ISSN 0101 - 949X

JUSTITIA

Publicada desde 1939

MPSP

A Revista do Ministério Público de São Paulo

208 jul./dez. 2016

JUSTITIA

Publicada desde 1939

Diretor
Wallace Paiva Martins Junior

Conselho Redacional
Arthur Migliari Junior
Sérgio de Oliveira Médici
Vladimir Brega Filho
Zenon Lotufo Tertius

Coordenação Geral
Maria de Fatima Vieira dos Santos da Silva
Concepção de Projeto Editorial
Ada Santos Seles
Revisão de Texto (Língua Portuguesa)
Conselho Redacional
Tradução para Língua Inglesa
Conselho Redacional
Editoração Eletrônica
Marcelo Soares

SUBÁREA DE APOIO TÉCNICO – REVISTA *JUSTITIA*
Praça Dr. João Mendes, s/nº – 15º salas 1.502 e 1.504 – Centro
CEP.: 01501-900 – São Paulo – Brasil
Tel.: (55 11) 3243-4883/4840/4837 – Fax: (55 11) 3243-4885
E-mail: revistajustitia@mpsp.mp.br

Solicita-se permuta.

As ideias e conceitos expressos nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

JUSTITIA

Publicada desde 1939

Publicada pela
Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público

ISSN 0101-949X

Justitia	São Paulo	ano 73	v. 208	2016	p. 1 - 378

JUSTITIA / Ministério Público de São Paulo. São Paulo, SP : Procuradoria-Geral de Justiça, Associação Paulista do Ministério Público, 1939 - .

Semestral

ISSN 0101-949X

1939 – 2013-2014-2015 (1 – 204/205/206)

2016 (207, 208)

1. Direito – Periódicos. I. São Paulo (Estado) Ministério Público.

CDU – 34(816.1) (05)

JUSTITIA

Publicada desde 1939

Publicada pela
Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Procuradoria-Geral de Justiça
Gianpaolo Poggio Smanio

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Presidente
Felipe Locke Cavalcanti

JUSTITIA

Diretor
Wallace Paiva Martins Junior

Conselho Redacional
Arthur Migliari Junior
Sérgio de Oliveira Médici
Vladimir Brega Filho
Zenon Lotufo Tertius

Conselho Editorial
António Cluny (Portugal)
Antonio Magalhães Gomes Filho
Antonio Scarance Fernandes
Celso Lafer
Dalmo Dallari
Dirceu de Mello
Eugênio Zaffaroni (Argentina)
Fabio Konder Comparato
Hugo Nigro Mazzilli
Giulio Illuminati (Itália)
Jan Simon (Alemanha)
José Celso de Mello Filho
José Renato Nalini
Jorge Miranda (Portugal)
Jorge Figueiredo Dias (Portugal)
Maria Berenice Dias
Maria Schnebli (Zurique-Suiça)
Ricardo Boscovisch (Miami-EUA)
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery

Conselho Consultivo
Carlos Alberto de Salles
Gianpaolo Poggio Smanio
José de Oliveira
Susana Henriques da Costa
Vidal Serrano Nunes Júnior

JUSTITIA

Publicada desde 1939

Publicada pela
Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com a Associação Paulista do Ministério Público

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
Ano 2016

Procurador-Geral de Justiça
Gianpaolo Poggio Smanio

Subprocuradores-Gerais de Justiça

Políticas Administrativas e Institucionais
José Antonio Franco da Silva

Jurídica e Competência Originária
Nilo Spinola Salgado Filho

Políticas Criminais e Institucionais
Mário Luiz Sarrubo

Planejamento Institucional
Paulo Sérgio de Oliveira e Costa

Corregedor-Geral
Paulo Afonso Garrido de Paula

Vice-Corregedora-Geral
Tereza Cristina Maldonado Katurchi Exner

Chefe de Gabinete
Luiz Henrique Cardoso Dal Poz

Diretor-Geral
Ricardo de Barros Leonel

Ouvidor
Roberto Fleury de Souza Bertagni

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Composição – 2016

Presidente
Procurador-Geral de Justiça
Gianpaolo Poggio Smanio

Corregedor-Geral
Paulo Afonso Garrido De Paula

Procuradores de Justiça – Conselheiros

José Correia de Arruda Neto
Liliana Mercadante Mortari
Luis Paulo Sirvinskas
Luiz Antonio de Oliveira Nusdeo
Marcio Sergio Christino
Monica de Barros Marcondes Desinano
Paulo Sergio Puerta dos Santos
Tiago Cintra Zarif, (secretário)
Vidal Serrano Nunes Junior.

ÓRGÃO ESPECIAL DO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA
Composição – 2016

Presidente
Procurador-Geral de Justiça
Gianpaolo Poggio Smanio

Corregedor-Geral
Paulo Afonso Garrido De Paula

Membros Natos

Fernando José Marques
Álvaro Augusto Fonseca de Arruda
Pedro Franco de Campos
José Correia de Arruda Neto
Carlos Augusto Salles Sgarbi
João Eduardo Gesualdi Xavier Freitas
João Machado de Araújo Neto
Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz
Oscar Mellim Filho
Antonio de Pádua Bertone Pereira
Sérgio Neves Coelho
Jurandir Norberto Marçura
Walter Paulo Sabella
Luiz Cyrillo Ferreira Júnior
Rodrigo César Rebello Pinho
Ana Maria Napolitano de Godoy
Fernando José Martins
João Alves de Souza Campos
Luiz Antonio Guimarães Marrey
Newton Reginato

Membros Eleitos

Dora Bussab
Ana Margarida Machado Junqueira Beneduce
Hamilton Alonso Junior
Juang Yuh Yu
Andréa Chiaratti do Nascimento Rodrigues Pinto
Pedro de Jesus Juliotti
José Oswaldo Molineiro
José Reynaldo de Almeida
Paulo Sérgio de Oliveira e Costa
Carlos Eduardo Fonseca da Matta
Edgard Moreira da Silva
David Cury Júnior
Maria da Gloria Villaça Borin Gavião de Almeida
Dimitrios Eugenio Bueri
Rodrigo Canellas Dias
Mario Antonio de Campos Tebet
Mario Luiz Sarrubbo
Antonio Celso Pares Vita
Martha de Toledo Machado
Marcos Hideki Ihara

DIRETORIA DA ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Composição – 2016

Presidente
Felipe Locke Cavalcanti

1º Vice-Presidente
Márcio Sérgio Christino
2º Vice-Presidente
Gabriel Bittencourt Perez
1º Secretário
Paulo Penteado Teixeira Junior
2º Secretário
Tiago de Toledo Rodrigues
1º Tesoureiro
Marcelo Rovere
2º Tesoureiro
Francisco Antonio Gnipper Cirillo
Diretora de Relações Públicas
Paula Castanheira Lamenza
Diretora de Patrimônio
Fabiola Moran Faloppa
Diretora de Aposentados
Cyrdemia da Gama Botto
Diretor de Prerrogativas
Salmo Mohmari dos Santos Júnior

EDITORIAL

Prezado leitor,

Em continuidade à sua missão de divulgar estudos jurídicos de interesse do Ministério Público e de todas atividades ligadas ao Direito, a Revista Jurídica publica mais uma edição – a de número 208 – agora exclusivamente em versão eletrônica.

