicas de solução de conflitos devem ser construídas como meios efetivos de recuperação e proteção a ameaça ou violação de direito. E assim, apesar do direito de ação ser autônomo ao direito material, não deve ser a este indiferente.

A instrumentalidade como face do direito de ação representou um progresso ao que era ditado pela Escola Sistemática italiana. Essa escola pregava que o direito de ação em razão da sua autonomia não poderia ser contaminado pelo direito material, e que um único procedimento servia para todos os tipos de direito. Só que como ensina Marinoni, Arenhart e Mitidieiro¹⁴, essa ideia partiu de um falso entendimento: que a criação de diversos procedimentos especiais seria um retorno ou manutenção da visão civilista do direito de que para cada direito haveria uma ação.

Constatou a moderna doutrina que o fato da ação ser autônoma não significa que ela tenha que ser neutra em relação ao direito subjetivo substancial. Pelo contrário, tem que servir de instrumento para a efetiva satisfação dos direitos, e não simplesmente a busca por uma sentença, muitas vezes sem resultado prático qualquer. Observou-se que para alcançar a efetividade, devem existir técnicas procedimentais conforme a

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio e MITIDIEIRO. *Novo Curso de Processo Civil- Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*, vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 33.

especificidade e os contornos dos direitos materiais¹⁵. Humberto Theodoro Júnior¹⁶ de forma lapidar sustenta que “haverá sempre algum detalhe da mecânica do direito material que, eventualmente, reclamará forma especial de exercício no processo. O processo como disciplina formal não pode ignorar essas exigências de origem substancial, porque é da própria natureza das coisas que a forma se ajuste e se harmonize à substância”.¹⁷

Neste contexto, a adequação dos procedimentos às situações concretas levadas a juízo, mediante os procedimentos especiais, exsurgiu como técnica de suma importância.

6.3. Efetividade do Processo

A ciência processual, sobretudo após a segunda metade do Século passado, passou a enxergar o processo como ente instrumental a ser construído e praticado para a satisfação efetiva dos direitos materiais.

A efetividade do processo está ligada ao “resultado prático sobre a vida das pessoas e suas relações com os bens ou com outras pessoas da

¹⁵ José Miguel Garcia Medina e Tereza Arruda Alvim afirmam que: “ Devem as regras processuais guardar simetria com as regras de direito material, vale dizer, os direitos materiais devem comportar uma dimensão processual adequada a garantir a sua eficácia, o que impõe reconhecer a existência de um direito subjetivo ao processo adequado (due process of law), ao qual corresponde o dever do Estado de realizar eficazmente os direitos através do processo. Tem-se, assim, que a existência de um direito material implica automática correlação, no plano do processo, de procedimento adequado. Não sendo assim, se estaria diante de situação paradoxal: o direito material seria previsto abstratamente, mas seria irre realizável concretamente. (MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Parte geral e processo de conhecimento*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 61

¹⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 43ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 3. p. 2.

¹⁷ “[...] O processo, em última análise, existe em função do direito material e da necessidade de se contar com instrumental capaz de servir de conduto para as pretensões de direito material diante do aparelho jurisdicional. Parece que, de fato, do ponto de vista ontológico, direito processual civil e direito civil estão necessariamente ligados, na medida em que o primeiro encontra no segundo a sua razão de ser.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v.1. p. 71).

sociedade.”¹⁸ Indica José Carlos Barbosa Moreira¹⁹ que essa efetividade está relacionada “a predisposição de instrumentos de tutelas adequados a todos os direitos” e que “o resultado do processo deve assegurar ao vencedor o pleno gozo do bem que lhe foi reconhecido”, sendo que tais “resultados devem ser alcançados com o mínimo dispêndio de tempo, energia e meios.” A inserção dos procedimentos especiais no Código de Processo Civil e em leis esparsas é produto da vocação instrumental do processo.

7. Características dos Procedimentos Especiais

A ideia de procedimento especial é vinculada à necessidade de diferenciação do procedimento para bem atender a uma particular situação de direito.²⁰ Não obstante as diversas espécies de procedimentos especiais, algumas características comuns podem ser identificadas neles.

7.1. Tipicidade

A primeira delas é a tipicidade. Todos os procedimentos especiais estão delineados e tipificados em lei. A necessidade ou opção de uma demanda seguir um procedimento especial pressupõe o encaixe dos dados de fato e de direito a hipótese de incidência que compõe o tipo do procedimento especial. Só será possível a aplicação de procedimento especial quando presentes requisitos previstos em lei.

7.2. Limitação da Cognição

Outra característica dos procedimentos especiais é a limitação da cognição na linha horizontal.

O conhecimento dos fatos pelo juiz podem estar sujeitos a dois

¹⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 108.

¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Notas sobre o problema da efetividade do processo*. Temas de Direito Processual, 3ª Série, São Paulo: Saraiva, 1980.p.24.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil- vol.3-Procedimentos Especiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo. 3ª ed. 2012, p.30.

tipos de limitação. Pode haver uma limitação quanto a matéria no aspecto profundidade (sentido vertical) e uma restrição da cognição no tocante a amplitude lateral (sentido horizontal).

Na primeira hipótese, a cognição poderá ser a exauriente ou sumária. A exauriente ocorre quando matéria levada a juízo é conhecida, apreciada e valorada verticalmente, em total profundidade. A cognição sumária, por sua vez, é aquela em que ainda não há uma apreciação sobre os fatos e direito de maneira profunda e definitiva, baseando-se em elementos de verossimilhança e plausibilidade (o que ocorre por exemplo nas tutelas provisórias). A coisa julgada material é fenômeno que decorre da cognição exauriente, e não da sumária.

Quanto aos procedimentos especiais, a característica que lhe é peculiar diz respeito a limitação da cognição na linha horizontal. A limitação cognitiva não é a sumária, numa linha vertical, mas sim a parcial, numa linha horizontal.²¹ Esta limitação horizontal não diz respeito ao esgotamento da matéria num sentido de profundidade, mas numa abrangência lateral temática. Diz-se que²²: “a característica da tutela diferenciada é a restrição quanto à cognição, exame feito pelo magistrado quanto aos pontos e questões de fato ou de direito, para a prolação da decisão de mérito.” Por exemplo: nas ações possessórias o objeto do processo deverá se restringir a matéria possessória, não havendo espaço para ampliar a discussão (numa linha horizontal) a respeito da propriedade.

²¹ Leonardo Faria Schenk elucida que a cognição parcial só tem razão de existir se uma parte da cognição for exauriente. Diz ele que a horizontalidade se refere a extensão e a verticalidade a profundidade. (SHEINK, Leonardo Faria. *Cognição sumária. Limites impostos pelo contraditório no Processo Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 170.

²² Ricardo Barros Leonel explica que: “Ao tratar da combinação de várias modalidades de cognição para a concepção de processos com procedimentos diferenciados, moldados em conformidade com especificidades das relações de direito material, lembra Kazuo Watanabe que no procedimento comum, no qual ocorre cognição plena e exauriente (exame de todas as matérias possíveis, com profundidade, e possibilidade de formulação ampla de pedidos cumulados), tem-se como resultado a viabilidade da resolução definitiva do conflito de interesses. Anota, contudo, que umas das técnicas que o legislador pode utilizar é a cognição limitada (parcial) e consequentemente da cognição do juiz, mas sem limite no sentido vertical, da profundidade, quanto ao objeto cognoscível!” LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela Jurisdicional Diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 97.

7.3. Especificidade

Os procedimentos especiais possuem uma estrutura diferente do procedimento comum. Observa-se neles que os atos processuais são concatenados e sequenciados de forma peculiar, distinta do procedimento padrão. Neste ponto destacam-se, entre outros, o rito do inventário e partilha e demarcação e divisão de terras. Há ainda a inserção de atos ou fases processuais inexistentes no procedimento comum, como com as audiências de justificação nas ações possessórias e o ato do depósito na consignação em pagamento. Verifica-se ainda a inversão de fases, ou mesmo o retardamento do contraditório, como ocorre na procedimento da ação monitória. Sem falar ainda no adiantamento da fase executória e a possibilidade da concessão da antecipação da tutela sem a necessidade de comprovar o *periculum in mora* (tutela de evidência) nas ações possessórias ou nas ações de alimentos. Ademais, em muitos se verifica a presença do caráter dúplice da demanda, podendo o réu sair vencedor, e obter um título executivo favorável contra o autor do processo, sem fazer pedido ou apresentar reconvenção.

7.4. Celeridade

Por fim a característica de destaque é a celeridade. Os procedimentos especiais possuem uma dinâmica mais curta de duração, com prazos menores, e suprimento de algumas etapas. Esta celeridade tem uma razão de ser. As matérias discutidas nesses procedimentos devem ser resolvidas com mais rapidez pois a sua não solução em geral pode servir como fato gerador de instabilidade social.

8. Possibilidade ou não da aplicação da mediação nos procedimentos especiais

Analisados o conceito, a aplicação e a inserção da mediação em nosso sistema, bem como as razões de existência dos procedimentos especiais e suas características, deve-se agora ingressar no cerne do presente estudo: é possível a aplicação da mediação dentro dos procedimentos especiais?

Deve-se aqui partir da premissa que a questão em tela pressupõe a propositura de uma demanda e que esta siga um procedimento especial.

Por tal motivo, exclui-se do debate a possibilidade da mediação ser aplicada como técnica antes da propositura da ação, na fase extrajudicial, o que por óbvio, poderá ser realizada como tentativa de solucionar qualquer tipo de conflito. O que se pretende responder é se depois de haver a instauração de um processo, seguindo ele um procedimento especial, é possível a realização da audiência de mediação, tal como prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil.

Como visto, a audiência de mediação é regradada pelos artigos 334 e 335 do Código de Processo Civil, e é ato processual inerente ao procedimento comum. Logo, com esse argumento já poderia ser rechaçada a sua aplicação no bojo dos procedimentos especiais. Mas este argumento por si só não é suficiente, sendo preciso levar a discussão mais além.

Isto porque, tanto a Constituição da República, como o Código de Processo Civil em seu artigo 3º, colocam a mediação como técnica adequada para solução de conflitos. Essas normas facilmente poderiam fundamentar a expansão da audiência de mediação para os procedimentos especiais. Outrossim, o artigo 318, parágrafo único, do Código de Processo Civil, o qual dita que em caso de omissão no procedimento especial se aplica subsidiariamente regras do procedimento comum, poderia em certos casos servir de fundamento para a realização da audiência de mediação nos procedimentos especiais.

Mas, o que se nota é que o sistema do Código de Processo Civil de 2015 acertou tecnicamente ao entoar como obrigatória a realização de mediação tão somente no procedimento comum. Pois como se verá, quase na totalidade dos procedimentos especiais será inviável a realização da audiência de mediação, tal como configurada no artigo 314 do Código de Processo Civil.

Percebe-se que a realização da audiência de conciliação e mediação se mostra incompatível com as razões que determinam a existência e as características dos procedimentos especiais. Ela desnatura a condição de especial desses procedimentos, tornando-os desfalcados das suas características.

Primeiro ponto que vem a tona é que a audiência, como prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil, é ato processual situado entre a

citação do requerido e a apresentação da contestação, e é exatamente nesta fase que, em grande número dos procedimentos especiais, localizam-se as suas especificidades.

Nesta linha, veja-se o procedimento monitorio, previsto nos artigos 700 a 702 do Código de Processo Civil. Nele há um contraditório diferido. Após a propositura da inicial, o juiz ao constatar documento escrito que demonstra a existência de uma dívida ou uma prestação não cumprida pelo devedor, deverá de plano, expedir mandado monitorio, que tem força executiva. Com a expedição do mandado, o réu será citado, podendo oferecer embargos monitorios. Se oferecer tais embargos o mandado terá seus efeitos suspensos, seguindo o rito pelo procedimento comum. Não se vislumbra neste procedimento especial possibilidade de designar audiência de mediação. Pois a razão de existir deste procedimento especial é a celeridade, e também diante da evidência da existência da dívida, a efetividade do processo. A inserção de uma nova fase que fizesse com que o juiz em vez de expedir o mandado monitorio, mandasse citar o réu para a audiência de conciliação ou mediação a ser designada em no mínimo em 30 dias, e a partir da audiência o réu ainda tivesse quinze dias para apresentar a contestação, aniquilaria de vez o procedimento monitorio, o transformando num procedimento comum.

Do mesmo modo no que toca o procedimento da ação possessória, o que o faz especial, além da possibilidade da liminar no caso de posse nova prescindir da demonstração do *periculum in mora* (uma espécie de tutela de evidência), é a audiência de justificação prevista no artigo 562 do Código de Processo Civil, para o qual deverá o réu ser citado. Dentro deste rito seria inadequado inserir a audiência de mediação, pois o réu, neste procedimento, deve ser citado para comparecimento a uma audiência cuja finalidade é tão somente a produção de provas pelo autor, para a obtenção ou não da liminar. Incluir neste interim uma audiência de mediação ou conciliação retiraria do rito em tela o único ato ou medida que o torna especial.

Nesta fase ainda entre a propositura da demanda e a contestação é que na ação de consignação em pagamento ocorre o ato do depósito (artigo 542 do CPC), e no procedimento da homologação do penhor legal (artigo 703 do CPC) audiência preliminar para a apresentação da contestação.

Em outros procedimentos especiais a audiência de mediação não é compatível em razão do *thema decidendum* por não ser de direito material, mas tão somente referir a questões instrumentais referentes a outro processo. São os casos da habilitação (artigos 687 a 692) e da restauração dos autos (artigo 712 a 716), sendo que neste último ainda o juiz pode instaurar de ofício o procedimento, o que denota mais uma razão para a inviabilidade da mediação.

Os embargos de terceiro, previstos no artigo 674 do CPC, por seu turno, tem como fim eliminar constrição judicial sobre um bem de terceiro. Denomina-se essa constrição de esbulho judicial por partir de um ato do juiz. Ora, se a lide que se instaura nos embargos é em razão de um ato judicial não haveria porque haver uma mediação com as partes do processo, pois nenhum consenso seria capaz de reverter a constrição, por ter sido esta fruto de ordem judicial.

No que tange aos procedimentos de divisão e demarcação de terras existe uma questão interessante. Consiste ela no fato da exigência prevista nos artigos 576, parágrafo único, e 589 do Código de Processo Civil, da publicação de edital para citação por edital dos interessados incertos e desconhecidos. Essa determinação, nota-se, existe também para os casos de usucapião, que hoje estão sujeitos ao procedimento comum. O que se conclui é que, em razão da referida normatização, tanto no procedimento de usucapião, mesmo sendo de procedimento comum, com fulcro no artigo 334, § 4º, e também nos casos de divisão e demarcação de terras particulares, mostra-se incabível a realização da audiência de mediação, pela impossibilidade natural de pessoas incertas e desconhecidas comparecerem ao ato.

Por outro giro, vale notar existem procedimentos que se mostram especiais do início ao fim, não havendo qualquer possibilidade do realização da audiência de mediação. São os casos o inventário e partilha (artigos 610 a 673 do CPC), bem como do procedimento de regulação de avaria grossa (artigo 707 a 718 do CPC).

No que diz respeito aos procedimentos especiais de jurisdição voluntária (artigos 719 a 770 do CPC), o simples fato de não haver lide a ser julgada em seu contexto, e que a mediação tem como finalidade a solução das lides, já se vê neles a total desnecessidade da realização da audiência de mediação.

Restam a serem examinados quatro procedimentos especiais previstos no Código de Processo Civil: oposição, a dissolução parcial da sociedade, ação de exigir contas e as ações de família.

Em razão das suas estruturas, não se vê empecilho a realização da audiência de mediação. Pelo contrário, no que tange as ações de família, o Código de Processo Civil de forma expressa determina a realização da audiência de mediação.

Aliás, é exatamente nas questões de família em razão dos conflitantes já terem vínculo anterior, que a mediação se mostra mais eficaz. Neste sentido, urge se voltar para o artigo 694 do CPC que diz: “Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”. De outra o maneira artigo 695 do Código de Processo Civil, repete a exigência do artigo 334 dizendo que o requerido deverá ser citado para comparecer audiência de mediação e conciliação.

No que se refere tanto aos procedimentos de exigir contas como o de dissolução da sociedade parcial, vê-se que a lide neles serem resolvidas, a especialidade do procedimento se dá tão somente após a fase da contestação.

A principal característica do procedimento de exigir contas é a existência de duas fases. A primeira para decidir a respeito da existência da obrigação de o requerido prestar as contas, e a segunda, após prestadas as contas, se há saldo devedor em benefício de alguma das partes. Na primeira fase, como não há entre a propositura da inicial e o momento da contestação a previsão de qualquer outro ato processual, tampouco qualquer medida judicial a ser tomada, não há qualquer óbice para que seja aplicada a regra da citação do requerido a comparecer uma audiência de conciliação ou mediação, o que, aliás, em nada tirará a eficácia do referido procedimento especial.

Na ação de dissolução parcial de sociedade, denota-se conforme o artigo 601 do CPC que “os sócios e a sociedade serão citados para, no prazo de 15 (quinze dias), concordar com o pedido ou a apresentação de contas”. E após disso, se houver concordância expressa e unânime (art. 602 do CPC) passará imediatamente a fase de liquidação. Entre o recebimento da demanda e a contestação inexistente qualquer ato judicial a ser tomado, o

que evidencia inexistir óbice da audiência de mediação nesse íterim. Pelo, contrário, observa-se, inclusive, que por envolver a lide em tela sócios e pessoas que possuem convívio é salutar a audiência de mediação.

O Código de Processo Civil de 2015 retirou a oposição da classe da intervenção de terceiros e a colocou como uma das modalidades de procedimentos especiais (artigos 682 a 686 do CPC). Mas, o que se infere desses dispositivos é que a única diferença entre o rito da oposição e o procedimento comum diz respeito “a previsão de um prazo comum de quinze dias para a contestação dos corréus (evitando a contagem em dobro do art. 229)”²³ Por este motivo, não há qualquer empecilho para a realização da audiência de mediação entre o opositor e os requeridos (partes do processo em que se discute titularidade ou coisa eventualmente pertencente àquele), na forma prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil.

Além dos procedimentos especiais previstos no Código de Processo Civil existem aqueles estampados em leis especiais. E em relação a estes deve-se partir da mesma premissa. A mediação só poderá ser aplicada se não retirar do procedimento especial todas as suas características e razões de existir.

Destaca-se aqui duas situações de evidente importância prática: a da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e a Lei do Mandado de Segurança.

A Lei da ação civil pública regulamenta um procedimento relacionado a tutela de direitos difusos e coletivos. Diferencia-se do procedimento comum quanto à legitimação e a coisa julgada em razão do essência do direito a ser tutelado. Mas no que cinge especificadamente a fase procedimental, não há quase qualquer alteração em relação ao procedimento comum. Assim, tal como nos procedimentos especiais do Código de Processo Civil que admitem a realização da audiência de mediação, na forma do artigo 334 do CPC, não se vislumbra óbice que sob o rito da ação civil pública seja nela realizada.²⁴

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil- Volume. II*, Rio de Janeiro: Forense. 50ª edição, 2016, p. 350.

²⁴ Quanto a possibilidade de transação nos direitos indisponíveis vale destacar o trabalho de Elton Venturi “Transação de Direitos Indisponíveis” Revista de Processo. São Paulo:RT, volume 251/2016.

No que tange o Mandado de Segurança, pelo contrário, a realização da mediação desnaturaria completamente a sua razão de existir. Pois, somente estará apto para seguir sob o rito mandamental demandas que narrem situações fáticas comprovadas de plano, pela via documental. Não há espaço para uma demora na prestação jurisdicional, e nem para a realização de audiências, pois o direito em tela necessita pela sua própria natureza (direito do particular perante ao Estado) de célere solução. Assim, incabível no curso da ação mandamental a designação da audiência de mediação.

Visto, portanto, a aplicabilidade ou não da audiência de mediação em cada espécie de procedimento especial, apesar da viabilidade da audiência de mediação em alguns procedimentos especiais, isto não quer significar que seja neles ela obrigatória. A não ser nas ações de família, que há expressa determinação legal neste sentido.

Nos casos acima mencionados em que for possível a realização da audiência de mediação o autor poderá requerê-la na petição inicial. E assim deverá o juiz citar o réu, nos exatos termos do artigo 334 do CPC, para comparecer ao ato. O silêncio do autor na inicial não significa, ao contrário dos casos do procedimento comum²⁵, presunção de que pretende a realização do mediação. E, assim, não poderá o juiz designar audiência de conciliação e mediação sem o pedido do autor. É direito do autor escolher o procedimento entre as possibilidades legalmente previstas que melhor se adapte²⁶ a lide que entrega ao judiciário para a solução.

9. Conclusão

A audiência de mediação (art. 334 do CPC) é fase própria do procedimento comum, podendo ser inserida, excepcionalmente, em alguns procedimentos especiais, como por exemplo: oposição; dissolução parcial de sociedade; ações familiares; de exigir contas e ação civil pública.

²⁵ Neste sentido vide BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil. Volume único*. São Paulo: Saraiva. 2ª ed. 2016, p. 295.

²⁶ “ Daí a exigência de que o sujeito, vindo a juízo, peça adequadamente e provoque somente as medidas processuais adequadas ao caso segundo a lei”. (DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros. 5ª edição, 2005, p. 39

Esse fator de restrição deve servir de alerta aos operadores do direito sobre a necessidade de incentivar e buscar a aplicação da mediação na esfera extrajudicial, para que atenda o seu desiderato como técnica de solução dos conflitos.

10. Referências Bibliográficas

ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015: de acordo com o novo CPC: lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 210.

_____. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ALVAREZ, Gladyz Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BROWN, Henry J.; MARRIOTT, Arthur L. *ADR: principles and practice*. London: Sweet & Maxwell, 2011.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & direito de família*. Curitiba: Juruá, 2003.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos e institutos fundamentais de direito processual civil: jurisdição e competência, organização judiciária, ministério público, advogado, serviços auxiliares da justiça. In: _____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros. 2004. v. 1.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. In: _____; _____; _____. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos especiais: procedimentos especiais do CPC e de leis extravagantes, ações constitucionais, ações coletivas, juizados especiais cíveis, arbitragem*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. (Curso de processo civil, v. 5).

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Parte geral e processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. (Processo civil moderno, v. 1).

MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 142-153, set./dez. 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: _____. *Temas de direito processual: terceira série*, São Paulo: Saraiva, 1980. p. 84.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 25-68. (Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, v. 3)

SCHENK, Leonardo Faria. *Cognição sumária: limites impostos pelo contraditório no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Procedimentos especiais. In: _____. *Curso de direito processual civil*. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 3.

_____. Procedimentos especiais: codificados (de jurisdição contenciosa e de jurisdição voluntária) de legislação extravagante. In: _____. *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 2, p. 350.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, n. 251, p. 229-273, jan. 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. In: _____; _____; _____. *Curso avançado de processo civil*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.1.

ZAPPAROLLI, Célia Regina. A experiência pacificadora da mediação: uma alternativa contemporânea para a implementação da cidadania e da justiça. In: MUSZKAT, Malvina Ester Org.). *Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência*. 2. ed. São Paulo: Summus, 2003. p. 52-53.

LEITURAS ADICIONAIS EM NOSSA BIBLIOTECA

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Processo de conhecimento e cumprimento de sentença* : comentários ao CPC de 2015. São Paulo : Método, 2016.

SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. In: CIANCI, Mirna et al. (Coord.). *Novo código de processo civil: impactos na legislação extravagante e interdisciplinar*. São Paulo : Saraiva, 2016. v. 1, p. 375-398.

Mudanças climáticas: estratégias de litigância e o papel do Judiciário no combate as causas e efeitos do aquecimento global no contexto brasileiro

Climate change: the role of litigation to address the causes and effects of global warming in the brazilian context

SUMÁRIO: I. Introdução: porque litigar no campo das mudanças climáticas?; II. Separação de poderes e o papel do judiciário no combate ao aquecimento global; III. Litigando para mitigar; IV. Litigando para adaptar; V. Transparência e acesso a informação sobre financiamento público de atividades poluidoras; VI. Conclusão; VII. Referências Bibliográficas.

* Promotor de Justiça Titular do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Exerceu as funções de assessor jurídico da secretaria-geral do Ministério Público, membro do grupo de atuação especializada em meio ambiente, subcoordenador do Centro de apoio operacional das promotorias de justiça de meio ambiente e urbanismo e coordenador do grupo de apoio técnico especializado em meio ambiente do MPRJ. Pós-graduado em gestão de passivos ambientais pelo Centro de produção e estudo do direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público e Internacional (com ênfase em direito ambiental internacional) pela Universidade de Melbourne, Austrália.

RESUMO: Há um vasto consenso na comunidade internacional de que atividades antropogênicas estão aumentando a concentração de gases de efeito estufa (GEE) na atmosfera, causando o aquecimento global. A maioria das atividades humanas responsáveis pela geração de GEE estão relacionadas a queima de combustíveis fósseis para produzir combustível (setor de transporte) e gerar eletricidade (setor de energia) para o benefício da sociedade humana. Fora isso, as emissões antropogênicas estão intimamente relacionadas a diversas atividades econômicas, estilo de vida, padrões de uso do solo e políticas climáticas.

No entanto, as medidas necessárias para diminuir as emissões de gás carbônico e enfrentar os impactos adversos do aquecimento global representam significativas mudanças na sociedade contemporânea, e nem sempre são de fácil implementação, principalmente se levarmos em conta que representantes eleitos necessitam moderar suas atitudes de forma a garantir suas cadeiras nas eleições seguintes, evitando desagradar grande parcela de seu eleitorado.

Nesse contexto, este artigo abordará possíveis caminhos para, no âmbito doméstico, litigar para combater os efeitos do aquecimento global, buscando por meio do judiciário o impulso necessário para que os Poderes Legislativo e Executivo adotem medidas de combate as mudanças climáticas. Tal tarefa será realizada por meio de abordagem de experiências judiciais levadas a cabo nos Estados Unidos, Canadá, Alemanha e Austrália, identificando assim possíveis caminhos para, por meio de ações coletivas, forçar governantes e atores privados a implementar medidas de mitigação e adaptação as mudanças climáticas. Processos objetivando maior transparência de atos governamentais também serão apresentados como uma das estratégias possíveis para combater o aquecimento global no âmbito dos tribunais.

Diga-se, por oportuno, que as estratégias aqui levantadas não significam que o autor seja um entusiasta da judicialização das questões ambientais. Pelo contrário, tenho grande apreço e confiança de que soluções consensuais são a melhor alternativa para pôr fim a litígios ambientais. No entanto, em algumas ocasiões, barreiras intransponíveis levarão a impossibilidade de que acordos sejam alcançados, não restando outra alternativa senão o chamamento do Poder Judiciário para solucionar a controvérsia. Para esses casos que se pretende, com o presente artigo, abordar algumas estratégias de judicialização de questões relativas as mudanças climáticas.

ABSTRACT: *There is widespread consensus among the international community that anthropogenic activities are increasing the concentration of greenhouse gases (GHG) in the atmosphere, causing global warming. Most of the human actions generating GHG are related to the burning of fossil fuels to produce fuel (transportation sector) and electricity (energy sector) for the benefit of human society. These anthropogenic emissions are mainly driven by economic activity, lifestyle, energy use, land use patterns technology and climate policy.*

In order to deal with the climate problem, governments must put in place measures to mitigate greenhouse gas emissions and address the adverse impacts caused by global warming. Nevertheless, these measures represent a significant change in the contemporary society, which is not always easy to achieve, especially by elected officials that must be responsive to the majority if they want to keep their seats.

This article explores possible pathways of domestic litigation to combat global warming in the Brazilian context. By addressing major climate change litigation cases in United States, Canada, Germany and Australia, I will address possible causes of action to foster public officials and private actors to adopt mitigation and adaptation strategies. Disclosure of information is also presented as a valuable course of action addressing climate change.

The ideas here presented do not mean that the author is enthusiastic of environmental litigation. Actually, I do believe that alternative dispute resolution is the best way to tackle environmental conflicts. However, sometimes achieving friendly deals is not an option, and so the judiciary becomes the only way to advance the environmental agenda. Therefore, this article aims to address those cases, where the parts involved in the conflict did not manage to find a friendly way to solve the problem.

PALAVRAS-CHAVE: mudanças climáticas; Aquecimento global; Medidas de adaptação e mitigação; Acesso a informação; Separação dos poderes; Judicialização.

KEYWORDS: *climate change litigation; Global warming; Mitigation; Adaptation; Access to information; Separation of Powers; Judicialization.*

I. Introdução: Porque litigar no campo das mudanças climáticas?

Há um vasto consenso na comunidade internacional de que atividades antropogênicas estão aumentando a concentração de gases de efeito estufa (GEE) na atmosfera, causando o aquecimento global.¹ A maioria das atividades humanas responsáveis pela geração de GEE estão relacionadas a queima de combustíveis fósseis para produzir combustível (setor de transporte) e gerar eletricidade (setor de energia) para o benefício da sociedade humana.² Fora isso, as emissões antropogênicas estão intimamente relacionadas a diversas atividades econômicas, estilo de vida, padrões de uso do solo e políticas climáticas.³

Para combater o aquecimento global, os governos precisam lançar políticas públicas prevendo ações estratégicas em duas frentes: ações de mitigação da produção de GEE e de adaptação as consequências do aquecimento global. Ações de mitigação se destinam a reduzir a concentração de GEE na atmosfera, seja pela redução na quantidade de emissões, seja pelo incremento de sumidouros de carbono, responsáveis por absorver gás carbônico da atmosfera. Grandes áreas florestadas são um exemplo de sumidouros de carbono.

Por outro lado, medidas de adaptação tem por objetivo reduzir os impactos adversos das mudanças climáticas sobre os sistemas humanos e naturais, por meio de um vasto conjunto de ações sistêmicas específicas.⁴ Essas ações reduzem a exposição de comunidades aos riscos criados pela variabilidade climática, como enchentes, furacões e ondas de calor.⁵

Os principais atores na implementação de medidas de mitigação e adaptação são os poderes legislativo e executivo. Por terem seus integrantes eleitos pelo voto popular, eles são as instituições legítimas para pôr em ação as medidas necessárias para combater o aquecimento global no cenário nacional.

¹ Painel Intergovernamental de mudanças climáticas (IPCC) Relatório Síntese das mudanças climáticas para agentes governamentais 2014' (quinto relatório de avaliação (AR5), 2014).

² Amory B Lovins, 'A Farewell to Fossil Fuels: Answering the Energy Challenge' (2012) 91(2) Foreign Affairs 134, 134.

³ Painel Intergovernamental de mudanças climáticas (IPCC), acima n 1.

⁴ Adaptation and Mitigation - Responses to Climate Change <http://know.climateofconcern.org/index.php?option=com_content&task=article&id=142>.

⁵ Painel Intergovernamental de mudanças climáticas (IPCC), acima n 1, 19.

Contudo, medidas de mitigação e adaptação não são postas em prática com facilidade. Elas demandam mudanças, por vezes drásticas, que encontram resistência em uma série de segmentos da sociedade. Tais medidas requerem mudanças na economia e na sociedade que podem, num primeiro momento, configurar ameaças a empregabilidade, desenvolvimento econômico e segurança energética. Elas também podem reduzir a competitividade de indústrias nacionais que, a luz de cortes obrigatórios na emissão de GEE, enfrentam aumento de custos de produção, perdendo competitividade no mercado global.⁶

Em resumo, essas medidas representam significativas mudanças na sociedade contemporânea, e nem sempre são de fácil implementação, principalmente se levarmos em conta que representantes eleitos necessitam moderar suas atitudes de forma a garantir suas cadeiras nas eleições seguintes, evitando desagradar grande parcela de seu eleitorado.

A luz dessas barreiras, que dificultam a tomada de decisões drásticas por governantes eleitos para combater os efeitos do aquecimento global, a litigância no campo das mudanças climáticas aumentou dramaticamente nos últimos anos.⁷ Medidas judiciais foram interpostas em âmbito local, regional, nacional e internacional como uma forma de superar a inércia de governantes e grandes poluidores em lidar com o aquecimento global de forma efetiva.⁸

A litigância no campo das mudanças climáticas demonstrou que as Cortes possuem um papel a cumprir no combate ao aquecimento global. Decisões judiciais levaram governos a considerar os efeitos das mudanças climáticas na elaboração de políticas públicas. Tais decisões também tiveram o efeito de provocar a revisão de políticas públicas já existentes, bem como levaram grandes corporações a efetuar mudanças em projetos por conta de melhor avaliação dos impactos sobre e em função do aquecimento global.⁹

⁶ Christoph Boehringer, 'Two Decades of European Climate Policy: A Critical Appraisal' (2014) 8(1) *Review of Environmental Economics and Policy* 1, 3.

⁷ Hari M Osofsky, 'Continuing Importance of Climate Change Litigation, The' (2010) 1 *Climate Law* 3, 3; Felicity Millner and Kirsty Ruddock, 'Climate Litigation: Lessons Learned and Future Opportunities' [2011] (1) *Alternative Law Journal* 27, 1.

⁸ Osofsky, acima n 15, 3.

⁹ Jacqueline Peel et al, 'The Influence of Climate Change Litigation on Governments and the Private Sector' (2011) 2(4) *Climate Law* 485, 513.

Em acréscimo, ações judiciais nesse campo atraíram a atenção da mídia internacional e nacional, gerando no grande público consciência sobre os problemas e desafios relacionados as mudanças climáticas. E mesmo quando foram julgadas improcedentes, essas ações jogaram luz sobre a necessidade de reformas em alguns pontos da legislação existente.¹⁰

A luz das considerações acima, este artigo abordara possíveis caminhos para, no âmbito doméstico, litigar para combater os efeitos do aquecimento global. Tal tarefa será realizada por meio de abordagem de experiências judiciais levadas a cabo nos Estados Unidos, Canada, Alemanha e Austrália, identificando assim possíveis caminhos para, por meio de ações coletivas, forçar governantes e atores privados a implementar medidas de mitigação e adaptação as mudanças climáticas. Processos objetivando maior transparência de atos governamentais também serão apresentados como uma das estratégias possíveis para combater o aquecimento global no âmbito dos tribunais.

Diga-se, por oportuno, que as estratégias aqui levantadas não significam que o autor seja um entusiasta da judicialização das questões ambientais. Pelo contrário, tenho grande apreço e confiança de que soluções consensuais são a melhor alternativa para pôr fim a litígios ambientais. NO entanto, em algumas ocasiões, barreiras intransponíveis levarão a impossibilidade de que acordos sejam alcançados, não restando outra alternativa senão o chamamento do Poder Judiciário para solucionar a controvérsia. Para esses casos que se pretende, com o presente artigo, abordar algumas estratégias de judicialização de questões relativas as mudanças climáticas.

II. SEPARACAO DE PODERES E O PAPEL DO JUDICIARIO NO COMBATE AO AQUECIMENTO GLOBAL

A principal maneira de reduzir a emissão de GEE e' por meio de implementação de políticas públicas. Um vasto portfólio de políticas públicas se encontra a disposição de governos, variando de medidas de comando e controle – como estabelecer limites de emissão de GEE de observância obrigatória – até sistema baseados nas leis de mercado, que oferecem

¹⁰ Millner and Ruddock, above n 15, 1.

incentivos a indústria e demais setores da economia para reduzir suas emissões.¹¹ Um exemplo de política pública baseada nas leis do mercado são os sistemas de comercialização de créditos de carbono.

Contudo, na ausência de políticas públicas efetivas tendo por objetivo a redução das emissões de GEE, alguns atores estatais e não estatais tomaram a iniciativa de acionar o judiciário na tentativa de obter medidas concretas de combate ao aquecimento global. Em alguns casos, os litigantes chegaram a pedir as Cortes que estabelecessem um limite de emissões de observância obrigatória aos réus das referidas ações.

Em *Connecticut v America Electric Power*¹², 12 Estados, um governo local e três organizações não governamentais norte americanas processaram 5 companhias de energia elétrica. Os autores solicitaram que a Corte determinasse aos réus que limitassem suas emissões a um determinado patamar e, posteriormente, reduzissem gradualmente suas emissões de gás carbônico. A Corte não julgou o mérito do caso sob o argumento de que a questão não poderia ser definida pelo Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes.¹³

Concordamos com a solução adotada pela Corte naquele caso. A racionalidade por trás do julgamento em questão refere-se a doutrina da “questão política”. Legislar no campo das mudanças climáticas implica em tomar decisões controversas, como de que forma lidar com incertezas científicas, como definir divergências sobre responsabilidades locais e globais, como medir e quantificar impactos cumulativos, diretos, indiretos e de longo prazo, e como equilibrar interesses conflitantes em nossa sociedade, tais como interesses econômicos, ambientais e sociais.¹⁴

Para decidir quais desses interesses deverão prevalecer, governos devem tomar decisões políticas. E decisões dessa jaez, envolvendo a ponderação de interesses conflitantes, porem igualmente legítimos, se

¹¹ RN Stavins, ‘Market-Based Environmental Policies’ in Public Policies for Environmental Protection (Resources for the Future) 32.

¹² Connecticut v. American Electric Power Corporation, 406 F. Supp. 2d 265, 273 (S.D.N.Y. 2005).

¹³ Connecticut v. American Electric Power Corporation 406 F Supp 2d 265 (SDNY 2005).

¹⁴ Jacqueline Peel, ‘Issues in Climate Change Litigation [Article]’ [2011] (1) Carbon & Climate Law Review 15, 23.

adequam melhor aos espaços deliberativos dos poderes executivo e legislativo.¹⁵ Vejamos porque.

Primeiramente, os Tribunais dificilmente representam os distintos segmentos da sociedade, eis que normalmente são integrados por um grupo seleto e altamente educado de juízes.

Ademais, procedimentos judiciais não se constituem no mais adequado foro de debate entre os diferentes setores da sociedade, eis que tais procedimentos possuem prazos definidos, normalmente incompatíveis com o prazo necessário para maturação e deliberação sobre interesses contraditórios e complexos. Processos judiciais também dificultam a participação do cidadão, eis que envolve a necessidade de que os participantes detenham conhecimentos jurídicos, fora as questões de legitimidade ativa, custos judiciais, dentre outras barreiras.

Finalmente, decisões políticas envolvendo as mudanças climáticas envolvem assuntos complexos de repercussão nos setores social, econômico e ambiental. Em suma, juízes não estão tecnicamente preparados para prever as consequências dessas decisões, nem possuem a legitimação necessária para tomar decisões dessa natureza em relação ao aquecimento global.¹⁶ Por outro lado, os poderes legislativo e executivo possuem em seus quadros equipes habilitadas a avaliar os impactos de políticas regulatórias sem que incidam sobre esses processos as limitações de prazo e participação pública que se verificam no curso de processos judiciais.

A luz de tais considerações, tenho pra mim que o judiciário não deve pretender substituir as instancias políticas na definição das políticas climáticas, eis que não detém capacidade institucional para tanto. Estabelecer limites de emissões obrigatórias para grandes poluidores ou setores específicos da sociedade vai além de suas capacidades, e deve ser deixado para os demais poderes da república.

Contudo, há sim espaço a ser preenchido pelo poder judiciário no campo do aquecimento global, podendo nossas cortes desempenhar um

¹⁵ Julia Schatz, 'Climate Change Litigation in Canada and the USA' (2009) 18(2) Review of European Community & International Environmental Law 129, 136.

¹⁶ David W Pardo, 'Judiciary and Environmental Public Policies: The "significant Compromise" as a Model of Action.' (2013) 72 Environmental Law Journal 161, 8.

importante papel sem violar o princípio da separação de poderes. Esse espaço de atuação concentra-se principalmente no papel do Poder Judiciário em pressionar os demais poderes da república a tomar medidas efetivas de combate as mudanças climáticas.

Quando o cidadão se ver completamente alijado dos processos de tomada de decisão pelos demais poderes, o judiciário pode, por meio de decisões judiciais, criar um espaço onde sociedade civil, governos e empresários sentem ao redor da mesma mesa e discutam seus problemas em igualdade de condições.¹⁷

O Poder judiciário pode, igualmente, incrementar a qualidade dos processos de tomada de decisão dos demais poderes, obrigando-os a considerarem as causas e efeitos das mudanças climáticas quando decidindo questões que possam contribuir para o aquecimento global. Nesse sentido, decisões judiciais podem estabelecer que legislativo e executivo não levem adiante determinadas ações sem levar em consideração como tais medidas podem contribuir para o aquecimento global ou como elas podem ser afetadas pelas variações climáticas.¹⁸ Assim agindo, as cortes não estarão usurpando as competências políticas dos demais poderes; ao contrário, estarão aumentando o debate público sobre as mudanças climáticas e aperfeiçoando procedimentos democráticos, facilitando uma discussão aberta entre governo, sociedade e setores produtivos.¹⁹

Por fim, como se espera que as cortes resolvam os assuntos que lhes são submetidos de forma mais racional e menos emotiva, sua intervenção pode tornar os debates acerca das mudanças climáticas mais racionais. Com certa frequência, debates sobre mudanças climáticas são permeados por convicções pessoais dos debatedores, faltando-lhes a necessária racionalidade e lógica requerida para lidar com assunto de tamanha complexidade e tecnicidade.²⁰

No próximo capítulo, este artigo irá explorar possíveis caminhos de

¹⁷ Brian J. Preston, 'The Contribution of the Courts in Tackling Climate Change' (2016) 28(1) *Journal of Environmental Law* 11, 12.

¹⁸ Peel et al, above n 17, 487.

¹⁹ Preston, above n 25, 16

²⁰ Idem.

judicialização onde, sem usurpar a função política dos poderes executivo e legislativo, os Tribunais podem pressionar os demais poderes a implementar medidas de mitigação e adaptação aos efeitos das mudanças climáticas.

III. LITIGANDO PARA MITIGAR

Processos judiciais podem servir como uma importante ferramenta para forçar governos a considerar as mudanças climáticas em seus processos de tomada de decisão, contribuindo para a redução das emissões de GEE. Diversas formas de litigância podem ser usadas para alcançar esse objetivo, sem que haja ilegítima interferência do poder judiciário nas competências dos demais poderes.

Esse capítulo irá oferecer uma visão geral de como processos judiciais podem ajudar a mitigar as emissões de GEE. O capítulo irá explorar o uso da litigância como forma de exercer influência em quatro áreas relevantes para diminuir as emissões de GEE: a) elaboração de leis b) desmatamento e reflorestamento; c) planejamento urbano e d) estudos de impacto ambiental.

A - Elaboração de Leis

A falha dos governos em regular a emissão de GEE levou atores estatais e não estatais a adotar medidas judiciais, solicitando ao poder judiciário que obrigasse os demais poderes a adotarem medidas de efetiva regulação e limitação de emissão de GEE.

Um dos mais notórios casos norte-americano sobre o assunto foi *Massachusetts et al v Environmental Protection Agency*.²¹ Nesse caso, a agência norte americana de proteção ambiental (EPA) havia se recusado a regular as emissões de dióxido de carbono de veículos automotores novos, mesmo após ter sido requerida a fazê-lo por 19 organizações não governamentais norte americanas.²² Em resposta a este requerimento, a EPA argumentou que não era a autoridade competente para regulamentar

²¹ *Massachusetts et al v. Environmental Protection Agency, et al*, 549 U.S. 497 7 S. Ct. 1438, 2007..

²² Dinah Shelton, 'State and Local Efforts to Address Climate Change in the United States Federal Systems' in ,*Comparative Environmental Law (Direito Ambiental Comparado)* (Editora Forum, 2008) 167.

as referidas emissões, aduzindo que mesmo no caso da agencia possuir tal autoridade, não seria prudente regular a matéria naquele momento.²³ Para justificar o argumento, a EPA alegou, dentre outros motivos, que regulamentar apenas as emissões de veículos novos consistiria em uma maneira fragmentada de lidar com as mudanças climáticas.²⁴

Seguindo-se a recusa da EPA em regular as emissões dos veículos automotores, os requerentes, agora acompanhados por uma dúzia de Estados,²⁵ peticionaram a Corte de Apelações do Distrito de Columbia, objetivando reformar o entendimento da agencia ambiental.²⁶ A corte de apelações não julgou o mérito da questão, motivo pelo qual os autores recorreram a Suprema Corte Americana, que reformou a decisão proferida pela Corte de Apelação. Em sua decisão, a Suprema Corte Americana decidiu que: a) em primeiro lugar, levando-se em consideração o § 202 (a) (1) do Clean Air Act, a agencia ambiental detinha competência para regular as emissões de dióxido de carbono dos veículos automotores, eis que este poluente deveria ser considerado um agente poluidor com aptidão para causar problemas de saúde e bem estar da população; b) a EPA não havia fornecido qualquer motivação para sua recusa em decidir se os GEE teriam aptidão para causar ou contribuir com as mudanças climáticas, agindo de forma arbitrária.²⁷

Como consequência dessa decisão, a Corte determinou a EPA que respondesse ao requerimento de regulamentação das emissões de veículos automotores de forma justificada, deixando claro que a EPA somente poderia deixar de regulamentar tais emissões caso: a) fosse estabelecido que os GEE não contribuem para as mudanças climáticas ou; b) fosse fornecido uma motivação razoável do porque a agencia não iria, ou não poderia, regular as emissões dos veículos automotores.²⁸

²³ Massachusetts et al v. Environmental Protection Agency, et al, 549 U.S. 497 7 S. Ct. 1438, pg. 08, 2007.

²⁴ Massachusetts et al v. Environmental Protection Agency, et al, 549 U.S. 497 7 S. Ct. 1438, pg. 11, 2007.

²⁵ California, Connecticut, Illinois, Maine, Massachusetts, New Jersey, New Mexico, New York, Oregon, Rhode Island, Vermont and Washington.

²⁶ Massachusetts et al v. Environmental Protection Agency, et al, 549 U.S. 497 7 S. Ct. 1438, pg. 10, 2007.

²⁷ Massachusetts et al v. Environmental Protection Agency, et al, 549 U.S. 497 7 S. Ct. 1438, pg. 23, 2007.

²⁸ Massachusetts et al v. Environmental Protection Agency, et al, 549 U.S. 497 7 S. Ct. 1438, pg.30, 2007.

Após a decisão da Suprema Corte, a EPA publicou dois relatórios, um denominado “achado de risco” e outro denominado “achado de causa ou contribuição”. Ambos relatórios reconheceram os riscos das mudanças climáticas e a contribuição das emissões de GEE para o aquecimento global.²⁹ No dia 1 de abril de 2010, a EPA publicou regulamentação para as emissões de veículos leves.³⁰ E posteriormente, no dia 13 de maio de 2010, a mesma EPA publicou a “GHG tailoring rule”, regulamento exigindo uma licença de emissões atmosféricas de projetos que contribuiriam para um incremento substancial da emissão de GEE.

Em acréscimo, após esta decisão, diversos atores estatais e não estatais nos Estados Unidos formularam diversos pedidos judiciais requerendo a autoridades governamentais que regulamentassem emissões atmosféricas de GEE. Essa pressão exercida pelos litigantes resultou na reforma de regulamentos já existentes, como a lei de poluição atmosférica e a política nacional de meio ambiente norte americana.³¹

Esse caso representa um valoroso exemplo de como processos judiciais podem servir de ferramenta para provocar ações governamentais no campo das mudanças climáticas sem ferir o princípio da separação de poderes.

Após ter sido obrigada a justificar sua decisão de não regulamentar as emissões de veículos automotores novos, a EPA produziu estudos que subsidiaram a publicação de importantíssimos regulamentos disciplinando as emissões de GEE. Se não fosse pela intervenção do poder judiciário, a EPA continuaria se esquivando do dever de regulamentar as referidas emissões, eis que, naquele momento, não havia vontade política por parte do poder executivo norte americano em implementar medidas que afetassem as emissões de GEE.

Além disso, a corte não cruzou as fronteiras definidas pelo princípio da separação de poderes. O Tribunal não estabeleceu os limites de emissão de GEE. O voto condutor do julgamento, aliás, reconheceu expressamente

²⁹ Brian J Preston, ‘Climate Change Litigation (Part 2) [Article]’ [2011] (2) Carbon & Climate Law Review 244, 246.

³⁰ Idem.

³¹ Luciano Butti, ‘Tortuous Road to Liability: A Critical Survey on Climate Change Litigation in Europe and North America, The’ (2010) 11 *Sustainable Dev. L. & Pol’y* 32, 33.

que “ a EPA possui, sem sombra de dúvidas, latitude suficiente quanto a maneira, tempo, conteúdo e forma de coordenar seus regulamentos com outras agencias... (a Suprema Corte) não possui nem conhecimento técnico, nem autoridade para avaliar as decisões sobre a regulação em si proferidas pela EPA...”.³² Finalmente, a decisão de mérito sequer afirmou que os GEE estariam causando o aquecimento global; ao contrário, apenas determinou a EPA que justificasse, motivasse sua recusa em regular as emissões de GEE, em conformidade com os parâmetros da legislação vigente e regente da hipótese fática.

No Brasil, um exemplo de como ações coletivas poderiam ser utilizadas para forçar a elaboração de atos normativos que contribuíssem para a redução da concentração de gás carbônico na atmosfera (medida mitigatória) se refere a elaboração dos planos nacionais de prevenção e controle do desmatamento da mata atlântica.

Em 2009, o governo federal lançou a política nacional de mudanças climáticas (PNMC)³³ e adotou meta voluntária em reduzir as emissões de GEE entre 36,1% e 38,9% até 2020.³⁴ De acordo com o governo brasileiro, 24,7% da redução será alcançada por meio da redução de desmatamentos.³⁵ Considerando que o Brasil possui diversos biomas, os quais abrangem diversos tipos de vegetação, os planos nacionais deveriam se concentrar nos principais biomas, quais sejam, Amazônia, Cerrado e Mata Atlântica. Contudo, até o momento, o governo federal somente lançou planos nacionais tratando do desmatamento da Amazônia e cerrado.³⁶ No site do Ministério do Meio Ambiente, não há absolutamente qualquer informação dando conta de quando o governo iniciara os procedimentos para elaboração de um plano nacional de controle do desmatamento na mata atlântica.

³² Massachusetts et al v. Environmental Protection Agency, et al, 549 U.S. 497 7 S. Ct. 1438, pg 31, 2007.

³³ Política Nacional de Mudanças climáticas, Lei No 12.187/2009.

³⁴ Idem. Artigo 12. Para alcançar os objetivos da PNMC, o País adotará, como compromisso nacional voluntário, ações de mitigação das emissões de gases de efeito estufa, com vistas em reduzir entre 36,1% (trinta e seis inteiros e um décimo por cento) e 38,9% (trinta e oito inteiros e nove décimos por cento) suas emissões projetadas até 2020.

³⁵ Ronaldo Seroa da Motta (ed), Mudança Do Clima No Brasil: Aspectos Econômicos, Sociais E Regulatórios. (Ipea, 2011) 35.

³⁶ Ministerio do Meio Ambiente, Planos Setoriais de Mitigação E Adaptação <<http://www.mma.gov.br/clima/politica-nacional-sobre-mudanca-do-clima/planos-setoriais-de-mitigacao-e-adaptacao>>.

Esses planos são de especial importância no cenário nacional, eis que enfrentam questões como metas de redução de desmatamento, medidas para incrementar ações de sustentabilidade nos biomas, estabelecimento de fundos financeiros para financiamento das medidas acima citadas, estabelecimento de indicadores de desempenho das ações previstas nos respectivos planos e também determinam a elaboração de estudos de impacto regulatório levando em consideração as medidas adotadas.³⁷

Logo, ações coletivas poderiam ser utilizadas de forma a forçar o governo a iniciar o procedimento de elaboração do plano de uso e desmatamento da mata atlântica. Como visto acima, os esforços do governo brasileiro para reduzir suas emissões de GEE concentram-se em medidas de controle de desmatamento, e regular este importante bioma incrementaria a capacidade do governo em alcançar sua meta e liderar os países em desenvolvimento no combate ao aquecimento global.

Certamente há diversas outras áreas a espera de regulamentos mais efetivos no combate ao aquecimento global. Contudo, não se insere no escopo do presente trabalho exauri-las, apenas lançar ideias incipientes sobre estratégias de litigância. Nesse contexto, instar o governo federal a regulamentar o plano nacional de desmatamento da mata atlântica seria uma das possíveis formas de, por meio de ações judiciais, obrigar o Poder Executivo a editar atos normativos tendentes a mitigar a concentração de GEE na atmosfera.

B - Desmatamento e Reflorestamento

Os desmatamentos respondem pela terceira maior quantidade de emissão de GEE no Brasil, estando atrás somente dos setores de energia e agricultura, respectivamente primeiro e segundo colocados.³⁸ Em 2009, o Brasil adotou a meta voluntária de reduzir suas emissões de GEE, até 2020, em até 38,9%.³⁹ Para alcançar esta meta, o governo federal lançou planos setoriais de mitigação de emissão de GEE, determinando onde e como se dariam as reduções necessárias ao alcance da meta.⁴⁰ Para atingi-la, o Brasil

³⁷ Plano Nacional de Mudanças Climáticas, Decreto Federal 7.390/2010, artigo 3.

³⁸ Política Nacional Sobre Mudança Do Clima <<http://www.mma.gov.br/clima/politica-nacional-sobre-mudanca-do-clima>>.

³⁹ Política Nacional de Mudanças Climáticas, Lei No 12.187/2009 artigo 12.

⁴⁰ Plano Nacional de Mudanças Climáticas, Decreto Federal 7.390/2010.

elegeu 4 setores de atuação prioritária: a) mudanças no uso do solo; b) setor energético; c) agricultura e pecuária; d) processos industriais e manejo de resíduos sólidos.⁴¹ De acordo com o governo, da meta de redução de 38,9%, 24,7% deverão ser alcançados por meio de alterações no uso do solo.⁴²

Em relação as alterações no uso do solo, as principais ações governamentais concentram-se no combate ao desmatamento irregular e esforços de reflorestamento. Desmatamentos são responsáveis pela geração de GEE, pois quando a vegetação é queimada ocorre a liberação de dióxido de carbono na atmosfera. Lado outro, a atividade de reflorestamento aumenta a quantidade de vegetação sobre o solo, servindo como fonte de absorção de dióxido de carbono na atmosfera. Dessa forma, as duas atividades são de extrema importância para mitigar as emissões de carbono e reduzir a quantidade deste poluente na atmosfera.

Combater o desmatamento ilegal por meio de ações judiciais é uma forma de mitigar as emissões de GEE. É uma estratégia importante de combate ao desmatamento ilegal e aumentar a persecução criminal contra remoções ilegais de vegetação. No Brasil, os crimes contra o meio ambiente estão definidos na lei 9.605/98,⁴³ e a segunda seção do referido ato normativo definiu os tipos penais em que a flora figura como o bem jurídico tutelado. Dentre os crimes ali definidos, vários se destinam a proteger a vegetação encontrada na Amazônia, Cerrado e Mata Atlântica.

O uso da persecução criminal é importante na medida em que pode aumentar o poder de intimidação dos degradadores, sejam eles atores públicos ou privados. Evidência empírica demonstra que monitoramento e fiscalização efetiva são cruciais em promover a observância de normas de proteção ambiental.⁴⁴ De acordo com esse estudo, ações fiscalizatórias e punitivas previnem futuras violações as normas de proteção ambiental, tanto por parte daqueles que sofreram as penalidades quanto de outros atores, estes temerosos de futuramente serem alvo das ações fiscalizatórias.⁴⁵

⁴¹ Idem.

⁴² Seroa da Motta, acima n 44, 35.

⁴³ Lei 9605/98.

⁴⁴ Wayne B Gray and Jay P Shimshack, 'The Effectiveness of Environmental Monitoring and Enforcement: A Review of the Empirical Evidence' (2011) 5(1) Review of Environmental Economics and Policy 3, 22.

⁴⁵ Idem.

Nesse contexto, o incremento da persecução criminal dos crimes contra o meio ambiente, em especial os concernentes a proteção da flora, pode prevenir atores estatais e não estatais de incursionarem em práticas ilegais de queimadas e desmatamentos. A persecução penal, portanto, figura como uma forma de litigância apta a combater o aquecimento global, prevenindo ações ilegais de desmatamento e queimadas, atividades estas extremamente danosas para a atmosfera.

Em relação a litigância como forma de incrementar esforços de reflorestamento, processos judiciais também podem ser utilizados para obrigar proprietários rurais a reflorestarem áreas degradadas no interior de suas propriedades. O código florestal brasileiro⁴⁶ estabelece o percentual da vegetação que deve ser preservada pelos titulares de propriedades rurais em todo o País. Por exemplo, propriedades rurais na região da Amazônia, localizadas em área de florestas, devem manter 80% do solo com cobertura vegetal nativa.⁴⁷

Para monitorar o cumprimento da lei, o governo federal lançou o cadastro ambiental rural (CAR). Segundo a legislação, todo o proprietário rural deve cadastrar sua propriedade no referido cadastro. Para tanto, os proprietários devem anexar ao cadastro mapa georeferenciado de suas propriedades, indicando o percentual de vegetação preservada. Todas as propriedades rurais brasileiras deveriam estar cadastradas no CAR até 05 de maio de 2016. No entanto, até dezembro de 2016, a região nordeste, a título de exemplo, havia cadastrado apenas 73,33% das áreas cadastráveis.⁴⁸

Um possível caminho para utilizar processos judiciais de forma a incrementar as ações de reflorestamento envolveria mais de um estágio, e poderia ter no CAR um grande aliado. Primeiramente, os litigantes poderiam se valer de ações judiciais para demandar do governo que tornasse público a lista das propriedades rurais ainda não cadastradas no CAR. Em seguida, de posse de tal listagem, os litigantes poderiam propor novas ações judiciais, agora em face dos proprietários rurais que não registraram sua propriedade no cadastro nacional. Estas ações seriam de extrema importância, já que,

⁴⁶ lei 12.651/12.

⁴⁷ Idem, artigo 12, I, (a).

⁴⁸ <http://www.florestal.gov.br/documentos/car/boletim-do-car/2214-boletim-informativo-dezembro-de-2016/file>

para se cadastrar no CAR, os proprietários rurais teriam que apresentar um mapa de suas propriedades, indicando as áreas com vegetação preservada e as áreas cujo percentual mínimo de preservação estabelecido pelo código florestal não estivesse sendo observado. Com essa informação, os interessados poderiam ajuizar ações em face dos proprietários rurais, requerendo efetivo reflorestamento de suas propriedades até que alcançassem os parâmetros do código florestal.

Dada a importância das mudanças no uso do solo para que o Brasil alcance as metas estabelecidas pela PNUMC, a litigância brasileira na área de mudanças climáticas, em termos de mitigação de emissões, deveria focar nas áreas de desmatamento e reflorestamento, a fim de viabilizar o atingimento dos compromissos de redução de emissão de GEE assumidos voluntariamente pelo governo federal.

C - Planejamento urbano

O planejamento urbano desempenha um papel importantíssimo nos esforços de mitigação de emissões de GEE. No mundo, as cidades são responsáveis pelo consumo aproximado de 60 a 80% de toda eletricidade gerada⁴⁹, contribuindo com quase metade de todas as emissões globais de GEE.⁵⁰ Para reduzir as emissões de GEE dos espaços urbanos, é necessário promover mudanças radicais na infraestrutura urbana relacionada a consumo de energia, transporte e construções.⁵¹

Alterações na legislação ordenadora do espaço urbano podem impactar diversos elementos das cidades, como densidade populacional, tráfego e demanda por transporte público, por exemplo. E com frequência, mudanças no ordenamento do espaço urbano também afetam a geração de GEE.

Nesse contexto, processos judiciais podem ser usados para forçar os governos a levarem em consideração, ao planejar suas cidades, de que formas

⁴⁹ Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas da ONU, Relatório síntese de mudanças climáticas 2014, para agentes governamentais, (quinto relatório de avaliação (AR5), 2014) 5.

⁵⁰ Sara J Wilkinson, 'Conceptual Understanding of Sustainability in the Australian Property Sector' (2013) 31(3) Property Management 260, 1.

⁵¹ Peter W Newton, 'Liveable and Sustainable? Socio-Technical Challenges for Twenty-First-Century Cities' (2012) 19(1) Journal of Urban Technology 81, 83.

as ações propostas podem aumentar a geração de GEE, incrementando o debate público sobre alternativas de redução de emissões nas cidades.

Um exemplo colhido da Austrália facilita a compreensão do argumento. Em *Australian Conservation Foundation v Latrobe City Council*⁵² (Fundação Australiana Conservacionista versus Conselho Local de La Trobe), uma comissão foi apontada para avaliar os impactos ambientais de uma dada proposta de alteração da legislação urbanística local. Esta proposta de alteração tinha por escopo facilitar a mineração de carvão de forma a permitir a continuidade das operações de uma termoelétrica local, a Hazelwood Power Station. Nesse caso, a Corte do estado de Victoria decidiu que o painel constituído para avaliar os impactos das alterações urbanas deveria incorporar em seu estudo de impacto ambiental os impactos oriundos da geração de GEE pela termelétrica em questão, não incluídos no termo de referência original do referido estudo.

Esse caso é ilustrativo de como a litigância pode servir para forçar governos a levar em consideração, ao planejar o uso e ocupação do solo urbano, as possíveis emissões da GEE. No Brasil, frequentemente decisões sobre ordenamento das cidades são tomadas sem suporte em qualquer relatório técnico⁵³, prevalecendo com frequência interesses políticos e econômicos, especialmente em cidades menores.⁵⁴

Nesse contexto, um possível caminho para os litigantes seria ajuizar ações em face de governos locais, requisitando que alterações na legislação urbanística sejam precedidas de estudos técnicos, em que se avalie como as mudanças propostas podem influenciar na geração de GEE.

Imaginemos, por exemplo, uma alteração legislativa em determinado cidade, e que tal medida implique no aumento considerável de áreas passíveis de construção. Caso a municipalidade leve o plano original adiante, sem fazer quaisquer considerações sobre o impacto das mudanças na geração de GEE, poderia ser proposta uma ação coletiva em face do município, exigindo a realização de estudos técnicos levando em conta o impacto das mudanças na emissão de GEE, inclusive propondo medidas mitigadoras dos efeitos adversos identificados.

⁵² Australian Conservation Foundation v. Latrobe City Council (2004) 140 LGERA 100.

⁵³ Vitor Pinto, Plano Diretor e Direito de Propriedade (Thomsom Reuters, 4th ed, 2014) 196.

⁵⁴ Idem.

Em tal hipótese, autoridades poderiam desenvolver, por exemplo, medidas para incrementar a oferta de transporte, reduzindo a dependência do uso de carros; alternativas que melhor conectem áreas residenciais com áreas comerciais, de forma a reduzir a necessidade dos moradores de comutar; e estruturar o setor de energia elétrica de forma a permitir maior entrada de energia renovável, diminuindo a utilização de combustíveis fósseis para geração de energia.⁵⁵ Essas medidas poderiam ser desenvolvidas por meio de planejamentos urbanos desenhados racionalmente, mitigando as emissões resultantes das alterações da legislação urbana. No entanto, esse nível de cuidado no tratamento das questões urbanas somente pode ser atingido por meio de realização de estudos sérios de impacto ambiental da referida legislação.

Importante realçar que tal estratégia de litigância encontra suporte na PNMC. De acordo com a referida lei, as políticas nacionais devem observar os princípios da prevenção, precaução e desenvolvimento sustentável.⁵⁶ Em acréscimo, a PNMC determinou aos setores públicos e privados o dever de agir pelo bem das presentes e futuras gerações, reduzir os impactos das atividades antropogênicas no sistema climático⁵⁷ e adotar medidas para evitar, prevenir ou minimizar as causas já identificadas das mudanças climáticas.⁵⁸ Todas essas provisões normativas fornecem vasto amparo legal para ações judiciais no campo do planejamento urbano, visando combater as causas do aquecimento global.

Forçando os governos a considerarem os impactos decorrentes das emissões de GEE antes de criarem ou alterarem leis urbanísticas, os litigantes promovem o debate público sobre o papel dos ambientes urbanos

⁵⁵ Newton, above n 60, 87.

⁵⁶ Art. 3o A PNMC e as ações dela decorrentes, executadas sob a responsabilidade dos entes políticos e dos órgãos da administração pública, observarão os princípios da precaução, da prevenção, da participação cidadã, do desenvolvimento sustentável e o das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, este último no âmbito internacional, e, quanto às medidas a serem adotadas na sua execução, será considerado o seguinte:

⁵⁷ Art. 3 (...)

todos têm o dever de atuar, em benefício das presentes e futuras gerações, para a redução dos impactos decorrentes das interferências antrópicas sobre o sistema climático;

⁵⁸ II - serão tomadas medidas para prever, evitar ou minimizar as causas identificadas da mudança climática com origem antrópica no território nacional, sobre as quais haja razoável consenso por parte dos meios científicos e técnicos ocupados no estudo dos fenômenos envolvidos;

no combate ao aquecimento global, ampliando a habilidade das cidades em fornecer serviços públicos essenciais como água, eletricidade, moradia e mobilidade urbana com reduzidas emissões de GEE.⁵⁹

D - Estudos de Impacto Ambiental

1. Levando em consideração as emissões de GEE na avaliação de Estudos de Impacto Ambiental.

O objetivo de um estudo de impacto ambiental (EIA) é avaliar, prever e interpretar os potenciais impactos de uma dada ação humana sobre o meio ambiente, incluindo os impactos sociais e econômicos.⁶⁰ Como objeto, o EIA pode ter por escopo um projeto específico ou um plano, programa ou política.

Em relação a projetos específicos, o eia deve avaliar os impactos do empreendimento proposto, alternativas locacionais e tecnológicas, e propor uma série de medidas mitigadoras e compensatórias capazes de maximizar os impactos positivos e minimizar os negativos.

Eia's se constituem em uma importante ferramenta para autoridades medirem as emissões de GEE de um determinado projeto e decidir se tais empreendimentos atendem ou não ao interesse público, e se estão ou não em conformidade com as normas ambientais.

Ademais, como os eia's são normalmente submetidos ao escrutínio público por meio de audiências públicas, eles se constituem em valorosa fonte de informação de forma a permitir o engajamento da sociedade na discussão dos projetos propostos. Após debater os projetos com a sociedade, as autoridades governamentais devem motivar suas decisões, de forma que a sociedade conheça as razões que levaram o administrador a tomar determinada decisão, tornando-o responsável perante a população.

⁵⁹ Newton, above n 60, 89.

⁶⁰ Luis Enrique SÁNCHEZ, 'O Processo de Avaliação de Impacto Ambiental, Seus Papéis E Funções. A efetividade da avaliação de impacto ambiental no Estado de São Paulo: uma análise a partir de estudos de caso. Secretaria do Meio Ambiente, São Paulo 13, 1.1995.

No caso de autoridades ambientais concederem licenças ambientais em situações em que eia's deixaram de considerar adequadamente as emissões de GEE do projeto proposto, ações poderão ser propostas de forma a obrigar o poder público a determinar o refazimento de tais estudos, incorporando as considerações sobre emissões de GEE em seus relatórios.

Um caso ocorrido no Canadá ajuda a ilustrar a situação. Em *Pembina Institute for Appropriate Development v Canada Attorney General*⁶¹, uma coalizão de organizações não governamentais desafiou judicialmente a decisão emitida por um painel integrado por membros do Conselho de Indústria e Energia do estado de Alberta e do governo federal canadense. Esse painel autorizou que a companhia *Oil Imperial* prospectasse óleo no nordeste do Estado de Alberta. Para obter tal autorização, a companhia de óleo realizou um estudo de impacto ambiental, que foi aprovado pelo painel e, em seguida, encaminhado para o Departamento de Pesca e Oceano do governo canadense, com recomendação de concessão da autorização para prospecção de óleo. O painel também decidiu que o projeto não possuía aptidão para causar impactos adversos ao meio ambiente.⁶² Nesse caso, os autores da ação alegaram, dentre outras coisas, que havia um erro no eia quanto a estimativa de emissões de GEE do projeto.

Julgando a questão, a Corte decidiu que o painel falhou ao não justificar de forma adequada a conclusão de que o projeto não causaria significativos impactos ambientais adversos, bem como ao não considerar adequadamente as medidas de mitigação das emissões de GEE propostas no EIA apresentado pela companhia de petróleo.

Como se percebe, nesse caso a decisão judicial forçou o governo a oferecer uma justificativa razoável do porquê ter considerado que as emissões de GEE do projeto proposto seriam insignificantes, bem como avaliar a eficiências das medidas mitigatórias propostas. Decisões dessa natureza incrementam a transparência do processo decisório governamental e permitem a sociedade civil compreender em sua inteireza os efeitos de um

⁶¹ *Pembina Institute for Appropriate Development v. Canada (Attorney General)*, [2008] FC 302.

⁶² Schatz, acima n 23, 135.

dado projeto, bem como os principais motivos que levaram as autoridades a aprova-los. Tais medidas permitem uma participação pública mais informada e a consequente responsabilização política das autoridades governamentais.

Além disso, quando forçadas a efetivamente considerar as emissões de um dado projeto, as autoridades podem se dar conta de que, efetivamente, o projeto não se encontra em conformidade a legislação nacional, superando decisões baseadas exclusivamente em interesses políticos ou econômicos. Logo, processos judiciais podem ser utilizados no Brasil para forçar que eia's efetivamente avaliem as emissões de GEE dos projetos propostos, e quando isso não ocorrer, determinar aos agentes licenciadores que se abstenham de aprovar tais projetos sem que antes os eia's sejam revistos para incorporar tais considerações. Tais ações podem contribuir decisivamente para o melhoramento, ou até mesmo bloqueio, de projetos que emitam GEE, contribuindo para a mitigação das causas do aquecimento global.

2. Emissões cumulativas

Em outros casos, ações judiciais podem servir como arma poderosa para forçar estudos de impacto ambiental a levarem em consideração os impactos cumulativos dos projetos propostos com outros projetos já existentes ou em vias de implementação. Esta avaliação é de crucial importância no campo das mudanças climáticas. Como já demonstrado pela ciência, o aquecimento global decorre do efeito cumulativo, no tempo e espaço, de emissões de GEE produzidas por diversas fontes, em todos os cantos do planeta.⁶³ Desconsiderar os impactos cumulativos decorrentes da emissão de GEE significa desconsiderar a própria natureza do problema relacionado as mudanças climáticas.

No caso *Border Power Plant Working Group v Department of Energy*,⁶⁴ uma corte norte americana decidiu que o estudo de impacto ambiental de um projeto de linhas de transmissão era invalido, eis que não levou em consideração o incremento da geração de GEE que seria causado

⁶³ Peel, acima n 22, 17.

⁶⁴ *Border Power Plant Working Group v. Department of Energy*, 260 F.Supp. 2d 997, 1006 (S.D. Cal. 2003).

pelas plantas de geração de eletricidade no México, as quais seriam ligadas ao sistema elétrico da região sul da Califórnia.⁶⁵

Já no caso australiano *Gray v Minister for Planning*, os litigantes questionaram judicialmente a decisão do Diretor Geral do Departamento de planejamento em aprovar o estudo de impacto ambiental submetido pela mineradora de carvão Anvill Hill.⁶⁶ De acordo com os autores, a mineradora não considerou em seu eia o incremento na geração de emissão de GEE por parte dos empreendimentos que consumiriam a produção de sua mina, agora aumentada por conta das ampliações que eram objeto do eia em questão.⁶⁷ A Corte entendeu que, embora a legislação não mencionasse expressamente a necessidade do eia em tela considerar o aumento na geração de GEE pelos consumidores do carvão produzido pela companhia, eles deveriam ser analisados como consequência da adoção explícita pela legislação australiana dos princípios da equidade intergeracional e desenvolvimento sustentável.⁶⁸ Como consequência, a decisão do diretor geral aprovando o eia apresentado pela mineradora de carvão foi considerado inválido.⁶⁹

Decisões como essas ilustram a necessidade de se considerar os impactos decorrentes de um dado projeto em conjunto com outros projetos igualmente emissores de GEE. O Impacto daqueles projetos, quando avaliados isoladamente, poderiam ser considerados irrelevantes, justificando sua aprovação pelas autoridades competentes. No entanto, quando considerados em conjunto com outros empreendimentos, ou levando em conta o aumento de geração de GEE na cadeia de produção, os efeitos cumulativamente considerados podem se apresentar insuportáveis, justificando a não concessão da licença ambiental para o projeto sob escrutínio.

No Brasil, os estudos de impacto ambiental de projetos de larga escala com impactos significativos no meio ambiente devem considerar não só os impactos do empreendimento isoladamente considerado, como também os impactos cumulativos e sinérgicos. Tal necessidade foi estabelecida no

⁶⁵ Preston, acima n 38, 251.

⁶⁶ *Gray v. Minister for Planning* (2006) 152 LGERA 258 at [100], [125].

⁶⁷ Peel et al, acima n 17, 493.

⁶⁸ *Idem*, pg. 494.

⁶⁹ *Idem*.

artigo 6, inciso (e), da Resolução Conama 01/86, o principal ato normativo brasileiro disciplinando os eia's de projetos de larga escala no Brasil.⁷⁰

Sendo assim, nos casos em que um dado eia não tenha corretamente avaliados os impactos cumulativos e sinérgicos das emissões de GEE de um dado empreendimento, ou como um dado projeto possa vir a incrementar a geração de GEE de outros empreendimentos que com aquele guardem alguma relação na cadeia produtiva, ações judiciais podem servir como um meio de forçar que esses eia's considerem os impactos cumulativos, mitigando as emissões de GEE.

3. Melhor tecnologia disponível (best available technology)

Outra maneira de perseguir a mitigação na emissão de GEE no contexto de estudos de impacto ambiental e' pressionar as autoridades governamentais a requerer dos empreendedores que avaliem em seus

⁷⁰ Os artigos 5 e 6 da resolução 01/86 estabelecem o conteúdo do estudo de impacto ambiental, que deve conter: I - Contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto; II - Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade; III - Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza; IV - Considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade. VI - Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando: a) o meio físico - o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d'água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas; b) o meio biológico e os ecossistemas naturais - a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente; c) o meio sócio-econômico - o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos. VII - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais; VIII - Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas; IX - Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento (os impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados.

estudos alternativas tecnológicas para seus produtos e processos industriais. Em algumas ocasiões, será possível que diante do empreendedor se apresentem mais de uma tecnologia com diferentes potenciais de mitigação das emissões de GEE. Nessas situações, a autoridade governamental deveria avaliar os benefícios ambientais da tecnologia mais eficiente na mitigação das emissões, bem como seus custos de implementação. E caso os estudos econômicos revelem que a implementação da tecnologia não comprometeria a viabilidade econômica do empreendimento, o governo poderia determinar a obrigatoriedade de sua adoção. Caso o governo não o faça, o Judiciário poderia intervir.

No julgamento do RESP 965-078 – SP,⁷¹ em ação civil pública proposta pelo Ministério Público de São Paulo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a prática de queima de cana de açúcar antes da colheita seria inconstitucional, já que tecnologias alternativas que poderiam ser utilizadas na colheita, sem necessidade de previas queimadas, já estariam disponíveis no mercado brasileiro. Afirmou-se também que sua utilização não comprometeria a viabilidade econômica da atividade. A decisão tomou por fundamento o princípio da precaução, princípio este expressamente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do art. 3 da PNMC.⁷²

Já nos autos da ação civil pública 0000998-81.2012.8.19.0053, que tramitou perante o Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, o Ministério Público carioca questionou judicialmente o estudo de impacto ambiental apresentado ao INEA pela Siderúrgica Ternium.⁷³ A siderúrgica formulou requerimento de construção de suas instalações no noroeste fluminense, na cidade de São Joao da Barra.

Uma das fases do processo de produção de aço consiste na etapa

⁷¹ Ministerio Publico do Estado de Sao Paulo versus Neide Motta e outros, 2006, RESP No 965.078 – SP.

⁷² Art. 3. A PNMC e as ações dela decorrentes, executadas sob a responsabilidade dos entes políticos e dos órgãos da administração pública, observarão os princípios da precaução, da prevenção, da participação cidadã, do desenvolvimento sustentável e o das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, este último no âmbito internacional, e, quanto às medidas a serem adotadas na sua execução, será considerado o seguinte:

⁷³ Ministerio Publico do Estado do Rio de Janeiro versus Siderurgica Ternium, 2012, Tribunal de Justica do Estado do Rio de Janeiro, No 0000998-81.2012.8.19.0053.

de coqueificação, onde ocorre o aquecimento de carvão para obtenção do coque, insumo que em seguida será utilizado na fabricação do aço. Essa fase do processo libera diversos poluentes atmosféricos, alguns deles perigosos e carcinogênicos, como o benzeno. No caso sob análise, a companhia entendeu por bem adotar o processo de coqueificação convencional, em vez da tecnologia conhecida como “heat recovery”. Em suma, a última tecnologia é mais segura e menos poluente que a primeira.

O uso da tecnologia convencional foi admitida pelo órgão ambiental, que assim concedeu a licença previa, e posteriormente de instalação, ao empreendimento proposto. Diante disso, os promotores alegaram em juízo que a tecnologia heat recovery poderia ser adotada pela siderúrgica ternium sem comprometimento da viabilidade econômico-financeira do empreendimento, já que tal adoção não importaria em exacerbado incremento dos custos da planta industrial. Em acréscimo, argumentou-se que o réu era uma grande multinacional, dotada de capacidade econômica suficiente para arcar com os custos de utilização da tecnologia menos poluente. Por fim, também foi suscitado pelo Ministério Público que outras siderúrgicas no Brasil já utilizavam a tecnologia Heat Recovery, não havendo justificativa razoável para que a Ternium não fizesse o mesmo.

Inicialmente, a 2 Vara da Comarca de São Joao da Barra deferiu o pedido de antecipação de tutela formulado pelo Ministério Público, proibindo o início das obras de construção da siderúrgica. Entre outros argumentos, o magistrado sentenciante alegou que o eia não continha informações suficientes sobre a tecnologia convencional e a heat recovery, tornando impossível que fosse determinado qual das duas tecnologias seria menos impactante ao meio ambiente. A referida decisão foi objeto de Agravo de Instrumento perante o Tribunal de Justiça Fluminense, tendo a decisão de primeiro grau sido mantida por maioria de votos. Posteriormente, a siderúrgica desistiu de construir a planta industrial em São João da Barra.

Embora o benzeno não seja um GEE, o caso ilustra a possibilidade de se litigar com base na necessidade de eia's levarem em consideração as diferentes tecnologias disponíveis para utilização nos empreendimentos sob avaliação, permitindo que alternativas tecnológicas de determinados produtos e processos industriais sejam escolhidos não somente com base em seus custos, mas também pela sua aptidão em mitigar de forma mais eficaz as emissões de GEE.

IV. Litigando para adaptar

De acordo com o painel intergovernamental de mudanças climáticas (IPCC), medidas de adaptação abrangem “medidas tomadas em resposta as mudanças climáticas, com o escopo de reduzir os impactos adversos ou tirar vantagem de oportunidades geradas por essas mudanças”.⁷⁴ Conforme dito linhas acima, a variabilidade climática resultante do aquecimento global impõe severos riscos aos sistemas humanos. Aumento do nível do mar, ondas de calor e tempestades, por exemplo, podem provocar desastres, como deslizamentos de terra e enchentes, causando mortes e desabrigando pessoas. De forma a reduzir os impactos desses fenômenos sobre os seres humanos, os governos precisam implantar medidas de adaptação.

No contexto brasileiro, pretendentes a litigantes no combate as mudanças climáticas devem se familiarizar com os dois principais instrumentos legais de planejamento que lidam com medidas de adaptação: os planos diretores e os planos de contingencia.

No nível municipal, o plano diretor é o instrumento essencial de desenvolvimento e expansão urbana. Toda cidade brasileira com mais de 20.000 habitantes deve publicar seu plano diretor. Esse instrumento de planejamento trata de temas como delimitação de zonas urbanas e questões cartográficas do território. Esse instrumento também serve de norte para diversos outros instrumentos legais de ordenação do espaço urbano, como os códigos de obra e leis de uso e ocupação do solo.

A lei 10.257/2001, conhecida como estatuto da cidade, enumera o conteúdo mínimo do plano diretor. Essa lei estabelece as diretrizes gerais para a política urbana e de expansão das cidades brasileiras. Em 2012, o estatuto da cidade sofreu uma alteração, tendo sido estabelecido que todos os planos diretores deveriam mapear as áreas sujeitas, ou potencialmente sujeitas, a sofrer enchentes, deslizamentos de terra de grande impacto e outros processos naturais capazes de afetar adversamente as comunidades.⁷⁵

Além dos planos diretores, os planos de contingencia constituem

⁷⁴ Koh Kheng Lian and Lovleen Bhullar, ‘Governance on Adaptation to Climate Change in the Asean Region’ (2011) 5(1) Carbon & Climate Law Review 82, 1.

⁷⁵ Lei 12.608/2012.

outro instrumento legal desenhado para a prevenção e gerenciamento de desastres naturais. Em 2012, o governo federal brasileiro lançou a política nacional de proteção e defesa civil (PNPDC).⁷⁶ Essa política tem por objetivo, dentre outros, prevenir e reduzir o risco de desastres, estimular o desenvolvimento de cidades resilientes e identificar e avaliar ameaças de desastres.⁷⁷ De acordo com a PNPDC, todas os municípios listados no registro nacional de cidades sujeitas a grandes catástrofes naturais devem implantar seu plano de contingência. O registro nacional é elaborado e administrado pelo governo federal, e deve abranger todas as cidades potencialmente expostas a desastres naturais de grandes proporções. O desenvolvimento e gerenciamento dos planos de contingência deve ser promovido pelos municípios listados no registro nacional.

Os planos de contingência, por sua vez, devem conter, dentre outras coisas, a responsabilidades das instituições municipais em caso de desastre; definição de sistema de alarmes, frequência de realização de exercícios simulados e outras medidas preventivas e reativas relacionadas a desastres naturais.⁷⁸

Como se pode perceber, os planos diretores e os planos de contingência são ferramentas legais que se complementam no combate a desastres naturais. O plano diretor define as áreas sujeitas a desastres naturais e os planos de contingência estabelecem as medidas preventivas e reativas que devem ser executadas por agentes públicos no caso de ocorrência de catástrofes naturais. Nesse contexto, os governantes e agentes públicos devem considerar os efeitos das mudanças climáticas ao elaborar seus planos diretores e planos de contingência, inclusive quando estiverem analisando a construção de empreendimentos em áreas englobadas pelos planos acima listados, eis que os desastres naturais tendem a se exacerbar em decorrência dos efeitos do aquecimento global.

A - Considerando os riscos futuros do aquecimento global no desenvolvimento de planos diretores e planos de contingência

Ao elaborar os planos diretores e planos de contingência, os agentes

⁷⁶ National Policy of Protection and Civil Defense (Brazil) Federal Act No 12.340/2010.

⁷⁷ Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001 artigo 5.

⁷⁸ Lei No 12.340/2010.

públicos não devem se concentrar apenas nos eventos passados, mas também nos riscos futuros associados as mudanças climáticas. O Brasil sempre teve alta incidência de eventos naturais com impactos adversos em comunidades, especialmente enchentes e deslizamentos de terra. No entanto, já se prevê, nos próximos anos, o aumento de chuvas torrenciais e elevação do nível do mar, o que pode vir a agravar esses problemas históricos. Logo, esses instrumentos legais de planejamento urbano devem considerar os impactos futuros do aquecimento global.

Essa linha argumentativa encontra suporte na PNMC. O referido ato normativo estabelece que o governo deve implantar medidas de adaptação as mudanças climáticas,⁷⁹ enfrentando os impactos atuais e futuros do aquecimento global.⁸⁰ Além disso, também se estabeleceu que o governo deve observar, quando da elaboração de medidas mitigadoras e de adaptação, os princípios da precaução, prevenção e desenvolvimento sustentável.⁸¹

Esse contexto legal serve de fundamento jurídico para obrigar agentes governamentais, por meio de ações coletivas, a avaliar e enfrentar todos os riscos futuros e previsíveis decorrentes do aquecimento global em seus instrumentos legais de planejamento do território. A PNMC estabeleceu de forma clara e expressa a necessidade de ações governamentais levarem em consideração os riscos futuros do aquecimento global. Em acréscimo, a adoção expressa do princípio da precaução impõe aos governos a adoção de medidas eficientes e eficazes para prevenir ameaças de riscos graves e irreversíveis, mesmo na ausência de certeza científica quanto a sua ocorrência.⁸²

Consequentemente, quando os governos, seja federal, estadual ou municipal, elaborarem medidas regulatórias destinadas a lidar com desastres naturais sem considerar os impactos futuros do aquecimento global, Tribunais poderão ser acionados para que imponham aos reguladores a obrigação de considerar tais fenômenos durante o processo de criação da norma.

⁷⁹ Política Nacional de Mudanças Climáticas, Lei No 12.187/2009 artigo 4, inciso IV.

⁸⁰ Idem, artigo 5.

⁸¹ Idem, art. 3.

⁸² 1992 Rio Declaration on Environment and Development, UN Doc. A/CONF.151/26 (vol. I) / 31 ILM 874 (1992).

Um exemplo colhido dos Estados Unidos pode ajudar a compreender como o Judiciário pode impor a necessidade de tais considerações durante o processo legislativo.

Em *Center for Biological Diversity v. NHSTA*,⁸³ onze estados, a cidade de Nova York e o Distrito de Columbia questionaram judicialmente um regulamento elaborado pela autoridade nacional de segurança rodoviária (NHTS). O regulamento estabeleceu metas de economia de combustível para caminhões leves. De acordo com os autores da demanda, o estudo ambiental que serviu de base para a edição do regulamento em tela não considerou as possíveis emissões de GEE. A corte acolheu o argumento dos autores, decidindo que a regra editada era arbitrária de acordo com a lei de proteção ao meio ambiente (national environmental protection act), remetendo o assunto de volta ao NHTS, para que refizesse suas metas levando em consideração as emissões de GEE.

Embora o caso citado se relacione a medidas de mitigação, sua racionalidade pode ser aplicada a casos envolvendo medidas de adaptação. Ao desenvolver seus instrumentos legais destinados a lidar com desastres naturais, em especial os planos diretores e de contingência, os municípios brasileiros devem levar em consideração como os impactos futuros das mudanças climáticas poderão afetar seus territórios.

Por exemplo, o aumento do nível do mar pode aumentar os riscos de inundações em cidades costeiras. Chuvas torrenciais podem aumentar os deslizamentos em determinadas áreas. Logo, cidades devem contar com planos diretores, planos de contingência e outros instrumentos legais aptos a lidar com tais fenômenos, bem como considera-los ao tomar decisões sobre a expansão dos limites urbanos. Como admitir, por exemplo, que se edite lei determinando como área de expansão urbana parte do território que, talvez em 50 anos, possa estar completamente inundado em função do aumento do nível do mar? Ademais, como prever que determinada área possa estar sob risco de inundação total, no prazo de 50 anos, sem a previa realização de um estudo sério sobre impactos das mudanças climáticas em determinado território?

Na ausência de regulação adequada, as Cortes podem ser chamadas

⁸³ *Center for Biological Diversity v. NHTSA*, 538 F.3d 1172 (9th Cir.).

a forçar os poderes legislativos e executivo a não só considerar, como demonstrar que consideraram, os impactos futuros do aquecimento global em suas ações regulatórias e executivas de planejamento do espaço territorial, em especial na confecção de planos diretores e planos de contingência.

B - Considerando os riscos futuros das mudanças climáticas nos processos de licenciamento de empreendimentos imobiliários

Ações coletivas também podem ser utilizadas de forma a obrigar agentes públicos a considerarem os impactos futuros das mudanças climáticas ao conceder licenças para empreendimentos imobiliários. Alguns casos colhidos da jurisprudência australiana, tendo por objeto empreendimentos residenciais na área costeira do País, tiveram a oportunidade de enfrentar a questão dos impactos futuros decorrentes do aumento do nível do mar e sua influência em processos de licenciamento de conjuntos residenciais.

Em *Gippsland Coastal Board v. South Gippsland Shire Council*,⁸⁴ o Tribunal Cível e Administrativo do estado de Vitoria decidiu que o agente licenciador deveria considerar os impactos futuros do aumento do nível do mar ao analisar o licenciamento de um empreendimento residencial que se desenvolvia em área com tendência a sofrer alagamentos. De acordo com a corte, inundações deveriam ser consideradas como riscos possíveis e previsíveis, a luz do fenômeno do aquecimento global. Consequentemente, uma abordagem consentânea com o princípio da precaução recomendava o indeferimento da licença de construção, eis que o planejamento urbano daquele território não continha nenhuma consideração acerca dos possíveis riscos relacionados a inundações decorrentes do aquecimento global.

Diga-se, por relevante, que após essa decisão o Estado de Vitoria emendou sua legislação urbanística para fazer constar uma seção denominada “gerenciando riscos e impactos costeiros decorrentes das mudanças climáticas”, obrigando os agentes licenciadores a levar em consideração os riscos associados ao aquecimento global ao conceder licenças para novos empreendimentos.⁸⁵

⁸⁴ *Gippsland Coastal Board v. South Gippsland Shire Council* [2008] VCAT 1545 (29 July 2008).

⁸⁵ Preston, acima n 38, 253.

Em *Myers v. South Gippsland Shire Council (No.1)*⁸⁶, empreendedores imobiliários solicitaram a concessão de licença para subdividir uma área da costa, inserida no interior de um empreendimento residencial. A Corte decidiu que, na ausência de evidências quanto aos possíveis impactos das mudanças climáticas sobre o empreendimento, o empreendedor deveria realizar uma avaliação de vulnerabilidade a riscos da referida área. Em sua decisão, o Tribunal realçou que o empreendimento proposto se localizava em área suscetível a riscos inerentes a áreas costeiras, sendo recomendável, sob um prisma precaucional, que antes da concessão da licença fossem considerados os impactos decorrentes das mudanças climáticas.

Após a realização da avaliação de vulnerabilidade da área em comento, o mesmo empreendimento viu-se envolvido em novo processo judicial, agora denominado *Myers v. South Gippsland Shire Council (No. 2)*. O estudo realizado demonstrou que, na ausência de esforços de mitigação das emissões globais de GEE, o incremento do aquecimento global geraria efeitos adversos na localidade. Dunas e estradas seriam afetadas por ressacas, inviabilizando qualquer via de acesso ao empreendimento. A luz desses fatos, a Corte negou a concessão de licença ao empreendimento sob o argumento de que não existia, naquele momento, qualquer instrumento legal ou política urbana lidando com aqueles riscos.

As decisões acima realçam a inconveniência em licenciar empreendimentos em áreas sujeitas a enchentes e inundações na ausência de planejamento urbano lidando com os riscos futuros das mudanças climáticas.

No Brasil, o mesmo tipo de ação coletiva poderia ser manejado em face de empreendimentos desenvolvidos em áreas sujeitas a riscos que podem se agravar ainda mais em razão do aquecimento global, cujas cidades não contem com medidas de prevenção e reação em seus planos diretores, de contingencia ou demais instrumentos legais de planejamento do espaço urbano.

Para levar a efeito tais ações coletivas, os litigantes podem acessar o registro nacional de desastres e verificar se suas cidades se encontram listadas no referido registro. Caso esteja, os litigantes podem formular requerimento

⁸⁶ *Myers v. South Gippsland Shire Council (No 1)* [2009] VCAT 1022 (22 June 2009).

as prefeituras municipais sobre o mapeamento das áreas de risco e planos de contingência, já que o livre acesso a informações de natureza pública é garantido pela lei de acesso a informação.⁸⁷

Caso se constate a concessão de licença para empreendimentos em área de risco localizada em cidades desprovidas de planos de contingência, ações coletivas poderiam ser propostas. Como fundamento, poderia ser arguido que a ocorrência de desastres naturais, associados ao possível incremento de sua lesividade em decorrência das mudanças climáticas, poderiam pôr em risco a integridade física dos que viessem a habitar naquele local, somente elidindo tal possibilidade a realização de um plano de contingência considerando os riscos futuros do local, levando em consideração o aquecimento global.

Finalmente, os órgãos licenciadores não devem se preocupar apenas com os riscos que as mudanças climáticas podem oferecer aos empreendimentos; é preciso também que se considere como determinados empreendimentos podem contribuir para o incremento de riscos que tendem a agravar-se por si só, tão somente em decorrências das mudanças climáticas.

No caso australiano *Walker v Minister for Planning*,⁸⁸ a Corte do Estado de Nova Gales do Sul analisou um projeto residencial em uma planície costeira sujeita a inundações. A Corte entendeu que o agente licenciador falhou ao conceder licença para o empreendimento sem antes considerar como aquele projeto poderia agravar a tendência de inundação já existente, que provavelmente já se agravaria tão somente em decorrência do aquecimento global.⁸⁹

De fato, determinados empreendimentos podem agravar riscos de desastres naturais já existentes. Um condomínio residencial, por exemplo, pode provocar alterações no terreno diminuindo sua permeabilidade, incrementando o risco de inundações. Outros projetos podem causar instabilidade em encostas, aumentando o risco de deslizamentos. No caso desses projetos, em associação com os impactos futuros do aquecimento global, aumentarem a suscetibilidade de ocorrência de desastres em determinada área, eles não devem ser aprovados. E se tais riscos não forem levados em consideração por agentes licenciadores, litigantes podem adotar

⁸⁷ Lei de acesso a informação, Lei No 12.257/2011 artigo 7, inciso VI.

⁸⁸ *Walker v. Minister for Planning* (2007) 157 LGERA 124.

⁸⁹ *Idem*, paragrafo Segundo da decisao.

medidas judiciais para garantir que tais ações humanas não sejam levadas a cabo sem que antes sejam realizados estudos adequados demonstrando que, associadas aos impactos futuros das mudanças climáticas, tais ações não irão exacerbar o risco de desastres naturais.

V. Transparência e acesso a informação sobre financiamento público de atividades poluidoras

Outra forma de combater o aquecimento global é garantir o acesso a informação sobre projetos que emitam GEE. Ações coletivas podem ser usadas de forma a revelar publicamente o financiamento de ações que sejam capazes de aumentar a geração de GEE, aumentando a pressão popular sobre tais investimentos. Em 2004, duas organizações não governamentais alemãs ajuizaram uma ação desta natureza em face do Ministro da Economia e do Trabalho.⁹⁰ Nesse caso, os autores solicitaram a Corte que determinasse ao réu que revelasse publicamente as emissões de GEE geradas por projetos financiados pela agência de exportação de crédito Euler Hermes AG. No curso do processo, as partes celebraram acordo e o réu concordou em revelar publicamente diversas informações quanto a projetos financiados pela agência, como produção de energia dos empreendimentos, origem e tipo de combustível utilizado e valor dos créditos concedidos.

No Brasil, esse tipo de litigância poderia ser utilizado, por exemplo, em face do BNDES, o principal órgão de financiamento de empreendimentos públicos e privados. De acordo com a organização não governamental Conectas, o BNDES possui um histórico de negar acesso público a suas operações, escorando-se na Lei 101/2005 e suas provisões sobre sigilo bancário, bem como nas exceções da lei de acesso a informação.⁹¹

A Conectas apontou significativa ausência de informações satisfatórias nos relatórios técnicos do banco sobre a viabilidade, riscos sociais e ambientais dos projetos financiados pela instituição.⁹² Esse tipo de informação é crucial para permitir o controle social de como a instituição está avaliando os impactos sociais e ambientais dos projetos financiados.

⁹⁰ Burns and Osofsky, above n 7.

⁹¹ Conectas Direitos Humanos, *Transparencia do BNDES - Conectas Human Rights* <<http://www.conectas.org/en/actions/business-and-human-rights/news/25315-transparency-at-the-bndes>>.

⁹² Idem.

No entanto, no fim de 2014, a justiça federal determinou ao BNDES que revelasse publicamente informações sobre seus financiamentos de programas, projetos, construções, e serviços públicos e privados.⁹³Essa decisão é extremamente relevante, na medida que empodera a sociedade civil para avaliar, influenciar e desenhar ações estatais que possam afetar o clima de forma adversa.⁹⁴

Acesso a informação é imprescindível para que a população possa se envolver em discussões dessa natureza. Como estabelecido no art. 10 da Declaração do Rio, as questões ambientais são melhor tratadas com o envolvimento de todos os cidadãos interessados, e no nível nacional, todo cidadão deve ter acesso a informação relacionada ao meio ambiente em poder de autoridades públicas.⁹⁵

Essa decisão bem ilustra uma possível estratégia judicial no campo das mudanças climáticas. Sob tal fundamento, litigantes podem ajuizar ações coletivas em face do BNDES solicitando o acesso público a dados essenciais de projetos financiados, incluindo aqueles dados relacionados a emissões de GEE. Financiamento de termoelétricas e outros projetos danosos ao clima poderiam ser expostos publicamente, fomentando debates sobre energias renováveis e aumentando a pressão para redução de investimentos e subsídios em projetos que contribuam para o aquecimento global e violem as disposições da PNMC.

VI. Conclusão

A utilização de ações coletivas no campo das mudanças climáticas aumentou drasticamente a partir de 2006, tanto em número quanto em sofisticação.⁹⁶ Esse artigo explorou possíveis estratégias judiciais para combater o aquecimento global, abordando cursos de ação que permitam ao judiciário interferir em ações governamentais sem violar o princípio da separação dos poderes.

⁹³ Idem.

⁹⁴ Malgosa Fitzmaurice, 'Environmental Degradation' in Daniel Moeckli et al (eds), *International Human Rights Law* (Oxford University Press, 2nd ed, 2014) 603.

⁹⁵ *1992 Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*, UN Doc. A/CONF.151/26 (vol. I) / 31 ILM 874 (1992).

⁹⁶ Butti, acima n 40, 32.

Três campos para utilização de ações coletivas foram abordados. Eles se referem a medidas de mitigação, adaptação e acesso a informação.

No campo da mitigação, processos judiciais podem servir como um instrumento de pressão sobre agentes públicos, forçando-os a adotar medidas de mitigação das emissões de GEE, sem, contudo, violar a discricionariedade desses poderes para solucionar tais questões. Processos judiciais podem também ser utilizados para combater o desmatamento ilegal e pressionar proprietários rurais a reflorestar suas propriedades. Por fim, ações coletivas podem ser ajuizadas em face de agentes públicos para que levem em consideração as mudanças climáticas ao planejar o ordenamento dos espaços urbanos ou analisar estudos de impacto ambiental de projetos específicos, intervindo inclusive na tecnologia a ser adotada pelos empreendimentos sob análise.

Medidas de adaptação também podem ser adotadas ou aperfeiçoadas por força de intervenções judiciais. Ao obrigar agentes públicos a considerarem os impactos do aquecimento global ao elaborar planos diretores e planos de contingência, ou ao conceder licenças para empreendimentos, o judiciário contribui para que se aperfeiçoe o debate sobre as medidas necessárias para preparar os sistemas naturais e humanos para os impactos decorrentes do aquecimento global.

Finalmente, o artigo explorou o papel do judiciário em viabilizar o acesso a informação sobre financiamento público de projetos que contribuam para o aquecimento global, permitindo a sociedade participar do debate sobre tais projetos e permitindo que governos sejam responsabilizados politicamente por suas decisões que afetem adversamente o clima.

As mudanças climáticas configuram uma área complexa do direito, demandando a participação de vários atores para mitigar sua causa e reduzir as consequências danosas de seus impactos adversos. Se é verdade que as principais decisões de combate ao aquecimento global devem ser tomadas pelos poderes legislativo e executivo, não é menos verdade que o judiciário tem um importante papel a desempenhar nesse desafio global. As cortes não devem estabelecer elas próprias as medidas necessárias para equacionar o problema das mudanças climáticas, mas podem pressionar os poderes políticos e o setor privado a adotar medidas eficazes quando barreiras políticas e econômicas impedirem esses atores de adotarem medidas eficazes de forma voluntária.

VII. Referências Bibliográficas

BÖEHRINGER, Christoph. Two decades of european climate policy: a critical appraisal. *Review of Environmental Economics and Policy*, v. 8, n. 1, p. 1-17, Jan. 2014.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Números do cadastro ambiental rural. *Serviço Florestal Brasileiro*. Disponível em: <http://www.florestal.gov.br/cadastro-ambiental-rural/numeros-do-cadastro-ambiental-rural>. Acesso em: 3 maio 2017.

_____. _____. Planos setoriais de mitigação e adaptação. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/clima/politica-nacional-sobre-mudanca-do-clima/planos-setoriais-de-mitigacao-e-adaptacao>. Acesso em: 3 maio 2017.

_____. _____. Política nacional sobre mudança do clima. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/clima/politica-nacional-sobre-mudanca-do-clima>. Acesso em: 3 maio 2017.

BURNS, William C. G; OSOFSKY, Hari M. (Ed.). *Adjudicating climate change: state, national, and international approaches*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

BUTTI, Luciano. Tortuous road to liability: a critical survey on climate change litigation in Europe and North America. *Sustainable Development Law & Policy*, v. 11, n. 2, p. 32-36, 82-84, Winter 2011.

FITZMAURICE, Malgosia. Environmental degradation. In: MOECKLI, Daniel et al (Ed.). *International human rights law*. 2nd. ed. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2014.

GRAY, Wayne B.; SHIMSHACK, Jay P. The Effectiveness of environmental monitoring and enforcement: a review of the empirical evidence. *Review of Environmental Economics and Policy*, v. 5, n. 1, p. 3-24, Winter 2011.

KNOW CLIMATE CHANGE. Resource library. *Adaptation and mitigation: responses to climate change*. Disponível em: http://know.climateofconcern.org/index.php?option=com_content&task=article&id=142. Acesso em: 3 maio 2017.

KOH, Kheng Lian; BHULLAR, Lovleen. Governance on adaptation to climate change in the asean region. *Carbon & Climate Law Review*, v. 5, n. 1, p. 82-90, 2011.

LOVINS, Amory B. A Farewell to fossil fuels: answering the energy challenge. *Foreign Affairs*, v. 91, n. 2, p. 134, Mar./Apr. 2012.

MILLNER, Felicity; RUDDOCK, Kirsty. Climate litigation: lessons learned and future opportunities. *Alternative Law Journal*, v. 36, n. 1, p. 27-32, Jan. 2011.

MOTTA, Ronaldo Seroa da et al. (Ed.). *Mudança do clima no Brasil: aspectos econômicos, sociais e regulatórios*. Brasília, Ipea, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=10196>. Acesso em: 3 maio 2015.

NEWTON, Peter W. Liveable and sustainable? Socio-technical challenges for twenty-first-century cities. *Journal of Urban Technology*, v. 19, n. 1, p. 81-102, Jan. 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC). *Sumário do relatório do IPCC para os tomadores de decisão do quinto relatório do grupo de trabalho II, 2014*. Tradução de Magno Castelo Branco; Karla Sessin-Dilascio. São Paulo: Iniciativa Verde, 2015. Disponível em: <<http://www.iniciativaverde.org.br/biblioteca-nossas-publicacoes.php>>. Acesso em: 3 maio 2017.

OSOFSKY, Hari M. The Continuing importance of climate change litigation. *Climate Law*, v. 1, n. 1, p. 3-29, 2010.

PARDO, David W. Judiciary and environmental public policies: the “significant compromise” as a model of action. *Environmental Law Journal*, n. 72, p. 161, 2013.

PEEL, Jacqueline. Issues in climate change litigation. *Carbon & Climate Law Review*, v. 5, n. 1, p. 15-24, 2011.

_____. et al. The Influence of climate change litigation on governments and the private sector. *Climate Law*, v. 2, n. 4, p. 485-513, 2011.

PINTO, Victor Carvalho. “Closed condominiums” in the face of constitutional division of powers in Brazil. *Legal Current*: Thomson Reuters, Jan. 2015. Disponível em: <<http://www.legalcurrent.com/closed-condominiums-in-the-face-of-constitutional-division-of-powers-in-brazil/>>. Acesso em: 3 maio 2017.

PRESTON, Brian J. Climate change litigation: part 2. *Carbon & Climate Law Review*, v. 5, n. 2, p. 244-263, 2011.

_____. The Contribution of the courts in tackling climate change. *Journal of Environmental Law*, v. 28, n. 1, p. 11-17, 2016.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. O processo de avaliação de impacto ambiental, seus papéis e funções. In: *A efetividade da avaliação de impacto ambiental no Estado de São Paulo: uma análise a partir de estudos de caso*. São Paulo: Secretaria do Meio Ambiente, 1995. p. 13-18.

SCHATZ, Julia. Climate change litigation in Canada and the USA. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, v. 18, n. 2, p. 129-138, July 2009.

SHELTON, Dinah. State and local efforts to address climate change in the United States federal systems. In: DAIBERT, Arlindo (Org.). *Direito ambiental comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

STAVINS, R. N. Market-based environmental policies. In: PORTNEY, Paul R.; STAVINS, R. N. (Ed.). *Public policies for environmental protection*. Washington: Resources for the Future, 1998.

TRANSPARÊNCIA do BNDES: Justiça Federal condena banco a revelar dados sobre financiamentos. *Conectas: direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.conectas.org/en/actions/business-and-human-rights/news/25315-transparency-at-the-bndes>>. Acesso em: 3 maio 2017.

WILKINSON, Sara J. Conceptual understanding of sustainability in the australian property sector. *Property Management*, v. 31, n. 3, p. 260-272, 2013.

LEITURAS ADICIONAIS EM NOSSA BIBLIOTECA

ARANHA FILHO, José Antonio Pinheiro. A competência do município em matéria ambiental e a sua responsabilidade na mitigação dos efeitos do aquecimento global. *Revista de Direito Ambiental*, v. 21, n. 84, p. 461-473, out./dez. 2016.

CARVALHO, Délton Winter de. Uma incursão sobre a litigância climática: entre mudança climática e responsabilidade civil. In: STRECK, Lênio Luiz et al. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2016. p. 39-52.

DERANI, Cristiane; CHRISTOFOLI, Bruno de Andrade. O REDD+ e a convenção do clima: avanços da COP 19. *Revista de Direito Ambiental*, v. 19, n. 76, p. 511-529, out./dez. 2014.

Cinema e literatura como ferramentas para enfrentamento da crise didático-pedagógica do ensino jurídico pela via da empatia

Cinema and literature as tools to face the didactic-pedagogical crisis of legal education through empathy

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Policrise e a crise operacional do ensino jurídico; 3. Cinema e literatura como ferramentas do ensino jurídico pela via da empatia; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

* Bacharel em Direito e em Filosofia. Especialista em Direito Público pela UNP. Especialista em Direitos Humanos, Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre e Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPDG-UFSC). Membro do Grupo de Pesquisa de Antropologia Jurídica, sob a coordenação da Profa. Doutora Thais Luzia Colaço. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

RESUMO: A constatação de que o ensino jurídico se encontra permeado de crises, conduz os juristas a procurar soluções para que estas sejam atenuadas. Entre as crises que atingem os Cursos de Direito o presente artigo trata da relacionada ao seu aspecto operacional, notadamente no que tange aos métodos didático-pedagógicos. Apresenta-se como instrumentos de contenção da crise operacional o Cinema e a Literatura, com destaque especial ao fato de que tais manifestações artísticas têm a possibilidade de sensibilizar os alunos para questões da cotidianidade, do outro, pela via da empatia.

ABSTRACT: *Noting that the legal education is riddled with crisis leads jurists to seek solutions for mitigation. Among the crisis that strike the Courses of Law, this article deals with the operational aspect, particularly, regards about didactic and pedagogical methods. It is presented as contantion instruments of operational crisis, the Cinema and the Literature, with special attention to the fact that these artistic expressions have the opportunity to sensitize students to the issues of everyday life, to look the other, through the way of empathy.*

PALAVRAS-CHAVE: Ensino jurídico; crise operacional; Direito e Arte; Direito e Cinema; Direito e Literatura.

KEYWORDS: *Legal education; Operational Crisis; Law and Art; Law and Cinema; Law and Literature.*

1. Introdução

O ensino do direito está em crise! A mencionada afirmação se tornou comum tanto na academia como entre os operadores do Direito. Diz-se que tal fenômeno ocorre em virtude de diversos fatores e em meio a diversas outras crises que atingem a contemporaneidade. Algumas soluções são apresentadas, como necessidade de melhor formação humanística, ética, mais interdisciplinaridade, melhor formação profissional, utilização de métodos não tradicionais de ensino-aprendizagem etc. Entre as alternativas possíveis para superação da mencionada crise, o presente artigo – por meio de revisão bibliográfica - focará em uma delas, qual seja, a aproximação entre o direito e a arte, notadamente o Cinema e a Literatura. Para tanto, serão apresentadas algumas considerações acerca das características que revestem a crise do ensino jurídico; apontamentos sobre o método de ensino-aprendizagem tradicional e, por fim, será analisada a possibilidade de aproximação entre o Direito, o Cinema e a Literatura como um dos caminhos possíveis para enfrentamento dessa crise.

2. Policrise e a crise operacional do ensino jurídico

A pós-modernidade está em crise! Não há dúvida que o momento contemporâneo caracteriza-se por um estado de crise em diversos âmbitos, como político, ambiental, ético, epistemológico, econômico etc. É o que Edgar Morin denomina de “policrise”, pois, segundo afirma (2011a, p.93-94):

[...] não se poderia destacar um problema número um, que subordina todos os demais, não há um único problema vital, mas vários problemas vitais, e é essa intersolidariedade complexa dos problemas, antagonismos, crises, processo descontrolado, crise geral do planeta, que constitui o problema vital número um.

O ensino jurídico, como importante componente da vida em sociedade, não fica fora desse contexto de policrise. Horácio Wanderlei Rodrigues, em sua obra “Pensando o Ensino do Direito no Século XXI” enumera as diversas crises que atingem o ensino jurídico. A primeira delas é a que denomina “crise estrutural”, que compreende “[...] sua estrutura axiológica. Essa coloca-se em nível dos paradigmas político-ideológico e o outro epistemológico” (RODRIGUES, 2005, p.35). Há também a “crise funcional”, que é:

[...] aquela relativa à qualidade do produto final do processo educacional e sua absorção pelo mercado de trabalho. Refere-se, portanto, à sua crise enquanto instância formadora de mão-de-obra qualificada para o desempenho de determinadas tarefas profissionais (RODRIGUES, 2005, p.45).

Divide-se a crise funcional em “crise do mercado de trabalho” e “crise de identidade e legitimidade dos operadores jurídicos” (RODRIGUES, 2005, p.45-49). Por fim, pode-se falar em crise operacional, que trata:

[...] do conjunto dos problemas referentes aos paradigmas administrativo, didático-pedagógico e curricular. Todos esses aspectos dizem respeito diretamente à operacionalização concreta desses paradigmas. São instrumentos adequados à reprodução dos valores presentes na sua estrutura axiológica (RODRIGUES, 2005, p.49).

A crise operacional se subdivide em crise administrativa, didático-pedagógica e curricular. Para os fins do presente trabalho interessa especialmente a segunda. Com efeito, o Direito foi sendo construído ao longo de sua história como sendo possibilitador de promissora carreira profissional. E com essa ideia angariou novos cursos, alunos, professores, gerando a produção de livros, manuais, apostilas, resumos e cursinhos. O ensino do direito adaptou-se ao sistema capitalista de mercado, adquirindo, assim, todas as vicissitudes a ele inerentes. O resultado não poderia ser diferente daquele vivenciado por todos os demais fenômenos componentes do sistema capitalista, qual seja, crise.

Com a disseminação de cursos de Direito em ritmo acelerado, a sua qualidade foi reduzida na mesma velocidade. Prova disso é o baixo índice de aprovação no Exame de Ordem, promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil, e que visa a aferir conhecimentos mínimos para quem procura exercer a mais clássica das carreiras jurídicas, qual seja a advocacia. Não se desconhece as falhas de tal exame, mas o alto índice de reprovação não deixa de ser um dado a mais a referendar as percepções que os juristas possuem acerca da má-qualidade dos cursos de Direito.

O conteúdo dos cursos jurídicos, como regra, possui alto viés positivista, vinculado ao estudo das normas, doutrina e jurisprudência, tornando o ambiente acadêmico quase impenetrável por outras ciências e outras manifestações humanas. Mesmo quando presentes na grade curricular, matérias como sociologia, filosofia, antropologia e psicologia,

quando não optativas, possuem conteúdos pouco abrangentes e são pouco atraentes para os alunos, que a realizam somente tendo em conta sua imprescindibilidade para o término do curso e posterior colação de grau. A monografia é vista por boa parte dos alunos como mais um obstáculo a ser transposto; uma barreira desgastante que somente tem o condão de atrapalhar estudos mais intensivos para os exames e concursos que se aproximam com o término do curso (RODRIGUES, 2005).

Tudo isso leva à compreensão do porquê de o método denominado “coimbrão” ser tão comum no campo da educação jurídica. Ele é estruturado sobre aulas expositivas, centradas no professor, entendendo que o aluno apenas analisará o conteúdo munido de toda a fundamentação teórica passada em aula. Tal compreensão do ensino como transmissão de informações desconsidera as diferenças entre os alunos, todos convertidos em tabula rasa, iguais em sua ignorância acadêmica, impondo reflexos na avaliação e no material utilizado. Este último privilegia textos, manuais, slides, tudo que possa resumir os conceitos considerados importantes pelo professor, sem maiores problematizações. Por sua vez, a avaliação concentra-se em provas dissertativas finais e mede o acúmulo de conhecimento do aluno. Ghirardi (2012) entende que esse tipo de ensino possui qualidades, tal como o fornecimento de um repertório teórico para os discentes. O que é questionada é a sua eficiência.

Os professores, assoberbados com suas outras atividades profissionais ou, quando em dedicação exclusiva, com preparação de aulas, orientações, leituras, atualização constante, reuniões, eventos, redação de artigos, livros e outros trabalhos, pouco tempo possuem para repensar técnicas de ensino-aprendizagem que se afastem do método expositivo tradicional. Nesse sentido, críticas contundentes são realizadas à Universidade, afirmando-se que ela é um espaço tomado pelo produtivismo, pelo fazer quantitativo - a tal ponto que se valoriza ações que tenham maior número de inscritos, ou de citações na imprensa ou na obra de outros pesquisadores. Essa necessidade imposta pela burocratização e que impõe, por exemplo, a indicação em relatórios de todas as citações que a obra escrita pelo professor recebeu, retira-lhe tempo precioso de seu verdadeiro trabalho (de ensino, gestão científica e pesquisa). As exigências de revistas e avaliadores passam a definir o que se escreve: “Grão a grão, a brisa fresca no rosto que é pesquisar e ensinar (no estado normal, o estado puro) passa a pesada corveia. Nenhuma criatividade é permitida, nenhum rasgo, nenhum risco” (CUNHA, 2012, p.10).

Soma-se a isto, ainda, a pouca afinidade que muitos professores do campo jurídico possuem com didática-pedagógica e com a capacitação docente (COLAÇO, 2006). Enfim, o ensino do direito vem – há muito tempo – perpassado pelo que Paulo Freire denomina de “ensino bancário”. Com efeito, segundo este autor, o ensino bancário se caracteriza pela preponderância da passividade do aluno, que é visto como depositário dos conhecimentos que são repassados pelo professor. Afirma Freire (1987, p. 33):

Quanto mais analisamos as relações educador-educandos, na escola, em qualquer de seus níveis (ou fora dela), parece que mais nos podemos convencer de que estas relações apresentam um caráter especial e marcante – o de serem relações fundamentalmente narradoras, dissertadoras.

Narração de conteúdos que, por isto mesmo, tendem a petrificar-se ou a fazer-se algo quase morto, sejam valores ou dimensões concretas da realidade. Narração ou dissertação que implica num sujeito – o narrador – e em objetos pacientes, ouvintes – os educandos.

Há uma quase enfermidade da narração. A tônica da educação é preponderantemente esta – narrar, sempre narrar.

[...] Nela, o educador aparece como seu indiscutível agente, como o seu real sujeito, cuja tarefa indeclinável é ‘encher’ os educandos com conteúdos de sua narração. Conteúdos que são retalhos da realidade desconectados da totalidade em que se engendram e em cuja visão ganhariam significação. A palavra, nessas dissertações, se esvazia da dimensão concreta que devia ter ou se transforma em palavra oca, em verbosidade alienada e alienante. Daí que seja mais som que significação e, assim, melhor seria não dizê-la. Por isto mesmo é que uma das características desta educação dissertadora é a ‘sonoridade’ da palavra e não sua força transformadora.

Conforme salienta Horácio Wanderlei Rodrigues (2005, p.52), o ensino do Direito possui natureza preponderantemente tradicional. Afirma que na área pedagógica:

[...] o ensino do Direito apresenta-se como um dos principais focos ainda existentes, na universidade brasileira, de educação tradicional. Esse modelo tem como características gerais o primado do objeto e o privilegiamento dos modelos e do professor. Vê o aluno como receptor passivo, sendo a realidade algo que será a ele transmitido pela escola, através da educação formal. Entende que o conhecimento humano possui um caráter cumulativo, sendo a inteligência a capacidade de armazenar informações. [...] A relação professor-aluno é vertical, sendo o aluno o ouvinte e o professor o mediador entre ele e o conhecimento. O docente é o agente principal da relação ensino-aprendizagem. Há ênfase às situações de sala de aula, e a avaliação tem caráter eminentemente quantitativo.

Salienta ainda o mencionado doutrinador que na área didática também há a prevalência de metodologias tradicionais, sendo a opção preferencial pelos docentes a aula-conferência. Assim, segundo Rodrigues (2005, p.53):

Em grande parte, seus professores possuem uma formação pedagógica insuficiente (ou mesmo nenhuma preparação didático-pedagógica) e se restringem, em sala de aula, a expor o ponto do dia, comentar os artigos dos códigos e contar casos de sua vida profissional, adotando um ou mais livros-texto, que serão cobrados dos alunos nas verificações.

Percebe-se, portanto, que o ensino jurídico tradicional é eminentemente bancário. Os professores, como regra, realizam a leitura de obras jurídicas, sistematizando-as, para após transmitirem de forma expositiva o conteúdo lido aos alunos. Feito isso, conclui-se determinado conteúdo, reiniciando o processo em relação aos conteúdos subsequentes e assim até o final da disciplina (COLAÇO, 2006).

É comum a prática inclusive de se recomendar determinada(s) obra(s) jurídica(s) para os alunos, a fim de que estes acompanhem o desenrolar da disciplina. Possuem os alunos, assim, duas fontes depositárias de conhecimento, em regra, eminentemente dogmáticas e positivistas: o professor e a doutrina. A fim de dar autenticidade ao conhecimento lido previamente, não é raro que ocorra a indicação pelo professor aos alunos de uma obra jurídica que não seja base da sua leitura. Assim, os alunos leem determinado conteúdo em uma obra e têm seus conhecimentos suplementados pelo professor durante as aulas, utilizando-se, este, de obra diversa propositalmente não indicada. Roberto Lyra Junior (1988) denomina de “professor ceguinho” àquele que adota tal prática.

Ao lado do professor ceguinho, apregoa existirem ainda os catedráticos e os nefelibatas, todos componentes do que chama “docentes conservadores”. Diz o autor (1988, p.42):

Estes dividem-se em três grupos principais: os ceguinhos, que servem à dominação por burrice e ignorância; os catedráticos, que a ela servem por safadeza; e os nefelibatas, que acabam fazendo a mesma coisa, por viverem nas nuvens.

Vocês os conhecem. O ceguinho é aquele que ‘adota’ um compêndio do tipo Maluf, para ser decorado pelos alunos, e, nas aulas, disfarça a pobreza de espírito, repetindo um outro livro, não citado, que é a “cola” do mestre. Descubram este último, e ele está no papo.

Nos meus tempos de estudante, havia um ceguinho que nos mandava rezar, nas provas, os capítulos do *Direito Processual Civil*, do Gabriel Rezende Filho, e salvava face recitando nas aulas os verbetes escolhidos numa enciclopédia italiana.

Os catedráticos me recordam aquele outro professor da época, que considerava “comunista” o Primeiro Ministro da Inglaterra e berrava, agitando os óculos no ar, como o Deputado Amaral Neto agita o revólver quando se fala nas eleições diretas: ‘comigo é na Lei, estão ouvindo? É no Código! E quem critica a lei, a ORDEM, é CO-MU-NIS-TA! [...].

Mas há também os nefelibatas, aqueles que conhecem mil leis, mil doutrinas, mil teorias, mas nem suspeitam o que elas representam, como projeção de circunstâncias, classes, grupos em luta, no mundo real e material. E fazem uma salada semelhante à que Marx censurava Stirner, com a “ideia do Direito”, que tiram da cabeça, e das leis, em lugar de vê-la em função das relações sociais. Assim, leis e doutrinas tornam-se “fantasmas”, numa pseudociência de assombrações e porrinhos idealistas.

Nesse cenário caótico, como depositários dos conhecimentos transmitidos por professores ceguinhos, catedráticos ou nefelibatas, novos Bacharéis são formados a cada semestre em centenas de cursos de Direito espalhados pelo Brasil. É nesse contexto de crise operacional do ensino do Direito que devem ser pensadas novas ferramentas didático-pedagógicas possíveis de serem utilizadas para otimizar o processo de ensino-aprendizagem. É claro que alternativas concomitantes devem ser objeto de reflexão, pois problemas complexos não se resolvem com medidas isoladas. O importante é ter consciência da crise e da necessidade de busca de soluções, muitas vezes buscando-as nas mais variadas fontes pedagógicas.

O pluralismo de concepções pedagógicas permite ao professor escolher ferramentas para o exercício de sua profissão (métodos, metodologias, estratégias) dentre aquelas reconhecidas pela teoria educacional. Isso inclui escolhas didáticas, textuais, teóricas, por exemplo. Tudo isso no contexto do art. 205 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) (BRASIL, 1988) que estabelece o direito de todos à educação de qualidade. O art. 209 traz a previsão constitucional de que as instituições privadas (e públicas, acrescenta-se) devem cumprir com as normas educacionais gerais – e da mesma forma, seus professores deverão adequar suas aulas e documentação exigida aos parâmetros estabelecidos nacionalmente.

Ainda que limitada por tais regramentos, a liberdade de ensinar permite às instituições de ensino que elaborem seus projetos pedagógicos desde que cumpram com o quadro geral desenhado pela federação. São

garantidas, igualmente, aos professores no âmbito de sua disciplina a adesão teórica (desde que exponha as demais correntes doutrinárias) e a escolha de métodos pedagógicos, conforme antes enunciado (RODRIGUES, 2014).

Desta forma, uma das possíveis escolhas é a de uma perspectiva que parta do concreto para o abstrato, onde a experiência real é requisito para a compreensão teórica. Com isso, reconhece-se as experiências dos alunos, e o professor passa a ocupar um lugar de menor destaque em aula. A diversidade torna-se importante para a troca de experiências e a busca por soluções dos problemas práticos com fundamento na teoria. Para isso, são materiais utilizados decisões, notícias de jornal, filmes, casos – tudo que possa servir de apoio para o desenvolvimento crítico da teoria. A avaliação reflete a percepção que organiza esse ensino, geralmente solicitando a resolução de um problema ou caso concreto, auferindo tanto o conhecimento do conteúdo quanto as habilidades de ponderação e decisão, por exemplo (GHIRARDI, 2012). É sobre tais escolhas, especialmente aquelas que transitam pelo cinema e pela literatura, que se passa a expor.

3. Cinema e Literatura e o enfrentamento da crise didático-pedagógica do ensino jurídico pela via da empatia

Como resultado do ensino jurídico realizado no modelo tradicional, tem-se a formação em larga escala de alunos despreparados, desmotivados, alienados, desconectados da realidade social e das suas injustiças e da importância da ciência jurídica como instrumento de alteração dessa realidade.

Assim, devem ser discutidas novas formas de trazer a realidade ao aluno, a fim de que sua sensibilidade em relação à cotidianidade que o cerca seja aguçada, possibilitando o estabelecimento de uma relação de empatia com questões de extrema importância para a sociedade contemporânea, como a redução das desigualdades, a proteção aos grupos que se encontram em maior vulnerabilidade social, a proteção à natureza, o combate à corrupção, a construção de valores éticos sólidos, a análise adequada do fenômeno criminoso etc. O Direito deve ser repensado como mecanismo de transformação da realidade, não somente como promissora opção profissional. Conforme assevera Warat (1997, p.63): “[...] a luta pela dignidade começa na tentativa de desembaraçar o discurso docente das suas vestes sacerdotais e da competência de suas provocações”.

Diante desse contexto, a arte, notadamente o cinema e a literatura, se bem utilizadas, podem ser importantes ferramentas para atenuação da crise didático-pedagógica que permeia o ensino do Direito, principalmente pelo alto poder de sensibilização que lhes caracteriza. Seria ingenuidade caracterizar a arte como panaceia para a crise do ensino jurídico. É apenas um instrumento a mais a disposição do professor.

Com efeito, durante a história da humanidade a arte exerceu o papel de auxiliar o homem a compreender e transformar a realidade em que está inserido, não exercendo funções meramente estéticas. Conforme assevera Hegel (2001, p. 57).

A pior apreensão, a maneira menos adequada para o espírito, é a apreensão meramente sensível. Ela consiste primeiramente no meu ver, escutar, tocar e assim por diante, para muitos, constituir de modo geral um passatempo como quando se caminha ao léu sem pensar em nada e apenas se escuta algo aqui e ali, se olha para cá e para lá e assim por diante. O espírito não se limita à mera apreensão das coisas externas por meio da visão e do ouvido, ele as transforma para o seu interior.

A arte, assim, tem condão de ingressar nas subjetividades humanas, levando ao indivíduo sensações e sentimentos que o fazem refletir sobre a sua própria condição, da sociedade e do mundo que o cerca pela via da empatia, ou seja, pela capacidade de se identificar e compreender o mundo do outro, sem julgamentos prévios. Empatia é definida da seguinte forma (EDIPE, 1987):

Etimologicamente, “dentro da emoção”, “junto com a emoção”. Psicologicamente, identificação emocional da pessoa com indivíduos ou coisas percebidas. O radical da palavra empatia é *pathos*, termo grego com que designa a qualidade que excita a emoção. Difere da simpatia ou “união das emoções”, da antipatia “oposição das emoções” e da apatia “ausência de emoções”. Segundo conceitua um tratadista, “Empatia é a capacidade que possuímos de penetrar a personalidade alheia para obtermos uma previsão, uma antecipação, uma avaliação o mais seguro possível das suas reações. Enquanto a simpatia pode criar uma expectativa otimista e a antipatia uma previsão pessimista, constituindo ambas uma visão deformada pelo sentimento, a empatia é uma identificação psíquica”.

Dentre as manifestações artísticas mencionadas que possuem maior facilidade de utilização no ambiente escolar, cita-se primeiramente o cinema. O cinema possui alto poder de sensibilização e geração de empatia. Conforme ressalta Regis de Moraes (2010, p.72):

Há filmes que acrescentam vida às nossas vidas, fazendo-nos rediscutir e reavaliar nossas existências de forma às vezes terapêutica; são filmes que nos mobilizam (*émotion*), que abrem recantos escondidos da nossa casa mental, forçando ali a entrada do ar puro e da saúde solar.

O mesmo autor salienta o alto poder de transmissão de emoções que possuem as obras cinematográficas, que conseguem transmitir com detalhes as sensações e até os pensamentos dos personagens, tudo compondo a sua sofisticada linguagem (MORAIS, 2010, p.71):

Raros são, hoje, os que se negam a ver uma sofisticada linguagem cinematográfica nascida, como observou Bernardet, da narrativa emocional e atualmente trazida, mediante recursos objetivos dramáticos que fazem avançar a narrativa e recursos subjetivos que procuram materializar o conteúdo mental dos personagens e cenas com *insights* psicológicos, ao nível de extraordinário refinamento – ao menos para as produções que se querem propriamente artísticas. Como bem o observa, Marcel Martin (2003, p183-95), hoje há procedimentos secundários mas nada desimportantes na narrativa cinematográfica, “jogos de cena e efeitos visuais e sonoros” que manejam o ritmo emocional da película. São sugestões de onirismo, de situações de devaneio, de vertigem e desfalecimento, como de alucinações ou mesmo de morte; frutos da criatividade dos cineastas e, às vezes, filhos dos progressos da psicologia e mesmo dos estudos em psicopatologia.

O cinema, como possuidor da capacidade de afetar os que lhe assistem, como instrumento didático, possibilita ao professor trazer filmes ou cenas históricas, sensibilizadoras, emocionantes, chocantes, reflexivas, trágicas, reais, alegres e tristes aos alunos sem sair do ambiente de uma sala de aula. Sentindo a vida refletida através do cinema, os alunos podem discutir temas relevantes e se posicionar a seu respeito, agregando mais esse componente a sua formação pessoal e educacional.

A título de ilustração, traz-se o filme “Assassinato em Primeiro Grau”, que é baseado em fatos reais. O filme trata de um sujeito, Henry Young, que roubou cinco dólares do interior de uma loja a fim de comprar alimento para sua irmã. Ele é preso, condenado e encaminhado a Alcatraz, de onde tenta evadir-se, o que resulta no seu isolamento por três anos na solitária, em péssimas condições e sendo submetido à tortura reiteradamente. Nesse contexto, mata seu delator na frente de duzentos presos. Seu advogado realiza a sua defesa atribuindo ao tratamento recebido por Young em Alcatraz a responsabilidade pela prática do homicídio.

O filme mencionado permite a realização de diversas reflexões em sala de aula, seja numa aula de introdução ao estudo do direito, direito penal ou direito processual penal, por exemplo. Podem ser abordados diversos aspectos tratados na trama, como a criminalização de fatos cuja lesividade é baixa, as condições de aplicação do regime disciplinar diferenciado, o crime de tortura, o crime de homicídio, o estudo de provas, a sessão de julgamento no Tribunal do Júri e a responsabilidade do estado por atos praticados por seus agentes. Ou seja, um único filme, com duas horas de duração, é capaz de proporcionar a análise de diversos aspectos componentes do curso de Direito, com o diferencial da transmissão de imagens e diálogos marcados pela intenção de reprodução fiel da realidade, transportando o aluno para esta.

Em sua obra “O Direito no Cinema”, Gabriel Lacerda retrata a experiência do curso de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, onde foi ministrada disciplina específica com o mesmo nome. Interessante reproduzir os propósitos da disciplina informados aos alunos no primeiro material impresso desta (LACERDA, 2007, p.15-16):

Busca-se com a atividade Direito no Cinema:

Sensibilizar os alunos para uma atitude diante da realidade. [...]

Ajudar os alunos a perceber qual o papel social da profissão que estão começando a aprender. (...) A experiência de trabalhar com a razão e o intelecto, sobre um material produzido primordialmente para ser percebido com a emoção, ajuda a formar a consciência dessa dualidade e a informar as escolhas.

Transmitir, compreender e fixar uma certa dose de informação básica sobre temas jurídicos. O cinema é também instrumento de informação. Prestando atenção em certos filmes é possível aprender muita coisa. A própria emoção que o cinema mobiliza suscita curiosidade e predispõe à absorção de conhecimento [...].

Exercitar capacidade de expressão, poder de síntese e habilidade de argumentação.

Pensar. Tomando conhecimento dos temas de sua profissão levados ao cinema, o estudante de direito, espera-se, será naturalmente estimulado a refletir e fazer perguntas cruciais que provavelmente já tenha feito antes: que significa ser advogado? Por que escolhi esta faculdade e não outra? É esta realmente a profissão que desejo seguir?

Na obra “Pelos lentes do Cinema: Bioética e Ética em Pesquisa”, Dirce Guilhem, Debora Diniz e Fabio Zicker salientam a importância do cinema

como mecanismo capaz de estimular a incorporação de valores e hábitos à sociedade e de colocar em debate questões de alta relevância social:

[...] muito do que somos tem forte fundamentação em manuais implícitos de comportamento adotados inicialmente pelos grandes ícones do cinema, em sua condição de personagens, e mais recentemente ampliados pela igualmente poderosa indústria televisiva. No início, nos espelhávamos nos modos como os galãs da era de ouro do cinema usavam um cigarro, por exemplo, associando-o a glamour e sedução. Atualmente, observamos o modo como as divas televisivas se comportam em cenas publicitárias de sedução amorosa, o qual interfere sobremaneira na construção de estereótipos de gênero.

Explorando um pouco mais o passado e, simultaneamente, aproximando-nos de contextos socioantropológicos relacionados às práxis narrativas do cinema, pode-se dizer que data de tempos muito recentes a mudança de estatuto das chamadas minorias no cinema *mainstream*. A presença de populações negras, pobres, marginalizadas e oprimidas em filmes de grande bilheteria e sem ocupar o lugar de coadjuvante ou de figuração em muito tem contribuído para a abertura do debate, em escala mundial, acerca dos direitos humanos, em especial os relativos a mulheres, a populações em situação de vulnerabilidade e à infância desprotegida.

O mesmo acontece com a literatura. Edgar Morin inclusive ressalta ser uma característica comum entre o cinema e a literatura o fato de servirem de instrumentos de reflexão sobre a condição humana. Diz o mencionado pensador: (2003, p.43-44)

[...] o romance e o cinema oferecem-nos o que é invisível nas ciências humanas; estas ocultam ou dissolvem os caracteres existenciais, subjetivos, afetivos do ser humano, que vive suas paixões, seus amores, seus ódios, seus envolvimento, seus delírios, suas felicidades, suas infelicidades, com boa e má sorte, enganos, traições, imprevistos, destino, fatalidade...

São o romance e o filme que põem à mostra as relações do ser humano com o outro, com a sociedade, com o mundo. O romance do século XIX e o cinema do século XX transportam-nos para dentro da História e pelos continentes, para dentro das guerras e da paz. E o milagre de um grande romance, como de um grande filme, é revelar a universalidade da condição humana, ao mergulhar na singularidade de destinos individuais localizados no tempo e no espaço.

Em relação à literatura interessante análise foi realizada por Lynn Hunt no seu livro "A Invenção dos Direitos Humanos". Defende a mencionada autora que a leitura de romances exerceu importante papel na história da humanidade, contribuindo inclusive para a construção do conceito de

Direitos Humanos, pela via da empatia. Segundo Hunt (2009, p.35, 38-39):

Um ano antes de publicar *O Contrato Social*, Rousseau ganhou atenção internacional com um romance de sucesso, *Júlia* ou *A nova Heloísa* (1761). Embora os leitores modernos achem que a forma do romance epistolar ou em cartas tem às vezes um desenvolvimento torturantemente lento, os leitores do século XVIII reagiram de modo visceral. [...]

A leitura de *Júlia* predispôs os seus leitores para uma nova forma de empatia. Embora Rousseau tenha feito circular o termo “direitos humanos”, esse não é o tema principal do romance, que gira em torno de paixão, amor e virtude. Ainda assim, *Júlia* encorajava uma identificação extremamente intensa com os personagens e com isso tornava os leitores capazes de sentir empatia além das fronteiras de classe, sexo e nação. Os leitores do século XVIII, como as pessoas antes deles, sentiam empatia por aqueles que lhes eram próximos e por aqueles que eram muito obviamente seus semelhantes — as suas famílias imediatas, os seus parentes, as pessoas de sua paróquia, os seus iguais sociais costumeiros em geral. [...]

Romances como *Júlia* levavam os leitores a se identificar com personagens comuns, que lhes eram por definição pessoalmente desconhecidos. Os leitores sentiam empatia pelos personagens, especialmente pela heroína ou pelo herói, graças aos mecanismos da própria forma narrativa. Por meio da troca fictícia de cartas, em outras palavras, os romances epistolares ensinavam a seus leitores nada menos que uma nova psicologia e nesse processo estabeleciam os fundamentos para uma nova ordem política e social. Os romances tornavam a *Júlia* da classe média e até criados como *Pamela*, a heroína do romance de mesmo nome escrito por Samuel Richardson, igual e mesmo superior a homens ricos como o sr. B., o empregador e futuro sedutor de *Pamela*. Os romances apresentavam a ideia de que todas as pessoas são fundamentalmente semelhantes por causa de seus sentimentos íntimos, e muitos romances mostravam em particular o desejo de autonomia. Dessa forma, a leitura dos romances criava um senso de igualdade e empatia por meio do envolvimento apaixonado com a narrativa. Seria coincidência que os três maiores romances de identificação psicológica do século XVIII — *Pamela* (1740) e *Clarissa* (1747-8), de Richardson, e *Júlia* (1761), de Rousseau — tenham sido todos publicados no período que imediatamente precedeu o surgimento do conceito dos “direitos do homem”?

Ou seja, para a autora, a força da empatia existente entre os leitores e as narrativas constantes nos romances, não pode ser desconsiderada como algo que efetivamente tenha influenciado importantes conquistas referentes aos Direitos Humanos. A proximidade que a leitura de romances cria com pessoas não pertencentes à cotidianidade do leitor, possibilita a este entender com maior propriedade as suas características, suas fragilidades, seus sentimentos, suas expectativas, suas carências e suas necessidades. Da

mesma forma que contribuiu de forma tão expressiva para sensibilização política num período tão importante para consagração de direitos do homem, certamente poderá também contribuir para a sensibilização dos alunos acerca de temas hodiernamente relevantes.

Germano Schwartz ressalta essa característica da literatura de possibilitar ao leitor colocar-se no lugar do outro:

[...] também é o colocar-se no lugar do outro, o que motiva o estudo da Literatura aplicada ao Direito, pois ela possui essa habilidade, por intermédio de suas narrativas e seus personagens, de enviar o leitor para a vivência de outrem, fazendo-o refletir e posicionar-se em relação ao caso posto. Nesse sentido, como recorda Nussbaum, las obras literárias invitan a los lectores a ponerse em el lugar de personas muy diversas y a adquirir sus experiencias.

Joana Aguiar e Silva (2001, p.130-31) enfatiza o papel da literatura inclusive como fomento à racionalidade emocional e empática que orienta os juristas a bem se posicionarem quando diante de questões difíceis:

[...] diz então respeito à necessidade de fomentar nos membros da comunidade jurídica aquela racionalidade emocional e empática de que se reclama uma mais justa percepção das necessidades próprias de todos e de cada um; uma razão prática de cuja importância hoje se tem plena consciência, enquanto motor fundamental de uma cabal concretização do normativo intrasistemático do ordenamento jurídico nas exigências igualmente normativas de uma prática judicativamente mediada. Uma prática em que assume um relevo constitutivo o princípio hermenêutico da *applicatio*. Mergulhar em hábitos de leitura, ou, ainda melhor, em mais cuidadas análises literárias, pode contribuir para dotar o jurista destas alternativas formas de racionalidade, apurando a sua capacidade imaginativa e a sua inteligência empática. O conhecimento dos mundos alternativos proporcionado pela ficção, o contacto por esta estimulado com situações complexas, em que é fomentada a identificação do leitor com as personagens envolvidas, tudo isso constitui um ágio para o jurista que, ao longo da sua vida profissional, terá, muito provavelmente, que enfrentar delicadas questões éticas para as quais não encontrará resposta nem nos códigos nem nos manuais.

Conforme Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2011, p.13): “A literatura permite que a discussão de problemas jurídicos tome os mais inesperados caminhos. Cria-se campo interdisciplinar no qual se engendra crítica cultural muito expressiva” Da mesma forma, para Germano Schwartz (2006, p.18):

[...] a relação entre Direito e Literatura aparece como uma forma diversa de abordagem da ciência do Direito, calcada na superação do modelo heteropoiético/positivista, procurando novas formas de observação transdisciplinares (observação de segundo grau) que possibilitem a constatação e a superação do já referido distanciamento temporal para com a sociedade na qual se insere.

Como exemplos, pode-se citar a abordagem da questão agrária com a leitura do livro “Morte e Vida Severina” de João Cabral de Melo Neto; o acesso efetivo à justiça com “O processo” de Franz Kafka; a contraposição entre as correntes jusnaturalista e positivista no “Caso dos Exploradores de Caverna” de Lon Fuller; e a psicopatologia forense em “O Alienista” de Machado de Assis.

Cinema e literatura, assim, podem ser poderosos instrumentos para formação crítica dos alunos e percepção das contradições humanas manifestadas nos mais diversos temas. A frieza do estudo das leis, da doutrina e da jurisprudência cede passagem a um mundo novo, permeado de emoções, gestos, dramatizações, gritos, sorrisos, lágrimas, dores, emoções, realidades e fantasias, possibilitando que ocorra maior empatia entre o aluno e os temas a serem tratados.

Existindo empatia, ou seja, colocando-se o aluno no lugar do outro, como possibilita o cinema e a literatura, mais fácil será para ele compreender de forma adequada a importância que seus posicionamentos jurídicos têm na vida em sociedade e a necessidade de que sejam fundamentados em juízos críticos bem elaborados. De mero depositário de informações, passa o aluno a ser também agente do conhecimento, interpretando, analisando, debatendo, decidindo fatos que lhe foram apresentados de forma crua e emanados de um material artístico produzido por pessoas não necessariamente ligadas ao meio jurídico.

4. Conclusão

A situação de policrise que afeta a contemporaneidade, instiga a busca constante de ferramentas que possam contê-la. Constatado que o ensino do Direito não está imune a esse estado de crise disseminado, não resta outra alternativa aos juristas que buscar trilhar novos caminhos que possam atenuá-la.

Nesse contexto, o presente artigo tratou especificamente da crise operacional do ensino jurídico oferecendo como possibilidade de melhoria de sua qualidade, a utilização da arte, notadamente o Cinema e a Literatura. Não se trata obviamente de uma solução definitiva que deva ser isolada das demais alternativas existentes. O que não se pode é permitir a manutenção de um ensino jurídico que esteja cada vez mais voltado a meramente possibilitar uma promissora carreira profissional, independentemente de uma adequada formação de juristas a fim de que sejam verdadeiros agentes transformadores da realidade social.

Um país tão desigual como o Brasil necessita de Bacharéis em Direito conscientes da importância da Ciência Jurídica para redução das desigualdades e para a realização da justiça social. A leitura de leis, doutrina e jurisprudência, por si só, não consegue formar juristas com tal consciência crítica. São necessárias ferramentas outras que consigam transportar os alunos para a realidade vivida pelo outro, para que sintam e percebam a vida de forma plena e não reducionista.

Importante ressaltar que um ensino que construa uma relação pedagógica participativa exige que o professor não apenas domine o conteúdo, mas que realize o planejamento das aulas utilizando estratégias adequadas a essa nova perspectiva, aos objetivos do curso e de cada aula em específico. Isso traz um ritmo diferente à docência, não mais centrada na exposição unilateral dos conteúdos, mas em técnicas que privilegiam a participação e construção próprias dos alunos.

O Cinema e a Literatura, quando utilizados de forma adequada, de acordo com as peculiaridades da turma, do horário, da disciplina e do assunto específico a ser tratado, podem ser poderosos instrumentos de sensibilização dos alunos para questões de extrema importância para a vida em sociedade pela via da empatia. Tendo contato com a realidade do outro, mesmo que pela arte, os alunos introjetam racionalidades, sensações e percepções dificilmente possíveis de serem ministradas pelo professor através do método didático-pedagógico clássico, baseado na leitura de obras jurídicas e na sua exposição.

5. Referências Bibliográficas

ASSASSINATO em primeiro grau. Dirigido por Marc Rocco. United States: Warner Bros, 1994. 1 DVD.

COLAÇO, Thais Luzia. Ensino do direito e capacitação docente. In: _____. (Org.). *Aprendendo a ensinar direito o direito*. Florianópolis: OAB/SC, 2006. p. 13-34.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Burocracia científica e pluralismo cultural. *Revista Internacional d'Humanitats*, Barcelona, n. 24, p. 5-16, jan./abr, 2012.

DIRCE, Guilherm; DINIZ Debora; ZICKER, Fabio. *Pelas lentes do cinema: bioética e ética em pesquisa*. Brasília: Letras Livres: Ed. UnB, 2007.

ENCICLOPÉDIA didática de informação e pesquisa educacional. 3. ed. São Paulo: Iracema, 1987.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GHIRARDI, José Garcez. O destino e o caminho: apontamentos para a elaboração de programas no ensino jurídico. In: FEFERBAUM, Marina; GHIRARDI, José Garcez (Org.). *Ensino do direito para um mundo em transformação*. São Paulo: FGV, 2012. p. 63-71.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito, literatura e cinema: inventário de possibilidades*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LACERDA, Gabriel. *Direito no cinema: relato de uma experiência didática no campo do direito*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

LYRA FILHO, Roberto. Por que estudar direito, hoje? In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. (Coord.) *O direito achado na rua*. Brasília: UnB, 1988.

MORAIS, Regis de. *Cinema: a realidade de uma quimera*. Campinas: Alínea, 2010.

MORIN, Edgar. *Terra-pátria*. Porto Alegre: Sulina, 2011.

_____. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Pensando o ensino do direito no século XXI: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes*. Florianópolis: Fund. Boiteux, 2005.

_____. Planejando atividades de ensino-aprendizagem para cursos de direito. In: _____; ARRUDA JR., Edmundo de (Org.). *Educação Jurídica*. 3 ed. Florianópolis: FUNJAB, 2014. p. 364-386.

SCHWARTZ, Germano. *A constituição, a literatura e o direito*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2006.

SILVA, Joana Aguiar e. *A prática judiciária entre direito e literatura*. Coimbra: Almedina, 2001.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

LEITURAS ADICIONAIS EM NOSSA BIBLIOTECA

FRANCO, Ângela Barbosa; GURGEL, Maria Antonieta Rigueira Leal (Org.). *Direito e literatura: interseções discursivas nas veredas da linguagem*. Belo Horizonte : Arraes, 2014.

MAGALHÃES, José Luiz Quadro de; BARROS, Juliano Napoleão Barros (Coord.). *Direito e cinema*. Belo Horizonte : Arraes, 2013.

OLIVEIRA, Mara Regina de. *Shakespeare e o direito*. Rio de Janeiro : Forense, 2015.

Lei 12.846/13, Acordos de Leniência e o Processo Administrativo Sancionador perante a CVM

*Federal Law nr. 12,846/13, Leniency
Programs and the Securities and Exchange
Comission Enforcement Proceedings*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Acordos de Leniência e a Lei Anticorrupção; 2.1. Aspectos Gerais da Lei Anticorrupção; 2.2. Natureza e efeitos dos Acordos de Leniência; 3. Processos Administrativos Sancionadores perante a CVM; 3.1. Impactos sobre Companhias Celebrantes de Acordos de Leniência em face de outras autoridades; 3.2. Impactos sobre terceiros: companhias, administradores, acionistas; 4. Conclusões; 5. Referências Bibliográficas.

* Doutor e Mestre em Direito Comercial pela USP. Professor de Direito Societário e Mercado de Capitais no Insper/SP. Advogado e Filólogo pela USP.

RESUMO: A Lei nº 12.846, de 1º de Agosto de 2013 (doravante “Lei Anticorrupção”) modificou as formas de combate e prevenção a práticas de corrupção. Na esteira dessas modificações, além da revolução que tem gerado sobre conceitos tradicionais do direito penal, dentre eles o da culpabilidade, trouxe também institutos que vêm sendo usados e que, de certa forma, se encontram na origem dessa revolução. Um dos principais, ao lado do apenamento da pessoa jurídica, está o acordo de leniência, mecanismo que, se usado de certa forma, impede a aplicação de penas previstas no âmbito específico da Lei Anticorrupção. Visa este texto verificar a amplitude desses efeitos, sobretudo em relação ao universo específico das sociedades que podem ser alvo de processo administrativo sancionador perante a Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

ABSTRACT: *Federal Law nr. 12,846, as of August 1st 2013 (hereinafter the “Anticorruption Act”) changed many forms of persecution and prevention of unlawful acts based on bribery and corruption. Following such changes and beyond the revolution brought over certain legal concepts associated with criminal culpability, the Anticorruption Act of 2013 introduced in Brazil a few mechanisms that has been oftend used by public prosecutors and are on the base of the beforementioned revolution. One of the main legal tools, besides the criminal penalties over legal entities, is the leniency programs; which once used according with a few requirements provided by law, may block the enforcement of criminal penalties against such legal entities. This paper aims to investigate the precise reach of the leniency programs effects’, mainly over those companies that shall be target by Brazilian Securities and Exchange Comission Enforcement Proceedings.*

PALAVRAS-CHAVE: Lei Anticorrupção, Acordo de Leniência, Processo Administrativo Sancionador.

KEYWORDS: *Anticorruption Act, Leniency Programs, Amnesty, Whistleblowing Agreements, Securities and Exchange Commission Enforcement Proceedings.*

1. Introdução

Desde a publicação de nossa última pesquisa sobre o tema¹, os anos de 2015 e 2016 acabaram sendo bastante movimentados para o tema da Anticorrupção. Passaram, desta forma, a ser marcados como a *Era Anticorrupção*, que por sua vez passou a ser o “tema da moda” e seus comentadores, “*the men of the hour*”. Houve uma escalada enorme de literatura específica de baixo padrão crítico e, geralmente, repetindo um modelo de conhecimento sobre a Lei 12.846, de 1º de Agosto de 2013 (a qual passaremos a tratar de “LAC” ou “Lei Anticorrupção”), estabelecendo assim de forma mais ou menos consolidada os *topói* ou lugares-comuns dessa peça de nosso ordenamento².

Este texto, tal qual o anterior, visa tratar do tema de maneira igualmente distanciada desses *topói* e, item, investigando seus desdobramentos em áreas do direito que ainda não foram exploradas nas obras de comentários gerais.

Assim como a nossa busca interdisciplinar anterior tentou refletir como essa lei e esse novo sistema anticorrupção seria recepcionado juridicamente pelo aparato do Sistema Financeiro Nacional, este estudo tentará levar à investigação os efeitos que certas medidas adotadas na LAC podem e poderão eventualmente ter para o sistema de fiscalização e punição há tanto tempo em vigor para as Companhias Abertas.

A Comissão de Valores Mobiliários (a nossa querida “CVM”), em uma de suas principais funções, que é a de fiscalizar o mercado e de advertir e sancionar as companhias e participantes do mercado (incluindo os administradores dessas companhias, seus auditores e fiscais internos, bem

¹ Vide o nosso “Dissolução compulsória da pessoa jurídica: desafios sobre a Lei 12.846/2013 e o Sistema Financeiro Nacional”, *In ReDE – Revista de Direito Empresarial*, ano 4, vol. 14. São Paulo: RT/Thompson Reuters, março-abril/2016; pp. 155-239.

² As exceções contam com o polêmico e brilhante trabalho de Modesto CARVALHOSA (*Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas – Lei 12.846/2013*. São Paulo: RT/Thompson Reuters, 2015) e o admirável trabalho coletivo coordenado por Jorge Munhos SOUZA e Ronaldo Pinheiro de QUEIROZ (*Lei Anticorrupção*. Salvador, BA: JusPODIVM, 2015), ladeados pela dedicada obra de Sidney BITTENCOURT (*Comentários à Lei Anticorrupção*, 2ª ed.. São Paulo: RT/Thompson Reuters, 2015). Esses são todos trabalhos que fogem dos *topói*, trazendo questões que nos obrigam refletir sobre os temas da anticorrupção e sua multidisciplinariedade.

como seus acionistas controladores), há de sofrer, invariavelmente, com o fluxo de informações que brotar de processos anticorrupção. Sua função será (de duas, uma) ou de certa forma anestesiada, qual seja, esterilizada pela ação dos titulares e responsáveis pela implementação de medidas anticorrupção ou, de outra forma, atuando paralelamente, muita vez em *bis in idem*, muita vez mediante déficit de informação, em possível espiral de retrabalho³.

Nossa intenção neste pormenor é estudar, na intersecção desses dois campos de atuação sancionadora, como o desempenho de uma força-tarefa anticorrupção pode otimizar o trabalho igualmente necessário de sancionamento de uma comissão de valores mobiliários, que visa proteger interesses coletivos mais específicos, a saber, o interesse classificável dos *investidores*. Nem sempre esse interesse coletivo (ou difuso) está no foco de atenção de uma força-tarefa anticorrupção, mais atenta ao interesse público de manutenção da ordem jurídica e de proteção da sociedade em geral (que inclui os investidores sem a eles se dirigir diretamente) e aqui,

³ Interessante lembrar aqui o trabalho de Fábio Ulhôa COELHO (“Direito à Informação do Acionista e a Suspeita de Corrupção”, *In Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários*, Edição Comemorativa dos 40 anos da Lei nº 6.404/1976. São Paulo: Almedina, Novembro de 2016; pp. 53-66) que chega a desenvolver a tese da existência de um certo *direito de investigar* ou algum *direito do acionista à investigação*, que não pode se confundir com o direito de fiscalização tal qual previsto no art. 109, III da Lei nº 6.404/76 e que também não pode se vulgarizar ao ponto de se transformar em “pescaria de informações”. Note-se que há potencial retrabalho inclusive no âmbito da fiscalização interna das companhias (e não apenas da fiscalização autárquica, que é de natureza completamente diversa). Em todo caso, a tese de COELHO é interessante e merece ser estudada, sobretudo no que diz respeito à natureza dessa investigação interna, que mais nos parece se tratar daquilo que chamamos alhures de *fiscalização formal* ou *legal* e que é hoje exercida no âmbito do Conselho Fiscal, em contrapartida àquela *fiscalização de mérito* exercida pelo Conselho de Administração, deixando ao acionista o residual fiscalizatório para o âmbito da prestação anual de contas (vide o nosso *Conselho Fiscal nas Companhias Abertas Brasileiras*. São Paulo: Almedina, 2012, pp. 189 e ss.). Se há alguma diferença entre essa fiscalização legal (indelegável, *ex vi* art. 161, §7º da Lei nº 6.404/76) exercida pelo Conselho Fiscal em relação a um suposto direito de investigação do acionista (sem previsão expressa na lei mas objeto de interessante interpretação de F. U. COELHO e que, por seu turno, não deve nem pode se confundir com o papel que é próprio da CVM), no bojo de seu direito de ser informado (em contrapartida ao dever em sinalagma de informar da administração em face dos acionistas), cumpre investigar pois qual a natureza dessa investigação interna e, desta forma, remetendo ao objeto principal do tema em texto, verificar se não há nessa investigação um *retrabalho* ou uma *sobreposição funcional*, ficando a cargo do acionista indenizar-se ou, como bem lembrou COELHO, “alienar suas ações, livrando-se do incômodo de eventualmente vir a ser associado à prática de corrupção, ainda que de modo indireto e sem nenhuma responsabilidade pelo ilícito” (Ibidem, p.66).

consequentemente, distante de qualquer interesse classificável como coletivo, de grupos específicos e identificáveis, ainda que sob a guarida de meros *interesses difusos*.

2. Acordos de Leniência e a Lei Anticorrupção

2.1. Aspectos Gerais da Lei Anticorrupção

Cuidamos, no recente texto já citado, sobre a evolução legislativa da LAC.⁴ Desde então, tivemos uma Medida Provisória expirando, algo então raro em nossa legislação e que veio trazer o necessário precedente para os teóricos constitucionais e para os estudiosos de direito intertemporal sobre a vigência desse estranho tipo de decreto *à brasileira*.⁵

Basicamente seu histórico surge a partir de um ajuste internacional assumido pelo Brasil na Convenção de Paris de 1997, em que assume perante a OCDE – Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico, o compromisso de criar medidas anticorrupção, incluindo a punição das pessoas jurídicas e das pessoas físicas envolvidas, sobretudo no âmbito *penal*.

Um percurso de 15 anos desaguou na edição da LAC, ao lado da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013 (a chamada Lei do Crime Organizado, também conhecida como Lei de Combate às Organizações Criminosas ou simplesmente LORCRIM). A LORCRIM é o diploma que traz para o ordenamento uma sofisticação maior aos regimes de colaboração para o processo, vulgarmente (e erroneamente) tratados na mídia como “delação premiada”.

Por seu turno, inspirada de certa forma pelo regime antitruste, a LAC adaptou um sistema de colaboração semelhante (e que toma de empréstimo, inclusive, o seu *nomem iuris*): ao trazer para o bojo do sistema de combate à

⁴ “Dissolução Compulsória...”, Op. loc. cit., pp. 156-160.

⁵ Trata-se da Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015, que recebeu seu atestado de óbito por intermédio do Ato Declaratório nº 27, de 30 de maio de 2016, de autoria do Presidente da Mesa do Congresso Nacional, que fez “saber que a Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015 (...) teve seu prazo de vigência encerrado no dia 29 de maio do corrente ano”.

corrupção os instrumentos de *acordos de leniência*, a LAC, parecendo inovar, apenas desobstrui os vasos jurídicos comunicantes para que o sistema seja irrigado por uma mesma *estratégia colaborativa*.

Tanto no sistema da CVM, que antecede em muito o sistema de leniência antitruste, quanto no próprio subordenamento do CADE/SDE, bem como nos sistemas de proteção ao meio ambiente, de proteção ao consumidor e nos sistemas de proteção de outros *interesses coletivos* ou *difusos*, a negociação para assunção de responsabilidades com entrega de informações para auxílio da autoridade sancionadora, em troca de uma penalidade mais branda (nem sempre, necessariamente, menor, mas ao menos, mais branda) é uma tônica estratégica que antecede bastante o sistema da LAC e da LORCRIM⁶.

⁶ Muitos reputam o reforço da atividade denunciante e do órgão titular da ação penal, o Ministério Público, a uma reação à sofisticação das formas para se cometer crimes. Na doutrina sobre *crimes organizados*, nota-se uma percepção (com base estatística, inclusive) de que as formas de conduta se aproximaram dos modelos empresariais de sucesso. Assim, para combater os crimes que são produzidos em um contexto de simulacro empresarial, teria vindo a reação de fortalecimento do órgão acusador, dando-lhe mecanismos que teoricamente estariam vulnerando direitos conquistados e garantias constitucionais sagradas: se o crime organizou-se, organizemos o acusador.

Nada mais enviesado e falacioso, sobretudo quando acompanhado de um subargumento de que estaríamos sofrendo demasiadamente a influência da cultura *yankee*. Fortalecimento do Ministério Público e crescimento do crime organizado são fatores paralelos, cujas causas são completamente diversas e que andaram em franco paralelismo sem qualquer prova estatística ou sociológica de implicação recíproca. Quanto ao Ministério Público, fato é que ao assumirmos o nosso compromisso Constitucional, no art. 129, de construir um sistema de características acusatórias, para livrarmos-nos do ranço inquisitorial que nos atormentou tanto nos últimos 500 anos, acordamos que o Ministério Público passaria a ser o *verdadeiro titular* da ação penal e o juiz, o *verdadeiro titular do exercício jurisdicional*. Separando a decisão de agir da decisão de condenar (ou absolver), passamos, a partir de 1988, a admitir que essas funções estariam rigorosamente separadas. Demora ainda a assunção dessa nova estrutura de freios e contrapesos em um Código – mesmo após a maioria da Constituição, convivemos com o mesmo diploma do velho Chico Ciência, passado em plena ditadura Vargas, por meio de um decreto que sequer foi discutido no Parlamento (quanto menos em sociedade) e, desse convívio, estranhamos quando os sinônimos de processo de penal se afastam da locução *verdade real* ou *nulidades absolutas* para se aproximar do termo *colaboração*. A colaboração é a nova tônica de um processo penal de natureza acusatória. Ela tem seus defeitos e problemas e sobre eles devemos discutir, sem negar com isso, a genética do processo penal que encomendamos em 1988.

Assim, a sentença, seja ela absolutória, seja ela condenatória, passa a ser resultado da integração de diferentes perspectivas sobre um mesmo fato, só que, nesta nova ordem, *presididas pelo Ministério Público*, que fica com a função exclusiva de buscar a composição de um interesse – o *interesse público objetivo de cumprimento da lei pelos seus cidadãos*. Os mecanismos de colaboração apareceram timidamente no art. 16 da Lei nº 8.137/90, complementada anos depois com um parágrafo único inserido pela Lei nº 9.080/95. A Lei nº 9.807/99, ao instituir um programa de proteção à testemunha, reforça o valor da colaboração, mas, neste caso, em um regime jurídico diferente: aqui, o colaborador não é partícipe do crime. Nesse regime em que se busca a colaboração a partir dos partícipes, a iniciativa trazida pela Lei nº 9.080/95 foi seguida pela Medida Provisória nº 2.055/2000, convertida na Lei nº 10.149/2000, que acrescentou artigos à já revogada Lei nº 8.884/94, criando o sistema dos *acordos de leniência* no âmbito anticoncorrencial. Atualmente o sistema encontra-se em pleno vigor na Lei nº 12.529/2011. Pouco antes da colaboração ser inserida no âmbito concorrencial, porém, o *probation* estado-unidense aportou no Brasil por meio da Lei nº 9.099/99, criando aquilo que parte da doutrina passou a chamar de *sursis processual*, ao lado da possibilidade de *transação penal*. Neste ótimo exemplo evolutivo (do *sursis penal* para o *sursis processual*), note-se, na prática, como o eixo do processo penal moveu-se da pena aplicada para o processo a ser impetrado, do juiz para o Ministério Público, em consonância com o regime desejado pelo art. 129 da Constituição Federal (e por isso, alguns, com razão, alocam os acordos de leniência entre as *causas 'processuais' e 'não-materiais' de diminuição de pena*). Esse processo evolutivo ficou parado por mais de dez anos, assim como ocorreu com o processo evolutivo dos mecanismos anticorrupção, conforme já expusemos alhures (“Dissolução Compulsória...”, Op. loc. cit., Idem, pp. 156 e ss.). Apesar disso, outros regimes como o da proteção do meio ambiente tem se beneficiado de regimes colaborativos de *transação penal*, *termos de ajustamento de conduta* e, atualmente, colaborações premiadas para incrementar as investigações de crimes ambientais e de violações sérias e em série ao meio ambiente como um todo. Sob o prisma legislativo, entretanto, a colaboração volta a pauta do Congresso Nacional na Lei nº 11.343/2006, na LAC e na LORCRIM que são de 2013; nestas últimas, por meio dos instrumentos do acordo de leniência e da colaboração premiada (que, como dissemos, vem sendo usada inclusive por outros subcampos do direito penal, como o direito penal ambiental). Muito ainda temos que aprender com esse mecanismo, que vem evoluindo com bastante força em nossa legislação. Reputar a um vício *yankee* decorre não apenas de equívoco, mas sobretudo de ignorância. De fato, o regime do *plea bargaining* é alvo de duras observações negativas e encontra-se, inclusive nos EUA, em franca evolução e sob contundentes críticas (vide, nesse sentido, o brilhante trabalho de Bruce FREDERICK & Don STEMEN, *The Anatomy of Discretion: An Analysis of Prosecutorial Decision Making*. Washington, DC: Vera Institute of Justice, 2012; bem como de Rebecca KRAUSS, “*The Theory*

of Presecutorial Discretion in Criminal Law: Origins and Developments”, In *Seton Hall Circuit Review*, vol. 6, Tomo 1, Newark, NJ: Law Review Commons, 2009, pp. 1-28 e Jared R. JEDICK “A Change in the Environment of Plea Bargaining: Using the Inspiration of Administrative Procedural Safeguards Like NEPA to Add Process Protections”, In *Washington University Law Review*, vol. 91. St. Louis, MI: Law Review Commons, 2014, pp. 1325-1352).

O regime colaborativo como matriz principal das técnicas acusatórias desde há muito não é exclusividade do sistema estado-unidense nem mesmo do processo penal de origem anglossaxã: a Itália, com o seu *patteggiamento* e a França, com o seu CRPC (sigla para *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité*) ou meramente *plaider-coupable*, assumiram definitivo direcionamento para o vetor colaborativo. Na América Latina, liderados por juristas colombianos como MUÑOZ NEIRA, o tema vem se tornando razoavelmente familiar na técnica penal (vide o trabalho comparativo *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá: Legis, 2006 e a recente tese de doutorado ainda inédita apresentada junto a Universidad Sergio Arboleda de Bogotá: *Los orígenes del sistema penal acusatorio en Colombia. Influencia del derecho estadounidense en el proceso penal colombiano*).

Antes, pois, de se criticar o movimento, aceite-se o convite de compreendê-lo e estudá-lo e, como o fez FERRAJOLI, criticá-lo quando se constitui fonte de arbítrios (vide as críticas ao *plea bargaining* estado-unidense em comparação ao sistema italiano do *patteggiamento* em Luigi FERRAJOLI. *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*. Bari: Laterza, 1998, pp. 580 e ss. e 777 e ss.). FERRAJOLI assim repudia o caráter colaborativo com base na obrigatoriedade e na indisponibilidade da ação penal, rechaçando inclusive a correlação lógica entre natureza acusatória e mecanismo colaborativo (chega a afirmar: “è *totalmente ideologica e mistificanti la tesi, accreditata dalla dottrina e divenuta ormai un luogo comune, che i due patteggiamenti*”, a saber, *o patteggiamento sulla pena* e *o patteggiamento sul rito*, “sono un portato logico del ‘metodo accusatorio’ e del ‘processo di parti’”, p. 778). Note-se contudo que o lugar comum estabelecido no Brasil é justamente o oposto e, essencialmente, vazado por razões não técnicas e ideológicas que o próprio FERRAJOLI usa para sustentar a eventual “não correlação”: “*simile tesi, confrontata dal richiamo all’esperienza del processo accusatorio americano e particolarmente del plea bargaining, è frutto di una confusione tra il modello accusatorio – che consiste unicamente nella parità tra accusa e difesa, nell’oralità e nella pubblicità del giudizio – e i concreti caratteri del processo accusatorio statunitense*”. Talvez não seja aqui o *locus* adequado para rebater FERRAJOLI no sentido de que a *parità tra accusa e difesa*, quando cuidamos de criminalidade organizada, não alcance a sua eficácia jurídica e plenitude judicial que não por outro meio que não seja a colaboração, fazendo assim com que a colaboração passe a fazer parte integrante do processo de caráter acusatório e, portanto, de uma estrutura jurídico penal plenamente *garantista*.

De forma geral a LAC não inova em termos de estrutura jurídica: é mais uma colagem de outros elementos em um sistema que assumia um vácuo legislativo, que foi preenchido com um todo “novo” constituído pela reciclagem de várias partes “antigas”.

Sua característica, como defendemos alhures, é penal⁷, muito apesar dessa classificação marota em tratar o sistema como cível, visando conciliar uma “responsabilidade (supostamente) objetiva” com uma (ou várias) penas que são aplicadas pela incursão em um tipo (penal) inserido no art. 5º da LAC. Esse esforço louvável de autoengano é notável entre os arts. 1º a 4º da LAC⁸. As penas estão nos Capítulos III e VI, conforme a jurisdição punitiva: se administrativa, qual seja, imposta pelo próprio Poder Executivo em seu poder de política, temos os arts. 6º e 7º dentro do Capítulo III para tipificar essas sanções; se judicial, qual seja, imposta pelo Poder Judiciário em sua plena capacidade constitucional-jurisdicional, temos o art. 19 no Capítulo VI da LAC.

⁷ Acompanhamos Modesto CARVALHOSA (*Considerações...*, Op. cit., Idem, p. 33). Nesse mesmo sentido vide Guilherme S. NUCCI (*Corrupção e Anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp. 101 e ss.); Leonardo Ruiz MACHADO & Karina da Guia LEITE (“A responsabilidade dos sócios, administradores e conselheiros perante a Lei Anticorrupção”), *In Revista do Advogado*, vol. 125. São Paulo: AASP, 2014, pp. 53 e ss.); SILVEIRA, Renato de Mello Jorge & SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 308 e ss. O argumento literal não convence. Dizer que a lei traz em sua ementa a responsabilização objetiva cível é reproduzir *tópos* que o processo legislativo impôs aos intérpretes via imposição literal, após ter escamoteado a verdadeira essência da norma (nesse sentido, vide o nosso “Dissolução Compulsória...”, Op. loc. cit., pp. 158 e ss.).

⁸ O esforço decorre de um erro bárbaro de premissa. Alguns resistem em dar interpretação extensiva à Constituição, tentando restringir o âmbito da responsabilidade da pessoa jurídica ao universo do direito ambiental. Atenta leitura à Convenção de Paris de 1997 assinada pelo Brasil perante a OCDE e internalizada pelo Decreto Legislativo nº 125, de 14 de junho de 2000, posteriormente ratificada pelo Instrumento de Ratificação de 24 de agosto de 2000 e tornada norma interna por meio do Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, enfraquecem sobremaneira essa interpretação mais restritiva, ainda que tomada pela exceção prevista no próprio texto do tratado, uma vez que no Brasil não há norma *proibindo expressamente* a criação desse tipo de mecanismo pelo legislador pátrio nem tampouco mecanismo sistêmico que impeça a adoção desse regime para a proteção de outros bens jurídicos. Especificamente em relação à natureza dos crimes praticados no âmbito da pessoa jurídica, destaca-se que a leitura do funcionamento do direito penal material ainda está presa aos parâmetros de *culpa* e *dolo* que aplicamos desde o Século XIX. Adentrando-se ao universo de delitos praticados por pessoas jurídicas e observando o funcionamento da Lei nº 9.605/98, veremos que o legislador teve o cuidado de separar os critérios de culpabilidade das pessoas físicas (art. 2º) dos critérios para as pessoas jurídicas (art. 3º). Neste caso, basta incorrer nas condutas – no caso das pessoas jurídicas, os crimes serão sempre de *mera conduta* (nesse sentido vide M. CARVALHOSA. *Considerações...*, Op. cit., Idem, p. 378). Não dependem de dolo genérico, de culpa, nem mesmo de resultado. O comportamento de uma pessoa jurídica, seja quando analisado sob o prisma do negócio jurídico formado por *ato de vontade*, seja sob o prisma da *jurisprudência dos interesses*, conterá elementos *completamente distintos* daqueles que constituem os atos de vontade que gerarão negócios jurídicos vinculativos para as pessoas naturais.

As decisões tomadas por uma pessoa jurídica são técnicas – não envolvem psicologia nem psicanálise. São atos praticados por seus representantes no âmbito dos estatutos e da lei, seguindo os controles internos e os procedimentos decisórios que a cultura de cada pessoa jurídica tiver adotado (seja formalmente, seja por meio de um padrão de práticas decisórias). Envolvem, de certa forma, não só os representantes legais, mas muita vez outros órgãos, como os conselhos e assembleias. Investigar como a *culpa* pode ter se formado num processo decisório complexo de uma pessoa jurídica como esse, equivale a insistir usar relógio de sol em pleno século XXI. Comparar a *forma* como uma pessoa jurídica decide à *forma* como uma pessoa natural (capaz e imputável) decide, pode levar o intérprete a resultados técnicos absurdos e teorias da conspiração de baixa seriedade, tal qual a conclusão (que tenta se tornar premissa) de BALKAN ao sugerir que as pessoas jurídicas são naturalmente esquizofrênicas por não sentirem culpa, não se arrependem, não mantêm laços afetivos, agirem de modo primordialmente egoísta, visando exclusivamente o lucro e etc. (vide o seu curioso *The Corporation – the pathological pursuit of profit and power*. Nova Iorque: Free Press, 2004, *passim*). A *vontade* (que nem sequer é mencionada na Lei 6.404/76, por exemplo), ou melhor dizendo, os *interesses jurídicos* de uma pessoa jurídica, são todos regulados na lei, daí ser completamente inapropriado tratar as condutas das pessoas jurídicas no campo do *dolo* ou *culpa* e, por isso, insistir com a inoportuna abordagem sob o prisma da *cupabilidade*. Essa confusão não faz quem realizou um satisfatório 1º ciclo de estudos no bacharelado jurídico e por um acaso leu KELSEN (vide Hans KELSEN. *Teoría General del Derecho y del Estado* [trad.: Eduardo García-Maynez]. México: Imprenta Universitaria, 1950; pp. 110-111, para quem “*una persona jurídica no puede tener voluntad en el sentido en que la tiene un ser humano*”). Uma pessoa jurídica não age com *dolo* ou *culpa*; ela simplesmente... *age*. Ao praticar condutas, a investigação de seu critério de culpabilidade passa por mecanismos completamente diversos daqueles que seriam aplicáveis às pessoas naturais, o que torna a discussão de um possível *direito penal objetivo para pessoas jurídicas* não apenas uma perda de tempo, mas também uma aberração técnica. Observando o art. 5º da LAC e notando que nesses casos as pessoas jurídicas praticam *delitos de mera conduta*, a objetividade se extrai do resultado como condição de punibilidade, e não como parte do tipo. O resultado (... *que atentem contra o patrimônio nacional ou estrangeiro...*), saindo do tipo e transmutado como *condição objetiva de punibilidade* para crimes que são de *mera conduta* não introduz, tecnicamente, norma ou conceito novo. Basta pensar no delito do art. 288 do Código Penal (o antigo “bando ou quadrilha”, atualmente o delito de “associação criminosa”) ou no 291, no 293, no 294, no 177, no 235, no 277... Se o sujeito meramente *guardar* um apetrecho de falsificação, já terá incorrido nas penas: *mera conduta* – não guarda culposamente, assim como não se associa a outras duas pessoas para cometer crimes de forma eventual ou culposa (e aqui, o cometimento de crimes como desiderato da associação é uma condição objetiva de punibilidade – o crime fim não precisa sequer ter sido consumido para as penas do 288 valerem – mera tentativa frustrada incide no tipo). Uma empresa, igualmente, não paga propina a funcionário público de maneira culposa. Simplesmente paga. Como bem lembrou a Ministra Laurita Vaz ao afastar inépcia em denúncia de crime cometido no âmbito da Lei nº 8.137/90, “em crimes societários é dispensável a descrição minuciosa e individualizada da conduta de cada acusado, bastando, para tanto, que ela [a denúncia] narre a conduta delituosa de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa” (RHC 14.476/SP, 5ª Turma, j.: 3 de fevereiro de 2004, DJU em 8 de março de 2004, com esteio em precedente da casa, da lavra do Min. Félix Fischer, no REsp 285.188/ES, que lá assentou: “Nos crimes societários, conforme vem entendendo esta Corte, tendo em vista sua complexidade, não há necessidade de se descrever pormenorizadamente a atuação de cada agente, em face da dificuldade de, nesses casos, apresentar *a priori* descrição minuciosa da participação de cada agente na prática do delito”). A dificuldade de identificação de um *elemento subjetivo do tipo* nesses crimes chamados de “societários”, frequente não apenas nas denúncias mas também em sentenças e acórdãos, qual seja, dificuldade *a priori* e *a posteriori*, não decorre de uma falha judicial nem de má técnica legislativa – decorre imediata e diretamente da *forma* como as decisões são tomadas dentro das pessoas jurídicas. Essa é a razão pela qual o pagamento, antes de iniciado o processo, do tributo que está na matriz do delito, *extingue a punibilidade* do agente que possa ter agido em *erro*. A presunção de boa-fé é restaurada com o pagamento, portanto. Por tais razões, digladiar-se com a argumentação de que haveria uma *responsabilização objetiva penal da pessoa jurídica* em franca violação à lógica do sistema, é desconhecer como são feitas as salsichas, seja na forma de leis, seja na forma de produtos empresariais.

Há um processo administrativo específico para as penas do Capítulo III ao passo que, para as penas do Capítulo VI (art. 19), toma-se de empréstimo o regime da ação civil pública (Lei nº 7.343, de 24 de julho de 1985)⁹.

Espremido entre esses distintos tratamentos penais, temos o Capítulo V da LAC, que trata dos *acordos de leniência*, de que passaremos a tratar logo adiante.

2.2. Natureza e Efeitos dos Acordos de Leniência

Conforme já expusemos alhures, os acordos de leniência, seja na LAC, seja em outro sistema, como o concorrencial ou mesmo o dos mercados de capitais¹⁰, tem natureza *colaborativa* e, portanto, *integrativa processual*. Diferentemente do que se vê repousado em quase a unanimidade

⁹ Eis, como temos defendido, um gravíssimo erro da LAC, ao deixar de organizar um processo e um exercício jurisdicional com formas de defesa que sejam adequadas ao modelo decisório empresarial de que falamos acima. Um processo penal para a pessoa jurídica está deixando de ser importante para se tornar urgente.

Se de um lado não há que se falar em *direito penal objetivo da pessoa jurídica*, de outro, há que se construir um sistema que assegure o contraditório e a ampla defesa dentro dos moldes que permitam que a pessoa jurídica tenha as oportunidades de defesa que lhe assegurem demonstrar, detalhadamente, como e porque a decisão foi tomada daquela forma e não de outra. Os institutos da *inexigibilidade de conduta diversa*, *discriminantes putativas* (e demais formas de erro em relação ao *tipo*), *estrito cumprimento do dever legal*, *exercício regular do direito* ou até mesmo *legítima defesa* têm, nas pessoas jurídicas, um funcionamento completamente diferenciado e muita vez é extraído do complexo processo decisório interno de um conglomerado, sobretudo aqueles que funcionam de forma disjuntiva, com competências compartimentalizadas em diversos *offices* e diretorias, operando com grau baixo de sinergia. Por isso, o instrumento da ação civil pública, mesmo que tome de empréstimo o procedimento geral previsto no Código Processo Civil, poderá se mostrar inadequado ao longo do tempo, sobretudo no âmbito da execução de penalidades e principalmente quando se tornar necessária a aplicação das mais graves, como a dissolução compulsória ou a interdição de atividades.

¹⁰ Muito antes dos acordos de leniência, os mercados de capitais e seu regime jurídico já vêm trabalhando com um instrumento dessa natureza dita colaborativa. A Lei nº 9.457/97, que reformou as Leis nº 6.404/76 e 6.385/76, trouxe para esta um novo parágrafo ao seu art. 11, criando assim os procedimentos para celebração de *termos de compromisso*. Posteriormente ajustado pela Lei nº 10.303/2001 e pelo Decreto nº 3.995/2001, os termos de compromisso passaram a fazer parte da rotina administrativa sancionadora da CVM tal qual os *plea bargainings* no processo penal estadunidense.

da doutrina¹¹, que assume caráter bilateral, de negócio jurídico com

Tanto lá quanto aqui, o mecanismo colaborativo soluciona mais de 90% dos casos sem que se precise de uma decisão final absolutória ou sancionatória (condenatória). Inspirado no sistema de *cease and desist order* (ou como é usualmente conhecida, CD) dos EUA, largamente usado pela sua *Securities and Exchange Commission* (US-SEC), bem como no *Abmahnung* do antitruste alemão, os termos de compromisso no Brasil encontraram também recepção em outros sistemas que lidam com *interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos*, como o ambiental, o concorrencial e o consumeirista e, item, o dos mercados de capitais (vide, nesse sentido, a brilhante dissertação de Márcia TANJI. *Mercado de Capitais Brasileiro e a Tutela Coletiva dos Interesses*. São Paulo: FADUSP, 2009 – dissertação de mestrado inédita sob a orientação do Prof. Dr. Paulo S. Frontini; item YAZBEK, Otávio. *Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, *passim*).

Em relação ao sistema de proteção dos investidores, a cargo da CVM, os termos de compromisso atualmente regulados pelos §§5º e seguintes ao art. 11 da Lei nº 6.385/76 marcam também essa tendência acusatória que vem, item, ocupando a preocupação da CVM (vide, nesse sentido, o recente *Caso Eletrobrás* pelo voto da Dirª Luciana Dias – PAS/CVM RJ 2013/6635, j. 26.05.2015, v.u.): “Como já tive a oportunidade de me manifestar, não cabe ao Colegiado da CVM, como instância julgadora, reformular a lógica acusatória. Em 2002, por meio de uma reforma nas regras que tratam de procedimentos sancionadores na CVM, introduziu-se nesta Autarquia uma saudável segregação das funções acusatória e julgadora, de modo a melhor cumprir com os princípios inerentes aos processos administrativos sancionadores, em especial, com o princípio da independência dos julgadores”. O princípio acusatório na CVM ainda engatinha e merece reparos, pois mantém unida ainda duas funções marcadamente mais incompatíveis: “legislar”/regulamentar e julgar – atualmente ainda a cargo do mesmo órgão, qual seja, o Colegiado da CVM. Mas o admirável esforço da autarquia na separação das funções de acusar e julgar já é suficiente para mostrar o seu seríssimo compromisso em encampar o princípio acusatório de maneira até mais profunda do que se observa em doutrina de direito processual penal. Tudo isso dito para mostrar que o movimento que busca nessa característica colaborativa a sua marca principal para implementação do princípio acusatório é algo bastante em prática no âmbito do direito dos mercados de capitais, muito antes dos debates sobre a natureza dos acordos de leniência, que são rigorosamente da mesma família que os termos de compromisso e seus correlatos *plea bargaining* e *CD Orders*.

¹¹ Sidney BITTENCOURT (*Comentários...*, Op. cit., Idem, p. 139), com esteio em Diogo de Figueiredo e os olhos voltados para o programa antitruste, está dentre as exceções: “O dispositivo, com ideia emprestada da Lei Antitruste (Lei 12.529 de 30.11.2011), consigna, como leciona Diogo de Figueiredo, um acordo substitutivo, ou seja, um ato administrativo complexo por intermédio do qual a Administração Pública, pautada pelo princípio da consensualidade, flexibiliza sua conduta imperativa e celebra com o administrado um acordo, que tem por objetivo substituir, em determinada relação administrativa, uma conduta, primeiramente exigível, por outra secundariamente negociável”. O pensamento carece suaves de reparos; a espinha dorsal, entretanto, sustentada na característica complexa, integrativa e discricionária desse ato jurídico classificável como *administrativo* guarda exatamente os valores e elementos que se necessita ter em mente quando o *acordo de leniência* é estudado.

características contratuais (transacionais, muita vez)¹², permitindo assim que o instituto seja interpretado como se fosse um elemento de *direito privado*, vemos nessa atividade *colaborativa*, de natureza *integrativa processual*, uma característica clara de *ato jurídico complexo* (ou, como cuida a doutrina alemã, *Gesamtakt*).¹³

¹² Veja-se, nesse sentido, a interpretação que EIZIRIK, GALL, PARENTE & HENRIQUES fazem acerca da natureza dos termos de compromisso. Embora salientem que os processos envolvendo os termos de compromisso não representam qualquer tolerância à prática de ilícitos, aduzem: “Na medida em que implica concessões de ambas as partes, o Termo de Compromisso pode ser considerado uma transação” (Nelson EIZIRIK, Ariádna B. GAAL, Flávia PARENTE & Marcus de Freitas HENRIQUES. *Mercado de Capitais – Regime Jurídico*, 2ª ed.. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008, p. 340). Ao inserir o processo colaborativo dentro dessa característica transacional do regime do art. 840 do Código Civil (“É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem litígio mediante concessões mútuas”), os autores, jogando o sistema para fora do direito administrativo e do direito público, inserem elemento privatístico estranho ao contexto dessas negociações, apresentando nessa lógica uma contradição aparente. Primeiro porque o próprio art. 841 aduz que a natureza transacional cabe apenas no âmbito dos “direitos patrimoniais de caráter privado”, o que não parece ser o caso nos *termos de compromisso* ou nos *acordos de leniência*. A argumentação em prol de uma flexibilização da indisponibilidade da ação penal nos parece um caminho equivocado, pois não se trata de se fazer uma leitura privatística de algo que tem natureza patentemente pública, seja nos mercados de capitais, seja no sistema anticorrupção. EIZIRIK *et alli*, com esteio em interessante voto do Diretor Sérgio Wegelin, salienta que “o Termo de Compromisso não pode, em hipótese alguma, ser confundido com tolerância com o ilícito”, para completar, com as palavras de Wegelin, que “não se trata, evidentemente, de tolerar o ilícito, mas sim de permitir à entidade reguladora identificar o momento em que a resposta regulatória já se apresentou suficiente para o bom desenvolvimento do mercado (Processo CVM RJ 2001/4652, j. 22.03.2005)” (Ibidem, Op. loc. cit., p. 341). Neste pormenor, um segundo conflito lógico nos parece surgir: o conceito de “concessões mútuas” vazado pela lei civil comporta um grau de tolerância que todos concordamos não ser acessível, seja no regime dos termos de compromisso, seja no regime dos acordos de leniência. Não se trata, pois, de verificar a disponibilidade de eventual *ação penal* (seja aqui no *lato sensu*, seja no *stricto sensu* previsto no Código de Processo Penal), pois como *ato jurídico complexo da administração* e como ato discricionário que é, *disponibilidade* não pode se confundir com *discricionariedade* (esta, técnica e prevista em lei). Tratando não apenas os termos de compromisso quanto os acordos de leniência como *atos jurídicos complexos de natureza discricionária* (e não vinculada), nos aproximamos da real característica desses institutos, que, defendemos, nada têm de *transacional*, aproveitando assim a percuciente abordagem de Wegelin, que identificou se tratar, de fato, de um mecanismo de reconhecimento de pleno exaurimento da “resposta regulatória”, que “já se apresentou suficiente” para a proteção do interesse público em questão (nesse caso, a proteção ao desenvolvimento do mercado).