A edição traz na seção criminal três artigos: O controle externo da atuação policial na repressão à violência contra a mulher, de autoria de Wendell Beetoven Ribeiro Agra; O sistema acusatório de processo e seus elementos essenciais, escrito por Eduardo Olavo Neves Canto Neto; e Problemas de direito comparado na colaboração premiada, assinado por Josiane Ferreira Rodrigues de Medeiros.

Na parte cível, este número contém seis estudos: A aposentadoria compulsória por idade e a Emenda n. 88 à Constituição de 1988, por Wallace Paiva Martins Júnior; Ação rescisória e coisa julgada inconstitucional no novo CPC, por Fábio Meneguelo Sakamoto; Estado protetor ou estado interventor? O papel da Família no ordenamento jurídico brasileiro, de Felipe Gabriel Schultze e Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima Teixeira; (In)Segurança jurídica? Breves comentários à Lei n° 13.655/18, de Rafael de Oliveira Costa; Mandado de segurança coletivo: identificação de demanda e sua relação com mandado de segurança individual e outras ações coletivas, de Ursula Ribeiro de Almeida; e O direito de superfície na Alemanha e o seu caráter social, por Leonardo Estevam de Assis Zanini.

Os artigos dedicados aos interesses difusos e coletivos são dois: Formas de atuação do Promotor do Meio Ambiente e Urbanismo e a efetivação do papel constitucional do Ministério Público como representante

da sociedade, por Luis Henrique Paccagnella; e Judicialização da educação infantil, o trabalho dos professores e a qualidade da educação: relações possíveis, de Carlos Roberto Jamil Cury e Luiz Antonio Miguel Ferreira.

Sobre a doutrina do Ministério Público esta edição apresenta: Precedentes judiciais e a atuação do Ministério Público por meio do inquérito civil, por Alexandre Alberto Azevedo Magalhães Junior; Otimização da atuação do Ministério Público no exercício da função de custos legis – uma proposta, por Eloy Ojea Gomes; e A natureza do método científico com aplicações à resolutividade do Ministério Público, por João Gaspar Rodrigues.

A edição contém ainda manifestação processual elaborada por Fernando Célio de Brito Nogueira, relativa ao crime de tráfico de drogas.

São excelentes trabalhos doutrinários que contribuem para os estudos de todos os profissionais da área jurídica.

Boa leitura.

Sérgio de Oliveira Médici
Procurador de Justiça
Diretor Adjunto

SUMÁRIO / *CONTENTS*

CRIMINAL / *CRIMINAL*

O Controle Externo da Atuação Policial na Repressão à Violência Contra a Mulher
External control of police action in the repression of violence against women
Wendell Beetoven Ribeiro AGRA 13

O Sistema Acusatório de Processo e seus Elementos Essenciais
The accusatory process system and its essential elements
Eduardo Olavo Neves CANTO NETO 44

Problemas de Direito Comparado na Colaboração Premiada: A Regra de Corroboração
Problems of Comparative Law in the Plea Bargain: The Corroboration Rule
Josiane Ferreira Rodrigues MEDEIROS 71

CÍVEL / *CIVIL*

A Aposentadoria Compulsória por Idade e a Emenda n 88º à Constituição de 1988
Compulsory retirement by age and Amendment **nº. 88** to the 1988 Constitution
Wallace Paiva MARTINS JUNIOR 92

Estado Protetor ou Estado Interventor? O Papel da Família no Ordenamento Jurídico Brasileiro
Protective state or intervening state? The role of the family in the Brazilian legal system
Felipe Gabriel SCHULTZE e Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima TEIXEIRA 100

(In)Segurança Jurídica? Breves Comentários à Lei nº 13.655/18
Juridical (in)security? Brief comments on Law 13.665/18
Rafael de OLIVEIRA COSTA..... 113

Mandado de Segurança Coletivo: Identificação de Demanda e sua Relação com Mandado de Segurança Individual e Outras Ações Coletivas
Class Mandamus Writ: Legal Demand Identity and its connection with individual writ and others class actions
Ursula Ribeiro de ALMEIDA..... 145

O Direito de Superfície na Alemanha e o seu Caráter Social
THE RIGHT OF SUPERFICIES IN GERMANY AND ITS SOCIAL CHARACTER
Leonardo Estevam de Assis ZANINI 180

Rescisão da Sentença Institucional
Termination of Unconstitutional Judgment
Fábio Meneguelo SAKAMOTO 205

INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS / *DIFFUSE AND COLLECTIVE INTERESTS*
Formas de Atuação do Promotor do Meio Ambiente e Urbanismo e a Efetivação do Papel Constitucional do Ministério Público como Representante da Sociedade
Forms of action of the Attoney at Law for the Environment and Urbanism and the fulfillment of the constitutional role by the Prosecutor´s Office as a representative of society.
Luis Henrique PACCAGNELLA..... 228

Judicialização da Educação Infantil, o Trabalho dos Professores e a Qualidade da Educação: Relações Possíveis.
Judicialization of early childhood education, the work of teachers and the quality of education - possible relationships
Carlos Roberto Jamil CURY e Luiz Antonio Miguel FERREIRA..... 242

DOUTRINA DO MINISTÉRIO PÚBLICO / *THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE DOCTRINE*
A Natureza do Método Científico com Aplicações à Resolutividade do Ministério Público
The nature of the scientific method with applications to the Public Prosecution Service's resolution
João Gaspar RODRIGUES 261

Otimização da Atuação do Ministério Público no Exercício da Função de Custos Legis – Uma Proposta
Optimization of the performance of the Prosecutor´s Office in the exercise of the custos legis function - a proposal
Eloy Ojea GOMES 297

INTERNACIONAL / INTERNATIONAL
Missões de Paz e a Atuação do Brasil na Minustah
Peace Missions and Brazil's performance at Minustah
Aline Almeida COUTINHO SOUZA..... 316

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL / *PROCEDURAL MANIFESTATION*
CRIMINAL
Crime de tráfico de drogas - Mais de quatro quilos de "crack", composto à

base de cocaína – Autoria e materialidade comprovadas – Inviabilidade de todas as alegações de nulidade das interceptações telefônicas, por ausência de autorização judicial, que existe; de inconstitucionalidade e ilegalidade das investigações criminais conduzidas pelo Ministério Público, que não se sustentam conforme precedentes do STF, do STJ e do TJSP; do trabalho da Polícia Militar, em decorrência daquela investigação; de ilicitude das provas; de ausência de degravação integral do conteúdo das conversas interceptadas, desnecessárias, conforme precedentes do STF, que decidiu no Plenário da Corte sobre a matéria - Inviabilidade do prequestionamento vago e impreciso
Fernando Célio de Brito NOGUEIRA..... 342

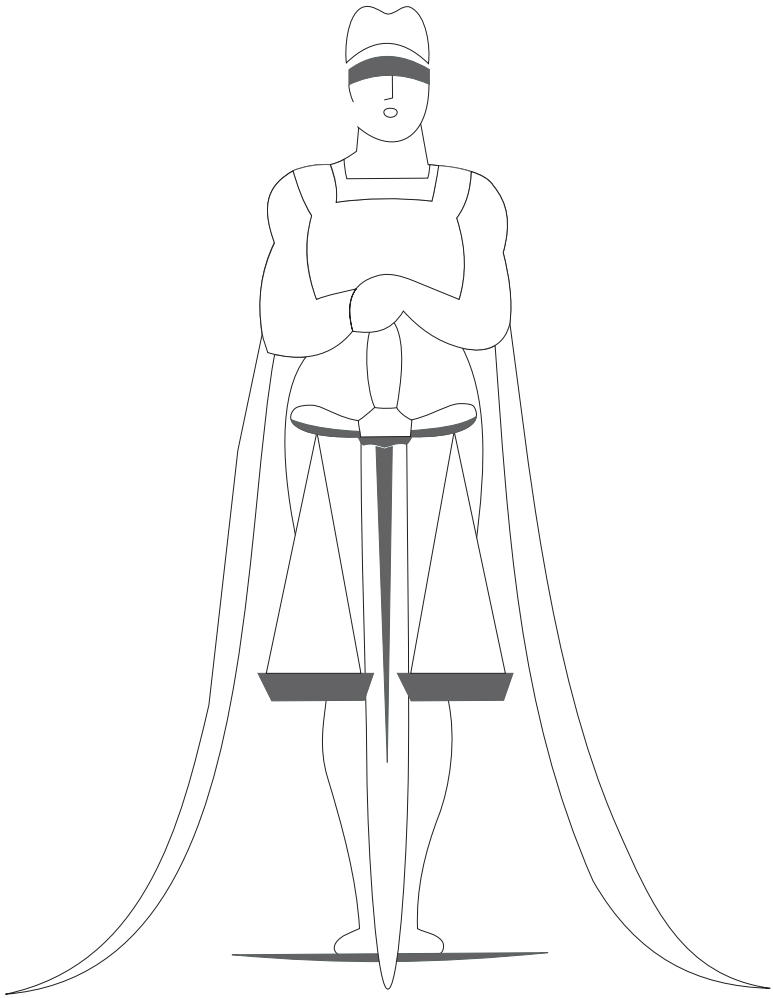
ÍNDICE DE ASSUNTOS 371

SUBJECT INDEX 374

ÍNDICE DE AUTORES/*AUTHORS INDEX* 377

CRIMINAL

CRIMINAL



O Controle Externo da Atuação Policial na Repressão à Violência Contra a Mulher

Wendell Beetoven Ribeiro AGRA*

- **SUMÁRIO**: Introdução. 1 Dever de proteção. 2 Disposições específicas da Lei Maria da Penha. 3 Eficiência da atividade policial. 4 Controle externo da atividade policial: 4.1 Fundamento. 4.2 Finalidade e amplitude. 4.3 Formas: 4.3.1 Controle difuso (atuação criminal): i) Controle das prisões efetuadas pela polícia; ii) Legitimidade exclusiva para postular a decretação de prisão e de outras medidas cautelares penais; iii) Inconstitucionalidade da lei que autoriza policiais a conceder medidas protetivas; iv) Requisição da instauração de investigação policial ou de diligências. 4.3.2 Controle concentrado (atuação cível e extrajudicial). Conclusão. Referências

- **RESUMO**: O estudo examina o controle da eficiência da atividade policial na repressão à violência doméstica e familiar contra a mulher, pelo Ministério Público, nos seus aspectos difuso e concentrado, com especial enfoque no direito fundamental à boa administração dos serviços de segurança pública.

- **PALAVRAS-CHAVE**: Violência contra a mulher. Dever de proteção. Segurança pública. Atividade policial. Eficiência. Controle externo. Ministério Público.

Introdução

A violência doméstica e familiar contra a mulher é um grave problema de segurança pública no Brasil, o que pode ser constatado pelas estatísticas criminais, inclusive em relação aos homicídios perpetrados em razão da condição de mulher (feminicídio), realidade que exige do Estado uma atuação

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Especialista em direito processual civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestre em segurança pública pelo Instituto Universitário da Polícia Federal Argentina. Titular da Promotoria de Justiça de Controle Externo da Atividade Policial e Tutela do Sistema Penitenciário da comarca de Natal.

eficiente para prevenir, investigar e punir a violência de gênero. O arcabouço normativo vigente, constituído de normas constitucionais, internacionais e legais, fixam as regras de atuação estatal necessárias ao enfrentamento dessa peculiar forma de violência, sendo a atuação policial um dos seus principais instrumentos. O ordenamento jurídico nacional, por outro lado, conferiu ao Ministério Público a função institucional de controlar externamente a atividade policial.

Nesse contexto, serão analisados os fundamentos do dever estatal de proteção contra a violência no âmbito das relações familiares, os mecanismos previstos na Lei nº 11.340, de 2006, o dever de eficiência das atividades policiais e o correspondente direito fundamental à boa administração dos serviços de segurança pública, examinando, detidamente, a atuação do Ministério Público como órgão de controle externo dessa atividade, enfocando o seu fundamento jurídico, a finalidade, a amplitude e as formas de realização desse controle.

1 Dever de proteção

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, como direitos fundamentais, a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade, dentre muitos outros (art. 5º). Também estabeleceu que a segurança é um direito social (art. 6º) e que a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através das polícias e dos corpos de bombeiros, devendo as leis que disciplinam a organização e o funcionamento desses órgãos garantir a eficiência de suas atividades (art. 144, *caput* e §7º). A mesma Carta Política determina que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, §8º).

No plano do direito internacional, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará[1], define a violência contra a mulher como qualquer ação ou conduta,

[1] Adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 06/06/1994 e ratificada pelo Brasil em 27/11/1995, foi aprovada pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 107/1995 e promulgada pela Presidência da República pelo Decreto nº 1.973/1996.

baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público quanto privado, e estabelece diversos deveres para os Estados-partes. Por força dessa convenção, o Brasil assumiu o dever de condenar todas as formas de violência contra a mulher e concordou em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas a prevenir, punir e erradicar dita violência e empenhar-se em: "b) atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; (...) d) adotar medidas jurídicas que exijam do agressor abster-se de fustigar, perseguir, intimidar, ameaçar, machucar, ou pôr em perigo a vida da mulher de qualquer forma que atente contra sua integridade ou prejudique sua propriedade; (...) f) estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher que tenha sido submetida a violência, que incluam, entre outros, medidas de proteção, um julgamento oportuno e o acesso efetivo a tais procedimentos" (artigo 7 da Convenção).

A Lei nº 11.340, de 2006, criou os mecanismos jurídicos para a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. O diploma legal ficou conhecido como *Lei Maria da Penha* (embora o texto não faça referência a tal denominação), porque, na realidade, decorreu do reconhecimento da responsabilidade do Brasil pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso envolvendo a senhora *Maria da Penha Maia Fernandes*, vítima de homicídio na forma tentada, perpetrado pelo próprio marido, que permaneceu impune por mais de 19 anos, apesar de condenado, em razão da lentidão do processo, com sucessivos recursos. O Relatório nº 54/2001, da Comissão, registrou que *a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento do compromisso assumido pelo Brasil de reagir adequadamente ante a violência doméstica*. Ainda constou do referido relatório a recomendação para *a adoção de medidas, no âmbito nacional, para eliminar essa tolerância do Estado ante a violência doméstica contra as mulheres*[2].