¹³ É de Gleitsmann o velho brocardo que diferencia ato jurídico complexo de declaração (bilateral) de vontade: “A teoria do ato complexo não dá ênfase a uma concordância,

mas sim à **atuação combinada das partes**” (grifamos – consta assim do original: “*Die Theorie des Gesamtaktes legt den Nachdruck nicht aus das Einvernehmen, die Willenseinigung, sondern aus das **Zusammenhandeln der Beteiligten**”*”, igualmente em negrito nosso; cf. Arnold GLEITSMANN, *Vereinbarung und Gesamtakt* [Declaração de vontade e ato complexo], Halle: Hofbruchdruckerei von C.A. Kaemerer & Co., 1900, p. 13). Não é a nossa intenção rever 100 anos de doutrina alemã sobre a teoria do ato complexo, mas fato é que Gleitsmann, apesar da brilhante definição, reinseriu a teoria dos atos complexos (*gesamtkat*) no bojo de uma discussão privada, para contrapor-se a Gierke (num primeiro momento) e sobretudo a Jellinek, que havia se apossado dessa teoria anos antes de Gleitsmann, para sustentar o seu arcabouço de *direitos públicos subjetivos*. Considerando então a teoria do ato complexo nem tanto ao mar, nem tanto em terra e nem mesmo a voar pelos ares, sua recapitulação recente dá moradia a institutos que estavam residindo de favor em escaninhos privados, como é o caso desses elementos colaborativos presentes nos processos sancionatórios: “A doutrina de direito público, mais notadamente direito administrativo, costuma referir-se (a) a *atos complexos* e (b) a *atos compostos*, assim considerados aqueles atos jurídicos de direito público para cuja realização se exige a prática de vários atos e deliberações que lhes são condicionantes” (Marcos Bernardes de MELLO. *Teoria do Fato Jurídico*, 20ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 215, para quem a diferença entre um e outro residiria no mero detalhe de que no ato complexo “o conjunto de atos e deliberações que o integram seriam praticados por órgãos integrantes de um mesmo Poder do Estado ou entidade administrativa autônoma” ao passo que o ato composto seria tão somente composto por “atos e deliberações praticados por órgãos de Poderes ou entidades diverso” [*ibidem*] – formal e estruturalmente analisados, tais atos encostam-se por quase sinonímia). MELLO demonstra que a característica principal do ato complexo é a adesão a um processo formado por várias fases, em que cada fase se expressa em um *fato jurídico* que, por adesão das partes, evolui sob contraditório, até que todas as fases (*fatos jurídicos*) constituam um encadeamento final erigido na forma de um *ato jurídico complexo*. Além de se tratar de um ato *aberto* e *plurilateral*, pois pode contar com a participação de dois ou mais órgãos (melhor dizendo, partes, ou lados) para consolidar uma “fusão de vontades formando ato único” (a terminologia é de Maria Sylvania Zanella DI PIETRO. *Direito Administrativo*, 28ª ed.. São Paulo: Atlas, 2015, p. 268), a característica essencialmente *processual* define, de forma cabal, essa natureza de *ato complexo* dos institutos colaborativos. Em relação aos acordos de leniência, o Decreto nº 8.420/2015 elimina qualquer dúvida a esse respeito. Note-se a respeito como a doutrina de DAL POZZO *et alli* encara de maneira franca e aberta essa natureza processual dos acordos de leniência, não deixando qualquer dúvida a respeito de sua natureza discricionária de ato jurídico complexo (Antonio Araldo Ferraz DAL POZZO; Augusto Neves DAL POZZO; Beatriz Neves DAL POZZO & Renan Marcondes FACCHINATTO. *Lei Anticorrupção – Apontamentos sobre a Lei nº 12.486/2013*, 2ª ed.. São Paulo: ContraCorrente, 2015, pp. 133 e ss.; nesse mesmo sentido, salientando as características processuais do instituto, vide MARINELA; PAIVA & RAMALHO. *Lei Anticorrupção...*, Op. cit., Idem, p. 189 e ss).

Essa natureza integrativa está na base da opção sistêmico-acusatória que fizemos na Constituição de 1988¹⁴. Entretanto, por se tratar de *ato de natureza complexa* e integrativa em face de múltiplas partes representando diversos *interesses*¹⁵ não ecoou na doutrina o prisma público sob o qual se reveste esse tipo de colaboração, presa que está, ainda, a um conceito *privatístico* desses instrumentos colaborativos.¹⁶

Sob o prisma processual, o Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015, tem papel fundamental, inclusive para esclarecer que a iniciativa de um procedimento para iniciar as tratativas de um acordo de leniência cabem à companhia interessada exclusivamente (§1º, art. 30 do Decreto 8.420/2015).

¹⁴ Aqui, com a licença de FERRAJOLI que, como já visto e por outras razões, essas sim, de natureza ideológica, estirpa a colaboração do âmbito acusatório, como se aquela fosse algo estranho a esta.

¹⁵ O acordo de leniência é um processo plurilateral, pois envolve diversos *lados* (partes) que podem representar interesses diversos: o interesse do réu em preservar as suas liberdades, o interesse difuso ou coletivo de investidores, credores e trabalhadores afetados pelas práticas de corrupção, e, *last but not least*, o interesse público representado pelo órgão do Ministério Público (sobre a multiplicidade de partes, vide S. BITTENCOURT, *Comentários...*, Op. cit., Idem, pp. 141). Esses interesses precisam estar todos integrados nos limites da lei e até onde o ordenamento permite sacrifícios; à liberdade, aos interesses difusos e coletivos, aos interesses públicos que precisam ser recompostos em um ato complexo que promove as modificações e constituições sobre os fatos que embasaram a prática desse ato complexo. Se um ato jurídico visa modificar ou constituir direitos, o acordo de leniência opera exatamente nesse sentido a fim de cumprir com a tarefa precípua do direito penal: retribuir e educar. Mas neste caso, ao invés de lançar mão de um mecanismo de confronto de parte a parte, a composição dos interesses se dá por meio de um ato jurídico complexo.

¹⁶ Ressalvando-se aqui, com justiça, a ponderação já citada acima de S. BITTENCOURT (Ibidem, Op. cit., p. 139), a maioria, entretanto, interpreta os mecanismos colaborativos como se o Ministério Público estivesse bancando um interesse privado próprio e só dele, disponível e acessível a qualquer momento, sem qualquer vinculação com os mecanismos de lei. Essa visão, com tintas carregadas de ideologismo, tem na premissa erro grave ao desconhecer a característica jurídica principal do *interesse* protegido pelo órgão do Ministério Público, esse sim de natureza técnica e que precisa ser preservado de ideologismos. Como órgão público que é, o Ministério Público pratica um ato administrativo formalmente discricionário, discricionariedade formal esta controlada por lei e, ao mesmo tempo, vinculado no conteúdo. O controle dessa discricionariedade formal é exercido por órgãos de controle externo e, *last but not least*, modulada pelo Estado-Juiz (no caso das colaborações da Lei nº 12.850/13), que pode não homologar se o ato praticado não estiver em consonância com a lei. É uma enorme balela achar que o Ministério Público “faz o que bem entende” em mecanismos colaborativos (incluindo sua participação, por ora facultativa, nos acordos de leniência) – isso demonstra não apenas um desconhecimento do sistema, mas sobretudo da lei.

Teoricamente falando, se a pena tem por escopo recuperar, em um sistema de características acusatórias com traços colaborativos, a função de adequar a pena ao seu caráter recuperacional passa para as mãos do Ministério Público, que ganha o dever de olhar para o processo de forma global e em perspectiva: um promotor de justiça deve deixar, portanto, de entender o processo penal como um percurso que vai da denúncia ao trânsito em julgado da sentença – precisará olhar para o todo, desde os fatos até o momento final de cumprimento da pena e de sua verdadeira eficácia, trabalhando da melhor forma para que o compromissado não volte a delinquir. É exatamente o que demanda a LAC, no trecho sobre acordos de leniência, ao exigir que a colaboração ocorra de forma a assegurar o “resultado útil do processo” (art. 16, §4º). Engana-se ainda quem acha que a colaboração retira direitos do réu: a iniciativa de qualquer colaboração é sempre exclusiva do réu ou indiciado (suspeito) e não cabe ao Ministério Público tomar qualquer iniciativa nesse sentido. Além disso, as colaborações são uma *alternativa processual*. Assim como as *penas alternativas* propõem ao réu a integração de um compromisso na busca dessa efetividade processual, o *processo alternativo* opera-se do mesmo jeito, de modo a assegurar ao réu que, caso não queira negociar e prefira defender-se quando tem certeza de sua inocência, opte pela via processual clássica e obtenha a absolvição, já facultado no caso dos acordos de leniência por meio do teor do art. 34 do Decreto nº 3.420/2015. Essa característica importantíssima para o lado da defesa é o que tende a assegurar uma redução das desigualdades pelo processo: sejam desigualdades decorrentes da impunidade, sejam decorrentes do erro judiciário e da injustiça.

O sistema, portanto, busca a mesma coisa que o velho processo penal buscava, mas por outros métodos (talvez mais eficazes, mas também não totalmente livre de críticas). Sobre isso, já lembrou-nos FIDALGO & CANETTI: “O acordo de leniência, nessa linha, é um instrumento alternativo, mas que, se bem disciplinado, é apto a concretizar as mesmas finalidades que a sanção tradicional: harmonização das relações sociais e saneamento de irregularidades, com desincentivo a práticas ilícitas e facilitação dos procedimentos de investigação” (Carolina de Barros FIDALGO & Rafaela Coutinho CANETTI. “Os Acordos de Leniência na Lei de Combate à Corrupção”, *In Lei Anticorrupção* [orgs.: SOUZA & QUEIRÓZ], Op. cit., Idem, p. 255). Integrar interesses para solidificar a eficácia da pena que irá fazer sentido no caso concreto é, aliás, o sonho de qualquer abolicionista, a começar pelo próprio Louk HOULSMAN (apesar de preso nessa dicotomia privatística, HOULSMAN defendeu claramente um sistema baseado nas colaborações como meio de amenizar a característica *vingativa* do processo penal: Louk HULSMAN & Jacqueline Bernat DE CELIS. *Penas Perdidas – o sistema penal em questão*, 2ª ed.. [trad: Maria Lúcia Karam]. Niterói, RJ: LUAM, 1997, pp.127 e ss.). Flertando com fórmulas do anarco-capitalismo, HOULSMAN salienta que o “caminho da concórdia” no direito penal passa pela transformação do papel do juiz penal em um órgão verdadeiramente administrativo, humanizando essa tarefa *repressiva* para transformá-la em tarefa *recuperativa* e promotora da paz, por meio de uma aproximação entre quem delinuiu e quem sofreu com o ato. No caso, portanto, de um delinquente por corrupção, cujo sofrimento do ato é sentido por toda a sociedade, nada mais lógico do que aproximar o delinquente do representante oficial desse interesse público, a saber, o órgão do Ministério Público encarregado de buscar essa recomposição social. É o que ocorre com as colaborações da Lei nº 12.850/13, mas, de forma reprovável, não é o que ocorre com o acordo de leniência, que caminhava para essa estrutura quando da edição da controversa MP 703 e, com a perda da vigência desta, recuou para a sua estrutura original tendo como titular principal a CGU. Na prática, entretanto, pelo que se tem visto, o Ministério Público tem ainda exercido função central nos acordos de leniência, pois cabe a ele, com exclusividade, a iniciaiva da Ação Civil Pública que visará implementar sanções.

O Decreto nº 8.420/2015, como bem interpretou DAL POZZO *et alli*,¹⁷ parece ter dado uma conotação administrativa ao processo de celebração dos acordos de leniência, acrescentando em reforço a essa perspectiva que tanto a LAC quanto o Decreto 8.420/2015 excluem a necessidade de homologação judicial dos termos finais do acordo, ao nosso ver, um erro que precisa ser reparado urgentemente. Isso vale também para a omissão em relação à participação do Ministério Público como parte de presença obrigatória¹⁸.

Pelo lado da companhia proponente, uma vez tendo atendido os requisitos do §1º ao art. 16 da LAC¹⁹, poderá apresentar proposta “à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública”, que no caso do Poder Executivo Federal será representado pela CGU – Controladoria Geral da União (cf. §10 ao art. 16 da LAC). Sob este eixo plurilateral, a proposta

¹⁷ *Ibidem*; pp. 133 e ss.

¹⁸ Argumento de alto reforço para a presença obrigatória do Ministério Público poderia remontar desde temas clássicos, como o caráter obrigatório da ação penal (*lato sensu*) e a *verdadeira indisponibilidade das penas* (pois como dissemos, o MP está vinculado por conteúdo e não pela forma de atuação), que neste caso parece ter migrado indevidamente para as mãos da CGU e de outros órgãos estaduais e municipais (dos mais variados) e que poderão ter palavra final sobre uma *pena in concreto* aplicada para uma pessoa jurídica. Isso é muito preocupante, pois se há algum traço de obrigatoriedade na ação penal no sistema brasileiro, esse traço só pode ser admitido à luz da *vinculação de conteúdo* do MP. Mas bem além disso temos o art. 37, III do Decreto nº 8.420/2015, que dentre as cláusulas obrigatórias do acordo de leniência exige uma que “verse sobre... a natureza de título executivo extrajudicial do instrumento do acordo, nos termos do inciso II do *caput* do art. 585 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973” (que, no caso, muitos passarão para a nova referência legislativa segundo o art. 784, IV do CPC, embora tenhamos absoluto conforto em referenciar o acordo de leniência entre as espécies de *documento público* e por isso, inserindo-o no inciso II pelas razões já expostas nas notas 12 a 15 acima). Essa exigência mais uma vez mostra que o titular para a execução desse título será exclusivamente o Ministério Público, não remanescendo qualquer legitimidade (ou mesmo capacidade processual) para a CGU nessa situação, em caso de descumprimento do acordo por parte da empresa proponente. Se o Ministério Público nos parece ser o titular natural para executar esse título, não vemos a menor razão lógica para mantê-lo apartado dos processos administrativos envolvendo acordos de leniência.

¹⁹ Alguns requisitos são verdadeiro enigma. O do inciso II (“cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo”) traz profundos questionamentos lógico-éticos-axiológicos: a não celebração não poderá significar uma permissão legal para que a pessoa jurídica suspenda essa cessação e volte a delinquir gostosamente. Ademais, como bem lembrou CARVALHOSA, “fora do cartel, impossível configurar a ‘cessação’ da conduta corruptiva, pois ela pode ter sido pontual ou continuada, e ter se dado no passado recente (prescrição) e/ou no presente. Ridículo imaginar que a pessoa jurídica que requer a pactuação se comprometa a não mais se conduzir corruptamente perante o Poder Público, como se esse propósito formal bastasse para firmar o acordo” (*Considerações...*, Op. cit., *Idem*, p. 384).

extinta pela finada MP 703, que fazia mencionar a presença alternativa do Ministério Público tinha mais valor jurídico do que a redação original que voltou a prevalecer e tenta-se alterar. Repetiremos à exaustão: ideal seria deixar a presidência desse processo a cargo do Ministério Público²⁰. Mas preferiu a LAC envolver o representante do ente corrompido para fazê-lo, sem acautelar-se das necessárias distâncias e independências em face do poder político que foi justamente o corrompido e que pode seguir influenciando em fases *post-delicto*.²¹

Da proposta à assinatura final, há um procedimento a ser seguido. Nem o Decreto nº 8.420/2015 nem a LAC tratam de como isso se desdobra; doutrina, que oscila entre o silêncio e sugestões abstratas, reconhecendo no prazo de 180 (cento e oitenta) dias estipulado pelo art. 32 e Parágrafo Único do Decreto nº 8.420/2015, intuem que algo deve acontecer durante esse período; mas não sabem *como* isso deve ocorrer. E de fato acontece e deve ocorrer segundo uma ordem pré-estabelecida de fatos.

Uma negociação não é processo aleatório nem se desenvolve de improviso. Toda negociação se inicia com a *proposta* e após aceita (o que pode ocorrer por meio da assinatura de um memorando de entendimentos que irá detalhar esse processo de negociação, *ex vi* do §2º ao art. 31 do Decreto nº 8.420/2015), abre-se um período de diligências. No jargão do mercado, essa fase de *due diligence* ou auditoria das condições visa assegurar para a parte que é destinatária da proposta, que todos os requisitos previstos no art. 16 *caput* e §1º da LAC estão formalmente presentes. Há, nessa fase, uma intensa troca de informações. Na fase seguinte (e nunca antes) devem ser entabulados os devidos resultados quantitativos que serão almejados pelas partes. Note-se que na primeira fase a autoridade destinatária da proposta irá, nos termos do art. 16, II da LAC, verificar se há (qual seja, se

²⁰ A medida foi objeto de proposta de lei formulada pelo Ministério Público Federal e que contou com o apoio de milhões de eleitores, que autorizou a transformação da proposta em *iniciativa popular*. O pacote, vulgarmente conhecido como “10 medidas contra a corrupção” recebeu no Congresso o número PL 4850/2016. Até o fechamento deste texto, a proposta de passar a presidência dos trabalhos relativos aos acordos de leniência para o titular da ação judicial que objetiva a aplicação das penas que são reconvidas no bojo do acordo, havia sido retirada por meio de acordo político fechado entre partidos que controlam as votações na Câmara dos Deputados.

²¹ Vide CARVALHOSA (*Considerações...*, Op. cit., Idem, pp. 390-391). Neste pormenor, vide as polêmicas sobre a participação dos Tribunais de Contas na celebração desses acordos de leniência em S. BITTENCOURT. *Comentários...*, Op. cit., Idem, pp. 151 e ss.

realmente existem) os documentos que comprovem o ilícito sob apuração, sem que isso implique em entrega dessa documentação ou ainda uma possibilidade de uma análise profunda e detalhada desses documentos. Há uma comprovação de que o requisito foi preenchido e uma deferência para análise perfunctória, superficial e suficiente para demonstrar que o requisito formal foi preenchido²².

Neste pormenor, nos parece que o conteúdo do art. 35 do Decreto nº 3.420/2015 pressupõe que haja *entrega* de documentos em fases preliminares, mas, por óbvio que sendo essa entrega uma faculdade e sua apresentação um evidente desequilíbrio processual na maioria das situações, o art. 35 só se será aplicável quando tiver ocorrido entrega espontânea e essencial para os fins do art. 16 da LAC. Ademais, cumpre lembrar que para esta primeira fase, muitos mecanismos de armazenagem eletrônica de documentos, com acesso ao conteúdo identificado por senha e contrassenha, contando ainda com restrição (ou identificação por marca d'água, quando permitidas) de impressões, tornam o art. 35 do Decreto nº 3.420/2015 um tanto quanto anacrônico.

Feita essa identificação, as diligências cessam e as partes passam a construir em conjunto os resultados consequenciais dessa ação, objeto central deste trabalho e que detalharemos seus efeitos logo a seguir. Importa neste momento entender que os envolvidos, dentro dos limites estabelecidos, construirão uma solução nos termos do §2º ao art. 16 da LAC. Nestes limites, poderão apenas e meramente convir abatimentos de multa (para o âmbito administrativo) e suspensão de qualquer proibição de recebimento de “incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público”.

²² A análise profunda, detalhada, compulsada, minuciosa e específica dos documentos deverá ser objeto da *execução do acordo*, portanto, de fase *pós-assinatura*. Sob o prisma das técnicas de negociação, esse é o objetivo principal da parte representada pelo Ministério Público e, desta forma, ter a oportunidade de fazer análise profunda e específica dos documentos objeto do acordo não nos parece adequado nem saudável para o processo e para os interesses que são defendidos pelo Ministério Público. Perde-se tempo analisando documentos que não são relevantes antes da assinatura do acordo. Se o tempo perdido se der após a assinatura, o proponente responderá pela tentativa de ludibriar as autoridades. Doutro lado, antecipar o que deve ser *objeto da execução* poderá constituir-se em verdadeiro desequilíbrio processual em desfavor do proponente.

Dessa leitura exsurge outra condição indireta para a celebração de acordos de leniência e, neste caso, a usamos com um reforço do argumento da participação obrigatória do Ministério Público (na qualidade não apenas de titular exclusivo do mecanismo processual previsto no art. 21, *caput* da LAC mas sobretudo de titular oficial de *interesses públicos*, olhando a situação portanto sob o prisma material): em relação às sanções de perdimento de bens, de suspensão (total ou parcial de atividades) e, sobretudo, de dissolução compulsória, o acordo de leniência não poderá gerar qualquer efeito.

Note-se, portanto, que um requisito importantíssimo para a apresentação de proposta de acordo de leniência reside no fato de que a pessoa jurídica proponente não venha a estar na situação do §1º ao art. 19 da LAC ou em outras situações que demandem pena mais severa do que as previstas no inciso II do art. 19 da LAC, conforme autorizado pelo próprio §2º ao mesmo art. 19 da LAC, que defere ao Ministério Público cumular pedidos para que as penas possam ser aplicadas em uma espécie de “concurso material”. Nesses casos, frise-se, o acordo de leniência não alcança efeito, valendo apenas para os casos de média gravidade²³.

Desta forma e identificado ainda na primeira fase esse requisito, passando-se ato contínuo à segunda fase para a construção de uma solução coletiva, ao seu final poderão as partes entrar na terceira fase, que é a da redação do acordo e da elaboração de seus termos e, sobretudo, representações.

Na elaboração da minuta final, as partes deverão, com base nas diligências efetivadas na primeira fase, redigir documento que contenha os requisitos mínimos previstos no art. 37 do Decreto nº 3.420/2015, necessariamente complementado por declarações enunciativas, representações e garantias para que o resultado final seja atingido de forma eficaz e correspondente aos achados em diligência, livre de erros, equívocos, dolo, má-fé, omissões, lesões ou mal-entendidos, de parte a parte, visando a segurança e garantia de *todos os envolvidos*. Eventuais quebras dessas representações e garantias expostas na minuta final, por parte da companhia proponente, poderão sujeitá-la às penas integrais agravadas, por força de invalidade do acordo, sem prejuízo do aproveitamento pelo Ministério

²³ Com a expiração do proposto nos §§11 e 12 ao art. 16 da LAC, que haviam sido lá inseridos pela finada MP 703, o regime jurídico anterior volta a valer, obrigando-nos a advertir o leitor que as nossas ponderações em “Dissolução compulsória...” (Op. loc. cit., Idem, pp. 228 e ss.) não valem mais.

Público das provas entregues na fase executória do processo de leniência. Por isso, devido processo legal e contraditório fazem parte desse processo, como ocorre em qualquer outro processo, pois as consequências de erros nesse processo podem ser fatais de parte a parte. Por parte do titular da acusação, quebras de representação podem não apenas sujeitar os representantes do órgão acusatório a sanções disciplinares e escrutínio via controle externo, como a total invalidade das provas obtidas, que passam, por ser ilícitas, imprestáveis para uso em processo futuro.

Ao fim e após a assinatura do acordo, os documentos devem ser *formalmente entregues* e de forma definitiva para a autoridade pública. Ingressa, portanto, na fase executória ou de *pós-fechamento*, quando o Ministério Público passa a usar de maneira oficial, legítima e legal dos documentos obtidos no processo de leniência, sujeitando-se os terceiros, como se verá, a contraditório diferido.²⁴

Desta forma, assim como a presença da defesa em todos os atos de diligência e construção de soluções é requisito essencial de validade para esse acordo, o sigilo sobre o processo também o será (*ex vi* §6º ao art. 16 da LAC em c/c o §1º art. 31 do Decreto nº 3.420/2015)²⁵. Parte importante do desenrolar desse processo²⁶, o sigilo, se quebrado, pode não apenas macular

²⁴ Vide o nosso trabalho, elaborado em conjunto com Flávio Böechat ALBERNAZ, “Contraditório e Inquérito Policial no Direito Brasileiro”, *In Estudos de Processo Penal – O Mundo à Revelia* [coord.: Fauzi Hassan CHOUKR]. São Paulo: AgáJuris, 2000, pp. 187 e ss.

²⁵ O sigilo recai sobre o processo até a assinatura final do acordo ou encerramento das tratativas. Após o encerramento desse período, limitado na lei por 180 (cento e oitenta) dias, a publicidade impera e o sigilo passa a ser exceção, senão elemento a ser vedado em si, em favor da publicidade plena dos atos administrativos.

²⁶ Sobre esse ponto controverso da LAC, vide CARVALHOSA (*Considerações...*, Op. cit., Idem, pp. 374 e ss). Para o grande mestre paulista, “sigilo deve ser a exceção e não regra” (p. 375). Com esteio em sedutor argumento que se fundamenta pelo princípio da publicidade (art. 37 da Constituição Federal) e destronando certa premissa de que o acordo de leniência funcionaria como “panaceia universal” (p. 377), CARVALHOSA adverte que não haveria na LAC o “benefício do sigilo”. Em nota anterior já expusemos que a nossa opinião converge com a de CARVALHOSA quando o processo de leniência se conclui e, portanto, a publicidade é diferida no tempo por questões rigorosamente técnicas.

Nos parece que nas fases de negociação o sigilo é elemento essencial. Não apenas porque lhe impôs o decreto regulamentador, mas sobretudo porque as informações negociadas no bojo de um processo de leniência terão forte impacto sobre a precificação dos valores mobiliários de emissão da proponente, podendo, até certo ponto, ser absolutamente contraproducente para quem negocia os termos de um processo colaborativo. Difere-se no tempo, deste modo, a aplicação da regra constitucional da publicidade obrigatória por parte do ente estatal. Quanto ao dever de informar por parte do ente não-estatal, neste pormenor, ousamos lembrar que se a LAC não assegura o benefício do sigilo, para as companhias abertas ao menos há o art. 8º da Instrução CVM nº 358/2002, verdadeira obrigação que incide também sobre o regime dos deveres fiduciários de lealdade para os representantes da companhia proponente.

a validade do processo, mas levar os envolvidos em sua quebra a responder por crimes contra a administração por violação de sigilo funcional (art. 325 do CP, inclusive em sua forma qualificada do §2º, que pode ganhar novos contornos interpretativos à luz de como os processos de acordo de leniência se desenrolarem nos próximos anos)²⁷. Ao contrário do que já se ouviu pensar, a assinatura de um *termo de sigilo* ou de *confidencialidade* é absolutamente dispensável, pois o sigilo decorre de lei (mais precisamente do decreto); mas isso não significa que as partes envolvidas no processo estejam dispensadas de registrar (mediante assinatura física ou eletrônica) quais pessoas estão recebendo ou fornecendo dados, documentos ou informações relacionadas a um processo de celebração de acordo de leniência. Recomenda-se, aqui, ao menos, a existência de um *log book* ou de um documento que ateste quais pessoas foram destinatárias das informações objeto de um processo de leniência.

Uma vez assinados, dentro do âmbito estreito estabelecido pela LAC, cumpre analisar quais os efeitos (objetivos e subjetivos) e o alcance que a assinatura desses acordos pode atingir. Vimos que como requisito indireto, os acordos de leniência dirigem-se apenas aos casos que são apenados abstratamente nos termos do art. 19, II da LAC. Doutrinadores preocupam-se com os efeitos dessas informações no âmbito penal, mas pelo que temos observado na prática, LAC e LORCRIM tem sido aplicadas *pari passu*, dando às pessoas naturais as oportunidades de “leniência” por meios colaborativos próprios inseridos na LORCRIM.

Doutro lado, alguns como Sidney BITTENCOURT levantaram a hipótese de eficácia do acordo federal em face de outras autoridades dos âmbitos estadual e municipal agirem, caso não tenham integrado acordo na esfera federal e vice-versa.

²⁷ Questão espinhosa decorre do vazamento de dados, enquanto perdura a negociação do processo, para órgãos de imprensa. O vazamento em si é uma violação legal que em muitos casos pode configurar delito funcional, contudo, a prova desse delito é virtualmente impossível. A proteção constitucional do sigilo de fonte assegura que os meios que deram publicidade à informação protegida por sigilo possam resguardar o autor do ilícito. Esse problema, que é novo para o processo penal, é extremamente antigo para o universo das fusões e aquisições: a chamada “indústria do vazamento”, muita vez usada nos processos de fusões e aquisições como elemento de pressão pela parte interessada que “soprou” a operação para um jornalista, raramente é descoberta pois o jornalista, acobertado pelo art. 5º, XIV, usa de sua prerrogativa constitucional fundamental para acobertar o delito que lhe franqueia o lucro e o elogio pelo “furo”.

Uma questão levantada por Matteson ELLIS e reverberada por BITTENCOURT, alvo também de um questionamento nosso, item, em um congresso na cidade de São Paulo envolvendo processos administrativos sancionadores, nos trouxe a este estudo: “se uma empresa entrar em um acordo com a Controladoria-Geral da União, irão outras jurisdições honrar o acordo?”²⁸. Acrescente-se, especificamente, tal qual foi questionado no mencionado congresso em São Paulo: se uma empresa celebrar acordo de leniência confessando mal-feitos, como ficaria a atuação sancionatória da CVM?

3. Processos Administrativos Sancionadores perante a CVM

3.1. Impactos sobre Companhias Celebrantes de Acordos de Leniência em face de outras autoridades

Para responder a essa questão, chamamos o mestre Modesto CARVALHOSA: “não há na presente lei (...) a blindagem da pessoa jurídica acordante com respeito a outras medidas judiciais e administrativas que poderão ser promovidas pelo Estado contra ela”²⁹. AYRES & MAEDA também lembraram: “Importante notar também que a Lei 12.846/2013 permite que uma quantidade extraordinária de autoridades tenha competência para investigar a ocorrência de atos lesivos e aplicar sanções (AYRES, 2014). Nos casos em que o ato lesive o alcance de várias jurisdições”, ou, como preferimos, *interesses jurídicos*, “as pessoas jurídicas devem considerar o envolvimento de todas as autoridades competentes no acordo a fim de evitar que uma autoridade não honre a leniência de outra autoridade”.³⁰

Portanto: se uma empresa entrar em um acordo com a CGU, outras jurisdições obviamente *não irão honrar esse acordo*. Mais: não apenas *não irão*, como de fato e de direito, *não deverão honrar esse acordo*. O primeiro e mais evidente motivo decorre do fato de, ao não termos os representantes de outras jurisdições como *partes* nesse acordo, nenhum, rigorosamente nenhum efeito será gerado nas tais outras jurisdições. FIDALGO & CANETTI,

²⁸ Vide S. BITTENCOURT. *Comentários...*, Ibidem, Op. cit., p. 141.

²⁹ M. CARVALHOSA. *Considerações...*, Op. cit., Idem, pp.376.

³⁰ Carlos Henrique da Silva AYRES & Burno Carneiro MAEDA. “O Acordo de Leniência como ferramenta de combate à corrupção”, In *Lei Anticorrupção...* [orgs.: SOUZA & QUEIRÓZ], Op. cit., Idem, p. 248.

inclusive, recomendam que essa característica seja levada em consideração na negociação de cada acordo, por parte das pessoas jurídicas proponentes, como “elemento de risco na sua celebração”³¹.

Além disso, a LAC limita os efeitos anestésicos do acordo de leniência àqueles expressamente previstos no seu art. 16. No caso da CVM, por exemplo, que pode aplicar uma sanção de suspensão de autorização ou registro, os limites da LAC impedem que sanções desse tipo possam fazer parte do acordo. Em relação às multas, vale lembrar que no espectro da CVM, as multas aplicadas não se confundem com aquelas multas previstas na LAC (art. 6º, I), pois o interesse que se protege por intermédio dessas diferentes multas é, conseqüentemente, de natureza completamente distinta do interesse que a CVM visa proteger ao impor as multas de sua jurisdição específica³².

Portanto, ainda que subjetivamente forcemos uma adesão compulsória de órgãos da União Federal que não venham a subscrever o acordo, objetivamente as sanções que lhe couber aplicar não constam dos limites impostos pela LAC. Como não há qualquer subordinação entre CGU e CVM, aquela não pode assumir compromissos em nome desta, o que torna a presença desta no acordo absolutamente obrigatória para que qualquer

³¹ “Os acordos de leniência...”, Op. loc. cit., *Ibidem*, p. 274.

³² Esse detalhe dificulta o argumento do *bi in idem*. Muitos constróem argumentação de que a jurisdição da CVM seria teoricamente “absorvida” pela atuação do Ministério Público, da Polícia Federal ou da Controladoria por tratar, neste casos, de sanções mais graves em face daquelas, que são geridas pela CVM. Nos parece um argumento falso justamente porque as sanções de são de natureza *diversa*. Outra linha de argumentação iria no sentido da *subsidiariedade do direito penal*, sendo reservado apenas aos casos mais graves e de forma derradeira e exclusiva. Contudo, novamente, para que isso funcione no caso dos acordos de leniência, é necessário que o intérprete assuma que a LAC é um diploma legal de natureza penal, conforme temos defendido. Problema adicional seria imposto ao intérprete pois nesses casos, caberia ainda articular que essa subsidiariedade seria aplicável aos casos da LAC por força de sua natureza (não prevista no próprio diploma, que a trata como se cível fosse), tendo ainda que quebrar parte da interpretação doutrinária a fim de montar uma tese de *subsidiariedade substancial* ou *subsidiariedade material* com fito de fazer a jurisdição da CVM cair ao largo de um processo administrativo, pré-judicial ou judicial via LAC. Essas teses todas, segundo nossa leitura, ficam a meio de caminho e não evitam a dupla incidência por força da diversidade dessas naturezas punitivas. Sobre esse tema, vide o brilhante estudo de Yuri Sahione PUGLIESE & Gabriella NAJJAR, “O Processo Administrativo Sancionador da CVM e o Crime de Manipulação de Mercado”, *In Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários*, vol. 1. São Paulo: Almedina, maio de 2015; pp. 253-278.

efeito possa ser gerado em relação à jurisdição que exerce³³.

Por esse argumento podemos extrair a razão pela qual a presença do Ministério Público nos acordos de leniência é essencial, sob risco de nulidade do acordo, haja vista que o Ministério Público é o titular exclusivo da iniciativa que pode levar as empresas a suportar uma das sanções que pode ser objeto de um acordo de leniência, a saber, a combinação entre os arts. 16, §2º e 19, IV, ambos da LAC.

Mas em relação a outras sanções, se a autarquia responsável pela aplicação da sanção não constar como signatária do acordo e, além disso, não tiver poderes, como a CVM, para firmar instrumentos de colaboração semelhantes ao acordo de leniência (como é o caso dos termos de compromisso), é rigorosamente certo que a acordante sofrerá nas outras jurisdições, sanções que não consiga evitar no acordo de leniência assinado exclusivamente com a CGU ou com a CGU e Ministério Público em conjunto, sob pena da autarquia estar “prevaricando”³⁴.

De certa forma, a distância entre os órgãos fiscalizatórios e sancionatórios que cercam as atividades de muitas pessoas jurídicas no Brasil poderá levar tais empresas, que desejem, de boa-fé, interromper o curso de ilícitos, a um verdadeiro e interminável périplo colaborativo que em nada se coaduna com o intuito de se extrair um “resultado útil do processo”.

Impõe-se organizar esse movimento com urgência.

³³ Pior: ao tomar conhecimento do cometimento de ilícitos, que se tornam públicos após a divulgação dos termos do acordo de leniência, a CVM passa a ter o dever funcional de agir em seu poder sancionatório. Esses argumentos todos valem para qualquer jurisdição autárquica sancionatória que venha a ser exercida no âmbito do Banco Central do Brasil – BACEN, Antaq, ANATEL, ANEEL, ANAC, ANS, ANTT, ANP, SUSEP e assim por diante, sem considerar ainda outras como Receita Federal, COAF, CADE e SDE, que por força de operações recentes no âmbito da LAC acabaram ficando mais atentas a essa questão interdisciplinar e multijurisdicional entre as autarquias e conselhos independentes. Há ainda que se pensar em convênios com entidades internacionais, ampliando definitivamente os regimes de colaboração transnacional, cujas dúvidas sobre o filtro ministerial ainda dão azo a rasteiros argumentos de nulidade formal na obtenção lícita de informações e documentos em um contexto colaborativo, como dos acordos de leniência transnacionais, sujeitos a leis de outras jurisdições.

³⁴ Temos plena consciência que a pessoa jurídica de direito público autárquica não prevaricaria caso deixasse passar eventos que a obriguem impor sanções ou chamar a empresa que cometeu as violações para negociar um termo de compromisso. Por essa razão o termo apareceu entre aspas.

E uma forma prática de organizar e racionalizar o trabalho, evitando-se o chamado *retrabalho* ou a inefetividade de um acordo em face de inúmeros riscos que podem permancer em aberto, seria colocar em prática os necessários convênios entre órgãos fiscalizadores, bem como os Consórcios Públicos (na forma da Lei nº 11.107/2005)³⁵. Tais mecanismos multilaterais tornariam mais eficazes não apenas a atividade fiscalizatória (que, item, demanda enorme colaboração entre órgãos) mas também e sobretudo aquela atividade tendente à construção de soluções complexas e multilaterais de natureza colaborativa que vise impor sanções eficazes, implementando o “resultado útil do processo”.

Diz-se entretanto que quanto maior o número de partes em uma mesa de negociação, maior o risco de insucesso. Contudo, as técnicas de negociação estratégica voltadas para o universo plurilateral já evoluíram suficientemente (sobretudo naquilo que se denominou “a busca por alianças multilaterais”) a fim de concluir uma solução plausível em um tempo adequado, tornando essa premissa falsa. Para isso dois requisitos são necessários: uma liderança inconteste e um procedimento rigoroso com prazos para manifestação, movidos por atos de adesão, sob pena de imediata descontinuação de todo o processo. Essa técnica não é nova e faz parte, há mais de cem anos, de processos que movem os chamados *atos jurídicos complexos*. Tanto assembleias de companhias abertas, quanto assembleias de credores em processos recuperacionais, como os processos legislativos, como os processos multilaterais de negociação de paz, como discussões em órgãos internacionais como a ONU e a OMC são regidos por essa *técnica processual colaborativa plurilateral*.^{36,37}

³⁵ Que inclui, também, entidades privadas e autorregulatórias que no caso podem ser representadas pela BM&FBovespa, a BSM (BM&FBovespa Supervisão de Mercados), a ANBIMA, o CAF (Comitê de Fusões e Aquisições, quando aplicável), além de outros relevantes *players* da autorregulação que possam ser criados.

³⁶ Vide, neste pormenor, o clássico de Robert MNOOKIN; Scott PEPET & Andrew TULUMELLO. *Beyond Winning: negotiating to create value in deals and disputes*, 2nd ed.. Boston, Mass: Belknap Press (Harvard), 2004; pp. 295 e ss.

³⁷ Recomenda-se a leitura do clássico texto de Maurice HAURIUO *L’Institution et le Droit Statuaire*, que veio à lume para o Brasil 110 anos após a sua edição original na França, em tradução bi-colunada na *Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários*, vol. 4. São Paulo: Almedina, Novembro de 2016, pp. 148-214, analisando em paralelo todas essas situações ora citadas e seus elementos jurídicos de aproximação e semelhanças.

Aquilo que, portanto, aparentemente soa como uma ampliação da área de risco, seja porque mais partes independentes integrarão as colaborações apresentando os pontos de vista dos interesses que protegem, seja porque mais pessoas entrarão em contato com informações sigilosas torna-se, na verdade, uma diminuição de riscos mais sérios, com ampliação das seguranças jurídicas e uma concretização mais eficaz dos escopos processuais penais. Para isso, basta ter o processo conduzido de maneira devida, correta, eficiente e eficaz sob a batuta de uma liderança segura e ponderada. Portanto, não apenas os argumentos de natureza jurídica indicam para a necessidade de maior integração entre órgãos bem como a indicação de uma liderança bem definida para a condução dos processos: a ciência da administração o diz há anos³⁸.

Afirmamos isso sob o ponto de vista pessoal, das pessoas que estarão presentes no processo representando as diversas partes e interesses a serem protegidos processualmente. Sob o ponto de vista institucional, não temos dúvida que o afunilamento da questão no caso de uma frustração do acordo (e em respeito aqui aos limites do §7º ao art. 16 da LAC em c/c os art. 34 do Decreto nº 3.420/2015) recairá quase que integralmente sobre os ombros do órgão do Ministério Público.

Se frustrado o acordo, nenhum efeito se vê para o lado da CGU, algum efeito para autarquias eventualmente envolvidas assim como para Tribunais de Contas, mas, convenhamos, efeitos infinitamente mais restritos do que aqueles que devem pairar sobre o Ministério Público. E justamente por ser a parte que mais poderá sofrer em caso de frustração do acordo, nada mais elementar e justo que a presidência dos trabalhos recaia sobre o representante do órgão que venha a sofrer a maior parte dos efeitos.

Isso não é aleatório, pois enquanto as demais partes se voltam a interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos ou particulares, o Ministério Público é o único órgão que tem como premissa de atuação a proteção de *interesses públicos primários*. Nada mais consequencial,

³⁸ Importantíssimo: *liderança* não pode ser confundido, jamais, com superioridade hierárquica. No funcionalismo público essa confusão é quase que instantânea; e em certa parte explica o tremendo fracasso do funcionalismo para administrar os seus próprios recursos. A incompreensão do significado técnico de liderança leva não só a equívocos, insucessos, perda monstruosa de recursos, mas a um estado lamentável de *autoritarismo* que não combina com processos colaborativos.

portanto, que ao representante desse órgão caiba a presidência desse processo colaborativo, como já ocorre em outras esferas colaborativas e como entendemos e defendemos que deva ocorrer em todas.³⁹

3.2. Impactos sobre terceiros: outras companhias, administradores, acionistas

Sob o prisma das autoridades envolvidas (ou não envolvidas), a assinatura de um acordo de leniência levará a sua proponente a sofrer efeitos em outras jurisdições onde atuarem outras autoridades que não sejam partícipes desse acordo, tanto as nacionais quanto as estrangeiras; sobretudo se o Ministério Público seguir como “terceiro” nessa relação.

O que é toscamente interpretado como uma “ameaça” deve ser encarado como verdadeira *garantia* ao partícipe de um acordo de leniência: que todos que venham a ter jurisdição sobre a proponente possam também aderir ao acordo e sugerir a esse partícipe as penas alternativas que estiverem ao alcance, para que num único ato o problema possa ser resolvido de forma cabal e definitiva, sem reverberações ou peripécias.

Não seria apenas imprudente mas contraproducente que após a assinatura de um acordo de leniência em exclusividade com a CGU, outros órgãos passem a atuar com base em tais informações. Nesses casos, teríamos uma “leniência anã” que, por apresentar pouco préstimo ao proponente, acaba por desestimulá-lo, esboroando as finalidades de resolução dos conflitos oriundos de práticas corruptivas corporativas, de forma eficiente. Voltaríamos ao velho sistema, sem solução para as *peças jurídicas*, que são parte fundamental nessa cadeia nefasta das alianças fraudulentas da classe política com o capital (chamada recentemente de maneira soberba de *realpolitik*).

Se isso não bastasse e ainda que tivéssemos o Ministério Público como parte integrante e líder na condução dos acordos de leniência, há ainda outros problemas que podem nascer de tais acordos. Nem tanto sob o prisma

³⁹ Muitos argumentarão que os órgãos dos diversos Ministérios Públicos no Brasil não estariam devidamente aparelhados para tanto. Esse argumento, todavia, não retira a precisão deontológica e epistemológica da afirmação em texto: tudo passa a ser uma questão de como o Estado vai priorizar as atuações fiscalizatórias e de *custos legis*.

das autoridades, pode haver pelo lado da proponente (e normalmente há de fato) envolvimento de terceiros em tais práticas corruptivas.

Se os terceiros são outras pessoas jurídicas, por força de dispositivo legal, apenas aquelas que integrarem o grupo de fato ou de direito da proponente é que poderão se beneficiar (§5º ao art. 16 da LAC), incluindo, nesse caso, o seu acionista controlador e as coligadas (valendo-se aqui de conceito amplo de “grupo de fato” estabelecido por interpretação extensiva do art. 243 e §§ da Lei nº 6.404/76, quando trata da chamada *influência significativa*). Pois bem: em relação a essas não temos dúvida de haver não apenas um *direito*, mas praticamente um *dever legal* de integrar o acordo de leniência caso queiram se beneficiar dos efeitos estabelecidos no indigitado acordo.

Em relação a companhias terceiras que não fazem parte do acordo de leniência por não pertencerem ao mesmo grupo de fato ou de direito da proponente, caberá a cada uma delas, na medida de seus riscos, de suas culpas e de seu envolvimento, propor seus próprios acordos ou enfrentar as medidas cabíveis, defendendo-se e desfazendo o que for inverídico, com base em suas próprias provas.

Mais: defendemos que essas pessoas jurídicas, se citadas, não poderão integrar, como partes e nem mesmo como intervenientes anuentes, o acordo de leniência de quem as citar. Os reparos só podem ser feitos por via própria e exclusiva. A única regra que flexibiliza a exclusividade do acordo de leniência está no art. 16, §5º da LAC. Fora desse âmbito e além das contrapartes que representem autoridades de distintas jurisdições (incluindo as autárquicas nacionais e as estrangeiras de todo tipo), o acordo de leniência é mecanismo exclusivo da *pessoa jurídica imputada por uma ou várias condutas delitivas do art. 5º da LAC*, mas sempre no âmbito de suas decisões e de seus *desembolsos e simulações*.

Às mencionadas terceiras será franqueado o devido processo legal, a ampla defesa e todos os mecanismos constitucionais que o processo lhes oferecer, naturalmente, quando de sua citação em ação civil pública. Querendo e podendo evitar o desgaste de um processo como esse, caberá propor acordo de leniência, se cabível. Qual seja, terão sempre à sua disposição, seus meios próprios, que ao seu turno, lhe serão exclusivos. É o que se extrai do art. 16, §5º da LAC.

Note-se ainda que uma das finalidades do processo acusatório colaborativo é justamente essa: desbaratar *redes* de corrupção, nos casos em que os métodos fraudulentos venham a envolver mais de um partícipe pessoa jurídica, integrantes de grupos diversos e atuando em organização sistêmica, mas sem coligação societária formal. Não há, portanto, qualquer violação a direitos em face de outras pessoas jurídicas que, citadas em acordo de leniência, venham a ter que enfrentar as discussões do caso em que foram citadas. Para a proponente, caso envolva uma pessoa jurídica que sabe ser inocente, grave risco contaminará o acordo de leniência dessa proponente que faltar com a verdade e tentar prejudicar outra pessoa jurídica inocente. Qual seja, teríamos o não preenchimento dos dois requisitos previstos no *caput* do art. 16: indentificação *incabível* de supostos envolvidos e falta de devida comprovação do ilícito, por informações e documentos verdadeiros. Nulo portanto seria tal acordo; e as penas integrais, que podem ser agravadas pela tentativa de ludibriar as autoridades com o fim de prejudicar terceiro, reforçariam uma condenação mais grave, conforme já dissemos acima.

Não sendo essa a situação e considerando que o envolvimento de pessoas jurídicas terceiras seja devidamente comprovado, a tais citadas estarão facultados os mesmos caminhos: celebrar um acordo (se cabível) ou defender-se, como manda a lei a constituição, com todas as garantias.

A situação se complica um pouco quando o mencionado for um acionista pessoa física. A exclusividade do acordo de leniência que é flexibilizada por meio do art. 16, §5º da LAC diz respeito apenas a pessoas jurídicas, pois, obviamente, todas as sanções alcançam pessoas jurídicas. Às pessoas físicas o efeito (administrativo, penal e societário) há de ser outro. Não pretendemos entrar no mérito desses efeitos (sobretudo os penais) quando os acordos de leniência citarem pessoas físicas (acionistas ou administradores). O escopo aqui é estreito, tanto quanto a expertise em matéria penal em face de pessoas físicas⁴⁰.

⁴⁰ A preocupação é recorrente nos manuais, comentários e outros trabalhos que reproduzem alguns *topoi* da LAC, mas sem caminhos apontados. A questão é complexa e em outras jurisdições, já ganhou trabalhos profundos e interessantes. Vide GIL NOBAJAS, María Soledad. “El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia”, In *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, Santiago de Compostela: USC, 2015, pp. 567-624.

No âmbito societário, apesar de termos a possibilidade de algum embargo interpretativo em face de acionista minoritário⁴¹, contra quem apenas a sociedade poderá pedir indenização, no caso do acionista controlador, a responsabilidade por abuso do poder de controle é inquestionável.

Pelo disposto nos art. 117, §1º alíneas “a” e “e”, o acionista controlador que usa de pessoa jurídica que posteriormente apresenta acordo de leniência confessando práticas corruptivas em conjunto com o seu acionista controlador, inegavelmente esteve a “orientar a companhia a fim estranho ao seu objeto social” ou, no mínimo, “lesivo ao interesse nacional”, ainda que tenha ostentado resultados financeiramente surpreendentes

⁴¹ Os estudos sobre abuso de minoria ficam centrados na atuação do acionista enquanto parte de uma assembleia geral ou enquanto membros de uma coletividade contra qual intentem (os chamados abusos negativos, abusos de bloqueio ou ainda os chamados *strike suits*). Sobre uma tipologia geral desse regime jurídico de abusos, vide Marcelo Vieira VON ADAMEK. *Abusos de Minoria em Direito Societário*. São Paulo: Malheiros, 2014, *passim*. Muito simples: no direito societário (assim como no direito eleitoral), a regra da maioria prevalece e, portanto, é quase impossível que o conluio entre um acionista não majoritário e a companhia em que seja sócio logre imputar a essa companhia atos de corrupção sem que a maioria (ou, ao menos, a administração, ainda que sem conhecimento das práticas corruptivas) atue de alguma forma. Qual seja: a medida da culpabilidade de acionista não controlador deverá ser aquilatada individualmente, ainda que tal acionista pessoa física tenha praticado atos em conluio com a companhia. Sob o ângulo societário, nos parece que nada pode ser feito contra esse acionista, exceto se os demais, além de pedirem indenização contra a própria companhia e sua administração, intentem ainda por dano indireto incluir tal acionista não controlador como solidariamente responsável por conluio corruptivo. Essa situação pode parecer inusitada, mas na prática dos casos já publicados, viu-se a colaboração, em verdadeira prática de tráfico de influência, de acionistas não controladores que integram o quadro societário de pessoas jurídicas com a função exclusiva de “abrir caminhos”. No âmbito cível, dificilmente escapam de uma responsabilização direta por dívidas, por força da desconsideração do art. 50 do Código Civil, por se tratar de clássica situação de *confusão patrimonial* e *desvio de finalidade* com conseqüente *abuso da personalidade* para ocultar a atuação desse minoritário. No âmbito penal, sua caracterização, embora simples, dificulta o seu apenamento no âmbito societário em face de outros acionistas, pois a relação jurídica eventual entre acionistas não controladores obstará ações diretas entre tais acionistas se um deles agir fora do âmbito assemblear ou societário, com prejuízo indireto para o acionista não controlador que esteja alheio às falcatruas. Para essa situação, nos parece que tanto o regime jurídico de responsabilidade civil por ato ilícito do Código Civil quanto o regime do art. 287 da Lei nº 6.404/76 não dariam ao acionista não controlador, ação específica contra o outro não controlador que funcione como *elo fundamental da corrente delitiva corruptiva*. Nas limitadas a situação parece ser mais direta: a exclusão por falta grave resolveria, não sendo de todo certo se a responsabilidade civil conseqüente poderia dar-se de parte a parte entre os sócios (onde verdadeira expropriação livre de pagamento por recesso pode ocorrer na realidade). Sobre isso, a discussão, embora palpitante no âmbito da relação entre sócio e sociedade empreendida por SPINELLI (*Exclusão de Sócio por Falta Grave na Sociedade Limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 546 e ss.), encontra-se de todo em aberto, ao que nos parece que mesmo no regime das limitadas e das simples, nada pode ser feito além da exclusão seguida de indenização à pessoa jurídica.

decorrentes de práticas corruptas. Ademais, quase sempre os acionistas controladores que usam pessoas jurídicas para corromper, estarão a “induzir administrador a praticar ato ilegal”. Portanto, será inescapável que sejam notados, tais acionistas controladores, como praticantes de atos abusivos no exercício do poder de controle.

É lógico e sintomático que uma companhia que entre em processo de negociação de uma leniência, venha a fazê-lo não só sob evidente ciência desse acionista controlador, mas toda vez sob sua (expressa, por meio verbal ou escrito) concordância. Contudo, não é este o ponto que queremos mais chamar atenção: é necessário lembrar esse acionista controlador que no âmbito da CVM, caso a pessoa jurídica proponente seja companhia aberta, há o mesmo de sofrer sanções administrativas por força dos dispositivos da Lei nº 6.404/76 citados.

Mais complicada ainda é, entretanto, a situação do administrador que levou a companhia a cometer atos de corrupção (ou os cometeu por meio da própria companhia). Neste ponto, o regime jurídico da responsabilidade do administrador de sociedade por ações parece *não ter sido pensado para situações de corrupção praticadas por executivos e conselheiros*.

Expliquemos melhor.

No espectro jurídico da responsabilidade dos administradores, a doutrina mais abalizada estabelece três pressupostos para que ela se concretize: (i) a antijuridicidade (violação da lei ou do estatuto); (ii) o nexó de causalidade; (iii) a existência comprovada de dano.⁴² A esses pressupostos agregamos necessariamente a *tipicidade*, que ADAMEK estudou em separado e não contou como pressuposto.

Portanto, a antijuridicidade não pode ser enfrentada como qualquer violação de qualquer lei em qualquer contexto – para extrairmos as multas de trânsito dessa visão exacerbada, com razão ADAMEK adverte que a violação deve estar relacionada diretamente com a gestão. Deve, portanto, ser uma antijuridicidade revestida em *ato irregular de gestão*.⁴³ Entretanto, parece intuitivo (embora não expresso em ADAMEK), que essa antijuridicidade deva

⁴² Vide Marcelo Vieira VON ADAMEK. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas*. São Paulo: Saraiva, 2009; pp. 210 e ss.

⁴³ *Ibidem*.

estar *filtrada* na tipicidade dos deveres fiduciários e que, portanto, a violação da lei tenha uma característica específica de falta de diligência, falta de lealdade, desvio de poder, violação da finalidade das atribuições ou violação de um dever de informar.

A violação da lei deverá, portanto, estar claramente vazada em falta fiduciária inexcusável, qual seja – uma falta de diligência não excusável por ato protegido pela doutrina do *business judgement rule*, uma violação do dever de informar que não esteja protegida por um contradever de lealdade e sigilo ou uma falta de lealdade que não esteja defensivamente fundamentada em um dever de informar e assim por diante.

Tipicidade e antijuridicidade devem, de forma consequencial, construir um quadro definitivo de violação da lei que enseje a incidência desse regime especial de responsabilização por quebra de deveres de natureza fiduciária.⁴⁴ Tendo então a tipicidade como um dos pressupostos essenciais de responsabilidade civil do administrador de sociedade por ações, precisamos entender como o ato de corrupção se subsume às hipóteses de quebra de deveres fiduciários previstos tipificadamente na lei.⁴⁵

A corrupção prevista no art. 5º da LAC é, como vimos, da mesma natureza dos *crimes classificados como de mera conduta*. Ocorrem sempre na forma dolosa, pois ninguém paga propina porque o dinheiro cai acidentalmente ou imprudentemente do bolso do empresário para a mesa do funcionário público. Nem tampouco a propina é paga mensalmente por engano ou sem que ao menos o diretor financeiro ou a área de contabilidade financeira da empresa percebam tais ocorrências (principalmente as mensais ou as de trato continuado).

E uma vez praticados os atos, terá incorrido a pessoa jurídica nos delitos previstos no art. 5º da LAC, estando automaticamente sujeita às penas, ainda que o funcionário não aceite, devolva os valores ou a vantagem não se estabeleça para a pessoa jurídica delinvente. A finalidade de se obter

⁴⁴ Por essa razão defendemos que o regime de responsabilidade dos administradores deve ter sua leitura via regime jurídico geral de responsabilidade civil do Código Civil elaborada *cum grano salis*.

⁴⁵ O espaço não dá muito azo para maiores vãos, mas é de se notar na casuística que sem a *tipicidade* de quebra de algum dever, o dano, de que falaremos logo adiante, sempre se constituirá de forma *indireta*, dificultando sobremaneira essa responsabilização do administrador faltoso.

a vantagem como contrapartida do ilícito é o que basta. Isso não é direito penal objetivo; é meramente a aplicação dos princípios de direito penal para os delitos de *mera conduta*.

Pois bem, se é assim no âmbito penal, o que há de se dizer sobre a tipicidade dessa conduta no âmbito dos deveres fiduciários do administrador? Começemos pelo art. 157 da Lei nº 6.404/76: pagar propina não se subsume, obviamente, à tipicidade do dever de informar. Desta forma, um ato de corrupção não viola diretamente e tipificadamente o dever de informar.

O mesmo pode se dizer em relação ao conflito de interesses do art. 156 da Lei nº 6.404/76: muita vez e, diga-se, na maioria delas, administrador e companhia poderão estar em perfeita conjugação de interesses quando a propina é paga para se ganhar uma licitação, por exemplo. Ao agir dessa forma (e os casos no exterior são inúmeros), administradores dirão que agiram no melhor interesse da companhia e dos acionistas, maximizando os lucros da melhor (embora ilícita) forma (e nesse caso, não poderá se dizer que a forma foi “a melhor possível”, pois o ilícito enseja o impossível). Não se trata também de algo que o administrador faz como contraparte da companhia ou em condições não equitativas.

Em relação ao dever de lealdade, caracterizado na sua essência pelo dever de *reserva* potencializado com a natureza *servil* que a função do administrador carece demonstrar, aquele administrador que paga propina dificilmente se subsumirá pela quebra de algum dever exposto no art. 155 da Lei nº 6.404/76. Consegue pagar o indevido e ainda assim manter-se servil à companhia, tendo que, mais do que o normal, fazer alta reserva de seus negócios e da forma como os desempenha, justamente porque em nada interessa ser indiscreto quando se praticam atos ilícitos. Tudo é feito as escondidas, no melhor sentido da reserva pedida pelo art. 155 da Lei nº 6.404/76⁴⁶.

⁴⁶ Em relação à lealdade é possível que a leitura estrita do art. 155, I, da Lei nº 6.404/76, na parte em que a lei veda que o administrador faça algo em benefício de terceiro, ainda que sem prejuízo direto para a companhia, mas desde que em aproveitamento das “oportunidades comerciais” que pertencem à pessoa jurídica, possa receber uma subsunção, com esforços, quando o tal ato praticado envolve o pagamento de uma propina para um funcionário público ou mesmo para um ente privado (a chamada corrupção privada, ainda não estudada no Brasil, mas já alvo de sérios estudos na Europa – vide CARBAJO CASCÓN, Fernando. “*Corrupción en el sector privado (I): la corrupción privada y el derecho privado patrimonial*”, In *Revista Iustitia*, nr. 10. Bucaramanga: USTA, 2012, pp. 283-342). A subsunção isolada nesse artigo, entretanto, não é tarefa simples.

Da mesma forma, não estará o administrador corrupto praticando desvio de poder nem quebra da finalidade de suas atribuições, dentro daquilo que o art. 154 da Lei nº 6.404/76 expõe para definir esses deveres: é possível que pagando propina, aja no “interesse da companhia” (sobretudo quando sua cultura carrega forte inteiração espúria com agentes públicos há mais de anos) e, embora em quebra “das exigências do bem público” e da “função social da empresa”, a prova de que agiu em favor de grupo de acionistas é sempre altamente complexa nesses casos. E exatamente como pode ocorrer na tentativa de confrontar o pagamento de propina a agente público com uma quebra “das exigências do bem público” e da “função social da empresa”, é possível tentar encaixar o caso corruptivo na vedação de obtenção de “vantagem para si ou para outrem”, ou o superfaturamento da contrapartida corruptiva em quebra de “condições equitativas” e assim por diante. Mas nenhuma dessas tentativas, complexas que são de fazer o caso em face de um ato ou séries de atos de corrupção, montando assim a estrutura probatória (com estabelecimento de ônus de prova inclusive, outra séria controvérsia em matéria de responsabilidade de administradores), prevalecerá sobre o regime geral de *probidade administrativa* inserida no âmbito do dever de diligência.

No quadro do art. 153 da Lei nº 6.404/76, nos parece que a amplitude do texto escolhido para se tipificar as situações de falta de diligência abrem caminho, pelo campo da *probidade administrativa*, para caracterização do pagamento de propina como ato de patente *improbidade*. Mesmo assim e ironicamente, é possível que o pagamento de propina se associe com atitudes de cautela dignas de um homem ativo, organizado, cuidadoso com os números e os registros mas, pouco cioso com os limites da lei.

Tudo então parece convergir para uma combinação entre os arts. 153, 154 e 155 da Lei nº 6.404/76, quando a improbidade se combina a quebra da função social da empresa, de violações decorrentes das exigências do bem público, por meio de vantagens obtidas para terceiros (os corruptos) ainda que não tragam prejuízos para a companhia.

A caracterização de um pagamento de propina, por sua hediondez criminosa, parece facilmente ser encaixável em várias hipóteses tipificadas pela Lei nº 6.404/76, mas ao lermos a própria Lei nº 6.404/76 linha a linha e observarmos atentamente os casos decorrentes da Ação Penal 470 bem como do escândalo Petrobrás incluído nas inúmeras sub-operações do complexo caso Lavajato, iremos nos deparar com pagadores de propina que são diligentes, leais às companhias e ao seu quadro acionário, rigorosos

no desempenho de suas atribuições, ciosos dos conflitos e dos deveres de informar e prestar contas (inclusive as contas de pagamentos ilícitos que fazem em nome das companhias, por meio de planilhas detalhadas e de emissão frequente) e, tantas vezes geradores de empregos, rigorosos no cumprimento da “função social da empresa” e verdadeiros fãs das exigências do bem público, quando atendem o Estado com urgência com obras de infraestrutura majestosas e fundamentais... E nesses quadros da realidade, essa subsunção se torna paradoxalmente complexa, pois nem o legislador de 1976 imaginou possível práticas tão energúmenas sob argumentos tão biltres.

Desta forma, a facilidade em caracterizar a antijuridicidade contrasta com a dificuldade na tipicidade jurídico-societária do ato em violação, como faz querer a letra da Lei nº 6.404/76: neste passo, nos parece que o melhor caminho é tipificar o pagamento de propinas, seja como conduta ocasional, seja como conduta frequente, como uma quebra do dever de diligência por patente prática de *improbidade administrativa*⁴⁷, combinada com *desvio de poder e da finalidade das atribuições qualificado por quebra de satisfação das exigências do bem público*.

Ultrapassadas as complicadas barreiras da antijuridicidade e da tipicidade, temos a simples barreira do nexos.

Se considerarmos que o pagamento de propina, por ser antijurídico e típico (na forma de uma violação da *diligência-probidade*), causa não apenas ao interesse público mas também à companhia um *dano*, pouco esforço será necessário para estabelecer a causalidade entre o *dano de imagem*, por exemplo, a essa violação de conduta desempenhada pelo administrador e em nome da companhia que é punida ou que celebra acordo de leniência.

⁴⁷ O aspecto *probo* do administrador no âmbito do dever de diligência confunde-se facilmente com o subjetivo *bonus pater familias* do vetusto direito romano. Essa proibidade, entretanto, é objetiva. Trata-se de uma proibidade formal, exigida daqueles que têm dever fiduciário e que cuidam de bens de terceiros, obrigando-os no exercício dessa função fiduciária – é o caso dos administradores que exercem cargos públicos ou funções públicas, dos curadores e tutores no âmbito do direito de família, dos gestores de condomínio no espectro dos direitos reais e dos regimes edilícios. Nada há de contratual nem de *bonus*, tampouco de *pater* (com a licença dos tutores e curadores que se acham pais eleitos judicialmente). O regime não é contratual, mas real-formal e as obrigações são *típicas*. O que deve fazer um administrador e, sobretudo, *como deve fazê-lo*, a lei o diz: trata-se do regime de proibidade que nada tem de subjetivo nem de casuístico. Pagar propina, portanto, não é diligente porque não é *probo*. E *probo* aqui não é empregado no sentido de *empenhado*, como muitos interpretam, mas sim no sentido de *honesto*. A diligência é a soma da honestidade com a proatividade exigida por lei. Isso é que quer dizer *ativo e probo* no sentido de *diligente*. Outra coisa é em sentido subjetivo seria privilegiar o incerto.

O nexu tende a ser dificultado não por causa da causalidade em si, mas sim por causa da natureza do *dano*. E neste passo alcançamos o último patamar de caracterização da responsabilidade do administrador em virtude do pagamento de propinas em nome de uma companhia para obtenção de vantagens diretamente auferidas pela própria companhia.

Na maioria esmagadora dos casos, os danos auferidos pelas companhias que praticam corrupção raramente são de natureza patrimonial. Esses danos podem surgir no tempo quando as práticas delitivas começam a ser revertidas patrimonialmente, mas de forma geral, a corrupção leva a companhia a um *ganho* e não a uma perda. Patrimonialmente a companhia pode ostentar lucros exorbitantes por anos e décadas a fio, sem que qualquer *dano* de natureza patrimonial seja percebido.

Para que se possa identificar os danos em um cenário onde não se caracterizem perdas patrimoniais, a solução está em CARVALHOSA: dano e prejuízo não se confundem.⁴⁸

Sem essa diferenciação proposta por CARVALHOSA, a identificação do dano decorrente de um ato de corrupção por parte do administrador e em nome e em favor da sociedade torna-se quase impossível, para não dizer inútil. Contudo, esses danos, separados dos prejuízos materiais, serão indiretos (e em alguns casos, compensam, como no caso de multas). Na maioria das vezes, serão também danos imateriais: danos reputacionais, danos morais, danos à imagem, enfim – são inúmeros e sempre de uma única natureza abstrata e de impossível mensuração, já que a característica patrimonial sempre apresentará resultado contrário ao dano saboreado⁴⁹. Essa impossibilidade de mensuração do dano, por sua natureza, é o que leva muitos a achar que a dificuldade estaria no nexu de causalidade, mas, de fato, está na ausência de uma perda patrimonial decorrente da prática criminosa.

Outro porém ainda paira sobre situações de corrupção: para a configuração da responsabilidade, bastaria que apenas um ou alguns dos pressupostos estivessem configurados ou seria necessário termos todos presentes? Em outras palavras: bastaria que houvesse o pagamento de propina (configurando-se assim a antijuridicidade e a tipicidade), ou seria

⁴⁸ Modesto CARVALHOSA. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 3º Vol., 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 431 e ss. Contra, ADAMEK (*Responsabilidade Civil dos administradores...*, Op. cit., Idem, p. 231, nota 59).

⁴⁹ É o que acontece na esmagadora predominância dos casos de *fraude (lato sensu)*.

necessário termos a precisa comprovação de *algum dano* e o devido nexó com a causa matriz de quebra típica de um dever?

A doutrina mais abalizada entende que os pressupostos são todos essenciais, em conjunto⁵⁰. A falta de um deles descaracteriza por completo a responsabilidade do administrador que geriu a companhia na base da propina e da corrupção, auferindo lucros exponenciais e, ao fim e ao cabo, com os danos reputacionais e as multas e indenizações densamente compensadas pelas reservas exuberantes obtidas por décadas e décadas de atuação faltosa e fraudulenta.⁵¹⁻⁵²

Neste pormenor, nos parece ser este um bom momento de revisitar tais parâmetros e para se verificar se, no caso de administrador que comete crime para favorecimento da sociedade que representa, haveria algum fundamento jurídico para que a responsabilidade societária do administrador derivasse diretamente da conduta, carecendo apenas se verificar a tipicidade (dentre os deveres constantes nos arts. 153 a 157 da Lei nº 6.404/76) e a antijuridicidade da conduta (que inclui também a verificação da eventual

⁵⁰ Lembra ADAMEK: “Além do nexó causal e do comportamento antijurídico do administrador, para que exsurja a sua responsabilidade civil, é imprescindível ficar demonstrada a existência do dano sofrido pelo prejudicado, e essa prova cabe ao autor da ação. A comprovação do dano nem sempre é tarefa simples, mas, sem dano, não há que falar em responsabilização civil do administrador” (*Responsabilidade Civil dos administradores...*, Op. cit., Idem, pp. 230-231).

⁵¹ O tom é propositalmente alarmista para que se tenha noção da importância da pena de dissolução compulsória e da impossibilidade de celebração de acordo de leniência quando este for o caso e uma medida de *cease & desist* não se tornar viável para recompor as décadas de danos experimentados pelos interesses públicos vitimados. Talvez seja essa uma das razões pela qual a jurisprudência, tanto da CVM, quanto do Poder Judiciário, ostente uma raridade espantosa de casos que envolvam a responsabilidade societária de administradores que cometeram crimes no curso de seus respectivos mandatos.

⁵² Eis uma situação espinhosa: uma companhia que se beneficiou diretamente de práticas de corrupção perante um órgão, autarquia ou empresa pública, pode também se beneficiar indiretamente desse comportamento espúrio. Seus “contatos” e as “costas quentes” perante o governo atraem clientes que podem, muita vez, contratar a companhia delinquente apenas para estar em meio a um determinado círculo. Mas na relação direta entre essa companhia delinquente e sua cliente mal intencionada, muita vez há um ato jurídico perfeito e lícito, a prestação de um serviço correto e escoreito, gerando receitas ordinárias, mas que, de forma remota, só foram motivadas em virtude e por força exclusiva de sua atuação delinquente e de seus contatos pouco ortodoxos que o cliente que contratou licitamente deseja se aproximar. Essa receita, que gerou um lucro, dificilmente entrará na conta de uma *vantagem obtida indevidamente*, pois as irregularidades foram *causa indireta* desse lucro, que é lícito. Essa situação é muito comum e de difícil prova e geralmente entra na conta de compensação do crime. Nesses casos, o crime compensará se, além de trazer as vantagens indevidas perante órgãos públicos ou sociedades de economia mista, traga também clientes devidos com contratos (e contatos) lucrativos. Indeniza-se naquele caso, mas neste, o lucro fica com a companhia, seus acionistas e sua administração.

existência de excludentes de ilicitude, como a doutrina do *business judgement rule* ou ainda o pagamento de propina ante *coação irresistível* decorrente de *concussão de funcionário público*).

Ao abriremos mão da investigação do resultado (qual seja, da existência do *dano in abstracto*, já que o *dano in concreto* ou o prejuízo material é sempre de difícil apuração), temos a técnica mais alinhada com o cabedal persecutório nos casos em que a violação da lei se dá por meio de delito classificável como de *mera conduta*. Nesses casos, pune-se a tentativa mas dispensa-se a averiguação de culpa ou dolo, pressupondo-se que a ação *consciente* vai sempre decorrer de *dolo* se presente o *intento fraudatório*.

Nos parece ser isso que a LAC carece e, de certa forma, influenciando a interpretação da lei societária, ser isso, item, que a Lei nº 6.404/76 visa quando o ato for doloso, de má-fé e estruturado na forma de delito de corrupção.⁵³ Mas a parte essa dificuldade intrínseca do próprio sistema

⁵³ Causa-nos consternação essa leitura estanque dos subsistemas. Até hoje a ação civil *ex delicto* conforme prevista no art. 63 e seguintes do Código de Processo Penal segue como se fosse assunto de processualistas penais. O regime tem diálogo superficial com o Código de Processo Civil, espinhoso com o Código Civil e praticamente inexistente com a Lei nº 6.404/76, sobretudo no que se refere aos arts. 158 e 159 desta lei. O tratamento quase feudal que a doutrina (e, item, a jurisprudência) empregam às várias áreas do direito nos mantém ainda neste estado de atraso teórico tão profundo. Não se sabe se no regime do art. 63 do CPP, quem poderia, em caso de corrupção, qualificar-se como *ofendido* e se, neste caso da LAC (ou, por exemplo, de crime ambiental em que a responsabilidade penal já está *inquestionável e expressamente prevista em lei*), pode a execução mencionada no art. 63 do CPP ser movida diretamente contra a pessoa jurídica faltosa. Se reconhecido formalmente o regime penal da LAC, sobretudo quando o novo Código Penal em trâmite no Senado for aprovado com a amplificação mais geral e abrangente de responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes de mera conduta, como ficaria essa execução contra uma companhia que é apenada com a sanção de dissolução compulsória? Como ficaria essa execução em caso de cisão da pessoa jurídica condenada? Estariam esses credores judiciais habilitados a interferir no prazo de 60 (sessenta dias) previsto em lei para impedir que esse tipo de operação ocorra? E caso fiquemos com a interpretação de que a LAC é mesmo uma lei civil – como ficaria a desconsideração inversa em face de uma execução pelo art. 63 do CPP que é movida contra o acionista controlador ou mesmo contra o administrador da companhia; e aqui, neste caso, estaríamos diante de uma atribuição direta de responsabilidade modulada pela doutrina *ultra vires* ou meramente diante de uma *ilegitimidade passiva* da pessoa jurídica? Como poderia ficar esse tipo de ação em caso de solidariedade entre as pessoas físicas (acionistas e administradores) e as jurídicas (usadas como *meio de cometimento do crime*)? Seria também a pessoa jurídica qualificada como *ofendida* para fins de uma execução pelo art. 63 CPP, modulada por uma ação de classe ou *ut singuli* pela lei societária ou teríamos que considerar, item, a pessoa jurídica também responsável por danos (muita vez indiretos) em face de acionistas não controladores e não partícipes do evento criminoso corruptivo? Quais os efeitos de uma colaboração premiada para fins do art. 63 do CPP, seja ou não a pessoa jurídica mencionada na colaboração da pessoa física no âmbito da outra lei, a LORCRIM?

societário em vigor, voltemos às dificuldades que a própria LAC nos lança no âmbito dos acordos de leniência.

Após essa longa digressão sobre as dúvidas que colhemos ao longo de anos de prática na aplicação do regime de responsabilidade societária dos administradores, agrega-se a essas dúvidas a espada de Dâmocles que irá pairar sobre a cabeça da CGU ou do Ministério Público, ao celebrar acordos de leniência que cite expressamente administradores de companhias abertas (celebrantes do acordo ou não) como representantes principais da execução de crimes de corrupção em nome de pessoas jurídicas.

Sabe-se que a mera menção de seus nomes com a comprovação de que delinquiram⁵⁴ será suficiente para que a CVM, no âmbito de sua jurisdição, tenha que dar início a um Processo Administrativo Sancionador. Desta forma, as pessoas físicas ainda poderão, por força da colaboração da pessoa jurídica, sofrer efeitos sancionatórios, tendo sua ampla defesa e seu direito ao contraditório diferidos em processo próprio e autônomo. Lá, nesse outro processo autônomo, caberá à CVM tomar as providências para dar início, por iniciativa do acusado, a termo de compromisso ou, querendo ele, defender-se após acusação da gerência competente, que poderá ou não culminar em sanção ou absolvição.

Contudo, é inegável que a presença da CVM em um acordo de leniência que envolva administrador de companhia aberta torne-se essencial, para que o processo seja bem aproveitado, evitando-se retrabalho, uma vez que todo o direito de defesa e ao contraditório estará plenamente assegurado em processo próprio diferido no tempo. Ademais, se for o caso de interdição ou suspensão do respectivo executivo, é recomendável que a CVM compareça no ato para que as providências possam ser urgentemente tomadas no âmbito de um termo de compromisso que pode ser negociado de modo a não gerar maiores danos no mercado.

⁵⁴ Por incrível que isso possa parecer, essa comprovação, à luz de tantas exigências para o direito societário de companhias abertas atualmente, não é difícil: basta termos uma nota que comprove o conhecimento e consciência, por parte do administrador, de se tratar de um ato de corrupção, seguida de uma ordem para que o pagamento seja feito, que teremos configurado o delito. Basta um email, uma ata de reunião, um relatório, enfim, algum documento que ateste por escrito e que conte com a assinatura ou a comprovação de recebimento por parte do administrador, seguida por um “ok”, “de acordo”, ou uma ordem para se proceder ao pagamento para que tenhamos a consumação de delito – ainda que o pagamento não seja feito ou que a autoridade pública devolva, rejeite ou denuncie.

Por outro lado, na qualidade de diretor, executivo ou administrador não-executivo, é altamente provável que o indivíduo que esteve em meio às delinquências, saiba de antemão que seu nome será mencionado, sendo-lhe, ao seu turno, bem recomendado que demande a presença da CVM no contexto de negociação do acordo de leniência que esteja celebrando com a CGU, com o Ministério Público ou com ambos.

4. Conclusões

Fica a dúvida, portanto: se a menção a terceiros não apenas não evita a atividade sancionadora da CVM, mas de fato e de direito a provoca e obriga, como otimizar o trabalho de aplicação de leniências quando o interesse do proponente/acusado for colaborar efetivamente e resolver o problema com o mínimo de duplicação de trabalhos e procedimentos que decorrem dos mesmos fatos e provas e uma perda de esforços ao longo de tempo desnecessariamente longo?

Se considerarmos então o acordo de leniência como um verdadeiro processo alternativo às vias tradicionais judiciais e administrativas, teremos que concluir que a colaboração deverá ocorrer e ser aplicada também no âmbito dos meios de persecução e sancionamento estatais-autárquicos. Na forma de atividade contenciosa legítima e enquanto houver resistência por parte do acusado, âmbito administrativo e judicial podem manter-se segregados; mas quando as partes resolvem acionar o mecanismo da colaboração multilateral, a integração entre o judicial e o administrativo deve ocorrer da forma mais ampla e eficaz e o mais rapidamente possível.

Por isso, para que um acordo de leniência possa alcançar o seu intuito matriz de “resultado útil do processo” e, porque não, também o “resultado útil do direito material que dá concretude a esse processo”, é fundamental que a presidência dos trabalhos seja entregue ao Ministério Público e a participação de entes sancionatórios seja amplamente franqueada, sobretudo à CVM quando for o caso de companhias abertas, ao Banco Central do Brasil quando for o caso de instituições financeiras, à ANP quando for o caso de empresas do ramo econômico do óleo e gás, à ANEEL quando tratarmos de empresas do ramo econômico da geração, transmissão e distribuição de energia, à ANATEL quando tratarmos de empresas do ramo das telecomunicações e assim por diante, ainda que em fases posteriores da negociação da leniência. É inegável que esses órgãos podem colaborar com o trabalho do Ministério Público e

vice-versa. Por outro lado, com a presença de todos, o acusado/proponente tem melhores condições de se proteger de abusos.

Desta forma, nos parece sintomático que os Consórcios Públicos e os convênios públicos entrem, com urgência, na pauta de cada autarquia ou órgão público, sob pena de estarmos, mais uma vez, desperdiçando uma ótima oportunidade de melhorar um excelente instrumento, que por desídia, pode se transformar, no médio prazo, em mera ferramenta de exercício de autoritarismo, ou pior, em mais um desses institutos que caem no descrédito geral da nação por força de funcionamento falho ou impotência *coeundi*.

5. Referências Bibliográficas

ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Abuso de minoria em direito societário*. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A e as ações correlatas*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ANSELMO, Márcio Adriano. Compliance e lavagem de dinheiro: o papel dos novos reguladores. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais – RDB*, São Paulo, v. 18, n. 69, p. 349-378, jul./set. 2015.

BALKAN, Joel. *The corporation: the pathological pursuit of profit and power*. New York: Free Press, 2004.

BITTENCOURT, Sidney. *Comentários à lei anticorrupção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BLOK, Marcella. A nova lei anticorrupção e o compliance. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais – RDB*, São Paulo, v. 17, n. 65, p. 263-318, jul./set. 2014.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; GUARAGNI, Fábio André (Coord.). *Lei anticorrupção: comentários à lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. Arts. 138 a 205. In: _____. *Comentários à lei de sociedades*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

_____. *Considerações sobre a lei anticorrupção das pessoas jurídicas: lei 12.846 de 2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

COELHO, Fábio Ulhôa. Direito à informação do acionista e a suspeita de corrupção. *Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários*. São Paulo: Almedina, p. 53-66, nov. 2016. Edição comemorativa pelos 40 anos da lei nº 6.404/1976.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz et al. *Lei anticorrupção*: apontamentos sobre a lei nº 12.486/2013. 2. ed. São Paulo: Contracorrente, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

EIZIRIK, Nelson et al. *Mercado de capitais*: regime jurídico. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*: teoria del garantismo penale. Roma: Laterza, 1998.

FREDERICK, Bruce; STEMEN, Don. *The anatomy of discretion*: an analysis of prosecutorial decision making: summary report. New York: Vera Institute of Justice, 2012. Disponível em: < <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/240335.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2017.

GIL NOBAJAS, María Soledad. El delicto de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en um modelo puro de competência. *Estudios Penales y Criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 35, p. 567-624, 2015.

HAURIUO, Maurice. A instituição e o direito estatutário. Tradução de Evandro Fernandes de Pontes. *Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários*, São Paulo: Almedina, n. 4, p. 148-214, nov. 2016. Versão bicolunada francês-português.

HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. 2. ed. Niterói: LUAM, 1997.

JEDICK, Jared R. A change in the environment of plea bargaining: using the inspiration of administrative procedural safeguards like NEPA to add process protections. *Washington University Law Review*, v. 91, n. 5, p. 1325-1352, 2014. Disponível em: http://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6094&context=law_lawreview. Acesso em: 27 abr. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria general del derecho y del estado*. Traducción de Eduardo García-Maynez. México: Imprenta Universitaria, 1949.

KRAUSS, Rebecca. The theory of prosecutorial discretion federal law: origins and developments. *Seton Hall Circuit Review*, v. 6, n. 1, p. 1-28, Newark, NJ: Law Review Commons, 2009. Disponível em: <http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=circuit_review>. Acesso em: 27 abr. 2017.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Procedimento e sanções na lei anticorrupção (lei 12.846/2013). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 947, p. 267-279, set. 2014.

MACHADO, Leonardo Ruiz; LEITE, Karina da Guia. A responsabilidade dos sócios, administradores e conselheiros perante a lei anticorrupção. *Revista do Advogado*, São Paulo: AASP, v. 34, n. 125, p. 51-58, 2014.

MARINELA, Fernanda; PAIVA, Fernando; RAMALHO, Tatiany. *Lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MNOOKIN, Robert H.; PEPPET, Scott R.; TULUMELLO, Andrew S. *Beyond winning: negotiating to create value in deals and disputes*. 2nd. ed. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

MUÑOZ NEIRA, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos: fundamentos constitucionales, panorama procesal, principio de oportunidad, juicios por jurado, principales diferencias con el derecho colombiano*. Bogotá: Legis, 2006.

_____. *Los orígenes del sistema penal acusatorio en Colombia: influencia del derecho estadounidense en el proceso penal colombiano*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PETRELLUZZI, Marco Vinício; RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. *Lei anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PONTES, Evandro Fernandes de. Dissolução compulsória da pessoa jurídica: desafios sobre a lei 12.846/2013 e o Sistema Financeiro Nacional. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 155-239, mar./abr. 2016.

_____. *Conselho fiscal nas companhias abertas brasileiras*. São Paulo: Almedina, 2012.

_____; ALBERNAZ, Flávio Böechat. Contraditório e inquérito policial no direito brasileiro. In: Choukr, Fauzi Hassan, (Coord.). *Estudos de processo penal: o mundo à revelia*. São Paulo: Agá Juris, 2000, p. 173-196.

SANTOS, José Anacleto Abduch; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *Comentários à lei 12.846/2013: lei anticorrupção*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; DINIZ, Eduardo Saad. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei anticorrupção*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

SPINELLI, Luis Felipe. *Exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

TANJI, Márcia. *Mercado de capitais brasileiro e a tutela coletiva dos interesses*. 2009. 203 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial)-Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

TEIXEIRA, Tarcísio; BATISTI, Beatriz; SALES, Marlon de. *Lei anticorrupção: comentada dispositivo por dispositivo*. São Paulo: Almedina, 2016.

YAZBEK, Otávio. *Regulação do mercado financeiro e de capitais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LEITURAS ADICIONAIS EM NOSSA BIBLIOTECA

CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. Compliance empresarial e investigação preliminar. In: SOUZA, Bernardo de Azevedo e; SOTO, Rafael Eduardo de Andrade (Org.). *Ciências criminais em debate: perspectivas interdisciplinares*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 387-403.

DIPP, Gilson Langaro; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. *Comentários sobre a lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUARAGNI, Fábio André; MARIA SOBRINHO, Fernando Martins. A natureza da contribuição da pessoa jurídica na apuração das infrações previstas na lei anticorrupção. In: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; MARGRAF, Alencar Frederico (Org.). *Direito e justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia*. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2016. p. 365-382.

Direito à saúde: possibilidade de pretensão indenizatória para sua eficaz tutela

Right to health: possibility of indemnification claim for your effective protection

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Saúde e o Sistema Único de Saúde; 3. Políticas públicas: apontamentos; 4. Responsabilidade civil do Estado; 5. O Recurso Especial nº 1.378.083-PR; 6. O dano moral coletivo no STJ; 7. Considerações finais; 8. Referências Bibliográficas.

* Doutorando em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo-USP; mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina-UEL. Professor da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. Promotor de Justiça no Ministério Público do Paraná.

RESUMO: Em razão das características vinculadas à saúde, torna-se imperiosa a prestação de qualificadas ações e serviços em seu favor através de políticas públicas sanitárias. Ao se abster de operacionalizá-las ou ao executá-las indevidamente, gerando dano de ordem material ou moral a usuários do Sistema Único de Saúde-SUS, o Estado (gênero) pode e deve ser demandado a respeito, surgindo a pretensão de natureza indenizatória - quando presentes os pressupostos caracterizadores de responsabilidade estatal -, como relevante medida para se assegurar grau de resolutividade apto a proporcionar bem-estar físico, mental e social a todos devido.

ABSTRACT: *Due to the characteristics related to health, it becomes imperative to provide qualified actions and services in your favor through public health policies. By abstaining from operationalizing them or improperly executing them, resulting in material or moral damage to users of the "Sistema Único de Saúde-SUS", the State (genre) can and should be demanded of respect, appearing the claim of indemnity nature - when present the assumptions characterizing state responsibility - as a relevant measure to ensure a degree of resoluteness to provide physical, mental and social well-being due to all.*

PALAVRAS-CHAVE: Saúde; Políticas Públicas; Responsabilidade Civil do Estado; Pretensão Indenizatória; Dano material e moral coletivo.

KEYWORDS: *Health; Public Policies; Civil Responsibility of the State; Indemnity claim; Material and moral collective damage.*

1. Introdução

O texto constitucional atribui às ações e serviços de saúde a qualidade de relevância pública (art. 197, da C.F.), posto que fundamentais para a adequada formação, desenvolvimento, manutenção e sobrevivência de todos os seres humanos. Por isso, devem ser enxergados através de rico olhar e deferência, surgindo para o Poder Público o dever-poder de prestá-los e garanti-los no interesse de cada um e da sociedade como um todo.

Muito embora o avanço normativo revelado por intermédio da atual ordem constitucional, constata-se persistir sensível distância entre o previsto constitucionalmente e as iniciativas e medidas dispensadas à população no campo sanitário, pois comumente se observam notícias de desagrado, descontentamento em torno da forma como tais ações e serviços são ofertados e da falta de adequada tempestividade em suas respectivas prestações.

Apesar de a saúde pública brasileira realizar atividades consideradas como exemplares – dentre as quais aquelas afetas às campanhas de vacinação, transplantes e tratamento ofertado aos portadores de HIV/AIDS –, perduram insatisfações em relação ao agendamento e realização de consultas e exames especializados, no fornecimento de assistência farmacêutica, na disponibilização de leitos.

Nesses casos, percebe-se o deliberado afastamento dos valores integrantes do Estado Democrático de Direito e de regras norteadoras do direito constitucional à saúde, dessa maneira desacompanhando as transformações e a realidade em vigor, imoral, ilegal e inconstitucionalmente restringindo-os.

Diante desse negativo contexto, no mínimo esquece-se que a garantia de oferta de ações e serviços de saúde deve dar-se através de contínuos e eficientes atos de gestão, prestação e regulação, de modo a assegurar, com organização e planejamento, a proteção constitucional direcionada ao direito à saúde. A partir dos princípios, diretrizes e das regras que lhe são peculiares, há a necessidade de a formulação e implementação de políticas públicas se efetivarem de forma gradual, progressiva e sem indevidos retrocessos, sobretudo porque em função das constantes mudanças vivenciadas a cada novo dia, fruto da contínua mutabilidade das questões econômicas, sociais, culturais, políticas e científicas, a seara da saúde precisa ser constantemente

revisitada e repensada, com o propósito de que suas iniciativas se mantenham atuais e, assim, façam frente à atenção sanitária devida à população.

A ausência de preocupação com essas premissas, concretamente tem fundada condição de gerar ameaça de lesão ou propriamente ofensa direta ao fundamental bem jurídico saúde, ocasionando a caracterização, na esfera pública, de afronta a direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e puramente individuais indisponíveis.

Certo que no terreno sanitário inapropriada se mostra a tutela somente quando constatada a degradação da saúde dos indivíduos ou concretizada violação às regras norteadoras de sua proteção, visto que muitas vezes a lesão derivada demonstra ser irreparável, decorrente do agravamento irreversível do estado de saúde, não poucas vezes dando causa à morte das pessoas, o que também indica a falta da resolutividade que necessita orientar sua defesa. Por isso, imprescindível atuar com o propósito de assegurar a prestação sanitária devida, antecipando-se à ocorrência do infortúnio ou da configuração de resultado danoso.

No entanto, a complexidade das circunstâncias que gravitam em torno da saúde - consoante será visto -, tende a produzir consequências que ultrapassam os esforços de caráter preventivo/inibitório e repressivo direcionados à sua tutela, originando lesões tangíveis ao direito à saúde.

Nessas hipóteses, a efetiva proteção do direito fundamental à saúde pode ser concretamente garantida através da formulação de pleito de natureza indenizatória, em situações nas quais a fruição do direito já se mostra passível de ocorrer de imediato, com identificação imediata da responsabilidade direta da pessoa ou das pessoas jurídicas de direito público interno, justificando o manejo de pretensão ressarcitória em favor dos pacientes usuários da rede pública ofendidos, lesados.

Para o desenvolvimento dos argumentos, inicialmente e com o intuito de proporcionar adequado alicerce à estrutura que se pretende apresentar e defender, breves e necessários comentários acerca da saúde e Direito Sanitário serão registrado, como forma de traçar seus contornos gerais e justificar que o direito à saúde deve ser garantido através de um conjunto de ações e serviços por parte da União, dos Estados e dos Municípios, assim proporcionando atenção sanitária qualificada e contínua aos indivíduos.

A partir da base construída, seguem argumentos sobre as características das políticas públicas de saúde, seu conceito, características e breves comentários a respeito de como devem ser formuladas e executadas para que o trato das questões de saúde, de forma continuada, seja tratado a partir de progressiva implementação e de contínuo aperfeiçoamento, a partir do prescrito pelo texto constitucional.

Posteriormente, destacam-se ponderações sobre a responsabilidade civil do Estado. Sequencialmente, em função dos fundamentos expostos será sinteticamente discorrido sobre a possibilidade e importância da pretensão ressarcitória de caráter coletivo em matéria de saúde, inclusive a partir de julgamento paradigmático levado a efeito pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça-STJ.

Ao final serão apresentadas ponderações conclusivas, destacando que na constante busca de resolutividade do direito à saúde, pleito de natureza indenizatória, em certos casos, mostram-se de grande valia para que se consiga alcançar tutela com eficácia jurídica, em conexão com o querer da sociedade.

2. Saúde eo Sistema Único de Saúde-SUS

A saúde¹ é direito fundamental, viabilizador da proteção da vida - nosso bem jurídico maior -, constituindo-se pressuposto da dignidade da pessoa humana e elemento, portanto, realizador do desfrute dos demais direitos. Por isso, inquestionavelmente merece ser de maneira contínua respeitada.

Tanto assim que as ações e os serviços de saúde são reconhecidos no campo constitucional como de *relevância pública*².

Essas circunstâncias impõem ao Estado (gênero) que atue diligentemente nas suas prestações, a fim de que a saúde seja apta, em quantidade e qualidade aos que delas necessitarem, devendo, por isso

¹ Concebida como o “estado completo de bem-estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de doença ou enfermidade” (Organização Mundial de Saúde).

² Art. 197, da C.F.

mesmo, ser universal³, igualitária⁴ e integral⁵, não havendo a possibilidade de se prestar “meia-saúde”, o que é à toda vista inaceitável e fere diretamente sua fundamentalidade.

Para materialização desses preceitos, optou o constituinte por criar o Sistema Único de Saúde-SUS que, através de um conjunto de ações de saúde por parte da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios, busca proporcionar o bem-estar físico, mental e social a todos devido, com atenção qualificada e contínua aos indivíduos, de acordo com o preconizado no respectivo plano de saúde⁶.

Mas, para alcançar esse fim, em respeito ao atendimento integral e resolutivo a que os pacientes usuários do Sistema fazem jus, as iniciativas de saúde não podem contar com estrutura restrita ao Município ou ao Estado individualmente considerado, já que existem aqueles que não possuem em seus territórios condições de ofertar ações e serviços de saúde compreendidos como de alta⁷ e de média⁸ complexidade, por exemplo; razão pela qual a elaboração e execução de consensos e estratégias regionais mostram-se de rigor, no intuito de restar assegurada aos usuários do SUS a possibilidade de terem acesso às ações e serviços, independentemente da complexidade requerida à sua efetivação. Nesse processo, incluem-se fluxos de encaminhamento (referência) e de retorno dos pacientes ao local de origem, com informações sobre o atendimento realizado (contrarreferência). Esse fluxo oportuniza mecanismos mais ágeis de marcação de consultas

³ Acesso garantido às ações e serviços de saúde para toda a população, em todos os níveis de assistência, sem a possibilidade de imposição de qualquer preconceito ou privilégio.

⁴ Atenção à saúde com igualdade, tratando os iguais de forma igualitária e os desiguais de forma desigual, com vistas a restar alcançada a igualdade substancial.

⁵ A oferta de saúde deve incluir ações de prevenção, recuperação e tratamento em qualquer nível de complexidade, levando-se em consideração que o ser humano é uma totalidade, um todo indivisível.

⁶ Consiste na proposta de planificação da atenção à saúde, entabulado entre os Conselhos de Saúde e Gestores do SUS e onde constam dados sobre as prioridades de ações e serviços de saúde a serem desenvolvidos e metas a serem alcançadas.

⁷ Procedimentos de alta tecnologia, propiciando à população acesso a serviços mais qualificados. Por exemplo: assistência ao paciente oncológico, cirurgia cardiovascular, unidades de terapia intensiva etc.

⁸ Nível intermediário, com assistência de profissionais especializados e recursos tecnológicos para diagnóstico e fins terapêuticos. Por exemplo: procedimentos traumatológico-ortopédicos, patologia clínica, etc.

especializadas e de solicitação de vagas para internações, de forma a evitar o desgaste do usuário e a realização de despesa financeira pública desnecessária.

No entanto, para o sempre aguardado sucesso dessas tarefas, os gestores devem encarar e assegurar satisfação ao constante desafio obrigacional de proporcionar saúde à população com o máximo de efetividade, diante da natureza essencial e indisponível desse bem (saúde), inclusive porque linhas mais do que gerais já estão traçadas no âmbito constitucional e infraconstitucional para proporcionar o adequado conhecimento, planejamento e gerenciamento das questões sanitárias.

Porém, conquanto o Sistema Único de Saúde já tenha alcançado evolução substancial, ainda precisa se aperfeiçoar em diversas ações e serviços que disponibiliza aos seus usuários, a ponto de, diariamente, falhas e imperfeições poderem ser constatadas.

A inobservância das regras norteadoras do SUS tem condições de gerar tristes e graves conseqüências, sendo que a não resolução dos problemas contribui para o incremento de morbidade⁹ e de mortalidade¹⁰.

Logo, inviável manter-se neutro e distante desses negativos aspectos, tornando de rigor aos operadores do Direito - em razão de suas atribuições ou de suas competências, compreender a necessidade do dever indeclinável de agir -, no âmbito extrajudicial (preferencialmente) ou judicial, com vistas ao fortalecimento do direito constitucional à saúde.

Em outros termos, quando necessária interpenetração do direito na seara política-sanitária, impõe-se o exercício de atividade capaz de garantir progressiva melhora quantitativa e qualitativa das ações e serviços de saúde, o que se dá através da implantação de políticas públicas.

Mas quais aspectos caracterizam tais políticas? Na tentativa de resposta a essa questão, traçam-se considerações a respeito no tópico a seguir.

⁹ Conjunto de circunstâncias indicadoras do número de indivíduos que adquirem doenças (ou determinadas doenças) em determinado espaço de tempo.

¹⁰ Conjunto indicador do número de indivíduos que entraram em óbito em determinado lapso de tempo.

3. Políticas públicas: apontamentos

Restringindo-se aos limites deste trabalho, cumpre ressaltar que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem dar causa a certas ações, programas, medidas e serviços, tendentes a, de forma articulada, planejada e contínua, operacionalizar e garantir concretude aos objetivos de ordem pública a eles inerentes.

O ordenamento jurídico reconheceu a necessidade de se assegurar tutela a certos bens, a fim de que possam restar, inclusive, adequadamente usufruídos, sendo certo que as balizas de proteção e de respectiva concretização devem seguir a principiologia constitucional, atualmente fundada no Estado Democrático de Direito, no qual o respeito à cidadania e a dignidade da pessoa humana, ao seu turno, constituem-se pontos nodais.

Em vista disso, diante de bens tutelados juridicamente, sobretudo aqueles constitucionalmente protegidos, como a saúde, por exemplo, o Poder Público deve, através de crescente e eficiente formulação e implementação de ações, programas, medidas e serviços, garantir o acesso universal e igualitário às suas atividades.

Tais iniciativas (ações, programas, medidas e serviços) constituem-se na definição de políticas públicas, essenciais para que estratégica e planejadamente, o suporte normativo constitucional e infraconstitucional ganhe eficácia jurídica e social em torno de uma finalidade ou objetivo determinado.

A formulação e implantação de políticas públicas repercutem na ordem jurídica, posto que podem ser consideradas constitucionais/inconstitucionais ou, então, legais/ilegais, ganhando realce na medida em que possuem condições de concretizar os princípios e regras que lhes dão origem e significado, protegendo e promovendo direitos.

O encarregado de levá-las a efeito é o Estado (gênero), tanto através de seus órgãos da administração direta, quanto indireta, não ficando restritas à função executiva do Estado, eis que o poder em si é uno e a sua tripartição, consoante preconizada por Montesquieu, tem por escopo apenas melhor organizá-lo, controlá-lo e racionalizá-lo. Em razão da unidade do poder, melhor torna-se falar em funções com atividade legislativa, administrativa

e jurisdicional, independentes e harmônicas entre si¹¹ e, nesse sentido: “a tripartição clássica dos Poderes do Estado não obedece, no direito positivo, à rigidez com a qual fora idealizada. O executivo freqüentemente legisla (Const., arts 68 e 84, inc. IV), o Legislativo é chamado a julgar e o Judiciário tem outras funções, além da jurisdicional. Tal tendência faz-se presente em todas as organizações estatais modernas”.¹²

Assim, visto que, ao seu turno, o Legislativo e o Judiciário podem elaborar políticas para a execução de suas correspondentes competências, com o escopo maior de, em respeito ao interesse público (primário)¹³, assegurar respeito à consolidação do Estado de Direito, além da tutela de direitos. Por exemplo, quando o Judiciário concebe, formaliza e executa programa de metas, objetivando assegurar tramitação e julgamento prioritários às questões que envolvam a proteção de bens jurídicos essenciais, assim evitando que idosos, crianças e adolescentes venham a sofrer, ainda que eventualmente, situação considerada como de risco.

Em outros termos, incumbe ao Estado, doravante compreendido em seu caráter geral, conceber e implantar políticas públicas, com observância dos critérios e parâmetros dispostos na Constituição Federal.

Paralela e felizmente, cada vez mais permite-se à sociedade e aos órgãos de controle social participarem de sua formação e desenvolvimento.

Por isso que, atualmente, a título de exemplo, o Estado deve assegurar que as ações e serviços destinados a promover, proteger e recuperar a saúde - de maneira integral, universal e gratuita, em todos os níveis de atenção (básica, média e de alta complexidade) -, ocorra mediante a constante instituição de políticas públicas legitimadas pela sociedade, contando, no mínimo, com a concordância e contínua fiscalização dos conselhos de saúde,

¹¹ MAGGIO, Marcelo Paulo. *Condições da ação – com ênfase à ação civil pública para a tutela dos interesses difusos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 39/40.

¹² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. 21. ed. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 166.

¹³ O interesse público primário é o que reflete o bem geral, da sociedade ou da coletividade como um todo, onde podem ser incluídos alguns que, ante a sua reconhecida importância, passaram a ser tratados como indisponíveis. Ocorre quando a necessidade for referente a toda comunidade. Ajusta-se ao interesse social, que é o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo.

nas áreas destinadas ao exercício da vigilância sanitária, epidemiológica, assistência farmacêutica e outras também essenciais à estruturação e ao aperfeiçoamento do Sistema Único de Saúde-SUS. Mister registrar que necessitam ser duradouras, não ficando refém da vontade política do gestor da ocasião, o qual, neste campo, deixa de deter poder discricionário e, assim, permite-se avançar no *iter* afeto ao processo democrático, rumo à sua consolidação.

Conclusivamente, após afirmar que a participação do povo é indispensável à defesa do direito à saúde, a culta Prof. Sueli Gandolfi Dallari apresenta ensino sempre de caráter atual, no sentido de que:

“Em suma, a defesa do direito à saúde exige, em última instância, que o Poder Judiciário verifique a participação do povo em cada momento da implementação das políticas públicas com repercussão em seu estado de saúde: desde a elaboração da lei até a prestação do serviço. É absolutamente necessário, na República e no Estado Democrático de Direito, que os operadores do direito contemporâneo examinem se as pessoas participaram da operação de tornar mais preciso o conceito de saúde naquela determinada comunidade, a fim de que ele pudesse ser utilizado pelos gestores públicos, e se elas continuaram a participar para assegurarem-se de que as ações implementadas para promover, proteger e cuidar de sua saúde atendem ao conceito democraticamente estipulado”¹⁴.

Por isso, não basta dar origem às políticas públicas, sobretudo as relacionadas aos direitos fundamentais sociais destacados na ordem constitucional, eis que deve haver contínua preocupação de que restem executadas a contento, sendo certo que a fiscalização pode ocorrer e merecer ser incentivada através da própria sociedade, no atual estágio democrático participativo, através dos conselhos de saúde e de fóruns de participação popular (audiências públicas, conferências de saúde).

Claro que a concepção e a instituição de políticas públicas não se mostram hábeis a garantir a plena tutela jurídica reservada à saúde. Porém, inegavelmente contribuem para sua proteção, na medida em que favorecem a oferta e o alcance da estrutura, das ações e dos serviços reclamados pela

¹⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi. *Poderes republicanos e a defesa do direito à saúde. Evolução da proteção do direito à saúde nas Constituições do Brasil*. In: ALVES, Sandra Mara, DELDUQUE, Maria Célia e DINO NETO, Nicolao (orgs). *Direito sanitário em perspectiva*. Brasília: ESMPU: FIOCRUZ, 2013, v. 2, p. 29.

sociedade. Assim, não obstante a apuração de sensível déficit, a implantação de política pública hábil a garantir resolutividade à atenção básica¹⁵ tende a repercutir positivamente no asseguramento de atividades afetas ao nível primário do SUS.

Dessa forma, se a partir do disposto na ordem jurídica¹⁶, no plano de saúde, do deliberado pelo Conselho de saúde, ocorrer a implementação de política pública destinada a assegurar a realização de transplantes, a observância de que se mostra, com o passar do tempo, aquém da demanda exigida, seus propósitos e termos devem naturalmente se ajustar à realidade atual¹⁷.

O atrelamento das políticas públicas à realidade social é necessário para que se mantenha eficiente e coesa ao objetivo maior de garantir o aperfeiçoamento gradativo da sociedade, atrelado ao trinômio liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade).

Ademais, as políticas públicas, via de regra, concretizam-se a partir de ações estatais que devem ilustrar, em sua plenitude, o destacado reconhecimento constitucional da relevância pública da saúde, as quais não podem deixar de compor centralmente a agenda política estatal, sob pena de

¹⁵ Consubstancia-se no conjunto de ações de nível primário de assistência à saúde, capaz de oferecer a entrada no sistema de saúde para todas as necessidades do usuário, constituindo, em verdade, no seu primeiro contato com o SUS, sendo realizado pelas especialidades básicas de saúde (clínica médica, pediatria, obstetrícia e ginecologia), com vistas à proteção, promoção e recuperação dos problemas mais frequentes e relevantes de saúde da população.

¹⁶ Constituição Federal (art. 199, §4º), Lei Federal nº 9.434/97 e Decreto Federal nº 2268/97.

¹⁷ A respeito, com propriedade esclarece Patrícia Helena Massa-Arzabe: *“Sobrevindo a decisão conformadora da política, inicia-se a implementação, que deverá observar os princípios e diretrizes, prazos, metas quantificadas etc. A avaliação, que se dá por vários métodos, vai verificar o impacto da política, se os objetivos previstos estão sendo atingidos e se há algo a ser modificado, isto é, irá aferir a adequação de meios a fins, promovendo a relegitimação ou a deslegitimação da ação pública e também fornecendo elementos para o controle judicial, social ou pelos tribunais de contas.*

É importante vincar, por fim, que os órgãos e instâncias diretamente envolvidos na execução da política, assim como entidades do setor privado, nas hipóteses de convênios ou parcerias, não agem em livre discricionariedade, mas guiados e vinculados numa perspectiva ampla, pela Constituição e pelos tratados internacionais de direitos humanos, e numa perspectiva estrita, pelos princípios e diretrizes e objetivos imediatos e mediatos traçados na política pública”. MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*. In: BUCCL, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 70/71.

se tornarem mera promessa constitucional, sujeito às pressões e conjunturas políticas e econômicas. Ao contrário, diante da indispensabilidade da saúde à preservação da própria vida e, portanto, de sua fundamentalidade, as políticas públicas de saúde precisam perenemente garantir a promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos.

Diante dessas premissas, as políticas públicas devem ir além do conteúdo teleológico, finalístico de proporcionar a atenção, o tratamento devido, no intuito de, em toda a sua extensão e profundidade, funcionarem para concretizar direito fundamental publicamente reconhecido pela ordem constitucional e infraconstitucional, tanto em áreas restritas/setoriais (transferência de recursos para a manutenção da atenção básica), quanto em áreas abrangentes/multissetoriais (epidemiologia), de acordo com o compreendido como ideal pela sociedade.

Dessa forma, a curto e a médio prazos, deve-se planejar políticas públicas amparadas em ações coordenadas, no intuito de se assegurar, continuamente, o concebido em normas jurídicas de alto grau de juridicidade, como as constitucionais que tratam da saúde, no Estado Democrático de Direito.

A isso ainda merece somar-se o argumento de que a estruturação e prestação do direito à saúde dependem de políticas públicas, a serem executadas com prioridade à prevenção, sem olvidar da intervenção curativa, quando necessária, merecendo prevalecer na ponderação com outros interesses do Estado¹⁸.

Caso o cumprimento dessas obrigações não ocorra, possível pensar na configuração de responsabilidade civil do Estado, conforme será exposto a partir do item a seguir.

¹⁸ “Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo — uma vez configurado esse dilema — que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.” (STF— Petição n.º 1246-1-SC - MIN. CELSO DE MELLO).

4. Responsabilidade civil do Estado

A partir do exposto nos tópicos anteriores, possível perceber a existência de obrigações certas e indeclináveis do Estado (gênero), dentre as quais, na esfera da saúde pública, podem ser citadas o dever de manter apropriados serviços de vigilância sanitária, ações relacionadas à atenção básica, média e de alta complexidade, ao aperfeiçoamento do controle social, de combate da dengue, garantidoras dos direitos dos pacientes do Sistema Único de Saúde, do correto financiamento da saúde, da assistência farmacêutica, de proteção à saúde mental, do tratamento fora de domicílio, de transplantes, de fluxos inibidores da infecção hospitalar, de respeito aos planos de saúde em vigor junto aos entes da Federação, os quais precisam ser implementados a partir de adequadas políticas públicas.

Na hipótese de tais aspectos não serem observados, fatalmente a saúde e a vida de inúmeros usuários do SUS acabarão comprometidas em algum momento, com capacidade de gerar prejuízos concretos aos pacientes.

Ultrapassada a fase na qual a efetiva prevenção poderia ser trabalhada, executada, bem como configurada a afetação danosa a esses fundamentais bens jurídicos, danos à esfera material e moral dos pacientes podem restar configurados.

Necessário destacar que a afronta à saúde – tal qual à educação, ao meio ambiente –, muitas vezes impossibilita a busca de sua proteção através de requerimento de concessão de tutela específica, de reparação *in natura*, com vistas ao desfazimento do ilícito e à reversibilidade do dano, respectivamente. Por isso, existirão situações nas quais a eficaz tutela dos usuários da rede pública de saúde, decorrente de atuação/omissão das pessoas jurídicas de direito público interno, tem condições de estar atrelada a pleito de natureza indenizatória, com o propósito de reparar os danos morais e patrimoniais sofridos pelos pacientes.

Imagine-se o seguinte exemplo: determinado Estado deixou injustificadamente de dispensar órteses que o próprio Sistema Único de Saúde já havia reconhecido como devidos a crianças e adolescentes que habitam em seu território. Em razão do considerável atraso, verificou-se que os produtos confeccionados e adquiridos posteriormente não mais se prestam à terapêutica inicialmente prescrita, visto que os usuários cresceram fisicamente e as medidas desses aparelhos já não mais são adequadas à compleição física desses

pacientes, a ponto de obrigar, dentre outros fatores, a renovação do processo de confecção e de aquisição das órteses, procrastinando ainda mais a correção ou a estabilização do quadro de saúde desses usuários, de maneira a agravar sensível e concretamente o estado de saúde dos aludidos pacientes. Portanto, os prejuízos à saúde ocorreram e são detectáveis. Além de providências para que o mais imediatamente possível se permita que os infantes e àqueles na adolescência possam se valer desses produtos, a pretensão indenizatória *in casu* revela-se medida justa, enquanto providência capaz de não apenas reparar os custos, as despesas arcadas pelos respectivos responsáveis por tais pacientes durante todo o período de indevida não entrega, mas também e sobremaneira o sofrimento moral por eles vivenciado, a partir da reprovável falta de organização, de planejamento e de desconsideração aos princípios norteadores do SUS, por parte da gestão de saúde estadual.

Essencialmente deve-se ter preocupação com a integral proteção do direito material fundamental, diante de seu valor e significado individual indisponível e coletivo em sentido amplo. Caso verificado prejuízo, dano, a perda, plenamente possível se pensar em tutela através do ressarcimento, por intermédio da indenização¹⁹.

E, nesses termos, impõe-se ao Estado a obrigação de criar condições objetivas, possibilitadoras do efetivo acesso da população às ações e serviços de saúde. Caso o faça indevidamente ou deixe de fazer, ocasionando prejuízo a direitos, com percepção de que restou configurada relação de causalidade entre a antijuridicidade da ação comissiva ou omissiva e os danos causados, deve o ente público arcar com os prejuízos suportados pelos usuários do SUS que tiveram seus direitos assegurados vilipendiados e assim conseguirem demonstrar.

A Constituição Federal, no *caput* do art. 37 e em seu § 6º, expressamente dispõe que a Administração Pública deve obedecer aos

¹⁹ Assinala Sérgio Cruz Arenhart: “A tutela ressarcitória é aquela que lida com a questão do dano, oferecendo solução *a posteriori* para este. Tem por objetivo reparar o dano já causado, recompondo o patrimônio jurídico do ofendido à sua situação anterior. Pode dar-se por forma de reparação específica ou, ainda, por equivalente pecuniário. Em regra, quando se pensa em reparação do dano, imagina-se que esta se faz exclusivamente pelo montante pecuniário equivalente. Todavia, não se pode esquecer que esse ressarcimento também pode dar-se pela recomposição *in natura* do patrimônio da vítima, impondo ao agente da violação o dever de restituir, ao patrimônio jurídico do ofendido, exatamente aquilo que lhe fora subtraído”. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 118.

princípios de legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, com o acréscimo de que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos obrigam-se a responder pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, ocasionarem a terceiros.

Da leitura desse dispositivo, constata-se que responsabilidade civil que se imputa ao Estado por ato danoso é de ordem objetiva, impondo-lhe o dever de indenizar se se verificar dano ao patrimônio de outrem e nexo causal entre o prejuízo e o comportamento do agente público²⁰.

De maneira detalhada, após comentar sobre os elementos que compõem o § 6º, do art. 37, do Texto Fundamental, José dos Santos Carvalho Filho assinala que a responsabilidade objetiva do Estado - caracterizada pela “*desnecessidade de o lesado pela conduta estatal provar a existência de culpa*” -, restará configurada a partir de três pressupostos. O primeiro diz respeito ao *fato administrativo*, caracterizado pelo agir comissivo ou omissivo imputado ao Poder Público. O segundo refere-se ao *dano*, o qual poderá ser de caráter material ou de ordem moral, decorrente do prejuízo decorrente da conduta estatal. O terceiro atrela-se ao *nexo causal* existente entre o fato administrativo e o dano, limitando-se o prejudicado a demonstrar que o dano sofrido derivou do agir estatal, acrescentando que pouco importa perquirir o dolo ou a culpa²¹.

Com idêntica linha de raciocínio, Odete Medauar assinala que a responsabilidade do Estado, na grande parte dos ordenamentos jurídicos, possui feição objetiva. Por isso, desnecessário buscar investigar o dolo ou a culpa do agente. Basta a constatação de relação de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Estado e o prejuízo arcado pela vítima. Uma vez demonstrado o nexos causal, o “Estado deve ressarcir”.²²

²⁰ “O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, assim, o princípio objetivo da *responsabilidade sem culpa* pela atuação lesiva dos agentes públicos e seus delegados. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19ª edição. São Paulo; Malheiros. 1994. p. 560. No mesmo sentido: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di Pietro. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, p. 649.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 605.

²² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 430.

Assim exposto e considerando que a Constituição e a legislação infraconstitucional não podem ser interpretadas como meros ornamentos - mas sim como um conjunto harmônico de postulados para os quais se necessita direcionar efetividade real, inclusive para restar assegurada integral proteção à dignidade da pessoa humana -, comprovado o dano, surge para o Estado a obrigação de promover a efetivação da indenização devida. Afinal, os serviços de saúde necessitam ser eficazes²³ e os entes públicos possuem a responsabilidade jurídica e social de assegurar a contínua implantação e execução de políticas públicas.²⁴

Portanto, havendo na esfera sanitária a identificação de dano originado da atuação comissiva ou omissiva do Estado que, corolariamente, contribui para o agravamento da condição de saúde dos pacientes usuários da rede pública de saúde, justa se torna a responsabilização civil da pessoa jurídica de direito público.

Restrito aos limites deste trabalho, cumpre por fim destacar que, em matéria de saúde, a obrigação de indenizar os pacientes refere-se tanto aos prejuízos de cunho material - consistentes nos danos emergentes (aquilo que restou perdido) e lucros cessantes (aquilo que razoavelmente deixou de auferir), quanto pelos danos morais (reparação da ofensa, do sofrimento, do embaraço à tranquilidade do espírito ou da dignidade, proporcionalmente à lesão sofrida), na conformidade daquilo que cada um deles, individual e posteriormente vierem a demonstrar, de modo a assegurar, assim, a reparação mais integral possível.

²³ “Os serviços públicos em geral necessitam ter “qualidade”. Se o serviço for deficiente, o usuário deve ser indenizado, já que ele é contribuinte (direta ou indiretamente) e tem direito a uma prestação de serviço público de qualidade. VARGAS, Jorge de Oliveira. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional*. Curitiba, Juruá: 2000. p. 50.

²⁴ “Por outro lado, desde que exigível da Administração a execução da obra ou a prestação do serviço que teriam prevenido ou evitado o evento danoso sofrido pelo particular, identifica-se na conduta omissiva estatal a causa bastante para determinar a responsabilidade objetiva do Estado por sua reparação: no simples descumprimento de obrigação exigível já está embutida a ideia de culpa, só elidível se não demonstrada a excludente da inexigibilidade do ato omitido, posto como causa do dano, se demonstradas as exceções convencionais do caso fortuito, da força maior ou do ato próprio do ofendido”. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 286.

Porém, tais premissas encontram respaldo na jurisprudência? Existe a possibilidade de, na *práxis*, responsabilizar o mais completamente possível o Estado quando, fugindo do propósito garantir respeito ao interesse público primário, ocasiona prejuízo à saúde de pacientes, com negativos reflexos de ordem material e moral? Compreende-se portanto que sim, destacando-se nesse sentido o julgamento da questão concreta enunciada a seguir.

5. O Recurso Especial nº 1.378.084 - PR

Sinteticamente, trata-se Recurso Especial-REsp nº 1378084-PR interposto pelo Estado do Paraná contra acórdão proferido pela 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná que, por unanimidade dos votos de seus integrantes, houve por bem assegurar provimento à apelação cível interposta pelo Ministério Público do Paraná e, nesses termos: “a) responsabilizar o Estado do Paraná pelos danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes) e morais causados aos usuários do Sistema Único de Saúde SUS cadastrados nos programas de assistência farmacêutica mantidos pelo Estado do Paraná e dos pacientes que fazem jus a medicamentos por força de decisão judicial que deixaram de receber medicamentos a que faziam jus, em razão das mudanças no processo de aquisição dos fármacos, conforme o Decreto Estadual 284, de 13 de março de 2007, os quais deverão ser individualmente apurados e reparados, conforme o que for demonstrado em liquidação de sentença, nos termos do art. 97 e seguintes do CDC; b) estabelecer que os valores referentes aos danos materiais deverão ser atualizados desde a data do prejuízo (desembolso), mediante a utilização do INPC (IBGE) e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde o evento danoso até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009, quando, então, a título de correção monetária e compensação da mora, incidirão os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97); c) estabelecer que as indenizações pelos danos morais individualmente apurados sofrerão a incidência de juros de mora de 1% ao mês a contar do evento danoso até o pagamento, e deverão ser também corrigidas monetariamente a partir de suas fixações respectivas, mediante aplicação dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97); d) condenar o Estado do Paraná a publicar o dispositivo do acórdão na Imprensa Oficial e em 3 jornais de publicação diária, cuja circulação abranja todo o Estado, uma

vez por semana, no período de quatro semanas consecutivas; e) condenar o Estado do Paraná ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais)”²⁵.

Assim, pois se demonstrou e restou reconhecido após cognição judicial que o Estado do Paraná executava indevida política de assistência farmacêutica, não dispensando medicamentos que o próprio Sistema Único de Saúde-SUS já havia reconhecido como devidos a determinados pacientes e àqueles que deveriam receber fármacos por força de decisões judiciais, produzindo, a partir dessa conduta e com nexo de causalidade, tangíveis danos a usuários da rede pública de saúde.

Ao apreciar o recurso interposto pelo Estado do Paraná, o Ministério Público Federal posicionou-se pelo desprovimento da pretensão recursal do recorrente. Ao seu turno, em decisão monocrática proferida pelo douto Ministro Sérgio Kukina, do Superior Tribunal de Justiça-STJ, a irresignação recursal foi conhecida em parte, confirmando o decidido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, à exceção da condenação do recorrente ao pagamento de honorários em prol do Ministério Público do Estado do Paraná.

Para tanto, da fundamentação desse respeitável julgado observam-se argumentos no sentido de que: i) o Tribunal de origem bem conheceu e julgou as questões submetidas à sua análise, dirimindo a controvérsia submetida ao seu julgamento, não deixando de proporcionar a adequada prestação jurisdicional; ii) em relação ao termo inicial dos juros moratórios, o STJ tem posição assente de que a contagem, nas hipóteses de configuração de dano moral, inicia-se com a configuração do resultado

²⁵ Segue ementa: “Responsabilidade civil do Estado Ação civil pública Demora no fornecimento de medicamentos excepcionais (atualmente chamados de especializados) Pretensão indenizatória Legitimidade ativa do Ministério Público Tutela de interesses individuais homogêneos Presença de relevante interesse social Interesse processual Verificação de conflito de interesses Utilidade do provimento pretendido aos beneficiários Possibilidade jurídica do pedido Condenação genérica autorizada por lei Aplicabilidade do art. 95 do CDC Litisconsórcio passivo necessário entre União, Estado e Municípios Alegação afastadas – Responsabilidade solidária – Legítima a propositura contra apenas um dos co-responsáveis – Agravo Retido desprovido – Responsabilidade objetiva – Omissão específica de dever estatal Mau gerenciamento da política pública de fornecimento de medicamentos – Danos materiais (Danos emergentes e lucros cessantes) e morais evidentes e notórios – Recurso de Apelação provido. Recurso de Agravo Retido desprovido e Recurso de Apelação Cível provido. (TJPR - 2ª C.Cível - AC - 771181-9 - Curitiba - Rel.: Eugenio Achille Grandinetti - Unânime - - J. 01.11.2011).

danoso; iii) os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do Código de Defesa do Consumidor formam microsistema ou minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos, permitindo a intercomunicação entre os Estatutos do Idoso e da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que norteiam a tutela transindividual, de maneira a autorizar que seus institutos sejam utilizados com o propósito de alcançar a “adequada e efetiva tutela” e iv) o Ministério Público possui legitimidade de parte para propor ação civil pública para a proteção da saúde de pessoas, por ser esta um direito fundamental e indisponível, de grande importância social²⁶.

Portanto, para o integral e resolutivo resguardo do direito à saúde, cada vez mais claro está o reconhecimento jurisprudencial acerca da possibilidade de o ajuizamento de ação civil pública possuindo como objeto a cumulação obrigações de fazer com aquelas de feição indenizatória²⁷, nada impedindo que, igualmente com esses propósitos se ajuíze demanda coletiva - quando impossível a resolução extrajudicial do conflito jurídico de interesses -, unicamente com pretensão de caráter indenizatório, consoante confirmado através do *decisum* paradigmático ora explicitado.

Afinal, diante da relevância pública do direito à saúde, de sua indisponibilidade para a proteção da vida e da dignidade da pessoa humana, torna-se possível exigir a constante e gradativa implantação de políticas sanitárias por parte do Poder Público. Caso assim não haja e reflexamente se dê causa à produção de dano a pacientes do SUS, o próprio sistema constitucional no regime democrático brasileiro previu a possibilidade de acesso ao Judiciário²⁸ para garantir sua adequada tutela.

Por isso, não sendo possível a garantia de tutela de maneira preventiva ou de modo específico, a reparação em geral, aliada à pretensão

²⁶ Após a decisão, ainda irrisignado, o Estado do Paraná manejou Agravo Interno, atualmente com vista ao Ministério Público Federal para a apresentação de impugnação aos seus termos (em 12.3.2017).

²⁷ Conferir: STJ. REsp 1382999/SC, Rel. Ministro Humberto Martins. 2ª T. julgado em 19/08/2014, DJe 18/09/2014 e STJ – Resp 637332/RR. 1ª Turma. Unânime. Rel. Min. Luiz FUX. Julg. Em 24/11/04. DJ de 13/12/04. p. 242. No mesmo sentido, em matéria ambiental: TJPR - 10ª C.Cível - AC - 453764-4 - Antonina - Rel.: Luiz Lopes - Unânime - - J. 03.06.2008; TJPR - 8ª C.Cível - AC - 448327-8 - Paranaguá - Rel.: João Domingos Kuster Puppi - Unânime - - J. 25.11.2008.

²⁸ Art. 5º, inc. XXXV, da Carta Magna.

indenizatória, mostra-se como importante medida, pois em conflitos de natureza transindividual - envolvendo ou não saúde -, a imposição de indenização - a qual pode ser objeto de direito de regresso contra o agente público responsável pelo dano (art. 37, § 6º, da C.F.) -, tem condições de produzir resultados positivos, enquanto resultado do tensionamento jurídico levado à consideração da função jurisdicional do Estado.

Tanto assim que, após o ajuizamento da ação civil pública com pedido de ordem indenizatória, apreciada no REsp nº 1378084-PR, a política de assistência à saúde no Estado do Paraná – conquanto ainda longe do ideal -, inegavelmente passou a ser melhor respeitada.

Nesse compasso, a partir de circunstâncias decorrentes de ofensa ao direito à saúde, a indenização proveniente de dano material ou moral, mesmo quando diante de conflitos transindividuais ou coletivos em sentido amplo, vem ganhando espaço.

6. O dano moral coletivo no STJ

Neste ponto específico, apenas com o objetivo de apresentar elementos indicadores de maior completude a este escrito, sem a vã expectativa de comentar *ex professo* sobre o assunto, destaca-se em acréscimo que a reparação do dano moral coletivo igualmente vem sendo admitida no âmbito de nossa Corte de uniformização.

Essa espécie de dano não fica restrita à esfera individual. Sabe-se que o prejuízo moral guarda conexão com atributos de dor, sofrimento, transtorno mental e outros que, do ponto de vista geral, são verificados a partir das circunstâncias que rondam o indivíduo afetado.

No entanto, existem situações em que determinada situação causadora de prejuízo dispersa-se, atingindo a coletividade dos integrantes da sociedade - em maior ou menor extensão -, tornando secundária a afetação individual suportada pelo ofendido, passando o dano transindividual a assumir contornos de prioridade.

Há ou não, na esfera sanitária, a caracterização de abalo moral enfrentado por pacientes portadores de HIV e de AIDS ao se verem privados do fornecimento dos medicamentos que compõem a terapia antirretroviral que lhes foi prescrita por alguns meses, em decorrência da falta de organização e planejamento do Gestor federal da saúde em abastecer os órgãos dispensadores no tempo e na quantidade devida?

Entende-se que sim. Ao incorporarem os pacientes às suas rotinas esses fármacos, torna-se imprescindível à respectiva terapêutica o uso regular e contínuo desses medicamentos. A falta de planejamento capaz de assegurar observância a esses aspectos inexoravelmente produzirá danos à saúde desses usuários, diante da forte tendência de terem enfraquecidos o sistema imunológico, com negativa afetação à qualidade de vida que o “coquetel” medicamentoso acaba por lhes proporcionar. Ademais, a compra de antirretrovirais junto à iniciativa privada é extremamente onerosa, não só em decorrência do custo de cada um desses medicamentos - usualmente se combinam no mínimo três -, mas também em razão do constrangimento, do caráter vexatório, do abalo físico e mental que os pacientes acabam por sentir ao tentar adquiri-los em farmácias, injustamente repercutindo esses aspectos nas atividades diárias desses pacientes, na relação familiar e comunitária na qual estão inseridos.

Importe consignar que o dano moral coletivo não somente resulta de agir omissivo da pessoa jurídica de direito público, visto que ainda pode decorrer de atitude comissiva. Assim, na hipótese na qual o ente público insiste em continuar a fornecer determinado insumo através do SUS, visto que ainda possui grande número em seus estoques, não obstante a comunidade científica manifestar-se contrariamente à sua prescrição e distribuição, visto existir comprovação técnica de que, ao invés de auxiliar na recuperação da saúde dos indivíduos, na verdade, agrava a condição orgânica e física das pessoas, em virtude das reações adversas a que acaba ocasionando. Nesse caso, também se mostra possível inferir prejuízo moral coletivo, visto que o Estado, apenas pensando no aspecto econômico, obriga os usuários a utilizarem desses produtos não mais aceitos cientificamente, impondo-lhes incerteza, insegurança, o fundado receio de virem a ter a saúde atingida pelo consumo dos insumos não mais aceitos pela ciência, mas ainda fornecidos sob o argumento de se acabar com aqueles muitos em estoque.

Por conseguinte, a partir desses exemplos, segundo se acredita, torna-se possível observar situações caracterizadoras de dano com extensão além do ser humano individualmente considerado, atingindo considerável número de pacientes, de modo injusto e não tolerável, em ofensa ao bem-estar a que fazem jus, aumentando o grau de vulnerabilidade que estão a vivenciar, assim permitindo a caracterização do dano moral coletivo, o qual inclusive *“prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, pois tal comprovação, embora possível na esfera individual, torna-se inaplicável quando se cuida de interesses difusos e coletivos”*²⁹.

A isso merece somar-se o fato de que, sinteticamente, uma vez comprovada a *razoável significância* da conduta causadora do dano e verificado o sentimento de rejeição social, o STJ vem considerando ser possível a configuração do dano moral coletivo³⁰, assim também equilibrando e tornando mais justa a relação entre a Administração Pública e os administrados, servindo para demonstrar que a pretensão de cunho indenizatório se constitui em importante elemento, capaz de assegurar resolutiva tutela ao direito fundamental à saúde.

²⁹ STJ, REsp 1.410.698/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30/6/2015; STJ, REsp 1.057.274/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 26/2/2010” STJ, REsp 1464868/SP, Rel. Min. Herman Benjamin. 2ª T, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016. No mesmo sentido: STJ, AgRg no AREsp 737.887/SE, Rel. Ministro Humberto Martins. 2ª T. Julgado em 03/09/2015, DJe 14/09/2015.

³⁰ A respeito: “Recurso especial. Dano moral coletivo. Cabimento. Art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Razoável significância e repulsa social. Ocorrência, na espécie. Consumidores com dificuldade de locomoção. Exigência de subir lances de escada para atendimento. Medida desproporcional e desgastante. Indenização. Fixação proporcional. Divergência jurisprudencial. Ausência de demonstração. Recurso especial improvido. I - A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie. III - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores. [...] (REsp 1221756/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda. 3ª T. Julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012)

7. Considerações Finais

Os gestores de saúde, em observância ditames constantes de nosso ordenamento jurídico, necessitam garantir a contínua implantação de políticas públicas no campo sanitário, posto que essenciais para a proteção da saúde (direta) e defesa da vida (indireta).

Na hipótese de determinado gestor de saúde abster-se de cumprir, parcial ou totalmente, bem como implementar e executar inadequada e ilicitamente políticas públicas necessárias à proteção da saúde, merece e deve a respectiva pessoa jurídica de direito público interno a ele afeta ser responsabilizada.

Quando impossível atuar preventivamente e alcançar a resolução da questão no âmbito extrajudicial, ou se exigir a imposição de tutela específica, de reparação *in natura*, com vistas ao desfazimento do ilícito e à reversibilidade do dano – como frequentemente ocorre na área da saúde -, a reparação do prejuízo decorrente reúne condições de ser objeto de pedido em ação coletiva, diante do registrado no microsistema norteador das demandas coletivas em sentido *lato*, das posições doutrinárias favoráveis e do cada vez maior reconhecimento judicial a respeito dessa possibilidade, inclusive no âmbito do STJ.

Ao se buscar o ressarcimento dos prejuízos sofridos por intermédio de amparo jurisdicional coletivo, amplia-se o rol de tutelas capazes de proteger o direito fundamental à saúde, oportuniza-se a concessão de resposta unitária aos conflitos transindividuais que resultam em danos a pacientes, evita-se que as decisões sejam proferidas de maneira contraditórias entre si, contribui-se para a diminuição de sobrecarga da função jurisdicional do Estado na apreciação de causas fragmentárias/individuais. Em acréscimo, torna praticável que o conflito jurídico de interesses seja dirimido de maneira mais célere e substancialmente igualitária, com condenação de cunho genérico.

Nesses termos, diante da ocorrência de prejuízo ao direito à saúde e da percepção de nexo de causalidade entre o ato administrativo comissivo ou omissivo em detrimento da saúde de usuários da rede pública, torna-se

justo o pagamento de indenização por parte do Estado (gênero), de forma ampla, abrangendo inclusive danos emergentes, lucros cessantes, além dos danos morais, de acordo com aquilo que cada um deles, individual e posteriormente, através de liquidação por artigos, consigam demonstrar como prejuízos sofridos e o *quantum* devido. Uma vez procedente o pedido, conforme reconhecido pelo STJ no REsp nº 1378084-PR, igualmente justa a condenação para que o ente público publique a parte dispositiva da sentença em órgão oficial e em jornais de grande circulação, oportunizando-lhes ampla ciência, a fim de que os usuários do SUS prejudicados possam postular de maneira distinta a indenização a que cada um tem direito.

Trata-se, portanto, de eficaz alternativa de proteção ao direito à saúde, permitindo que se some a outras, fazendo frente ao contínuo desafio de garantir a eficaz tutela da saúde!

8. Referências Bibliográficas

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. 21. ed. *Teoria geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Poderes republicanos e a defesa do direito à saúde. Evolução da proteção do direito à saúde nas constituições do Brasil. In: ALVES, Sandra Mara Campos; DELDUQUE, Maria Célia; DINO NETO, Nicolao (Org.). *Direito sanitário em perspectiva*. Brasília: ESMPU: FIOCRUZ, 2013, v. 2, p. 21-44. (Série pós-graduação).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAGGIO, Marcelo Paulo. *Condições da ação: com ênfase à ação civil pública para a tutela dos interesses difusos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. edição. São Paulo; Malheiros. 1994.

VARGAS, Jorge de Oliveira. *Responsabilidade civil do estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional*. Curitiba, Juruá: 2000.

LEIA, TAMBÉM, EM NOSSA BIBLIOTECA

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CARPENA, Heloisa. Questões atuais sobre o ressarcimento do dano moral coletivo. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Temas de responsabilidade civil*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2012. p. 223-235.

PINHEIRO Neto, Francisco Miranda. *Um estudo acerca da judicialização da saúde*. Fortaleza : Clube de Autores, 2009.

4.

Seção
Estudante

A fiscalização do sistema penitenciário pelo Ministério Público: falência da judicialização das políticas públicas

The inspection of the penitentiary system by the Public Prosecutor's Office: the collapse of judicialization of Public Policies

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O sistema penitenciário brasileiro; 2.1. Os órgãos da Execução Penal; 2.2. A superpopulação carcerária; 2.3. A problemática; 3. Ministério Público e as Prisões; 3.1. Instrumentos de contenção da superpopulação carcerária; 3.2. Ineficácia das medidas; 4. Conclusão; 5. Referências Bibliográficas.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2015). Pós-graduação em Direito na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR (2017).

RESUMO: A situação penitenciária brasileira se mostra cada vez mais caótica, sendo a superpopulação carcerária um de seus principais problemas. O Ministério Público, enquanto órgão responsável por fiscalizar a Execução Penal, é um dos baluartes da efetivação das políticas públicas destinadas a esta seara. Entretanto, a principal arma utilizada pelo *Parquet* é a proposição de ações judiciais, que nem sempre se mostram adequadas à resolução das mazelas do nosso sistema penal. Por meio da análise de dados e da verificação prática das medidas tomadas, o presente trabalho tem o objetivo de desmistificar a propositura de demandas processuais como o remédio adequado à resolução da crise penitenciária.

ABSTRACT: *The brazilian penitentiary situation is increasingly chaotic, as the mass incarceration is one of its main problems. The Public Prosecutor's Office, as one of the responsible parties for enforcement of the sentences, is also one of the foundations on the Public Policies effectiveness for this area. However, the main mechanism used by the Office is the filing of lawsuits, which are not always adequate to solve the problems of the Brazilian criminal system. Through the analysis of data and the empiric verification of the measures taken, this paper has the objective of demystifying the filing of procedural demands as the appropriate remedy to the resolution of the prison crisis.*

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público; Sistema Penitenciário; Fiscalização; Superpopulação; Judicialização.

KEYWORDS: *Public Prosecutor's Office; Penitentiary System; Inspection; Overpopulation; Judicialization.*

1. Introdução

Os últimos acontecimentos no âmbito carcerário vivenciados pelo país abriram mais ainda os olhos da população e do governo para a discussão acerca das condições das nossas penitenciárias, que historicamente vêm sendo antros de desrespeitos à dignidade da pessoa humana, bem como não cumprem de forma efetiva os escopos relativos à punição corporal.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, na ADPF 347, reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” no qual se encontram nossos estabelecimentos penais, tendo o Brasil sofrido represálias internacionais em razão do descaso com a população carcerária. Na ementa, o Supremo destacou:

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”¹.

Um dos problemas decorrentes das precárias condições das unidades penitenciárias – e causa determinante de outras mazelas – é a superpopulação carcerária, estimulada pela falta de vagas existente em nossa sistemática punitiva e que vem tentando ser combatida por alguns órgãos envolvidos com a execução das reprimendas.

Dentre outras, uma das formas de enfrentamento da questão é a judicialização de demandas pelo Ministério Público, o qual procura, por meio do processo – notadamente através das Ações Cíveis Públicas –, obstar novas violações, requerer melhorias, cobrar atitudes e pensar soluções. Entretanto, mesmo com estas ferramentas à mão, o excesso de contingente carcerário continua a existir consideravelmente, o que nos leva a questionar a efetividade das medidas.

O órgão ministerial do Estado do Paraná se propôs a analisar e questionar a efetividade da judicialização do problema da superpopulação carcerária brasileira, tendo as referidas discussões inspirado o presente

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. DJe. Brasília, 19 fev. 2016.

trabalho, que se prestará a avaliar a pertinência da crítica, ante todo o ambiente da temática penitenciária nacional.

Inicialmente, procurar-se-á descrever como está estruturado o sistema penitenciário pátrio e todas as suas características, modalidades e racionalidades, conforme a Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984).

Nesta senda, será necessária a verificação de quais os órgãos responsáveis pela fiscalização do âmbito executório, a fim de, posteriormente, mensurar a responsabilidade de cada agente na judicialização das demandas, procurando-se dar o destaque necessário ao Ministério Público, face o corte metodológico que aqui se pretende. Inevitavelmente, será dada a devida atenção ao âmbito do Poder Judiciário, ao qual incumbe o julgamento das demandas processuais propostas pelo *Parquet*.

Na sequência, entende-se como vital o debruçar dos olhos sobre a superpopulação carcerária propriamente dita. Para tanto, de início, faz-se mister a comparação da situação real com as determinações legais sobre as acomodações penais, as quais devem ser compatíveis com sua estrutura e finalidade. Em seguida, veremos como historicamente tentou-se tratar o tema no Brasil e se estas tentativas foram efetivas, confrontando-se com os dados colhidos sobre o contingente, o número de vagas, a comparação com outros países e a questão das prisões provisórias, penas alternativas e mandados pendentes.

Diante disto, com o prévio conhecimento de que o nosso país encarcera demasiadamente, será necessário entender as razões pelas quais esta cultura foi engendrada em nossa mentalidade, tratando-se a questão de forma global e contextualizada.

Após tal compreensão, é importante destacar quais as decorrências negativas do encarceramento em massa que fizeram o Supremo ressaltar as lesões à dignidade humana, apontando problemas rotineiros gerados pela falta de vagas no sistema, bem como tentando descobrir quais as consequências indesejadas da superpopulação carcerária, notadamente a criação e expansão das facções criminosas, protagonistas na crise de 2017.

Feita essa análise, será possível adentrar ao tema que se pretende discutir e gerar conclusões. De forma um pouco mais extensa, será descrita a atuação ministerial na seara executória, destacando-se os dispositivos legais

que regem o comprometimento do *Parquet* com a questão penitenciária, sua capacidade fiscalizatória e os instrumentos judiciais disponíveis.

Entretanto, não seria suficiente a indicação somente das soluções propostas pelo órgão ministerial. Para que se compreenda a abrangência da atuação do Promotor de Justiça, deve-se dar destaque aos possíveis meios que dispomos para dar alento à questão da superpopulação carcerária. Descrever-se-á, assim, as propostas que têm sido feitas para, então, verificar em quais áreas pode o Ministério Público se imiscuir mediante a instauração de um processo.

O ponto crucial da pesquisa será a observância da atuação e dos resultados práticos atingidos pelo *Parquet* na judicialização das demandas. Por questões metodológicas, a análise será circunscrita ao âmbito paranaense, de modo que serão avaliadas algumas das Ações Cíveis Públicas propostas nas Comarcas deste Estado, suas durações, efetividades, dificuldades, intercorrências, uniformidades, entre outros.

Neste âmbito, será feita a conferência da atuação dos Promotores de Justiça, em conjunto com os demais atores dos processos judiciais, como o magistrado e o administrador, responsável pela política penitenciária, que pode executar as alterações fáticas pleiteadas, dispor do orçamento, controlar os fundos existentes, etc.

Se comprovada a ineficiência das ações propostas pelo Ministério Público, buscar-se-á possíveis alternativas, políticas institucionais que tem sido tomadas, indicações de tendências e demais medidas passíveis de iniciar uma caminhada pela solução da crise carcerária nacional.

2. O sistema penitenciário brasileiro

Em decorrência da individualização da pena, o sistema penitenciário em nosso país é dividido de várias formas, apresentando diferentes modalidades de estabelecimentos prisionais, de acordo com o tipo de reprimenda privativa de liberdade imposto ao agente do delito, considerado o caráter progressivo de cumprimento da pena. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLVIII, determina que as penalidades serão cumpridas em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do sujeito.

O cárcere mais notável dentre aqueles adotados pelo Brasil é a chamada penitenciária, disciplinada no diploma executório a partir do seu art. 87. A mais caricata das prisões, protagonista em filmes e notícias que retratam o tema – e também enfoque principal do presente trabalho –, destina-se aos presos que cumprem pena de reclusão em regime fechado. Nesta modalidade, a legislação prevê que o condenado será alojado em cela individual com dormitório, aparelho sanitário e lavatório, devendo se constituir em um ambiente salubre e adequado à existência humana, com, no mínimo, 6 m² de área².

Tal modalidade segue a lógica estrutural concebida por Jeremy Bentham em seu “Panóptico”. Desde o século XVIII, concebe-se o espaço de confinamento fechado como um local de constante inspeção dos ocupantes – ou, ao menos, que estes ocupantes pensem que são observados –, cujo escopo é o confinamento, a solidão, o trabalho forçado e a instrução. O filósofo inglês concebeu o presídio dividido em celas separadas por partições, as quais dificultariam a comunicação entre os prisioneiros. Cada uma possuiria uma janela, responsável por iluminar o local (sem luz plena) e permitir a visão do inspetor, também viabilizada por grades de ferro finas. O inspetor, por sua vez, estaria posicionado no centro do estabelecimento, sendo capaz de ter uma visão holística dos detentos e, ainda assim, ocultar-se dos prisioneiros³.

Atualmente, em visita a um presídio em regime fechado pode-se observar a persistência de algumas destas características, como a divisão por celas (ainda que não mais totalmente incomunicáveis), a presença do “alojamento do inspetor”⁴ posicionado de modo a permitir a observação constante dos aprisionados, que se sentem constantemente vigiados pela existência de câmeras, e pautam sua vida no cárcere através do confinamento, do trabalho e da instrução.

Em seguida, a Lei de Execução Penal nos apresenta as colônias penais, podendo elas ser agrícolas, industriais ou similares. Tais colônias são destinadas àqueles reclusos em regime semiaberto, onde lhes serão disponibilizadas saídas temporárias e oportunidades de trabalho, com o fito de reinserir o condenado na sociedade.

² BRASIL. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Brasília, DF.

³ BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 19-22.

⁴ BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008, p. 21.

O cumprimento da reclusão em regime aberto se dá em estabelecimentos chamados de Casa do Albergado, que também servirão àqueles que tiveram cominada a reprimenda de limitação de fim de semana. Conforme a Lei de Execução Penal, as instalações do albergue devem se situar em prédios no centro urbano, separadas dos demais locais de aprisionamento e caracterizadas pela ausência de obstáculos físicos de prevenção à fuga. Ademais, impõe-se a existência de locais adequados para cursos e palestras, a fim de atingir os escopos ressocializadores da pena.

Para além do cumprimento da pena, existem estabelecimentos prisionais destinados a outras modalidades de constrição da liberdade. O Direito Penal também produz, como resultado da tipificação de condutas, a medida de segurança, destinada à repressão de atos criminosos cometidos por inimputáveis e semi-imputáveis. Para estes, os cárceres adequados são os Hospitais de Custódia. Comumente referidos como Complexos Médico-Penais, têm estrutura semelhante à das penitenciárias, focando suas atividades no tratamento salutar do custodiado. Além disto, muitos hospitais de custódia também possuem áreas destinadas ao trabalho manual daqueles absolvidos de forma imprópria.

Ainda, a legislação criminal brasileira admite as chamadas prisões processuais, onde inexistente pena, mas há a restrição de liberdade do indivíduo como medida excepcional, dada a periculosidade do suposto agente delitivo ou a gravidade concreta da infração por ele praticada. Constituem-se nas prisões em flagrante, nas temporárias e nas preventivas, as quais conduzem o preso provisório às Cadeias Públicas, também pontos centrais da pesquisa que aqui se propõe. Localizadas próximas a centros urbanos e com estrutura equivalente à das penitenciárias, usualmente são instaladas em Delegacias de Polícia, permitindo que o suspeito fique custodiado em local próximo ao seu meio social e familiar, como determina o art. 103 da Lei de Execução Penal.

A detenção, modalidade de pena privativa de liberdade mais branda que a de reclusão, restringe-se ao cumprimento em regime semiaberto ou aberto, assim como a prisão simples. Nesta, o sujeito deve ser mantido separado daquele que cumpre sua constrição de liberdade através da reclusão ou da detenção, pois destinada àqueles que cometeram contravenção penal.

2.1. Os órgãos da Execução Penal

Não obstante a grande sorte de estabelecimentos prisionais previstos em nossa legislação, é necessário dar efetividade aos ditames da norma que disciplina a matéria, de modo que se mostra essencial a existência de órgãos fiscalizadores da seara executória.

Segundo a nossa Lei de Execução Penal em seu artigo 61, são órgãos competentes para lidar com os estabelecimentos prisionais e suas vicissitudes: o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Juízo da Execução, o Ministério Público, o Conselho Penitenciário, os Departamentos Penitenciários, o Patronato, o Conselho da Comunidade e a Defensoria Pública. Entretanto, não se pretende delongar demasiadamente no tema, sob risco de fugir aos escopos do que se visa com a exposição, de modo que a descrição dos órgãos se limitará à respectiva importância na judicialização das demandas que miram na resolução da superlotação carcerária.

Assim sendo, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, ou simplesmente CNPCP, é uma entidade composta por 13 membros designados pelo Ministério da Justiça, dentre especialistas na área Penal, para propor diretrizes de política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e medidas de segurança. O Conselho segue contribuindo com a elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária, além de promover a avaliação periódica do sistema criminal para a sua adequação às necessidades do País. Ademais, dentre outras competências, tem a função de estimular e promover a pesquisa criminológica e de estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados, mostrando-se vital na inspeção e fiscalização dos estabelecimentos penais.

Tais atribuições do CNPCP, apesar de não estarem presentes no dia a dia das demandas judiciais, mostram-se vitais na harmonização do sistema carcerário brasileiro. Além disto, pode o Conselho representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal, bem como representar à autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.

Em seguida, como uma das figuras centrais do cotidiano das prisões brasileiras, ao Juízo da Execução cabe a apreciação das demandas executórias, tais como a decisão sobre unificação e soma das reprimendas, progressão e regressão de regimes, detração, livramento condicional e análise dos demais incidentes da execução. Não obstante esta importante atribuição processual, o magistrado também é responsável pela atuação fática na inspeção mensal dos estabelecimentos prisionais, cabendo-lhe tomar providências para o adequado funcionamento e para a apuração de eventuais responsabilidades. Além disto, é um dos incumbidos na interdição dos locais que estiverem funcionando em condições inadequadas.

Não menos importante, o Ministério Público aparece como figura vital na execução penal, pois, além de officiar no andamento processual, lhe incumbe fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e, mais importante, realizar os requerimentos para o desenvolvimento da ação judicial, instaurar incidentes de desvio ou excessos de execução e interpor recursos, entre outros. Também é atribuição do *Parquet* a visita mensal aos estabelecimentos prisionais, cabendo-lhe o ajuizamento de ações civis públicas para a cobrança de melhorias de condições nas prisões e delegacias, bem como requerer suas interdições, com base no artigo 25, inciso VI, da Lei nº 8.625/1993⁵ e artigo 67 da Lei nº 7210/1984.

Ao Conselho Penitenciário também cabe a inspeção de estabelecimentos prisionais e outros serviços penais, supervisionando os patronatos e apresentando importantes relatórios no primeiro trimestre de cada ano ao CNCPC. Aos Departamentos Penitenciários, da mesma maneira, designou-se a inspeção e fiscalização periódica dos estabelecimentos penais, bem como o estabelecimento de convênios para a implantação e capacitação de pessoal. Ademais, lhe incumbe fazer o cadastro nacional de vagas existentes, numa tentativa de conter a superpopulação carcerária.

Em atuação um pouco mais incipiente nas questões processuais, o Patronato se ocupa em prestar assistência aos albergados e aos egressos, bem como em orientar os condenados a penas restritivas de direitos. Também possui incumbências fiscalizatórias, ao passo que é o responsável por monitorar o cumprimento das penas de prestação de serviços e de limitação

⁵ BRASIL. Lei nº 8625, de 12 de fevereiro de 1993. **Lei Orgânica Nacional do Ministério Público**. Brasília, DF.

de final de semana, além de prestar auxílio à fiscalização do cumprimento das condições de suspensão e livramento condicional.

Ainda, existe o Conselho da Comunidade, protagonista do diálogo entre a sociedade e o mundo do cárcere. Composto por um representante da associação comercial, um advogado indicado pela OAB, um defensor público e um assistente social, cabe-lhe, além da entrevista dos presos, a visita mensal de estabelecimentos penais existentes na Comarca, bem como a apresentação de relatórios mensais ao juízo executório e a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência do preso ou internado.

Por último, mas não menos importante, a legislação executória prevê a Defensoria Pública como um dos órgãos vitais à matéria. Sendo a responsável pela tutela mais imediata do apenado, cabe-lhe velar pela regular execução da pena, oficiando, no processo executivo e nos incidentes, a favor dos necessitados. Incumbe-lhe fazer os mais diversos requerimentos, desde a aplicação de leis posteriores que beneficiem o assistido, até a remoção do condenado ou a interposição de recursos. Sua atuação mais marcante na questão da superlotação carcerária corresponde à cobrança das autoridades por meio de representação para instauração de sindicância ou procedimento administrativo nos casos de violação de normas referentes ao âmbito executório. Ademais, é uma das responsáveis por visitar os estabelecimentos penais e requerer a apuração de responsabilidades ou tomar providências para o adequado funcionamento do cárcere. Assim como o Ministério Público, pode a Defensoria requerer a interdição, total ou parcial, das modalidades de prisão.

2.2. A superpopulação carcerária

Os estabelecimentos prisionais brasileiros, apesar das citadas peculiaridades e destinações inatas, compartilham de um problema em comum: a superpopulação carcerária.

A Lei de Execução Penal, em seu art. 85, preceitua que “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade”, competindo ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária a determinação do limite máximo de capacidade para cada modalidade prisional.

A preocupação com a lotação excessiva no cárcere permeia há muito as discussões na seara executória, tornando-se preocupação vital dos órgãos da execução, principalmente após o advento da Lei de Execução Penal.

Desde 1994, com a Resolução nº 16, o CNPCP constatava a precariedade do sistema penitenciário brasileiro. No Censo Penitenciário Nacional daquele ano, apurou-se que existiam 275.000 mandados de prisão não cumpridos; 42.954 presos cumprindo pena em delegacias ou cadeias; e um déficit de 59.954 vagas nos estabelecimentos penais. Já naquela época, segundo o Conselho, seriam necessários 130 novos presídios para suprir a demanda populacional carcerária. Por esta razão, determinou-se a destinação de alocações de recursos para a construção, reforma e ampliação de penitenciárias⁶.

Na Resolução nº 1 de 1997, o Conselho também percebeu o déficit de 70 mil vagas, ante a existência indiscriminada de presos provisórios em repartições policiais, que violavam as leis e regras de tratamento internacionalmente estabelecidas. Assim, procurou fomentar o programa “Zero Déficit”, consistente na construção de penitenciárias federais com os recursos do Fundo Penitenciário Nacional, possibilitando o saque diante do BNDES⁷.

Em outro intento para resolver o problema da falta de vagas no sistema penitenciário, o CNPCP editou a Resolução nº 5 de 1999, cuja prioridade era a construção de “miniprisões” para abrigar no máximo 300 reclusos, adaptando as pequenas Cadeias Públicas, principalmente no interior, para integrá-las ao sistema prisional de cumprimento da pena. Além disto, determinou-se a construção de novos presídios federais de segurança máxima, além de incentivar campanhas de esclarecimento à opinião pública⁸.

Foi em 17 de dezembro de 2003 que, buscando sanar a vagueza das determinações da LEP e dar-lhe efetividade, o CNPCP editou a Resolução nº 16, responsável por alterar a abordagem acerca do tema, priorizando medidas de desencarceramento – como a defesa do instituto das penas alternativas e a tomada de medidas de excepcionalidade da prisão –, e a construção

⁶ Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 16**. S.I.: DOU, 1994.

⁷ Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 01**. S.I.: DOU, 1997.

⁸ Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 05**. S.I.: DOU, 1999.

de unidades penitenciárias com, no máximo, 500 vagas, apontando como diretriz o esvaziamento das delegacias de polícia⁹.

Em 2011, o Conselho publicou a Resolução nº 9, instituindo Diretrizes Básicas para a Arquitetura Penal, de modo a assistir técnica e financeiramente os sistemas locais para implementação dos princípios e regras estabelecidos na LEP e na Constituição Federal, tendo como mote a padronização da estrutura para garantir as melhores condições de conforto e segurança nas prisões nacionais¹⁰.

Além disto, diante da divulgação de novos dados em 2014 pelo INFOPEN, confirmando a expansão da massa carcerária no Brasil, novamente se tentou estabelecer números ideais de ocupação com a Resolução nº 05/2016, atentando-se às resoluções anteriores e ao parâmetro estabelecido pelos Estados Unidos no Estado da Califórnia, que pretendia não ultrapassar 137% da ocupação carcerária. Com a recente normativa, pretendeu-se fixar a capacidade total de vagas no sistema prisional, por unidade federativa, conforme o critério universal de proporcionalidade do número de presos por 100.000 habitantes, adotando a linha de corte californiana, sob a observação de que, ao atingir esta meta, já se elabore obrigatoriamente um plano de redução da superlotação. Ainda, procurou-se instruir a atuação conjunta do CNPCP com os Conselhos Penitenciários Estaduais, descrevendo a situação das prisões, as vagas, a data de inauguração, as ampliações, bem como o número de camas, fator limitador da quantidade de espaço disponível aos presos. Por fim, previu-se um alerta eletrônico para as hipóteses de extrapolação de vagas, de modo a facilitar o controle, mormente para regularizar a situação dos presos provisórios quando o excedente atingir o importe de 10%¹¹.

Apesar das tentativas de propor diretrizes para a solução do problema da superpopulação carcerária, percebe-se que poucas medidas efetivas estão sendo tomadas. As resoluções, não só pela falta de poder cogente, não dão conta de frear o encarceramento em massa que se observa hoje no nosso país. Ademais, a criminalidade tem se mostrado dinâmica, de modo que qualquer normativa não seria mesmo capaz de minar o avanço da incapacidade dos estabelecimentos penais em receber novos detentos.

⁹ Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 16**. S.I.: DOU, 2003.

¹⁰ Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 09**. S.I.: DOU, 2011.

¹¹ Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 05**. S.I.: DOU, 2016.

Apenas a título comparativo, em 1990, segundo dados do INFOPEN¹², publicados em junho de 2015, o Brasil contava com cerca de 90 mil aprisionados em delegacias de polícia e penitenciárias. Recentemente, em 2014, contávamos com uma massa carcerária de mais de 607.731, para um total de 376.669 vagas em todo o país, culminando em um déficit de mais de 230 mil vagas e uma taxa de ocupação de 161%. Ou seja, em 24 anos, a população carcerária cresceu 6,7 vezes, sendo que, desde 2000, a massa aprisionada cresceu 10 vezes mais que o total de pessoas no país. Caso siga a tendência, o Departamento Penitenciário Nacional projeta o contingente encarcerado em mais de um milhão em 2022.

Em termos de presos provisórios, o Brasil conta com 250 mil encarcerados sem julgamento, o que constitui aproximadamente 41% da fatia de encarcerados no país. Isto, sem contar os 373 mil mandados de prisão pendentes de cumprimento, segundo o Banco Nacional de Mandados de Prisão¹³.

Enquanto São Paulo comporta mais de 1/3 do contingente aprisionado no país, no Paraná, a situação vislumbrada é de aproximadamente 28.702 presos, para cerca de 35 estabelecimentos penais que comportam 19.300 vagas. Configura-se, assim, uma taxa de 259 presos a cada 100 mil habitantes, patamar pouco mais baixo que o geral do país, em que a relação é de 299,7. Em 2005, o Estado paranaense possuía entre 50 e 110 encarcerados a cada 100 mil habitantes, apresentando um crescimento de mais de 100% em menos de 10 anos. Ainda, o percentual de presos provisórios no Paraná chega a quase 50%¹⁴.

Quando se analisa a situação das carceragens provisórias e delegacias de polícia no Brasil, nota-se o caráter alarmante da superpopulação. Enquanto comportam 41% da massa encarcerada, correspondem a apenas 31% dos

¹² BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias:** INFOPEN - Junho de 2014. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-dependensao-web.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

¹³ Congresso Nacional. **CPI - Sistema Carcerário Brasileiro:** Relatório Final. Brasília: Edições Câmara, 2017, p. 89.

¹⁴ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias:** INFOPEN - Junho de 2014. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-dependensao-web.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

estabelecimentos, num déficit de 135 mil vagas, mais que as existentes. Entretanto, mais de 50% dos estabelecimentos penais nacionais foram concebidos com a finalidade de abrigar presos provisórios, o que demonstra um desvio considerável de escopos, quando mais de 80% deles abriga encarcerados de outro regime. No Paraná, apenas 6 locais são destinados aos detidos sem condenação.

Ainda, mostra-se aviltante a situação de que o Departamento Penitenciário Nacional, em seus 15 anos de existência, destinou 98% de seus recursos para a criação de vagas, mas, ainda assim, os índices subiram de forma alarmante dada a evolução da criminalidade¹⁵.

Os contornos ficam ainda mais nítidos quando nos voltamos às tentativas frustradas de aplicar os substitutos penais à pena privativa de liberdade. As medidas e penas alternativas, que visavam esvaziar o cárcere, em verdade, potencializaram os aparatos punitivos. No primeiro ano de vigência da Lei nº 9.099/95, registrou-se 78.672 casos de medidas alternativas; em 2009, este número ultrapassava os 540 mil, totalizando 671.078 indivíduos inseridos no controle penal descarcerizado. Porém, como se viu, o número de sujeitos cumprindo pena privativa de liberdade não diminuiu¹⁶, mormente porque os delitos que comumente lotam as penitenciárias não são abarcados por este tipo de alternativa.

Para entender a razão de termos chegado ao patamar de 4º país que mais aprisiona seus cidadãos (atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia), na frente de países mais populosos, como a Índia, devemos compreender a expansão observada na seara penal, comum e ingenuamente encarada como o remédio para os males da vida em sociedade.

Ainda que a teoria diga que o Direito Penal deve servir como *ultima ratio* no controle social, observamos que o clamor por punições mais rígidas e pelo incremento das condutas tipificadas é patente em nossa sociedade. Muitas vezes, as práticas punitivas não advêm de sistemas disciplinares ou legais, mas condicionam-se através das sensibilidades culturais envolvidas. Ou seja, o tipo de organização social na qual o Brasil está inserido, cuja

¹⁵ Congresso Nacional. **CPI - Sistema Carcerário Brasileiro: Relatório Final**. Brasília: Edições Câmara, 2017, p. 68.

¹⁶ ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da Punição: a ostentação do horror**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 8.

mentalidade se volta ao caráter burocrático e midiático de “lei e ordem”, configura o campo do controle do delito¹⁷.

Neste cenário, o mestre Eugênio Raul Zaffaroni diagnosticou que o discurso penal latino-americano se mostrou falso ao longo dos anos, tratando o impasse das políticas penitenciárias com aspectos de transitoriedade e de apresentação de meros defeitos conjunturais, tanto por parte daqueles que adotam um discurso conservador, quanto em relação àqueles mais progressistas. Quem assume os discursos falsos credits tais defeitos ao caráter subdesenvolvido da região, mirando o caminho empreendido pelos países centrais¹⁸.

Ocorre que as políticas norte-americanas incorrem no mesmo erro ao tratar do tema, descontextualizando-o de sua linha evolutiva e tratando-o como um desvio acidental, ao invés de encarar o encarceramento em massa como o instrumento de projetos de elites excludentes que é¹⁹.

Primeiramente, há de se ter em mente que o mundo ocidental vive o sistema de produção capitalista, cuja lógica liberal permeia a questão do controle penal brasileiro. Neste cenário, com a abstenção das prerrogativas do Estado às frentes social e econômica, cresce a ocupação em matéria de segurança. Com isto, advém a obsessão por esta segurança, simbolizada na “guerra contra o crime”, que desemboca no maior investimento no controle prisional, dando materialidade ao que se reconhece como “Estado Punitivo”²⁰.

Destarte, pode-se explicar a mudança da mentalidade do controle social a partir da crise do *Welfare State*, onde abandonou-se uma política de ressocialização da pena para retomar a prevenção especial negativa de neutralização do indivíduo delincente²¹.

¹⁷ ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da Punição**: a ostentação do horror. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 1-2.

¹⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 14-15.

¹⁹ GIORGI, Alessandro de. **Cinco teses sobre o encarceramento em massa**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017, p. 9-11.

²⁰ PASTANA, Debora Regina. Estado Punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 77, p.313-330, mar. 2009, p. 313-314.

²¹ BARATTA, Alessandro. **Ressocialização ou controle social**: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. Disponível em: <http://www.juareztavares.com/textos/baratta_ressocializacao.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2016.

Neste cenário, nunca se puniu tanto no Brasil. Pelo momento político vivenciado, claramente se observa que a população, via de regra, trata o criminoso como uma abstração que define o que é o mau. Capitaneados pelos órgãos formadores de opinião e por este Estado ocupado com a segurança pública, o povo despersonaliza o sujeito sentado no banco dos réus e aponta-lhe o dedo de maneira impensada, sem se dar conta dos próprios erros. Isto gera boa margem de intolerância, que se transporta para a Justiça, dando azo ao processo espetáculo. Segundo Morais da Rosa, “o sistema de controle social passou a ser, nos últimos anos, uma verdadeira caça às bruxas”. Desta forma, o medo engendrado pela abstração influencia o controle social, a ponto de que se acredite piamente na alternativa salvadora, que é a segregação daqueles que nos são estranhos²².

Isto, nada mais é que o resultado da chamada orientação seletiva da criminalização secundária. A limitação operacional das agências de contenção aos delitos (a polícia, de um modo geral) faz com que elas tenham de decidir quem irão etiquetar como delinquente e quem irão proteger enquanto vítima. Esta seletividade é condicionada pelo poder de outras agências, tornando a criminalização secundária um resultado de circunstâncias conjunturais variáveis, orientadas pelos “empresários morais” (comunicador social, político, grupo religioso, etc.) que também participam da seleção de condutas a serem punidas, na medida em que contribuem para a sanção de uma nova lei²³.

Neste íterim, a neutralização se voltou aos miseráveis, excluídos do trabalho e da sociedade de consumo, fortalecendo o programa liberal do Estado, que permite o encarceramento em massa não mais para disciplinar os desviantes, mas para selecionar quem poderá gozar desse “Estado de Bem-Estar Social” no sistema econômico²⁴. Assim, seguro dizer que:

Os mecanismos de seleção dos processos de criminalização, desde a elaboração de leis até a atuação da polícia e do sistema de justiça, são

²² ROSA, Alexandre Morais da; AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da Punição**: a ostentação do horror. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 96-97.

²³ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**: vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 44-45.

²⁴ PASTANA, Debora Regina. Estado Punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 77, p.313-330, mar. 2009, p. 315-316.

influenciados por estereótipos e padrões que favorecem a inclusão de pessoas pobres no sistema carcerário²⁵.

Assim, pode-se concluir, em resumo, que a seletividade neutralizadora volta-se aos “atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social”, que são encarados como os únicos delitos – sendo seus agentes, conseqüentemente, os únicos delinquentes. Isto é o que gera o estereótipo no imaginário coletivo, que aporta todos os preconceitos a estas pessoas desvaloradas, às quais se fixa a imagem pública de criminoso, com todos os componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos²⁶. Isto reflete diretamente no encarceramento em massa, pois:

A comunicação social divulga uma imagem particular da consequência mais notória da criminalização secundária – a prisão – ensejando a suposição coletiva de que as prisões seriam povoadas por autores de fatos graves (‘delitos naturais’) tais como homicídios, estupros etc., quando, na verdade, a grande maioria dos prisioneiros são por delitos grosseiros cometidos com fins lucrativos (delitos burdos contra a propriedade e o pequeno tráfico de tóxicos, ou seja, a obra tosca da criminalidade)²⁷

Michel Foucault já dizia que, “ao fazer da detenção a pena por excelência, ela introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder”, ressaltando em sua obra que a tendência excludente teve início mesmo antes do capitalismo, quando criada a prisão como penalidade, no final do século XVIII e início do XIX²⁸.

Assim, transformou-se o Direito Penal em *prima ratio* para praticamente todos os conflitos sociais, em afã tranquilizador da opinião pública e perpetuador de um programa de poder. A resposta penal das agências de criminalização secundária virou um símbolo destas demandas de segurança engendradas pela mídia ou pelos empresários morais, sem se verificar a eficácia preventiva das medidas.

²⁵ Ministério da Justiça. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília: S. I., 2015, p. 15.

²⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**: vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 46.

²⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**: vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 47.

²⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 260.

No atual cenário, perpetuando-se o processo evidenciado pelo filósofo francês e seguindo a lógica do sistema econômico contemporâneo, o Poder Legislativo assume relevante papel na agenda de contenção da opinião pública e aceleração do encarceramento em massa. As pautas casuísticas têm ensejado o aumento paulatino das penas dos crimes, sem a observância de parâmetros de eficácia ou efetividade exigidos por políticas públicas²⁹.

Disto decorre que, “os atores ou agentes da descarcerização são, portanto, os legisladores e os juízes”, uma vez que os primeiros podem fazer novas normativas para evitar o cárcere, enquanto os segundos têm que ter em mente que a liberdade é a regra, sendo a prisão a exceção. Deve-se, então, “Interpretar-se ampliativamente as hipóteses de liberdade (favorabilia amplianda) e restritivamente as hipóteses de prisão, principalmente cautelar, já é um bom começo”³⁰.

Porém, não se pode esquecer que a polícia é o principal agente responsável por proceder às prisões, determinando a atuação judicial e concretizando o programa estatuído pelo legislador. Assim, por exercer “um formidável controle configurador positivo da vida social, que em nenhum momento passa pelas agências judiciais ou jurídicas”, observa-se a detenção arbitrária de suspeitos, a constrição por supostas contravenções e outras tantas invasões que incham o sistema penitenciário pátrio para além da mera criminalização secundária³¹, o que desperta a necessidade de limitação deste poder, junto à iniciativa dos órgãos responsáveis pela execução.

Pode-se dizer, portanto, que o Brasil encarcera muito, pois tem evidente este processo de criminalização, dada sua configuração social e econômica. Tem-se que é maior a neutralização de indivíduos por meio da prisão na medida em que a sociedade é mais estratificada, tem mais riquezas polarizadas, e escassez de possibilidades de mobilidade social³². Ainda, os próprios presos contribuem para o crescimento da população

²⁹ Ministério da Justiça. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília: S. I., 2015, p. 6.

³⁰ GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Org.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 30-31.

³¹ ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**: vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 51-52.

³² ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**: vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 50.

carcerária, dados os altos índices de reincidência³³, que não permitem que as penitenciárias desafoguem o número de internos.

Assim, nota-se que os dados são alarmantes e, de fato, merecem atenção especial do poder público e dos órgãos que lidam com a execução penal. Basta uma breve visita aos estabelecimentos penais para que se possa perceber a implosão do sistema, que é constantemente ameaçado de ruir. Isto porque a mera superpopulação carcerária é causa de inúmeros problemas observados durante o cumprimento da pena ou da prisão provisória, os quais potencializam e retroalimentam o próprio encarceramento em massa descrito.

2.3. A problemática

A superpopulação carcerária, além de deflagrar condições sub-humanas do cárcere, traz à tona problemas que transcendem os muros da penitenciária, fazendo com que a demanda por soluções cresça no discurso punitivo, dada a gravidade dos desdobramentos dessa importante questão.

A ONU, para tentar frear os desmandos do cárcere, estabeleceu regras de tratamento mínimo ao preso, denominadas de “Regras de Mandela” e que foram corroboradas pelo Brasil. Dentre outras previsões, determinou-se que os presos devem ser tratados com respeito, considerada sua inerente dignidade, não podendo ser submetido a tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, sem que se faça distinção de raça, cor, sexo, idioma, religião ou qualquer outra orientação. Deve ser levada em conta a individualidade de cada preso, à medida de sua vulnerabilidade, limitando a punição apenas ao sofrimento que concerne à privação de liberdade – e nada além disto. Buscar-se-á a minimização das diferenças da vida fora do cárcere e dentro dele, além de ser necessária o gerenciamento de registros dos detentos, para que ninguém fique privado do direito de ir e vir sem ordem de detenção válida. Ademais, devem os presos ser separados em categorias conforme suas características, além de serem devidamente acomodados, com condições humanas de higiene, saúde, iluminação, lotação adequada, entre outros³⁴.

³³ Ministério da Justiça. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília: S. I., 2015, p. 7.

³⁴ Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela**: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento dos presos. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016, p. 19-21.

Contudo, não obstante a previsão constitucional de que não poderão haver penas cruéis (art. 5º, inciso XLVII, alínea “e”) ou de que é assegurado aos presos a integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX), o Brasil se apresenta como um dos grandes violadores de regras estabelecidas pelas Nações Unidas para tratamento de presos, não sendo detectadas tentativas de melhorias das condições³⁵.

Não por outra razão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o mencionado “estado de coisas inconstitucional”, pois, segundo o Ministro Relator Marco Aurélio de Mello³⁶:

...diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV).

Segundo relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito realizada em 2008³⁷, nos quatro primeiros meses de 2007, 651 pessoas foram mortas enquanto estavam detidas. Só no Maranhão, no mencionado ano, o número de internos que vieram a óbito chegou a 94, patamar ressaltado por relatório da Anistia Internacional³⁸.

Inclusive, a Anistia Internacional vem divulgando constantemente os quadros preocupantes de casos de tortura e violações de Direitos Humanos nos presídios superlotados em nosso país. Em 2009, já se constatou que:

³⁵ ZACKSESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária nacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 126, p. 291-331, dez. 2016, p. 293.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. **DJe**. Brasília, p. 25.

³⁷ Câmara dos Deputados. **CPI Sistema Carcerário**. Brasília: Edições Câmara, 2009.

³⁸ ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2012: o estado dos Direitos Humanos no mundo**. Exeter: Polestar Uk Print, 2012, p. 111.

“A tortura era utilizada regularmente como método de interrogatório, de punição, de controle, de humilhação e de extorsão. A superlotação continuou sendo um problema grave. O controle dos centros de detenção por gangues fez com que o grau de violência entre os prisioneiros aumentasse”³⁹

No relatório mais recente, referente ao biênio 2016/2017, atestou-se a permanência de situações de superlotação, relatos de tortura e diversos outros maus tratos por policiais e carcereiros no país. Ressaltou-se que, em Roraima, 10 homens foram decapitados ou queimados vivos, e 08 morreram asfixiados em um incêndio na penitenciária de Rondônia⁴⁰.

Em 2008, inclusive, houve pedido de intervenção federal no presídio de Urso Branco (RO) e, posteriormente, diversos outros estabelecimentos motivaram notificações à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, a qual cobrou providências do Governo Federal em decorrência das mortes ocorridas no Complexo Penitenciário de Pedrinhas no Maranhão, estado que, só em 2013, registrou 60 mortes de seus internos⁴¹.

Quando observamos as condições de alimentação, o relatório da CPI de 2008 revelou que a maioria dos presos reclamaram da qualidade da comida, destacando a presença de cabelos, baratas e objetos estranhos misturados no alimento servido. Também denunciaram comidas azedas, estragadas ou podres. Não obstante, as condições de disponibilização das comidas são precárias, inexistindo, por vezes, pratos ou talheres. Tudo isto criou um comércio paralelo de alimentos em muitas penitenciárias, estimulado pelos próprios agentes públicos, que, apesar de empregar alguns detentos, por vezes, cobram preços exorbitantes⁴².

³⁹ ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2010**: o estado dos Direitos Humanos no mundo. Porto Alegre: Algo Mais Artes Gráficas, 2010, p. 115.

⁴⁰ ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2016/17**: o estado dos Direitos Humanos no mundo. Rio de Janeiro: Grafitto, 2017, p. 84.

⁴¹ ZACKSESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária nacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 126, p. 291-331, dez. 2016, p. 294.

⁴² RUDNICKI, Dani. A política penitenciária (brasileira) percebida pelo viés da alimentação da pessoa encarcerada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 102, n. 1, p.339-360, maio 2013, p. 346-347.

Também faltam trabalho e educação para o encarcerado, já que apenas 11 a 18% dos detentos exercem atividade laborativa dentro do sistema prisional – o que lhes seria um direito assegurado –, bem como 75% dos presos não têm qualquer formação intelectual⁴³.

Ainda, a falta de espaço suficiente para a acomodação dos detentos reflete no seu direito de visitação, previsto no art. 41, inciso X, da Lei de Execução Penal. Por vezes, falta cômodo adequado às visitas íntimas dos sentenciados, que se socorrem a lençóis para separar o preso que recebe sua cônjuge do detento que está a se comunicar com seus filhos pequenos.

Do mesmo modo em que nossa sociedade se estrutura através das desigualdades, o espaço de confinamento carcerário também reproduz tais disparidades. Para ilustrar um pouco da situação física dos estabelecimentos prisionais, cabe destacar a descrição do Mini presídio Hildebrando de Souza, em Ponta Grossa. O local, que comportaria 272 pessoas, abriga 480 presos, sendo aproximadamente 70 mulheres. As detentas, que chamam suas celas de “x”, amontoam-se em cerca de 12 a 15, o dobro da real capacidade. Cada “x” tem sua própria dinâmica, de acordo com a “chefia”, que detém o poder de acolher ou expulsar presas do convívio, além de aplicar punições físicas ou verbais. Em uma cela existem apenas 6 camas, denominadas “jegas” e estruturadas como dois beliches de três leitos cada, onde as mais poderosas dormem. As demais descansam em colchões espalhados pelo chão do “x”, prática denominada de “dormir na praia”. Uma das punições dentro da cela é a de dormir em um buraco embaixo das camas, denominado “tumba”. Ainda, apenas as mais poderosas podem gozar de um espaço para expressar suas individualidades com fotos ou decorações. Além dos beliches, existe um chuveiro e uma privada no chão, sem divisórias⁴⁴.

Assim, percebe-se que a superlotação em uma cela, que comportaria metade do que abriga, implica na construção de relações hierarquizadas de poder, onde a falta de espaço é explorada como punição. Se diferente fosse, todas teriam seus lugares certos, inviabilizando a redução de detentas a condições degradantes pelas próprias colegas, como dormir em um buraco improvisado de 50 cm ou esticada no chão, passível de pisadas. Desta forma,

⁴³ Câmara dos Deputados. **CPI Sistema Carcerário**. Brasília: Edições Câmara, 2009.

⁴⁴ FIORAVANTE, Karina Eugenia. "A gente é invisível": sobre espaço carcerário feminino e gênero. **Revista Colombiana de Geografía: Cuadernos de Geografía**, Bogotá, v. 21, n. 1, p.55-64, jan. 2012, p. 60-62.

o cárcere reproduz – e, por vezes, acentua, os mecanismos encontrados no corpo social⁴⁵.

Outro problema decorrente da superlotação carcerária é a superveniente falta de contingente de agentes penitenciários, consistentes em cerca de 15 mil funcionários para 560 mil presos. Há estabelecimentos que possuem tamanho déficit, que é necessária a criação de cargos para os presos, como a de “chaveiro”, responsável por trancar as celas⁴⁶.

Neste ínterim, a falta de servidores traz consigo a inevitável substituição do Estado por facções criminosas (principalmente o PCC e o Comando Vermelho), capazes de administrar de forma mais efetiva o que ocorre dentro dos estabelecimentos penais – e também fora deles.

Inclusive, pontue-se brevemente que o surgimento dos “comandos” está intimamente ligado à questão interna de superlotação das celas. Com a redemocratização do país a partir da década de 1980, surgiu a Política de Humanização dos Presídios, com o fito de minar as arbitrariedades das prisões nacionais. Uma das medidas consistia na formação de grupos de presos, responsáveis por representar a massa carcerária através das “Comissões de Solidariedade”. Compostas por integrantes eleitos por meio de votos secretos, era através delas que os detentos encaminhavam suas demandas e reivindicações. Entretanto, a ideia democratizante não tardou a receber oposições ferrenhas e possibilitou a retomada de métodos violentos pelos presos, que se viram sem seu principal canal de demonstração de insatisfação quanto às condições do cárcere superpopuloso.

As guinadas conservadoras observadas nos anos seguintes, fizeram com que uma série de rebeliões estourassem dentro do sistema carcerário brasileiro, tendo o ápice da violência se revelado em 1992, no Massacre do Carandiru. Assim, no ano seguinte, no Anexo da Casa de Custódia de Taubaté, surgiu o Primeiro Comando da Capital (PCC), filiado ao discurso de união entre os presos como modo de luta contra as arbitrariedades do Estado e a favor do cumprimento das garantias constantes na Lei de Execução Penal.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 262.

⁴⁶ Congresso Nacional. **CPI - Sistema Carcerário Brasileiro: Relatório Final**. Brasília: Edições Câmara, 2017, p. 81.

Então, originado em um espaço de insatisfação, o PCC se consolidou como importante força social e política, devendo ser considerado pelo Estado nos debates acerca da política para o sistema prisional⁴⁷.

Mais recentemente, o exacerbado aprisionamento culminou com a crise penitenciária de 2017, onde eclodiram confrontos entre presos facionados em diversas cidades do país, além de inúmeras fugas de penitenciárias importantes. A crise teve início em Manaus, onde, dadas as condições estruturais, os detentos do Complexo Anísio Jobim se rebelaram, o que culminou na morte e decapitação de quase 60 internos, por conflito entre facções criminosas. Lá, agentes carcerários foram feitos reféns e só restaram libertados após negociação dos mentores da rebelião com as autoridades.

Poucos dias depois, o país vivenciou diversos motins, com fugas e várias outras mortes. Em Roraima, notadamente, outros 33 detentos foram assassinados, e em Natal, a rebelião deixou cerca de 26 sem vida. No Paraná, 26 sentenciados fugiram e outros dois morreram durante confronto com a Polícia Militar. Outros estados, como Minas Gerais, Santa Catarina e São Paulo também vivenciaram revoltas dos detentos insatisfeitos com as condições internas dos presídios⁴⁸.

Depreende-se que o conflito de presos facionados tem íntima ligação com a superpopulação carcerária, uma vez que, por vezes, falta espaço físico para se proceder à correta separação entre rivais. Ainda, a parca quantidade de agentes carcerários para um contingente exponencialmente maior de detentos contribui para as fugas e invasões de setores separados nas penitenciárias.

Sem pretender esgotar toda a sorte de problemas decorrentes da superpopulação carcerária, tem-se que o reconhecimento de suas implicações se materializou com a edição da Resolução nº 5/2016 do CNPCP, ao dizer que:

⁴⁷ ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; DIAS, Camila Nunes. Das Comissões de Solidariedade ao Primeiro Comando da Capital em São Paulo. **Tempo Social: revista de sociologia da USP**, São Paulo, v. 25, n. 1, p.61-82, jun. 2013.

⁴⁸ Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/policia/noticia/2017/01/veja-quais-foram-as-rebelioes-e-fugas-em-massa-nas-prisoas-brasileiras-em-2017-9388668.html>

“a superlotação não é compatível com o processo de ressocialização e que os cárceres brasileiros – prova da ineficiência da política de segurança pública – implica no aumento da criminalidade, inclusive, com a elevação das taxas de reincidência”⁴⁹

Assim, ante o reconhecimento da urgente necessidade de se reverter o quadro da superpopulação carcerária, cabe apurar quem poderia ser o responsável por capitanear mudanças reais na realidade prisional brasileira.

3. Ministério Público e as prisões

Ao Ministério Público, como dito, cabe importante papel de agente construtor do processo executório das penas no Brasil. A própria Lei de Execução Penal elenca o *Parquet* como órgão da execução, e lhe atribui, em seu art. 67, a possibilidade de fiscalização dos estabelecimentos prisionais. Ainda, o art. 68, parágrafo único, da LEP determina, a fim de dar efetividade ao papel fiscalizatório, que cabe-lhe a visita mensal aos estabelecimentos penais, registrando a presença em livro próprio.

Na mesma esteira, a Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625/2003), em seu art. 25, inciso VI, também prevê que cabe ao órgão ministerial a “fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas portadoras de deficiência”, tudo isto para dar efetividade aos preceitos constitucionais referentes à execução penal, como a proibição da tortura e do tratamento desumano, a vedação das penas cruéis e, ainda, o respeito à integridade física e moral do detento.

No Paraná, a Lei Orgânica do Ministério Público Estadual⁵⁰, no art. 69, inciso I, também foi cuidadosa ao prever que cabe ao Promotor de Justiça a inspeção mensal dos estabelecimentos prisionais e cadeias públicas, fazendo constar, em livro próprio, o termo de visita e as providências consideradas necessárias.

⁴⁹ Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 05**. S.I.: DOU, 1999.

⁵⁰ PARANÁ. Lei Complementar nº 85, de 27 de dezembro de 1999. **Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná**. Curitiba, PR.

Assim, ao membro do *Parquet* compete se informar a respeito da população carcerária, da capacidade do estabelecimento, das condições de instalação, conservação, alimentação e demais assistências, solidarizando-se com as questões internas para poder materializar sua atuação de forma efetiva⁵¹, tanto processual, quanto extraprocessualmente.

Dentro da seara judicializada, cabe ao Ministério Público, por exemplo, fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e internamento, instaurar incidentes de excesso ou desvio de execução, observar a conversão de penas, a progressão e regressão de regimes, o livramento condicional, entre outros.

Ainda, pode tomar medidas autônomas para fomentar mudanças na realidade prisional, como a propositura de Ações Cíveis Públicas com base na garantia do bem difuso da Segurança Pública (art. 129, inciso III, da Constituição Federal), solicitando providências para sanar problemas decorrentes da falta de estrutura ou de contingente profissional adequado, bem como clamando por interdições e demais intervenções do poder público.

Fora do campo processual, o promotor pode sempre atuar em conjunto com os demais órgãos públicos, principalmente do executivo, bem como pode proceder à feitura de Termos de Ajustamento de Conduta ou de Inquéritos Cíveis e Recomendações Administrativas para readequar as condições do cárcere sem a necessidade de intervenção judicial.

Como forma de tentar uniformizar a atuação institucional, padronizando as visitas aos estabelecimentos penais, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 56 em 22 de junho de 2010⁵². Na normativa, estão previstos um relatório anual e três avaliações trimestrais para garantir que os membros cumpram com o dever de inspeção, que deverão ser registradas em livro próprio. Garantida a segurança, o Promotor deverá descrever as classificações, as instalações físicas, os recursos humanos, a capacidade e a ocupação de cada estabelecimento penal. Ainda, deverá traçar um perfil da população carcerária e analisar a observância

⁵¹ MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. **Do papel do Ministério Público na Execução Penal**. Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/665/1/paIMJ-DOP.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016, p. 3.

⁵² CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 56**. Brasília: S. I., 2010.

da assistência, do trabalho, da disciplina e dos demais direitos dos presos, elencando medidas para a promoção do funcionamento adequado do estabelecimento. Tudo isto será encaminhado à Corregedoria Nacional, para que sejam adotadas as providências necessárias.

No Paraná, em caráter semelhante, a Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria do Ministério Público Estadual, reconhecendo o aumento significativo de presos em carceragens de delegacias de polícia, bem como a ausência de condições capazes de garantir a dignidade da pessoa humana, editou o Ato Conjunto nº 01/2015⁵³, numa tentativa de padronização das visitas em carceragens “para atuação institucional uniforme e integrada”, de acordo com as diretrizes do CNMP. Nas normativas, procurou-se atribuir quais os membros responsáveis pelas inspeções, além da regulamentação dos relatórios e prazos de entrega ao Conselho Nacional, culminando na previsão de infração funcional para aqueles que deixarem de cumprir as novas diretrizes, que deverá conter análise detalhada de vagas e nomenclatura dos encarcerados. Em complementação, a Resolução nº 4027/2015 apontou o Promotor de Justiça visitante como o responsável pelo saneamento das irregularidades constatadas na inspeção, de modo a fixar a competência e viabilizar eventual responsabilização funcional.

3.1. Instrumentos de contenção da superpopulação carcerária

O encarceramento em massa, como se pôde perceber, não passa incólume pelos estudiosos do tema e quem lida com isto diariamente deve procurar meios para vencer as demandas locais e driblar a falta de efetividade das políticas públicas adotadas e as incorreções da legislação executória.

São vastos os instrumentos criados para a tentativa de contenção da superpopulação carcerária, de modo direto ou indireto. Apesar do escopo do trabalho ser voltado à atuação do órgão ministerial, não é ele o único responsável por frear o encarceramento massivo. Mostra-se, pois, relevante a menção, ainda que breve, aos meios utilizados por outros atores executórios, mesmo porque a atuação do *Parquet* pressupõe a interação com os demais órgãos responsáveis pela fiscalização dos estabelecimentos prisionais.

⁵³ Procuradoria Geral de Justiça do Paraná. **Ato conjunto nº 01:** Roteiro de Inspeção em Carceragens. 2015. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Ato_Conjunto0115/Ato_Conjunto_01_2015_Anexo_III.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2017.

Desta forma, no plano legislativo, o esforço atual é de se pensar a criação de novos tipos de punição, capazes de desafogar o sistema. Uma das iniciativas foi a promulgação da Lei nº 12.403/2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro, a fim de instituir medidas cautelares diversas da prisão, de modo a manter sob vigilância aqueles que, não obstante o cometimento de infração incapaz de ensejar a prisão provisória, merecem atenção especial durante a *persecutio criminis*.

Ainda que seja louvável a tentativa, a prática nos mostra resultados pouco efetivos, mantendo o encarceramento sem condenação como uma das principais razões de privação de liberdade, chegando ao patamar de aproximadamente 41% do contingente prisional brasileiro, como dito anteriormente. Além disto, como visto durante a análise dos dados da situação carcerária nacional, criou-se não uma alternativa, mas outra via punitiva, possibilitando a resposta penal a delitos que, usualmente, não a teriam. Ademais, com a previsão do art. 282, §4º, do Código de Processo Penal, em caso de descumprimento das condições impostas, adiciona-se mais uma prisão provisória, o que contribui com o aumento do contingente carcerário com criminosos de pouca periculosidade, mas que sobrecarregam ainda mais o sistema.

Ainda, sempre que a crise penitenciária ameaça se insurgir e ganhar destaque no debate público, sugere-se a construção de novos presídios, capazes de comportar o excedente da massa aprisionada. O Departamento Penitenciário Nacional destina a maior parte dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) – cerca de 90% – na construção de novas unidades ou em suas ampliações, principalmente no regime fechado. Entretanto, não adianta aumentar a rede, sem a devida capacitação técnica dos funcionários, sem a suficiente produção de conhecimento sobre gestão prisional ou sem criar regulamentações e desembaraços à disponibilização de tais recursos⁵⁴.