Essa lei criou um microssistema de proteção especial destinado a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, do qual decorrem deveres específicos para as diversas instituições envolvidas na persecução penal,

[2] CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 14.

como as polícias, o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Poder Judiciário, inclusive com as diretrizes de criação, nos Estados e no DF, de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (art. 14).

O art. 121 do Código Penal foi alterado em 2015, pela Lei nº 13.104, para tipificar o feminicídio como modalidade qualificada do crime de homicídio, com a inserção do inciso VI ao seu §2º (crime hediondo). O feminicídio ocorre quando o homicídio é com, etido contra a mulher em situação de violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher (§2º-A). A mesma lei ainda inseriu no art. 121 do CP o §7º, que determina o aumento de pena quando o crime for praticado numa das seguintes situações: a) durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; b) contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; e c) na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

O recrudescimento da legislação penal quanto ao feminicídio decorreu do aumento desse tipo de delito no Brasil. O tradicional estudo realizado anualmente por Julio Jacobo Waiselfisz, denominado Mapa da Violência, na sua versão 2015[3], teve como foco o homicídio de mulheres no Brasil. O estudo revelou que, em 33 anos, entre 1980 e 2013, mais de 106 mil mulheres foram assassinadas no país. O número de mortes passou de 1.353 (1980) para 4.762 (2013), o que representa um aumento de 252% nos quantitativos de mulheres vítimas de assassinato, numa média diária de 13 homicídios femininos. Foi realizada ainda uma análise comparativa com os dados internacionais disponíveis (fornecidos pela Organização Mundial da Saúde), evidenciando que o Brasil, com uma taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, ocupava, à época, a 5ª posição entre 83 países analisados, com uma quantidade 2,4 vezes maior que a média internacional[4]. No mesmo sentido, o Atlas da Violência 2019, publicado pelo IPEA, revelou que a média diária de homicídios femininos foi mantida em 2017, quando 4.936 mulheres foram assas-

[3] Waiselfisz, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: Flasco Brasil, 2015. Disponível em: https://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2015_mulheres.php. Acesso em 02/06/2019.

[4] O estudo revelou que, em relação aos homicídios de mulheres, apenas El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia tinham taxas maiores que a do Brasil, que, por sua vez, era maior 48 vezes que a do Reino Unido, 24 vezes que as da Irlanda ou Dinamarca ou 16 vezes que as do Japão ou Escócia.

sinadas, acrescentando que houve um crescimento de 30,7% no número de homicídios de mulheres no país durante a década de 2007 a 2017[5].

Mais recentemente, as Leis nº 13.718 e 13.772, ambas de 2018, modificaram diversos dispositivos no título da parte especial do Código Penal que trata dos crimes contra a dignidade sexual, merecendo destaque os seguintes pontos: tornou de natureza pública incondicionada a ação penal dos crimes ali definidos; tipificou os crimes de importunação sexual, divulgação de cena de estupro e de registro não autorizado da intimidade sexual; criou causas de aumento de pena para esses crimes, inclusive para o que definiu como estupro coletivo e estupro corretivo.

Existe, como se vê, um conjunto de normas que estabelece o dever jurídico de proteção em relação à violência contra a mulher, prevendo obrigações para o Estado, que deve se desincumbir de tal responsabilidade através dos seus órgãos de segurança pública e de justiça criminal. A esse dever estatal de proteção corresponde o direito subjetivo da vítima de violência doméstica e familiar de ser eficazmente protegida.

Sobressai, no contexto do dever de proteção, o *garantismo positivo*, como uma das faces dos direitos fundamentais, consistente no dever de o Estado assegurar, de modo adequado e suficiente, através de prestações positivas, a segurança da sociedade e das pessoas em situação de risco, o que pode também ser compreendido como uma *proibição de proteção deficiente*. Existe, assim, um imperativo de atuação estatal destinada a prevenir e reprimir a violência de gênero contra a mulher de forma eficiente.

2 Disposições específicas da Lei Maria da Penha

Especificamente em relação à atividade policial, a Lei nº 11.340/2006 prevê, como diretriz de política pública, a implementação de atendimento policial e pericial especializado e ininterrupto para as mulheres, em particular nas Delegacias Especializadas em Atendimento à Mulher, cuja criação e efetiva instalação depende, contudo, de ato normativo local, no âmbito dos Estados e do DF, a cargo dos gestores do sistema de segurança pú-

[5] Atlas da violência 2019. Organizadores: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: IPEA/FBSP, 2019.

blica. A instalação dessas delegacias depende, desta forma, da demanda e da capacidade operacional da Polícia Civil em cada unidade federativa.

A mesma lei, contudo, contém normas cogentes. O art. 10 estabelece o dever de a autoridade policial que tomar conhecimento de ocorrência de violência doméstica e familiar, atual ou *iminente*, adotar providências *imediatas*, inclusive quanto ao descumprimento de medida protetiva de urgência deferida pelo Poder Judiciário[6]. Essa obrigação difere sensivelmente daquelas já previstas no art. 6º do CPP (algumas repetidas no art. 12 da Lei nº 11.340), pois, determina que a autoridade policial adote providências de imediato, inclusive quando a infração penal ainda não tenha sido cometida, mas esteja na iminência de sê-lo, bem como que desempenhe o papel de *polícia judiciária*, no cumprimento das medidas protetivas de urgência (inclusive as de natureza cível) que eventualmente tenham sido determinadas pelo juiz competente. O art. 10-A, inserido pela Lei nº 13.505/2017, estabelece diversas normas sobre o *atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores – preferencialmente do sexo feminino – previamente capacitados*[7]. Já o art.

[6] Art. 10. Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo ao descumprimento de medida protetiva de urgência deferida.

[7] Art. 10-A. É direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados.

§ 1º A inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de violência doméstica, quando se tratar de crime contra a mulher, obedecerá às seguintes diretrizes:

I - salvaguarda da integridade física, psíquica e emocional da depoente, considerada a sua condição peculiar de pessoa em situação de violência doméstica e familiar;

II - garantia de que, em nenhuma hipótese, a mulher em situação de violência doméstica e familiar, familiares e testemunhas terão contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas;

III - não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada.

§ 2º Na inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de delitos de que trata esta Lei, adotar-se-á, preferencialmente, o seguinte procedimento:

I - a inquirição será feita em recinto especialmente projetado para esse fim, o qual conterá os

11 da mesma lei estabelece outras obrigações específicas (não previstas na legislação processual penal comum) da autoridade policial[8].

Também o art. 12, inciso III, fixa, como obrigação específica da autoridade policial, o dever de remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o *pedido da ofendida*, para a concessão de medidas protetivas de urgência. Neste caso, a autoridade policial atua como intermediária, encaminhando o pedido ao juiz competente, a fim de que este conheça e decida sobre as medidas previstas nos arts. 22 a 24. Note-se que a legitimidade para postular tais medidas protetivas é da própria ofendida (independentemente da assistência por advogado) e, concorrentemente, do Ministério Público (arts. 19 e 27); a autoridade policial não possui legitimidade para pleitear tais medidas (ou quaisquer outras de natureza cautelar, cível ou criminal) perante o Poder Judiciário, nem tampouco para determinar diretamente medidas cautelares sujeitas à reserva de jurisdição, como adiante será detalhado.