Ademais, tal medida se mostrou controversa no cenário de discussão política atual, com o anúncio da construção de cinco novos presídios federais pelo Presidente Michel Temer⁵⁵. Segundo o Ministro do STF, Gilmar Mendes,

⁵⁴ Ministério da Justiça. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília: S. I., 2015, p. 32.

⁵⁵ Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/01/temer-anuncia-construcao-de-cinco-presidios-federais>

a solução não passa pela criação de novos estabelecimentos penais, pois estas demandam processo custoso e burocrático para a concretização. Do contrário, o ideal, segundo o magistrado, seria a promoção de mutirões judiciais para julgar detentos em regime provisório, além da descriminalização do uso de drogas⁵⁶.

Uma solução amplamente sugerida, para além da criação de novos tipos de punição ou a construção de novos presídios, é a privatização das penitenciárias nacionais, sob a justificativa de que o ente particular administraria melhor a questão carcerária, dada a assunção da ineficiência do Estado. A sugestão aparece sob forte influência da experiência norte-americana, que tentou experiências privatizantes em seus presídios federais desde há muito. No Brasil, a ideia de transferir ao agente particular o controle dos estabelecimentos penais surgiu no início da década de 1990, em um contexto de encarceramento crescente e pela necessidade de cortar gastos públicos⁵⁷, assim como nos EUA.

O CNPCP, em 1992, apresentou o documento “Proposta de regras básicas para o programa de privatização do sistema penitenciário do Brasil”, muito influenciado pelo lobby de empresas de segurança privada. Em 2000, entretanto, o Conselho reviu seu anterior posicionamento ao se manifestar no PL 2.146/1999, editando a Resolução nº 08/2002, que desaconselhou a privatização das atividades prisionais. Não obstante, a primeira prisão privada foi inaugurada em 1999, na cidade de Guarapuava, no Paraná, sendo que, atualmente, existem aproximadamente 30 presídios particulares no país. Pela sinalização da expansão desta tendência, a atual Presidência da República se manifestou, anunciando um extenso pacote de privatizações⁵⁸.

Entretanto, assim como nos baseamos na experiência estadunidense para adotar esta postura, é necessário observar o recuo das medidas privatizantes pela potência norte-americana. Por conta da deficiência na fiscalização dos presídios não-estatais e em razão da falácia do menor custo

⁵⁶ Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38492779>

⁵⁷ SANTOS, Ronny Peterson Nunes dos. Privatização de presídios no Brasil: reflexões à luz de um possível recuo da experiência americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 129, p.375-405, mar. 2017, p. 385.

⁵⁸ SANTOS, Ronny Peterson Nunes dos. Privatização de presídios no Brasil: reflexões à luz de um possível recuo da experiência americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 129, p.375-405, mar. 2017, p. 385-386.

aos cofres públicos, as autoridades do *Federal Bureau of Prisons* elaboraram memorando recomendando a cautela no afã privatizador do governo⁵⁹. No Brasil, o problema é semelhante. Apesar de a Lei nº 13.190/2015 incluir a possibilidade de privatização dos presídios na LEP, não existe qualquer diretriz que mostre como a fiscalização se procederá. Ainda, segundo relatório do CNJ, presídios com participação de particulares na gestão são muito mais custosos ao Erário, superando em até 66% as despesas com cada preso; conclui-se que as despesas com o sistema penitenciário nacional aumentariam em até 60%, caso todos os estabelecimentos fossem privatizados⁶⁰.

Como via alternativa, pensou-se na possibilidade de aplicação das Parcerias Público-Privadas em sentido estrito na questão prisional, cuja regulamentação se dá pela Lei nº 11.079/2004. Observou-se, no âmbito da Administração Pública, que existem “zonas híbridas”, em que condutas podem ser exercidas tanto pelo ente público, quanto por agentes privados. Assim, com tal constatação, a tendência é de que atividades usualmente prestadas pelo Estado sejam delegadas a entes particulares, como forma de otimização e enxugamento das funções estatais⁶¹, mas de forma diversa do que ocorre com a privatização, dispensando os tradicionais contratos de licitação⁶².

Neste contexto, a administração de estabelecimentos prisionais pode, em certa medida, ser delegada a parceiros particulares, desde que respeitadas as limitações quanto às concessões. Isto, porque a execução penal pode ser dividida em atividades jurisdicionais, indelegáveis a particulares, atividades jurídico-administrativas, também somente exercíveis por órgãos oficiais, e atividades administrativas *lato sensu*, as quais podem ser entregues à iniciativa privada. Trata-se do exercício da efetiva privação

⁵⁹ SANTOS, Ronny Peterson Nunes dos. Privatização de presídios no Brasil: reflexões à luz de um possível recuo da experiência americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 129, p.375-405, mar. 2017, p. 375.

⁶⁰ SANTOS, Ronny Peterson Nunes dos. Privatização de presídios no Brasil: reflexões à luz de um possível recuo da experiência americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 129, p.375-405, mar. 2017, p. 387-388.

⁶¹ FRANCO, Juliana Maia Pinheiro. Parcerias Público-Privadas: limites à realização da concessão administrativa para construção e administração de presídios no Brasil. *Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 23, p.180-232, jan. 2009, p. 180-181.

⁶² MENDES, Frederico Ribeiro de Freitas. Da (im)possibilidade da instituição de parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro: releitura frente à crise do Estado. *Revista dos Tribunais*, S. l., v. 930, p.221-235, abr. 2013, p. 228.

da liberdade e gestão da estrutura física, bem como da promoção da saúde, religião, educação, etc. Tais incumbências são delegáveis, pois instrumentais à execução, excetuando-se aquelas funções de aplicação do uso da força ou de conteúdo decisório, a fim de evitar a atuação ilegítima de agentes não estatais⁶³. Ademais, a participação da comunidade na execução da pena, conforme previsto no art. 4º da LEP, também embasa a possibilidade de parcerias do Estado com particulares.

Neste íterim, há de se ter em mente que tal medida não parece a mais adequada para a contenção da superpopulação carcerária. Ainda que uma Parceria Público-Privada efetivamente melhore as condições dentro dos estabelecimentos penais, não são as atividades acessórias prestadas pelo agente privado o fator responsável por frear os altos índices de ingresso no sistema penitenciário. Mesmo que influa nos dados de ressocialização do preso mediante prestação de serviços educacionais adequados, a cifra da criminalidade cresce de forma mais exponencial.

Ademais, o problema da fiscalização das parcerias surge como um entrave à extração de seus benefícios econômicos e de eficiência. Em razão da busca de lucro pela iniciativa privada, a dignidade humana do preso fica exposta a arbitrariedades, ensejando a obrigação estatal de conter eventuais desrespeitos a este direito fundamental. Apesar de ser possível a regulação por meio do Ministério Público, seria necessária uma frente administrativa de controle, provida pelo Estado, já que recomendações seriam insuficientes na contenção do ente particular. Destarte, a criação de uma nova Agência Reguladora para este fim poderia motivar novo aumento dos gastos públicos, fator que, contraditoriamente, procura-se evitar quando é criada uma Parceria Público-Privada⁶⁴.

Além disto, tem-se que a experiência concreta de PPP no país, em Ribeirão das Neves-MG, vem se mostrando mais custosa aos cofres públicos que a gestão puramente estatizada de uma prisão. De acordo com o Ministério da Justiça, um preso dentro do sistema estadual custa, mensalmente, cerca

⁶³ FRANCO, Juliana Maia Pinheiro. Parcerias Público-Privadas: limites à realização da concessão administrativa para construção e administração de presídios no Brasil. **Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 23, p.180-232, jan. 2009, p. 199.

⁶⁴ MENDES, Frederico Ribeiro de Freitas. Da (im)possibilidade da instituição de parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro: releitura frente à crise do Estado. **Revista dos Tribunais**, S. I., v. 930, p.221-235, abr. 2013, p. 227-228.

de R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), enquanto o Governo mineiro tem repassado R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) mensais *per capita* ao presídio de administração compartilhada⁶⁵.

Também se tem atribuído importante foco ao chamado Método APAC (Associação de Proteção e Assistência ao Condenado) como forma de desencarceramento e reinserção do executado na sociedade. Surgido como um movimento católico que inaugurou uma ala prisional administrada pelo setor de voluntariado em São José dos Campos, as APACs procuram humanizar o cárcere e reduzir os índices de reincidência, por meio de um caráter religioso e através do “autogoverno”, sem o envolvimento de agentes estatais⁶⁶, além da reabilitação de vínculos dos presos com suas comunidades. Entretanto, o método, apesar de contribuir com a vida daqueles apenados nele inseridos, destina-se a prisões pequenas, que somente poderão aceitar internos da área em que se encontram situadas⁶⁷, sem contribuir de forma substancial com a redução da população carcerária.

Recentemente, como forma de conter os avanços das prisões processuais exacerbadas, implementou-se a audiência de custódia, consistente no ato judicial pré processual que assegura a apresentação pessoal e célere do preso em flagrante à autoridade judiciária, a fim de que se decida sobre a continuidade ou não da constrição cautelar. Mostra-se importante instrumento para eventuais relaxamentos de prisão, contenção de maus tratos e preservação da dignidade humana, possibilitando, ainda, a mediação como forma de prática restaurativa⁶⁸. A pessoalidade na apresentação do custodiado ao magistrado pode evitar que este decida com base em abstrações e antecipe o resultado do processo, contribuindo para a frenagem do encarceramento provisório em massa, pela tendência de relaxamento de flagrante, sem conversão em preventiva⁶⁹.

⁶⁵ SANTOS, Ronny Peterson Nunes dos. Privatização de presídios no Brasil: reflexões à luz de um possível recuo da experiência americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 129, p.375-405, mar. 2017, p. 388.

⁶⁶ DARKE, Sacha; KARAM, Maria Lúcia. Comunidades prisionais autoadministradas: o fenômeno APAC. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 107, p.357-376, mar. 2014, p. 357-359.

⁶⁷ DARKE, Sacha; KARAM, Maria Lúcia. Comunidades prisionais autoadministradas: o fenômeno APAC. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 107, p.357-376, mar. 2014, p. 364.

⁶⁸ MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. *Revista dos Tribunais*, S. I., v. 960, p.77-120, out. 2015, p. 78-79.

⁶⁹ MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. *Revista dos Tribunais*, S. I., v. 960, p.77-120, out. 2015, p. 95-96.

Mais especificamente quanto ao Ministério Público, que também tem papel proativo na tentativa de contenção da expansão da massa carcerária através de meios extraprocessuais, vê-se que seu principal instrumento de trabalho volta-se à seara judicial, ponto nevrálgico do presente trabalho.

Principalmente pela via da Ação Civil Pública, legitimado pelo art. 1º, inciso IV, e art. 5º, inciso I, ambos da Lei nº 7.346/1985, pode o *Parquet* requerer medidas do juízo da execução ou da autoridade executiva para, por exemplo, motivar a interdição do estabelecimento prisional.

Segundo o art. 66, inciso VIII, da Lei de Execução Penal, compete ao juiz da execução penal a interdição, total ou parcial, do estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos legais, como é o caso da superpopulação carcerária. Com caráter de controle administrativo do magistrado – e não jurisdicional –, tal medida deve obedecer a certos procedimentos e às normas aplicáveis em cada local, estando submetida ao controle hierárquico da administração judiciária⁷⁰. Destarte, o Ministério Público detém a competência para cobrar da autoridade executória a tomada de medidas para a adequação das condições do cárcere através da ACP, uma vez que o tema está circunscrito à Segurança Pública, importante direito difuso a ser protegido pelo dito “fiscal da lei”.

Outra medida comumente pleiteada nas Ações Cíveis Públicas é a transferência de presos, usualmente referida nas questões de detentos estrangeiros. Entretanto, pode o *Parquet* se valer da solicitação de remanejamento dos internos excedentes de um estabelecimento penal para outro com mais vagas disponíveis, de modo a equilibrar as populações encarceradas em presídios ou delegacias de polícia. Outra possibilidade mediante o instrumento da ACP é a requisição ao poder público para a realização de melhorias na estrutura do cárcere da Comarca a qual o Promotor de Justiça está vinculado; expansão de galerias, construção de novos anexos, reformas no espaço existente e contratação de novos agentes penitenciários são exemplos de pleitos capazes de conter a superpopulação e concretizar a função de defensor da ordem jurídica e dos interesses sociais cabível ao Ministério Público.

⁷⁰ MAURIQUE, Jorge; GARCIA, Rafael. Da natureza jurídica da interdição de estabelecimentos prisionais e do enfoque macro do problema prisional. *CEJ*, Brasília, n. 44, p.4-10, jan. 2009, p. 9.

Ainda, pode-se pleitear a vedação a novos ingressos de presos, a inserção no sistema penitenciário (já que muitos permanecem detidos em delegacias, mesmo com a guia de recolhimento definitiva), a viabilização de servidores para tentar conter a disparidade de contingentes que obrigam a criar funções administrativas aos reeducandos, designar local de encaminhamento de preso e, não menos importante, o pleito clássico de disponibilização de vagas.

Entretanto, por mais efetivas que possam parecer algumas medidas, mormente se o membro do órgão ministerial detiver a sensibilidade necessária para detectar os problemas e cobrar dos demais poderes, nem sempre a judicialização de tais questões vem se mostrando eficaz na resolução do caos carcerário.

3.2. Ineficácia das medidas

Não obstante a existência de inúmeros aparatos capazes de, em teoria, amenizar a crise da superpopulação carcerária, observa-se que nenhuma medida tem sido completamente efetiva no seu intento de concretizar os objetivos traçados na já antiga Lei de Execução Penal.

O Ministério Público, mesmo tendo, por vezes, posturas proativas e eficientes perante algumas das Comarcas, peca na pronta judicialização dos problemas decorrentes do sistema punitivo, apesar das boas intenções de cada Promotor de Justiça. Não raro, no afã de resolver as demandas de seu entorno, o membro do *Parquet* deixa de observar a questão de forma global ou olvida-se em envolver alguns dos responsáveis diretos pela melhoria das condições do preso.

Inicialmente, cabe destacar a questão da interdição, tema recorrente nas Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público, e que aparece com frequência como solução para a melhoria das condições estruturais dos presídios e delegacias que sofrem com a superlotação. Ocorre que, num primeiro momento, pode-se apontar que o processo de interdição, por demandar requisitos específicos, mostra-se lento e ineficiente para a resolução rápida dos anseios da população prisional, bem como da localidade do presídio. Isto, por vezes, deságua na inocuidade da medida, pois a demora pode fazer com que os pedidos se tornem obsoletos ou que o problema já esteja resolvido.

Somente para ilustrar a demora, uma rápida pesquisa jurisprudencial no *site* Tribunal de Justiça do Estado do Paraná demonstra o quão tardia é a decisão final acerca das demandas por interdição. A Ação Civil Pública nº 0000463-54.2012.8.16.0145, ajuizada em 01 de março de 2012, em que foi solicitada a interdição da Cadeia Pública de Jundiaí do Sul/PR, só foi ter sua decisão final exarada 4 anos depois, em setembro de 2016, pela 5ª Câmara Cível. Outra não é a situação dos demais colegiados do Sodalício paranaense, como se pode ver na Ação nº 0006548-56.2013.8.16.0069, da 4ª Câmara Cível, ajuizada em 2013 para obter a interdição da Carceragem da Delegacia de Cianorte, mas ainda pendente de julgamento nos Tribunais Superiores⁷¹.

Isto ocorre pois, antes de se chegar a qualquer provimento jurisdicional, a interdição deve passar pela inspeção do controle administrativo do Poder Judiciário. Deve-se, assim, produzir provas documentais para que se levante dados dos locais e das condições do estabelecimento penal, além de se proceder à inspeção judicial pelo magistrado responsável, que, no caso do Paraná, corresponde ao juiz corregedor dos presídios, conforme o item 7.6.3 do Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Paraná⁷². Só este procedimento refinado e complexo já é capaz de onerar substancialmente a eficácia da medida.

Neste ínterim, observa-se que o juízo incumbido da instauração da interdição não é o único responsável pela sua concretização. Por mais que se queira realizar as melhorias, o Poder Executivo deve atestar a possibilidade de se efetuar as obras saneadoras, além de ser necessária a comunicação das autoridades detentoras da pasta de Segurança Pública do local, consistindo a interdição em ato administrativo complexo, resultante de vontades distintas, que não produzem efeitos isolados, mas devem ser integrados⁷³. Entretanto, percebe-se que a intervenção judicial não tem representado uma interferência efetiva dos demais poderes responsáveis por concretizar as políticas públicas penitenciárias⁷⁴.

⁷¹ Dados retirados do Sistema Projudi, disponível em: <https://projudi.tjpr.jus.br/projudi/>

⁷² CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. **Provimento nº 60/2005**: Código de Normas. Curitiba: S. I., 2005

⁷³ MAURIQUE, Jorge; GARCIA, Rafael. Da natureza jurídica da interdição de estabelecimentos prisionais e do enfoque macro do problema prisional. **CEJ**, Brasília, n. 44, p.4-10, jan. 2009, p. 3.

⁷⁴ DINIZ, Cláudio. **Segurança Pública e Ministério Público**. 2016. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1692>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

Aqui, cumpre abrir o parêntese de que não é só a interdição que sofre com a morosidade do provimento jurisdicional. Poder-se-ia pensar em uma ação ajuizada pelo Ministério Público para denunciar irregularidades em uma Parceria Público-Privada firmada para a administração de um presídio, a fim de denunciar eventuais irregularidades na serventia às necessidades do preso. Por envolver tanto um ente privado, quanto um ente público (que teria prazos em dobro para resposta, além do reexame necessário), onde ambos têm de comparecer aos autos, constituir procuradores, litigar pelos interesses, aguardar prazos, etc., esta ação demoraria muito tempo, o que seria temerário à dignidade humana e à efetividade da medida processual.

Dito isto, ainda que se requeira a antecipação da tutela para obstar o encaminhamento de novos detentos às unidades que se pretende desativar (ou para sanar irregularidades nas PPPs), nos moldes do art. 12 da Lei da ACP e na tentativa de tornar o procedimento mais célere, tal medida não soluciona o problema. A uma, porque a medida não é definitiva e pode ser dispendiosa em excesso, dada a cognição sumária da liminar. A duas, porque os detentos serão enviados a algum outro lugar, que provavelmente também apresenta suas próprias mazelas.

Neste íterim, importante frisar que um relevante – mas indesejado – efeito da interdição é a transferência compulsória de detentos, espalhando um já elevado número de sujeitos a um contingente diminuto de estabelecimentos correccionais. Isto é algo que o Promotor de Justiça deve ter em mente, pois, segundo o ex-coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais, do Júri e de Execuções Penais do Ministério Público do Estado do Paraná, Ernani de Souza Cubas Junior:

“Isso causa um transtorno nas cadeias do Estado. A interdição é uma questão complexa. Se o promotor entra com uma ação civil pública, pedindo a interdição da cadeia, ele também vai proporcionar outro problema, porque não tem onde colocar os presos provisórios”⁷⁵.

Um fenômeno que decorre disto é o de que alguns Promotores de Justiça se mostram mais sensíveis e proativos que outros. Não raro, aquele que mais age, o faz por uma preocupação constante, estabelecendo parâmetros mais rígidos de tolerância do excedente prisional e tomando

⁷⁵ Disponível em: <http://www.folhadecampolargo.com.br/vernoticia.php?id=10754>.

medidas judiciais, ainda que a situação não esteja tão urgente. Por outro lado, existem comarcas mais problemáticas onde nada se faz, e ainda têm de receber o efetivo transferido daquelas localidades cuja interdição se concretizou e não estava inserta em cenário calamitoso. Ou seja, com uma pulverização de demandas, notamos certa pulverização de resultados.

Para exemplificar, o levantamento apresentado pelo professor e Promotor de Justiça Carlos Choinski no evento “Reunião de Trabalho: Segurança Pública e Ministério Público”, organizado pelo CAOP paranaense, mostra que existem Comarcas com excedente de 933% da capacidade de presos em delegacia e não têm nenhuma ação proposta pelo órgão ministerial. Enquanto isto, outras cidades têm 13% de excedente e há participação ativa do Promotor responsável. Em outras palavras, não existe atuação coordenada internamente pelo Ministério Público⁷⁶.

O cenário fica ainda mais caótico, quando se percebe a volatilidade das decisões judiciais, fenômeno pontuado por Choinski em sua exposição. Na prática, percebe-se que diversas ações iguais, com os mesmos pedidos – mas para lugares diferentes –, têm resultados diversos, alternando entre procedências e improcedências de acordo com quem julga. Como exemplo, citou-se Ação Civil Pública relativa ao pedido de interdição da cadeia do 3º Distrito Policial de Curitiba. Inicialmente, houve a concessão da liminar pelo juízo, mas o Estado do Paraná ingressou com pedido de suspensão e, na sequência, o Presidente do Tribunal de Justiça acatou a pretensão estatal. Após agravo regimental, a presidência reconsiderou o pleito e devolveu os efeitos à liminar. Surpreendentemente, o Estado embargou e foi vislumbrada a possibilidade de efeitos infringentes no órgão *ad quem*, indicando a viabilidade de nova mudança de concepção. Assim, impossível concretizar uma uniformidade de atuação do *Parquet*, pois se mostra necessário o diálogo com o Poder Judiciário.

A prática também revela que, da mesma maneira, é vital o diálogo com o Poder Executivo, responsável pela elaboração das políticas públicas que são contestadas através da propositura das Ações Cíveis Públicas. É inegável que os magistrados vêm, cada vez mais, inserindo seu poder decisório nas questões traçadas pela Administração, mostrando-se efetivo em diversos

⁷⁶ CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. **Segurança Pública e Ministério Público**. 2016. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1692>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

provimentos declaratórios que lhe são apresentados – apesar do problema anteriormente descrito de falta de uniformidade jurisprudencial. Entretanto, peca o Judiciário quando se presta a executar as políticas públicas. Apesar de, recorrentemente, tentar abrir canais de diálogo com a população, a Defensoria, a OAB e o Ministério Público, os magistrados esbarram nos mesmos entraves enfrentados pelo governo na gestão do problema carcerário. Por estar alheio à elaboração das diretrizes, não se consegue dar maior efetividade aos programas elencados, bem como se vê engessado pela questão orçamentária, da qual não participa ativamente – assim como o Ministério Público. Destarte, pouco adianta a procedência da ACP, já que sua executividade fica prejudicada pela falta de diálogo com o Poder Público na elaboração das medidas necessárias⁷⁷.

Outro problema vivenciado, ainda que não seja conscientemente desejado, é que a judicialização da demanda pelo Ministério Público acaba por transferir a responsabilidade aos demais entes públicos. Apesar de poder ser considerada uma consequência natural do processo, parece que a postura deveria ser um pouco mais ativa. Sem pretender fazer afirmações categóricas, nota-se que não é difícil imaginar uma situação onde o órgão ministerial constata o problema, cobra providências do Judiciário e do Executivo, mas não fiscaliza o efetivo cumprimento de seu pleito.

De outro lado, o Poder Público também transfere a responsabilidade de sua falha executiva ao pleito realizado pelo *Parquet* e deferido pelo Judiciário, argumentando que problemas locais apresentados à gestão estadual não podem ser resolvidos de forma generalizada. Ou seja, alega-se que não se pode aplicar a realidade de um local determinado a todos os outros 30, com diferentes vicissitudes, ressaltando, mais uma vez, a volatilidade e divergência das atuações ministeriais e jurisdicionais⁷⁸.

Outra importante questão sobre a falta de coordenação na atuação ministerial e em seu diálogo com outras instâncias de poder é a da destinação dos recursos disponibilizados para a questão penitenciária, usualmente disponibilizada pelo Fundo Penitenciário Nacional.

⁷⁷ CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. **Segurança Pública e Ministério Público**. 2016. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1692>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

⁷⁸ CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. **Segurança Pública e Ministério Público**. 2016. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1692>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

Criado pela Lei Complementar nº 79 de 1994, o FUNPEN nasceu com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades de modernização e aprimoramento do Sistema Carcerário. Dentre várias outras origens, seus recursos são compostos por dotações orçamentárias da União, doações e contribuições de entidades nacionais ou internacionais ou de pessoas físicas e jurídicas, recursos provenientes de convênios, confiscados ou provenientes da alienação de bens perdidos em favor da União, decorrentes de multas em sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado, etc.

Tais recursos, em tese, deverão ser aplicados na construção, reforma, ampliação e aprimoramento dos estabelecimentos penais, formação e aperfeiçoamento de pessoal, implantação de medidas pedagógicas, formação educacional, assistência à vítima, entre outros.

A Lei Complementar, em sua gênese, previa a formação de convênios com os Estados para o repasse dos recursos do Fundo, resguardando algumas transferências fixas (na hipótese de investimento em reinserção social do preso) e impondo condições, como o envio de dados do SINESP e a destinação de 30% para os objetivos de melhorias estruturais.

Dada a situação calamitosa e o contingenciamento de aproximadamente R\$ 2,4 bilhões do FUNPEN pela União, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 592.581⁷⁹, determinou que o governo federal liberasse as verbas para investimento no sistema prisional pátrio. Entretanto, os Ministros se demonstraram reticentes quanto à efetividade da medida. Segundo o Min. Relator Ricardo Lewandowski, falta vontade política para que os recursos sejam utilizados de forma significativa, já que não é algo que traz votos. Segundo ele “clara está, a meu sentir, a grave omissão por parte das autoridades responsáveis pelo sistema prisional. Aponto, nesse sentido, que verbas para melhorá-lo não faltam”. Conforme os dados coletados pelo magistrado, até 2013, foram empregados apenas pouco mais de R\$ 300 milhões no setor.

Observa-se, assim, que, em 4 anos, apenas 136 convênios foram firmados, sendo que o dinheiro foi devolvido em diversas oportunidades.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 592.581. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe. Brasília, 01 fev. 2016.

Os governadores reclamam da burocracia para a liberação de recursos e o dispêndio de energias para a determinação da construção de mais presídios em um curto espaço de mandato eletivo⁸⁰.

Em 2016, contudo, como forma de dar efetividade à utilização das verbas do FUNPEN, o governo enviou a Medida Provisória nº 755 ao Congresso Nacional, o qual aprovou o repasse dos recursos independentemente de convênio, condicionando o recebimento à existência de fundo penitenciário (ou específico, no caso dos Municípios), à instituição de órgão responsável pela gestão deste fundo, à apresentação dos planos, à habilitação do ente federativo e à aprovação dos relatórios anuais de gestão.

Neste íterim, pode o Ministério Público ter atuação mais incisiva na cobrança da efetiva utilização dos recursos do FUNPEN para a melhoria do sistema prisional.

Conforme constatado pelo Supremo Tribunal Federal, a má utilização do Fundo Penitenciário tem sido causada principalmente pela falta de motivação política dos responsáveis pelo emprego das melhorias no sistema penitenciário. Fora isto, a devolução de verbas por falta de utilização, o desvio decorrente da corrupção, falhas na licitação, falta de licença, entre outros, entrava o desenvolvimento da política prisional nos Estados e Municípios.

Com o descontingenciamento e a edição da Medida Provisória, ao que parece, os recursos do FUNPEN efetivamente serão destinados à questão dos estabelecimentos penais e pode ser uma saída para a contenção da expansão da massa carcerária. Para não tornar esta mais uma medida ineficaz, deve o Ministério Público inspecionar a destinação destas verbas, para que efetivamente cumpram seu papel.

Nesta senda, deve o órgão ministerial ser criativo e acompanhar as políticas públicas, sem dar a exclusiva importância aos meios judiciais de cobrança da utilização do Fundo Penitenciário. Isto, porque as mesmas consequências indesejadas observadas na interdição poderiam ser repetidas aqui. Não se pretende que uma Comarca dispute com a outra a destinação de recursos. Não se deseja que o investimento fique a critério da cabeça de cada juiz em sua individualidade. Deve-se evitar um provimento judicial sem força

⁸⁰ Disponível em: <https://jota.info/artigos/por-que-liberar-o-funpen-nao-e-solucao-18092015>

executória, deixando a verba parada pela mesma falta de vontade política observada antes da exigência de convênios para sua liberação. Em suma, não se podem cometer os mesmos erros, creditando à Ação Civil Pública o papel de panaceia para o cumprimento das atribuições ministeriais, sem que o Promotor esteja efetivamente inscrito e ciente das questões da política carcerária nacional.

Assim, vê-se que a atuação judicializada para a solução da superpopulação carcerária, por mais bem intencionada que pareça ser, não vem apresentando resultados satisfatórios, ao menos de uma forma generalizada. Como se pôde notar, a falta de diálogo entre os agentes envolvidos na seara executória é um entrave ao sucesso da empreitada do Ministério Público. Além disto, a inexistência de políticas institucionais bem delimitadas e efetivamente seguidas pelos membros faz com que as ações se tornem pulverizadas e acabem espalhando os problemas entre as Comarcas.

Numa tentativa de implementar iniciativas no sentido de harmonizar a atuação, o Ministério Público do Estado do Paraná, através do Centro de Apoio Operacional às Promotorias Criminais, editou o “Protocolo de Atuação Funcional 01/2016”⁸¹, visando a percepção macro da política estatal para relegar a atuação judicial a situações residuais e excepcionais.

Para tanto, as medidas passarão por uma centralização das informações das Unidades Prisionais pelo Centro de Apoio, a fim de tentar traçar um diagnóstico das localidades que demandam maior prioridade, bem como classificar os graus de deficiência das carceragens do Estado, perpassando pela análise da situação de cada custodiado nas delegacias e penitenciárias do Paraná.

Neste íterim, sugere-se: a fiscalização do prazo de duração das prisões provisórias; a regularidade, legalidade e necessidade da segregação cautelar, cotejando-as com a possibilidade de implementação de medidas diversas da prisão; a tentativa de prever, mediante a avaliação da pena máxima cominada em abstrato, o regime a ser imposto futuramente ao custodiado, o que desnaturaria a eventual decretação da preventiva; a transferência de encarcerados provisórios a outros estabelecimentos a fim de manter o equilíbrio de ocupação das vagas.

⁸¹ ESTEVES, Cláudio Rubino Zuan et al. **Protocolo de Atuação Funcional 01/2016**. 2016. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/protocolo_atuacao_funcional.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2016.

Quanto aos presos condenados, destaca-se a efetiva expedição da guia de recolhimento provisória, a fim de já se avaliar eventuais benefícios cabíveis e desafogar o sistema penitenciário. Também se poderia fiscalizar a proximidade da progressão de regime, a fim de agraciar os mercedores com a saída antecipada por meio de monitoramento eletrônico, dando concretude à Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal. Além disto, efetivamente monitorar, através do sistema digital, eventuais benefícios executórios fruíveis, mas não instaurados, podendo o Promotor requisitar ativamente a implementação na inércia da defesa. Por fim, atentar-se à questão do preso faccionado, indicando-se transferências necessárias.

Enfim, para dar efetividade a todo este aparato, ao CAOP Criminal deverão ser encaminhados documentos (como cópias da inspeção carcerária, da interdição, da ACP) pelo Promotor que constatar irregularidades, a fim de que o órgão possa pensar na melhor estratégia de atuação e subsidiar a Procuradoria-Geral de Justiça com a sugestão de adoção de medidas uniformes e contínuas para o enfrentamento macro do problema, atentando-se às vicissitudes de cada localidade e à viabilidade as medidas requeridas, para que não se incorra no erro de sobrecarregar a Comarca vizinha.

Inclusive, sob a perspectiva de políticas públicas de âmbito nacional, o Ministério Público do Paraná vem participando do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça⁸², onde se procura dar maior rigor ao acompanhamento de prisões provisórias e na fiscalização das condições dos presídios, mediante a realização de mutirões carcerários. O propósito é o de fortalecer a interlocução entre os atores responsáveis pela execução penal com o fornecimento de informações relevantes no âmbito executório e com a participação em seminários promovidos pelo CNJ, nos quais são traçadas diretrizes em recomendações, resoluções e compromissos assumidos pelos Estados.

O diagnóstico, assim, tentou ser traçado no âmbito do Estado do Paraná. Efetivamente, a judicialização dos conflitos atinentes à superpopulação carcerária não tem se mostrado muito efetiva, revelando que outras medidas devem ser tomadas, em diálogo com os demais agentes

⁸² Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/grupos-de-monitoramento-e-fiscalizacao-do-sistema-carcerario-gmfs#TJPR>

componentes do Sistema Penal. Basta saber se a cura também está sendo devidamente delineada ou se a questão prisional é eternamente fadada a este “estado de coisas inconstitucional”.

4. Conclusão

O presente trabalho, inspirado nos estudos de Segurança Pública realizados no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná, propôs-se a analisar e questionar a efetividade da judicialização do problema da superpopulação carcerária brasileira.

Para tanto, foi importante perceber como está estruturado o sistema penitenciário pátrio, ancorado numa já antiga Lei de Execuções Penais, a qual tentou padronizar cada estabelecimento penal e suas características. Nesta análise, percebeu-se que o sistema ainda apresenta de ranços de uma literatura antiquada, baseada na constante vigília dos custodiados e nas ideias de confinamento, solidão, trabalho forçado e instrução. Também restou claro que as modalidades prisionais foram concebidas através do parâmetro da progressão de regime, abrandando-se o isolamento à medida que se cumpre a pena; apesar disto, remonta-se à reclusão quando se trata de medida cautelar.

Em seguida, para que se pudesse avaliar a fração de responsabilidade de determinados agentes na judicialização das demandas, perquiriu-se sobre quem eram os incumbidos da fiscalização da seara executória, destacando-se o papel do Ministério Público, responsável por ajuizar as ações relativas à contenção da superpopulação carcerária, bem como o Juízo Executório, protagonista na inspeção e solução dos problemas decorrentes do encarceramento em massa.

Adentrando no cerne do tema, fez-se necessária uma análise da superpopulação carcerária em si. Mesmo com a previsão legal de que a lotação deve ser compatível com a estrutura e a finalidade do estabelecimento, foi possível perceber que o excesso de contingente nas unidades prisionais não é um tema de preocupação recente. Historicamente, o Conselho Penitenciário Nacional tentou editar resoluções que pudessem contornar o problema, mas pouca efetividade foi traduzida por tais recomendações. Isto desaguou na constatação de que o Brasil é um dos países que mais encarcera no mundo, ocupando atualmente a 4ª posição no indesejado *ranking*. Diante da infeliz

realidade, tentou-se traçar as razões pelas quais o país engendrou esta “cultura do encarceramento”, sem a pretensão de esgotar todas as etapas históricas que nos levaram ao topo da lista, mas tratando o problema da maneira adequada, sem considerá-lo uma intercorrência pontual e temporária, além de se procurar ao menos uma contextualização perfunctória para, então, adentrar na problemática que decorre da superpopulação.

Nesta senda, vislumbrou-se que o país tem enfrentado as mais variadas pressões internacionais em razão das condições que impõe aos seus custodiados, traduzidas no “estado de coisas inconstitucional” constatado pelo Supremo Tribunal Federal e que se tentou descrever, ainda que brevemente, a fim de destacar as flagrantes lesões à dignidade humana. Inclusive, tais desrespeitos fizeram surgir organismos indesejados, como as facções criminosas, capazes de transcender aos muros do presídio e instaurar crises penitenciárias e de segurança pública, como a que vimos no início do ano de 2017.

De forma a dar destaque à atuação ministerial, protagonista da análise que se pretendeu desde o início, detalhou-se sua competência fiscalizatória, prevista tanto na LEP, quanto na Lei Orgânica e no âmbito estadual, bem como sua capacidade de atuação judicial.

Entretanto, foi necessária a abertura de um parêntese para tentar enumerar os mais diversos meios que têm sido sugeridos para a contenção do avanço populacional carcerário. Passou-se desde a propositura de novas legislações, passando pela construção de mais presídios, privatizações de estabelecimentos penais, instituição de Parcerias Público-Privadas, valorização do método APAC, até os meios judiciais que o Ministério Público tem à disposição. Nesta senda, procurou-se descrever os principais aspectos de cada proposta e algumas impossibilidades ou inconsistências. Entretanto, reservou-se ponto a parte para descrever a ineficácia das medidas comumente tomadas pelo órgão ministerial na seara processual.

Aí residiu o ponto crucial da pesquisa, no qual foi possível perceber que a atuação e os resultados práticos esvaziam quase todas as boas intenções do membro atuante do Ministério Público. Como visto, no âmbito circunscrito ao Estado do Paraná, uma das unidades federativas que mais encarcera no país, as Ações Cíveis Públicas, principal instrumento utilizado pelo *Parquet*, não têm cumprido seu papel de cobrança do Poder Público, nem de medidas efetivas do Poder Judiciário.

Insistiu-se no fato de que não há uma atuação uniformizada entre os membros de um mesmo órgão ministerial, o que causa a volatilidade das ações, já que Comarcas prioritárias não recebem a atenção necessária e ainda podem receber o contingente de carceragens que não apresentam problemas tão crassos assim. Também ficou evidente que a demora no desfecho da demanda e a pulverização de decisões prejudica o trabalho de desencarceramento ou de melhorias nas estruturas físicas dos presídios e demais carceragens. Além disto, mostrou-se como a transferência de responsabilidades pela falta de diálogo entre os entes envolvidos na execução pode contribuir para que nada se faça, uma vez que um imputa ao outro a incumbência de realizar as melhorias e não se tem uma atuação conjunta.

Foi necessário o destacamento da destinação de recursos do FUNPEN, que também vem se mostrando mal utilizado através da judicialização das demandas. Mais uma vez, a provável solução perpassa pelo constante diálogo entre o Ministério Público e o poder governamental, o qual não demonstra muito interesse na utilização do Fundo para a construção de novas penitenciárias ou melhoria das já existentes, face os parcos ganhos políticos por ele gerados. Entretanto, o órgão ministerial tem de pressionar o poder público, sem se limitar a cobrar providências do Judiciário e enfrentar os mesmos entraves na execução do título obtido.

Atento à fragilidade da propositura inveterada de ações, o Ministério Público paranaense vem buscando, por meio de seu Centro de Apoio, propor diretrizes para uma atuação extrajudicial adequada, harmônica e institucionalizada. A iniciativa é digna de destaque, pois fruto de uma análise cuidadosa e que tenta fugir do lugar comum, colocando o *Parquet* como protagonista numa tentativa de virada metodológica sobre o tema.

Entretanto, cabe o alerta de que, sozinho, o Ministério Público nada fará. As soluções perpassam pelo diálogo, de modo que o Poder Público – e também o Judiciário – têm de estar engajados na melhoria do problema, a despeito de interesses políticos. Aí, e apenas aí, residirá o poder de demanda do Promotor de Justiça, fiscalizador dos demais poderes. Cabe à Administração o estudo de políticas públicas capazes de minar a superpopulação, ao Judiciário a adoção de medidas descarcerizantes e efetivamente cumpridoras dos objetivos da LEP, e ao Legislativo a edição de legislações capazes de possibilitar tal intento.

Quando todos atuarem conjuntamente será possível dar o primeiro passo para a solução da crise carcerária brasileira.

5. Referências Bibliográficas

ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; DIAS, Camila Nunes. Das Comissões de Solidariedade ao Primeiro Comando da Capital em São Paulo. *Tempo Social: revista de sociologia da USP*, São Paulo, v. 25, n. 1, p.61-82, jun. 2013.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2010: o estado dos Direitos Humanos no mundo*. Porto Alegre: Algo Mais Artes Gráficas, 2010.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2012: o estado dos Direitos Humanos no mundo*. Exeter: Polestar Uk Print, 2012.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Informe 2016/17: o estado dos Direitos Humanos no mundo*. Rio de Janeiro: Grafitto, 2017.

BARATTA, Alessandro. *Ressocialização ou controle social: uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado*. Disponível em: <http://www.juareztaavares.com/textos/baratta_ressocializacao.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2016.

BENTHAM, Jeremy. *O Panóptico*. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Ministério da Justiça. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN - Junho de 2014*. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. *Lei de Execução Penal*. Brasília, DF.

BRASIL. Lei nº 8625, de 12 de fevereiro de 1993. *Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. *DJe*. Brasília, 19 fev. 2016.

Câmara dos Deputados. *CPI Sistema Carcerário*. Brasília: Edições Câmara, 2009.

CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. *Segurança Pública e Ministério Público*. 2016. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1692>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

Congresso Nacional. *CPI - Sistema Carcerário Brasileiro: Relatório Final*. Brasília: Edições Câmara, 2017.

Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento dos presos*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Resolução nº 16*. S.I.: DOU, 1994.

Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Resolução nº 01*. S.I.: DOU, 1997.

Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Resolução nº 05*. S.I.: DOU, 1999.

Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Resolução nº 16*. S.I.: DOU, 2003.

Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Resolução nº 09*. S.I.: DOU, 2011.

Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Resolução nº 05*. S.I.: DOU, 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 56*. Brasília: S. I., 2010.

CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. *Provimento nº 60/2005: Código de Normas*. Curitiba: S. I., 2005.

DARKE, Sacha; KARAM, Maria Lúcia. Comunidades prisionais autoadministradas: o fenômeno APAC. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 107, p.357-376, mar. 2014.

DINIZ, Cláudio. *Segurança Pública e Ministério Público*. 2016. Disponível em: <<http://www.criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1692>>. Acesso em: 19 jun. 2016.

ESTEVES, Cláudio Rubino Zuan et al. *Protocolo de Atuação Funcional 01/2016*. 2016. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/protocolo_atuacao_funcional.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2016.

FIORAVANTE, Karina Eugenia. “A gente é invisível”: sobre espaço carcerário feminino e gênero. *Revista Colombiana de Geografía: Cuadernos de Geografía*, Bogotá, v. 21, n. 1, p.55-64, jan. 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANCO, Juliana Maia Pinheiro. Parcerias Público-Privadas: limites à realização da concessão administrativa para construção e administração de presídios no Brasil. *Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 23, p.180-232, jan. 2009.

GIORGI, Alessandro de. *Cinco teses sobre o encarceramento em massa*. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

GOMES, Luiz Flávio; MARQUES, Ivan Luís (Org.). *Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARCHI JÚNIOR, Antônio de Padova. *Do papel do Ministério Público na Execução Penal*. Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/665/1/palMJ-DOP.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. *Revista dos Tribunais*, S. l., v. 960, p.77-120, out. 2015.

MAURIQUE, Jorge; GARCIA, Rafael. Da natureza jurídica da interdição de estabelecimentos prisionais e do enfoque macro do problema prisional. *CEJ*, Brasília, n. 44, p.4-10, jan. 2009.

MENDES, Frederico Ribeiro de Freitas. Da (im)possibilidade da instituição de parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro: releitura

frente à crise do Estado. *Revista dos Tribunais*, S. I., v. 930, p.221-235, abr. 2013.

Ministério da Justiça. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: S. I., 2015.

PARANÁ. Lei Complementar nº 85, de 27 de dezembro de 1999. *Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná*. Curitiba, PR.

PASTANA, Debora Regina. Estado Punitivo e encarceramento em massa: retratos do Brasil atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 77, p.313-330, mar. 2009.

Procuradoria Geral de Justiça do Paraná. *Ato conjunto nº 01: Roteiro de Inspeção em Carceragens*. 2015. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Ato_Conjunto0115/Ato_Conjunto_01_2015_Anexo_III.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2017.

ROSA, Alexandre Moraes da; AMARAL, Augusto Jobim do. *Cultura da Punição: a ostentação do horror*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

RUDNICKI, Dani. A política penitenciária (brasileira) percebida pelo viés da alimentação da pessoa encarcerada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 102, n. 1, p.339-360, maio 2013.

SANTOS, Ronny Peterson Nunes dos. Privatização de presídios no Brasil: reflexões à luz de um possível recuo da experiência americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 129, p.375-405, mar. 2017.

ZACKESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária nacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 126, p. 291-331, dez. 2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro: vol. I. 2. ed.* Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

5.

Apresentação do Livro

Comentários à Lei de Ação Civil Pública, revisitada, artigo pro artigo, à luz do novo CPC e temas atuais

A despeito de possuir mais de trinta anos, a Lei da Ação Civil Pública (LACP) traz consigo questões que ainda seguem em aberto. Com o novo CPC, o problema se avulta, pois indagações inéditas surgem e velhos temas são renovados, demandando novas reflexões pelos operadores do direito. Tudo isso em um contexto social complexo a exigir respostas céleres, profundas e eficientes. O livro pretende, em alguma medida, contribuir no desempenho dessas tarefas.

O projeto foi norteado pela ideia de abordar questões práticas que surgem quando da aplicação da LACP, aliando o entendimento jurisprudencial acerca dos temas a referenciais teóricos sólidos a eles aplicáveis. Para tanto, além de julgados dos Tribunais Regionais Federais e das cortes estaduais, foram consultados **todos** os julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria. As decisões foram sistematizadas e analisadas a partir de doutrina não só de direito processual, mas também de direito material.

Como o objetivo primeiro do livro é permitir que seja utilizado no cotidiano profissional, buscou-se, tanto quanto possível, propiciar consulta rápida e fácil a seu conteúdo, permitindo que os assuntos sejam

compreendidos autonomamente (as situações que demandam leitura de outras parcelas do livro contam com expressa remissão aos itens pertinentes no corpo do texto). Por esse motivo, foi ele organizado a partir de comentários a artigos, o que permite a busca intuitiva do leitor aos dispositivos de lei aplicáveis ao caso por si enfrentando.

Os comentários ao art. 1º – introito da lei e definidor dos temas de direito material que são passíveis de discussão por intermédio desse instrumento processual – são longos porque, ao tempo em que se busca demonstrar que a complexidade da sociedade contemporânea coloca diante do operador jurídico novos direitos e a necessidade de que os instrumentos processuais destinados a essa específica tutela tenham em conta essa natureza, buscou-se trazer aportes das diferentes áreas a eles atreladas (em especial, Direito Constitucional, Administrativo, Econômico, Financeiro, Ambiental etc.).

Não só nos comentários a esse artigo, mas ao longo de toda a obra, problemas tidos por abstratamente resolvidos, mas que ainda geram intensas discussões práticas, foram analisados sob esse último enfoque. Apenas como exemplo, mencione-se a controvérsia quanto à definição de competência – se da Justiça Federal ou Estadual – para tratar de demandas em que haja ocorrido transferências de verbas federais (item 2.8). Embora a questão seja objeto de duas súmulas do STJ, dificuldades cotidianas seguem ocorrendo para se definir o que, de fato, caracteriza a transferência de verba (e, então, permite a incidência do enunciado jurisprudencial). Foi a esse tipo de enfrentamento que o presente livro se dedicou, com a intenção de ofertar subsídios aos leitores para que possam reunir mais dados e informações sobre o assunto e adotar decisões mais qualificadas nos casos em que venham atuar.

Nessa mesma linha, e ainda que o livro seja destinado ao exame da ação civil pública (portanto, um instrumento judicial por excelência), a LACP possui disposições que abordam os procedimentos administrativos anteriores ao ajuizamento da demanda e, mesmo, mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. A partir deles, foram desenvolvidas considerações

sobre termo de ajustamento de conduta, inquérito civil, recomendação administrativa, que, sempre buscando aliar a profundidade teórica e o viés prático, podem trazer aportes para a análise cotidiana dos problemas que desafiam os operadores do direito.

Em resumo, o objetivo da obra foi a de fornecer subsídios teóricos e jurisprudenciais para atuação prática, tendo em mira os problemas efetiva e cotidianamente enfrentados por ocasião da aplicação da LACP.

Diante dessa finalidade, deve-se anotar que se buscou, tanto quanto possível, facilitar a consulta à obra. Além da organização a partir de comentários (que permite a leitura autônoma de trechos do livro), foi elaborado sumário autoexplicativo e índice alfabético-remissivo, que podem ser utilizados para a imediata localização de temas. Ainda, o livro foi disponibilizado em versão eletrônica (a assinatura da Revista dos Tribunais, mantida pelo Ministério Público do Paraná, contempla esse acesso), permitindo que se utilizem os mecanismos de busca ali presentes, o que também auxilia na localização dos temas abordados.

6.

Resenha

Abordando a importância das áreas verdes privadas nas cidades e os instrumentos de estímulo fiscal e econômico para conservação dessas verdadeiras reservas de vida

O livro trata dos riscos do presente e dos desafios para um futuro sustentável para as cidades, desfazendo a dicotomia entre o urbano e o rural e reconectando a *polis* com a natureza.

Se o espaço urbano antes se contrapunha à noção da natureza, hoje é preciso reconhecer que aquele não subsiste sem esta, de forma que o objetivo maior é salientar a relevância das áreas verdes urbanas nesse momento da história urbanística brasileira, apontando os mecanismos de estímulo que podem ser adotados pelos municípios para fomentar e manter espaços verdes nas cidades, tanto públicos como privados, prevenindo desastres ambientais e assegurando saudável qualidade de vida aos habitantes.

Nesse sentido o livro destaca o papel estratégico e a autonomia dos municípios na gestão ambiental local, e sua verdadeira missão de transformar os ambientes urbanos em cidades mais sustentáveis.

Na sequência se apresenta o difuso e complexo regime jurídico das áreas verdes urbanas, abordando o seu conceito, as suas espécies de áreas de preservação permanente, unidades de conservação, áreas verdes urbanas no domínio da Mata Atlântica, e, por fim, sobre as faixas não edificáveis.

Na quarta parte se podem consultar as hipóteses de uso e intervenção em áreas verdes protegidas, como as autorizadas por utilidade pública, por interesse social ou quando caracterizado o baixo impacto ambiental.

Por fim se aborda a temática da regularização fundiária em área urbana consolidada, contextualizada com a legislação brasileira vigente, e trazendo conceituações de enquadramento de cada tipo de regularização, assim como uma noção introdutória sobre a forma procedimental e prática do instituto.

O livro ainda contém quadros ilustrativos e figuras de fácil compreensão, que possibilitam melhor compreensão dos principais aspectos e institutos jurídicos aplicáveis às áreas verdes urbanas, além de um anexo com a legislação pertinente.

Também se abordam as alterações advindas da Lei nº 12.651/12 (nova Lei Florestal), além dos caminhos para a regularização fundiária urbana contidas na Lei do Minha Casa Minha Vida.

A obra foi escrita em coautoria com Alessandro Panasolo e Melina Samma Nunes, especialistas em Direito Ambiental e Urbanístico.

O título é: ÁREAS VERDES URBANAS À LUZ DA NOVA LEGISLAÇÃO FLORESTAL: PROTEÇÃO, INTERVENÇÃO E REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. Curitiba: AmbienteJuris, 2017, 292 p.

Mãos Limpas e Lava Jato: a corrupção se olha no espelho

Entre os anos de 1992 e 1994, em Milão, na Itália, foi realizada a maior investigação de crimes do colarinho da história daquele país: a denominada Operação Mãos Limpas. Confesso que até uns dois anos atrás, não obstante já tivesse ouvido falar muito a respeito daquela operação, principalmente ao longo da década de 1990, quando o noticiário do que sucedia na Itália também repercutia por aqui, nunca havia me debruçado para analisá-la mais de perto.

Participando como ouvinte de alguns recentes eventos acadêmicos em terras brasileiras nos anos de 2015 e 2016, já em tempos de Lava Jato, acabei presenciando alguns professores de processo penal afirmando em suas exposições, em tom alarmista, que a Operação Mãos Limpas italiana não teria tido bons resultados. Em alguns casos as análises vendidas ao público nestes eventos acadêmicos era de que a Operação Mãos Limpas somente teria provocado efeitos negativos na Itália, como a querer dizer que melhor seria se ela não tivesse ocorrido. Essa estranha conclusão era usada como premissa para análise comparativa da Operação Lava Jato, em curso no Brasil e em algumas ocasiões quem assistia à fala de alguns professores tinha a impressão de que para eles também teria sido melhor se a Lava Jato não tivesse acontecido. Isso tudo, no entanto, me soava como uma desconcertante inversão de valores.

Incomodava-me, sobremaneira, o fato de que naqueles encontros e nos discursos dos palestrantes não tivesse aparecido uma frase sequer a respeito do amplo problema da corrupção brasileira revelado pelas investigações da “Lava Jato”. Ao contrário: no geral as falas não escondiam que, nas entrelinhas, por vezes as análises eram no sentido de que melhor seria se nada tivesse vindo a tona.

Estas abordagens me provocaram tal desconforto que por vezes elas aparentavam uma forma de velada proteção das estruturas do poder, remetendo minha mente à clássica obra de Raymundo Faoro: *Os Donos do Poder: a formação do patronato político brasileiro*. Faoro desnuda como os estamentos predatórios da economia do País sempre criaram condições de autoproteção capazes de manter em suas mãos o controle da sociedade, invariavelmente às custas do povo mais pobre e menos esclarecido. Criticava-se a investigação; a plateia composta em sua maioria de jovens alunos aplaudia irrefletidamente; e eu me revirava na cadeira, lembrando da síntese de Faoro: *“As duas partes, a sociedade e o estamento, desconhecidas e opostas, convivendo no mesmo país, navegam para portos antípodas: uma espera o taumaturgo, que, quando a demagogia o encarna em algum político, arranca de seus partidários mesmo o que não têm; a outra permanece e dura, no trapézio de seu equilíbrio estável”*.

Não se deveria aplaudir a “Lava Jato”, diziam os professores nestes eventos, porque na Itália, passados vinte e tantos anos, a corrupção teria se aperfeiçoado e, isso seria debitado ao fato de que as investigações italianas teriam sido um *“estrandoso fracasso”*, só produzindo resultados negativos para a população daquele país. Algumas frases de impacto eram lançadas ao público em assertivas conclusivas, aproximadamente nos seguintes termos: *“A história mostra que a operação Mãos Limpas na Itália foi um fracasso!”*; *“Lá muita gente se matou!; Em síntese foi apenas isso que a investigação produziu: morte!”*. De positivo, diziam alguns, apenas a *“satisfação do ego dos moralistas investigadores italianos”*. Mais risos e aplausos da plateia...

Cheguei a pensar em fazer intervenções ao final de algumas apresentações, apontar um ou dois contrapontos para reflexão conjunta, mas, o fato de que até então não havia estudado os detalhes deste famoso caso italiano das “Mãos Limpas”, me inibiu. Por evidente, minha ignorância me deixava vulnerável e as conclusões negativas apresentadas pelos professores haviam sido contundentes. Eles poderiam ter razão quanto ao que os italianos haviam experimentado.

Foi então que resolvi estudar o que sucedeu na Itália nos anos 1990. Por ter residido na Itália ao longo de um ano quando adolescente, o aprendizado da língua me deu condições de buscar informações em diversas fontes italianas, o que procurei fazer da forma mais ampla possível, até para não me deixar guiar por um diagnóstico parcial. Esforcei-me em promover uma autovigilância constante para *“suspender meus preconceitos”* nessa compreensão da realidade italiana, como recomendam os alertas hermeneutas do filósofo alemão Hans-Georg Gadamer. Até porque, não obstante as falas

daqueles professores tivessem me produzido desconforto, como dito, eles poderiam ter razão em relação aos resultados da investigação ocorrida na Itália. Para minha surpresa, quanto mais eu me aprofundava no estudo do quanto sucedera na Itália das “Mãos Limpas”, mais me deparava com situações de incrível e perturbadora semelhança ao que estamos vivendo no Brasil de hoje com a “Lava Jato”, seja na forma como a corrupção se desenvolveu lá e cá, seja nas fontes preferenciais de desvios de verba nos dois países, seja nos modelos de lavagem de dinheiro transnacional, seja no âmbito dos métodos de investigação adotados, seja, notadamente, nas reações políticas, jurídicas, legislativas e até mesmo naquelas de natureza violenta.

O resultado desta ampla pesquisa que procurei realizar está no livro que ofereço ao público em geral, publicado pela Editora Citadel. Não se trata de um livro técnico, não obstante em alguns momentos ingresse em discussões jurídicas, mas sempre procurando fazê-lo em linguagem que possa ser acessível também ao público leigo. Hoje posso dizer, com segurança, que sei porque os italianos não conseguiram reverter o problema da corrupção. E a explicação é muito distante do quanto se pregou naquelas palestras.

No livro estruturei a abordagem do tema em quatro partes. Na primeira parte procuro apresentar as nuances que envolvem a corrupção italiana e a brasileira, as quais podem ser lidas como dois lados da mesma moeda. Ainda que as duas Operações tenham ocorrido em países, épocas e realidades diferentes, há muito de parecido no modo de ser do italiano e do brasileiro. Analiso tanto o problema que desencadeou a sistematização de um modo de agir corrupto dos partidos políticos italianos e brasileiros, relacionado ao financiamento de campanhas políticas lá e cá, a ponto da corrupção se tornar quase naturalizada em negócios envolvendo as companhias petrolíferas italiana e brasileira, e nos contratos firmados com grandes empreiteiras nos dois países. Nesta primeira parte ainda há um destaque para a complexidade da criminalidade italiana, envolvendo Máfia, Maçonaria, Vaticano, partidos políticos e corruptos em geral o que ainda não guarda similitude com a realidade brasileira. Destaco, por fim, que as fraudes praticadas em detrimento dos cofres públicos poderiam ter vindo à tona muito antes, tanto na Itália quanto no Brasil, não fosse a liberdade interpretativa que orienta a jurisprudência nos dois países que acabou inviabilizando investigações de vulto.

Na segunda parte trato dos detalhes das duas operações. Explico a origem das denominações e como ambas se iniciaram a partir de casos menores e foram avançando a partir das colaborações premiadas, fruto, em boa medida, de uma mescla de prisões cautelares com a sensação

de abandono e vergonha que contaminou os que eram envolvidos nos escândalos divulgados pela mídia. Aponto o papel da mídia na eleição dos “heróis” dos dois casos, destacando que, se no início havia amplo apoio popular, com o passar dos meses os investigados mais poderosos, tanto na Itália quanto no Brasil, foram organizando reações e narrativas vitimizantes como forma de procurar neutralizar os efeitos das notícias do quanto se produzia nas investigações. Lá e aqui operou-se uma polarização apaixonada, afastando defensores e opositores das investigações, numa espécie de “ame ou odeie” que pode ser compreendido em grande parte como fruto de cegueiras ideológicas de lado a lado.

Na terceira parte detalho como se deram as diversas reações tanto na Mãos Limpas, quanto na Lava Jato. E aqui mais uma vez a coincidência de teses jurídicas, discursos políticos e modos de reagir são surpreendentes nos dois casos. A nota diferente é que na Itália se verificaram muitos suicídios de investigados e, no Brasil da Lava Jato, até o presente somente tivemos notícia de dois casos de tentativa de suicídio. Esclareço, porém, que alguns daqueles anunciados “suicídios” na Itália, notadamente os casos que envolvem três diretores da estatal petrolífera italiana Eni, encontrados mortos na véspera ou no mesmo dia em que deveriam prestar declarações ao Ministério Público italiano, apresentam provas e circunstâncias que permitem acreditar mais em homicídios camuflados do que para suicídios. Abordo também as reações políticas, jurídicas, legislativas e violentas no contexto da Mãos Limpas, explicitando seus detalhes e mostrando como as mesmas ideias e argumentos se repetem, em boa medida, até mesmo nas frases e *slogans* de ataque à Lava Jato. Discursos na linha de que os políticos teriam sido vítimas de “golpes pós-modernos”, de “ditadura do judiciário” ou que tudo não passava de uma pretensão de “criminalização da política”, foram repetidamente utilizados tanto na Itália dos anos 1990, quanto o são agora por aqui. Nesta parte ainda detalho passo a passo as inúmeras alterações legislativas que os italianos promoveram para neutralizar os efeitos das investigações. Desde anistias, passando por descriminalização de condutas, diminuição de prazos prescricionais até uma série de outras pretensões que visavam desvincular o Ministério Público italiano da magistratura restringindo sua autonomia.

Na quarta e última parte do livro procuro traçar os diagnósticos que pretendem explicar tudo o que sucedeu na Itália e o que vem sucedendo por aqui. Ingresso na discussão de alguns pontos polêmicos do atuar das autoridades na Lava Jato, procurando me afastar de análises apaixonadas ou que se vinculam a “lugares de fala” próprios de quem defende um lado. Insisto, aqui, na necessidade de se suspender pré-conceitos na interpretação do que vem acontecendo, o que nem sempre alguns analistas conseguem

fazer. Aponto, portanto, acertos e equívocos em alguns momentos delicados das investigações na Lava Jato, usando, quando coincidente, o parâmetro de comparação com as teses igualmente adotadas na Mãos Limpas. Sigo revelando que o amplo esforço do legislador italiano em produzir leis que abonaram as práticas de corrupção, provocou um “efeito fênix”, com os envolvidos nas investigações dos anos 1990 retornando ao mundo do crime do colarinho branco nos anos 2015. Procuo uma explicação para o problema da corrupção à luz da psiquê do ser humano e, numa leitura freudiana, explico a dificuldade do homem se conter numa sociedade de valores múltiplos como a nossa, alertando para a importância de se conter o gozo consumista e de se melhorar a legislação penal no âmbito de crimes elitizados como os que se vê nos dois casos analisados.

Arriscando prognósticos do que nos espera, destaco a importância de melhorar os índices de confiança da população nos políticos e na política, o que está ligado umbilicalmente com a qualidade e a própria manutenção da democracia brasileira.

Por fim, alerta para o risco que se corre hoje no Brasil ao não se observar o que os italianos experimentaram principalmente quando o interesse da mídia e da população arrefeceu. Foi neste contexto que os políticos italianos tiveram clima para promover amplas alterações legislativas que fazem com que hoje a desesperança norteie os italianos quando se fala em punir desvios de comportamento no trato da coisa pública. Aí reside o maior perigo. Se hoje por estamos vivendo um momento único na história do país no que diz respeito à probabilidade de punir atores corruptos que há décadas lesam os cofres públicos em montantes elevadíssimos, não há como desconsiderar o elevadíssimo risco de nos depararmos com mudanças legislativas que hoje já pululam no Congresso Nacional. Se os parlamentares ainda parecem um pouco acuados ou envergonhados de algumas propostas, receosos da reação popular, um descuido da população brasileira com o que os parlamentares possam promover em termos de mudança legislativa poderá provocar, amanhã ou depois, o lamento da perda de oportunidade de consolidar essa nova perspectiva de responsabilização dos donos do poder. A lição que a experiência italiana nos lega deve servir de norte não apenas para impedir retrocessos na responsabilização de atores corruptos, mas para promover os necessários avanços legislativos, com novas ferramentas de controle do dinheiro público, que possam colocar o Brasil ao lado dos países com elevados índices de confiança da população na democracia. Do contrário, daqui a vinte e cinco anos viveremos num país tão ou mais corrupto quanto este que se nos apresenta hoje. As futuras gerações de brasileiros não merecem esse destino.

7.

Jurisprudência Comentada

*Robertson Fonseca de Azevedo**
*Douglas Herrera Montenegro***
*Dandara dos Santos Damas Ribeiro****

O impacto ambiental cumulativo de pequenas centrais hidrelétricas sob a ótica da jurisprudência: a necessidade de avaliação ambiental integrada

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Aspectos Ambientais; 3. Casuística; 4. Ausência de Interesse Público Primário; 5. Os Impactos Cumulativos das PCHs; 6. A Necessidade de Avaliação Ambiental Integrada; 7. Referências Bibliográficas.

* Promotor de Justiça do MP-PR, Doutor em Ciências Ambientais (UEM), Master of Laws in Comparative Law (University of Florida), graduado em Direito (UFPR).

** Estagiário de pós-graduação do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Habitação e Urbanismo e Proteção ao Meio Ambiente. Biólogo (UFPR), bacharel em Direito (Unicuritiba).

*** Assessora Jurídica do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Habitação e Urbanismo e Proteção ao Meio Ambiente. Mestre em Antropologia (UFPR), bacharel em Direito (UFPR).

RESUMO: Os grandes rios da bacia hidrográfica e do estado do Paraná sofreram profunda alteração por conta de intervenção antrópica. Atualmente ainda há grande pressão para o aproveitamento hidrelétrico dos remanescentes não represados, especialmente nas bacias hidrográficas do Ivaí, Piquiri e Ribeira do Iguape. Apresentamos três decisões judiciais determinando avaliação ambiental integrada quando múltiplos empreendimentos pretendem explorar o potencial energético de um rio ou de uma bacia hidrográfica, ensejando assim análise do impacto cumulativo de vários empreendimentos, apresentados como individualmente geradores de pouco impacto ambiental. Demonstra-se pela jurisprudência aqui referenciada a concretização da principiologia do Direito Ambiental ao requerer uma avaliação ambiental integrada prévia à concessão de licenciamentos.

1. Introdução

A bacia do rio Paraná em território brasileiro já foi majoritariamente transformada em uma sucessão de barramentos artificiais, seja em sua calha principal ou naquela de seus principais afluentes, com 72% de seu potencial hidráulico já explorado¹.

O questionamento gerado por propostas de construção de novas barragens no estado do Paraná é motivado pela experiência da transformação de importantes bacias hidrográficas:

O rio Paraná, em território brasileiro, é uma sucessão de lagos artificiais, assim como seus rios formadores e a maioria dos tributários, especialmente da margem esquerda. O único trecho livre de barragens corresponde à fronteira entre os estados do Mato Grosso do Sul e Paraná. (...) O rio Iguaçu, que atravessa os três planaltos do estado do Paraná, é outra cascata de reservatórios, sendo ainda discutida, judicialmente, a implantação de obra imediatamente a montante dos limites do Parque Nacional do Iguaçu. Os afluentes do Iguaçu, como o rio Jordão, foram transformados em cascatas de reservatórios, existindo em todas as demais sub-bacias inúmeros projetos de “pequenas centrais hidrelétricas” (PCHs), os quais não proliferaram por todo o estado, na maneira pretendida pelos empreendedores e gestor ambiental, por resistência das comunidades, associações civis, Ministério Público do Paraná e Ministério Público Federal².

Mesmo as bacias hidrográficas menos impactadas do estado, como a do rio Ivaí, estão sujeitas a uma variedade de interferências antrópicas como poluição, eutrofização, assoreamento, construção de represas, controle do regime de cheias, pesca, introduções de espécies e soltura de alevinos³. Estas atividades “apontam alarmantes preocupações com a biodiversidade

¹ AGOSTINHO, A. A.; GOMES, L. C.; PELICICE, F. M.; *Ecologia e Manejo de Recursos Pesqueiros em Reservatórios do Brasil*. Eduem, Maringá, 2007.

² FONSECA, Robertson. *Tradução entre ciências e proteção de bacias hidrográficas de importância para conservação: Ivaí e Piquiri, remanescentes fluviais do alto rio Paraná*. 2015. 217 f. Tese de doutorado (Doutorado em Ecologia de Ambientes Aquáticos Continentais). Universidade Estadual de Maringá.

³ AGOSTINHO, A. A.; THOMAZ, S. M.; GOMES, L.C. *Conservação da biodiversidade em águas continentais do Brasil*. Megadiversidade 1 (1): 70-78, 2005.

das águas continentais brasileiras sobretudo para a ictiofauna, sendo que esta bacia já apresenta espécies listadas em categorias de ameaça de extinção como vulneráveis e em perigo”⁴.

2. Aspectos Ambientais

A proteção que o ordenamento jurídico brasileiro pretende garantir ao meio ambiente requer maior interlocução entre as ciências da Ecologia e do Direito. Os diplomas legais ambientais consagram a sustentabilidade das atividades econômicas e a manutenção do equilíbrio ecológico, razão suficiente para o órgão ambiental, quando do licenciamento de atividades poluentes, atenda às contribuições da comunidade científica sobre os ecossistemas ameaçados.

Neste sentido, apresenta-se a teoria do contínuo fluvial. A limnologia (“estudo das reações funcionais e produtividade das comunidades bióticas de lagos, rios, reservatórios e região costeira em relação aos parâmetros físicos, químicos e bióticos ambientais”⁵) desenvolveu teoria ecológica consolidada cujo entendimento é de que os rios são ecossistemas complexos e contínuos da cabeceira até a foz, com características físicas e biológicas intrínsecas⁶, necessárias para a manutenção das formas de vida associadas a tais ambientes e seus processos.

Ao longo dos rios ocorre um gradiente de variáveis ecológicas, o que faz com que as comunidades bióticas nele organizadas maximizem a eficiência de suas interrelações. As interferências antrópicas e os aportes pontuais e difusos de contaminantes nos rios podem perturbar o equilíbrio deste sistema e desviá-lo⁷. Segundo esta teoria, os organismos e as características

⁴ FROTA, A. et al. *Inventory of the fish fauna from Ivaí River basin, Paraná State, Brazil*. Biota Neotropica 16 (3): e20150151, 2016, p. 9.

⁵ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Limnologia no Brasil*. Disponível em: <<http://www.ib.usp.br/limnologia/>>. Acesso em 16 mar. 2017.

⁶ VANNOTE, R. L.; MINSHALL, G. W.; CUMMINS, K. W.; SEDELL, J. R.; CUSHING, C. E. *The River Continuum Concept*. Canadian Journal of Fisheries and Aquatic Sciences, 37: 130-137, 1980.

⁷ GREATHOUSE, E.; PRINGLE, C.M.; *Does the river continuum concept apply on a tropical island? Longitudinal variation in a Puerto Rican stream*. Canadian Journal of Fisheries and Aquatic Sciences. 63: 134-152, 2006.

de cada região lótica⁸ (i.e., de água corrente) evoluíram de acordo com as condições determinadas pela geologia e geomorfologia de cada bacia e canal fluvial, sendo que para que haja garantia de sua manutenção ecológica deve ser respeitado o gradiente nascente-foz, considerado como um contínuo⁹.

O rompimento da continuidade do rio pela construção de barragens é causa de grandes e sérios prejuízos à qualidade ambiental de qualquer curso d'água, sendo que tal descaracterização deu origem a outra teoria ecológica, que atenta justamente para aqueles rios prejudicados por sucessivos barramentos, denominada teoria da descontinuidade fluvial¹⁰. Agentes externos, tais como barramentos, mormente em sucessão, resultam em alteração de parâmetros físico-químicos da água, como a diminuição do pH e da concentração de oxigênio dissolvido, causando sua acidificação, aumento de turbidez e temperatura, entre outros, o que conseqüentemente ocasiona uma acelerada eliminação de espécies nativas.

A diminuição do número de espécies ou o seu insulamento, no caso da descontinuidade do rio, é consequência da degradação (fragmentação) do ecossistema, com perda da diversidade genética causada pela reprodução entre indivíduos isolados e aparentados e quebra do equilíbrio ecológico de um determinado espaço natural.

O efeito cascata gerado pela instalação de PCHs em sequência é responsável pela propagação de condições adversas por todo o curso do rio¹¹, sejam elas físicas (alteração das vazões, perda de habitats, aumento da temperatura, alteração de nutrientes, etc.) ou biológicas:

⁸ Há a classificação dos ecossistemas aquáticos como lântico – de água parada ou de baixo fluxo, como lagos e reservatórios – e lóxico – de água corrente, por meio de rios, córregos e riachos.

⁹ SIQUEIRA, R. M. B.; HENRY-SILVA, G. G. *A bacia hidrográfica como unidade de estudo e o funcionamento dos ecossistemas fluviais*. Boletim da Associação Brasileira de Limnologia, 39(2), 2011.

¹⁰ WARD, J. V.; STANFORD, J.A. The serial discontinuity concept in lotic ecosystems. In: FONTAINE, T. D.; BARTELL, S. M. *Dynamics of lotic ecosystems*. Ann Arbor Science Publishers: Michigan, 29-42, 1983. Ver também: POOLE, G. C. *Fluvial landscape ecology: addressing uniqueness within the river continuum*. *Freshwater Biology* 47: 641-660, 2002.

¹¹ AGOSTINHO, A. A.; GOMES, L. C.; PELICICE, F. M. *Ecologia e Manejo de Recursos Pesqueiros em Reservatórios do Brasil*. Universidade Estadual de Maringá, 2007, p. 150.

“as barragens instaladas no rio podem impossibilitar a migração de peixes, necessária à reprodução das espécies. Mesmo com os mecanismos de transposição de peixes, ainda são necessárias pesquisas para solucionar essa problemática”¹².

Por outro lado, os princípios de Direito Ambiental aplicáveis à questão e que embasaram as decisões colacionadas são aqueles da *prevenção* e da *precaução*, que deveriam servir de alicerces da atividade estatal de concessão de licenças ambientais.

O princípio da prevenção, presente na redação do artigo 225 da Constituição Federal, pretende evitar a ocorrência de danos previsíveis ao meio ambiente:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
(...)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

Há cinco ações necessárias ao atendimento do princípio: identificação e inventário das espécies de um território; identificação e inventário dos ecossistemas; planejamento ambiental e econômico integrados; ordenamento territorial e ambiental para a valorização das áreas de acordo com a sua aptidão e Estudo de Impacto Ambiental¹³.

Já o princípio da precaução, exposto na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e na Convenção sobre Diversidade Biológica (Decreto 2.519/1998), é a garantia contra riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não possam ser ainda identificados. Refere-se às ações antecipatórias aplicáveis em situações que causam efeitos

¹² VIANA, F. G. *Por que não o equilíbrio?* Revista PCH Notícias & SHP News, nº 41. Itajubá: CERPCH, abr-mai-jun/2009, p. 06. Disponível em: <http://cerpch.unifei.edu.br/wp-content/uploads/revistas/revista-41.pdf>. Acesso em: 14/03/2017.

¹³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 83.

adversos à saúde humana e ao meio ambiente, visando à continuidade da natureza existente no planeta.

Como se viu acima, existindo dúvidas quanto aos efeitos de empreendimentos potencialmente poluidores, a principiologia aduzida recomenda a análise integrada dos efeitos dos diversos empreendimentos.

3. Casuística

a - Mangueirinha-Paraná

São frequentes as consultas de promotores de justiça das diversas regiões do estado ao Centro de Apoio em relação a obras potencialmente impactantes aos rios do estado, tal como aquela da comarca de Mangueirinha, em cujo território é prevista a instalação de diversas pequenas centrais hidrelétricas (PCHs), assim distribuídas: rio Marrecas (PCHs Forquilha, Invernadinha e Covó, totalizando 26 MW de capacidade) e rio Covó (PCH Canhadão, com 10 MW), Mangueirinha-PR. O objeto da ação civil pública promovida pelo MPPR em primeiro grau, em 09 de novembro de 2016, foi a proteção dos rios Marrecas e Covó, ambos pertencentes à bacia hidrográfica do Rio Iguaçu, proteção esta que foi liminarmente garantida com decisão interlocutória do Juízo da Comarca exigindo a realização de avaliação ambiental integrada pelo Instituto Ambiental do Paraná.

Houve apresentação de agravo de instrumento da parte dos empreendedores e do Instituto Ambiental do Paraná, tendo o CAOPMAHU produzido minuta de contrarrazões encaminhada ao órgão executor, com os argumentos adiante enfocados e com respaldo jurisprudencial, justificando a restauração da decisão interlocutória do Juízo *a quo*: 1) necessidade de análise do rio como contínuo, em seu aspecto natural; 2) ausência de interesse público primário na instalação de PCHs; 3) necessidade de avaliação do impacto cumulativo de quatro empreendimentos descritos na petição inicial – Canhadão, Invernadinha, Forquilha e Covó – além da PCH já em funcionamento, denominada Tigre, que juntas somam mais de 40 MW de capacidade; 4) necessidade de avaliação ambiental integrada quando há pluralidade de empreendimentos pretendidos para o mesmo curso d'água.

O seccionamento de um curso fluvial para a instalação de vários empreendimentos isoladamente considerados, todos com igual finalidade,

demonstra que os empreendedores e o órgão ambiental estadual optaram por evitar análise sobre o aspecto sistêmico do meio ambiente e todas as variáveis necessárias para que este permaneça equilibrado.

Para se garantir a efetivação do princípio da sustentabilidade ambiental, no entanto, deve-se considerar o impacto cumulativo de todas as PCHS previstas para o rio. O licenciamento ambiental simplificado (LAS) de cada empreendimento, exigido para licenciar separadamente os empreendimentos, é instrumento disciplinado na Resolução CONAMA nº 279/2001 e deve ser aplicado apenas no caso de empreendimentos genericamente definidos como de “pequeno potencial de impacto ambiental” (art. 1º), o que não se verificará diante da análise das consequências cumulativas que seriam impostas ao rio com a instalação de todos os empreendimentos previstos para ao mesmo rio.

b - Santo Amaro da Imperatriz-Santa Catarina

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina confirmou medida liminar concedida em ação aforada pelo Ministério Público Estadual que pretendeu suspender cinco licenças ambientais e proibir a concessão de uma sexta licença pelo órgão ambiental daquele estado, as quais visavam implementar seis PCHs na bacia hidrográfica do rio Cubatão, abrangendo dois municípios catarinenses.

A 1ª promotoria da comarca de Santo Amaro da Imperatriz sustentou que as licenças foram fornecidas de modo individual, após a apresentação de um estudo ambiental simplificado para cada PCH, sem a exigência de estudo ambiental integrado englobando a bacia como um todo.

Inconformada com a medida liminar, uma das rés recorreu através de agravo de instrumento, ajuizado perante o TJSC, asseverando, em síntese, que: a) a PCH manteria a biota no trecho do rio situado entre o barramento e a casa de força; b) cumpriu todos os requisitos legais e obteve todas as licenças ambientais necessárias; c) a exigência de avaliação integrada na fase final de implantação do empreendimento contraria previsão legal; d) em razão do atraso nas obras, a PCH perderia R\$ 36 milhões de reais, valor do investimento, dentre outras razões. Entretanto, o recurso foi unanimemente desprovido, conforme se observa da ementa:

AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR DE SUSPENSÃO DE LICENÇAS AMBIENTAIS PARA INSTALAÇÃO DE PEQUENAS CENTRAIS HIDRELÉTRICAS - PCH. DISPENSA DA APRESENTAÇÃO DE ESTUDO DE IMPACTO INTEGRADO DA BACIA HIDROGRÁFICA. *ATO ADMINISTRATIVO QUESTIONÁVEL. NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO CONJUNTA DE TODAS AS PCH INSTALADAS NA BACIA HIDROGRÁFICA. RECURSO DESPROVIDO.* (TJSC - AI n. 2013.079128-0, de Porto Belo. Rel. Des. RODOLFO C. R. S. TRIDAPALLI, julgado em 27/11/2013). (grifou-se)

A visão do agravante é que o licenciamento ambiental de atividades sempre teve como foco o empreendimento em si. Há completa desconsideração na análise de outras atividades ou mesmo de outros empreendimentos que possuam a mesma finalidade, sem se cogitar acerca de impactos cumulativos em um mesmo ecossistema, apesar da Resolução CONAMA 01/1986, que estabelece as diretrizes para as avaliações de impactos ambientais, fazer menção expressa à bacia hidrográfica:

Artigo 5º - O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais: (...)

III - Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;

Prossegue o relator:

Não se desconhece a jurisprudência desta Corte de Justiça no sentido de que, mesmo havendo lei dispensando as PCH's de realizar avaliação integrada da bacia hidrográfica, a instalação de diversas centrais em um mesmo curso de água, como o Rio Braço do Norte, por exemplo, acabam, em conjunto, causando impacto ambiental, tais como as secas e, portanto, seria recomendável a elaboração do estudo de toda a bacia hidrográfica (cf. TJSC - AI n. 2011.018854-2, de Santo Amaro da Imperatriz. Rel. Des. VANDERLEI ROMER, julgado em 1º/12/2011).

A exploração do potencial hidrelétrico das bacias hidrográficas, da maneira costumeira em que é enfrentada pelos órgãos ambientais estaduais, desconsiderando os efeitos sinérgicos e cumulativos dos diversos empreendimentos em cadeia, não se coaduna com os princípios da prevenção e precaução, acima referidos, implícitos na decisão do TJSC.

Efeitos sinérgicos referem-se à alteração significativa na dinâmica ambiental pela acumulação de impactos locais, provocados por mais de um empreendimento, provocando alterações econômicas, sociais, ambientais ou institucionais maiores que a soma dos efeitos de cada um dos empreendimentos isoladamente.

De acordo com a acertada decisão da corte catarinense, é indispensável a realização de avaliação do impacto conjunto das obras (avaliação ambiental integrada), vez que situadas na mesma bacia hidrográfica:

“Argumentação mais do que razoável e pautada na obrigatoriedade da proteção ao meio ambiente e no princípio da precaução, porquanto, como anotado em caso análogo, oriundo do Estado de Minas Gerais, ‘qualquer leigo de escassas luzes ou doutor da maior suposição, por óbvio, concluiria que uma análise isolada e pontual de um empreendimento pode não ser lesiva ao meio ambiente. No entanto, vários empreendimentos numa mesma localidade, no caso, na bacia do Rio Santo Antônio, podem ter dimensões efetivamente catastróficas. Daí, justamente, não ser suficiente um estudo de impacto ambiental, *mas sim o estudo integrado, pois só avaliando o conjunto, contextualizando todos os empreendimentos e o impacto deles é que será possível mensurar a viabilidade dos licenciamentos*’” (AI nº 2011.018854-2, Rel. Des. Vanderlei Romer, publicado em 23/10/2013). (grifou-se)

Deste modo, totalmente pertinente a análise da totalidade dos impactos potencialmente causados pela instalação do conjunto de PCHs, e não pela individualidade das obras integrantes do complexo, pois o meio ambiente não pode ser seccionado em uma visão rasa e economicista.

O Licenciamento Ambiental Simplificado, estabelecido para casos de empreendimentos definidos como de pequeno potencial de impacto ambiental (art. 1º, Resolução CONAMA 279/2001), torna-se, neste contexto, instrumento muito aquém do necessário para avaliar o impacto ambiental que será gerado pelo conjunto dos empreendimentos propostos para o curso d’água, o qual certamente não será de pequeno potencial, definido nesta Resolução do CONAMA.

4. Ausência de Interesse Público Primário

São interesses públicos primários aqueles que a Administração deve perseguir no desempenho da função administrativa, ou seja, atendimento aos interesses da sociedade e são interesses públicos secundários aqueles imediatos, associados ao aparato administrativo, geralmente relacionados com o incremento do erário^{14 15}. No caso da implantação de projetos hidrelétricos no estado do Paraná, nenhum dos dois seria alcançado em caso de materialização das pretensões dos empreendedores.

O estado do Paraná é superavitário em energia elétrica, sendo que apenas 20% da energia produzida é consumida em seu território¹⁶. A energia excedente é destinada ao Sistema Interligado Nacional, complexo hidro-termo-eólico de grande porte, que inclui as infra-estruturas de produção e transmissão de energia elétrica do Brasil e explora a diversidade entre os regimes hidrológicos das bacias¹⁷. Essa transferência de excedentes energéticos causa importante impacto econômico *negativo* ao estado, já que “o Paraná não recebe ICMS pela geração de energia, os *royalties* gerados pelas UHEs são temporários e as PCHs nem *royalties* geram”¹⁸.

A Constituição Federal, em seu art. 155, baseia esta informação:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (...)

II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

§2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

X – não incidirá:

¹⁴ MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*, 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 66.

¹⁵ ALESSI, R. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 3 ed. Mião: Giuffrè, 1960, p. 197, apud MELLO, op cit.

¹⁶ ALBUQUERQUE, R. M. *As pequenas centrais hidrelétricas da bacia do rio Iratim e seus impactos socioambientais: uma reflexão sobre eletroestratégicas e acumulação por espoliação*. Trabalho de Conclusão de Curso, Geografia, UFPR, 2013, p. 73

¹⁷ OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO. *O que é o SIN – Sistema Interligado Nacional*. Disponível em: <http://www.ons.org.br/conheca_sistema/o_que_e_sin.aspx>. Acesso em 16/03/ 2017.

¹⁸ RIBAS, P. *Precisamos de mais hidrelétricas?* Revista Contexto, Curitiba, nº 2, p. 16-19, 2011. ISSN 2236-2738.

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica. (grifou-se)

Neste viés econômico, a legislação infraconstitucional trata da compensação financeira aos municípios pela utilização de recursos hídricos (Lei 9.993/2000) em razão de submersão de terras para a produção de energia elétrica. Acerca do repasse pecuniário ao município, estabelece a Lei federal 9.648/98:

Art. 17. A compensação financeira pela utilização de recursos hídricos de que trata a Lei no 7.990, de 28 de dezembro de 1989, será de 7% (sete por cento) sobre o valor da energia elétrica produzida, a ser paga por titular de concessão ou autorização para exploração de potencial hidráulico aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios em cujos territórios se localizarem instalações destinadas à produção de energia elétrica, ou que tenham áreas invadidas por águas dos respectivos reservatórios, e a órgãos da administração direta da União.

§ 1º Da compensação financeira de que trata o caput:

I - 6,25% (seis inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) do valor da energia produzida serão distribuídos entre os Estados, Municípios e órgãos da administração direta da União, nos termos do art. 1o da Lei no 8.001, de 13 de março de 1990, com a redação dada por esta Lei;

Desta alíquota, ainda há que se considerar a norma acima referida (Lei federal 8.001/90), a qual dispõe que:

Art. 1º A distribuição mensal da compensação financeira de que trata o inciso I do §1º do art. 17 da Lei no 9.648, de 27 de maio de 1998, com a redação alterada por esta Lei, será feita da seguinte forma: (...)

II - quarenta e cinco por cento aos Municípios;

Ora, do total de energia produzida, o município receberia 45% de 6,25%, ou seja, aproximadamente 2,81% do valor da energia produzida. Ressalte-se que a energia efetivamente produzida não corresponde necessariamente à potência instalada, em que pese comprometimento, em qualquer caso, das áreas produtivas e naturais afetadas pelo empreendimento.

De forma geral, é bom que se propague a disposição legal de que PCHs abaixo de 10MW não repassam qualquer compensação aos municípios atingidos, por conta do disposto no art. 4º, I, Lei 7990/1989:

Art. 4º Ressalvado o disposto no art. 2o da Lei no 12.783, de 11 de janeiro de 2013, *é isenta do pagamento de compensação financeira a energia elétrica: I - produzida pelas instalações geradoras com capacidade nominal igual ou inferior a 10.000 kW (dez mil quilowatts);*

Além disso, todos os reservatórios das muitas hidrelétricas existentes no território inundaram áreas de produção agrícola, afetando a cadeia produtiva da agropecuária, na medida em que há supressão de atividades associadas à produção rural, desenvolvidas em área eventualmente submersa. Note-se que desde os insumos utilizados na agricultura industrial ao consumo dos trabalhadores da agropecuária, todas as atividades econômicas desta cadeia produtiva, ao contrário da produção hidrelétrica, geram receita tributária.

Ademais, aos impactos ambientais (supressão de habitats, alteração da qualidade da água, destruição da paisagem) e econômicos (supressão de atividades agrícolas por atividade não geradora de tributos estaduais ou municipais), há grande impacto social associado às barragens:

Trata-se, com efeito, de um processo de mudança social que interfere em várias dimensões e escalas, espaciais e temporais. Neste processo de mudança, além de alterações patrimoniais (novos proprietários) e morfológicas (nova geomorfologia, novo regime hídrico etc.), instauram-se novas dinâmicas socioeconômicas, novos grupos sociais emergem na região de implantação, novos interesses e problemas se manifestam. (...) Entender o processo como mudança social implica, igualmente, considerar que há dimensões não estritamente pecuniárias ou materiais. Há perdas que são resultantes da própria desestruturação de relações prevalecentes, da eliminação de práticas, da perda de valores e recursos imateriais (religiosos, culturais), por exemplo, a dispersão de um grupo familiar extenso, ou a inundação de lugares com importância simbólica, religiosa, para um determinado grupo social¹⁹.

Sintomático que na visão dos empreendedores, conforme argumentado em sede do agravo em relação à decisão do Juízo de Mangueirinha, a prioridade colocada é *estritamente econômica*: “o atraso

¹⁹ VAINER, Carlos B. Conceito de “atingido”: uma revisão do debate. In: ROTHMAN, Franklin Daniel. *Vidas alagadas: conflitos socioambientais licenciamento e barragens*. Viçosa, MG: Ed. UFV, 2008, p. 51.

na construção da PCH traz como consequência a impossibilidade de fornecer energia no prazo pactuado, o que prejudica, ao fim e ao cabo, toda a coletividade, ampliando o risco de um colapso energético no país”.

Considerada a contribuição que o estado do Paraná já vem dando ao sistema energético nacional, os argumentos são despropositados, mesmo que analisados por uma ótica puramente econômica, que peca em não considerar que há, como visto, outras atividades econômicas e bens jurídicos indisponíveis em tela, os quais se contrapõem ao interesse dos empreendedores.

O programa desenvolvimentista enfatiza, em primeiro lugar, que seu objetivo básico era promover o desenvolvimento econômico pela produção industrial e de infraestrutura, com destacado papel do estado como instrumento a serviço da “nação”²⁰, privilegia o investimento em atividades ambiental e socialmente impactantes, em detrimento de atividades tradicionais.

Em flagrante contradição com os princípios apresentados como sustentação retórica de um programa oficial de incentivos ao investimento em fontes descentralizadas e alternativas de energia elétrica (PROINFRA), a realidade desse investimento tem significado a grande concentração de unidades geradoras em determinadas regiões, dissociada de qualquer planejamento estratégico assentado em seus pressupostos de geração distribuída e de atendimento a demandas locais, além da insuficiência da discussão quanto à viabilidade socioambiental do conjunto desses empreendimentos²¹.

Em favor de interesses econômicos sediados nas metrópoles, promove-se a transformação radical de ambiente que abriga elementos ecologicamente importantes, como trechos lóticos ininterruptos e áreas ciliares naturais ou regeneradas e atividade econômica tradicional e pujante, normalmente a mais importante nos municípios afetados.

A prevalência de interesses públicos primários sobre interesses meramente econômicos é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que manifestou:

²⁰ BRESSER-PEREIRA, L. C. *O Novo Desenvolvimentismo*. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Papers-cursos/Cap.3-Novo_desenvolvimentismo.pdf>. Acesso em 30 mar. 2017.

²¹ RIBEIRO, M. Q. C. *As Pequenas Centrais Hidrelétricas: Mitos e Realidades*. In: *Proteção da Biodiversidade e Construção de Barragens Hidrelétricas*. São Paulo, 2012.

“(...) a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, 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 (...) O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações” (ADI 3540 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528) (grifou-se)

5. Os Impactos Cumulativos das PCHs

Os projetos hidrelétricos em uma bacia hidrográfica não devem ser analisados individualmente, como vem ocorrendo nos licenciamentos ambientais em tela. As medidas mitigadoras e compensatórias propostas nos Estudos de Impacto Ambiental serão totalmente diferentes se houver análise individual do projeto hidrelétrico ou avaliação de modo cumulativo/sinérgico.

Resolução 01/1986 CONAMA, já citada, é explícita:

Artigo 5º - O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais: (...)

III - Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;

A mesma Resolução ainda prevê:

Artigo 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; *suas propriedades cumulativas e sinérgicas*; a distribuição dos ônus e benefícios sociais. (grifou-se)

Explícita, portanto, a necessidade de se avaliar o impacto cumulativo e sinérgico de projetos previstos para serem construídos em uma mesma bacia hidrográfica, mesmo no caso de empreendimentos que estejam tramitando por meio do licenciamento ambiental simplificado, para atender ao princípio da prevenção constitucionalmente assegurado.

É na licença prévia que se avaliará a viabilidade ambiental de um empreendimento, após a análise de seus impactos e medidas mitigadoras propostas no projeto. Ora, ao se fazer o estudo dos impactos cumulativos de vários projetos hidrelétricos em uma bacia, pode-se perceber facilmente que alguns efeitos negativos serão diferentes do que se analisados individualmente²².

A implantação de cascata de reservatórios nos rios, sem avaliação de seus impactos cumulativos e sinérgicos afronta o princípio da prevenção do direito ambiental. A improbabilidade ou mesmo impossibilidade de recuperação é, via de regra, consequência dos danos ao meio ambiente, motivo pelo qual o interesse difuso só é respeitado quando o dano ambiental não ocorre.

As PCHs em operação em fio d'água não necessitam de vastos reservatórios, mas, mesmo assim, carregam os seguintes impactos socioambientais: destruição do leito natural do rio por sedimentos; erosão que altera o leito original do rio; alteração da velocidade da água; alteração

²² REZENDE, L. P. *A Análise do Impacto Cumulativo de Barragens Hidrelétricas*. In: Proteção da Biodiversidade e Construção de Barragens Hidrelétricas. São Paulo, 2012.

da qualidade da água devido às atividades anaeróbias; modificação sobre a vida aquática (peixes, vegetais, etc); deslocamento de pessoas com perda de suas relações materiais e simbólicas com os locais alagados e reinserção em novos contextos, que podem não ser sequer equiparáveis aos que viviam antes; alteração na economia local através da concentração de mão de obra no período da construção com posterior dispensa dos trabalhadores ao final da obra²³, entre outros.

No caso de várias PCHs no mesmo rio, as consequências ambientais são ainda mais graves, pois seus impactos são cumulativos e sinérgicos. Daí a necessidade dos estudos para o licenciamento de cada empreendimento não ocorrerem isoladamente, apesar da outorga ser geralmente concedida para empresas privadas distintas, como no caso de Magueirinha.

Atualmente, entende-se que o somatório de PCHs pode gerar consequências tão grandes ou maiores que uma usina hidrelétrica de maior porte²⁴. A não exigência de estudo integrado de todos os aproveitamentos hidrelétricos gera incerteza quanto à dimensão dos problemas após a materialização dos empreendimentos, consequências do efeito cascata.

Além disso, este efeito altera a dinâmica natural do rio, ocasionando problemas que não se restringem apenas às áreas do reservatório. Os impactos físicos são a diminuição da correnteza do rio, ocasionando a deposição de sedimentos no ambiente e aumento a temperatura das águas; os impactos químicos relacionam-se à eutrofização (acúmulo de matéria orgânica em decomposição, causando proliferação de algas tóxicas e impedindo a penetração de luminosidade, elevando a concentração de bactérias que comprometem toda a cadeia alimentar, piorando a qualidade da água²⁵).

²³ LOPES, G. C. *A construção de pequenas centrais hidrelétricas na região Oeste do Paraná e a possibilidade de impactos cumulativos*. ANAIS VI SimpGEO – Ciência, sociedade e tecnologia na perspectiva da análise geográfica, 5 a 8 de nov. 2012, Universidade Estadual do Centro-Oeste, UNICENTRO, Guarapuava – PR, 2740 p. - ISSN: 2175-232XS.

²⁴ MCCULLY, P. *Silenced rivers: The ecology and politics of large dams*. Zed Books, New Jersey, 1996

²⁵ BATISTA, B. M. F., et al. *Revisão dos impactos ambientais gerados na fase de instalação das hidrelétricas: uma análise da sub-bacia do Alto Juruena – MT*. Biodiversidade. V. 11, nº 1, 2012, p. 77.

6. A Necessidade de Avaliação Ambiental Integrada

É imprescindível que a viabilidade socioambiental de cada projeto de PCH seja analisada no contexto da multiplicidade dos empreendimentos previstos para uma mesma região hidrográfica, a fim de se evitar que um rio deixe de prover elementos essenciais à vida das populações e ecossistemas que dele sobrevivem.

A ausência da avaliação ambiental integrada foi motivo de ação coordenada entre o Ministério Público Estadual e Ministério Público Federal nos estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul para paralisar a instalação de PCHs inventariadas e autorizadas pelos órgãos ambientais em rios contribuintes do Pantanal, com a concessão de decisão liminar favorável pela justiça federal de Coxim, suspendendo a emissão de licenças ambientais de empreendimentos hidrelétricos na Bacia do Alto Paraguai²⁶. A ação civil pública foi baseada em pesquisas científicas e buscava a avaliação ambiental estratégica em toda a bacia.

Destaca-se, portanto, a relevância da manutenção da decisão do Juízo de Mangueirinha, para que seja suspensa a obra e o licenciamento das empresas agravantes até que haja a avaliação dos efeitos sinérgicos e cumulativos resultantes dos impactos ambientais que poderão ser ocasionados pelo conjunto dos aproveitamentos hidrelétricos em planejamento, construção e em operação na região, com base na legislação e na supremacia do interesse público em matéria ambiental, na indisponibilidade desse interesse, bem como na obrigatoriedade de proteção do meio ambiente pelo poder público e na necessidade de participação da coletividade no processo de licenciamento, o que não ocorreu no caso concreto.

O princípio da precaução é o pano de fundo para esta avaliação, pois “se resume na busca do afastamento, no tempo e no espaço, do perigo, na busca também da proteção contra o próprio risco e na análise do potencial dano oriundo do conjunto de atividades”²⁷.

²⁶ MPF. Suspensa instalação de novas hidrelétricas no Pantanal. Disponível em <“<http://www.prmt.mpf.mp.br/noticias/suspensa-instalacao-de-novas-hidreletricas-no-pantanal>”>. Acesso em 090 mar. 2017.

²⁷ DERANI, C. *Direito Ambiental Econômico*. 2ª edição, São Paulo, Max Limonad, 2001.

As avaliações ambientais integradas (AAI) visam subsidiar os órgãos licenciadores, que costumeiramente só iniciam o processo de avaliação quando é protocolado o relatório ambiental simplificado de cada empreendimento. Ressalta-se inclusive já foi adotada pela Empresa de Pesquisa Energética em 2007, a elaboração de AAI para a UHE Barra Grande²⁸, para avaliar os aproveitamentos hidrelétricos localizados na bacia do rio Uruguai. No Paraná, já foram realizados estudos de AAI nas bacias do Rio Piquiri, do Rio do Turvo, do Rio Iratim e do Rio Chopim, conforme consta no site do Instituto Ambiental do Paraná²⁹.

Observa-se que este argumento é respaldado, como verificado no Rio Grande do Sul, no julgamento da Ação Civil Pública nº 2005.71.00.033530-9/RS, pela Vara Ambiental, Agrária e Residual:

“(...) Primeiro, as licenças-prévias impugnadas (LP nº 710/2005-DL de fls. 52-56 e LP nº 711/2005-DL de fls. 57-61) não observaram um plano global relativo à avaliação ambiental integrada dos aproveitamentos hidrelétricos de toda a bacia do rio Uruguai, limitando-se a considerar apenas os impactos e fragilidades das sub-bacias dos rios Ijuí e Butuí-Piratirim-Icamaquã, como consta do documento da FEPAM de fls. 215-286. A leitura desse documento da FEPAM mostra que efetivamente houve uma preocupação com o impacto local da implantação de hidrelétricas naquela sub-bacia, realizando-se diversos estudos e levantamentos, mas não houve a mesma preocupação com um estudo que considerasse o impacto e fragilidades em toda a bacia hidrográfica, o que seria essencial e imprescindível para que fossem evitados e prevenidos danos ambientais e culturais às populações e aos ecossistemas que seriam atingidos.

Segundo, seria imprescindível que essa prévia avaliação global (integrada) de todos os aproveitamentos hidrelétricos na bacia do rio Uruguai fosse feita, porque do contrário se estaria contrariando um princípio ecológico básico que estabelece que, em termos de meio ambiente e ecologia, o todo não é apenas a soma das partes. Efetivamente, a utilização hidrelétrica de todos os potenciais da bacia do rio Uruguai não pode ser dividida apenas no aproveitamento de cada uma das sub-bacias, porque também aqui o todo não é a simples soma das partes.

²⁸ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Avaliação ambiental integrada dos aproveitamentos hidrelétricos na bacia do rio Uruguai*. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/MeioAmbiente/Documents/MeioAmbiente_2/AAI%20Rio%20Uruguai%20-%20Termo%20de%20Refer%C3%Aancia.pdf>. Acesso em 13 mar. 2017.

²⁹ INSTITUTO AMBIENTAL DO PARANÁ. Editais de EIA/RIMA, RAS e Audiências Públicas. Disponível em: <<http://www.iap.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=772>>. Acesso em 30 mar. 2017.

É preciso agir localmente, mas pensar globalmente. *É preciso que a utilização do potencial local (do rio Ijuí) considere todas as possibilidades, fragilidades, características, condições da bacia do rio Uruguai. É preciso que o manejo local tenha pensado globalmente.* Se não houve ainda a avaliação ambiental INTEGRADA dos aproveitamentos hidrelétricos na bacia do rio Uruguai, não pode ser considerado manejo ecológico aquele contido nos licenciamentos ambientais impugnados nessa ação.

Por tudo isso, esse Juízo resta convencido da inequívoca verossimilhança no direito invocado pela associação-autora, *no sentido de que o licenciamento ambiental prévio das duas hidrelétricas somente poderia ser concedido a partir de uma avaliação ambiental INTEGRADA que envolvesse toda a área de abrangência do rio Uruguai, e não apenas na forma localizada como foi feito. (...)*

A necessidade da avaliação ambiental integrada também foi determinada pelo Juízo da 1ª Vara Federal de Londrina, ao tratar de empreendimentos hidrelétricos na bacia do Rio Tibagi, ao julgar a ação civil pública 1999.70.01.007514-6, cuja autora foi a Associação Nacional dos Atingidos por Barragens, contra a Companhia Paranaense de Energia Elétrica e o Instituto Brasileiro de Recursos Naturais Renováveis e Meio Ambiente, cujos excertos a seguir são pertinentes ao tema:

Afirma a autora que a COPEL vem patrocinando 4 projetos de construção de usinas hidrelétricas na Bacia do Rio Tibagi, cujo Estudo de Inventário Energético resultou na definição de 07 aproveitamentos, quais sejam: Usinas Hidrelétricas de Jataizinho, Cebolão, São Jerônimo, Mauá, Telêmaco Borba, Tibagi e Santa Branca.

A COPEL, intimada a se manifestar, aduziu que "...apesar do inventário ter levantado a possibilidade de potencial energético para sete (7) empreendimentos, a COPEL, que é a concessionária autorizada pela ANEEL para elaboração dos estudos de viabilidade para construção, decidiu realizar somente quatro (4) barragens, não existindo nenhuma obrigatoriedade de que se faça análise de todo o potencial levantado no inventário " (fl. 478). O IBAMA, às fls. 482/483, pelas mesmas razões, ratifica o pedido de carência da ação, por perda de objeto.

Decisão.

Com efeito, é incontroverso a apresentação do Estudo de Impacto Ambiental consolidado para implementação das usinas hidrelétricas de Mauá, São Jerônimo, Cebolão e Jataizinho, sendo este documento parte integrante dos presentes autos.

Todavia, a tese da autora, sufragada também pelo Ministério Público Federal, parte da consideração de que tal documento não atende, por completo, às disposições da legislação ambiental, *posto que seria necessário o EIA/RIMA relativamente a todos os possíveis empreendimentos na Bacia do Rio Tibagi, avaliados em um total de 7 usinas.*

Regulando a legislação da Política Nacional do Meio Ambiente, estabelece a Resolução n. 01/86 do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA os critérios e diretrizes gerais para Avaliação de Impacto Ambiental, dispondo, no art. 6º, inciso II, dentre outros requisitos técnicos, que o estudo deverá discriminar os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes, seu grau de reversibilidade, suas propriedades cumulativas e sinérgicas e a distribuição dos ônus e benefícios sociais.

Ora, numa análise preliminar do EIA/RIMA apresentado pela COPEL para fins de licenciamento ambiental das usinas hidrelétricas de Mauá, São Jerônimo, Cebolão e Jataizinho, *constata-se, “prima facie”, o desatendimento à legislação ambiental citada, porquanto os impactos ambientais decorrentes da construção das usinas hidrelétricas envolvem tão-somente o somatório dos EIA/RIMAs de cada empreendimento, deixando de considerar os efeitos negativos cumulativos e sinérgicos caso venham a ser instalados, no futuro, todos os possíveis pontos de aproveitamento energético.*

O próprio EIA/RIMA da COPEL permite essa dedução ao afirmar, logo no início, explicitando a metodologia utilizada no trabalho (folha 05 do EIA, anexo aos autos), que “... os diagnósticos ambientais aqui apresentados são sínteses dos estudos apresentados isoladamente nos quatro EIA/RIMA, cuja função é propiciar uma visão geral da situação ambiental da bacia do Tibagi e das regiões de cada empreendimento, para permitir uma melhor compreensão da análise integrada dos impactos e dos programas ambientais a serem adotados em nível de bacia hidrográfica”. (destaquei).

Corroborando a presença da plausibilidade do direito afirmado, tem-se a Informação Técnica n. 109/00, realizada pela equipe técnica ambiental da 4ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que teve por objeto o Estudo de Impacto Ambiental Integrado dos Aproveitamentos Hidrelétricos do Rio Tibagi.

Concluiu a equipe técnica do MPF, que “... é possível concluir que a condensação de quatro estudos isolados não basta para o conhecimento, a previsão e a avaliação de impactos das hidrelétricas planejadas contemplando-se toda a bacia, já que estudos parciais dificilmente mostrarão, quando unidos, a dinâmica do todo, pois a dinâmica global pode também ser variável e não refletida numa simples somatória de trabalhos parciais”.

Do exposto acima, pode-se inferir que *a construção de Aproveitamentos Hidrelétricos, adotada como política governamental de desenvolvimento da atividade econômica do Estado, deve necessariamente observar, por influxo emergente de mandamento constitucional, o princípio da defesa do meio ambiente*. Ou seja, a garantia do desenvolvimento sustentável (melhoria da qualidade de vida humana dentro dos limites de capacidade dos ecossistemas) deve partir do Poder Público, cujos atos administrativos devem se pautar, na seara ecológica, *pelos princípios da prevenção e precaução*.

Sob essa ótica, (...) impõe-se realizar o prévio licenciamento ambiental da forma mais rigorosa possível, no qual constem *estudos, cumulativos e sinérgicos, de todas as interferências ambientais na construção dos pontos de aproveitamento energético*, a fim de que se possa resguardar os legítimos interesses das comunidades locais e preservar a biodiversidade existente na Bacia Hidrográfica.

Somente após o cumprimento deste procedimento é que se poderá decidir sobre a viabilidade do projeto na Bacia do Rio Tibagi e, no caso positivo, efetivamente garantir às presentes e futuras gerações o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse contexto, vale ressaltar a advertência de Reolando Silveira, ao fazer anotações sobre o “Processo Decisório para a Construção de Aproveitamentos Hidrelétricos”: “exemplos marcantes de obras que foram iniciadas e concluídas, baseadas apenas em considerações supérfluas sobre implicações ambientais, são os casos da maioria, senão de todos os empreendimentos hidrelétricos da Região Sudeste e, mais recentemente, os casos de Itaipú, Tucuruí, Balbina e tantos outros! A destruição, como se disse, da rica fauna aquática que ostentavam os Rios Grande, Tietê, Paranapanema etc, é exemplo triste, de um procedimento que deve ser revisto e atualizado, para que não se cometam os mesmos erros nos aproveitamentos hidrelétricos ainda por realizar”.

Isto posto:

a) defiro a liminar pleiteada para o fim de determinar a suspensão do procedimento administrativo de licenciamento ambiental para construção de usina hidrelétrica na Bacia Hidrográfica do Rio Tibagi, suspendendo, especialmente, a audiência pública designada para o dia 10.01.2001, às 14 horas, no Município de São Jerônimo da Serra-Pr. (...)”

Dado a riqueza dos argumentos explicitados acima, todos cientificamente corroborados, observa-se que o entendimento jurisprudencial citado busca realizar a principiologia do Direito Ambiental.

A análise individual de cada PCH fornece uma visão superficial dos danos que serão causados ao meio ambiente, enquanto que, quando somadas, todas elas causam impacto em uma área superior à soma do conjunto, razão pela qual a instalação de cada empreendimento não deve ser analisada isoladamente. Se ao longo do curso de um rio se pretende instalar vários empreendimentos, é plausível concluir que o impacto ambiental ocorrerá conjuntamente.

A avaliação de impactos ambientais, instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente art. 9º, Lei 6.938/1981, abrange a avaliação ambiental estratégica, estudo de impactos ambientais, entre outros³⁰, como se verifica pela Resolução CONAMA 237/1997,

Art. 1º – Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:
(...)

III - Estudos Ambientais: são *todos e quaisquer estudos* relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.

A realização destes estudos permite evitar os problemas comumente encontrados nos procedimentos de licenciamento ambiental. Um modo de atuação profilático é a adoção do processo de Avaliação Ambiental Estratégica (AAE), em que o ambiente é pensado a partir de perspectivas amplas com atuações preventivas contra impactos regionais e globais³¹, em consonância com a principiologia ambiental.

Mais abrangente que a AAI, por esta ser restrita ao conjunto de aproveitamentos hidrelétricos em uma determinada bacia hidrográfica, a AAE é um procedimento de coordenação, com mecanismos de consulta à sociedade, o que permite a escolha de metodologias diferentes em contextos

³⁰ OMOTO, J. A. O Licenciamento Ambiental: Normas, etapas, principais problemas e debate. Curso de Direito Ambiental Aplicado ao Setor de Transportes, ESMPU, 2004.

³¹ FARIA, I. D. Ambiente e Energia: Crença e Ciência no Licenciamento Ambiental. Senado Federal, 2011, p. 15.

de incerteza, o que reduz problemas decorrentes da cumulação e da sinergia dos impactos³².

Ressalta-se que a visão puramente economicista dos empreendedores dá margem à visão do licenciamento ambiental como mera etapa burocrática para a obtenção de licenças. A realização de estudos com perspectivas amplas (globais, regionais, locais e setoriais), com maior participação pública, permite que o planejamento seja realizado em consonância com as aspirações da sociedade.

7. Referências Bibliográficas

ALESSI, R. Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano. 3 ed. Mião: Giuffrè, 1960.

ALBUQUERQUE, R. M. As pequenas centrais hidrelétricas da bacia do rio Iratim e seus impactos socioambientais: uma reflexão sobre eletroestratégias e acumulação por espoliação. Trabalho de Conclusão de Curso, Geografia, UFPR, 2013.

AGOSTINHO, A. A.; THOMAZ, S. M.; GOMES, L.C. Conservação da biodiversidade em águas continentais do Brasil. *Megadiversidade* 1 (1): 70-78, 2005.

AGOSTINHO, A. A.; GOMES, L. C.; PELICICE, F. M. Ecologia e Manejo de Recursos Pesqueiros em Reservatórios do Brasil. Universidade Estadual de Maringá, 2007.

AZEVEDO, Robertson. Tradução entre ciências e proteção de bacias hidrográficas de importância para conservação: Ivaí e Piquiri, remanescentes fluviais do alto rio Paraná. 2015. 217 f. Tese de doutorado (Doutorado em Ecologia de Ambientes Aquáticos Continentais). Universidade Estadual de Maringá.

³² FARIA, 2011, p. 31.

BATISTA, B. M. F., et al. Revisão dos impactos ambientais gerados na fase de instalação das hidrelétricas: uma análise da sub-bacia do Alto Juruena – MT. *Biodiversidade*. V. 11, nº 1, 2012, p. 77.

BRESSER-PEREIRA, L. C. O Novo Desenvolvimentismo. Disponível em: <<https://goo.gl/XsXhGX>>. Acesso em 30 mar. 2017.

DERANI, C. *Direito Ambiental Econômico*. 2ª edição, São Paulo, Max Limonad, 2001.

FARIA, I. D. *Ambiente e Energia: Crença e Ciência no Licenciamento Ambiental*. Senado Federal, 2011.

FROTA, A. et al. Inventory of the fish fauna from Ivai River basin, Paraná State, Brazil. *Biota Neotropica* 16 (3): e20150151, 2016.

GREATHOUSE, E.; PRINGLE, C.M.; Does the river continuum concept apply on a tropical island? Longitudinal variation in a Puerto Rican stream. *Canadian Journal of Fisheries and Aquatic Sciences*. 63: 134-152, 2006.

LOPES, G. C. A construção de pequenas centrais hidrelétricas na região Oeste do Paraná e a possibilidade de impactos cumulativos. ANAIS VI SimpGEO – Ciência, sociedade e tecnologia na perspectiva da análise geográfica, 5 a 8 de nov. 2012, Universidade Estadual do Centro-Oeste, UNICENTRO, Guarapuava – PR, 2740 p. - ISSN: 2175-232X.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*, 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MCCULLY, P. *Silenced rivers: The ecology and politics of large dams*. Zed Books, New Jersey, 1996.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Avaliação ambiental integrada dos aproveitamentos hidrelétricos na bacia do rio Uruguai. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/MeioAmbiente/Documents/MeioAmbiente_2/AAI%20Rio%20Uruguai%20-%20Termo%20de%20Refer%C3%Aancia.pdf>. Acesso em 13 mar. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Suspensa instalação de novas hidrelétricas no Pantanal. Disponível em <"<http://www.prmt.mpf.mp.br/noticias/suspensa-instalacao-de-novas-hidreletricas-no-pantanal>">. Acesso em 09 mar. 2017.

OMOTO, J. A. O Licenciamento Ambiental: Normas, etapas, principais problemas e debate. Curso de Direito Ambiental Aplicado ao Setor de Transportes, ESMPU, 2004.

OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO. O que é o SIN – Sistema Interligado Nacional. Disponível em: <http://www.ons.org.br/conheca_sistema/o_que_e_sin.aspx>. Acesso em 16/03/ 2017.

REZENDE, L. P. A Análise do Impacto Cumulativo de Barragens Hidrelétricas. In: Proteção da Biodiversidade e Construção de Barragens Hidrelétricas. São Paulo, 2012.

RIBAS, P. Precisamos de mais hidrelétricas? Revista Contexto, Curitiba, nº 2, p. 16-19, 2011. ISSN 2236-2738.

RIBEIRO, M. Q. C. As Pequenas Centrais Hidrelétricas: Mitos e Realidades. In: Proteção da Biodiversidade e Construção de Barragens Hidrelétricas. São Paulo, 2012.

SIQUEIRA, R. M. B; HENRY-SILVA, G. G. A bacia hidrográfica como unidade de estudo e o funcionamento dos ecossistemas fluviais. Boletim da Associação Brasileira de Limnologia, 39(2), 2011.

VAINER, Carlos B. Conceito de “atingido”: uma revisão do debate. In: ROTHMAN, Franklin Daniel. Vidas alagadas: conflitos socioambientais licenciamento e barragens. Viçosa, MG: Ed. UFV, 2008, p. 51.

VANNOTE, R. L.; MINSHALL, G. W.; CUMMINS, K. W.; SEDELL, J. R.; CUSHING, C. E. The River Continuum Concept. *Canadian Journal of Fisheries and Aquatic Sciences*, 37: 130-137, 1980.

VIANA, F. G. Por que não o equilíbrio? *Revista PCH Notícias & SHP News*, nº 41. Itajubá: CERPCH, abr-mai-jun/2009, p. 06. Disponível em: <http://cerpch.unifei.edu.br/wp-content/uploads/revistas/revista-41.pdf>. Acesso em: 14/03/2017.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Limnologia no Brasil*. Disponível em: <<http://www.ib.usp.br/limnologia/>>. Acesso em 16 mar. 2017.

WARD, J. V.; STANFORD, J.A. The serial discontinuity concept in lotic ecosystems. In: FONTAINE, T. D.; BARTELL, S. M. *Dynamics of lotic Ecosystems*. Ann Arbor Science Publishers: Michigan, 29-42, 1983. Ver também: POOLE, G. C. Fluvial landscape ecology: addressing uniqueness within the river continuum. *Freshwater Biology* 47: 641-660, 2002.

Área da infância e juventude

1. MATÉRIA NÃO INFRACIONAL

1.1. SAÚDE – Fornecimento de medicamentos, alimentação e tratamentos especializados

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO TEMODAL. PACIENTE INFANTE E PORTADORA DE GLIOBLASTOMA MULTIFORME DE LOBO FRONTAL. RECEITA MÉDICA. HOSPITAL CREDENCIADO COMO CACON. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS EM GARANTIR O PLENO ACESSO AOS SERVIÇOS DE SAÚDE. PROVAS SUFICIENTES PARA COMPROVAR O DIREITO AO TRATAMENTO. DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE QUE TEM ABSOLUTA PRIORIDADE DE ATENDIMENTO À SAÚDE. HIPOSSUFICIÊNCIA DO CIDADÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. FATO QUE NÃO JUSTIFICA A RECUSA AO FORNECIMENTO DO FÁRMACO POSTULADO. MULTA DIÁRIA. MANUTENÇÃO. VALOR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL.

1. É obrigação do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária ao tratamento de saúde.

2. No caso do fornecimento de medicamentos antineoplásicos, estando o paciente em tratamento perante um CACON ou UNACON, a receita médica afirmando a necessidade do fármaco e a prova do tratamento pelo Hospital são provas suficientes para demonstrar o direito à terapêutica solicitada.

3. A substituída é menor de idade e por isso a Administração Pública deve lhe conferir proteção integral com absoluta prioridade, nos termos

dos arts. 4º e 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO.

(TJPR - 5ª C.Cível - ACR - 1613002-2 - Guaraniáçu - Rel.: Nilson Mizuta - Unânime - - J. 14.03.2017)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudência/j/12316032/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1613002-2#>

APELAÇÃO CÍVEL REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE CONHECIMENTO DE CUNHO CONDENATÓRIO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO (TACROLIMUS 0,1%). JUÍZO A QUO QUE CONCEDEU A LIMINAR. SENTENÇA QUE CONCEDEU O PEDIDO. IRRESIGNAÇÃO DA MUNICIPALIDADE.

1) RECURSO DE APELAÇÃO. INOVAÇÕES RECURSAIS. MATÉRIAS NÃO ARGUIDAS EM PRIMEIRO GRAU. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO PELO TRIBUNAL, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO NÃO CONHECIDO NESTA PARTE. ANÁLISE APENAS DA TESE DE ILEGITIMIDADE DA MUNICIPALIDADE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR.

2) REEXAME NECESSÁRIO. DEVER DO ESTADO EM GARANTIR O DIREITO À SAÚDE, CONSAGRADO --1Em Substituição a Des. Regina Afonso Portes.-- NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO, TÃO SOMENTE, PARA ADEQUAR O VALOR DA MULTA DIÁRIA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO EM PARTE, E NA PARTE CONHECIDA NÃO PROVIDO.

(TJPR - 4ª C.Cível - ACR - 1482545-5 - São José dos Pinhais - Rel.: Hamilton Rafael Marins Schwartz - Unânime - - J. 16.08.2016)

https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12220397/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1482545-5#integra_12220397

REEXAME NECESSÁRIO. PEDIDO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. DEFERIDA. ADOLESCENTE DEPENDENTE QUÍMICO (“CRACK”) DESDE OS DOZE ANOS (NASCIDO EM 10/12/1998), EXPOSTO A RISCO DE SAÚDE E VIDA. ENVOLVIDO EM DIVERSOS ATOS INFRACIONAIS. RELATOS DE AGRESSÕES. NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DE MEDIDA EXTREMA PARA SUA PROTEÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 4.º, 7.º, E 11, §2.º, DO ECA E ART. 227, §3.º, VII, DA CF.SENTENÇA ESCORREITA. MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO.

1.”Torna-se impositivo o conhecimento do reexame necessário sempre que houver condenação em desfavor da Fazenda Pública.” (Enunciado n.º 32, VII Cciv).

2. O internamento compulsório tem por objeto a descontinuidade do uso de substância entorpecente pelo autor primando por sua saúde, na medida em que se trata de pessoa em pleno desenvolvimento.3. Considerando que a r. sentença avaliou o caso de forma escoreita, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal, 2primando pelo bem-estar do adolescente, deve ser mantida, na íntegra, em reexame necessário.

(TJPR - 11ª C.Cível - RN - 1518436-6 - Francisco Beltrão - Rel.: Dalla Vecchia - Unânime - - J. 03.08.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12206774/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1518436-6>

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO GRATUITO DO SUPLEMENTO ALIMENTAR “NEOCATE ADVANCE” A MENOR CARENTE E PORTADORA DE “ALERGIA À PROTEÍNA DO LEITE”. NEGATIVA DO MUNICÍPIO.CONCESSÃO DA LIMINAR EM PRIMEIRO GRAU.DECISÃO ACERTADA. VIDA E SAÚDE. DIREITOS FUNDAMENTAIS COM PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ARTS. 6º E 196).PREVALÊNCIA DA CARTA MAGNA SOBRE NORMAS ADMINISTRATIVAS E BUROCRÁTICAS INFERIORES. DIREITO DE CRIANÇA QUE TEM PRIORIDADE DE ATENDIMENTO, CONFORME DISPÕE EXPRESSAMENTE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO ART. 227, CAPUT, E O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NOS ARTS. 4.º E 11.REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA DIÁRIA ARBITRADA. DECISÃO AGRAVADA, NO MAIS, MANTIDA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJPR - 5ª C.Cível - AI - 1524855-8 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Rogério Ribas - Unânime - - J. 02.08.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12219489/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1524855-8>

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCESSÃO DO MEDICAMENTO ARISTAB (ARIPRAZOL) A INFANTE PORTADOR DE TRANSTORNO DESAFIADOR OPOSITIVO. SENTENÇA QUE DETERMINOU O FORNECIMENTO DA MEDICAÇÃO REQUERIDA. PRELIMINAR. RESPONSABILIDADE DO MINISTÉRIO DA SAÚDE PELA ALTERAÇÃO DOS PROTOCOLOS CLÍNICOS E PELA DISPOSIÇÃO SOBRE A LISTA RENAME, CABENDO À UNIÃO DISPONIBILIZAR O FÁRMACO PLEITEADO. NÃO ACOLHIMENTO.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. ENUNCIADO Nº 16 DAS 4ª E 5ª CÂMARAS CÍVEIS DESTE TRIBUNAL. MÉRITO. FALTA DE COMPROVAÇÃO QUANTO AO CARÁTER IMPRESCINDÍVEL DO REMÉDIO SOLICITADO. TESE REJEITADA. PRESENÇA DE DIVERSOS DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS, PARA ALÉM DA MERA PRESCRIÇÃO MÉDICA, OS QUAIS SERVIRAM PARA EMBASAR A INDICAÇÃO DE REMÉDIO DISTINTO DAQUELES OFERECIDOS PELA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. DESCUMPRIMENTO DOS PROTOCOLOS CLÍNICOS E LISTAS DO SUS. A AUSÊNCIA DE PROTOCOLO EM RELAÇÃO ÀS PATOLOGIAS QUE ACOMETEM O PACIENTE NÃO PODE REPRESENTAR ÓBICE AO FORNECIMENTO DA MEDICAÇÃO PRESCRITA. NOUTRO GIRO, TAMBÉM DEVEM SER LEVADOS EM CONSIDERAÇÃO, NO CASO CONCRETO, AS DISPOSIÇÕES DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI Nº 8.069/90 - ECA), ESPECIALMENTE QUANTO ÀS SUAS DIRETRIZES FUNDANTES, QUAIS SEJAM, PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORIDADE ABSOLUTA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE (ARTS. 3º E 4º DA REFERIDA LEI). ADEMAIS, A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PRETENDIDA PELO APELANTE, MOSTRA-SE INVIÁVEL NO CASO EM TELA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO.

(TJPR - 4ª C. Cível - AC - 1527865-6 - Curitiba - Rel.: Maria Aparecida Blanco de Lima - Unânime - - J. 29.07.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12212383/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1527865-6>

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Direito à saúde. Necessidade do medicamento “RITALINA 30MG” para paciente carente de 12 anos portador de “TRANSTORNO DO DÉFICIT DE ATENÇÃO / HIPERATIVIDADE (TDAH)” (CID F 90.9). Sentença de procedência. 2)- **APELAÇÃO CÍVEL (ESTADO DO PARANÁ).** MÉRITO. Comprovação suficiente da necessidade do tratamento por declaração médica. Vida e saúde. Direitos fundamentais indisponíveis e corolários de todos os demais direitos. Dever do estado (considerado em seu gênero) em prover tais direitos, conforme previsto nos arts. 6º e 196 da CF/88. Falta de eficácia do medicamento. Não acolhimento. Alegação de inobservância dos Protocolos Clínicos do Sistema Único de Saúde e das políticas públicas de saúde. Não acolhimento. Prioridade absoluta ao atendimento das crianças, conforme previsão da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Multa cominatória. Ausência de descumprimento da liminar. Falta de interesse recursal. Apelação Cível nº 1.527.612-5 23)- **CONCLUSÃO: APELO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO.**

(TJPR - 5ª C.Cível - AC - 1527612-5 - União da Vitória - Rel.: Rogério Ribas - Unânime - - J. 12.07.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12198956/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1527612-5>

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Ajuizamento pelo Ministério Público. Direito à saúde. Necessidade do suplemento alimentar “NEOCATE” ou “ALFAMINO” para criança portadora de “ALERGIA ALIMENTAR (CID10 T78.4)”. Sentença de procedência.2)- APELAÇÃO CÍVEL (MUNICÍPIO DE PARANAGUÁ).

PRELIMINAR. Alegada ilegitimidade passiva.Responsabilidade solidária. Rejeição.

MÉRITO. Comprovação suficiente da necessidade do tratamento por declaração médica. Vida e saúde. Direitos fundamentais indisponíveis e corolários de todos os demais direitos. Dever do estado (considerado em seu gênero) em prover tais direitos, conforme previsto nos arts. 6º e 196 da CF/88. Alegação de inobservância dos protocolos clínicos do sistema único de saúde e das políticas públicas de saúde. Não acolhimento.Teoria da reserva do possível insuficiente para preterir direito fundamental. Prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana.Universalidade do SUS e isonomia no tratamento asseguradas. Direito de criança que tem prioridade de atendimento, conforme dispõe expressamente a Constituição Federal no art. 227, caput, e o Estatuto da Criança e do Adolescente nos arts. 4.º e 11. 3)- CONCLUSÃO: APELO NÃO PROVIDO.SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO, CONHECIDO DE OFÍCIO.

(TJPR - 5ª C.Cível - AC - 1554870-4 - Paranaguá - Rel.: Rogério Ribas - Unânime - - J. 13.12.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12286841/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1554870-4#>

1)- AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Direito à saúde. Menor carente portadora de “TRANSTORNO DO DÉFICI DE ATENÇÃO COM HIPERATIVIDADE” e “TRANSTORNO BIPOLAR”. Necessidade do medicamento “RITALINA”. Sentença de procedência.2)- REEXAME NECESSÁRIO. MÉRITO. Comprovação suficiente da necessidade do tratamento médico por declaração médica. Menor de idade. Vida e saúde. Direitos fundamentais indisponíveis e corolários de todos os demais direitos. Dever do estado (considerado em seu gênero) em prover tais direitos, conforme previsto nos arts. 6º e 196 da CF/88. Integral proteção prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. Teoria da reserva do possível insuficiente para preterir direito fundamental. Prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana. Universalidade

do SUS e isonomia no tratamento asseguradas.2)- CONCLUSÃO: SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO.

(TJPR - 5ª C.Ível - RN - 1563132-8 - Apucarana - Rel.: Rogério Ribas - Unânime - - J. 13.12.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12286850/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1563132-8#>

1)- MANDADO DE SEGURANÇA. Direito fundamental à saúde. Adolescente. Necessidade do medicamento “VENVANSE” para tratar “TRANSTORNO DE DÉFICIT DE ATENÇÃO E HIPERATIVIDADE (TDAH)”. Sentença de concessão da segurança.

2)- APELAÇÃO CÍVEL (DO ESTADO): Comprovação da necessidade do medicamento por declaração médica indubitosa. Vida e saúde. Direitos fundamentais indisponíveis e corolários de todos os demais direitos. Alegação de inobservância dos protocolos clínicos do sistema único de saúde (SUS) e das políticas públicas de saúde. Não acolhimento. Protocolos do SUS que nada preveem para esse tipo de transtorno neurológico. Relatórios médicos indubitosos, dispensando-se outras provas. Direito líquido e certo demonstrado. Princípio da dignidade da pessoa humana. Prioridade absoluta ao atendimento das crianças e adolescentes, conforme previsão da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Multa diária que não incidu na espécie, ficando prejudicado esse ponto recursal. Sentença mantida.

3)- CONCLUSÃO: 3.1)- RECURSO DE APELAÇÃO NÃO PROVIDO.3.2)- SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME Apelação Cível e Reexame Necessário nº 1.520.137-9 2 NECESSÁRIO.

(TJPR - 5ª C.Ível - ACR - 1520137-9 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Rogério Ribas - Por maioria - - J. 12.07.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12198948/Ac%C3%B3rd%3A3o-1520137-9#>

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEITOS EM UTI NEONATAL E UNIDADES DE CUIDADO INTERMEDIÁRIO. INTERVENÇÃO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE AFRONTA À SEPARAÇÃO DOS PODERES. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. INÉRCIA ESTATAL CONFIGURADA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA DA PROTEÇÃO À CRIANÇAS E ADOLESCENTES. É possível que o Poder Judiciário imponha ao Poder Público a adoção de políticas públicas, quando configurada a

omissão estatal, em especial quando se tratar de criança e adolescente, já que de acordo com o ECA, “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência”.RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJPR - 5ª C.Cível - AI - 1346155-3 - Foz do Iguaçu - Rel.: Nilson Mizuta - Unânime - - J. 16.08.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12223300/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1346155-3#>

1.2. Adoção

CIVIL. ADOÇÃO. RETRATAÇÃO DA GENITORA A CONSENTIMENTO PARA ADOÇÃO POSTERIOR À PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. VALIDADE. LONGO CONVÍVIO DA CRIANÇA ADOTANDA COM OS ADOTANTES. PREPONDERÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.

1. A criança adotanda é o objeto de proteção legal primário em um processo de adoção, devendo a ela ser assegurada condições básicas para o seu bem-estar e desenvolvimento sociopsicológico.

2. À luz desse comando principiológico, a retratação ao consentimento de entrega de filho para adoção, mesmo que feito antes da publicação da sentença constitutiva da adoção, não gera direito potestativo aos pais biológicos de recuperarem o infante, mas será sopesado com outros elementos para se definir o melhor interesse do menor.

3. Apontando as circunstâncias fáticas para o significativo lapso temporal de quase 04 (quatro) anos de convívio do adotado com sua nova família, e ainda, que não houve contato anterior do infante com sua mãe biológica, tendo em vista que foi entregue para doação após o nascimento, deve-se manter íntegro o núcleo familiar.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1578913/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/02/2017, DJe 24/02/2017)

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ado%E7%E3o+e+retrata%E7%E3o&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PÁTRIO PODER. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO FORMAL DE VONTADE DA GENITORA DE ENTREGAR A CRIANÇA EM ADOÇÃO. PERMANÊNCIA INDEFINIDA DO MENOR EM ABRIGO. ABANDONO. DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. NECESSIDADE. PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DO SUPERIOR INTERESSE DO MENOR. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7 DO STJ. DECISÃO RECORRIDA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA Nº 83 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO

STJ AREsp 874222 (2016/0053034-0 - 02/06/2016) Decisão Monocrática - Ministro MOURA RIBEIRO

https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201600530340&dt_publicacao=02/06/2016

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA - AUSÊNCIA DE FORMAÇÃO DE COISA JULGADA MATERIAL - PEDIDO DE EXCLUSÃO DE NOME DE AVÔ MATERNO BIOLÓGICO - CONECTIVO LÓGICO E LEGAL DA SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DE ADOÇÃO DE SUA GENITORA - EXTINÇÃO DO VÍNCULO DE FILIAÇÃO DESTA COM O PROGENITOR - INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 47 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, 1.635, IV, DO CÓDIGO CIVIL E 97 DA LEI 6.015/73 - MANUTENÇÃO SOMENTE DO NOME DA ADOTANTE DA SUA GENITORA COMO AVÓ MATERNA EM SEU ASSENTO CIVIL - PRINCÍPIO DA VERDADE REAL - OBSERVÂNCIA AOS PRECEITOS DA EFETIVIDADE, ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAL - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(TJPR - 12ª C.Cível - AI - 1449770-4 - Curitiba - Rel.: Joeci Machado Camargo - Unânime - - J. 22.06.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12183418/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1449770-4#>

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE GUARDA - DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE CONCESSÃO DE GUARDA PROVISÓRIA DO INFANTE AOS REQUERENTES - AGRAVANTES QUE SE APRESENTAM COMO PADRINHOS DE BATISMO DO INFANTE, NÃO SE ENQUADRANDO NA DEFINIÇÃO LEGAL DE FAMÍLIA EXTENSA - BUSCA POR MEMBROS DA FAMÍLIA

DA CRIANÇA - ARTIGO 100 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA À ORDEM DE CADASTRO DE ADOTANTES - RECURSO DESPROVIDO.

(TJPR - 12ª C.Cível - AI - 1534777-2 - Mamborê - Rel.: Denise Kruger Pereira - Unânime - - J. 14.12.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12281207/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1534777-2#>

1.3. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA EDUCAÇÃO INFANTIL EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDUCAÇÃO INFANTIL. VAGA EM CRECHE DA REDE MUNICIPAL. DIREITO ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - ART. 208, IV. DIREITO LÍQUIDO E CERTO VIOLADO. ORDEM DE DISPONIBILIZAR VAGA EM CRECHE À CRIANÇA IMPETRANTE CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.

(TJPR - 6ª C.Cível - RN - 1632529-0 - São José dos Pinhais - Rel.: Lilian Romero - Unânime - - J. 14.03.2017)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12314429/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1632529-0#>

APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO. ENSINO. EDUCAÇÃO INFANTIL. CRECHE. VAGA E MATRÍCULA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, CONFIRMANDO LIMINAR. APELANTE 1. REQUERIDO. MUNICÍPIO. PLEITO DE INTEGRAL REFORMA DA SENTENÇA. REJEIÇÃO. O DOUTO JUÍZO PROMOVEU A APLICAÇÃO ESCORREITA DAS NORMAS DE REGÊNCIA CONTIDAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, NA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO E DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE E DO STF. PLEITOS DE AFASTAMENTO DA COMINAÇÃO DE CRIME DE DESOBEDIÊNCIA E MULTA DIÁRIA. REJEIÇÃO. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. APELANTE 2. AUTORA. TESE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REJEIÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO. TESE DE CABIMENTO E FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ACOLHIMENTO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 421/STJ E REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA RESP 1.108.013/RJ. APELAÇÃO 1 CONHECIDA E DESPROVIDA. APELAÇÃO 2 CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO, COM MANUTENÇÃO DA SENTENÇA EM SEUS DEMAIS TERMOS.

Relatório Trata-se de apelações à sentença proferida em ação

ordinária ajuizada por Eva Giovanna Dutra Santos, menor impúbere representada por sua mãe Vania Dutra, em face do Município de Araucária, em que o Juízo, confirmando a tutela antecipada, julgou parcialmente procedente o pedido, ao fim de determinar ao Município a manutenção da matrícula da criança em Centro Municipal de Educação Infantil - CMEI, “sob pena de multa de R\$1.000,00 por dia (até o limite de R\$10.000,00) e bloqueio dos valores necessários para custear a matrícula e a frequência da criança em instituição privada de ensino, sem prejuízo de incidência nas penas cominadas ao crime de desobediência elencado no artigo 330 do Código Penal”. Nas razões recursais, o Município sustenta a invasão de competência do Judiciário em matéria afeta ao Executivo. Invoca o princípio da isonomia, aduzindo a necessidade de se respeitar o direito das demais crianças que aguardam a obtenção de vaga na fila de espera, e afirma possuir parâmetros próprios para a realização das matrículas. Requer concessão de efeito suspensivo ao recurso para que seja afastada a aplicação de ofício do crime de desobediência e da imposição de matrícula da infante em colégio particular e, por fim, pugna pelo provimento ao apelo para que “seja afastado o dever do Município em cumprir a ordem mandamental, até que possa readequar a estrutura escolar, de modo a não comprometer a incolumidade pública das crianças envolvidas”. A autora também apelou, pugnando reforma da sentença no tocante à indenização por danos morais, sustentando que o não atendimento à solicitação de vaga em creche constitui, por si, in re ipsa, o evento danoso, ademais de que a omissão do ente público é específica, situação que também gera indenização moral por responsabilidade objetiva. Sugere, para fins de reparação, o arbitramento do quantum em valor simbólico de R\$ 1,00 (um real), cumulado com retratação pública pelo Prefeito. Ainda, requer condenação em honorários advocatícios em favor da Defensoria Pública, vez que a vedação da Súmula 421 do STJ não incidiria in casu. Contrarrazões por ambas as partes, em suma, pelo desprovimento aos recursos adversos. A Procuradoria de Justiça emitiu parecer pelo desprovimento a ambos os recursos (fls. 9/13 TJ). É o relatório, em síntese. Voto 1. Na exordial, narrou a autora que, apesar de solicitada vaga e matrícula para frequentar Centro Municipal de Educação Infantil (CMEI), não obteve sucesso, sob justificativa de ausência de vagas. Sustentou o direito de acesso à educação infantil. O Juízo concedeu antecipação de tutela, determinando ao Município a matrícula da infante em CMEI próximo à sua residência. O requerido comprovou o cumprimento da ordem judicial (págs.48/49) Após contestação pelo requerido e parecer favorável do Ministério Público, o Juízo proferiu sentença julgando parcialmente procedente o pedido, confirmando a liminar concedida, fixando multa diária e possibilidade de bloqueio de

valores para o custeio da criança em instituição privada e prevendo cominação no crime de desobediência em caso de descumprimento. A sentença desacolheu o pleito de indenização em danos morais por entender não existirem elementos aptos a demonstrar culpa/dolo do Município, e em virtude de Termo de Ajustamento de Conduta firmado por este com o Ministério Público estadual, deixando ainda de fixar honorários advocatícios ao fundamento de que, sendo a Defensoria Pública órgão estatal, seria indevida a transferência de recursos por outro ente federativo.2. Apelo do requerido2.1. Desmerece acolhimento o pleito do Município de recebimento do recurso com efeito suspensivo. A uma, porque o Juízo, ao admitir o recurso, recebeu-o com efeito meramente devolutivo, decisão da qual o apelante não se insurgiu; portanto, preclusa a pretensão. A duas, porque, conforme fundamentado na supramencionada decisão, o art. 520 do CPC/73, em seu inciso VII, prevê o recebimento de apelação unicamente com efeito devolutivo quando decorrente de sentença que confirma a antecipação dos efeitos de tutela, como é o caso dos autos.2.2. Quanto ao mérito, melhor razão não lhe assiste. A r. sentença não merece reparos, pois que encontra suporte nos arts. 208, inc. IV e 227 da Constituição da República, arts. 4º e 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação e em jurisprudência do STF e desta Corte. A questão da intervenção do Judiciário em casos de omissão executiva no que respeita ao cumprimento de direitos fundamentais e até mesmo da mitigação da teoria da reserva do possível quando se tratar de tema que toca ao mínimo existencial - in casu, direito fundamental à educação infantil - está há muito superada na jurisprudência, não havendo se falar em violação do princípio da separação de poderes, a exemplo do seguinte julgado do STF: "... A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que... em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das 'crianças de zero a seis anos de idade' (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal... Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais... Embora resida, primariamente, nos

Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à 'reserva do possível'. Doutrina" (STF, RE 410715 AgR, Segunda Turma, Min. Celso de Mello, j. 22/11/2005) Desta premissa, e sopesada a importância do direito fundamental em discussão, escorar-se em óbices orçamentários não conflui em justificativa suficiente para a atenuação, limitação ou dilação do direito em análise. A educação infantil é direito básico e essencial a toda e qualquer criança, e conquanto a qualidade da educação em si seja atributo exigido para sua fiel concretização, esta só se inicia com a matrícula do infante na instituição de ensino. Por força dos arts. 208 e 227 da CF/88 e dos arts. 4º e 54 do ECA, inclusive, a execução do direito fundamental da criança possui ordem de prioridade absoluta. Outrossim, inexistente conflito de normas entre o direito à educação infantil e o princípio da isonomia, porque o que se exige do Município é a atribuição de vagas para todos, concretizando o princípio da igualdade, sendo reprovável o argumento de aguardo em fila de espera frente ao direito em discussão. Recentemente, o STF: "CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE MUNICIPAL. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO. A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO..." (STF, RE 956.475/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j.12/05/2016) Neste viés, frisa-se que o direito à creche é não apenas de titularidade dos infantes, mas também direito social esposado no art. 7º, XXV, da Constituição Federal, como direito dos trabalhadores, sendo nítido o seu caráter assistencial voltado à compatibilização entre a convivência familiar plena (esta, também garantia prevista pelo art. 19 do ECA) com a

necessidade do exercício de atividade remunerada para sua subsistência - caráter que justifica a integralidade do atendimento educacional, sob pena de sua insuficiência.2.3. Por derradeiro, o pedido de afastamento da cominação do crime de desobediência não subsiste, eis que tal medida, prevista no art. 26 da Lei 12.016/09, visa dotar a decisão judicial de maior eficácia e é justificada pela reiteração do ato, conforme inúmeras ações similares. Igualmente, desmerece acolhida o pedido de reforma da sentença no ponto em que determinou ao requerido, acaso não cumprida a ordem, a incidência de multa diária e custeio de matrícula em instituição particular. Tratam-se de providências, as adotadas pelo Juízo, que se revestem de força necessária e suficiente a desencorajar o descumprimento de decisão judicial. De toda sorte, a eventualidade de crime de desobediência, incidência de multa e de não cumprimento da determinação de matrícula e frequência em creche pública, é remota, ou melhor, resta por superada, vez que noticiou o requerido o cumprimento do comando judicial em 10/06/2015 (págs. 48/49). Tais medidas seriam possíveis apenas se, após confirmada a procedência da demanda do autor em duplo grau de jurisdição, o Município interrompesse unilateralmente a prestação, conjectura que, espera-se, é meramente hipotética.3. Apelo da autora3.1. Quanto ao pleito de dano moral, muito embora a percuência dos argumentos da apelante, a sentença é de ser mantida. Parte a autora da compreensão de que o dano, na hipótese dos autos, é in re ipsa, de forma a que bastaria a demonstração do fato. Outrossim, articula que, contrário ao entendido na sentença, em caso de omissão também cabe dano moral objetivo - independente de comprovação de culpa -, porque a omissão não é genérica e sim específica. De um lado, e conforme admitido pela apelante, não seria o caso de condenação pecuniária ao ente público. As dificuldades orçamentárias - muitas vezes consequência de aplicação não racional dos recursos públicos e ou falta de adequado planejamento - não recomendam tal espécie condenatória, o que, de toda sorte, ao fim e ao cabo, recairia sobre o bolso do contribuinte. De outro lado, a condenação não pecuniária, embora possível, também não se mostra adequada. O descuido com a educação não é atribuível, aprioristicamente, a uma ou outra gestão. Decorre de negligência administrativa e política que perpassa décadas. Por isso, atribuir a determinado chefe de executivo municipal obrigação de retratação em jornal de ampla circulação, especialmente em municípios de médio e pequeno porte, importaria em formação de indesejável instrumento de manipulação política em processos eleitorais. Não se está a diminuir, de forma alguma, a importância do direito à educação à infante - ou do direito à creche aos filhos dos trabalhadores -, vez que se trata de direito com prioridade absoluta que nos juízos e tribunais

tem encontrado proteção para sua exequibilidade, merecendo destaque o incomensurável trabalho desenvolvido pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública. Contudo, e especialmente em ações individuais, parece-me, ao menos nesta época, que o reconhecimento de danos morais implicaria, em via transversa, diminuição de recursos orçamentários e maior dispêndio ao contribuinte (para hipótese de condenação pecuniária), e desaconselhável fomento ao uso político e inadequado de retratação e reconhecimento forçados de culpa por agentes do executivo em específico (hipótese de condenação em obrigação de fazer).3.2. Com razão a apelante, porém, no pedido de imposição de honorários advocatícios de sucumbência. Não há se falar em confusão entre credor e devedor - tese da sentença -, porque inexistente simetria entre as esferas federativas. Embora antes da federação, as pessoas jurídicas de direito público (Estado e Município) não são iguais ao ponto de autorizar que aquilo que um for credor o outro também o seja. A Súmula 421/STJ autoriza esta conclusão, vez que somente veda, e com acerto, o pagamento de verba honorária à Defensoria pela “pessoa jurídica de direito público à qual pertença”.

(TJPR - 6ª C.Cível - ACR - 1463434-5 - Araucária - Rel.: Joscelito Giovanni Ce - Unânime - - J. 30.08.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12225401/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1463434-5#>

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 1542235-4, da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Araucária, em que é autor FELIPE LUCAS KUASNEI (REPRESENTADO) e é réu MUNICÍPIO DE ARAUCÁRIA I - RELATÓRIO Trata-se de reexame necessário da sentença de fls. 62/63, proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Araucária, nos autos de mandado de segurança com pedido liminar sob nº 0010207-40.2015.8.16.0025. Consta na exordial que a genitora do autor compareceu à creche conveniada ao Município, para efetuar a matrícula do seu filho, entretanto, tal solicitação foi negada visto a inexistência de vagas. Diante disso, impetrou mandado de segurança, para que fosse determinada à autoridade coatora vaga na creche municipal mais próxima de sua residência para ver resguardado o direito à educação de seu filho. A liminar foi parcialmente deferida às fls. 17/20 para o fim de que a autoridade coatora efetuassem a matrícula do autor em período integral em CMEI da rede pública ou particular conveniada localizada o mais próximo possível da residência do impetrante, levando em consideração a situação fática de superlotação das creches municipais. Liminar cumprida conforme informações prestadas pela Secretária de Educação do Município de

Araucária (fls. 29/30). O impetrado Município de Araucária prestou informações às fls. 31/37 nas quais sustenta que: a) a liminar, na forma concedida, impede que o Município proceda à alocação da criança na forma e condições atuais, posto que os CMEIs estão em situação de superlotação; b) a multa imposta em caso de descumprimento é exorbitante, tendo em vista a impossibilidade atual de atendimento à educação infantil e pré-escolar o que decorre do excessivo número de liminares concedidas, sem a análise da real necessidade da criança quanto à vaga; c) o Município de Araucária não mede esforços, desde o último ano, para tentar reverter a situação caótica que se encontra o sistema de vagas na Educação Municipal; d) observa-se a necessidade de novo prazo para concessão da medida, motivo pelo qual, roga-se, considerando o supra exposto, pela concessão de 90 (noventa) dias. A Promotoria de Justiça se manifestou às fls. 57/71 pela concessão da segurança. Na referida sentença, o juízo sentenciante julgou procedente, o pedido para o fim de conceder a segurança definitiva, confirmando a liminar, com a manutenção da matrícula do infante em CMEI de rede pública municipal ou particular conveniada, localizada próximo à residência da família, tendo em vista a situação fática de superlotação nas creches municipais, sob pena de multa de R\$500,00 (quinhentos reais) por dia (até o limite de R\$10.000,00). Decorrido o prazo legal sem que as partes apresentassem recurso, os autos subiram a este Egrégio Tribunal para reexame necessário. A D. Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 09/10-TJ pela manutenção da sentença em sede de reexame necessário. Vieram conclusos. É, por breve, o relatório. II - VOTO O presente reexame necessário é de ser conhecido, vez que se trata de sentença proferida contra o Município, conforme art. 496, I do CPC/15. A questão posta e que merece reexame necessário é referente à concessão da segurança a fim de determinar a matrícula do menor em creche próxima da sua residência. Pois bem. Em causas como a presente, em que se vislumbra colisão entre direitos individuais garantidos pela Carta Maior e a capacidade de atendimento da demanda por parte do Município, situação abarcada pelo princípio da reserva do possível, a atuação da jurisdição deve se pautar por lógica de respeito aos ditames da Constituição. Vale dizer, sendo a educação direito fundamental expressamente protegido pelo norte traçado pelo Constituinte, não se admite possam razões econômicas solapá-lo, sob pena de completa subversão da lei maior. Neste sentido, além de o direito das crianças ao acesso às creches estar garantido constitucionalmente, sabe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura o atendimento em creche às crianças de zero a seis anos, consoante disposição do seu artigo 54, inciso IV, verbis: Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: IV -

atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; A Constituição Federal prevê o dever do Estado de fornecer educação infantil em creche e pré-escola às crianças até cinco anos de idade: Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006). Ainda, o ato que negou o direito dos impetrantes à educação caracteriza-se como de trato sucessivo, renovando-se a cada dia em que os menores ficam longe do estabelecimento de ensino ante a negativa da administração pública municipal de fornecer vaga, mantendo-os em lista de espera. Por tudo que se expôs acima, este fato não pode ser admitido. Portanto, não há que se falar em violação do princípio da legalidade, visto estar expressa no texto constitucional e no ECA a garantia da educação às crianças e aos adolescentes. Ademais, não vislumbro o descumprimento do Princípio da Reserva do Possível, uma vez que tal preceito funcionaria como um obstáculo para a garantia dos direitos sociais e fundamentais, tendo em vista que a aplicação desta regra embasaria a omissão do Poder Público na implementação de políticas públicas. A propósito, este é o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal: “CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA

NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. (...) A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). (...)” (STF - ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177) (Grifei) Embora, a priori, as políticas públicas submetam-se à discricionariedade administrativa, a negligência do Poder Executivo em relação aos direitos fundamentais prometidos pelo constituinte ao povo brasileiro justifica a intervenção judicial para a efetivação desses direitos, sem que isto afronte a

separação dos Poderes, uma vez que não podem ser solidificadas e eternizadas as omissões inconstitucionais do administrador público. Nesse sentido o atual entendimento do e. Supremo Tribunal Federal: “(...) DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgred, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos designios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219- 1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. (...)” (STF - ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177) (Grifei) Por fim, esta e. Corte de Justiça vem reiteradamente se manifestando nesse sentido, inclusive monocraticamente: “REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CRIANÇAS MENORES DE 5 (CINCO) ANOS. VAGA EM CRECHE. DIREITO FUNDAMENTAL, LÍQUIDO E CERTO. OMISSÃO INCONSTITUCIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INTERVENÇÃO JUDICIAL.POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO PACÍFICO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA NOS TERMOS DA SÚMULA 253 DO STJ.” (TJPR- 7ª C. Cível - RN - 1333180-1 - Araucária - Rel. Fábio Haick Dalla Vecchia - Decisão Monocrática - J. 13/03/2015) “APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO.MANDADO DE SEGURANÇA. VAGA EM CRECHE INFANTIL. PRELIMINAR. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO ENTRE A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO E AS AUTORIDADES COATORAS. IMPOSSIBILIDADE.MATÉRIA PACIFICADA NO STJ. DIREITO

CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. IMPOSIÇÃO LEGAL DO MUNICÍPIO EM OFERTAR VAGAS INDEPENDENTEMENTE DE FILA DE ESPERA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, E EM SEDE DE REEXAME. SENTENÇA MANTIDA.” (TJPR - 7ª C. Cível - ACR - 979070-7 - Araucária - Rel.: Antônio Carlos Ribeiro Martins - Unânime - - J. 18.02.2014) “REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. VAGA EM CRECHE INFANTIL. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO FUNDAMENTAL. IMPOSIÇÃO LEGAL AO MUNICÍPIO DE ATENDIMENTO GRATUITO EM CRECHES OU PRÉ- ESCOLAS ÀS CRIANÇAS DE ZERO A CINCO ANOS (ART. 208, INCISO IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006). FALTA DE VAGAS QUE NÃO AUTORIZA O ENTE FEDERADO A SE ESQUIVAR DO DEVER CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTO. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.”. (TJPR - 6ª C. Cível - RN - 975313-1 - Foro Regional de Araucária da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Sérgio Arenhart - Unânime - J. 21.5.2013) Resta, frente à exposição, assentada a violação a direito líquido e certo, uma vez que restou demonstrado que no que concerne aos infantes, constitui dever do Estado garantir o seu ingresso em creche, por ser o direito à educação um direito fundamental de eficácia plena, integrante do chamado “mínimo existencial”, que é o conjunto mínimo de direitos que garantem a existência digna da pessoa humana. Em relação à imposição de multa diária por descumprimento da obrigação, não há justificativa para o seu afastamento, bem como não há que se falar em sua ilegalidade ou abusividade, pois é meio coercitivo para realização da obrigação. Nesse mesmo sentido, não deve ser afastada a cominação do crime de desobediência em caso de descumprimento da sentença, o qual deverá ser eventualmente analisado na esfera própria, visto que busca a efetivação do direito à educação, recaindo sobre a autoridade omissa. Diante do exposto, voto pelo conhecimento do reexame necessário e pela manutenção da sentença ora em questão por seus próprios e jurídicos fundamentos. É como voto. III - DECISÃO Por tais razões, acordam os Magistrados integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em sede de reexame necessário, em confirmar a decisão singular, nos termos do voto do Relator. Participaram do julgamento os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Claudio de Andrade, D’artagnan Serpa Sá e Luiz Antônio Barry. Curitiba, 23 de agosto de 2016 DES. CLAUDIO DE ANDRADE Relator

(TJPR - 7ª C. Cível - RN - 1542235-4 - Araucária - Rel.: Cláudio de Andrade - Unânime - - J. 23.08.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12224962/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1542235-4#>

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO DE ACESSO À EDUCAÇÃO. VAGA EM CRECHE INFANTIL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE VAGA. DESCABIMENTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS QUE ASSEGURAM O DIREITO À EDUCAÇÃO. ART. 6º, 205 E 208 DA CF/88. PREVISÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MULTA DIÁRIA FIXADA, EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. “ O direito de ingresso e permanência de crianças com até seis anos. Cível e Reexame Necessário nº 1.583.905-7 fl. 2anos em creches e pré-escolas encontra respaldo no art. 208 da Constituição Federal. Por seu turno, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu art. 11, V, bem como o ECA, em seu art. 54, IV, atribui ao Ente Público o dever de assegurar o atendimento de crianças de zero a seis anos de idade em creches e pré-escolas”. (RESP nº 1.551.650/DF. Relator: Ministro Herman Benjamin) PRECEDENTES DO STJ E STF. RESP 510.589/SP.RESP. 753.565/MS. RESP. 410.715 AGR/SP.

(TJPR - 7ª C.Cível - ACR - 1583905-7 - Araucária - Rel.: Victor Martim Batschke - Unânime - - J. 06.12.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12277995/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1583905-7#>

1.4. Guarda

PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. ALTERAÇÃO DE DOMICÍLIO DA CRIANÇA E DAQUELES QUE DETÉM SUA GUARDA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONES X JUIZ IMEDIATO. PREVALÊNCIA DESTE ÚLTIMO NA HIPÓTESE CONCRETA.

1. Conforme estabelece o art. 87 do CPC, a competência determina-se no momento da propositura da ação e, em se tratando de hipótese de competência relativa, não é possível de ser modificada ex officio. Esse mencionado preceito de lei institui, com a finalidade de proteger a parte, a regra da estabilização da competência (perpetuatio jurisdictionis).

2. O princípio do juiz imediato vem estabelecido no art. 147, I e II, do ECA, segundo o qual o foro competente para apreciar e julgar as medidas, ações e procedimentos que tutelam interesses, direitos e garantias positivados no ECA, é determinado pelo lugar onde a criança ou o adolescente exerce, com regularidade, seu direito à convivência familiar e comunitária.

3. Embora seja compreendido como regra de competência territorial, o art. 147, I e II, do ECA apresenta natureza de competência absoluta, nomeadamente porque expressa norma cogente que, em certa medida, não admite prorrogação.

4. A jurisprudência do STJ, ao ser chamada a graduar a aplicação subsidiária do art. 87 do CPC frente à incidência do art. 147, I e II, do ECA, manifestou-se no sentido de que deve prevalecer a regra especial em face da geral, sempre guardadas as peculiaridades de cada processo.

5. Recurso não provido.

(REsp 1404036/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=estatuto+e+crian%E7a+e+adolescente&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=16>

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. PENSÃO POR MORTE. MENOR SOB GUARDA. ART. 5º DA LEI N. 9.717/98. INTERPRETAÇÃO DE ACORDO COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO INTEGRAL A CRIANÇAS E ADOLESCENTES. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. PREVALÊNCIA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - A orientação do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que o art. 5º da Lei n. 9.717/98 deve ser interpretado em conformidade com o princípio constitucional da proteção integral à criança e ao adolescente (art. 227 da Constituição da República), como consectário do princípio fundamental da dignidade humana e base do Estado Democrático de Direito, bem assim com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Precedente da Corte Especial.

III - A Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1521807/SE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 01/09/2016)

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500630913&dt_publicacao=01/09/2016

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MENOR SOB GUARDA. INCLUSÃO COMO DEPENDENTE PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA COM FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126 DO STJ.

INVIABILIDADE DA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO LOCAL, SENDO APLICÁVEL O ÓBICE DA SÚMULA 280 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Tribunal de origem decidiu a lide com fundamentos de índole constitucional e de natureza infraconstitucional, a parte Recorrente, contudo, não atacou ambos os fundamentos do acórdão recorrido, deixando de interpor o Recurso Extraordinário para o Excelso Pretório. Assim, aplica-se à espécie a Súmula 126 desta Corte Superior de Justiça.

2. Ainda que superado o óbice acima elencado, no mérito, o entendimento manifestado pela Corte de origem de que o art. 33 do ECA deve prevalecer sobre a norma previdenciária, em razão do princípio constitucional da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, encontra amparo na jurisprudência do STJ.

Precedentes: AgRg no AREsp. 59.461/MG, Rel. Min. OLINDO MENEZES, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp. 1.548.012/PE, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.11.2015; RMS 36.034/MT, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 15.4.2014 e REsp. 1.339.645/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 4.5.2015.

3. Agravo Regimental do IPSEMG desprovido.

(AgRg no REsp 1282737/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 26/08/2016)

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102269351&dt_publicacao=26/08/2016

APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO.CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DE RESTABELECIMENTO DE PENSÃO POR MORTE E PAGAMENTO DE PARCELAS VENCIDAS E VINCENDAS. PRELIMINAR DE CONTRARRAZÕES. EXTEMPORANEIDADE RECURSAL. APELAÇÃO INTERPOSTA ANTERIORMENTE À PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO TEMPESTIVO. AUSÊNCIA DE MODIFICAÇÃO DO JULGADO - PRELIMINAR DE APELAÇÃO. SENTENÇA EXTRA E CITRA PETITA. INOCORRÊNCIA - MÉRITO - TERMO FINAL DO RECEBIMENTO DA PENSÃO POR MORTE PELO MENOR SOB GUARDA -TÉRMINO DO RECEBIMENTO DA PENSÃO ATÉ O BENEFICIÁRIO COMPLETAR 21 ANOS OU SE MATRICULADO EM CURSO SUPERIOR ESTENSIVO ATÉ 25 ANOS - CORREÇÃO Apelação Cível nº 1.463.638-3 fls. 2MONETÁRIA NOS MOLDES DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS ADIS 4425 E 4357 E JUROS DE MORA DE 1% - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ESTIPULADOS EM CONFORMIDADE COM O ART. 20, § 4º DO CPC. PLEITO DE REDUÇÃO REJEITADO - SENTENÇA MANTIDA, NO MAIS, EM GRAU DE REEXAME NECESSÁRIO. RECURSOS 1 E 2 PARCIALMENTE PROVIDO APENAS PARA ADEQUAR OS ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA.

(TJPR - 6ª C.Cível - AC - 1463638-3 - Curitiba - Rel.: Roberto Portugal Bacellar - Unânime - - J. 30.08.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12225955/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1463638-3#>

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. RELATO DE AGRESSÃO AO INFANTE. PROVA ROBUSTA. MODIFICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA, PARA UNILATERAL. DETERMINAÇÃO DE VISITAS ASSISTIDAS. CONFIRMAÇÃO DA LIMINAR DEFERIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Existindo notícias no sentido de que o infante teria sido agredido pelo pai, deve-se deferir o pedido de alteração da guarda, bem como determinar que as visitas ocorram de forma assistida, com o fim de preservar a integridade física do menor, tudo de conformidade com as provas produzidas.

2. Recurso conhecido e provido.

(TJPR - 11ª C.Cível - AI - 1500411-4 - Curitiba - Rel.: Dalla Vecchia - Unânime - - J. 24.08.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12221521/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1500411-4#>

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO CUMULADA COM PARTILHA DE BENS, GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS DE CRIANÇA COM 04 ANOS DE IDADE. MAGISTRADO QUE REGULAMENTOU O DIREITO DE VISITAS DO GENITOR. PEDIDO PARA ALTERAÇÃO DA GUARDA UNILATERAL PARA GUARDA COMPARTILHADA. NECESSIDADE DE SE AGUARDAR REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E ESTUDO SOCIAL. COGNIÇÃO SUMÁRIA. MELHOR INTERESSE DO MENOR. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

(TJPR - 11ª C.Cível - AI - 1370355-8 - Curitiba - Rel.: Sigurd Roberto Bengtsson - Unânime - - J. 24.08.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12229399/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1370355-8#>

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLEITO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - IMPLANTAÇÃO DO PAGAMENTO DE PENSÃO POR MORTE - NETA MENOR ENFERMA SOB GUARDA DO AVÔ - RISCO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO - VERBA ALIMENTAR - VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES - PROVAS SUFICIENTES PARA COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LEI - TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA - CABIMENTO - SÚMULA 729 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

(TJPR - 6ª C.Cível - AI - 1527435-8 - Curitiba - Rel.: Prestes Mattar - Unânime - - J. 23.08.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12218439/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1527435-8#>

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE PENSÃO POR MORTE - INSCRIÇÃO DE MENOR COMO DEPENDENTE - GUARDA JUDICIAL CONCEDIDA AO SEGURADO - POSSIBILIDADE - ARTIGO 227 DA CF/88 C/C ARTIGO 33, §3º DO ECA - DEPENDENTE PARA TODOS OS EFEITOS INCLUSIVE PREVIDENCIÁRIOS - INTELIGÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PRIORIDADE ABSOLUTA E PROTEÇÃO INTEGRAL DO MENOR - JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO. SÚMULA 204 STJ - RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO ESTADO DO PARANA PARA O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - LEGITIMIDADE PASSIVA DA PARANAPREVIDÊNCIA, SEM RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELA EXECUÇÃO HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS DE ACORDO COM PREVISTO NO §4, DO ART.20 - SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE - RECURSOS DE APELAÇÃO DO PARANÁPREVIDÊNCIA PARCIALMENTE PROVIDO, RECURSO DO ESTADO DO PARANÁ DESPROVIDO.1 Em substituição ao Des. Clayton Camargo

(TJPR - 7ª C.Cível - AC - 1427139-9 - Curitiba - Rel.: ANA PAULA KALED ACCIOLY RODRIGUES DA COSTA - Unânime - - J. 09.08.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12209707/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1427139-9#>

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. APLICABILIDADE AO CASO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.GENITORA QUE DESDE A GRAVIDEZ, NEGLIGENTEMENTE DEIXOU-O EM ESTADO DE ABANDONO E VULNERABILIDADE, AOS CUIDADOS DE TERCEIROS. RISCO À INTEGRIDADE PSÍQUICA E À SAÚDE DO INFANTE. PROVA TESTEMUNHAL E RELATÓRIOS DA EQUIPE DE APOIO QUE CORROBORAM COM ESSE ENTENDIMENTO.GENITORA QUE APRESENTA PROBLEMAS MENTAIS. DECRETAÇÃO DA PERDA DO PODER FAMILIAR COMO MEDIDA DE PROTEÇÃO AO MENOR QUE LHE POSSIBILITE UMA VIDA SAUDÁVEL E PROMISSORA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 22, DO ECA E 1.638, II, III, IV, DO CC.SENTENÇA ESCORREITA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Consoante norma disposta no art. 1.638 e incisos: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: [...] II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

2. Suficientemente provados nos autos que a genitora não possui qualquer condição de exercer o poder familiar com responsabilidade responsável, mostra-se escoreita a decisão que, em obediência ao Código Civil e ao Estatuto da Criança e do Adolescente acolhe o pedido de destituição do poder familiar. 23. Recurso conhecido e não provido.

(TJPR - 11ª C.Cível - AC - 1546415-8 - Apucarana - Rel.: Dalla Vecchia - Unânime - - J. 18.11.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12269770/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1546415-8#>

HABEAS CORPUS CÍVEL. MEDIDA DE PROTEÇÃO À INFANTE. GENITORA USUÁRIA DE ENTORPECENTES.ENTREGA INFORMAL DA CRIANÇA PARA CASAL ESTRANHO À FAMÍLIA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE GUARDA. MINISTÉRIO PÚBLICO QUE, TENDO CIÊNCIA DA SITUAÇÃO IRREGULAR DA INFANTE, AJUIZOU A MEDIDA DE PROTEÇÃO IMEDIATAMENTE, PLEITEANDO SEU ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL, O QUE RESTOU DEFERIDO PELO R. JUÍZO. PRETENSÃO DA CONCESSÃO DA ORDEM PARA DESACOLHER A INFANTE, COM A ENTREGA DA GUARDA PROVISÓRIA AO CASAL QUE VINHA DILIGENCIANDO AOS SEUS CUIDADOS. VIA OBLÍQUA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO

ILEGAL A AMPARAR A MEDIDA DE HABEAS CORPUS. MERO CUMPRIMENTO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DICÇÃO EXPRESSA DO §1º DO ART. 101 DA LEI 8.069/90. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E PROTEÇÃO INTEGRAL ATENDIDOS NA ORIGEM. ORDEM DENEGADA.1. Conforme a redação expressa do §1º, do art. 101 da Lei 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a medida de acolhimento institucional não configura privação de liberdade, mas sim antecede a reintegração familiar, ou colocação em família substituta. 2. A infante em tela teve os direitos fundamentais violados e a medida de acolhimento institucional encontra amparo legal, a garantir sua proteção integral.3. Não serve o Habeas Corpus para a concessão de guarda por via oblíqua, mormente quando em desrespeito aos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente quanto às regras para colocação em família substituta.

(TJPR - 12ª C.Cível - HCC - 1545046-9 - Curitiba - Rel.: Ivanise Maria Tratz Martins - Unânime - - J. 09.11.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12264529/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1545046-9#>

1.5. regulamentação de visitas – melhor interesse da criança

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - DECISÃO AGRAVADA QUE DEIXOU DE HOMOLOGAR O ACORDO FIRMADO ENTRE AS PARTES - INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - ESTUDO PSICOSSOCIAL QUE DEMONSTRA A NECESSIDADE DE ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO DAS PARTES, NÃO PREVISTO NO ACORDO FIRMADO - VISITAÇÃO FIXADA EM JUÍZO QUE ATENDE O DISPOSTO NO ESTUDO CITADO - MANUTENÇÃO NAS MESMAS CONDIÇÕES - RECURSO DESPROVIDO

(TJPR - 12ª C.Cível - AI - 1514049-7 - Palotina - Rel.: Denise Kruger Pereira - Unânime - - J. 17.08.2016)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA - INSURGÊNCIA DA GENITORA - SUPOSTA NULIDADE DO PROCEDIMENTO VERIFICATÓRIO - INOCORRÊNCIA - OBSERVÂNCIA ÀS GARANTIAS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO - VIOLAÇÃO AO DEVER DE GUARDA - PRÁTICA DE ATOS CONTRÁRIOS À MORAL E AOS BONS COSTUMES - ABANDONO - CONDUZIDAS APTAS A ENSEJAR A PERDA DO PODER FAMILIAR (ART. 1.638 DO CÓDIGO CIVIL E 22 C/C 24 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE) - AUSÊNCIA DE ADESAO DA

GENITORA ÀS PROPOSTAS DE TRATAMENTO PARA DROGADIÇÃO E ABUSO DE
ÁLCOOL - INAPTIDÃO PARA O EXERCÍCIO DA MATERNIDADE RESPONSÁVEL
- CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO QUE RESPALDA A OPÇÃO DA SENTENÇA
PELA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR - NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA AO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA - EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA QUE FOI
OBSERVADA NO CASO - DECISÃO ACERTADA - RECURSO DESPROVIDO

(TJPR - 12ª C.Cível - AC - 1526981-1 - União da Vitória - Rel.: Denise Kruger
Pereira - Unânime - - J. 17.08.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12224122/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1526981-1#>

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. MEDIDA DE PROTEÇÃO
AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO FORO REGIONAL DE SÃO JOSÉ DOS
PINHAIS. DENÚNCIA VOLUNTÁRIA DO ADOLESCENTE AO CONSELHO TUTELAR,
QUANTO AOS ABUSOS PRATICADOS PELO PAI, COM QUEM RESIDIA HÁ APENAS
QUATRO MESES. IMPRESCINDIBILIDADE DO ACOLHIMENTO EM JACAREZINHO/
PR - OU EM MUNICÍPIO PRÓXIMO - PARA VIABILIZAR A REINTEGRAÇÃO COM A
FAMÍLIA SOCIOAFETIVA. ADOLESCENTE QUE NUNCA POSSUIU RELAÇÃO COM
A GENITORA E TAMPOUCO DESENVOLVEU VÍNCULO AFETIVO COM O GENITOR,
DURANTE O EXÍGUO TEMPO DE RESIDÊNCIA. ESTUDO SOCIAL NO SENTIDO
DE QUE O ÚNICO VÍNCULO AFETIVO EXISTENTE É COM A FAMÍLIA EXTENSA,
RESIDENTE NA COMARCA DO JUÍZO SUSCITADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS
19, 92, I, 100, X E 101 §7º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.
PRINCÍPIOS DA PRIORIDADE ABSOLUTA E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA
E DO ADOLESCENTE. CONFLITO ACOLHIDO, POR UNANIMIDADE DE VOTOS,
COM DECLARAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.

(TJPR - 12ª C.Cível em Composição Integral - CC - 1555781-6 - São José dos
Pinhais - Rel.: Ivanise Maria Tratz Martins - Unânime - - J. 17.08.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12217960/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1555781-6#>

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA.
ACOLHIMENTO DE CRIANÇA.

1) ALEGAÇÃO DE QUE O PROCEDIMENTO REALIZADO PELO
CONSELHO TUTELAR É NULO. ART. 136, I DO ECA. PREVISÃO LEGAL DE QUE
O CT PODE APLICAR AS MEDIDAS PROTETIVAS PREVISTAS NO ART. 101, INCS.
I A VII DO ECA, DENTRE AS QUAIS A DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL.
POSTERIOR HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.

2) AUSÊNCIA DE ELEMENTOS DE PROVA APTOS A DESCONSTITUIR O

ACOLHIMENTO HOMOLOGADO PELO JUÍZO. RELATÓRIOS QUE DENOTAM A NEGLIGÊNCIA DA GENITORA NOS CUIDADOS COM A FILHA.

3) ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PROVAS FUNDAMENTADO. AUDIÊNCIA CONCENTRADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJPR - 12ª C.Cível - AI - 1488684-1 - Colombo - Rel.: Luciane R.C.Ludovico - Unânime - - J. 06.07.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12199374/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1488684-1#>

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA, ALIMENTOS E VISITAS. MUDANÇA DO DOMICÍLIO DA CRIANÇA E DO SEU GUARDIÃO NO CURSO DA AÇÃO. DISCUSSÃO SOBRE O FORO COMPETENTE. PREPONDERÂNCIA, NO CASO, DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA SOBRE A PERPETUATIO JURISDICTIONIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 147 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRECEDENTES. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

(TJPR - 11ª C.Cível - AI - 1480424-3 - Marechal Cândido Rondon - Rel.: Mario Nini Azzolini - Unânime - - J. 05.10.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12253592/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1480424-3#>

1.6. Comercialização material pornográfico sem devidas precauções

EMENTA - APELAÇÃO CRIME - ARMAZENAMENTO DE CONTEÚDO PORNOGRÁFICO ENVOLVENDO CRIANÇA OU ADOLESCENTE (ART. 241-B, ECA) - PLEITO DE ABSOLVIÇÃO - DESCABIMENTO - AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO COMPROVADA - O FATO DE O CONTEÚDO PORNOGRÁFICO TER SIDO APAGADO NÃO AFASTA A PRÁTICA DO CRIME, MAS DEMONSTRA A TENTATIVA DO ACUSADO SE DESFAZER DO MATERIAL ILÍCITO - PRÁTICA DO DELITO CONSUMADA - VERSÃO DO APELANTE NÃO COMPROVADA NOS AUTOS - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJPR - 3ª C.Criminal - AC - 1485133-7 - Andirá - Rel.: João Domingos Kuster Puppi - Unânime - - J. 16.06.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12179992/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1485133-7#>

1.7. Administrativo – impossibilidade de utilização de antecedentes infracionais para exclusão de candidato em concurso público

1) DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR. PESQUISA SOCIAL E DOCUMENTAL. EXCLUSÃO DE CANDIDATO POR ATO INFRACIONAL PRATICADO NA ADOLESCÊNCIA. REMISSÃO. AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

a) Nota-se dos autos que não houve o cometimento de crime pelo Agravante, mas sim de ato infracional, praticado na condição de adolescente, sendo lavrado, nesse caso, Termo Circunstanciado, nos termos do art. 69 da Lei nº 9.099/1995. Agravo de Instrumento nº 1502807-8

b) Ademais, ao final do procedimento, houve remissão do ato infracional, de modo que não caracteriza antecedente criminal, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

c) Portanto, segundo a referida legislação, a remissão não implica necessariamente o reconhecimento da responsabilidade e nem prevalece para efeito de antecedente, motivo pelo qual não pode ser levada em consideração para reprovação do Agravante no Concurso.

d) Assim, apesar da legalidade da exigência administrativa da investigação de conduta social dos candidatos em concursos públicos, a Administração Pública deve embasar-se em fatos criminosos, desabonadores da vida progressiva, e não em mero ato infracional perdoado, que não caracteriza antecedente criminal ou policial.

e) Nessas condições, contraindicar o Agravante por causa de conduta praticada na sua adolescência (“vias de fato”), sem possuir antecedentes criminais ou policiais incompatíveis com Agravo de Instrumento nº 1502807-8 a carreira militar, não é, em sede de cognição sumária, razoável e proporcional.

f) Por fim, vale frisar que a matéria foi objeto do Enunciado nº 07 das Câmaras de Direito Público, redigido com o seguinte teor: “Em concurso público, o fato de um candidato ter realizado anterior transação penal com base na Lei nº 9.099/1995, não enseja sua eliminação por inidoneidade moral à vista do princípio constitucional da presunção de inocência”.

2) AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

(TJPR - 5ª C.Cível - AI - 1502807-8 - Curitiba - Rel.: Leonel Cunha - Unânime - - J. 02.08.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12208533/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1502807-8#>

1.8. Estupro de vulnerável – presunção absoluta de violência

Apelação Criminal nº 1.537.785-6, da Comarca de Jacarezinho - Vara Criminal.Número Único: 0001887-73.2015.8.16.0098.Apelantes : A. R. S. e P. P. S. N.Apelado : Ministério Público do Estado do Paraná. Relator : Desembargador Rogério Coelho.CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL - MENOR COM TREZE ANOS DE IDADE - PROVA CONSISTENTE - CONSENTIMENTO DA VÍTIMA - IRRELEVÂNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ATUAÇÃO EM SEGUNDO GRAU - TABELA DA OAB/PR - INAPLICABILIDADE - APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.Para se atender a condição objetiva do artigo 217-A, do Código Penal, é suficiente que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos de idade e tenha com ela conjunção carnal, ou qualquer outro ato libidinoso.O consentimento da menor é irrelevante para a formação do tipo penal em face da incapacidade volitiva da vítima para consentir com a prática de atos sexuais, daí porque subsiste a vedação legal do artigo 217-A, do Código Penal, que considera Apelação Criminal nº 1.537.785-6 f. 2.especialmente o incompleto desenvolvimento físico e psíquico do jovem menor de quatorze anos, para impor um limite objetivo para o reconhecimento da voluntariedade do ato sexual.O defensor dativo que atua no segundo grau faz jus a verba honorária sendo, contudo, inaplicável a tabela da OAB/PR porque esta é possível de ser observada como parâmetro apenas nos casos em que o advogado é contratado para o patrocínio da causa, o que, à toda evidência, não é a hipótese da advocacia pro bono, em princípio gratuita.

(TJPR - 5ª C.Criminal - AC - 1537785-6 - Jacarezinho - Rel.: Rogério Coelho - Unânime - - J. 25.08.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12227319/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1537785-6#>

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL) - VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS -SENTENÇA CONDENATÓRIA - PLEITO DE ABSOLVIÇÃO ANTE ERRO DE TIPO - IMPOSSIBILIDADE - AGENTE QUE

TINHA CONHECIMENTO DA IDADE REAL DA VÍTIMA - CONSENTIMENTO DA VÍTIMA - IRRELEVÂNCIA - VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - CARÁTER ABSOLUTO - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS - DOSIMETRIA DA PENA - AFASTAMENTO, DE OFÍCIO, DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME - MOTIVAÇÃO INERENTE AO TIPO PENAL RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM A EXCLUSÃO, DE OFÍCIO, DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. 1. “A jurisprudência desta Corte Suprema perfilha entendimento de ser absoluta a presunção de violência nos casos de crime de estupro praticado contra menor de catorze anos (estupro de vulnerável), independentemente da conduta ter sido praticada, antes ou depois, da vigência da Lei 12.015/2009. Precedentes.”. (STF, ARE 940701 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 11-04-2016 PUBLIC 12-04-2016).

(TJPR - 5ª C.Criminal - AC - 1472004-6 - Lapa - Rel.: Fabiane Pieruccini - Unânime - - J. 30.06.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12184018/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1472004-6#>

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL.REVALORAÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. FATOS EXPLICITAMENTE ADMITIDOS E DELINEADOS NO V. ACÓRDÃO PROFERIDO PELO EG. TRIBUNAL A QUO. POSSIBILIDADE. PRÁTICA DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. CARÍCIAS NOS SEIOS (SOBRE AS VESTES) E NAS PERNAS, ALÉM DE EXPOSIÇÃO DO ÓRGÃO GENITAL. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A CONTRAÇÃO DO ART. 65 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941. ATOS QUE NÃO RESVALAM NA SIMPLES INCONVENIÊNCIA. CONDUTA DE CUNHO SEXUAL, ALTAMENTE REPROVÁVEL, GRAVE E DE EXPLÍCITA INTENÇÃO LASCIVA. DELITO DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL CONSUMADO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido, quando suficientes para a solução da questão, não implica o vedado reexame do material de conhecimento. Em relação às condutas praticadas pelo réu, os elementos probatórios delineados no v. acórdão increpado são suficientes à análise do pedido ministerial, exigindo, tão somente, uma reavaliação de tais elementos, o que, ao contrário, admite-se na via extraordinária.

II - Esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que “se

a intenção do agente é a satisfação de seu desejo sexual, estando presentes os elementos constantes no tipo descrito no art. 217-A do Código Penal, trata-se de hipótese de configuração do delito de estupro de vulnerável, objetivando a reprimenda ali contida a proteção da liberdade, da dignidade e do desenvolvimento sexual” (REsp n. 1.481.546/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJe de 5/12/2014, grifei).

III - Consta do v. acórdão vergastado que o réu colocou a vítima no colo - com 11 anos à época dos fatos -, passou as mãos nas suas pernas e nos seus seios (por cima das vestes), dizendo que queria beijá-los, além de, ato contínuo, ter aberto o zíper da calça para deixar à mostra o seu órgão genital. IV - Não se confundem tais atos com a conduta descrita contravenção do art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941. Com efeito, tem-se que na contravenção em referência o direito protegido é o da tranquilidade pessoal, violada por atos que, embora reprováveis, não são considerados graves. Aqui o objetivo do agente é aborrecer, atormentar, irritar. O estupro de vulnerável, por sua vez, é mais abrangente, visa o resguardo, em sentido amplo, da integridade moral e sexual dos menores de 14 anos, cuja capacidade de discernimento, no que diz respeito ao exercício de sua sexualidade, é reduzida.

Esta última conduta evidencia um comportamento de natureza grave da parte do agente.

V - Ademais, de acordo com as lições de Nelson Hungria, “o ato libidinoso, a que se refere o texto legal, além de gravitar na função sexual, deve ser manifestamente obsceno e lesivo da pudicícia média. Não pode ser confundido com a simples inconveniência” (Comentários ao Código Penal, Parte Especial, Volume VIII, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 123, grifei).

VI - In casu, a conduta praticada pelo réu não pode ser considerada inconveniente apenas, porquanto não se observa nela o singelo intento de violar a paz da criança, ofendê-la ou irritá-la, mas, ao revés, o que se vê é uma seqüência de atos de cunho sexual, altamente reprováveis e que explicitam a intenção lasciva do recorrido, os quais ultrapassam sobremaneira o pudor médio e jamais seriam aceitos como superficiais em qualquer meio social.

Recurso especial provido para condenar o recorrido como incurso nas penas do art. 217-A do CP, à pena de 9 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado.

(Resp 1583228/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 02/09/2016)

Apelação Criminal nº 1.541.568-4, da Comarca de Jacarezinho - Vara Criminal.Número Único: 0004633-11.2015.8.16.0098.Apelante : J. L. R.Apelado : Ministério Público do Estado do Paraná.Relator : Desembargador Rogério Coelho.CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL - MENOR COM ONZE ANOS DE IDADE - PROVA CONSISTENTE - CONSENTIMENTO DA VÍTIMA - IRRELEVÂNCIA - CONDENAÇÃO MANTIDA - DOSIMETRIA DA PENA - DUAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS - AUMENTO EM 1/3 DESPROPORCIONAL - REDUÇÃO PARA 2/8 - AGRAVANTE DO ARTIGO 61, INCISO II, ALÍNEA "H", DO CÓDIGO PENAL - BIS IN IDEM - DOSIMETRIA DA PENA MODIFICADA - APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

Nos crimes contra a dignidade sexual, que por sua própria natureza não contam com testemunhas e raramente deixam vestígios, a palavra da vítima se constitui Apelação Criminal nº 1.541.568-4 f. 2em relevante meio de prova, assumindo preponderante importância, mormente quando corroborada por outros elementos de convicção, como no caso.O consentimento da menor é irrelevante para a formação do tipo penal em face da incapacidade volitiva da vítima para consentir com a prática de atos sexuais, daí porque subsiste a vedação legal do artigo 217-A, do Código Penal, que considera, especialmente, o incompleto desenvolvimento físico e psíquico do jovem menor de quatorze anos, para impor um limite objetivo para o reconhecimento da voluntariedade do ato sexual. Apesar de válida a valoração negativa das circunstâncias e consequências do crime, revelando-se exacerbado, desproporcional, reduz-se o aumento da pena-base de 1/3 para 2/8 sobre o mínimo legal.Tratando-se do crime de estupro de vulnerável, afasta-se a agravante do artigo 61, inciso II, alínea "h", do Código Penal, porque, na hipótese, a idade da vítima, inferior a 14 anos, é circunstância elementar da conduta tipificada no artigo 217-A, do Código Penal (na redação da pela Lei nº 12.015/2009), que já considerou como sendo vulnerável a pessoa menor de 14 anos. Apelação Criminal nº 1.541.568-4 f. 3

(TJPR - 5ª C.Criminal - AC - 1541568-4 - Jacarezinho - Rel.: Rogério Coelho - Unânime - - J. 15.09.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12231625/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1541568-4#>

1.9. Conselho Tutelar

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO DE CANDIDATA À VAGA DE CONSELHEIRA TUTELAR DO MUNICÍPIO DE PARAÍSO DO NORTE, COM BASE NA RESOLUÇÃO Nº 03/2015 DO CONSELHO MUNICIPAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DO ENTE FEDERATIVO. INSTRUMENTO REGULAMENTADOR QUE CONTRARIA O DISPOSTO NO ART. 37-A DA LEI MUNICIPAL Nº 12/2007, BEM COMO NAS RESOLUÇÕES Nº 139/2010 E 170/2014 DO CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - CONANDA. IMPETRANTE QUE NÃO EXERCEU FRAÇÃO SUPERIOR À METADE DE MANDATO EM RELAÇÃO AO PERÍODO 2008/2011, DE MODO QUE, ACASO ELEITA, SERÁ RECONDUZIDA, PARA EFEITOS LEGAIS, PELA PRIMEIRA VEZ. INSCRIÇÃO EQUIVOCADAMENTE INDEFERIDA. SENTENÇA CONCESSIVA DA ORDEM POSTULADA QUE NÃO MERECE REFORMA. SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.

(TJPR - 4ª C.Cível - AC - 1493379-8 - Paraíso do Norte - Rel.: Maria Aparecida Blanco de Lima - Unânime - - J. 08.07.2016)

<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12194740/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1493379-8#>

1.10. Dano Moral

CIVIL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

CARÁTER INFRINGENTE. POSSIBILIDADE. AGRESSÃO VERBAL E FÍSICA.

INJUSTIÇA. CRIANÇA. ÔNUS DA PROVA. DANO MORAL IN RE IPSA. ALTERAÇÃO DO VALOR. IMPOSSIBILIDADE.

1. Ação de compensação por dano moral ajuizada em 01.04.2014. Agravo em Recurso especial atribuído ao gabinete em 04.07.2016. Julgamento: CPC/2015.

2. Cinge-se a controvérsia a definir ocorrência de violação do art. 535 do CPC; e, se as alegadas agressões físicas e verbais sofridas pela recorrida lhe geraram danos morais passíveis de compensação.

3. Admite-se, excepcionalmente, que os embargos de declaração, ordinariamente integrativos, tenham efeitos infringentes desde que constatada a presença de um dos vícios do artigo 535 do CPC/73, cuja correção importe alterar a conclusão do julgado. Precedente.

4. As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02.

5. A sensibilidade ético-social do homem comum na hipótese, permite concluir que os sentimentos de inferioridade, dor e submissão, sofridos por quem é agredido injustamente, verbal ou fisicamente, são elementos caracterizadores da espécie do dano moral in re ipsa.

6. Sendo presumido o dano moral, desnecessário o embate sobre a repartição do ônus probatório.

7. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais somente é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

8. Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, desprovido.