A Lei Maria da Penha, no seu art. 26, também criou obrigações específicas para o Ministério Público: a) requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social e de segurança, entre outros; b) fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, e adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades consta-

equipamentos próprios e adequados à idade da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou testemunha e ao tipo e à gravidade da violência sofrida;

II - quando for o caso, a inquirição será intermediada por profissional especializado em violência doméstica e familiar designado pela autoridade judiciária ou policial;

III - o depoimento será registrado em meio eletrônico ou magnético, devendo a degravação e a mídia integrar o inquérito.

[8] Art. 11. No atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a autoridade policial deverá, entre outras providências:

I – garantir proteção policial, quando necessário, comunicando de imediato ao Ministério Público e ao Poder Judiciário;

II – encaminhar a ofendida ao hospital ou posto de saúde e ao Instituto Médico Legal;

III – fornecer transporte para a ofendida e seus dependentes para abrigo ou local seguro, quando houver risco de vida;

IV – se necessário, acompanhar a ofendida para assegurar a retirada de seus pertences do local da ocorrência ou do domicílio familiar;

V – informar à ofendida os direitos a ela conferidos nesta Lei e os serviços disponíveis.

tadas; c) cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher[9].

É importante registrar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI nº 4.424 e a ADC nº 19, em fevereiro de 2012, reconheceu que a Lei nº 11.340/2006 consubstancia um sistema especial de proteção da mulher, em plena consonância com a Constituição da República, e deu interpretação conforme aos seus arts. 12, inciso I e 16 para assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no âmbito doméstico[10]. Assim, quando a violência doméstica e familiar importar em lesão corporal, o crime será de ação penal pública incondicionada, privativa do Ministério Público (CF, art. 129, I), cabendo à autoridade policial tomar todas as providências de natureza policial de ofício, dispensada, portanto, a representação da ofendida.

3 Eficiência da atividade policial

A Constituição da República erigiu a eficiência a um dos aos princípios gerais da administração pública, tornando-a, assim, uma exigência de que a atividade administrativa seja exercida com presteza, da qual devem advir resultados efetivos e o satisfatório atendimento das necessidades da comunidade. Em relação aos órgãos responsáveis de segurança pública, o constituinte estabeleceu que o legislador ordinário (derivado), ao disciplinar a sua organização e funcionamento dos órgãos policiais, deveria fazê-lo de maneira a garantir a eficiência de suas atividades (CF, art. 144, §7º). Essa norma somente foi criada 30 anos depois, pela recente Lei nº 13.675/2018, que dispõe sobre a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS) e institui o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP).

Como toda atividade administrativa, a atividade policial está sujeita ao ordenamento jurídico em geral e, em especial, aos princípios dirigentes da administração pública. Submete-se, ademais, aos mecanismos de controle, internos e externos, e de responsabilização pessoal dos seus agentes, inclusive pelo exercício negligente ou abusivo do cargo ou função.

---

[9] O Cadastro Nacional de Casos de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher foi instituído e regulamentado pela Resolução nº 135/2016, do Conselho Nacional do Ministério Público.

[10] Ambas as decisões do STF são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, nos termos do art. 102, §2º, da Constituição da República (com a redação da EC 45/2004).

Em relação aos crimes envolvendo violência doméstica e familiar, o arcabouço normativo em vigor exige uma atuação policial marcada pela eficiência, apta a efetivamente proteger a integridade física, psicológica, sexual e patrimonial da ofendida. A Lei nº 13.675/2018 estabelece, como princípio da Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social, a eficiência na prevenção, na repressão, no controle e na apuração das infrações penais (art. 4º, IV e V), fixa como diretrizes dessa política o *fortalecimento das ações de prevenção e resolução pacífica de conflitos, priorizando políticas de redução da letalidade violenta, com ênfase para os grupos vulneráveis* e o *atendimento prioritário, qualificado e humanizado às pessoas em situação de vulnerabilidade* e, ainda, como objetivo da PNSPDS, dentre outros, o de *estimular e apoiar a realização de ações de prevenção à violência e à criminalidade, com prioridade para aquelas relacionadas à letalidade da população jovem negra, das mulheres e de outros grupos vulneráveis* (art. 6º, IV).

É possível identificar, nos postulados da eficiência e da vedação de proteção deficiente, o direito dos usuários à boa gestão dos serviços policiais. O conceito de *direito fundamental à boa administração pública* foi formulado, no Brasil, por Juarez Freitas[11], para quem o Estado Constitucional, numa de suas mais expressivas dimensões, pode ser traduzido como o *Estado das escolhas administrativas legítimas*, no qual não se admite a discricionariedade pura, intátil, sem limites, pelo que se impõe controlar (ou, ao menos, mitigar) os contumazes vícios forjados pelo excesso degradante, pelos desvios ímprobos ou pela omissão desidiosa. No âmbito da atividade policial também incidem as regras da Lei de Defesa dos Direitos dos Usuários dos Serviços Públicos (Lei nº 13.460/2017).

Os altos e persistentes índices de criminalidade verificados revelam, por si só, um déficit de eficiência do produto do serviço policial e das políticas de segurança pública no Brasil em várias áreas, inclusive no que diz respeito à prevenção e à repressão da violência doméstica e familiar contra a mulher. Existem vários motivos para a baixa eficiência da atividade policial, sendo que alguns estão relacionados à gestão dos recursos materiais e humanos das instituições policiais. É imprescindível, diante dessa realidade, a implementação de instrumentos de controle tendentes a alcançar a realização do direito fundamental à boa administração pública em relação às atividades desempenhadas pelas polícias.

[11] FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 9.

4 Controle externo da atividade policial

4.1 Fundamento

O art. 129, VII, da Constituição Federal, determina que uma das funções institucionais do Ministério Público é o controle externo da atividade policial. Diz-se *externo* porque é exercido por uma instituição independente sobre atividades administrativas realizadas por órgãos do Poder Executivo (polícias, guardas municipais, corpos de bombeiros e, em algumas situações, as forças armadas), isto é, o controlador e os controlados estão situados em pontos diferentes da estrutura burocrática do Estado. Esse controle não é um *direito* ou *faculdade* do Ministério Público, mas um *dever institucional* irrenunciável. Trata-se de controle permanente, contínuo, essencialmente técnico, que incide tanto de forma preventiva quanto repressiva ou corretiva, devendo o órgão controlador agir de ofício, independentemente de provocação.

A escolha do Ministério Público, pelo legislador constituinte, como instituição responsável por esse controle decorre da organicidade da Constituição. Ao mesmo tempo em que inseriu as organizações policiais na estrutura do Poder Executivo, cujo chefe (presidente, governador ou prefeito) fixa a sua política de atuação, exerce o poder hierárquico e escolhe os seus gestores, o constituinte outorgou o controle externo das atividades policiais a uma instituição técnico-jurídica, não-política, com total autonomia em relação aos Poderes do Estado.

No exercício desse controle, o Ministério Público pode questionar até mesmo atos administrativos praticados sob o fundamento da discricionariedade, acaso identificada alguma violação aos princípios constitucionais que regem o Estado brasileiro, inclusive por omissão ou inércia leniente, da mesma forma que o faz em relação a outros serviços públicos relevantes. Sob esse enfoque, é necessário dizer que são poucas as atividades desempenhadas pelas polícias que podem ser consideradas genuinamente discricionárias; em sua maioria, os atos administrativos de sua competência são vinculados ou regrados, e, por isso, devem ser praticados com estrita observância dos requisitos legais ou regulamentares que permitam o exame de sua conformação ao direito. Mesmo nas hipóteses em que se admite a discricionariedade (técnica), esta não pode ser confundida com arbítrio, uma vez que a atividade sempre incide sobre direitos fundamentais.

A norma constitucional prevê que essa função institucional será realizada na forma da Lei Orgânica de cada Ministério Público (da União ou dos

Estados), cuja iniciativa é privativa do respectivo procurador-geral. Tratam-se de leis complementares, isto é, de diplomas legais de regulação exigidos pelo próprio constituinte e destinados a complementar a Constituição, cuja aprovação depende de quórum qualificado. Essa conformação impede que a matéria – controle externo da atividade policial – seja tratada em leis federais ou estaduais de iniciativa parlamentar ou do chefe do Poder Executivo, ou mesmo nas Constituições estaduais, sob pena de inconstitucionalidade formal.

No plano infraconstitucional, a Lei Complementar nº 75, de 1993 – Lei Orgânica do Ministério Público da União (aplicável subsidiariamente aos MPs dos Estados), fixa os objetivos e alguns dos instrumentos utilizados no controle externo da atividade policial nos seus arts. 3º, 9º e 10. Dispõe ainda, no seu art. 5º, II, e, que o MP deve zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos à segurança pública. No âmbito de cada Estado-membro, a Lei Orgânica do respectivo Ministério Público estabelece os parâmetros do controle externo das polícias estaduais, também aplicáveis aos institutos de perícias criminais.

Levando em consideração esse conjunto de normas constitucionais e legais, o Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou o exercício do controle externo da atividade policial através da Resolução nº 20, de 28 de maio de 2007. O ato regulamentar do CNMP não disciplinou o controle externo da atividade policial em si (cuja forma e conteúdo já estavam previstos em várias leis), nem criou obrigações para os órgãos controlados (além das já previstas em lei), mas apenas disciplinou o seu efetivo exercício pelos membros do Ministério Público, uniformizando e padronizando procedimentos. Os destinatários dessa resolução não são os órgãos policiais controlados ou os seus servidores, mas os membros do MP encarregados de realizar o controle externo da atividade policial.

4.2 Finalidade e amplitude

Os objetivos do controle externo da atividade policial, relacionados no art. 3º da Lei Complementar nº 75/1993, estão diretamente relacionados com as normas constitucionais que dispõem sobre os princípios fundamentais da República (arts. 1º a 4º), os direitos e garantias fundamentais (arts. 5º a 17), os princípios da administração pública (art. 37, caput e §3º), o direito social à segurança pública e a observância das competências dos órgãos incumbidos de prestar tal serviço (art. 144). Esses objetivos guardam inteira corres-

pondência com a missão institucional do Ministério Público, de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais de individuais indisponíveis, bem como de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (arts. 127 e 129, II).

O texto do inciso VII do art. 129 da CF deixa claro que o controle se dirige à *atividade*. Em relação à amplitude, ODETE MEDAUAR classifica o controle da administração pública em *controle sobre atos*, que incide sobre atos específicos, considerados isoladamente, e *controle da atividade*, que abrange o conjunto de condutas ou comportamentos, numa atuação global[12]. Não há dúvida de que o legislador constituinte adotou essa segunda opção ao atribuir ao MP o *controle da atividade policial*.

O controle externo da atividade policial é uma subespécie do controle da administração pública[13], com fundamento constitucional específico. De fato, outros dispositivos constitucionais, além do art. 129, VII, amparam o controle da administração pública (e, portanto, das polícias) pelo Ministério Público para a defesa do patrimônio público, para garantir o respeito dos serviços de relevância pública aos direitos constitucionais, para a proteção dos direitos coletivos ou para a tutela dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade ou eficiência. Porém, em relação à atividade policial, o constituinte estabeleceu um controle especial, permanente e irrenunciável. Assim, raras são as atividades desempenhadas pelos órgãos policiais que estão isentas do controle do Ministério Público, senão sob o enfoque do dispositivo constitucional específico, sob o fundamento do controle geral da administração pública.

Nas demais atividades administrativas o controle do MP é episódico, só ocorre diante da existência, ao menos em tese, de uma falha, ilegalidade ou abuso, sendo mais reativo do que preventivo. Já em relação à atividade policial, o controle é permanente, preventivo e repressivo. O controle externo da atividade policial, por outro lado, é também um mecanismo de prevenção da inércia (omissão) e de proteção dos próprios policiais contra possíveis ilegalidades ou abusos praticados no âmbito interno das corporações policiais (que são organizações complexas e ainda

[12] MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

[13] CHEKER, Monique. O controle e seus agentes. In: Salgado, Daniel R.; Dallagnol, Deltan M.; Cheker, Monique (Coord). Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 57.

pouco transparentes) em que o poder hierárquico pode ser utilizado como instrumento de opressão ou perseguição.

4.3 Formas

De acordo com a sistematização adotada na Resolução nº 20/2007, do CNMP, o controle externo será exercido nas seguintes formas: a) controle difuso, por todos os membros do Ministério Público com atribuição criminal, quando do exame dos procedimentos que lhes forem atribuídos; b) controle concentrado, através de membros com atribuições específicas, conforme disciplinado no âmbito de cada Ministério Público.

4.3.1 Controle difuso (atuação criminal)

O controle difuso está relacionado ao exercício da titularidade da ação penal pública, prevista no art. 129, I, da Constituição Federal, o que faz da instituição ministerial a destinatária natural de toda a atividade de investigação criminal das polícias que possuem essa atribuição. O exercício da ação penal perante o Poder Judiciário depende, em grande medida, da eficiência e eficácia das investigações preliminares realizadas pela polícia. Nos crimes relacionados à violência doméstica e familiar, a polícia ainda desempenha outras atividades decorrentes do atendimento à ofendida, previstas nos arts. 10-A a 12 da Lei nº 11.340/2006.

Sobressai, nesse contexto, o papel de fiscalização e orientação do Ministério Público em relação aos métodos e instrumentos de investigação empregados pelas polícias na repressão imediata e na investigação de infrações penais, bem como no pronto atendimento à vítima, a fim de que observem os preceitos constitucionais e legais pertinentes, sobretudo quanto à eficiência. Eventuais vícios na obtenção dos elementos indiciários, decorrentes de atos comissivos ou omissivos, podem prejudicar o exercício da ação penal pública, de modo que é natural que caiba ao seu titular privativo controlar essa atuação policial específica.

No caso específico da violência doméstica, o Ministério Público é legitimado para postular as medidas protetivas de urgência previstas nos arts. 22 a 24 da Lei nº 11.340/2006, inclusive as de natureza cível, para as quais a autoridade policial, na condição de executora da *atividade de polícia judiciária*, tem o dever de adotar, de imediato, todas as providências legais cabíveis em relação ao descumprimento das medidas determinadas pelo Poder Judiciário (art. 10, parágrafo único), inclusive em relação ao crime tipificado no art. 24-A.