(REsp 1642318/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 13/02/2017)

1.11. Responsabilidade Subjetiva- Falta do dever de vigilância – creche

RECURSO INOMINADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CRECHE MUNICIPAL. FUGA DE MENOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. FALTA DO DEVER DE VIGILÂNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 6º DA CF/88. DANO MORAL. DEVER DE REPARAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Trata-se de Recurso Inominado interposto em face da r. sentença que julgou procedente o pedido formulado na inicial que visava a responsabilização do Município de Maringá-Pr em indenizar os autores em decorrência do desaparecimento de seu filho da creche municipal. Irresignado, o requerido interpôs o presente recurso, alegando, em síntese, que o dano

não foi configurado, vez que não foram violados direitos de personalidade, e, no caso dos autos, fica evidente que inexistiu dano extrapatrimonial. Com efeito, estando o menor sob a tutela do Município, já que o mesmo foi deixado por seus genitores em escola de educação infantil, incontroversa a responsabilidade objetiva do requerido, mormente ante a falha do dever de vigilância ao permitir que o menor, de tenra idade, apenas 4 (quatro) anos, deixasse as dependências da escola, sem ser percebido, sendo encontrado em local diverso, colocando em risco a integridade física e psíquica. No que se refere à creche pública, a responsabilidade se filia ao princípio consagrado no art. 37, § 6º da Constituição Federal, configurando-se pela simples falha na garantia da incolomidade, independentemente de verificação de culpa específica de qualquer servidor. Neste raciocínio, em que pese o magistrado tenha sido sentenciado com base na responsabilidade subjetiva da Administração, a responsabilidade civil do Estado configura-se a partir da demonstração do evento danoso e do seu nexos causal com a conduta do agente público, ou seja, de forma objetiva, assim, inegável o liame causal entre a conduta da municipalidade requerida, que deixou de prestar a vigilância necessária aos menores colocados sob sua proteção, e o dano experimentado pela parte requerente, de modo que tem o dever de reparar o dano causado. Este é o entendimento da Suprema Corte: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO ADMINISTRATIVO. 4. 5. 6. 7. 8. 9. ACIDENTE ENVOLVENDO ESTABELECIMENTO PÚBLICO DE ENSINO. ALUNOS. OMISSÃO DO PODER PÚBLICO. RESPONSABILIDADE ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL OBJETIVA. DEMONSTRADOS NA ORIGEM. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexos causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agrado regimental não provido. (STF ? ARE: 754778 RS, Relator: Min. Dias Toffoli, Data de Julgamento: 26/11/2013, Primeira Turma, data de Publicação: DJe-251 DIVULG 18-12-2013 PUBLIC 19-12-2013). Cumpre ressaltar que o dever de guarda e vigilância persiste enquanto o aluno estiver no interior da escola ou até mesmo fora dela, considerando que o que se põe em relevo e discussão é o dever de guarda, segurança

e vigilância que o Estado, por força da teoria do risco, deve assegurar a todos que se coloquem sob o seu manto protetor, conforme disposto no caput do art. 5º da Constituição Federal afirma ser dever indeclinável do Estado garantir a todos, sem distinção, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Destarte, incontroversa a responsabilidade do Município réu pela falta de seu dever de vigilância. Aliás, conduta reconhecida pelo próprio demandado, que apenas se limitou a dizer, em sua defesa, que não houve dano configurado. Assim, ao falhar com seu dever de vigilância, especialmente em relação à criança de pequena idade e sem qualquer discernimento, que restou submetida a perigo de vida e saúde, sobrevém o dever de indenizar. Neste sentido: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MUNICÍPIO. ESTABELECIMENTO DE ENSINO. CRECHE MUNICIPAL. FUGA DE . FALTA DO DEVER DEMENOR ABSOLUTAMENTE INCAPAZ VIGILÂNCIA. DANO MORAL. DEVER DE REPARAÇÃO. Hipótese dos autos em que há evidente falta do dever de vigilância do Município, na medida em que a criança de tenra idade (01 ano e 10 meses) deixada em creche municipal por sua genitora, fugiu do estabelecimento de ensino sem que fosse percebida sua falta por qualquer dos professores ou responsáveis, e acabou sendo encontrada em cima de um pontilhão sobre um arroio próximo da creche (...) (TJRS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Data de Julgamento: 24/08/2011, Nona Câmara Cível). Destarte, com a falha no dever de vigilância imputada ao Município, que acarretou na fuga de um menor do estabelecimento de ensino, por si só faz presumir a ocorrência de dano moral (dano moral). A caracterização do dano moral, em analogia in re ipsa com casos tais, prescinde da prova da ocorrência de abalo psicológico relevante. Provada a ofensa, está demonstrado o dano moral. ipso facto [1] Assim, para fixação do ? ? indenizatório, deve-se observar, por um lado, se a quantum indenização é expressiva, de forma a compensar a vítima, e, por outro, se ela não está sendo causa de enriquecimento injusto, nunca se olvidando que a indenização do dano imaterial tem a dupla finalidade própria do instituto, qual seja, reparatória, face ao 9. 10. 11. 12. 1. ofendido, e educativa e sancionatória, em face do ofensor, bem como a natureza do bem jurídico lesado, atentando-se sempre para os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Nesta linha de raciocínio, considero que o valor arbitrado em sentença, de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) mostra-se suficiente e expressivo para compensar os abalos sofridos pelo autor em decorrência da conduta percebida pelo ente público. Destarte, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença por seus próprios fundamentos. Não logrando o recorrente êxito em seu recurso, deve arcar com o pagamento das custas processuais e verba honorária, esta fixada em 15% sobre o valor da condenação, devidamente

atualizada, na forma do art. 55 da lei 9.099/95, ficando dispensado do pagamento de custas nos termos da lei.

Ante o exposto, esta 4ª Turma Recursal - DM92 resolve, por unanimidade dos votos, em relação ao recurso de Município de Maringá/PR, julgar pelo (a) Com Resolução do Mérito - Não-Provimento nos exatos termos do vot (TJPR - 4ª Turma Recursal - DM92 - 0007677-53.2015.8.16.0190/0 - Maringá - Rel.: Renata Ribeiro Bau - - J. 16.02.2017)

2. MATÉRIA INFRACIONAL

2.1. O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente. (Súmula 492/STJ)

HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO. APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. SÚMULA N. 492 DO STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE. MITIGAÇÃO DA SÚMULA N. 691 DO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. A medida socioeducativa de internação somente pode ser aplicada quando caracterizada uma das hipóteses previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente e caso não haja outra medida mais adequada e menos onerosa à liberdade do adolescente.

2. A gravidade concreta do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, por si só, não pode ensejar a imposição de internação ao paciente, com fulcro no art. 122, I, do ECA. Súmula n. 492 do STJ.

3. Não há registro de reiteração no cometimento de outras infrações graves (art. 122, II, do ECA) ou de descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta (art. 122, III, do ECA).

4. Ante a natureza e a quantidade de droga apreendida (1.050,73 g de crack), deverá ser fixada a medida mais adequada para manter a jovem afastada da situação de risco social em que se encontra.

5. Habeas corpus concedido, para, confirmada a liminar, aplicar à paciente a medida socioeducativa de semiliberdade.

(HC 335.146/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 15/09/2016)

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireoteor/?num_registro=201502195271&dt_publicacao=15/09/2016

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PACIENTE PRIMÁRIA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. ART. 122 DO ECA. ROL TAXATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do habeas corpus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. Dispõe o art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente que a aplicação de medida socioeducativa de internação é possível nas seguintes hipóteses: em razão da prática de ato infracional praticado mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa; pela reiteração no cometimento de outras infrações graves; ou pelo descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta.

3. O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente, conforme consignado pelo enunciado da Súmula n. 492 do STJ.

4. A medida socioeducativa extrema está autorizada nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que denota a ilegalidade da constrição determinada em desfavor do ora paciente, com base na gravidade abstrata do ato infracional.

5. As circunstâncias do caso concreto, contudo, especialmente se considerado que foram apreendidos, em poder da paciente, 13 (treze)

invólucros plásticos contendo cocaína na forma de crack, com peso líquido de 3,6g (três gramas e seis decigramas), 17 (dezessete) invólucros plásticos contendo maconha, com peso total de 27,5g (vinte e sete gramas e cinco decigramas) e 5 (cinco) invólucros plásticos contendo cocaína em pó, com peso líquido de 3,7g (três gramas e sete decigramas) e não havendo notícia nestes autos de que a paciente tenha reiterado na prática de atos infracionais graves, tenho que o melhor entendimento a ser adotado é mantê-lo sob parcial guarda do Estado, de maneira que haja a efetiva e definitiva educação do menor.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que seja aplicada à paciente medida socioeducativa de semiliberdade.

(HC 354.676/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016)

2.2. A existência de relatório técnico favorável à progressão ou extinção de medida socioeducativa não vincula o juiz

RECURSO ESPECIAL. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. EXTINÇÃO DA MEDIDA. RELATÓRIO TÉCNICO FAVORÁVEL. NÃO VINCULAÇÃO DO MAGISTRADO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. DECISÃO FUNDAMENTADA. DUAS FUGAS DURANTE O CUMPRIMENTO DA MEDIDA. REPRESENTAÇÕES POR OUTROS CINCO ATOS INFRACIONAIS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 121, § 2º, do ECA, o período máximo da internação não pode exceder a três anos e sua manutenção deve ser avaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses. O magistrado decidirá de acordo com seu livre convencimento e não está vinculado a relatório técnico, podendo adotar outros elementos de convicção para manter, extinguir ou progredir a medida.

2. Informações desabonadoras relacionadas à execução da medida socioeducativa constituem motivação idônea para a manutenção da internação.

3. O Tribunal de Justiça, de forma fundamentada, considerou a ocorrência de duas fugas durante a execução da medida socioeducativa e o

contexto pessoal do adolescente - que registrava mais cinco representações por outros atos infracionais - para manter a internação.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1610719/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 01/09/2016)

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE ROUBO MAJORADO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. PARECER TÉCNICO FAVORÁVEL. SUGESTÃO DE EXTINÇÃO DA MEDIDA. MANUTENÇÃO DA INTERNAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. É certo que as conclusões do relatório técnico, favoráveis à progressão ou extinção da medida socioeducativa, não vinculam “o magistrado, que pode, em face do princípio do livre convencimento motivado, justificar a continuidade da internação do menor com base em outros dados e provas constantes dos autos” (AgRg no HC 282.288/PE, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 12/12/2013; HC 296.682/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/9/2014; RHC 37.107/PA, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 19/12/2013).

3. In casu, a decisão do indeferiu a progressão de medida socioeducativa e o acórdão que a ratificou, não apresentaram fundamentos aptos a impedir a substituição da medida extrema por outra menos gravosa (ECA, art. 42, § 2º), visto que se basearam na gravidade do ato infracional praticado e no período de internação.

Dessarte, reconhece-se a ocorrência de constrangimento ilegal.

4. O sistema implantado pelo ECA visa à reintegração do menor ao convívio social, sendo que a progressão é da sua natureza, sendo descabida a sua sustação se não demonstrado risco de lesão irreparável.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de desconstituir a r. decisão de primeiro grau, na parte em que manteve a medida de internação ao paciente, devendo ser definida outra medida socioeducativa mais branda ao adolescente.

(HC 367.805/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 12/12/2016)

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudenciatoc.jsp?livre=ato+e+infracional+e+relat%F3rio+e+t%E9cnico&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

2.3. É possível a incidência do princípio da insignificância nos procedimentos que apuram a prática de ato infracional

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ATIPICIDADE MATERIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE AMEAÇA. CRIME DE NATUREZA NÃO PATRIMONIAL. PERICULOSIDADE DA AÇÃO. INAPLICABILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/08/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/08/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber, PRIMEIRA TURMA DJe de 06/09/2012).

2. O Superior Tribunal de Justiça admite a incidência do princípio da insignificância nos processos relativos a atos infracionais praticados por crianças e adolescentes.

3. Para a incidência deste princípio, requer-se, cumulativamente, conforme estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal (HC n. 84.412/SP, Min. Celso de Mello, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/11/2004), a constatação da mínima ofensividade da conduta, do reduzido grau de reprovabilidade, da ausência de periculosidade social e da inexpressividade da lesão jurídica provocada.

4. Adequada a incidência do postulado da insignificância, porquanto a existência de mínima ofensividade pelo baixo valor da res subtraída - tentativa de furto de um frasco de desodorante marca Rexona, um frasco de tinta para cabelo marca Beauty Color, uma loção cremosa Tropical, um frasco de óleo da marca paixão, um frasco de solução à base de acetona e uma peça de salame da marca Difricon.

-, não causa repulsa social. Há de se destacar, ainda, que não houve nenhum prejuízo, pois a res foi devolvida à vítima (Supermercado Maldaner).

5. Não há que se falar em reiteração de condutas infracionais, pois os registros de atos infracionais citados pelo acórdão impugnado aconteceram em data posterior ao ato infracional em comento (fls. 36 e 37), havendo apenas 01 (um) ato infracional de cada paciente anterior aos fatos, e para configurar a reiteração infracional exige-se a prática anterior de mais de um ato infracional grave, o que não se verifica na espécie.

6. Inaplicável o princípio bagatelar ao delito de ameaça, porquanto além de a aplicação de tal princípio se restringir a crimes patrimoniais, a natureza de tal delito se opõe frontalmente a um dos vetores imprescindíveis à sua incidência, qual seja, nenhuma periculosidade social da ação.

7. O Tribunal a quo consignou que “(...) in casu, os indícios suficientes da prática do ato infracional análogo ao delito de ameaça restaram configurados no depoimento da vítima Volmir Dalla Rosa, prestado na Delegacia de Polícia, onde relata claramente que ‘durante a apreensão das adolescentes, estas proferiram ameaças de morte, de quebrar os vidros do mercado’.

8. Infirmar tal conclusão demanda reexame fático-probatório vedado na via estreita do writ.

9. Habeas corpus não conhecido, mas, de ofício, concedida a ordem

para restabelecer a decisão de 1º Grau, que reconheceu a insignificância penal do fato no que concerne ao ato infracional análogo ao furto.

(HC 357.845/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 26/08/2016)

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601418857&dt_publicacao=26/08/2016

2.4. A medida socioeducativa de internação está autorizada nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do ECA, sendo vedado ao julgador dar qualquer interpretação extensiva do dispositivo

HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO. APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. SÚMULA N. 492 DO STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE. MITIGAÇÃO DA SÚMULA N. 691 DO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. A medida socioeducativa de internação somente pode ser aplicada quando caracterizada uma das hipóteses previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente e caso não haja outra medida mais adequada e menos onerosa à liberdade do adolescente.

2. A gravidade concreta do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, por si só, não pode ensejar a imposição de internação ao paciente, com fulcro no art. 122, I, do ECA. Súmula n. 492 do STJ.

3. Não há registro de reiteração no cometimento de outras infrações graves (art. 122, II, do ECA) ou de descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta (art. 122, III, do ECA).

4. Ante a natureza e a quantidade de droga apreendida (1.050,73 g de crack), deverá ser fixada a medida mais adequada para manter a jovem afastada da situação de risco social em que se encontra.

5. Habeas corpus concedido, para, confirmada a liminar, aplicar à paciente a medida socioeducativa de semiliberdade.

(HC 335.146/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 15/09/2016)

PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONALEQUIPARADO AO TRÁFICO DE DROGAS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. ROL TAXATIVO. SÚMULA 492 DO STJ.

1. A medida socioeducativa de internação é possível somente nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do ECA, quais sejam, quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves e por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

2. Nada obstante o ato infracional praticado pelo paciente ser equiparado ao crime de tráfico de drogas e mostrando-se de alto grau de reprovabilidade social, a jurisprudência desta Corte Superior possui orientação no sentido de que não se admite a aplicação da medida mais gravosa com esteio na gravidade genérica do ato infracional ou na natureza hedionda do crime de tráfico de drogas, dada a taxatividade do rol previsto no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Incidência da Súmula n. 492/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 354.410/RJ, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 21/06/2016)

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PACIENTE PRIMÁRIA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. ART. 122 DO ECA. ROL TAXATIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de

flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do habeas corpus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer.

2. Dispõe o art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente que a aplicação de medida socioeducativa de internação é possível nas seguintes hipóteses: em razão da prática de ato infracional praticado mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa; pela reiteração no cometimento de outras infrações graves; ou pelo descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta.

3. O ato infracional análogo ao tráfico de drogas, por si só, não conduz obrigatoriamente à imposição de medida socioeducativa de internação do adolescente, conforme consignado pelo enunciado da Súmula n. 492 do STJ.

4. A medida socioeducativa extrema está autorizada nas hipóteses taxativamente elencadas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que denota a ilegalidade da constrição determinada em desfavor do ora paciente, com base na gravidade abstrata do ato infracional.

5. As circunstâncias do caso concreto, contudo, especialmente se considerado que foram apreendidos, em poder da paciente, 13 (treze) invólucros plásticos contendo cocaína na forma de crack, com peso líquido de 3,6g (três gramas e seis decigramas), 17 (dezessete) invólucros plásticos contendo maconha, com peso total de 27,5g (vinte e sete gramas e cinco decigramas) e 5 (cinco) invólucros plásticos contendo cocaína em pó, com peso líquido de 3,7g (três gramas e sete decigramas) e não havendo notícia nestes autos de que a paciente tenha reiterado na prática de atos infracionais graves, tenho que o melhor entendimento a ser adotado é mantê-lo sob parcial guarda do Estado, de maneira que haja a efetiva e definitiva educação do menor.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para que seja aplicada à paciente medida socioeducativa de semiliberdade.

(HC 354.676/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 16/12/2016)

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=medida+socioeducativa+taxativamente&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

2.5 A aplicação da medida de semiliberdade, a despeito do disposto no art. 120, § 2º, do ECA, não se vincula à taxatividade estabelecida no art. 122 do mesmo Estatuto.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. In casu, não se observa flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada a justificar a concessão deste habeas corpus, de ofício, pois, diferentemente da hipótese de internação, a medida de semiliberdade não possui requisitos taxativos de aplicação. Por isso, não há impedimento legal à fixação de medida socioeducativa consistente em semiliberdade desde o início, quando o Juízo da Infância e Juventude, diante das peculiaridades do caso concreto, fundamentadamente demonstrar a adequação da medida à ressocialização do adolescente, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, art. 120 e parágrafos). Precedentes.

3. A medida socioeducativa de semiliberdade foi devidamente embasada no cometimento de atos infracionais anteriores e nas circunstâncias pessoais do menor infrator, a evidenciar a sua situação de vulnerabilidade.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 327.097/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 24/08/2016)

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE FURTO QUALIFICADO. APLICAÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. POSSIBILIDADE. REITERAÇÃO NO COMETIMENTO DE

ATOS INFRACIONAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. NÃO CONHECIMENTO.

1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento.

2. A semiliberdade e a liberdade assistida devem ser aplicadas de acordo com sua adequação ao caso concreto, observando-se a capacidade do adolescente de cumprir a medida, suas condições pessoais, as circunstâncias e gravidade do ato infracional praticado, orientando-se à ressocialização do menor.

3. Está devidamente fundamentada a decisão que impôs a semiliberdade ao paciente, pois foram consideradas as condições pessoais, além do fato de o adolescente ter reiterado no cometimento de atos infracionais.

4. A reiteração no cometimento de atos infracionais, bem como a aplicação prévia de medidas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade, autorizam a imposição da medida de semiliberdade.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 359.855/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 24/08/2016)

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601582754&dt_publicacao=24/08/2016

2.6. A internação-sanção, imposta em razão de descumprimento injustificado de medida socioeducativa, não pode exceder o prazo de 03 (três) meses.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE HOMICÍDIO. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA DECRETADA. ATO INFRACIONAL COMETIDO MEDIANTE VIOLÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO NA INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. A prática de ato infracional análogo ao crime previsto no art. 121, § 2º, incisos II e IV, do CP, autoriza a segregação do paciente, por enquadrar-se no art. 122, I, do ECA. Presentes os requisitos legais previstos nos arts. 108 e 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. Evidenciado que o prazo de internação provisória ultrapassa, em muito, o prazo previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, deve ser concedida a ordem de ofício para determinar ao paciente a medida de liberdade assistida até que seja prolatada a sentença, e se por outro motivo não estiver internado.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para determinar que o paciente permaneça em liberdade assistida até o julgamento de mérito do procedimento judicial apuratório do ato infracional.

(HC 369.894/SE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016)

2.7. A atenuante da confissão espontânea não tem aplicabilidade em sede de procedimento relativo à apuração de ato infracional

RECURSO DE APELAÇÃO. ECA. APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL CORRESPONDENTE AO CRIMES DE LATROCÍNIO EM SUA FORMA TENTADA (ART. 157, § 3º, C/C O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). PLEITO PELO RECEBIMENTO DO RECURSO NO DUPLO EFEITO NÃO CONHECIDO. MMª. JULGADORA SINGULAR QUE O RECEBEU TÃO SOMENTE NO EFEITO DEVOLUTIVO. ROGATIVA PELA APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA DESCABIDA. ATENUANTE INAPLICÁVEL AOS PROCEDIMENTOS PARA APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL. AVENTADA DESCLASSIFICAÇÃO DO ATO INFRACIONAL. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZADO O ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE LATROCÍNIO TENTADO. PLEITO PELA SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO PELAS DE LIBERDADE ASSISTIDA E DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. NÃO

ACOLHIMENTO.MEDIDA APLICADA DE ACORDO COM AS NECESSIDADES PEDAGÓGICAS DO ADOLESCENTE.RELATÓRIO ELABORADO POR EQUIPE MULTIDISCIPLINAR QUE NÃO VINCULA O JUÍZO SENTENCIANTE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.

1. As regras e os institutos do Direito Penal não podem e não devem ser aplicados indiscriminadamente aos procedimentos de apuração de atos infracionais.

2. Diante da vulnerabilidade pessoal e social do recorrente, tem-se que a medida de internação é providência que se impõe.I.

(TJPR - 2ª C.Criminal - RAECA - 1538401-9 - Curitiba - Rel.: José Mauricio Pinto de Almeida - Unânime - - J. 01.09.2016)

2.8. O cumprimento de medida socioeducativa de internação em estabelecimento prisional viola o art. 123 do ECA, ainda que em local separado dos maiores de idade condenados.

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO.IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO DE DESEMBARGADOR RELATOR QUE INDEFERIU A LIMINAR NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA 691 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. SUPERAÇÃO. INTERNAÇÃO DE MENOR EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA. POSTERIOR JULGAMENTO DO MÉRITO DO MANDAMUS ORIGINÁRIO, COM A MANUTENÇÃO DO DECISUM IMPUGNADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. Na hipótese, embora se trate de impetração contra decisão que indeferiu a liminar no habeas corpus originário, diante do constrangimento ilegal evidenciado pelo cumprimento de medida socioeducativa de internação

em estabelecimento prisional comum, vislumbra-se a possibilidade de superação enunciado sumular n. 691/STF.

3. Em observância às regras mínimas de aplicação das medidas socioeducativas, tais como a brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e no intuito de obedecer-se, estritamente, ao que dispõe o artigo 123 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, que expressamente determina que a internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração, faz-se necessária a reforma do decisum impugnado. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para determinar que o paciente seja imediatamente transferido para estabelecimento próprio ao cumprimento de medida socioeducativa.

(HC 353.342/GO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 15/08/2016)

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=cumprimento+e+prisional+e+medidas+e+socioeducativas&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

2.9. O Estatuto da Criança e do Adolescente não estipulou um número mínimo de atos infracionais graves para justificar a internação com base na reiteração (art. 122, II, do ECA), não havendo que se falar, portanto, no número mínimo de três atos infracionais.

RECURSO EM HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INTERNAÇÃO PROVISÓRIA. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. REITERAÇÃO NO COMETIMENTO DE ATOS INFRACIONAIS. NECESSIDADE DE SE AFASTAR O MENOR DO MEIO CRIMINOSO NO QUAL SE ENCONTRA INSERIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ARTS. 108 E 122, II, DO ECA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL DE NÚMERO MÍNIMO DE ATOS INFRACIONAIS ANTERIORES. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STF. RECURSO DESPROVIDO.

- A medida de internação provisória somente pode ser aplicada quando presentes as hipóteses dos arts. 108 e 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo os quais devem estar presentes indícios suficientes

de autoria e materialidade, deve ser demonstrada a necessidade imperiosa da medida e o ato infracional tenha sido cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa, por reiteração no cometimento de outras infrações graves ou por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

- Ademais, esta Quinta Turma, na esteira da jurisprudência da Suprema Corte, firmou o entendimento de que o Estatuto da Criança e do Adolescente não estipulou um número mínimo de atos infracionais graves para justificar a internação do menor infrator, com fulcro no art. 122, inciso II, do ECA (reiteração no cometimento de outras infrações graves). Consoante a nova orientação, cabe ao magistrado analisar as peculiaridades de cada caso e as condições específicas do adolescente, a fim de melhor aplicar o direito, definindo a medida socioeducativa mais adequada à hipótese dos autos. Precedentes deste Tribunal e da Suprema Corte.

- In casu, a internação provisória foi aplicada em razão das peculiaridades do caso concreto - estavam presentes indícios da materialidade e da autoria e a internação visa a afastar o recorrente do meio criminoso no qual está inserido, tanto que, apesar da medida mais branda anteriormente aplicada, continuou a praticar ato infracional análogo ao delito de tráfico, circunstância que denota a imperiosidade da medida de internação provisória.

- Recurso em habeas corpus improvido.

(RHC 76.252/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017)

2.10 Os atos infracionais compreendidos na remissão não servem para caracterizar a reiteração nos moldes do art. 122, II, do ECA.

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES DE RECEPÇÃO E DE TRÁFICO DE DROGAS. INTERNAÇÃO. SÚMULA N. 492 DO STJ. REITERAÇÃO INFRACIONAL NÃO CONFIGURADA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A medida socioeducativa de internação somente pode ser aplicada quando caracterizada uma das hipóteses previstas no art. 122 do Estatuto da

Criança e do Adolescente e caso não haja outra medida mais adequada e menos onerosa à liberdade do adolescente.

2. A gravidade concreta do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, por si só, não enseja a imposição de internação, com fulcro no art. 122, I, do ECA. Súmula n. 492 do STJ.

3. Consoante o majoritário entendimento desta Corte Superior, a hipótese constante do inciso II do art. 122 do ECA não exige, para sua configuração, o mínimo de duas sentenças impositivas de medidas socioeducativas anteriores. O juiz deve analisar as peculiaridades do caso concreto e as condições específicas do adolescente para definir se a reiteração está configurada e qual a melhor medida socioeducativa a ser aplicada.

4. O paciente não ostenta nenhuma representação julgada procedente em seu desfavor, pois, em todos os processos anteriores, foi beneficiado com remissão, isolada ou cumulada com medidas socioeducativas em meio aberto, o que não implica reconhecimento de antecedentes infracionais, porquanto prescinde da comprovação de responsabilidade do jovem.

5. Deve ser reconhecida a ilegalidade da internação, mas, ante a quantidade, a diversidade e a natureza das drogas apreendidas (23 porções de maconha e 25 tubos de cocaína), a receptação de motocicleta e a situação de risco social do paciente, é dever do Estado protegê-lo de forma eficaz, mediante a aplicação de semiliberdade, uma vez que outras medidas em meio aberto foram insuficientes para promover sua recuperação.

6. Habeas corpus concedido, para aplicar ao paciente a medida socioeducativa de semiliberdade.

(HC 370.857/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016)

2.11. A reiteração capaz de ensejar a incidência da medida socioeducativa de internação (art. 122, II, do ECA) só ocorre quando praticados, no mínimo, dois atos infracionais graves anteriores

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO

DE TRÁFICO DE DROGAS. MEDIDA SÓCIO EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO EM ATO DA MESMA ESPÉCIE E CONDIÇÃO ESPECÍFICA DO ADOLESCENTE. POSSIBILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA. PRÁTICA DE NO MÍNIMO TRÊS ATOS ANTERIORES. DESNECESSIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. Praticado ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, o Tribunal de origem aplicou ao menor a medida socioeducativa de internação em razão da comprovada reiteração de outro ato infracional da mesma natureza.

2. O art. 122 da Lei n. 8.069/1990 estabelece que a internação do adolescente somente será cabível quando o ato infracional for perpetrado com violência ou grave ameaça à pessoa, ou na hipótese de reiteração na prática de outras infrações graves, ou de descumprimento reiterado e injustificado de medida prévia.

3. A Quinta Turma deste Sodalício, seguindo a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, entende que não é necessário o número mínimo de 3 (três) atos infracionais anteriores para caracterizar a hipótese prevista no inciso II do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por ausência de previsão legal.

4. Na espécie, o adolescente foi flagrado com considerável quantidade de cocaína, droga extremamente nociva, tendo o estudo de caso elaborado nos autos informado seu envolvimento com a traficância.

5. Dessa forma, constata-se que a incidência da medida de internação ao caso em análise encontra arrimo no artigo 122, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 837.060/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017)

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO

DE TRÁFICO DE DROGAS. MEDIDA SÓCIO EDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO EM ATO DA MESMA ESPÉCIE E CONDIÇÃO ESPECÍFICA DO ADOLESCENTE. POSSIBILIDADE. REITERAÇÃO DELITIVA. PRÁTICA DE NO MÍNIMO TRÊS ATOS ANTERIORES. DESNECESSIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RECURSO IMPROVIDO.

1. Praticado ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas, o Tribunal de origem aplicou ao menor a medida socioeducativa de internação em razão da comprovada reiteração de outro ato infracional da mesma natureza.

2. O art. 122 da Lei n. 8.069/1990 estabelece que a internação do adolescente somente será cabível quando o ato infracional for perpetrado com violência ou grave ameaça à pessoa, ou na hipótese de reiteração na prática de outras infrações graves, ou de descumprimento reiterado e injustificado de medida prévia.

3. A Quinta Turma deste Sodalício, seguindo a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, entende que não é necessário o número mínimo de 3 (três) atos infracionais anteriores para caracterizar a hipótese prevista no inciso II do art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por ausência de previsão legal.

4. Na espécie, o adolescente foi flagrado com considerável quantidade de cocaína, droga extremamente nociva, tendo o estudo de caso elaborado nos autos informado seu envolvimento com a traficância.

5. Dessa forma, constata-se que a incidência da medida de internação ao caso em análise encontra arrimo no artigo 122, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como na jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

6. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 837.060/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017)

8.

Espaço Institucional

Aplicação da Lei Maria da Penha em relações de parentesco e a presunção da vulnerabilidade da vítima mulher no contexto de desigualdade de gênero

Maria da Penha's Law enforcement on kinship relationships and the presumption of women's vulnerability on a context of gender inequalities

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Histórico da legislação sobre violência de gênero no Brasil e no mundo; 3. Histórico da lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006); 4. Possibilidades de aplicação da Lei Maria da Penha: relação entre autor e vítima; 5. Presunção ou necessária comprovação de elementos da violência de gênero e da vulnerabilidade da mulher, especialmente em relações de parentesco; 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas.

* Promotora de justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Coordenadora do Núcleo de Promoção da Igualdade de Gênero do MPPR. Representante da COPEVID-GNDH-CNPG no Paraná. Pós-Graduada em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito de Coimbra. Mestranda em "Estudos Sobre Mulheres" pela Universidade Aberta de Portugal.

** Promotora de justiça do Ministério Público do Estado do Paraná com atuação no Núcleo de Promoção da Igualdade de Gênero do MPPR. Secretária da COPEVID-GNDH-CNPG no Paraná. Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual de Londrina/PR.

*** Assessora jurídica no Núcleo de Promoção de Igualdade de Gênero, no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos do Ministério Público do Estado do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e pós-graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst.

RESUMO: A Lei Maria da Penha, promulgada em 08 de agosto de 2006, pode ser considerada a primeira legislação pátria destinada especificamente a combater a violência doméstica e familiar contra mulheres, espécie de violência de gênero considerada a maior causa de mortes violentas de mulheres em todo o mundo. Apesar de necessária há muitos anos no país, a legislação citada apenas foi aprovada a partir de cobrança externa ao Estado brasileiro, por meio de recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. Ademais, ainda se percebe dificuldade em sua plena aplicação, vez que, por muitas vezes, a jurisprudência pátria caminha no sentido de lhe diminuir a eficácia, interpretando-a de modo a reduzir a abrangência de sua aplicabilidade nos casos em concreto. Entre tais hipóteses, está a recente conclusão de que, em determinadas relações entre autor e vítima, ainda que haja o parentesco previsto no art. 5º, II da Lei, a lei somente será aplicada se comprovados elementos de gênero e vulnerabilidade da mulher na violência perpetrada. Dessa forma, nas relações familiares diversas das conjugais, surgem duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais: a que compreende a vulnerabilidade da mulher (e a violência de gênero) como presumida na violência familiar masculina e a que vislumbra a necessidade de comprovação de tais elementos.

ABSTRACT: *Brazilian's Law that defeat domestic violence against women – Maria da Penha' Law, enacted on August 8, 2006, can be considered the first legislation to specifically confront domestic and family violence against women on the country, as a type of gender violence considered the main reason for violent deaths of women on the world. Although it was necessary for many years, the mentioned legislation only comes after an external charging to the Brazilian State, throughout a recommendation from the Inter-American Commission of Human Rights of the Organization of American States, because of the ratification of the full text of the Inter - American Convention on Human Rights in 1998. In addition, it is still a challenge to apply it completely, since on many occasions, jurisprudence contribute to reduce its effectiveness, interpreting it in such a way that reduce the scope of its applicability in specific cases. Among these hypotheses is the recent conclusion that in certain relationships between author and victim, even if there is the relationship provided in the legal requirements on article 5º, II, the law will only be applied if proven elements of gender in the violence perpetrated. Thus, when considering family relationship and excluding relation between couples on the family, there are two doctrinal and jurisprudential interpretations: one that considers presumed women's vulnerability while in male family violence and the other that understands that is necessary to prove such vulnerability in the course of instruction.*

PALAVRAS-CHAVE: Violência de Gênero; Direitos Humanos de Mulheres; Violência Doméstica e Familiar; Vulnerabilidade da Mulher; Relação de Parentesco.

KEYWORDS: *Gender Violence; Women's Human Rights; Domestic and Family Violence; Women's Vulnerability; Relationship of Kinship.*

1. Introdução

Ainda que o direito não acompanhe necessariamente o tempo dos avanços sociais, a reformulação da legislação brasileira, de um padrão de leis eminentemente discriminatórias, para as leis recentemente aprovadas com conteúdo teleológico de reconhecimento de direitos historicamente negados, demonstra que houve importantes avanços na construção de uma sociedade mais igualitária entre os sexos.

Após dez anos da aprovação da primeira lei brasileira a enfrentar o complexo fenômeno da violência doméstica e familiar contra as mulheres, é possível avaliar os principais avanços e os ainda existentes desafios para aplicá-la, efetivamente.

Um resgate histórico da legislação brasileira revela a discriminação da mulher na sociedade em diferentes marcos temporais, até se chegar ao atual contexto legislativo, em que existe previsão expressa de igualdade formal entre os sexos. Ainda, como resultado de uma recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da pressão dos movimentos de mulheres no Brasil, a aprovação da Lei Maria da Penha representa inigualável avanço no enfrentamento à violência de gênero.

Reconhecida pelo Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher - UNIFEM, como uma das três legislações mais avançadas do mundo já aprovadas no mundo (GOETZ, 2009), a Lei Maria da Penha teve seu conteúdo formal e material continuamente questionado, tanto juridicamente – em sede de ação direta de inconstitucionalidade – como em críticas doutrinárias, jurisprudenciais a acadêmicas.

Resistindo às críticas e resultando em garantias práticas efetivamente eficazes no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres, a Lei Maria da Penha teve sua constitucionalidade confirmada, com históricas manifestações da Corte Suprema, em análise das Ações Direta de Constitucionalidade - ADC nº 19 e Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 4424, em 09 de fevereiro de 2012.

Diferentes intérpretes consignam posicionamentos particulares quanto a aspectos práticos de sua aplicação. Levantam-se, enquanto desafios da aplicação da Lei Maria da Penha, primeiramente a mudança do paradigma cultural que relega às mulheres um papel secundário na

sociedade, quando comparativamente aos homens. Nesse sentido, decisões judiciais reproduzindo o machismo na sociedade revelam um desafio de ordem estrutural no enfrentamento à violência, que é a efetiva mudança na mentalidade para uma compreensão da necessidade de políticas afirmativas aos grupos discriminados.

Poucos são os questionamentos quanto à aplicabilidade da lei nos casos em casos de relações conjugais e afetivas entre casais, até por ter sido essa a situação fática que justificou a recomendação ao Estado Brasileiro para a aprovação da legislação específica (art. 5.º, III, Lei n.º 11.340/2006). A lei, contudo, prevê no art. 5º, II, que estarão também sob o manto de sua especial proteção a violência doméstica e familiar contra a mulher, quando ocorrer no âmbito da família (relação de parentesco entre agressor e vítima).

Essa aplicação da lei de forma ampliada, no contexto da violência intrafamiliar, gera divergências principalmente quanto à (des) necessidade de estabelecimento de critério superveniente, relacionado à categoria de gênero, para uso dos institutos de especial proteção à vítima e maior severidade de repressão penal ao autor da violência. Assim, alguns(as) autores(as) defendem a necessidade de uma análise aprofundada de eventual contexto de discriminação de gênero na violência cometida por familiares contra as mulheres, enquanto outra corrente entende pela aplicação literal e prévia da legislação, por entender que esse critério já foi levado em conta quando da aprovação de verdadeira ação afirmativa que consagrava a necessidade de uma maior proteção à população feminina como um todo, historicamente discriminada e especialmente afetada pela violência no âmbito familiar.

2. Histórico da legislação sobre violência de gênero no Brasil e no mundo

Aliados da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (França, 1789 - grifo nosso), os direitos humanos de mulheres foram reivindicados pelas primeiras feministas a tornarem-se reconhecidas, Olympe de Gouges e Mary Wollstonecraft, as quais traziam como interrogação o lugar da mulher enquanto sujeito no âmbito do Direito:

No século XVIII ela surge na obra de Mary Wollstonecraft *The Vindication of the Rights of Women*, publicada em 1792, em resposta ao projecto de Talleyrand de excluir as raparigas dos objectivos da educação nacional no

quadro da nova Constituição francesa. Na extensa dedicatória a Talleyrand, Wollstonecraft (1975 [1792]), p. 85, apela à razão, ao amor pela human race e ao progresso «of those glorious principles that give a substance to morality» para que a educação se estenda também às raparigas. A sua identificação com as promessas da Revolução Francesa para todos os cidadãos, independentemente da sua condição d/ nascimento, acompanha o argumento de que a (não) educação das mulheres condiciona o seu modo de ser [...] (AMÂNCIO, 2003, p. 694).

O supracitado direito à educação é apenas um exemplo da completa inexistência de direitos humanos de mulheres considerados pela legislação mundial até, pelo menos, o século XIX. Pelo contrário, houve, por muito tempo, autorização legislativa para verdadeira violação de direitos de mulheres.¹

Iniciadas as conquistas de igualdades de direitos, tal como a luta pelo sufrágio feminino², as mulheres ainda dependiam de seu reconhecimento como detentoras de direitos específicos, para poder exercê-los na prática.

¹ Em Portugal e na colônia Brasil, ao longo da história, a mulher era educada para servir ao homem, quando solteira ao pai e irmãos e, depois de casada, ao marido. Elas se dedicavam ao lar e à Igreja. Analfabetas, somente lhes eram ensinadas técnicas manuais e domésticas. As Ordenações (compilação das leis vigentes sobre assuntos cíveis) vigoraram em Portugal até a promulgação do Código Civil de 1867. As últimas Ordenações Filipinas traziam que a mulher necessitava de tutela permanente porque tinha “fraqueza de entendimento” e o marido tinha garantido o direito de castigar e até matar sua companheira, em caso de adultério (v. Livro 5: Títulos 36, 38 e 95). É com base nessa fraqueza de entendimento também que as mulheres não podiam ser testemunhas em atos solenes, nem ser procuradoras em juízo, não podiam prestar fiança e não podiam também ser tutoras senão de seus próprios descendentes, vez que o poder sobre os filhos cabia essencialmente ao homem. Homens poderiam pedir a separação de pessoas, contudo, teriam a posse exclusiva dos bens. O grande jurista da época, Coelho da Rocha, dizia que, na maior parte dos casos, para evitar o «escândalo público», os maridos preferiam enviar a mulher para um recolhimento, o que significa que ela nem se podia defender como num pleito- (GUIMARÃES, 1993, p. 559)

² No Brasil, o sufrágio feminino foi garantido através do decreto nº. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932, o qual disciplinava que era eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo, alistado na forma do código. A luta pelo voto já havia começado há tempos, sendo que o Brasil poderia ter sido a primeira nação do mundo a aprovar o sufrágio feminino. No dia 1º de janeiro de 1891, 31 constituintes assinaram uma emenda ao projeto da Constituição conferindo direito de voto à mulher. Tal emenda foi rejeitada. A ideia de mulheres atuando na esfera pública fora rejeitada por séculos em todo o mundo e levaria algumas décadas para que os mais elementares direitos fossem obtidos, ainda que mais no papel do que na prática. A partir de 1932 as brasileiras puderam participar da escolha de seus candidatos, mas o voto ainda era facultativo. Somente em 1934, o direito feminino de e alistar transforma-se em dever. (HAHNER, 2003)

Em 1975, conhecido como ano internacional da mulher, na Conferência Mundial realizada no México, elencou-se a desigualdade entre os homens e mulheres como problema mundial a ser enfrentado pelos Estados. Já em 1979, é aprovada a Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, ratificada no Brasil pelo Decreto n. 4.316/2002, que trouxe um conceito próximo à igualdade e da não discriminação baseada no sexo. Sobre direitos específicos, cita-se que, somente nos anos 90 é que se inicia a conscientização internacional de que a mulher era vítima de violências muito peculiares que mereceriam destaque em legislações nacionais. A partir da recomendação n. 19 do Comitê de acompanhamento da supracitada Convenção, esclarece-se o que é violência baseada no gênero, em um contexto de desigualdade dirigida ao sexo feminino nesse contexto sociocultural.

Em 1994, surge a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 1.973/1996. É aí que se destaca expressamente na legislação o termo *gênero*. A Convenção é o primeiro documento internacional, mais especificamente interamericano, a enfrentar a violência baseada no gênero.

No Brasil, é somente no século XXI, em aparente atraso com relação ao movimento internacional supracitado, que realmente começam a surgir legislações pátrias especialmente destinadas a tratar de direitos humanos de mulheres e da violência de gênero e, de modo programático, a dar eficácia e aplicabilidade à legislação internacional já ratificada pelo Estado Brasileiro.

Até esse momento, pelo contrário, o que se vislumbra é um verdadeiro conjunto de legislações brasileiras que reforçam a discriminação contra as mulheres, principalmente no âmbito privado, institucionalizando o papel da mulher como subalterna e impedida de praticar atos de autonomia na relação familiar.

No âmbito do Direito Privado e da família, a mulher casada foi considerada relativamente incapaz até 1962 e não podia exercer profissão sem autorização do marido (art. 242, VII, do Código Civil de 1916) ou litigar na esfera cível ou comercial (art. 242, VI, do mesmo instituto). Somente com o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº. 4.121/1962), a mulher que constituísse casamento passava a ter plena capacidade civil, mas o marido continuaria sendo considerado o chefe da sociedade conjugal (art. 233 do Código Civil de 1916).

No âmbito penal, por sua vez, o adultério praticado pelas mulheres seria justificativa plausível para seu assassinato por seus maridos se amparados na tese da “legítima defesa da honra”. A jurisprudência dominante também compreendia que o marido não poderia ser punido quando esturpasse a esposa, na justificativa de que estaria agindo no exercício regular de direito, já que a mulher tinha o dever conjugal de manter relações sexuais com seu cônjuge.

Em que pese a Constituição Federal de 1988 e o Novo Código Civil de 2002 tenham dado direito à igualdade formal de homens e mulheres em todos os aspectos, é com a Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/2006) que a os direitos humanos de mulheres enquanto vítimas de violência específica começam a ser vislumbrados e especialmente protegidos. Os crimes, antes praticados e tolerados de forma generalizada pela sociedade, já que se apresentavam como verdadeiras respostas violentas à “desobediência” da mulher, começam a ser especialmente combatidos.

Ainda, merece destaque a aprovação recente da Lei nº. 13.104/2015, que instituiu o crime de feminicídio no Brasil, a partir do acréscimo da qualificadora do art. 121, § 2º, VI, no Código Penal. Assim, o crime de homicídio recebe nova qualificadora quando cometido contra mulheres: “contra a mulher por razões da condição do sexo feminino”.

Mesmo num contexto de novas e favoráveis mudanças legislativas, não se pode dissociar o contexto da desigualdade de gênero ainda persistente na sociedade brasileira.

Joan Scott explica o gênero como construção social e que a violência daí advinda representa forma de dominação que se fundamenta em diferenças biológicas:

o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é um primeiro modo de dar significado às relações de poder (SCOTT, 1990, p. 14)

A partir da ideia de que “*não se nasce mulher, mas torna-se mulher*” (BEAUVOIR, 1980), verifica-se que a construção do gênero, ou seja, dos papéis de homens e mulheres, acaba se mostrando produto de determinado momento histórico, social e cultural:

nessa perspectiva gênero passa a ser entendido como “uma construção social, uma interpretação social do biológico; o que faz feminina a uma

fêmea e masculino a um macho não é a biologia, o sexo, pois, assim sendo, não se levantaria o problema (LAMAS, 1986, p. 146)

É nesse movimento que algumas condutas são entendidas positivas e outras negativas:

o gênero, torna-se, antes, uma maneira de indicar “construções sociais” – a criação inteiramente social de ideias sobre os papéis adequados aos homens e às mulheres. É uma maneira de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas dos homens e das mulheres. O gênero é, segundo esta definição, uma categoria social importada sobre um corpo sexuado. (SCOTT, 1990, p. 7)

A construção de gênero na sociedade (refletida no Ordenamento Jurídico), há poucas décadas, era de que mulheres seriam inferiores intelectualmente aos homens e teriam verdadeiro dever (legal) de submissão, principalmente no âmbito do lar. A superioridade e dominação masculina, portanto, justificavam o emprego da violência contra mulheres que desatendiam a esses papéis sociais.

Por enxergar o outro com menosprezo e compreender-se superior, aqueles que detêm poder, a partir de uma lógica de desigualdade histórica, impõem a manutenção de padrões de dominação também por meio da violência, no caso de homens e mulheres, por meio da violência de gênero:

a violência não é uma, é múltipla. De origem latina, o vocábulo vem da palavra vis, que quer dizer força e se refere às noções de constrangimento e de uso da superioridade física sobre o outro. No seu sentido material, o termo parece neutro, mas quem analisa os eventos violentos descobre que eles se referem a conflitos de autoridade, a lutas pelo poder e a vontade de domínio, de posse e de aniquilamento do outro e de seus bens. Suas manifestações são aprovadas ou desaprovadas, lícitas ou ilícitas segundo normas sociais mantidas por usos e costumes ou por aparatos legais da sociedade. (MINAYO, 2006, P. 13)

Hannah Arendt explica que poder e violência não são sinônimos, já que somente há a utilização de meios violentos quando o dominador não possui argumentos plausíveis para a manutenção da dominação e, portanto, tenta convencer a vítima através da coação:

[...] e Hannah Arendt a considera como um meio e um instrumento para a conquista do poder. Essa autora, no entanto, não confunde poder e violência. Pelo contrário, ressalta que só existe violência quando há incapacidade de argumentação e de convencimento. (MINAYO, 2006, p. 18)

A violência de gênero se faz presente nas relações de subordinação dentro do lar, mas não somente. A violência contra a mulher é fenômeno institucionalizado na sociedade. Esteve por um longo período amparada pelas leis e, até hoje, está enraizada na cultura. A reversão deste quadro exige enorme esforço coletivo por tratar-se de fenômeno consolidado historicamente:

mais do que isto, a sociedade não percebe que as próprias explicações oferecidas são violentas porque está cega ao lugar efetivo de produção da violência, isto é, a estrutura da sociedade brasileira. Dessa maneira, as desigualdades econômicas, sociais e culturais, as exclusões econômicas, políticas e sociais, a corrupção como forma de funcionamento das instituições, o racismo, o sexismo, a intolerância religiosa, sexual e política não são consideradas formas de violência, isto é, a sociedade brasileira não é percebida como estruturalmente violenta e a violência aparece como um fato esporádico, de superfície. Em outras palavras, a mitologia e os procedimentos ideológicos fazem com que a violência que estrutura e organiza as relações sociais brasileiras não possa ser percebida, e, por não ser percebida, é naturalizada e essa naturalização conserva a mitologia da não-violência com a qual se brada pelo 'retorno à ética'. (CHAUÍ, 1998, p. 13)

Percebe-se, deste modo, que ainda que a violência de gênero seja evidenciada nos dados e confirmada na literatura, uma legislação no sentido de tentar reduzir essa desigualdade ainda terá obstáculos culturais para sua efetiva aplicação.

3. Histórico da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)

De acordo com relatório da ONU, quase metade (47%) de todas as mulheres vítimas de homicídio em 2012 foi morta por parceiros ou membros da família, comparado a menos de 6% das vítimas de homicídio do sexo masculino (UNODC, 2013, p. 4). Segundo dados do Instituto Sangari, no Brasil, dos homicídios cometidos contra homens, só 14,3% acontecerem na residência ou habitação. Já entre as mulheres, essa proporção eleva-se para 41% (WAISELFISZ, 2012, P. 5). Apesar de nitidamente comprometedora do direito à vida de mulheres, necessário destacar que o Estado Brasileiro não promulgou lei de combate à violência doméstica e familiar de forma espontânea.

A aprovação de legislação de combate à violência contra as mulheres resulta de uma luta histórica de mulheres pelo enfrentamento à

violência doméstica, somada ao padrão de negligência do Estado brasileiro em oferecer respostas a essa violação, tudo personificado no caso de Maria da Penha Maia Fernandes, vítima e sobrevivente de um emblemático caso de violência doméstica ocorrido no Brasil. Mesmo após duas condenações de seu agressor (que a deixou paraplégica, após tentativa de homicídio) pelo Tribunal do Júri, cerca de 15 anos após o crime, ainda não havia decisão quanto ao recurso interposto.

O Centro para a Justiça e o Direito Internacional - CEJIL e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher - CLADEM e a vítima Maria da Penha Maia Fernandes, enviaram, em 1998, o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Como ainda não havia o esgotamento os recursos internos, o argumento utilizado foi o previsto no art. 46 (2) c da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a demora injustificada do Estado para o julgamento dos recursos internos. Na apresentação do caso, levou-se em conta não somente o caso específico da Maria da Penha, mas o padrão sistemático de omissão e negligência em relação à violência doméstica intrafamiliar contra muitas mulheres brasileiras³.

Recebido o caso pela Comissão, foram solicitadas informações ao Estado Brasileiro, pleito nunca respondido, razão pela qual as petionárias alegaram a aplicação do art. 42 do Regulamento da Comissão para que fossem presumidos como verdadeiros os fatos alegados na denúncia.

O relatório emitido pela CIDH/OEA, no caso 12.051 - Maria da Penha vs. Brasil, responsabilizou o Estado brasileiro por omissão, negligência e tolerância em relação às violações dos direitos das mulheres e considerou que o caso Maria da Penha não era uma situação excepcional, mas a regra no Estado brasileiro. Valéria Pandjarjian (2011, p. 143-171) elenca as consequências que advieram da condenação, dentre elas: difusão da decisão da CIDH/OEA na imprensa; obtenção de apoio entre outras organizações para fortalecer as articulações com o governo; realização de audiências públicas; prisão do agressor; ampliação das discussões sobre gênero; indenização à vítima no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) pelo Estado do Ceará; aprovação de lei destinada ao enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher.

³ Informe nº 54/01. Caso 12.051. Maria da Penha Maia Fernandes. 16 de abril de 2001.

Assim, com base em proposta elaborada por um consórcio de Organizações Não-Governamentais feministas, reformulada por um grupo de trabalho interministerial vinculado à Secretaria de Política para as Mulheres, dando origem ao Projeto de Lei sobre Violência Doméstica contra a Mulher nº. 4.559/04, encaminhado ao Congresso Nacional.

O Projeto de Lei nº. 4.559/04 foi aprovado e sancionado pela Presidência da República em 7 de agosto de 2006 como a Lei nº. 11.340/2006, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha. Dentre os 20 países da América Latina, o Brasil foi o 18º a aprovar lei de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher.

4. Possibilidades de aplicação da Lei Maria da Penha: relação entre autor e vítima

A Lei Maria da Penha, apesar de ser comumente vista como uma lei que combate a violência doméstica e familiar contra as mulheres, possui a grande maioria do seu conteúdo de caráter preventivo, tratando de políticas públicas de enfrentamento à violência.

Contudo, em seu aspecto penal, ela também define claramente os tipos de violência possíveis (mesmo sem indicar os tipos penais correspondentes) e prevê as situações em que a lei pode ser aplicada.

Assim, reza o art. 5º da Lei 11.340/2006 que:

Para os efeitos desta 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: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Para além da transcrição do artigo, reitera-se que a vítima dos crimes no âmbito da Lei Maria da Penha será sempre uma mulher: “no que diz com

o sujeito passivo, há a exigência de uma qualidade especial: ser mulher". (SOUZA, 2007, p. 47)

A Lei Maria da Penha foi concebida para enfrentar a violência utilizada para manutenção, nas relações domésticas, familiares e afetivas, da dominação das mulheres pelos homens. Este padrão de dominação é mais facilmente evidenciado nas relações entre cônjuges, companheiros, namorados, maridos ou relações que envolvam atração afetivo-sexual. Isto não apenas porque foi similar caso que justificou a aprovação de legislação protetiva às mulheres no Brasil, mas também porque é no íntimo das relações conjugais cotidianas que facilmente se diagnostica a subjugação da mulher ao homem, especialmente quando existe algum tipo de contrariedade da mulher à ordem masculina. Nestes casos, via de regra, a aplicação da Lei Maria da Penha é realizada sem maiores contestações.

Outra celeuma se instaura, contudo, quando há um conflito que envolve a violência masculina contra mulher com quem o agressor possui relação familiar ou de parentesco, diverso do conjugal (afetivo), tal como relações entre irmãos, tios, pais, sobrinhos, etc. Nesse caso, surgem duas tendências jurisprudenciais e doutrinárias: a que considera que, para a aplicação da Lei n. 11.340/2006, há necessidade de demonstração da situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência da mulher, numa perspectiva de gênero e a que entende que a vulnerabilidade, hipossuficiência ou fragilidade da mulher têm-se como presumidas nas circunstâncias descritas na Lei n. 11.340/2006.

5. Presunção ou necessária comprovação de elementos da violência de gênero e da vulnerabilidade da mulher, especialmente em relações de parentesco

Ao se dissertar sobre múltiplas possibilidades de interpretação da lei Maria da Penha, mesmo em casos aparentemente idênticos, tal como ocorre nos processos em que há violência de irmãos, pais, tios, sobrinhos contra as vítimas mulheres, deve-se, preliminarmente, atentar-se para o fato de que há muito descrédito, entre os operadores do Direito, quanto à importância desse instrumento normativo. Ainda que confirmada a constitucionalidade da Lei Maria da Penha pela Corte Suprema, persistem interpretações, descomprometidas com o reconhecimento da desigualdade de gênero ou com as políticas afirmativas de enfrentamento, permitindo a prevalência

de interesse em certa manutenção de privilégios. Nesse sentido, alerta Macdowell Santos:

[...] não há garantia de que as medidas de punição, prevenção e proteção, previstas na Lei 11.340/2006, serão executadas satisfatoriamente. Dada a resistência de operadores do Direito para reconhecerem a constitucionalidade da Lei 11.340/2006 e interpretarem-na de maneira ampla, nada garante que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher não atuem como instrumentos de reconciliação e contribuam para a trivialização da violência, como fizeram os JECrim e fazem muitas policiais nas DDM. Por fim, cabe indagar se, num contexto de neoliberalismo, terá o Estado capacidade financeira para investir nos serviços e integrá-los em redes, tal como delineado na Lei 11.340/2006 e no Pacto Nacional de Enfrentamento à Violência contra a Mulher [...]. (MACDOWEL, p. 153-170, 2010)

Feita essa ponderação, inaugura-se a presente discussão a partir da constatação de que, em uma interpretação literal da Lei Maria da Penha, o sujeito ativo dos delitos ali expressos é objetivamente dessumido de seu art. 5º, mesmo porque, conforme já ressaltado, inclusive com base em estatísticas, o sentido de ser da lei é a vulnerabilidade já presumida da mulher nas relações domésticas e familiares. Destarte, estaria presente a violência de gênero e a possibilidade de aplicação da lei 11.340/2006 nos casos *“no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”*.

A doutrina mais especializada na temática expõe a necessidade de, em sua aplicação, ser reafirmada a proteção que motivou a aprovação da lei, ao invés de se estabelecerem mecanismos nela não previstos:

Para a configuração da violência doméstica, não é necessário que as partes sejam marido e mulher, nem que estejam ou tenham sido casados. Também na união estável – que nada mais é do que uma relação íntima de afeto – a agressão é considerada como doméstica, quer a união persista ou já tenha findado. (...) **Basta estar caracterizado o vínculo de relação doméstica, de relação familiar ou de afetividade (...)** (DIAS, 2007, p. 41).

A presunção da vulnerabilidade, nestes casos, é devida não apenas para garantir a função social da Lei Maria da Penha, construída justamente enquanto medida afirmativa, mas também por reconhecer as características peculiares da violência doméstica e familiar contra as mulheres. Diferentemente da maioria dos crimes, estes são cometidos por

pessoas conhecidas da vítima, com quem esta mantém relações múltiplas e dependências delas decorrentes: afetiva, sexual, financeira, emocional, familiar, de cuidado dos filhos, dentre outras.

As famílias historicamente foram ambientes de reprodução da cultura patriarcal e machista:

Os padrões comportamentais da família são incorporados pelos filhos e por eles repetidos na fase adulta como algo natural. Assim, meninas são criadas para serem boas esposas, mães e obedientes aos maridos. Os meninos são criados para serem fortes, destemidos e até agressivos em determinadas situações. Apreende-se que o homem tem “necessidades sexuais” diferentes das mulheres e por isso é natural que mantenha outros relacionamentos, a passo que as mulheres devem ser fiéis e recatadas, pois “pertencem” aos seus parceiros. (SCARANCA, p. 53)

[...] o patriarcado está fortemente impregnado em toda a sociedade e também no seio familiar, sujeitando seguidas gerações de mulheres a um padrão de violência.

A dominação e submissão persistem na família na medida em que as mães, muitas vezes vitimadas quando crianças, mantém sua postura de impotência na defesa da filha (p. 55)

A própria Lei Maria da Penha define família e traz os sujeitos ativos e passivos da violência de gênero ocorrida nos âmbitos dessas relações (art. 5º, II).

Por serem espaços de socialização, as famílias constroem, mantêm e reproduzem valores, dentre eles a (des)igualdade de gênero. Araújo e Scalon (2005) indicam a estreita conexão entre estruturação e reprodução da família e lugares ocupados por homens e mulheres na vida social. E acrescentam que as relações entre gênero e familiares são marcadas pelo surgimento de novos valores e atitudes que promovem novas dinâmicas de interação, mas convivem também com formas tradicionais de perceber e conduzir essas relações.

O conceito juridicamente adotado para consideração dos laços familiares encontra guarida no Código Civil e pode ser determinado a partir de vínculo conjugal, em razão de parentesco (em linha reta ou por afinidade) ou por vontade expressa (adoção). O Fórum Nacional de Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – FONAVID, emitiu o ‘Enunciado 2’, com definição de remissão ao Código Civil para a delimitação do conceito de família para aplicação do inciso II, art. 5º da Lei Maria da Penha:

Inexistindo coabitação ou vínculo de afeto entre agressor(a) e ofendida, deve ser observado o limite de parentesco estabelecido pelos artigos 1.591 a 1.595 do Código Civil, quando a invocação da proteção conferida pela Lei 11.340/2006 decorrer exclusivamente das relações de parentesco. (FONAVID, Enunciado 2)

Contudo, ainda que o artigo 5º seja aparentemente categórico ao descrever a aplicação da Lei nas relações familiares, existem correntes teóricas e decisões jurisprudenciais que o interpretam a partir de análise do fator ‘gênero’ como elemento a ser comprovado em cada caso. Para essa corrente, a violência doméstica cometida por pais, irmãos, cunhados, padrastos, sogros, etc, teria que ter uma motivação de discriminação à mulher, concretamente observada⁴:

Mãe ou pai que agridem a filha, neta ou neto que praticam violência contra a avó, desentendimentos entre irmão e irmã, cunhados ou entre padrasto e madrasta e enteada, em tese, estão abrangidos pela Lei Maria da Penha,

⁴ 1. A jurisprudência da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que, para a aplicação da Lei 11.340/2006, não é suficiente que a violência seja praticada contra a mulher e numa relação familiar, doméstica ou de afetividade, mas também há necessidade de demonstração da sua situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência, numa perspectiva de gênero. 2. A análise das peculiaridades do caso concreto, de modo a se reformar o acórdão que concluiu pela não incidência da Lei Maria da Penha, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável nesta instância extraordinária. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1430724/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 24/03/2015).

CRIMES DE AMEAÇA PRATICADOS, EM TESE, PELO PACIENTE, EM FACE DA IRMÃ E DO GENITOR (ART. 147, CAPUT DO CP, DUAS VEZES). FATOS QUE ENVOLVEM A IRMÃ, COMO VÍTIMA, ENQUADRADOS COMO VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. COMPETÊNCIA, COM RELAÇÃO AOS FATOS PRATICADOS CONTRA O GENITOR, FIXADA PELA CONEXÃO. PEDIDO DE AFASTAMENTO DE INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA, COM A REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZADO ESPECIAL CRIMINAL. DESACOLHIMENTO. SITUAÇÃO FÁTICA QUE SE ENQUADRA NOS CASOS DE PROTEÇÃO PREVISTOS NA LEI MARIA DA PENHA. **HIPOSSUFICIÊNCIA OU VULNERABILIDADE DA VÍTIMA QUE DEMANDA APROFUNDADO EXAME PROBATÓRIO**, INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. ORDEM DENEGADA. I-RELATÓRIO (TJPR - 1ª C.Criminal - HCC - 1435941-4 - Foz do Iguaçu - Rel.: Miguel Kfoury Neto - Unânime - - J. 08.10.2015).

Precedentes: STJ, HC 181246/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 06/09/2013; HC 175816/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013; HC 176196/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012; CC 96533/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 05/12/2008, DJe 05/02/2009. (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 524).

desde que, fique bem claro, exista uma motivação de gênero. Nestes casos, caberá a demonstração, de forma inequívoca, que a violência incide como uma espécie de controle sobre a mulher, dada a situação de afeto, intimidade ou convivência, cuja proximidade caracteriza uma relação de poder desigual, notadamente dentro de um contexto de hierarquia autoritária. [...] Portanto, não é a circunstância de a ofendida ser do sexo feminino e de o ato criminoso ter sido perpetrado por familiar que residia com ela que irá determinar a ocorrência de violência doméstica ou familiar baseada no gênero, uma vez que a repudiável prática pode não ter relação com qualquer tipo de discriminação, submissão ou inferiorização da vítima [...] -grifo nosso - (CANO, 2016, p. 47 - 49)

Há também decisões que afastam o gênero *prima facie*, apesar de existir relação de parentesco, com violência ocorrida no ambiente doméstico, ainda que a vítima seja irmã, mãe, cunhada, sogra, se o autor da violência estiver sob o efeito de álcool e/ou substância entorpecente, olvidando que muitas situações de violência doméstica baseadas na relação íntima de afeto ocorrem regadas a álcool e ou drogas e nem por isso deixam de ser violência de gênero⁵.

No intuito de desautorizar tais interpretações simplistas, de que discussões entre autor e vítima sobre motivos que não “escancaram”, em uma primeira análise, motivações de gênero, seriam insuficientes para se caracterizar hipótese de aplicação da lei protetiva, argumenta Lia Zanota Machado (2016, p. 163-174):

A violência de gênero não se restringe a um determinado foco ou tipo de conflito. Proponho a reflexão sobre o quão inadequados são os argumentos de não se aplicar a lei por se tratar meramente de “desentendimento financeiro”, seja entre irmãos, seja entre cônjuges (...) O principal ponto é que a vulnerabilidade alcança em princípio, a todo o gênero feminino, em qualquer e diversa situação social e econômica e em qualquer contexto, dada a ancestral legitimidade do poder pátrio masculino

⁵ No caso presente, as supostas condutas do indiciado, delineadas por violência contra a sua genitora, realizadas no interior do lar de ambos, não evidencia que a motivação do agente ocorreu baseada no gênero, sob a concepção masculina de dominação, com vista a subjugá-la ao seu poder e submissão, mas em decorrência do estado de influência do uso de drogas em que se achava. Logo, incompatível, em juízo provisório anterior à opinião delicti, a incidência do sistema proteção especial previsto na Lei n. 11.343/06. Declaro, pois, competente para julgar a presente ação o Juizado Especial Criminal da Comarca de Goiânia. (2016/01/01788038-8), Relator Jorge Mussi. Agravante: Rodrigo Camargo Rosa. Advogado: Vanessa Maria Coelho Guimarães, STJ, 5 Turma, 24 de agosto de 2016).

Pelos argumentos acima dispostos, que demonstram ser a família um espaço de reprodução da desigualdade de gênero presente na sociedade e, pela função social da norma, que em sua formulação originária, pretendeu justamente rever a atual posição discriminatória ao gênero feminino, enquanto verdadeira política afirmativa em consonância com a legislação internacional, entende-se incorreta eventual aplicação restritiva da Lei Maria da Penha:

Para enfrentar esse problema que aflige o núcleo básico da nossa sociedade – a família – e se alastra para todo o corpo comunitário por força dos seus efeitos psicológicos nefastos, é necessária uma política de ações afirmativas que necessariamente perpassa a utilização do Direito Penal. [...] Por isso, Senhor Presidente, não é possível sustentar, *in casu*, que o legislador escolheu errado ou que não adotou a melhor política para combater a endêmica situação de maus tratos domésticos contra a mulher. Vale lembrar que a Lei Maria da Penha é fruto da Convenção de Belém do Pará, por meio da qual o Brasil se comprometeu a adotar instrumentos para punir e erradicar a violência contra a mulher. Inúmeros outros compromissos internacionais foram assumidos pelo Estado Brasileiro nesse sentido, a saber, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), o Plano de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995), o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, dentre outros. (Voto do Min. Luiz Fux, ADI 4.424/2012, Supremo Tribunal Federal, 09/02/2012- grifo nosso).

Comunga desse entendimento outra corrente jurisprudencial e doutrinária bastante expressiva⁶, sendo necessário destacar que, no próprio julgamento da ADC n.º 19, assim se noticiou no Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Inf. 654 – 6 a 10 de fevereiro de 2012), reforçando a ideia de que a mera relação de parentesco entre vítima e autor da violência se configura como suficiente para aplicação da Lei Maria da Penha:

[...] Asseverou-se que, ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher e estabelecer medidas especiais de proteção, assistência e punição, tomando como base o gênero da vítima, o legislador teria utilizado meio adequado e necessário para

⁶ Precedentes: STJ, RHC 55030/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 29/06/2015; HC 280082/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015; REsp 1416580/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 15/04/2014. (VIDE INFORMATIVO DE JURISPRUDÊNCIA N. 539).

fomentar o fim traçado pelo referido preceito constitucional. Aduziu-se não ser desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação, visto que a mulher seria eminentemente vulnerável no tocante a constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado [...]” (g.n.) A hipossuficiência, portanto, é presumida pela própria lei.” (grifo nosso).

Emblemático se configura, para a ilustração da problemática, o Conflito de Competência n. 1607074-1⁷, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. A respeitável decisão do eminente relator, *in casu*, concluiu que, na violência praticada entre irmãos, não estavam previstos elementos da violência de gênero, e, portanto, não deveria ser aplicada a Lei 11.340/2006, e o feito restaria processado pelo Juizado Especial Criminal da Comarca de Ibiporã.

Para fins de explicação pontual, relacionada ao caso supracitado, emprestam-se as palavras da jurista Alice Bianchini, que contextualiza a lógica da reprodução da superioridade construída dos homens nas relações entre irmãos:

[..] Desde criança, o irmão é ensinado e colocado na posição de protetor da irmã pelos pais e pela sociedade na maior parte das vezes; a irmã, por seu turno, é ensinada e colocada na posição de aceitar essa posição de protegida, sendo que tal situação se perpetua, não raras vezes, também, na adolescência, alcançando, inclusive, a idade adulta, levando a que irmãos e julguem superiores e venham a exigir de suas irmãs que lhes prestem obediência. (BIANCHINI, p. 40, 2016).

Neste processo, sequer se verificava denúncia ofertada, sendo a instrução (extrajudicial), portanto, ainda bastante precária, mas optou-se pelo afastamento prévio da lei protetiva que, em tese, é aplicável a todas as relações de parentesco entre agressor e vítima.

Trata-se de exemplo que ilustra o esvaziamento da especial proteção prevista pelo inovador diploma normativo. Se a violência de gênero entre parentes não for presumida e sim demandar provas concretas de sua existência, restará banalizada a aplicação dos diferenciados institutos da lei Maria da Penha- que resta previamente afastada até mesmo em momento bastante anterior à conclusão da instrução.

⁷ TJPR, Conflito de Competência 167074-1, Relator: Des. Telmo Cherem, 1ª Ccriminal, Ibiporã, Julgado em 12 dez. 2016.

6. Conclusão

Por todos os argumentos expostos, conclui-se que as relações de parentesco devem ser avaliadas, em um primeiro momento, a partir do mesmo enfoque de gênero que justificou a aprovação de legislação protetiva às mulheres, em uma perspectiva sócio-histórica abrangente que a qualifica como verdadeira política afirmativa destinada à população que é majoritariamente vítima de violência intrafamiliar. Destarte, deve ser imediatamente aplicada a Lei 11.340/2006, na hipótese expressamente prevista por seu art. 5º,II, sendo desnecessária a especial comprovação de “elementos de gênero” no contexto do crime praticado.

7. Referências Bibliográficas

AMÂNCIO, O. *gênero no discurso das ciências sociais*. Análise Social, vol. XXXVIII (168), 2003.

ARAÚJO, Clara e SCALON, Celi. 2005. *Gênero, família e trabalho no Brasil*. Rio de Janeiro: ed. FGV.

BEAUVOIR, Simone de. *O Segundo Sexo*. v. I. Tradução Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BIANCHINI, Alice. *Lei Maria da Penha: Lei n. 11.340/2006: Aspectos Assistenciais protetivos e criminais da violência de gênero*. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. Coleção Saberes Monográficos.

BRASIL. Governo Federal. *Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres*. Brasília, 2016.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996. *Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher*. concluída em Belém do Pará. Brasília, 1996.

_____. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. *Promulga a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher*, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília, 2002.

____ Fórum Nacional de Juizes de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Enunciado n. 2.

____ Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. *Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada*. Brasília: 1962.

____ Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015. *Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos*. Diário Oficial da União, DF 10 mar. 2015.

BRUSCHINI, Cristina. Teoria crítica da família. In: AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane, orgs. *Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento*. 3.ed.São Paulo: Cortez,2000. Pt 1:teorias críticas: família e violência contra crianças e adolescentes; item c.

CAMPOS, Amini H; CORRÊA, Lindinalva R. *Direitos Humanos das Mulheres*. Doutrina, Prática, Jurisprudência, Modelos, Direito Comparado, Estatísticas, Estudo de Casos, Comentários à Lei nº. 11.340/06 (Lei Maria da Penha), Legislação Internacional e Coletânea de Normas. Curitiba: Juruá, 2008.

CANO, Leandro Jorge Bittencourt. *Os protagonistas da violência – sujeitos ativo e passivo: Análise sob a perspectiva criminal e cível em sentido lato*. In: CANO, Leandro Jorge Bittencourt; ASSUNÇÃO FILHO, Mário Rubens. Lei Maria da Penha Dez anos de Vigência: Avanços e retrocessos, sob o ponto de vista da prática forense e da justiça restaurativa. Rio de Janeiro: Lumenn Juris, 2016).

CHAUÍ, Marilena. *Ética e violência*. Debate nº 39, out/Nov/dez de 1998. Portal Fundação Perseu Abramo – Ensaio: Ética e violência, p. 13. Disponível em: <[HTTP://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article.php?storyid=2305](http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article.php?storyid=2305)>.

DIAS, Maria Berenice. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOETZ, Anne Marie (coord.). *Progresso das Mulheres no mundo 2008/2009*. Unifem: 2008/2009.

GUIMARÃES, Elina. *A mulher portuguesa na legislação civil*. Análise Social, vol. XXII, 1993.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: O processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar*. São Paulo: Atlas, 2015.

FRANÇA. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*. 26 ago. 1789.

HAHNER, June E. *Emancipação do sexo feminino: a luta pelos direitos da mulher no Brasil, 1850-1940*. Tradução de Eliane Lisboa. Florianópolis: Ed. Mulheres; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

LAMAS, Marta. *A antropologia feminista y La categoria de gênero*. Nueva Antropologia. México, v. 8, n. 30, 1986.

MACHADO, Lia Zanotta. *Violência baseada no gênero e a Lei Maria da Penha*. In: BARBOSA, Theresa Karina de Figueiredo (Org.). *A mulher e a justiça: a violência doméstica sob a ótica dos direitos humanos*, Brasília: AMAGIS-DF, 2016. p. 163-174.

MACDOWELL SANTOS, Cecília. *Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado*. "Revista Crítica de Ciências Sociais", 89 | 2010, 153-170, encontrável em <https://rccs.revues.org/3759>.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. *Violência e Saúde*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2006. p. 18, (Coleção Temas em Saúde).

PANDJIARJIAN, Valéria. *Maria da Penha: uma história de perseverança e uma estratégia exitosa*. In: SOTELO, Roxana Vásquez. *Os direitos das mulheres em tom feminista: experiências do CLADEM*. CLADEM-Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer. (ed.). Porto Alegre: Calábria, 2011.

SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil de análise histórica? Desafios e desconfortos de uma proposta teórica*. Educação e Realidade, Porto Alegre, 16, jul/dez, 1990.

SCHARAIBER, L.B; et al. *Violência contra a mulher: estudo em uma unidade de atenção primária à saúde*. Revista de Saúde Pública, [S.l.], v.36, n.4. p. 470-47, 2002.

SITTA, Ana Carolina; MEDEIROS, Cida; FARIA, Fernanda; SCAVONE, Mírian (coords.). *Percepções sobre a violência doméstica contra a mulher no Brasil*. Instituto Avon: 2011.

SOUZA, Sergio Ricardo de. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha 11.340/2006*. Curitiba: Juruá, 2007.

UNODC. *Global Study on Homicide*. United Nations Office on Drugs and Crime. UNODC: 2013.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. Flacso, 1ª. ed. Brasília: 2015.

Projeto Político Pedagógico do CEAF do MPPR

Project Policy Pedagogical CEAF/MPPR

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As dimensões política e pedagógica como princípios norteadores das ações de qualificação profissional; 3. A importância do planejamento participativo na educação corporativa; 4. O percurso de construção do Projeto Político Pedagógico do CEAF/MPPR; 5. Novos rumos para o Biênio 2017-2018; 5.1. Criação de programas educacionais; 5.2. Itinerários de aprendizagem; 5.3. Análise do perfil do público alvo: equilíbrio entre qualificação do público interno e externo; 5.4. Diversificação das ações e dos produtos educacionais; 5.5. Produção e divulgação de Recursos Educacionais Abertos (REA); 5.6. Formação inicial nas carreiras (membros e servidores); 5.7. Ensino, pesquisa e extensão no MPPR; 5.8. Programas educacionais; 5.9. Pesquisas institucionais; 5.10. Seminário Estadual de Teses do MPPR; 5.11. Projetos de extensão; 5.12. Parcerias Interinstitucionais; 5.13. Formas de comunicação do CEAF; 5.14. Interação com as pessoas e com as unidades órgãos do MPPR; 6. Conclusão. 7. Referências Bibliográficas.

* Promotor de Justiça. Coordenador do CEAF/MPPR. Pós-doutor pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR).

** Coordenadora Pedagógica do CEAF/MPPR. Engenheira Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Pedagoga pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Pedagogia Empresarial pela Faculdade São Paulo, com ênfase em Gestão por Competência pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Pesquisadora sobre questões relativas aos processos de ensino e aprendizagem (UFPR/MPPR).

*** Pedagogo do CEAF/MPPR. Especialista em Gestão Educacional.

RESUMO: Este artigo descreve a construção coletiva do Projeto Político Pedagógico - PPP do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) vinculado ao Ministério Público do Paraná (MPPR) e os principais impactos para o biênio 2017-2018. Além disso, apresenta propostas no âmbito da educação continuada que fomentam uma atuação resolutiva, atendendo a premissas estabelecidas pela Carta de Brasília, com vistas à ampliação do exercício da cidadania e a potencialização de projetos sociais. A proposta também expõe os mecanismos de criação e a consolidação de canais de intercâmbio no âmbito intra e interinstitucionais para o aprimoramento do ensino, pesquisa e extensão.

ABSTRACT: *This paper addresses the collective drafting of the Political Pedagogical Project (PPP) of the Center for Studies and Functional Skills Development (CEAF) of the Public Prosecutor's Office of the State of Paraná (MPPR), as well as the relevant impacts for the biennium 2017-2018. Furthermore, it formulates proposals regarding continuing education focused on alternative dispute resolution in order to meet the requirements of the Carta de Brasília and thus extend the exercise of citizenship and strengthen social projects. This work also states mechanisms for creation and consolidation of the exchange both internally and between different entities which seek the development of instruction, research and extension programs.*

PALAVRAS-CHAVE: Projeto Político Pedagógico - PPP; Educação Continuada; Atuação Resolutiva.

KEYWORDS: *Political Pedagogical Project (PPP); Continuing Education; Alternative Dispute Resolution.*

1. Introdução

A educação um ato de intencionalidade, movendo as pessoas em busca de aprender e ensinar. O planejamento concretiza a vontade de quem ensina e de quem aprende. Por isso, quem trabalha com educação valoriza o ato de planejar.

Na educação corporativa, o planejamento torna-se ainda mais importante, porque no serviço público as ações educacionais devem estar alinhadas com os objetivos institucionais. Nesse sentido, as escolas de governo têm buscado organizar suas ações educacionais na forma de Projetos Políticos Pedagógicos (PPP).

Para elevar o nível de planejamento educacional, o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Paraná (MPPR) desenvolveu o Projeto Político Pedagógico. Neste artigo, pretende-se partilhar a experiência da construção coletiva do PPP e os principais impactos nas ações do CEAF para o biênio 2017-2018.

2. As dimensões política e pedagógica como princípios norteadores das ações de qualificação profissional

O PPP é um *instrumento de referência* que norteia as ações educativas com a construção de espaços de aprendizagem. Ele sintetiza um *processo permanente*, onde as diretrizes, prioridades e metas são discutidas coletivamente, além de delinear as formas de alcançá-las (Steidel; Vicentine; Santos, 2009).

A dimensão política se concretiza na medida em que se realiza enquanto prática especificamente pedagógica (Saviani, 1983, p. 93).

Ao se planejar o projeto político pedagógico, deve-se considerar, especialmente, as dimensões política e pedagógica, pois as instituições educacionais estão inseridas em uma sociedade historicamente construída e, assim, a dimensão pedagógica precisa considerar a ideologia, a cultura e os saberes (Souza et al., 2005).

Com efeito, a compreensão da dimensão política na qual a instituição de ensino se insere é essencial para a discussão e a construção das atividades pedagógicas.

Nesse sentido, Veiga (2002, p. 13) afirma que:

(...) todo projeto pedagógico da escola é, também, um projeto político por estar intimamente articulado ao compromisso sociopolítico com os interesses reais e coletivos da população majoritária. É político no sentido de compromisso com a formação do cidadão para um tipo de sociedade. Na dimensão pedagógica reside a possibilidade da efetivação da intencionalidade da escola, que é a formação do cidadão participativo, responsável, compromissado, crítico e criativo. Pedagógico, no sentido de definir as ações educativas e as características necessárias às escolas de cumprirem seus propósitos e sua intencionalidade.

Dessa forma, o PPP é um importante caminho para a construção da identidade da instituição (Vasconcelos, 2009, p. 17).

Inúmeros estudos, que analisam as áreas de educação no trabalho, comprovam a relação direta entre a política e a pedagogia. As diretrizes político-pedagógicas cumprem o papel de orientar as ações educacionais, articulando o processo de ensino, formação e qualificação dos aprendizes. Tais diretrizes também garantem o acesso a níveis mais elaborados de conhecimentos e de habilidades profissionais, políticas, científicas e tecnológicas, contribuindo para uma formação humana integral (Dantas e Costa, 2012).

A área de formação e qualificação dos órgãos governamentais deve incluir, entre suas ações: a) melhorar o processo de ensino-aprendizagem, a partir dos conteúdos curriculares, a produção de material didático e a realização de atividades pedagogicamente fundamentadas; b) estabelecer um calendário de formação, além de disponibilizar materiais para consulta e infraestrutura de apoio às salas de aula; c) contar com profissionais capacitados para efetivar o processo pedagógico; d) firmar acordos e parcerias de cooperação técnica visando a enriquecer a ação educativa (Steidel; Vicentine; Santos, 2009).

Para tanto, é necessário destacar a importância do planejamento, da escolha de orientações metodológicas, da relação com a prática profissional, com a finalidade de colocar em uso os conhecimentos e as habilidades adquiridos no processo formativo, bem como estabelecer metas avaliativas da aprendizagem para dar significado ao processo de ensino e aprendizagem (Dantas e Costa, 2012).

Dessa forma, o PPP deve incluir as questões que envolvem a avaliação, a metodologia de ensino, a formação continuada e a sua relação com as atividades do órgão governamental.

Na elaboração do PPP, para a área de formação e qualificação de um órgão governamental, a dimensão política representará o compromisso com a formação do aprendiz e a dimensão pedagógica, a concretização dessa intencionalidade.

Além do direcionamento pedagógico, a proposta educacional deve estar vinculada à visão, à missão, aos objetivos e às metas definidos pela administração da entidade governamental. Nesse sentido, Sandrini; Goulart; Fernandes (2013, p. 3) concluem que:

(...) entende-se que o PPP é um documento de extrema relevância para a efetividade do processo educativo, possibilita não só o conhecimento daquilo que a instituição propõe em termos de educação, mas também a sua própria identidade, porque somente se projeta a partir daquilo que já tem consolidado.

Portanto, a decisão da administração do órgão governamental de propiciar a qualificação na instituição deve refletir as suas próprias necessidades e as expectativas, desejos e interesses dos colaboradores.

O PPP deve ser construído, pois, com o objetivo principal de *ressignificar as práticas cotidianas*. Logo, as temáticas para qualificação devem ser escolhidas a partir de um *diagnóstico* das necessidades do órgão, bem como das competências dos cargos ocupados.

A formação continuada envolve o planejamento de cursos e programas de qualificação, requalificação, aperfeiçoamento e atualização de conhecimentos no âmbito da educação profissional, visando a atender a comunidade interna de forma adequada às múltiplas necessidades dos seus integrantes (Dantas; Costa, 2012, p. 172). Essas atividades pedagógicas devem ser disponibilizadas nas modalidades presencial, semipresencial ou a distância.

No MPPR, a construção do projeto político pedagógico deve ser adequado à formação e qualificação de membros, servidores e estagiários, utilizando uma metodologia direcionada ao contexto em que o Ministério Público está inserido e às funções desempenhadas, com o objetivo principal

de ressignificar as práticas cotidianas. Consequentemente, as temáticas devem ser escolhidas levando-se em conta um diagnóstico das necessidades institucionais e das competências desempenhadas pelos seus integrantes.

3. A importância do planejamento participativo na educação corporativa

O projeto político pedagógico é considerado um avanço no âmbito da gestão educacional e está preconizado na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB 9394/96). É uma ferramenta de *gestão democrática*, prevendo a participação dos profissionais da educação e de todos os membros envolvidos na instituição em sua elaboração.

O PPP sistematiza o *saber* e o *querer* dos integrantes da instituição para identificarem o momento atual e apontarem os rumos, os objetivos e os fins a serem alcançados (GANDIN, 2000).

As Escolas de Governo têm utilizado dessa ferramenta de planejamento educacional. Para alcançar melhores resultados, o PPP deve possuir estreita relação com o Planejamento Estratégico do órgão público, sendo que, em alguns casos, o PPP é nomeado de Plano de Desenvolvimento Institucional (PDI). Independente da nomenclatura utilizada, é indispensável a busca permanente pelo incremento das práticas de planejamento no âmbito das escolas de governo.

No CEAF do MPPR, a metodologia escolhida foi a do *planejamento participativo*, para incentivar o diálogo com todas as pessoas envolvidas no processo educacional, tornando-os coparticipes da análise do cenário atual e da construção dos rumos da educação na instituição.

Esse planejamento participativo enfatiza o plano interno do MPPR e permite a sua contextualização com a conjuntura social, política e cultural, bem como com os objetivos a serem concretizados pela instituição.

O PPP permite ao MPPR organizar suas ações para interferir nas transformações sociais.

O envolvimento da comunidade educacional no planejamento participativo aumenta o grau de assertividade e o nível de pertencimento

das pessoas com o PPP. Por isso, o processo de construção do PPP deve ser o mais participativo possível, tornando-se um momento institucional em que se busca caracterizar o perfil da comunidade, estabelecer as diretrizes pedagógicas, os objetivos e a metodologia de atuação, observando os preceitos legais, a vontade coletiva e os recursos materiais, tecnológicos e de pessoal disponíveis.

Na construção do PPP do CEAF do MPPR, houve a ampla participação dos membros, servidores e estagiários, o que possibilitou repensar coletivamente a conjuntura em que a educação continuada está inserida na instituição e traçar alternativas para as ações futuras.

4. O percurso de construção do Projeto Político Pedagógico do CEAF/MPPR

O processo de construção do PPP foi precedido de suporte teórico-metodológico de professoras Sonia Maria Chaves Haracemiv¹ e Verônica Branco² do Setor de Educação da Universidade Federal do Paraná.

Foram, inicialmente, avaliadas as experiências de outras escolas de governo, inclusive no âmbito do Ministério Público, que já haviam percorrido caminhos similares, tais como a Escola Superior do Ministério Público da

¹ Possui Licenciatura e Bacharelado em Química pela PUC/PR (1973), Mestrado em Educação e Ciências pela UFSC (1994) e Doutorado em História e Filosofia da Educação pela PUCSP (2002). Experiência na área de Educação, com ênfase em Prática de Docência. Atua no Programa de Pós-Graduação em Educação na Linha de Cognição, Aprendizagem e Desenvolvimento Humano nos seguintes temas: Educação de Jovens e Adultos e Educação a Distância. Coordenadora do Curso de Pedagogia EaD - Magistério da Educação Infantil e Anos Iniciais do Ensino Fundamental (2004-2011). Pós-Doutorado em Educação na UFRJ, em Avaliação e Currículo. Professora do Programa de Pós-Graduação em Educação - PPGE da Linha Cognição, Aprendizagem e Desenvolvimento Humano. Professora do Programa de Pós-Graduação em Educação: Teoria e Prática de Ensino - Mestrado Profissional em Educação.

² Possui graduação em Pedagogia pela UFPR (1970), mestrado em Educação pela UFPR (1991), doutorado em Educação pela UFPR (2009) e pós-doutorado em Educação Integral na UNIRIO (2011). Professora da UFPR desde 1976, atualmente está no nível de carreira de professora associada. Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Ensino-Aprendizagem, atuando principalmente nos seguintes temas: Alfabetização, aprendizagem construtivista, educação integral, linguística aplicada, Pedagogia e interação social. É membro do Programa de Pós-Graduação em Educação da UFPR no Grupo de Pesquisa: Cognição, aprendizagem e desenvolvimento humano. Representante do Programa Mais Educação na UFPR.

União (ESMPU) e da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (CEAF-MPSP).

Com fundamento na metodologia do planejamento participativo, foi preciso definir os marcos referenciais, para a identificação do perfil do público que demanda as ações educacionais no âmbito do MPPR (membros, servidores e estagiários), para o mapeamento de suas principais lacunas de conhecimento, para conhecer a opinião dos integrantes do MPPR sobre as ofertas das áreas do ensino, pesquisa e extensão, além de indagar sobre as expectativas desse público quanto as atividades a serem desenvolvidas pelo CEAF.

O processo de construção do PPP no MPPR foi vivenciado em três fases: a) o ciclo de escuta diagnóstica; b) os encontros com grupos focais; c) o questionário eletrônico.



Durante o ciclo de escuta diagnóstica, foram realizadas reuniões individualizadas com os órgãos da Administração Superior, contemplando todos os Centros de Apoio às Promotorias de Justiça (CAOPs), as Subprocuradorias-Gerais, a Corregedoria-Geral, a Assessoria de Comunicação e a Procuradoria-Geral de Justiça). Ao todo foram 17 reuniões, utilizando um conjunto de perguntas norteadoras como elementos provocadores da discussão.

Após a finalização desse ciclo de escutas, as respostas foram sintetizadas e dois grupos focais foram organizados, envolvendo a participação de integrantes do MPPR com diferentes perfis, cargos, categorias funcionais, tempo de atuação, área, idade e regiões do Estado. Nos grupos focais, o diálogo possibilitou aprofundar as informações que surgiram no ciclo de escuta.

Esse material serviu para a elaboração de perguntas que integraram um questionário eletrônico, que estendeu a possibilidade de participação a todos os integrantes da instituição na construção do PPP. Durante essa consulta pública, 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) formulários foram respondidos, fornecendo dados quantitativos e qualitativos acerca do perfil de integrante do MPPR a ser qualificado, das ações que vêm sendo realizadas e também indicando quais deveriam ser priorizadas pelo CEAf.

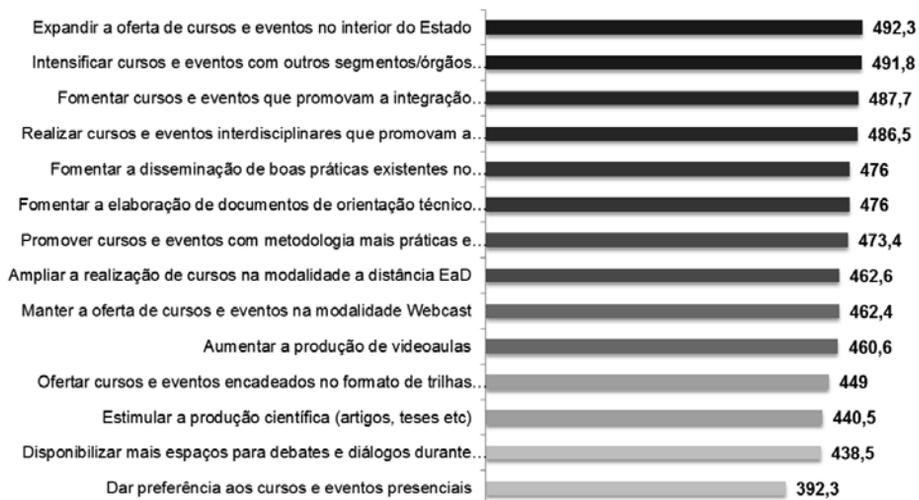
A pergunta nº 2 (Quais os conhecimentos mais importantes para a atuação funcional dos integrantes do MPPR?) do questionário, forneceu o seguinte gráfico, com os temas considerados mais importantes para serem desenvolvidos pelo CEAf:

Maior importância



Além disso, vale salientar o gráfico abaixo, que apresenta as respostas à pergunta nº 3 (Quais ações o CEAF deveria realizar para qualificar os integrantes do MPPR?):

Maior importância



Na sequência, tais respostas foram analisadas pela equipe técnica do CEAF, com o levantamento das principais lacunas de aprendizagem dos integrantes do MPPR, que serviram para a elaboração do diagnóstico e do Plano de Ação, com as ações e metas a serem desenvolvidas nos próximos dois anos.

5. Novos rumos para o Biênio 2017-2018

O ato de planejamento concretiza-se por meio de ações, metas e prazos. Durante a análise das informações obtidas nas três etapas de investigação, chegou-se a necessidade de reestruturar processos de trabalho do CEAF e modificar a forma de pensar as ações educacionais no MPPR.

Essas mudanças atingiram o fluxo de recebimento das propostas de eventos e cursos, os instrumentos de formalização das ações educacionais, a organização das ações em tipos (Programas), a ampliação dos espaços de pesquisa e extensão, bem como uma reorganização da forma de trabalho da equipe de pessoal das Divisões Administrativa e de Formação Continuada do CEAF.

A seguir, são elencadas as principais ações, as metas de cada ação e o respectivo prazo de execução integrantes do PPP.

5.1. Criação de programas educacionais

Para melhor organizar as novas e diferentes demandas por qualificação no âmbito do MPPR, foram instituídos programas educacionais específicos.

Esses programas também buscam diferenciar os públicos (interno e externo) e propor ações de acordo com as necessidades de cada segmento institucional (técnico, técnico-jurídico, comportamental, administrativo etc).