Assim, mesmo não existindo uma relação hierárquica entre o Ministério Público e as polícias, nas atividades policiais relacionadas à investigação criminal, o primeiro exerce uma função de coordenação, direção e fiscalização da apuração preliminar dos fatos que, em tese, caracterizam infrações penais. Existe, desta forma, um regime de dependência funcional da polícia ao MP na atividade de investigação criminal, numa relação de coadjuvação interinstitucional[14]. Nessa atividade policial específica, a atuação dos órgãos policiais não se esgota em si mesma, mas se destinam a subsidiar a atuação do Ministério Público (*opinio delicti*), seja para promover a ação penal pública, seja para promover o arquivamento dos elementos coletados na investigação preliminar, ou ainda para requerer medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/2006.

Em relação aos crimes envolvendo violência doméstica e familiar, o controle difuso da atividade policial, exercido caso a caso, pode ser operacionalizado, dentre outros, através dos instrumentos examinados a seguir.

i) Controle das prisões efetuadas pela polícia

A Constituição Federal assegura que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei, bem como que a prisão de qualquer pessoa e o local onde ela se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (art. 5º, LXI e LXII).

O Supremo Tribunal Federal, interpretando essas normas de direito internacional (com hierarquia legal no direito interno) em consonância com a CF, determinou, em 2015, a instituição das *audiências de custódia* em todo o país, a fim de que qualquer pessoa presa seja apresentada à autoridade judi-

[14] Essa dependência funcional, segundo Thiago André Pierobom de Ávila, se caracteriza como: (i) a atividade investigativa policial é realizada como um meio para um fim do MP (decisão de acusação ou não acusação); (ii) inexistência de investigação policial fora do quadro de controle pelo MP; (iii) toda atividade investigativa policial deve ser submetida ao MP; (iv) a Polícia possui um dever funcional de obedecer às requisições feitas pelo MP (verdadeiras ordens de atendimento obrigatório); (v) o destino do trabalho policial (arquivamento ou ação penal) não é decido pela Polícia, mas pelo MP (ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Investigação criminal: controle externo de direção mediata pelo Ministério Público. Curitiba: Juruá, 2016, p. 404.

ciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão[15] (prazo que coincide com o previsto no art. 306, §1º, do CPP, para o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao juiz competente), oportunidade em que o juiz analisará a prisão sob os aspectos da legalidade, necessidade e adequação de sua manutenção ou da eventual concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares. O Conselho Nacional de Justiça, cumprindo determinação do STF, regulamentou a audiência de custódia por meio da Resolução nº 213, de 2015.

É de notar que essa apresentação física do preso à autoridade judiciária, juntamente com a remessa do auto de prisão em flagrante (que documenta o ato de privação da liberdade), no prazo de 24 horas, é independente da comunicação imediata da prisão de que trata o art. 5º, LXII, da CF. O Ministério Público deve, necessariamente, participar das audiências de custódia, conforme Recomendação nº 28/2015, do CNMP, oportunidade em que deve manifestar-se sobre a conversão da prisão em flagrante em preventiva ou pela concessão de liberdade provisória.

Independentemente do controle judicial da prisão e da participação do Ministério Público na audiência de custódia, o art. 10 da Lei Complementar nº 75/1993, determina que a prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal, deverá ser comunicada imediatamente ao MP competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso. Esse dispositivo, contido em lei federal, veicula norma de natureza processual que, por força do art. 80 da Lei nº 8.625/1993, se aplica aos Ministérios Públicos dos Estados. O Código de Processo Penal, no seu art. 306 (alterado em 2011), também determina que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao Ministério Público. Essa comunicação deve ser imediata, ou seja, na mesma hora, sem perda de tempo (inclusive em regime de plantão noturno e feriados), e deve incluir cópias dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão (não, necessariamente, o *auto de prisão em flagrante*).

Esse controle das prisões pelo Ministério Público possui diversas finalidades: a) fiscalizar a legalidade da atuação policial na restrição da liberdade dos cidadãos, a fim de preservar direitos fundamentais e reprimir eventuais abusos, como a realização de prisão fora das hipóteses constitucionalmente autorizadas; b) permitir que o titular da ação penal acompanhe, desde o início, a inves-

[15] ADPF nº 347 e ADI nº 5.240.

tigação policial, inclusive para requisitar diligências que lhe pareçam pertinentes; c) fiscalizar o cumprimento do prazo de conclusão do auto de prisão em flagrante e da apresentação do preso ao juiz, na audiência de custódia; d) fornecer elementos que permitam ao MP postular em juízo as medidas cautelares necessárias e adequadas (inclusive medidas protetivas de urgência previstas na Lei nº 11.340/2006), seja na audiência de custódia ou antes dela, inclusive no que diz respeito à decretação de prisão cautelar do investigado.

A prisão decorrente do flagrante, desde a reforma de 2011, deixou de ser uma categoria autônoma de prisão cautelar para se tornar uma medida administrativa efêmera, que dura no máximo 24 horas, até o momento da primeira apreciação judicial, que pode ocorrer na audiência de custódia, se não tiver sido antes relaxada (quando o juiz a quem foi imediatamente comunicada a considerar ilegal). A custódia cautelar do investigado só se mantém se for decretada a prisão preventiva ou temporária, não mais por simples "homologação" judicial da prisão em flagrante.

ii) Legitimidade exclusiva para postular a decretação de prisão e de outras medidas cautelares penais

O art. 20 da Lei nº 11.340/2006 dispõe que, "em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, *de ofício*, a requerimento do Ministério Público *ou mediante representação da autoridade policial*". O dispositivo deve ser interpretado em consonância com os dispositivos do CPP que tratam do tema, em especial do art. 313, III, que trata especificamente da prisão preventiva se o crime envolver violência doméstica e familiar. Essa prisão cautelar é cabível, em circunstâncias especiais, até mesmo em crimes punidos com detenção, com a finalidade de preservar a vida e a incolumidade da vítima e de garantir a execução das medidas protetivas de urgência, em razão do comportamento nefasto do agressor. Apesar de ter conferido legitimidade à ofendida para postular medidas protetivas (art. 19), a lei não a estendeu para o requerimento de decretação de prisão preventiva - exceto nas excepcionais hipóteses de assumir a posição de querelante ou assistente da acusação.

É necessário, contudo, realizar uma análise constitucional da decretação da prisão preventiva ou de outras medidas cautelares penais, pois, como lembra Joaquim José Gomes Canotilho, normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da Constituição, não o inverso (interpretação

da Constituição conforme as leis)[16]. A Constituição Federal conferiu ao Ministério Público a função institucional de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, adotando, assim, o modelo processual acusatório. Ao juiz cabe o papel de garantidor de direitos e de julgar com imparcialidade, devendo, por isso, adotar uma postura de inércia e equidistância das partes, ou seja, só deve agir quando e se provocado, sendo indevida qualquer atuação de ofício (*ne procedat judex ex officio*), sobretudo na fase pré-processual.