Nesse sentido, foram criados 04 (quatro) programas: a) atuação ministerial; b) áreas administrativas; c) integração ao Ministério Público; d) desenvolvimento humano.

a) Atuação ministerial: visa proporcionar conhecimentos jurídicos sobre legislação específica, doutrinas, jurisprudências e áreas especializadas de atuação do MPPR. Geralmente, são eventos e cursos propostos pelos Centros de Apoio às Promotorias de Justiça (CAOPs), pelas Subprocuradorias-Gerais, pelos Projetos Estratégicos ou pelo próprio Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (*v.g.*, novo CPC, execução penal, justiça restaurativa, investigação criminal, Lei Maria da Penha etc).

b) Áreas administrativas: pretende qualificar os membros e servidores em temáticas administrativas ou em conhecimento técnico específico, proporcionando conhecimentos no campo da comunicação (oral e escrita), da tecnologia da informação e em áreas úteis para o desempenho de atividades em unidades e cargos específicos (v.g., atendimento do público, gestão documental, português jurídico, oratória, técnicas para condução de reuniões, orçamento público, ferramentas Google, libreoffice etc).

c) Integração ao Ministério Público: proporciona atividades educativas de integração às carreiras do MPPR, abordando aspectos da cultura e estrutura da instituição, bem como atividades de apresentação do MPPR a sociedade (v.g., cursos de ingresso para os Membros do MPPR e de integração para os servidores e estagiários, acolhida de estudantes ao Ministério Público etc.).

d) Desenvolvimento humano: são ações voltadas para o desenvolvimento integral das pessoas, potencializando habilidades ligadas à cultura, artes, de cuidado de si, saúde, corporeidade, equilíbrio emocional, entre outros (v.g., curso sobre fotografia, motivação, criatividade, inteligência, comunicação, liderança, meditação, dança etc.).

5.2. Itinerários de aprendizagem

Durante a construção do PPP, foi apontado que, em alguns momentos, existe a sensação de que os eventos e cursos ficam “soltos” e que os conhecimentos ali desenvolvidos não têm continuidade. É certo que a própria complexidade do Ministério Público gera esse risco, ainda mais porque os membros e servidores do Ministério Público atuam em diversas áreas, sendo que em algumas delas é indispensável ter uma formação interdisciplinar.

Na busca por ofertar um conjunto de ações formativas que deem conta dessa interdisciplinaridade, o CEAF procura evitar ao máximo a desconexão entre as ações, construindo itinerários formativos por campo de conhecimento, por cargo e área de atuação.

Para isso, os programas educacionais estão auxiliando a perceber os elos entre os cursos e eventos, facilitando o planejamento e a avaliação da atuação do CEAF.

5.3. Análise do perfil do público alvo: equilíbrio entre qualificação do público interno e externo

A função institucional do Ministério Público, após Constituição Federal de 1988, torna essencial a interação com a sociedade e traz consigo a necessidade de qualificar os profissionais e o público que atua em torno das atividades ministeriais. Dessa forma, cabe ao Ministério Público do Paraná, em especial ao CEAF, qualificar tanto o público interno (membros, servidores e estagiários) quanto o público externo (redes de proteção, movimentos sociais, associações de bairros, conselhos de direitos etc.).

Analisando o quantitativo de pessoas capacitadas pelo CEAF nos últimos anos, verifica-se um crescimento na oferta de cursos para o público externo. Pelas avaliações dos cursistas que participaram de cursos e eventos ofertados pelo MPPR, observa-se que, em alguns casos, a presença de público misto prejudica o processo de ensino-aprendizagem, sendo que o nível de complexidade nem sempre se adequa a ambos os públicos (interno e externo).

Nesse sentido, foi alterado o processo de construção pedagógica dos cursos e eventos para melhor afinar a definição do público às estratégias didáticas para qualificar cada perfil de participantes.

5.4. Diversificação das ações e dos produtos educacionais

A partir do PPP, considerou-se importante diferenciar os produtos ofertados pelo CEAF, até então focados basicamente em eventos de curta duração e cursos. O preceito pedagógico de que as pessoas aprendem de formas diferentes, comprovado por meio da Taxonomia de Bloom e das Inteligências Múltiplas, conciliadas às complexidades inerentes à atuação do MPPR, exige que as atividades formativas sejam diversificadas.

Assim, o investimento na Educação a Distância (EaD), iniciada no âmbito do MPPR em 2015, será intensificada, produzindo cursos que contemplem formatos totalmente a distância e híbridos (que combinam momentos presenciais e a distância). Outra meta é a elaboração de conteúdos educacionais em vídeos.

5.5. Produção e divulgação de Recursos Educacionais Abertos (REA)

A elaboração de conteúdos educacionais, com a divulgação de ações e boas práticas do MPPR ou que tenham caráter pedagógico quanto a atuação institucional, devem estar acessíveis à população em diferentes formatos, devendo ser incluídos na política de Recursos Educacionais Abertos (REA). Assim, conteúdos e práticas educacionais podem ser aproveitados por outras escolas de governo, instituições de ensino, docentes, alunos etc.

A disponibilização dos conteúdos diretamente na rede mundial de computadores é um avanço, pois permite que os interessados acessem diretamente o conteúdo, sem necessariamente, estarem vinculados a um curso ou evento, não tendo prazo determinado para acesso. O conteúdo educacional aberto pode ser adaptado, reutilizado e compartilhado livremente.

Para isso, haverá espaços para depositar esse tipo de recurso no ambiente virtual do Ceaf no Moodle e na página eletrônica do Centro de Estudos.

5.6. Formação inicial nas carreiras (membros e servidores)

Outra função primordial do CEAF do MPPR é realizar os cursos de ingresso para os membros e servidores do MPPR. Com o intuito de modernizar a formação inicial dos membros do MPPR, o Curso de Ingresso e Vitaliciamento foi reestruturado.

Nesse sentido, a proposta apresentada pelo CEAF envolve as seguintes alterações:

a) Estruturação de um curso com duração de quatro semestres, com atividades fixadas em uma matriz curricular construída em conjunto com outros órgãos da Administração Superior do MPPR;

b) Ênfase em atividades vinculadas com a prática das Promotorias de Justiça de acordo com o nível de complexidade das entrâncias (inicial, intermediária e final).

5.7. Ensino, pesquisa e extensão no MPPR

O artigo 207 da Constituição Federal aborda a importância da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, equiparando essas funções, que são organizadas em um eixo fundamental para que instituições de ensino alcancem os propósitos formativos.

Dessa forma, o CEAF criou o Núcleo de Estudos, Pesquisa e Extensão para desenvolver ações de qualificação com a finalidade de transmitir, produzir e aplicar conhecimentos. As atividades desse Núcleo estão voltadas à consolidação de um viés humanista e resolutivo no MPPR, para contribuir para a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e democrática.

O Núcleo tem por objetivo geral promover no CEAF uma melhor articulação entre a teoria e a prática, do saber científico e técnico, que oportunize a produção científica, o diálogo interdisciplinar e uma base sólida para a inovação e o aprimoramento cultural e profissional dos membros da Instituição, de seus servidores e estagiários. Além disso, possibilita um espaço privilegiado para a formação continuada ao longo do exercício profissional dos seus integrantes.

A interdisciplinaridade é adotada como estratégia de integração das diversas áreas de atuação do MPPR. Assim, a partir de uma visão pragmática e holística, busca-se estabelecer conexões e favorecer um conhecimento mais abrangente, profundo, além de novos enfoques metodológicos e didático-pedagógicos para o desenvolvimento de ações de qualificação.

Para consolidação dessa proposta, o CEAF tem estabelecido parcerias com instituições de ensino superior. Essa aproximação com o mundo acadêmico, para realização de estudos, pesquisas e extensões, além de estimular a criatividade e a inovação constantes, com geração de conhecimento, possibilita a publicação e divulgação de resultados das atividades realizadas pelo MPPR.

5.8. Programas educacionais

Dentre as diversas ações de qualificação, o CEAF busca fomentar o aprimoramento das *competências gerenciais* necessárias aos integrantes do Ministério Público do Paraná – MPPR, por meio de um programa desenvolvido a partir da trilha de aprendizagem “MP Gestor”, aliada à criação de uma cultura de aprendizagem contínua.

A trilha é composta por um conjunto de cursos que resultem na consolidação de uma cultura de gestão para resultados na instituição.

A ação é uma estratégia para desenvolver competências necessárias ao desempenho atual e futuro dos integrantes do MPPR de funções de gestão. Assim, seus integrantes não serão qualificados apenas para a execução das atividades rotineiras, mas também preparados para assumir novas funções e desafios na organização.

Trata-se de uma proposta ampla, diversificada e abrangente, com cursos diferentes durações, presenciais e EaD, tendo natureza técnica e viés comportamental, pois promovem a mudança/consolidação de uma cultura na instituição.

5.9. Pesquisas institucionais

O aprofundamento teórico da atuação do MPPR demanda a realização de pesquisas para o levantamento de dados, a produção de diagnóstico e a (re)formulação das práticas.

Por exemplo, a pesquisa Ministério Público Resolutivo e Formação Inicial dos Promotores de Justiça foi desenvolvida em parceria entre a Universidade Federal do Paraná (UFPR)³, sobre o movimento evolutivo das concepções de atuação funcional pelos participantes de IV Curso de Preparação e Aperfeiçoamento, realizado em 2015, destinado ao Ingresso e Vitaliciamento na Carreira do MPPR.

³ O projeto de pesquisa está sendo desenvolvido sob a coordenação da professora Tania Teresinha Bruns Zimer com a participação da professora Tania Stoltz, ambas da Universidade Federal do Paraná. Tania Teresinha Bruns Zimer: Graduação em Licenciatura em Matemática UFPR. Mestrado em Educação - UFPR. Doutorado em Educação - USP. Coordenadora de gestão educacional do Programa de Incentivo de Bolsas de Iniciação à Docência - PIBID/UFPR, vinculado à CAPES. Professora adjunto da UFPR, no Setor de Educação, Departamento de Teoria e Prática de Ensino. Coordenadora da pesquisa "O curso de preparação e aperfeiçoamento e a aprendizagem do exercício das funções ministeriais no Ministério Público do Estado do Paraná", registrada no sistema Banpesq/Thales da UFPR sob nº 2011025804. Tania Stoltz: Graduação em Pedagogia - Universidade Tuiuti PR. Educação Artística - FEMP. Mestrado em Educação - UFPR. Doutorado em Educação (Psicologia da Educação) pela PUCSP. Pós-doutorado pelos Archives Jean Piaget, em Genebra, Suíça. Pós-doutorado pela Alanus Hochschule, Alemanha. Desde 2008 é <http://www.rededecontrole.pr.gov.br> 3/4/2017 9:45:35 - 1 coordenadora do acordo de cooperação científica entre a Universidade Alanus, em Alfter, Bonn (Alemanha) e a UFPR. Professora com dedicação exclusiva na UFPR.

Teve como objetivos dar continuidade a análise quanto a aprendizagem do exercício das funções ministeriais, para o ingresso na carreira do MPPR, dos Promotores de Justiça vitaliciandos, participantes do Curso de Preparação e Aperfeiçoamento, iniciado em 2011. Visou, ainda, caracterizar o modo como o vitaliciando se percebe como Promotor(a), bem como traçar o perfil conceitual dos vitaliciandos em relação à temática preestabelecidas a partir do viés da responsabilidade política e social. Além disso, buscou verificar a possibilidade de tomada de consciência e as reestruturações conceituais, por parte dos vitaliciandos ao longo dos Cursos, com o incremento das estratégias de acompanhamento e possíveis mediações a serem realizadas pela Corregedoria do Ministério Público.

Como instrumento de coleta de dados, utilizou-se de questionários com questões abertas e mapas conceituais, além de expressões criativas, para aprofundamento do viés vinculado a metacognição. Essas coletas foram desenvolvidas por meio de intervenções pedagógicas ao longo dos cursos de 2011 e de 2015, em um trabalho pautado na Teoria de Mudança Conceitual.

Os dados obtidos por essa pesquisa confirmam que há possibilidade de tomada de consciência e reestruturações conceituais das concepções pessoais dos cursistas sobre o Ministério Público resolutivo.

Com efeito, os resultados dessa pesquisa permitem repensar os métodos de avaliação, para que se dê prevalência ao exame qualitativo e a implementação de programas educacionais vinculados a educação continuada, com conteúdos programáticos que promovam novas formas de atuação dos membros, para o fortalecimento do MP como uma instituição mais resolutiva e de maior transformação social.

Outros focos de pesquisa na área jurídica e na observação de políticas públicas têm sido concebidos, em parcerias com universidades, para oferecer tanto integrantes destas instituições de ensino quanto os do MPPR oportunidade de aprofundar estudos que tenham impactos na transformação de problemas vivenciados no Paraná.

5.10. Seminário Estadual de Teses do MPPR

O Seminário Estadual de Teses foi, totalmente, repensado, para melhor qualificar os trabalhos científicos por meio de comissões temáticas e ampliar, por meio de consultas públicas e do debate de todos os participantes, com o uso de metodologias ativas, os pontos sensíveis para aperfeiçoar a atuação ministerial.

Em 2017, foram apresentadas 34 (trinta e quatro) teses, o que representa um número expressivo de trabalhos produzidos e demonstra a existência de uma área que pode ser expandida dentro do MPPR.

5.11. Projetos de extensão

No âmbito do CEAF, tem se incentivado diversos projetos de extensão, que permitam ao Ministério Público se aproximar da sociedade.

Por exemplo, o projeto de extensão “CidadanizArte - Educação e Cidadania”, concebido em parceria com a Universidade Federal do Paraná - UFPR, via projetos de extensão do Curso de Direito, e a Secretaria de Estado da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos - SEJU, está voltado à promoção da educação para os direitos humanos, ao estabelecer um contato diferenciado com os adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas em regime fechado, e fortalecer o viés humanista e da responsabilidade social inerentes ao exercício da cidadania ativa e solidária. Busca-se também oportunizar experiências positivas para um recomeço de vida desses jovens, em um processo de inclusão social, oferecendo-se condições de trabalho remunerado, a partir de seleção para que, ao progredirem para o regime de semiliberdade, deem continuidade aos estudos e a qualificação, desenvolvam-se como cidadãos, valendo-se da experiência profissional no MPPR. Além disso, deseja-se disseminar o “Projeto João Cidadão – Seja Grande como seus Direitos”, desenvolvido pelo Conselho Nacional do Ministério Público, bem como levar ao conhecimento do público universitário os meios de atuação do Ministério Público, minimizando a distância entre a teoria e a prática, contribuindo para a construção de profissionais com senso crítico, quanto à aplicação das leis, e com sensibilidade social.

Do mesmo modo, o Projeto Ministério Público Universitário promove a formação cidadã, a participação social e o protagonismo juvenil

dos estudantes do ensino superior, das redes públicas e privadas de ensino, em especial dos cursos de graduação em Direito. Ademais, visa gerar o reconhecimento do Ministério Público como instituição essencial à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, auxiliando na intensificação da sua interação com a sociedade. A proposta também é desenvolvida para os jovens estagiários do MPPR, acadêmicos de graduação ou pós-graduação, para que compreendam, de modo sintético, as diversas áreas de atuação institucional.

São dois exemplos que permitem ilustrar como Ministério Público brasileiro tem intensificado a sua atuação preventiva e proativa, investindo em ações que promovem sua a atuação resolutiva.

A Carta de Brasília, que trata da modernização e controle da atividade extrajurisdicional pelas Corregedorias do Ministério Público, com os considerandos e as diretrizes, estabelece a importância de ações e projetos integrados voltados à transparência e ao controle social, à priorização da atuação preventiva, ao exercício da função pedagógica da cidadania, à utilização e adequação dos projetos sociais vinculados à defesa dos direitos e garantias fundamentais afetos às atribuições constitucionais do Ministério Público como novos mecanismos de atuação da instituição, a criação de canais institucionais que possibilitem o diálogo e a interação permanente.

Adicione-se que, com a parceria da comunidade científica, é possível ampliar a realização de palestras em escolas e em outros ambientes com função, principalmente, pedagógica emancipadora, bem como a realização de reuniões, cursos e seminários que resultem em medidas de inserção social, além de realçar a importância de publicação de livros, artigos e outros textos.

5.12. Parcerias Interinstitucionais

O CEAF tem estabelecido parcerias com instituições/órgãos públicos e privados, tais como, a Secretaria de Estado da Administração e da Previdência - SEAP, por meio da Escola de Gestão do Paraná. Essa parceria se desdobra e se estende a vinculações com a Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior - SETI, por meio das Universidades Estaduais (Ponta Grossa - UEPG, Londrina - UEL, Maringá - UEM e do Centro Oeste - UNICENTRO, bem como com o Instituto Publix).

Também têm estabelecido vínculos com a Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos do Estado do Paraná – SEJU, a Universidade Federal do Paraná - UFPR (Setor de Educação, Projetos de extensão do Curso de Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (CrEAre - Centro de Ensino e Aprendizagem da PUCPR), Universidade Positivo – UP (Curso de Direito), Controladoria-Geral do Estado - CGE.

Essa atuação em rede garante a excelência das ações de capacitação pelos especialistas altamente qualificados, com experiência teórica e prática nos temas que serão abordados, mas também economia de recursos públicos, evitando ou diminuindo a necessidade de contratação de empresas que ofereçam cursos de qualificação no mercado.

5.13. Formas de comunicação do CEAF

A melhoria da comunicação do CEAF é outro aspecto que deve ser observado. Para isso, a página eletrônica do CEAF está sendo amplamente modificada, melhorando as notas de divulgação dos eventos e de pós-evento. Também, está sendo preparado um informativo que reunirá informações sobre as ações realizadas, as próximas atividades previstas e a divulgação de outras informações educacionais relevantes.

5.14. Interação com as pessoas e com as unidades órgãos do MPPR

A educação é um elemento integrador e as atividades educacionais são espaços privilegiados para o encontro das pessoas e para o debate dos projetos institucionais.

Cabe ao CEAF assumir um papel de protagonismo no fomento de instâncias de integração, debate e criação de conhecimento institucional, cumprindo sua missão de difusor de boas práticas.

6. Conclusão

O PPP do CEAF/MPPR, construído em 2016, para o biênio 2017-2008, foi a primeira experiência de planejamento educacional de médio prazo vivenciada no MPPR e produziu substrato para compreender a realidade do órgão e reorientar a atuação da escola institucional.

De início, foi cumprida a meta essencial da construção de um PPP de maneira participativa, que pudesse identificar o momento atual do CEAF e apontar os rumos desejados para a educação continuada no MPPR.

Gradativamente, ao colocar em prática os objetivos traçados pelo PPP, será possível refletir sobre as ações educacionais desenvolvidas, em uma busca permanente de *ser mais* enquanto instituição de ensino.

7. Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: CHAVES, Cristiano; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ROSENVALD, Nelson. (Org.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988, p. 1 (Anexo). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 3 mar. 2013.

_____. Ministério da Educação e Cultura. 3.1. *Projeto Político-Pedagógico: dimensões conceituais*. Disponível em: http://escoladegestores.mec.gov.br/site/2-sala_projeto_vivencial/pdf/dimensoesconceituais.pdf. Acesso feito em jul. 2016.

_____. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional: nº 9394/96*. Brasília: Senado Federal, 1996.

CAMBI, Eduardo; GONÇALVES, Leonardo Augusto. Ministério Público Social. *Revista de processo*, vol. 177, nov./2009.

_____. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3ª ed. São Paulo: Almedina, 2016.

CARVALHO, Antonio Ivo de Carvalho et al. *Escolas de governo e gestão por competências: mesa redonda de pesquisa-ação*. Brasília: ENAP, 2009.

DANTAS, A. C. C.; COSTA, N. M. L. *Projeto Político-Pedagógico do IFRN: uma construção coletiva*. Natal: IFRN, 2012.

DEMO, Pedro. *Participação é conquista*. 3ª ed. São Paulo: Cortez; 1996.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

_____. *Pedagogia do Oprimido*. 32ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

Gandin, Danilo. *A Prática do Planejamento Participativo*. Petrópolis : Vozes, 8ª ed. 2000.

GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*. Volume 1 – nº 1. p. 11-36. jan/jun 2001. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/2010/revista_1.pdf>. Acesso em: 20 maio 2016.

_____. O Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (Ceaf) na Sistemática do Ministério Público brasileiro. In: *XI Encontro Nacional de Escolas de Governo. 10 e 11 de dezembro de 2015. Brasília/DF*. Disponível em: <http://www.http://redeescolas.ena.gov.br/wp-content/uploads/2015/12/XI-ENEG_CEAF_MPSP.pdf>. Acesso em: 15 julho 2016.

SANDRINI, N. M. S.; GOULART, M. M.; FERNANDES, T. R. C. *Construção coletiva do projeto político-pedagógico para uma instituição não escolar. Anais do V SIMFOPI*. Tubarão, jun. 2013.

SAVIANI, D. *Educação: do senso comum à consciência filosófica*. São Paulo: Cortez, 1983.

SOUZA, Angelo Ricardo de; GOUVEIA, Andrea Barbosa; SILVA, Monica Ribeiro da; SCHWENDLER, Sonia Fatima. *Projeto Político Pedagógico*. Curitiba: CINFOP; ed. UFPR, 2005.

STEIDEL, R.; VICENTINE, C. M.; SANTOS, M. V. *A construção do projeto pedagógico como espaço de participação*. IX Congresso Nacional de Educação – EDUCERE, III Encontro Sul Brasileiro de Psicopedagogia. Curitiba, PUCPR, out. 2009.

VASCONCELOS, C. S. *Coordenação do trabalho pedagógico: do projeto político-pedagógico ao cotidiano da sala de aula*. São Paulo: Libertad, 2009.

VEIGA, I. P. A. *Projeto político-pedagógico da escola: uma construção coletiva*. In: VEIGA, I. P. A. (org.). *Projeto político-pedagógico da escola: uma construção possível*. 2 ed. Campinas: Papirus, 2002.

9.

Espaço Memorial do Ministério Público

POLÍTICA NACIONAL PARA MEMORIAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS BRASILEIROS

A IMPORTÂNCIA DE RESGATAR E PRESERVAR A HISTÓRIA E A MEMÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO TEM ESTIMULADO AÇÕES E INTENÇÕES PARA A CONVERGÊNCIA DESTE PROPÓSITO AO LONGO DAS DUAS ÚLTIMAS DÉCADAS.

OS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS, INDIVIDUAL E ISOLADAMENTE, PASSARAM A ENVIDAR INICIATIVAS, MEDIDAS E RECURSOS PARA RECUPERAR E SALVAGUARDAR A RICA TRAJETÓRIA HISTÓRICA DA INSTITUIÇÃO.

CUMPRE MENCIONAR QUE O MP PARANAENSE FOI PIONEIRO NA CRIAÇÃO DE UM MEMORIAL, EXARADA NA RESOLUÇÃO PGJ Nº 041 DE 10 DE JANEIRO DE 1996.

NO ANO DE 2010 O MP DO RIO GRANDE DO NORTE TOMOU A INICIATIVA DE PROMOVER UM ENCONTRO NACIONAL DOS MEMORIAIS JÁ ENTÃO EXISTENTES NOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS BRASILEIROS.

A TROCA DE EXPERIÊNCIAS ENTRE OS MEMORIAIS TEVE UM IMPACTO TÃO POSITIVO E NECESSÁRIO, QUE ESTABELECEU-SE DESDE ENTÃO UMA AGENDA ANUAL DE DISCUSSÕES, COM O OBJETIVO DE PERMUTA DE INFORMAÇÕES E DEBATES SOBRE AS ESTRATÉGIAS REGIONAIS VOLTADAS À INTEGRIDADE E PERENIDADE DA MEMÓRIA CULTURAL, DOCUMENTAL E IMAGÉTICA INSTITUCIONAIS.

* COORDENADORA EXECUTIVA DO CENTRO DE PRESERVAÇÃO DA MEMÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ - SERVIDORA.

OS ENCONTROS ANUAIS ADQUIRIRAM ROBUSTEZ E REGULARIDADE, NA MEDIDA EM QUE TÊM CONSOLIDADO VALIOSAS REFLEXÕES ACERCA DAS PERSPECTIVAS DE CONSTRUÇÃO E PRESERVAÇÃO DA MEMÓRIA, HISTÓRIA E PATRIMÔNIO CULTURAL E DOCUMENTAL NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

NA ESTEIRA DAS CONSIDERAÇÕES E CONCLUSÕES DOS ENCONTROS ESTADUAIS, O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CNMP, TAMBÉM PREOCUPADO COM AS LACUNAS NORMATIVAS DESSA ÁREA DE ATUAÇÃO, PASSOU A PARTICIPAR DOS EVENTOS ANUAIS, TRAZENDO CONSIGO SUA PRÓPRIA EXPERTISE E SUAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS VOLTADAS AO BOM FUNCIONAMENTO DOS MPS.

CONSIDERADAS AS INICIATIVAS PRETÉRITAS DOS ÚLTIMOS VINTE ANOS, O CNMP EXAMINOU ATENTAMENTE A ESCASSEZ DE NORMAS REGULAMENTARES E PRECEITOS LEGAIS DA GESTÃO DOS MEMORIAIS, E PONDEROU FIXAR DIRETRIZES PARA UNIFORMIDADE DE AÇÕES VOLTADAS À PROTEÇÃO DE DOCUMENTOS, OBRAS E OUTROS BENS DE VALOR HISTÓRICO, ARTÍSTICO E CULTURAL DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS.

NO DIA 31 DE JANEIRO DE 2017, A RESOLUÇÃO Nº 158 / CNMP, INSTITUIU O **PLANO NACIONAL DE GESTÃO DE DOCUMENTOS E MEMÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – PLANAME**.

O PLANAME NORTEIA, CONCITA E ORIENTA OS MINISTÉRIOS PÚBLICOS FEDERAL, DOS ESTADOS, DO TRABALHO, MILITAR, DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, NA DIREÇÃO E GESTÃO PADRONIZADAS DE SEUS MEMORIAIS.

A ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DA GESTÃO DOCUMENTAL, DOS DOCUMENTOS DE ARQUIVO, DA HISTÓRIA ORAL, DA MEMÓRIA INSTITUCIONAL E DO PATRIMÔNIO CULTURAL DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS FUNDAMENTAM O PLANO NACIONAL.

A ÍNTEGRA DO PLANO NACIONAL PODE SER CONHECIDA ABAIXO.

RESOLUÇÃO Nº 158, DE 31 DE JANEIRO DE 2017.

(Publicada no Diário Eletrônico do CNMP, Caderno processual, de 22/02/2017, págs. 32/38)

Institui o Plano Nacional de Gestão de Documentos e Memória do Ministério Público – PLANAME e seus instrumentos.

O **CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**, no exercício da competência fixada no artigo 130-A, §2º, inciso I, da Constituição Federal, com fundamento nos artigos 147 e seguintes de seu Regimento Interno, em conformidade com as sugestões da Comissão Temporária de Preservação da Memória Institucional do Ministério Público, e na decisão plenária proferida nos autos da Proposição n.º 1.01029/2016-83, julgada na 2ª Sessão Ordinária, realizada no dia 31 de janeiro de 2017;

Considerando que a Constituição Federal estabelece no seu art. 23, inciso III, que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

Considerando que a Constituição Federal dispõe no seu art. 216, §2º, caber à Administração Pública a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem;

Considerando que a Lei n.º 8.159, de 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a Política Nacional de Arquivos Públicos e Privados, determina ser dever do Poder Público a gestão documental e a proteção especial a documentos de arquivos, como instrumento de apoio à administração, à cultura, ao desenvolvimento científico e como elementos de prova e informação;

Considerando que a Lei n.º 8.159, de 1991, no seu art. 10, define como inalienáveis e imprescritíveis os documentos considerados de valor permanente;

Considerando que a Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, e a Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993, disciplinam os instrumentos de atuação do Ministério Público, especialmente na defesa do patrimônio cultural brasileiro;

Considerando que a Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, no seu art. 62, tipifica a destruição de arquivos como crime contra o patrimônio cultural e a necessidade de preservar os documentos de interesse para o patrimônio histórico e cultural da nação;

Considerando a previsão pelo artigo 18 do Decreto n.º 4.073, de 3 de janeiro de 2002, que disciplina a criação de Comissões Permanentes de Avaliação de Documentos nos órgãos da Administração Pública, com responsabilidade de orientar e realizar o processo de análise, avaliação e seleção da documentação produzida e acumulada no seu âmbito de atuação, visando a identificação dos documentos para a guarda permanente e a eliminação dos destituídos de valor;

Considerando o disposto na Lei n.º 11.419, de 19 de dezembro de 2006, sobre a geração, a tramitação, o acesso e a guarda de processos judiciais e documentos em meio eletrônico;

Considerando a Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regula o acesso às informações, previsto no inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal;

Considerando a Lei n.º 12.682, de 9 de julho de 2012, que dispõe sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos;

Considerando a necessidade de se estabelecer uma política de gestão documental integrada a todas as unidades do Ministério Público, que padronize, discipline e oriente as práticas e metodologias de tratamento dos documentos e informações fundamentais no processo de tomada de decisões, na melhoria da qualidade de prestação dos serviços à sociedade e na formação da memória institucional;

Considerando a necessidade de fomentar as atividades de preservação, pesquisa e divulgação da trajetória histórica do Ministério Público, bem como das informações de valor histórico, constantes dos acervos da instituição;

Considerando que a execução dessas atividades depende da existência de estruturas organizadas, com observância de diretrizes nacionais;

Considerando a importância de manter uma Política de Gestão Documental e Memória do Ministério Público que assegure à administração e aos cidadãos o acesso às informações e à proteção de direitos, RESOLVE editar a presente Resolução, nos seguintes termos:

SEÇÃO I – DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Fica criado o Plano Nacional de Gestão de Documentos e Memória do Ministério Público – PLANAME, visando à preservação da memória institucional e à salvaguarda do acervo documental, por seu valor de prova e informação, e como instrumento de apoio à administração, à cultura e ao desenvolvimento científico.

Art. 2º Para os fins previstos nesta Resolução, entende-se por:

I – documentos de arquivo: todos os registros de informação, em qualquer suporte, inclusive magnético, óptico ou digital, produzidos e recebidos pelo Ministério Público em decorrência do exercício de suas funções e atividades específicas ou administrativas;

II – gestão documental: o conjunto de procedimentos e operações técnicas referentes à produção, tramitação, classificação, uso, avaliação e arquivamento de documentos em fase corrente e intermediária, visando a sua eliminação ou recolhimento para guarda permanente;

III – história oral: metodologia de pesquisa que consiste em realizar entrevistas gravadas com pessoas que possam testemunhar sobre acontecimentos e/ou fatos relevantes, conjunturas, modos de vida, relacionamentos e outros aspectos da trajetória institucional;

IV – memória institucional: conjunto de documentos, peças e elementos considerados para fins históricos, probatórios e de patrimônio, como garantia da consolidação da identidade institucional;

V – memorial: espaço de memória permanente de uma instituição, dedicado à preservação e ao estudo da história institucional, para fins de

pesquisa, educação e reflexão relacionadas à sua trajetória, aberto ao público e a serviço da sociedade;

VI – patrimônio cultural brasileiro: os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais.

SEÇÃO II – ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO

Art. 3º O Comitê Gestor do Plano Nacional de Gestão de Documentos e Memória do Ministério Público – COPLANAME, órgão colegiado, vinculado à Presidência do Conselho Nacional do Ministério Público, tem por finalidade definir a Política de Gestão Documental e de Memória do Ministério Público, bem como exercer orientação normativa, visando à gestão documental e à implementação de memoriais nas unidades do Ministério Público.

Art. 4º Compete ao COPLANAME:

I – elaborar e encaminhar à Presidência do CNMP, para aprovação pelo Plenário, proposta de diretrizes básicas de gestão documental e instrumentos arquivísticos do Ministério Público, bem como suas atualizações, sempre que necessário;

II – promover ações para preservação da memória do Ministério Público como instrumento de fortalecimento da identidade institucional, incluindo a utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

III – promover o inter-relacionamento de arquivos e memoriais do Ministério Público com vistas ao intercâmbio, à modernização e à integração sistêmica das atividades arquivísticas e de memória;

IV – estimular programas de gestão e de preservação de documentos e da memória nas unidades do Ministério Público;

V – orientar e apoiar a implantação de unidades de gestão documental no Ministério Público;

VI – estimular e apoiar a implantação de memoriais no Ministério Público;

VII – estimular a capacitação técnica dos recursos humanos que desenvolvam atividades de arquivo e de memória no Ministério Público;

VIII – promover a elaboração do cadastro nacional de profissionais que desenvolvam ações de gestão documental e de memória do Ministério Público e dos recursos materiais envolvidos;

IX – manter intercâmbio com outros conselhos e instituições, cujas finalidades sejam relacionadas ou complementares às suas, para prover e receber elementos de informação e juízo, conjugar esforços e encadear ações.

Art. 5º O Comitê Gestor do Plano Nacional de Gestão de Documentos e Memória do Ministério Público terá sua atuação regida em dois níveis:

I – nível decisório: responsável pela análise, aprovação e validação dos trabalhos;

II – nível técnico: responsável pelo desenvolvimento dos estudos e por propiciar conhecimento técnico-científico especializado.

Art. 6º Integram o nível decisório do COPLANAME:

I – um conselheiro do CNMP, que o presidirá;

II – um membro representante do Comitê Gestor Nacional das Tabelas Unificadas do Ministério Público;

III – um membro representante do Ministério Público Federal;

IV – um membro representante do Ministério Público do Trabalho;

V – um membro representante do Ministério Público Militar;

VI – um membro representante do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

VII – cinco membros representantes dos Ministérios Públicos dos Estados, contemplando as cinco regiões geográficas do país;

§1º O Plenário do CNMP escolherá o conselheiro do CNMP que presidirá o COPLANAME.

§2º Os integrantes do nível decisório serão nomeados pelo Presidente do CNMP para mandato de dois anos, permitida uma renovação.

§3º Os Procuradores-Gerais indicarão dois membros como seus respectivos representantes para escolha pelo Presidente do CNMP.

Art. 7º Integram o nível técnico do COPLANAME:

I – um servidor do CNMP, como Secretário-Executivo do Comitê;

II – um servidor representante do Comitê Gestor Nacional das Tabelas Unificadas do Ministério Público;

III – um servidor representante do Ministério Público Federal;

IV – um servidor representante do Ministério Público do Trabalho;

V – um servidor representante do Ministério Público Militar;

VI – um servidor representante do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

VII – cinco servidores representantes dos Ministérios Públicos dos Estados, contemplando as cinco regiões geográficas do país.

§1º Os integrantes do nível técnico serão escolhidos entre os que tenham formação em Arquivologia, Biblioteconomia, Conservação e Restauro, Direito ou História.

§2º Os membros do nível decisório indicarão para o nível técnico representante da sua instituição, para designação pelo Presidente do CNMP.

Art. 8º O Presidente do COPLANAME poderá propor ao Presidente do CNMP, quando necessária, a designação de colaboradores, em nível de

assessoramento, para oferecerem subsídios ao melhor desenvolvimento dos trabalhos, estudos e pesquisas técnicas.

SEÇÃO III – DA GESTÃO DOCUMENTAL

Art. 9º A Política de Gestão Documental Nacional do Ministério Público será implementada com a finalidade de orientar a produção, tramitação, classificação, uso, avaliação e arquivamento de documentos em fase corrente e intermediária, visando a sua eliminação ou recolhimento para guarda permanente.

Art. 10 Os instrumentos arquivísticos de gestão documental serão propostos pelo COPLANAME à Presidência para serem submetidos à aprovação pelo Plenário do CNMP.

§1º No que tange à classificação e à avaliação de documentos, as diretrizes arquivísticas básicas incluem o Plano de Classificação de Documentos e a Tabela de Temporalidade e Destinação de Documentos.

§2º Na elaboração do Plano de Classificação e Tabela de Temporalidade de Documentos do Ministério Público será utilizada a padronização terminológica já adotada pelas Tabelas Unificadas do Ministério Público.

§3º As unidades dos Ministérios Públicos poderão estabelecer prazos de guarda superiores à temporalidade definida nos instrumentos arquivísticos de gestão documental, bem como alterar a destinação, no caso de eliminação, de forma a adequá-los às peculiaridades locais e regionais.

§4º As orientações de implantação das diretrizes e instrumentos de gestão documental serão sistematizadas no Manual de Gestão Documental do Ministério Público.

Art. 11 Deverão ser adotados, na preservação de documentos em suporte físico ou digital, critérios que assegurem a autenticidade, a integridade, a segurança e o acesso de longo prazo aos documentos, em face das ameaças de degradação física e da rápida obsolescência tecnológica de hardware, software e de outros formatos.

Art. 12 Para a observância e garantia da execução das diretrizes nacionais de gestão documental em cada ramo do Ministério Público da União e nos Ministérios Públicos dos Estados, deverá ser criada, no prazo de 90 dias, Comissão Permanente de Avaliação de Documentos – CPAD, e designado um setor responsável pela gestão documental.

Art. 13 A Comissão Permanente de Avaliação de Documentos - CPAD terá como finalidade orientar e deliberar sobre processo de avaliação e seleção da documentação produzida e acumulada, em conformidade com os instrumentos arquivísticos de gestão documental do MP.

§1º Os Procuradores-Gerais designarão os respectivos titulares, suplentes e a presidência da CPAD.

§2º A Comissão deverá ser composta por membros e servidores do Ministério Público.

§3º Os servidores titulares e suplentes serão escolhidos, preferencialmente, entre os bacharéis em arquivologia, biblioteconomia, história, direito, administração e da área de tecnologia da informação.

§4º Poderão ser instituídas Subcomissões Permanentes de Avaliação de Documentos nas unidades regionais e estaduais.

Art. 14 À Comissão Permanente de Avaliação de Documentos - CPAD compete:

I – implementar as diretrizes do Plano Nacional de Gestão de Documentos e Memória do Ministério Público, no âmbito de sua atuação, visando à gestão, à preservação e ao acesso aos documentos de arquivo;

II – estabelecer rotinas e procedimentos referentes ao controle da produção, avaliação, destinação, armazenamento e acesso de documentos produzidos e acumulados em seu âmbito de atuação, baseados nas diretrizes do PLANAME;

III – propor ao COPLANAME alterações nos instrumentos arquivísticos de gestão documental, previstos no art. 4º, II, desta Resolução;

IV – estabelecer diretrizes para formação e definição de competências das Subcomissões Permanentes de Avaliação de Documentos;

V – promover e estimular a realização de estudos técnicos sobre a situação dos acervos arquivísticos localizados na respectiva unidade do Ministério Público e sobre a estrutura organizacional existente, no tocante à racionalização das atividades arquivísticas;

VI – incentivar a capacitação técnica, aperfeiçoamento e atualização dos profissionais que desenvolvam atividades de gestão documental no âmbito de sua unidade;

VII – fomentar, em seu âmbito de atuação, a integração, a padronização de procedimentos e a modernização das atividades desenvolvidas nos arquivos institucionais;

VIII – manter intercâmbio com outras comissões, grupos de trabalho ou instituições, cujas finalidades sejam relacionadas à gestão de documentos, para o compartilhamento de ações;

IX – zelar pelo cumprimento da Política de Gestão de Documentos do Ministério Público e pelos dispositivos constitucionais e legais que norteiam as políticas arquivísticas públicas brasileiras, em sua área de atuação.

SEÇÃO IV – DA MEMÓRIA INSTITUCIONAL

Art. 15 Memoriais Institucionais deverão ser instituídos nos ramos do Ministério Público da União e nos Ministérios Públicos dos Estados.

§1º O Memorial deverá contar com um historiador, ou servidor com formação afim, com dedicação exclusiva, designado pelo Procurador-Geral, até que seja suprida a vaga por concurso para historiador.

§2º O cargo de historiador deverá ser previsto nos quadros dos ramos do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados;

§3º – O Memorial Institucional deverá contar com a coordenação ou supervisão de membro do Ministério Público.

Art. 16 Incumbe ao Memorial Institucional:

I – estudar, pesquisar, preservar e divulgar a trajetória da instituição, com o resgate dos documentos de valor histórico e objetos museológicos,

com vistas à organização em forma de texto, linha do tempo, exposição física ou virtual;

II – adotar medidas preventivas e precautórias para evitar danos ou ameaças aos bens que possam contribuir para a formação da memória institucional;

III – realizar o tratamento técnico sobre o acervo museológico, como catalogação das peças e documentos que o compõem;

IV – implantar programa de história oral;

V – publicar livros, periódicos, textos e artigos, em formato físico ou virtual, sobre história e atuação do Ministério Público, além de outros temas de interesse institucional;

VI – realizar atividades educativas e de fomento dirigidas à instituição e à sociedade a respeito da história, das funções, da importância e da essencialidade do Ministério Público à função jurisdicional do Estado;

VII – auxiliar os órgãos dos respectivos Ministérios Públicos nas demandas relacionadas à história da instituição;

VIII – propor convênios, acordos de cooperação e parcerias com instituições de ensino e culturais;

IX – promover a cultura de preservação da memória no âmbito institucional;

X – organizar eventos culturais e mostras temporárias ou permanentes;

XI – dar cumprimento aos preceitos legais relativos à preservação do patrimônio histórico e cultural brasileiro e à garantia do acesso às informações de caráter público e aos arquivos públicos.

Art. 17 O Memorial Institucional deverá trabalhar em conjunto com outros setores da instituição, especialmente arquivo, biblioteca, unidades de capacitação e comunicação social.

Parágrafo único. O Memorial Institucional terá garantido o acesso à documentação de outros setores, necessária para o desempenho de suas funções, ressalvadas as questões de sigilo pessoal e institucional.

SEÇÃO V – DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 18 A eliminação de documentos no âmbito do Ministério Público ocorrerá depois de concluído o processo de avaliação e seleção conduzido pela respectiva Comissão Permanente de Avaliação de Documentos – CPAD, e será efetivada após a publicação do edital de ciência de eliminação de documentos e a elaboração da listagem e do termo de eliminação de documentos, observada a legislação pertinente.

Art. 19 Deverão ser incluídos conteúdos de gestão documental e de memória nos cursos iniciais de ambientação ou similares para servidores e de ingresso e vitaliciamento para membros.

Art. 20 O prazo para implantação do disposto nesta Resolução será de 180 (cento e oitenta) dias.

Brasília-DF, 31 de janeiro de 2017.

RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS
Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público

10.

Seção Prata
da Casa

CONCURSO “VI PRATA DA CASA”

Edição 2016

Cadastro da Boa Prática

1º LUGAR

Nomes dos Participantes: Adriéli Volpato Craveiro, Francielle Toscan Bogado e Fernando de Paula Xavier Junior

Cargos: Assistente Social da 7ª Unidade Regional de Apoio Técnico Especializado, Assistente Social da 7ª Unidade Regional de Apoio Técnico Especializado e Promotor de Justiça.

Cidade: Foz do Iguaçu - Paraná

Título da Boa Prática: Protocolo Municipal de Atendimento à Criança e ao Adolescente Vítima de Violência do Município de Foz do Iguaçu.

ALINHAMENTO ESTRATÉGICO

A prática contribui com qual (quais) objetivo(s) estratégico(s) do MPPR:

- Ser reconhecido como instituição essencial à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

ORDEM JURÍDICA E CIDADANIA

- Defender interesses individuais indisponíveis e homogêneos de pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade familiar, social e econômica.
 - Defender interesses difusos e coletivos, defender o regime democrático e a implementação de políticas constitucionais.
- Intensificar ações integradas de combate à macrocriminalidade e de controle da atividade policial.
- Assegurar a proteção integral da criança e do adolescente.

EFICIÊNCIA E EFICÁCIA

- Ampliar resolução extrajudicial dos conflitos.
- Garantir a celeridade e eficácia da atuação judicial e extrajudicial.

ALIANÇAS EXTERNAS

- Intensificar a interação com a sociedade.
- Aprimorar relações com os poderes constituídos, instituições e organizações sociais.
- Colaborar no processo normativo externo, em matérias de relevância institucional e social.

Descrição Resumida:

Nos últimos dois anos, o Ministério Público do Estado do Paraná, no município de Foz do Iguaçu, através da 15ª Promotoria de Justiça e do Serviço Social vem constatando a não padronização no atendimento das crianças e dos adolescentes vítimas de violências. Em diversas situações, verificou-se um atendimento fragmentado a essa parcela da população ou até mesmo, muitos casos sequer chegavam ao conhecimento dos profissionais que deveriam prestar o atendimento a esse público. Frente a essa realidade, a 15ª Promotoria de Justiça e o Serviço Social do Ministério Público do Estado do Paraná – 7ª Unidade Regional de Apoio Técnico Especializado (URATE) iniciaram um trabalho de articulação da rede de proteção ao público infantojuvenil, para garantir o atendimento adequado nos casos envolvendo crianças e adolescentes vítimas de violências. As atividades de articulação para a construção de uma proposta coletiva, tiveram início no mês de março de 2015. Desde a primeira reunião, com todas as instituições que atendem crianças e adolescentes no município de Foz do Iguaçu, surgiu a necessidade de se confeccionar um possível Protocolo de Atendimento à Criança e ao Adolescente Vítima de Violência do Município de Foz do Iguaçu. As atividades para a efetivação da proposta de elaboração do Protocolo, concretizou-se com a realização de 18 reuniões coletivas e 24 reuniões individuais/grupos específicos. Todas as informações e construções coletivas foram sistematizadas e transformadas em livro. Tal livro vem sendo utilizado nas capacitações, coordenadas pelo Ministério Público e que estão sendo ministradas aos profissionais que atuam com crianças e adolescentes, além disso, estão sendo impressos 3.000 mil exemplares no qual serão distribuídos na Capacitação que ocorrerá para 500 profissionais da rede de proteção à criança e ao adolescente do município de Foz do Iguaçu, nos dias 14, 15 e 16 de dezembro de 2016. Constam no Protocolo transformado em livro, reflexões teóricas sobre os diversos tipos de violência, a importância do trabalho em rede, modelo de notificação dos casos de violência, bem como, cinco fluxos construídos com toda a rede: fluxo 01 - atendimento à criança e ao adolescente vítima de violência sexual até 72 horas; fluxo 02 - atendimento à criança e ao adolescente vítima de violência sexual após 72 horas; fluxo 03 - atendimento à criança e ao adolescente vítima de violência

física e outros tipos de violência sem necessidade de atendimento hospitalar; fluxo 04 - atendimento à criança e ao adolescente vítima de violência física e outros tipos de violência com necessidade de atendimento hospitalar; fluxo 05- atendimento à criança e ao adolescente vítima de exploração sexual. Para operacionalizar a articulação constante das instituições que atuam com crianças e adolescentes, dividiu-se o município de Foz do Iguaçu em cinco grandes regiões, referenciados através das áreas de abrangência dos territórios da política de assistência social: Norte, Nordeste, Sul, Leste e Oeste. Cada região tem uma coordenação e uma vice-coordenação local, responsável pela convocação da reunião que acontece mensalmente, com objetivo de discutir casos de violência e vulnerabilidade social envolvendo crianças e adolescentes. Durante as reuniões, os representantes das instituições/órgãos poderão trazer casos/situações relacionados ao público infantojuvenil, para com isso, facilitar a articulação com a rede. Durante as reuniões também são discutidas estratégias de prevenção envolvendo a violência contra crianças e adolescentes, bem como, outros assuntos que o grupo sentir necessidade. Além dessas atividades, enquanto parte da proposta do Protocolo, são realizadas frequentemente capacitações aos profissionais que atuam com crianças e adolescentes, objetivando a discussão em relação a violência infanto-juvenil e o atendimento deste público.

Área de Atuação:

Criança e Adolescente Vítima de Violência.

Iniciativa integra o Plano de Ação da Promotoria/ Unidade Administrativa?

Sim

Objetivo:

OBJETIVO GERAL: Possibilitar a articulação e o fortalecimento do trabalho em rede, nos casos envolvendo o atendimento à criança e ao adolescente vítima de violência no município de Foz do Iguaçu e com isso, concretizar o atendimento integral desse público.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS: - Operacionalizar, por meio dos fluxos construídos coletivamente, o atendimento de crianças e adolescentes vítimas de violências, evitando nesse sentido, a própria violência institucional; - Criar e fortalecer grupos por região que se reunirão uma vez por mês, para discutir casos de violências e situações de vulnerabilidade social envolvendo o público infanto-juvenil, bem como, discutir assuntos ligados a prevenção da violência e outras temáticas que o grupo achar importante; - Capacitar os profissionais que atuam com crianças e adolescentes em relação aos encaminhamentos necessários nos casos de violência contra criança e adolescente; - Possibilitar que toda criança e adolescente que sofreu algum tipo de violência seja

atendido adequadamente, em suas especificidades, sem sofrer nenhum tipo de constrangimento.

Justificativa:

As crianças e os adolescentes, com frequência, são públicos vulneráveis as várias situações de violências, devido a sua condição peculiar, em decorrência das suas particularidades enquanto ser em desenvolvimento. Sabe-se que a violência contra criança e adolescente é um tema que vem sendo alvo de diversas discussões, pois, suas consequências produzem inúmeros impactos que poderão deixar marcas e sequelas, muitas vezes irreversíveis, se não ocorrer um atendimento adequado e fundamentado em uma política de atendimento integral a essa parcela da população. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) destaca em seu artigo 86º que a política de atendimento deverá ser realizada através de um conjunto articulado de ações, ligando as iniciativas governamentais e da sociedade civil. Assim, entre as linhas de ação da política de atendimento abordadas no artigo 87º, destacamos a necessidade de se ter “serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão” (BRASIL, 1990, p. 24). Contudo, observa-se que não é esse contexto de oferta de serviços e de qualidade que grande parcela de municípios brasileiros vivencia, tanto que pesquisas vêm mostrando a precariedade do atendimento a vítimas de violências. Entretanto, sabe-se que durante a história relacionada à vitimização da infância foram construídos mecanismos de proteção ao público infantojuvenil, através das políticas sociais. Essas iniciativas já se figuram com verdadeiros avanços. No entanto, cabe ressaltar que há muito a se fazer, principalmente, para as vítimas de violência, que em muitas situações, não têm sido acolhidas e atendidas pelos órgãos responsáveis em sua integralidade, além disso, o atendimento, frequentemente, não é realizado de forma periódica e durável. Outro fato é que o trabalho não ocorre de forma interdisciplinar e intersetorial. Observa-se que não há uma prática ordenada, planejada e articulada, prejudicando de forma direta na promoção da saúde das crianças e dos adolescentes que sofreram violência. A negligência e as violências física, psicológica, sexual são alguns dos tipos de violências sofridas por milhares de crianças e adolescentes, porém, não são as únicas a se destacarem pelos índices, como exemplo, a violência institucional. O descaso do poder público frente ao atendimento às crianças e aos adolescentes vítimas de violências, quando não ofertam serviços, programas e projetos para atender as necessidades dessa população, indubitavelmente, é uma das maiores expressões da violência institucional. Buscando amenizar os efeitos consequentes da violência institucional, faz-se necessária a concretização

de ações que possibilitem a construção de uma rede de atenção integral à criança e ao adolescente vítima de violência. A responsabilidade precisa ser compartilhada entre as diferentes políticas públicas, entre as quais se destacam: saúde, educação, assistência social, segurança, cultura, esporte e lazer, visto ser essa questão uma política transversal. Além disso, tais políticas públicas precisam encontrar no sistema sociojurídico (Ministério Público, Tribunal de Justiça, Delegacias, Defensoria Pública, Conselhos Tutelares entre outras instituições), parceiros para que realmente se tenha uma rede integral, capaz de ofertar o cuidado e a atenção necessária para lidar com os casos envolvendo crianças e adolescentes vítimas de violências. Frente a essas reflexões é fundamental a iniciativa de construção de um Protocolo Municipal de Atendimento à Criança e ao Adolescente Vítima de Violência, bem como, estratégias capazes de operacionalizar o fortalecimento da rede de atenção a esse público, como por exemplo, através da iniciativa dos grupos locais que discutirão casos de violência envolvendo crianças e adolescentes. Este Protocolo possibilitará aos profissionais que trabalham em seu cotidiano ser um norte para situações de violência que ocorram. Além disso, possibilita à sociedade como um todo, ter ciência dos direitos que lhe são próprios, sendo um instrumento de consolidação de direitos e cidadania.

Ações desenvolvidas:

- Construção e sistematização do Protocolo Municipal de Atendimento à Criança e ao Adolescente no Município de Foz do Iguaçu, através de 18 reuniões coletivas e 24 reuniões individuais/grupos específicos; - Publicação do livro denominado: “Protocolo Municipal de Atendimento à Criança e ao Adolescente no município de Foz do Iguaçu”; - Concretização de reuniões da rede de atendimento ao público infantojuvenil de forma mensal, em cinco regiões diferentes no município de Foz do Iguaçu, no qual se fazem presentes todas as instituições/órgãos daquela região vinculadas as diferentes políticas públicas, bem como, representantes de outras instituições/órgãos que não necessariamente estão presentes fisicamente no território, mas que seus profissionais atuam na região, como por exemplo, Conselho Tutelar, Ministério Público, Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) e Centro de Referência Psicossocial Infanto-Juvenil (CAPSi);
- São realizadas reuniões na sede do Ministério Público do Estado do Paraná, com os coordenadores dos grupos locais (grupos de estudo de caso) a cada três meses, para com isso, contribuir com o fortalecimento das ações que os grupos vem desenvolvendo; - O Ministério Público do Estado do Paraná, através da 15 Promotoria de Justiça e do Serviço Social, articula uma reunião, semestralmente, com os representantes das instituições que compõem os fluxos apresentados no Protocolo, para com isso, concretizar um

acompanhamento direto do andamento das ações previstas no documento; - Capacitações aos profissionais que atendem crianças e adolescentes sobre os assuntos presentes no Protocolo em especial, em relação a operacionalização dos fluxos construídos coletivamente. Foram concretizadas capacitações nos grupos locais e nos dias 14, 15 e 16 de dezembro de 2016 será realizada o curso “Lançamento do Protocolo de Atendimento à Criança e ao Adolescente Vítima de Violência do Município de Foz do Iguaçu”, nesse momento, haverá uma capacitação para 500 profissionais sobre as temáticas presentes no Protocolo.

Resultados / Impacto:

-É notório que após a construção do Protocolo Municipal de Atendimento à Criança e ao Adolescente no Município de Foz do Iguaçu, iniciou-se uma padronização em relação aos atendimentos ao público alvo do Protocolo, bem como, o atendimento integral a essa parcela da população, as crianças e os adolescentes passaram a receber atendimento por parte de diferentes políticas públicas, além disso, a demanda da população que procurava o Ministério Público para denunciar a ausência e negligência do Estado no atendimento à criança e adolescente vítima de violência desapareceu, pois, todas as instituições/órgãos são considerados porta de entrada no início de cada fluxo, ou seja, possui autonomia para encaminhar para as instituições presentes no fluxo, dentro da proposta de atendimento presente; - A temática violência contra crianças e adolescentes passou a ser publicizada no município de Foz do Iguaçu. Além das capacitações para a rede de atendimento à criança e ao adolescente que fazem parte desse projeto, ocorreu em alguns momentos a cobertura da imprensa local, como por exemplo, por meio do Programa Paraná TV, no qual divulgou a iniciativa do Ministério Público do Estado do Paraná; - As reuniões dos grupos locais, possibilitaram e possibilitam a troca de experiência entre os profissionais de diferentes políticas públicas, entre as quais, saúde, habitação, educação, assistência social. Assim, a articulação entre os profissionais de diferentes instituições acabam sendo concretizadas além das reuniões locais, os profissionais acabam sendo referencia para outras situações que poderão aparecer; - A importância desse Protocolo é imensurável, quando pensamos que diversas crianças e adolescentes que até então eram invisíveis para as políticas públicas, passaram a receber o atendimento adequado, através de iniciativas mínimas, mas, que mudaram totalmente a dinâmica do atendimento a esse público na cidade de Foz do Iguaçu, sendo este um território marcado pelas contradições envolvendo a região de fronteira, no qual muitas crianças e adolescentes acabam estando em uma condição ainda maior de vulnerabilidade as situações de violência.

Descrição dos Recursos Envolvidos:

Não houve a necessidade de recursos financeiros destinados diretamente para esse projeto. Como é uma iniciativa concretizada com o apoio das diferentes instituições/órgãos, todas as atividades concretizadas, como por exemplo, as capacitações, são pensadas e articuladas de forma coletiva envolvendo o apoio de todos. Assim, por exemplo, está sendo impresso 3.000 (três mil) exemplares do livro “Protocolo Municipal de Atendimento à Criança e ao Adolescente do Município de Foz do Iguaçu, que será integralmente financiado pela Itaipu Binacional. Em relação aos recursos humanos, a equipe do Ministério Público do Estado do Paraná é composta pelo Promotor de Justiça, Assessor de Promotoria, dois Assistentes Sociais e cinco estagiários, porém, para a concretização das atividades é indispensável o apoio de diversos profissionais que vem contribuindo diretamente no processo de execução das atividades.

Dificuldades encontradas:

- 1) Como a construção do Protocolo Municipal só foi possível através da concretização de várias reuniões com profissionais (em torno de cinquenta profissionais participavam em cada reunião) que possuíam diferentes concepções e formas de pensar no atendimento à criança e ao adolescente vítima de violência, inicialmente tivemos a sensação que a proposta não conseguiria avançar, devido a essas divergências.
- 2) Dificuldades de adesão dos profissionais ligadas a política pública de saúde nas reuniões dos grupos locais (grupos do território).

Estratégias de superação das dificuldades:

- 1) Para superar a diferença de concepções e formas de pensar no atendimento à criança e ao adolescente vítima de violência, passamos a realizar as reuniões em formatos de oficinas. Assim, utilizávamos, entre os diversos materiais, papel kraft e caneta para cartaz, com o intuito de desenhar a proposta construída pelo grupo naquele momento. Quando marcávamos uma nova reunião, levávamos a proposta da reunião anterior que foi desenhada no papel kraft, para com isso, buscarmos avançar nas discussões. Essa estratégia fez com que o sentimento de que “a proposta não estava avançada”, fosse minimizado consideravelmente. 2) Para superar essa dificuldade, o Ministério Público realizou reunião na sede da instituição com representantes da política pública de saúde, bem como, encaminhou ofícios as instituições ligadas a esta política pública e desenvolveu articulações realizadas por meio de contato telefônico.

CONCURSO “VI PRATA DA CASA”

Edição 2016

Cadastro da Boa Prática

2º LUGAR

Nome do Participante: Cláudia Rodrigues de Moraes Piovezan

Cargo: Promotora de Justiça

Cidade: Londrina - Paraná

Título da Boa Prática: PIP DE ELITE – ONDE SÓ OS FORTES SOBREVIVEM

ALINHAMENTO ESTRATÉGICO

A prática contribui com qual (quais) objetivo(s) estratégico(s) do MPPR:

EFICIÊNCIA E EFICÁCIA

- Garantir a celeridade e eficácia da atuação judicial e extrajudicial.

Descrição Resumida:

Consiste no desenvolvimento de ações voltadas para a rápida tramitação dos inquéritos policiais de “réus soltos” nas Unidades Policiais e na Promotoria de Inquéritos Policiais de Londrina (PIP), com as seguintes iniciativas: I - Solicitação de remessa de todos os 6.909 inquéritos policiais, em trâmite na Promotoria de Justiça, para o gabinete, quando da assunção da agente ministerial na citada unidade. II - Leitura integral de cada um dos feitos e identificação dos que deveriam ser denunciados, arquivados ou devolvidos para as unidades policiais para continuidade das investigações. III - Estabelecimento de metas mensais, semestrais e anuais para elaboração de denúncias e arquivamentos dos inquéritos policiais já concluídos. IV - Direcionamento das investigações, com indicação das diligências a serem realizadas pela autoridade policial, nos feitos devolvidos às unidades policiais de origem. V – Sugestão de estabelecimento de metas pela Polícia Civil, para conclusão de feitos de acordo com sua antiguidade.

Área de Atuação:

Criminal.

Iniciativa integra o Plano de Ação da Promotoria/ Unidade Administrativa?

Sim.

Objetivo:

Prestação jurisdicional célere, a fim de evitar prescrição, diminuir a impunidade e reduzir o tempo de tramitação dos inquéritos de réus soltos.

Justificativa:

Os inquéritos policiais de “réus soltos” nunca foram prioridade para as promotorias de justiça, assoberbadas com feitos de réus presos e outras atribuições prioritárias. Desta forma, criou-se uma praxis de devolver inquéritos de réus soltos sem muito critério, sem direcionamento das diligências, o que costuma levar à prescrição ou mesmo à falta de diligências bem-sucedidas para apuração de autoria de uma enorme variedade de crimes. Igualmente, esta forma de atuar permite um controle mais efetivo da atividade investigativa da polícia civil. Assim, ação permite uma nova forma de atuar do Promotor de Justiça com relação às investigações policiais, com maior proximidade dos agentes policiais e maior conhecimento e domínio dos fatos apurados e da criminalidade em geral, e conseqüente cobrança de melhores resultados com relação à atividade policial. Com a triagem imediata dos inquéritos, seu pronto direcionamento e a determinação e cumprimento de metas, a população e o delinquente têm resposta mais rápida acerca da atuação dos órgãos de segurança pública e da justiça.

Ações desenvolvidas:

“Ao darem entrada na Promotoria de Justiça, os inquéritos policiais passam por imediata e integral leitura pela agente ministerial, que separa cada feito com etiquetas coloridas, identificando os que devem ser denunciados (etiqueta verde) e os que devem ser arquivados (etiqueta vermelha), identificando-os ainda por grau de dificuldade com relação à compreensão dos fatos apurados e à peça a ser elaborada, de modo que estagiários de diversos níveis sejam direcionados aos feitos que se

já se encontram habilitados a manusear (etiquetas rosa, azul, prateada e dourada). Os inquéritos policiais que necessitam de diligências complementares são identificados com uma tarja de fita colante vermelha na lateral e são elaboradas manifestações de dilação de prazo, contendo as diligências que deverão ser realizadas pela autoridade policial, se verificada a necessidade de direcionamento da investigação. Os inquéritos mais antigos, que integram o plano setorial de conclusão mais célere são identificados com tarja de fita colante amarela e preta na lateral, de modo que são facilmente identificados na promotoria e nas unidades policiais. Os inquéritos que permanecem na unidade ministerial são separados por pilhas de arquivamento e denúncia, de acordo com ordem de entrada, identificados com placas de acordo com o mês da entrada. Assim, são estabelecidas metas mensais para a elaboração de denúncias, que ora se referem à ordem cronológica, ora se referem à prioridade e maior gravidade dos delitos (p.ex. Roubos, estupros, tráfico de drogas, crimes de trânsito, injúrias raciais, racismo, crime contra idosos, etc).”

Resultados / Impacto:

Com o desenvolvimento das medidas mencionadas, foram oferecidas 3434 denúncias, promovidos 4271 arquivamentos e devolvidos 5188 inquéritos para as unidades policiais, desde o dia 07 de janeiro de 2013, data da assunção desta agente ministerial na Promotoria. Assim, o número de feitos caiu de 6.990 no início de janeiro de 2013 para atuais 1742 inquéritos policiais (dados do MP), ressaltando que foram transferidos 500 inquéritos para a 14ª Promotoria de Justiça, em maio de 2016. No período foram encerrados 9.655 feitos, considerando denúncias, arquivamentos, declínios de atribuições, etc.

Descrição dos Recursos Envolvidos:

Recursos humanos, etiquetas coloridas, rolos de fitas colantes coloridas.

Dificuldades encontradas:

“Inicialmente, a maior dificuldade relacionava-se ao elevado número de inquéritos policiais que tramitavam há vários anos, a maioria dos quais não se encontravam cadastrados no sistema ProMP, que havia se instalado há

pouco tempo. Portanto, não havia um controle efetivo sobre a tramitação dos feitos e nem segurança acerca dos dados estatísticos. Após a adoção das medidas já citadas, foi possível reduzir grande parte do número de inquéritos antigos. No entanto, ainda existe uma grande demanda na Comarca de Londrina, que, associada à falta de estrutura da Polícia Civil, faz com que o número de inquéritos em trâmite continue elevado. Outra dificuldade tem sido a ausência de servidor administrativo na Promotoria de Justiça, sendo que os serviços administrativos são realizados pela assessoria jurídica e pelos estagiários, retirando-os do foco do trabalho jurídico. Verificou-se ainda um grande despreparo dos agentes policiais na realização dos atos mais comzeinhas e na observância de forma dos inquéritos policiais (na época, vários servidores policiais não tinham frequentado a escola de polícia). Ademais, a leitura integral de todos os feitos levou a um grande atraso nas manifestações, o que foi antecipado à Corregedoria-Geral do Ministério Público quando da assunção da unidade ministerial, diante do grande volume de feitos a serem analisados, do motivo pelo qual esta agente sofreu algumas representações de caráter disciplinar por advogados, vítimas, etc. Além disso, em razão do atraso, houve necessidade apresentar justificativa à Corregedoria do Conselho Nacional do Ministério Público, por oportunidade da inspeção realizada em todo o Estado do Paraná, no ano de 2014.”

Estratégias de superação das dificuldades:

“Foram adotados dois tipos de estratégias: 1. A primeira, de atuação interna, envolveu a mobilização e conscientização de toda a equipe sobre a necessidade de otimizar a tramitação dos inquéritos policiais, com a sua devolução à Delegacia apenas para realização de diligências de extrema relevância, devendo as demais diligências, de menor complexidade, serem realizadas em gabinete. Além disso, foram traçados planos de metas mensais, inclusive com a especificação de dias da semana para elaboração de manifestações incidentais, e realização de mutirões em finais de semanas. Estabelecimento de metas de conclusão dos feitos mais antigos no Plano Setorial anual. 2. A segunda, de atuação externa, foi concretizado através da aproximação com a Polícia Civil, com pedidos formais de colaboração encaminhados ao Delegado-Chefe da 10ª SDP e aos delegados de polícia; maior controle dos prazos e das diligências realizadas, por meio de visitas

periódicas nas unidades policiais e acompanhamento dos inquéritos policiais; representações encaminhadas à Corregedoria da Polícia Civil para apuração de faltas disciplinares de agentes policiais. Expedição de recomendações administrativas às diversas policias (civil, militar, rodoviária). Propositura de Ação Civil Pública contra o Estado do Paraná visando o aumento de efetivo policial civil na Comarca de Londrina, em trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Londrina.”

CONCURSO “VI PRATA DA CASA”

Edição 2016

Cadastro da Boa Prática

3º LUGAR

Nome do Participante: Katia Krüger

Cargo: Promotora de Justiça

Cidade: Toledo - Paraná

Título da Boa Prática: Pacto pela Criança - Tributo à Cidadania

ALINHAMENTO ESTRATÉGICO

A prática contribui com qual (quais) objetivo(s) estratégico(s) do MPPR:

ORDEM JURÍDICA E CIDADANIA

- Assegurar a proteção integral da criança e do adolescente.

Descrição Resumida:

Desde 2002 o CMDCA (Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente) de Toledo coordena a “Campanha Legal”, que visa estimular as doações de imposto de renda, conscientizando os contribuintes, Pessoas Física e Jurídicas a destinarem parte do seu imposto de renda ao Fundo dos Direitos da Criança e do Adolescente, conforme autoriza o art. 260 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). Consoante preceitua a legislação, a pessoa jurídica pode doar (destinar) até 1% (um por cento) e a pessoa física até 6% (seis por cento) do seu imposto devido. A vantagem desta destinação (doação) de parte do imposto de renda é imensa, pois permite que um percentual do imposto de renda dos municípios seja aplicado diretamente no município de Toledo, em benefício das crianças e adolescentes que aqui vivem, através do direcionamento destes valores a 08

(oito) entidades não governamentais que atuam na proteção e defesa dos direitos das crianças e adolescentes, bem como em serviços de convivência e fortalecimento de vínculos (de acordo com o art. 260, §1º-A). À medida que o tempo foi passando, vários parceiros foram sendo agregados à campanha, cada um com uma função específica dentro de sua área de atuação e abrangência. Dentre os parceiros podemos mencionar a ACIT (Associação Comercial e Industrial de Toledo), a Associação dos Contabilistas, e Sindicato dos Contabilistas do Oeste do Paraná (SINCOESTE), SESCAP, a ATI (Associação Toledana de Imprensa), e o Município de Toledo. Também as entidades não governamentais beneficiárias dos recursos captados fazem parte da campanha, demonstrando seu trabalho, e fazendo parte do esclarecimento à sociedade acerca do impacto que esses valores captados causam nas crianças, adolescentes, bem como nas famílias dos atendidos. Com o tempo percebeu-se que um grande entrave para os contribuintes realizarem a doação de parte do seu IR é o fato de que deveriam fazê-lo de forma antecipada, até 30 de dezembro, para poder compensar somente no próximo ano, a partir de abril. Segundo alegações de muitos contribuintes, dezembro era uma época difícil para ter dinheiro em caixa, tendo em vista as altas despesas de fim de ano. Desse modo surgiu a idéia de um projetopiloto envolvendo a participação de uma cooperativa de crédito. Segundo o sétimo princípio cooperativista, o interesse pela comunidade deve ser atendido e fomentado, já que uma cooperativa é fundada com os recursos da comunidade, deve promover o desenvolvimento sustentável das comunidades também através do cooperativismo financeiro. Assim, no ano de 2010 a Cooperativa de Crédito da Região Meridional – Sicoob Unicob Meridional aliou-se como parceiro no Pacto pela Criança, e abriu uma linha de limite de crédito rotativo, com juro zero, isto é, sem nenhum tipo de ônus, visando angariar recursos para o FIA. Esta parceria consubstancia-se do seguinte modo: o SICOOB abre uma linha de crédito rotativo sem juros; cada escritório de contabilidade entra em contato com seus clientes, orientando-os e convencendo-os acerca das vantagens desta doação do imposto de renda; em havendo anuência, o próprio contribuinte entra no site do Município de Toledo e emite a guia para pagamento do IR, ou o próprio escritório faz a emissão no valor previamente combinado; recebe do cliente até 8 (oito) cheques com vencimento a partir

de abril do próximo ano, e os entrega em caução ao SICOOB, juntamente com as guias emitidas; a cooperativa então quita as guias até o último dia útil do mês de dezembro, e a partir de abril do próximo ano (data do ajuste anual do IR), o SICOOB deposita os cheques dos contribuintes, e desse modo, vai quitando a antecipação de valores feita no ano anterior para pagamento das guias. Com o incremento do SICOOB como parceiro, houve um aumento de 77,5% por cento no valor arrecadado, vez que em 2009 houve destinação de R\$ 127,216,00, e em 2010, o valor saltou para R\$ 225.834,00. Já em 2011, o valor aumentou novamente, para R\$ 530.241,00 (um aumento significativo de 134%). Sendo constatada que a parceria com o SICOOB havia sido exitosa, em 2014 houve a adesão de nova cooperativa no Pacto pela Criança (Uniprime). A UNIPRIME Pioneira do Paraná, cooperativa dos profissionais de saúde (médicos, enfermeiros, dentistas, psicólogos, fisioterapeutas, etc), também abriu uma linha de crédito para a Campanha Legal. O modus operandi diferencia-se um pouco do procedimento da Sicoob, mas atinge o mesmo objetivo. A UNIPRIME também faz campanha de conscientização entre os seus associados, e para àqueles que desejarem destinar parte do seu IR, a cooperativa formaliza um contrato de financiamento (também a juro zero) com o contribuinte associado, libera o valor previamente combinado, quita a guia, e recebe os valores, também de forma parcelada (em até oito vezes), a partir do mês de abril do próximo ano (data em que normalmente se faz o ajuste anual do IR). Até a presente data, desde o início da prática, não houve nenhuma devolução de cheque por falta de pagamento, nem tampouco nenhuma prestação deixou de ser devidamente quitada. A atuação do Ministério Público se dilui em todas estas etapas, ou seja, há participação desde o lançamento oficial da Campanha Legal, durante a sua realização (através de entrevistas, reuniões, expedição de ofícios), durante o processo de destinação dos valores arrecadas, e até mesmo depois, durante a execução dos projetos e fiscalização acerca da regularidade dos emprego dos recursos pelas entidades. Desse modo, há verdadeiro pacto pela criança, com envolvimento de diversos segmentos sociais, de forma intersectorializada, em clara parceria público-privada, transfigurando-se em expressivo tributo à cidadania, que impacta positivamente, de forma direta e indireta, número indeterminado de pessoas beneficiadas com os valores captados.

Área de Atuação:

Criança e Adolescente

Iniciativa integra o Plano de Ação da Promotoria/ Unidade Administrativa?

Não

Objetivo:

“a) divulgar para o maior número possível de contribuintes a possibilidade de realizar a doação (destinação) de parte do imposto de renda para aplicação no próprio município em entidades não governamentais, que executam programas de proteção à criança, adolescente, e fortalecimento de vínculos, de acordo com o que preconiza o art. 260 do ECA; b) aumentar gradualmente o valor captado com a destinação dos recursos doados do IR; c) fortalecer a rede de proteção integral da criança e do adolescente na Comarca de Toledo; d) prevenir a ocorrência ou ameaça de violação de direitos da criança e do adolescente mediante a participação efetiva da sociedade por meio de destinação de recursos financeiros, dando concretude ao art. 70 do ECA.”

Justificativa:

“Fortalecer a rede de proteção à criança e adolescente é atividade finalística do Ministério Público, e este objetivo somente é atingido se houver recursos financeiros para tal. Em várias comarcas do Estado do Paraná, e também do Brasil, realizam anualmente campanhas para destinação (doação) de parte do imposto de renda para o FMDCA. O diferencial da prática de Toledo é o engajamento intersetorial da sociedade para além dos segmentos comumente envolvidos neste tipo de campanha (associação comercial e industrial, associação dos contabilistas, associação de imprensa, município, Ministério Público), com o incremento também das cooperativas de crédito que viabilizam uma linha de crédito rotativo a “juro zero”, que possibilita que vários contribuintes que não possuem dinheiro em caixa disponível no mês de dezembro, possam doar parte de seu imposto de renda, com antecipação do numerário pelas cooperativas, e possibilidade de quitá-las somente a partir do mês de abril do ano subsequente, de forma parcelada em até oito vezes, sem nenhum ônus, por ocasião do ajuste anual.”

Ações desenvolvidas:

“Para a concretização da ação são realizadas diversas atividades: a) realização de reuniões setorializadas com servidores públicos de vários órgãos; b) visitas à empresas; c) participação em conselhos sociais; d) expedição de ofícios e carta à entidades representativas da sociedade civil; e) realização de matérias jornalísticas; f) acompanhamento pelo Ministério Público de todos os atos concernentes à campanha legal, desde sua deflagração em solenidade própria, seu desenvolvimento, até seu encerramento com o efetivo repasse das verbas às entidades, e monitoramento da aplicação dos recursos por meio de procedimento administrativo próprio para cada entidade.”

Resultados / Impacto:

“Como resultados podemos mencionar o aumento gradativo e anual dos valores captados, de forma a demonstrar a contribuição efetiva do incremento das cooperativas de crédito no FMDCA, consoante os números abaixo: Em 2009 foram arrecadados R\$ 127.216,27 Em 2010 foram arrecadados R\$ 225.834,88 Em 2011 foram arrecadados R\$ 530.241,43 Em 2012 foram arrecadados R\$ 589.158,95 Em 2013 foram arrecadados R\$ 822.106,45 Em 2014 foram arrecadados R\$ 865.482,55 Em 2015 foram arrecadados R\$ 700.000,00 Da análise dos dados percebemos que houve um salto significativo de arrecadação se compararmos o ano de 2009, com o de 2010 (data do ingresso da parceria do SICCOB), e de 2013 em relação ao ano de 2014 (ano do ingresso da UNIPRIME). Certo é que em 2015 houve uma retração na arrecadação, todavia tal fato deveu-se muito provavelmente à crise financeira experimentada nos últimos dois anos, e como o valor captado é percentual do imposto de renda devido, se os contribuintes tiveram menor renda no período, compreensível que o valor do próprio imposto de renda, e portanto da destinação, também tenha diminuído. Todavia, analisando o período de 2009 a 2015, houve um aumento acumulado de mais de 450% (quatrocentos e cinquenta por cento) nos valores arrecadados.”

Descrição dos Recursos Envolvidos:

“Recursos humanos: todas as pessoas que puderem se engajar na campanha (agente ministerial, presidente de associações, membros de conselhos,

empresários, contabilistas, jornalistas, servidores, etc). Recursos físicos: papel, impressora, computadores, internet, microfones, projetor, veículos para deslocamento, telefone, etc. Recursos financeiros: valores para custeio do material de mídia, combustível, e material de expediente.”

Dificuldades encontradas:

“Uma grande barreira a ser vencida é a conscientização da sociedade acerca da possibilidade de realizar esta doação (destinação) do imposto de renda, bem como das vantagens para as crianças e adolescentes do município. Outra dificuldade encontrada é a ausência de engajamento de todos os contabilistas de Toledo, vez que há informações de que no município há cerca de 60 profissionais, sendo que somente há participação de aproximadamente metade deste número. Um grande problema enfrentado também é a ausência de tempo na agenda de vários profissionais, inclusive desta agente, de participar de todas as reuniões e visitas necessárias para um melhor desenvolvimento da campanha.”

Estratégias de superação das dificuldades:

“Com relação à conscientização da sociedade, todos os anos estão sendo realizadas campanhas de esclarecimento pelos diversos órgãos de imprensa (rádio, jornal) e mídias sociais sobre a importância da Campanha Legal para as crianças e adolescentes residentes em Toledo. Ainda visando superar esta dificuldade, esta Promotoria de Justiça encaminhará ao Executivo Municipal recomendação administrativa contendo minuta de projeto de lei com objetivo de conferir um “selo social” para as empresas que participam da campanha legal como contribuinte, bem como um “certificado de amigo(a) da criança” para os contribuintes pessoas físicas e jurídicas. Esta ação visa dar maior visibilidade à campanha legal, e conferir um agradecimento aos contribuintes, de modo a estimular outras pessoas a participarem. Com relação à dificuldade de adesão de todos os contabilistas, neste ano haverá premiação através de “vales de compra” para os escritórios de contabilidade que mais se destacarem na captação dos valores de IR. No âmbito da unidade ministerial será encaminhada correspondência a todos os contabilistas do município, solicitando adesão na campanha, destacando

a importância do trabalho de cada um na captação de contribuintes. No que concerne à falta de tempo, a alternativa é elencar quais as atividades são mais relevantes e prioritárias. Infelizmente a demanda de trabalho está cada vez maior, e os recursos humanos não crescem na mesma proporção.”

11.

Seção Interprosa

Palavras/vidas silenciadas

Aparecia sempre em letras garrafais, anunciando a dramaticidade de um ato cometido “por amor”: *crime passionnal*. Jornalistas, policiais, delegados, promotores, juízes, todos carregavam no peso da palavra desvirtuada. Num momento de paixão, desespero, sofrimento, desilusão, crivou o corpo da “amada” de balas. E tal como o sangue, a história corria, como se fosse a simples estória de um amor que não vingou. O sangue, a dor, o suspiro, a ausência, a vida desfeita, o absurdo e a contradição de deixar de existir pelas mãos de quem um dia prometeu afeto, tudo isso se perdia no relato floreado e policialesco de meia página que no dia seguinte embrulharia o peixe.

Nas ruas, em meio a cartazes, lágrimas, gritos e raiva, se buscava visibilizar o verdadeiro nome do ato: *fe-mi-ni-cí-dio*. Mas poucos ouviam. Das fronteiras de Ciudad Juarez, no México, às grandes, pequenas e médias cidades brasileiras, das renomadas metrópoles europeias aos vilarejos africanos, passando pelos vales do Médio Oriente, tentava-se a todo custo trazer à luz a palavra que visibilizava o fato de que mulheres morrem por serem mulheres. Incompreensão, ironia, escárnio. “Homens morrem mais”. Sim, mas morrem como as mulheres? “A morte das mulheres não pode valer mais”. Mas quem disse isso?

Em meio às estatísticas, nenhum sinal da palavra. Nas falas das autoridades, silêncio. Intelectuais não a pronunciam. Os homens que detém o poder de dar vida a políticas públicas não a levam em consideração.

E então veio a lei, e com ela o reconhecimento, pelo menos na forma e na linguagem: a aversão e o ódio ao feminino, às mulheres, podem matar. E matam, aos borbotões. A cada uma hora e meia, uma mulher morre no Brasil vítima de feminicídio, mais de 80% pelas mãos de companheiros

ou familiares, por não seguirem as regras milenares e não escritas que as submetem ao silêncio. Obediência ou morte.

A cada uma hora e meia.

Ainda há resistência. “Precisamos agir com neutralidade, sem militância”. Mas o que é a neutralidade? Advogar que as mulheres ganham equimoses, facadas e traumatismos cranianos por amor? Alguns bradam: “Isso não é machismo, é uma monstruosidade!”. Mas seriam as mortes causadas por um ser irreal, que surge das sombras e suga a vida das mulheres? “Não é misoginia, é doença, patologia!”. Então, seríamos nós um país feito de pais, irmãos, tios e (ex) companheiros psicopatas?

A cada uma hora e meia.

Nos tribunais, nos registros policiais e nas letras garrafais, ainda se recorre ao distúrbio, ao instinto, à paixão, ao descontrole, ao amor. Invisibilidade ou hostilidade às cinco sílabas. Mas o silêncio ensurdece. O invisível assoma. E a ausência preenche.

A cada uma hora e meia.

“Quem ama não mata”, continuam bradando nas ruas brasileiras, décadas após Doca Street matar Ângela Diniz e bravatear que o fez por amor e honra. “Nenhuma a menos”, insistem nos países vizinhos. Homens e mulheres começam a despertar.

Por que eles sentem que elas lhes pertencem?

Por que acreditam que têm o poder de decidir sobre a vida e a morte de quem está ao seu lado?

O que estamos ensinando aos nossos meninos?

Há, ainda, as que não morrem dentro de casa, nas mãos de quem as jurou amor, mas nas ruas, como corpos à disposição de estranhos, ou porque amavam outras mulheres, ou porque só lhes restou vender o corpo, ou porque lutavam por algum direito negado – à educação, ao próprio corpo, à liberdade. Quem grita por elas?

Contra a corrente, em nome da lei e do direito real de viver das mulheres, resiste-se. O Estado e a sociedade já não desviam o olhar. Há, sim, cronistas do cotidiano, repórteres, juristas, intelectuais e gente de todos os cantos que, na dureza do dia a dia, tentam transformar a forma, o verbo e a as letras em matéria, ato e concretude. Estancar o sangue. Contrariar as estatísticas. Não confundir amor com dor. Paixão com caixão.

A cada uma hora e meia.

O relógio anda. O ódio avança. O sangue jorra. Quem ousará visibilizar a palavra e a vida silenciadas?

Infância roubada

Uma amiga minha contratou um pedreiro para fazer uma calçada em sua casa. O pedreiro, Pedro, levou um neto, criança ainda, para ajudá-lo. Minha amiga comentou comigo que “era a coisa mais linda do mundo ver o menino trabalhando”. O pai do menor fora embora quando soube que sua mãe estava grávida, e nunca mais voltou. Então ele trabalhava com o avô no contraturno da escola, para ajudar a mãe, que era diarista.

Algumas vizinhas da minha amiga comentavam que “lugar de criança é na escola”, mas ela respondia:

- Trabalhar é bom, e ele está estudando!

Segundo se soube, o avô também fora um menino trabalhador. Trabalhava com seu pai, desde uns dez anos de idade, e com ele aprendeu o ofício, o qual dizia ser derivado do seu nome: “Pedreiro vem de Pedro”. Estudou pouco, porque trabalhava no pesado, chegava à escola cansado e à noite dormia cedo. Assim que o sol se deitava no horizonte, Pedro tomava banho, jantava, assistia um pouco de novela com a mãe e corria para a “Festa do Japa”, como ele dizia: “Já para a cama”.

Essa foi também a rotina do jovem Pedro, que desertou da escola aos treze para quatorze anos de idade. Permaneceu no ramo até hoje, sem condições de aposentar-se, pois nunca contribuíra com o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Agora está idoso, sua produção decaiu: trabalha menos e cansa mais do que antes. Sorte que tem o neto, Marcelo, ele pensa.

As vizinhas da minha amiga foram várias vezes conversar com Pedro, quando ele estava sozinho no trabalho. Falavam sobre direitos humanos, infância, educação e temas afins - contou-me minha amiga.

Finalmente, um dia Pedro teve um grande “momento de lucidez”, ao pensar em “Marcelo, pé de marmelo”, ou “Marcelo, cabeça de martelo”, como ele chama o neto às vezes. O avô ficou imaginando o futuro do menino: será igual ao seu próprio presente? Terá ele algum futuro?

O alquebrado pedreiro não deseja nem para seus inimigos a vida sofrida que levou. Muito menos para seu neto. Pedro nunca teve infância, tampouco adolescência. Casou-se cedo, semianalfabeto, e nunca se preocupou com os estudos da filha, Júlia. Neste momento sente que está explorando o neto, roubando-lhe a infância, assim como a sua fora roubada. Cansado, o pedreiro pensa se o salário que paga a Marcelo compensa o fato de tirar-lhe as ocasiões de jogar bola com os outros meninos de sua idade, de andar de bicicleta “a passeio”, de “namorar” uma menina do bairro...

O pobre pedreiro decide que não vale a pena, porque ele próprio trabalhou tanto e não está “bem de vida”. Mesmo se tivesse acumulado muitos bens, nada disso poderia trazer de volta sua infância roubada. Conclui que não há dinheiro que pague a alegria de brincar, e é bom se dedicar aos estudos, para depois não ser baixa renda e depender de Bolsa isso, Bolsa aquilo.

Nesse dia Pedro chegou em casa cansado. Chamou o neto e comunicou-lhe que ele não precisava mais ajudá-lo, até que concluísse seus estudos. Comentou sobre a necessidade de estudar e de brincar, que são direitos da criança. Direitos que ele, Pedro, nunca tivera. Roubaram-lhe sua infância, seu direito de vivê-la, usufruí-la!

A esposa de Pedro e a filha concordaram com ele. Júlia admitiu que poderia voltar a estudar, porque engravidou cedo e logo disse adeus aos bancos escolares. Entretanto, reconheceu que seu direito de estudar na época certa jamais poderá ser desfrutado.

Quando Pedro voltou para o trabalho, contou para as vizinhas da minha amiga a decisão que ele tomara. Estas ficaram em paz com suas consciências, pois, como se sabe, compactuar com uma injustiça é praticamente o mesmo que cometê-la.

Com relação à minha amiga, eu vou ter que conversar muito com ela, pois suas vizinhas não a convenceram que, bonito mesmo é brincar enquanto se é criança, é viver a infância e estudar.

Trabalho infantil não é bonito. É injustiça.

P de *Parquet*

Paulo Pacheco Pereira, paranaense, pobre, protestante praticante, pai presente. Para poder pagar pelo pão, prover pros pequenos pimpolhos, panfletava pelas praças, pintava paredes, pegava pesado, porém, pediu para parar, porque planejava prosperar.

Pessoa predestinada, preparou-se para profissão pública, portanto, precisou passar por professores, provas, programar pelos próximos passos.

Primeiramente, passou períodos peticionando, principalmente para pessoas pouco providas pecuniariamente. Preenchia procurações percebendo poderes para pleitear, promover pactos, protocolar pedidos para pensões, penhoras, parcelamentos, partilhas, pois pretendia propiciar paridade para população.

Posteriormente, pós-graduando prodígio, preferiu partir pro poder público, primando pelo *parquet*, perseverou pacientemente, praticou perguntas, prestou provas, porquanto, passou para Promotor Público, profissão proeminente, providencial para progredir.

Percorreu período probatório, principiante promissor, perspicaz, particularmente pragmático, persuasivo, provou possuir presteza, proficiência, proatividade, produzindo pareceres, peças, procedimentos, portarias (PRO-MP).

Protestou pelos plenários pedindo prisões, penas privativas, provisórias, protegendo patrimônio público, pleiteando permanentemente por probidade, perquirindo por produção probatória, perícias, pressupostos processuais.

Passou pelos piores perrengues processando pilantras poderosos, políticos perigosos, psicopatas pavorosos, peixes pequenos, pistoleiros, poluidores, pegando propinadores por peculato, perjúrio, prevaricação, procurando promover paz, parar preconceitos, punir penalmente práticas proibidas, preservar, plantar para posteridade.

Pelo presente pronunciamento, pode parecer piada, para Paulo Pacheco, prazer pela profissão. Prestigiado pelo povo, prevê pressão popular, pessoas preocupadas, pugnando por posturas públicas práticas, proporcionais pras partes “*pari passu*”, pedindo por proteções pessoais, pacificações, policiamento, prontos-socorros preparados pros pacientes, prevenções, progressões, prerrogativas pertinentes.

Perdeu privilégios, passou por perseguições, polêmicas, provocações, perigos pelos pretórios, periferias, penitenciárias precárias, presídios pouco protegidos.

Pisando por pedras pontudas, Paulo Pacheco promete prosseguir, percorrer pelas provações passadas, presentes, porvir. Passando pelos precipícios, perdas, perturbações, percalços, prejuízos, privações presumidas, pesares profundos, prováveis perigos, piores pesadelos.

Precisa precaver-se para poder passear pelos pontos preferidos, pedalar, pescar, praticar passatempos prediletos, pernoitar para proveito próprio; pervagar pelas praias, portos, parques, principais paisagens.

Prestando plantões, precisa permanecer por perto, preparado pros problemas prementes, paletó passado, pasta pronta, precavido.

Pela paixão profissional, planeja persistir, perdurar, procurar potencializar, propagar pensamentos, permear parcerias para políticas públicas proveitosas.

Premiado pelos projetos publicados, profere palestras, postula pelos princípios promulgados, proclamados para pátria. Parece pouco?

Permita-me pedir perdão pela particularidade proposta, pois, primo pela perfeição, pronunciando palavras precisas, prosa pequena, porém pouco presunçosa.

Pedido procedente. Persisto pacientemente, produzindo precioso, poético, postimeiro parágrafo. Paulo Pacheco, Promotor produtivo, precisa prosseguir, possui prazos pequenos, procrastinando podem precluir, pilhas processuais pedem por posicionamentos, papéis, páginas, PDFs, prontos para pré-análise (PROJUDI).

12.

Normas para
publicação dos artigos

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO DOS ARTIGOS

Estrutura do artigo:

Os trabalhos devem ser redigidos em formato Word, fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5. Os parágrafos devem ser justificados, o tamanho do papel deve ser A4 e as margens utilizadas idênticas, de 3 centímetros. Limite de 15 a 40 páginas.

Devem ser apresentados contendo:

- a) título do artigo em português e inglês;
- b) folha de rosto com: nome do autor, qualificação profissional e acadêmica, endereço completo, telefones e e-mail, além de autorização expressa para publicação do artigo no periódico.
- c) sumário do artigo;
- d) resumo do artigo, redigido em parágrafo único e espaço simples em português;
- e) resumo do artigo em língua estrangeira;
- f) abstract;
- g) palavras-chave (no máximo cinco, pertinentes ao assunto do trabalho);
- h) palavras-chave em língua estrangeira (espanhol, inglês, francês, italiano ou alemão);
- i) keywords;
- j) nome do autor;
- k) qualificação profissional e acadêmica;
- l) epígrafe (se houver);
- m) texto do artigo;
- n) referências.

Recomenda-se que todo destaque que se queira dar ao texto seja feito com o uso de itálico, evitando-se o negrito e o sublinhado. As citações (palavras, expressões, periódicos) deverão ser conferidas pelos autores e/ou tradutores; as citações textuais mais longas (mais de três linhas) devem constituir um parágrafo independente, com recuo esquerdo de 2 centímetros (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho de fonte 10; as citações textuais curtas (de até três linhas) devem ser inseridas no texto, entre aspas e sem itálico. As expressões em língua estrangeira deverão ser padronizadas, destacando-as em itálico.

O uso do *op.cit.*, *ibidem* e do *idem* nas notas deve ser evitado, substituindo-se pelo nome da obra por extenso, observadas as demais normas da ABNT para artigos científicos. Os artigos para publicação deverão ser preferencialmente inéditos e para publicação exclusiva. Uma vez publicados na Revista, também poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original.

A Revista se reserva o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações de seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

Os trabalhos serão selecionados pelo *Conselho Editorial da Revista* que poderá solicitar sua avaliação por profissionais com reconhecida produção científica na área. Em nenhuma hipótese, a autoria dos trabalhos será identificada, durante o processo de avaliação. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

As propostas de artigos para edição e eventuais dúvidas deverão ser enviadas para revista@mppr.mp.br.

OBSERVAÇÃO: Favor informar endereço físico e e-mail para contato.

**FOTOS DO CONCURSO
CULTURAL CLIQUE CIDADÃO
DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO PARANÁ**

FOTO 1

Elaine Osato

FOTO 2

Luciano de Jesus Teixeira

FOTO 3

Thaís Sydor

FOTO 4

Stefany Alves Veronese

FOTO 5

Paloma Nunes Gimenez

FOTO 6

Hélio Luiz Almeida Oliveira

FOTO 7

Jessica Tanaka

FOTO 8

Claudia Maria Vasconcelos

FOTO 9

Vinicius Rodrigues

FOTO 10

Irene Dornelles



MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná



ASSOCIAÇÃO PARANAENSE
DO MINISTÉRIO PÚBLICO



Fempar
Fundação Escola do
Ministério Público do Estado do Paraná