A legislação processual penal brasileira, mesmo posterior à Constituição, ainda é influenciada pelo modelo traçado no Código de Processo Penal de 1941, editado há quase 80 anos sob a vigência de outra ordem jurídico-constitucional. Com efeito, o sistema processual adotado no octogenário CPP era parcialmente inquisitivo, no qual figuram, como protagonistas da persecução penal, a polícia e o juiz, sendo o Ministério Público, em algumas situações, um ator coadjuvante. O CPP é de uma época em que havia ação penal de ofício[17], que o MP emitia pareceres no curso do processo (*opinando* sobre incidentes diversos) e que a prova era colhida pelo juiz, cujas decisões, em algumas situações, eram submetidas a recurso de ofício. O Ministério Público tinha outra configuração, sendo, à época, um apêndice do Poder Executivo, situação completamente distinta da atual, inaugurada há mais de três décadas com a Constituição de 1988.

A incompatibilidade da antiga legislação processual e a resistência de muitos profissionais em adaptarem-se ao novo processo constitucional tem dado ensejo a diversas distorções, seja na interpretação dos textos legais antigos, seja na produção de novas normas processuais. Wellington Cabral Saraiva[18] registra que, mesmo em face do sistema que a Constituição instituiu, com a atribuição ao Ministério Público da plena titularidade da persecução penal no Brasil, remanescem normas inferiores (notadamente no CPP), práticas e, sobretudo, uma cultura jurídica que atribuem à polícia judiciária fun-

[16] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1.106.

[17] A art. 531, em sua redação original, revogado pela Lei nº 11.719, de 2008.

[18] SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. In: Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. Bruno Calabrich; Douglas Fischer; Eduardo Pelella (organizadores). 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 168-169.

ções em muito desbordantes de sua missão precípua, que é a de investigar infrações penais, na fase pré-processual, destinada unicamente a subsidiar a atuação do Ministério Público, funções essas em parte incompatíveis com o atual tratamento constitucional do processo penal.

Decorre da titularidade privativa para a ação penal a exclusiva legitimidade para a postulação, perante o Poder Judiciário, de medidas cautelares, uma vez que estas são necessariamente acessórias e dependentes daquela. Com efeito, o procedimento cautelar tem caráter nitidamente instrumental em relação à ação principal, devendo, assim, ser conduzido pelo titular da ação penal segundo a estratégia processual considerada eficiente para viabilizar a ação principal. O manejo de qualquer ação judicial, notadamente de postulação cautelar, somente cabe a quem esteja na legítima condição de parte para o possível e futuro processo principal, uma vez que é instrumentalmente conexa com a pretensão de agir. Não é admissível, desta forma, a existência de processo sem a iniciativa da parte autora (*nemo iudex sine actore*).

A polícia, como órgão administrativo encarregado da investigação pré-processual, embora tenha a missão de investigar os ilícitos penais, não é a titular da pretensão acusatória; logo não pode provocar diretamente a tutela jurisdicional, uma vez que não possui legitimidade nem capacidade processual. A legitimidade que se exige, em qualquer processo (civil ou penal), para a ação principal é mesma que se exige para as eventuais medidas cautelares ou acessórias. Salvo as exceções previstas na própria Constituição, de legitimação extraordinária (*habeas corpus*, ação popular ou ação civil pública, por exemplo), ninguém pode, em nome próprio, pleitear direito de terceiro perante o Poder Judiciário. Por outro lado, além da legitimidade, é necessária a capacidade postulatória para provocar a tutela jurisdicional.

Para a decretação de prisão cautelar, inclusive na chamada *conversão* da prisão em flagrante em preventiva, é essencial o requerimento do Ministério Público, uma vez que toda medida cautelar guarda *referibilidade* com a ação principal a ser ajuizada. A cautela protege um direito referido, a ser provavelmente reconhecido no futuro, sem a possibilidade, no processo penal, de adquirir natureza satisfativa ou de antecipação da tutela jurisdicional de mérito. De acordo com Marcellus Polastri Lima[19], a tutela cautelar deve se referir a uma situação de perigo a que se destina suplantar. Desta forma, so-

[19] LIMA, Marcellus Polastri. A tutela cautelar no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 75.

mente o titular da ação penal está habilitado a avaliar a existência dos requisitos para a sua promoção e definir a estratégia da acusação.

É importante ter em conta que os requisitos mínimos para a prisão preventiva (prova da existência do crime e indício suficiente de sua autoria) são os mesmos para o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, de sorte que cabe somente a este examinar se, à vista das informações colhidas na investigação policial, ou de outros elementos de informação de que disponha, será possível (e adequado) promover a ação penal logo em seguida (já que o prazo para o oferecimento de denúncia com o investigado preso é reduzido) ou se, ao contrário, são necessárias novas diligências ou uma investigação mais aprofundada. Assim, mais do que o exame da necessidade da prisão cautelar, deve ser feita uma análise da oportunidade do ajuizamento da ação penal. Isso não quer dizer que o MP irá fazer um juízo discricionário sobre a promoção da ação penal, já que no Brasil vige o princípio da obrigatoriedade. Porém, cabe ao titular da ação penal avaliar em que momento reúne as provas indiciárias suficientes para embasar uma acusação com evidenciada justa causa. Também é exclusiva do MP a legitimidade para, em caso de indeferimento da medida cautelar pelo juiz, interpor o recurso cabível.

A partir da reforma do processo penal de 2011 (Lei nº 12.403), que se constituiu em mais um passo para adequar o vetusto CPP ao sistema acusatório estabelecido na Constituição de 1988, ficou vedado ao juiz, no curso da investigação preliminar, decretar a prisão preventiva de ofício (essa possibilidade, sempre excepcional, está restrita ao curso da ação penal, isto é, após o recebimento da denúncia). A prisão preventiva, nessa fase preliminar, somente pode ser decretada a requerimento do Ministério Público ou *por representação da autoridade policial*. Registre-se que a *representação* da autoridade policial não equivale nem suprime a necessidade de *requerimento* do MP; é apenas uma provocação da autoridade administrativa para que o titular da ação penal (já que o juiz não pode decidir de ofício na fase pré-processual) analise a possibilidade de requerer ao juízo competente a medida cautelar sugerida.

Os policiais – de qualquer categoria ou hierarquia – não podem ser parte na relação processual penal e, por isso, não têm capacidade postulatória para diretamente requerer provimento jurisdicional de qualquer natureza. As polícias (inclusive as chamadas *judiciárias*) são órgãos administrativos com atribuições de investigar infrações penais e de exercer funções de polícia judiciária, nos termos do art. 144 da Constituição Federal. É impossível extrair desse comando constitucional qualquer legitimidade para a promoção de ação penal – ou de qualquer medida acessória correlacionada. A missão de

apurar infrações penais não legitima a polícia, ou qualquer outro órgão administrativo com atribuição similar, a postular em juízo. Ainda que a medida cautelar cogitada possa servir para aparelhar a investigação, a exigência de legitimidade para postulá-la não pode ser afastada ou mitigada.

Da mesma forma que, no sistema acusatório, não mais se admite que o juiz atue de ofício antes da propositura da ação penal para decretar medidas cautelares, também não se pode admitir a provocação da jurisdição penal por meio de simples representação de autoridade administrativa. Ainda que se afirme que a *representação policial* não é *requerimento*, mas apenas demonstração da conveniência da medida cautelar sugerida, a natureza jurídica da decisão judicial que acata essa "sugestão" é exatamente a mesma daquela tomada de ofício, envolvendo indevidamente o julgador na investigação preliminar, vulnerando o consagrado princípio *ne procedat iudex ex officio*". Ao admitir a provocação da jurisdição penal por quem não é parte, a lei infraconstitucional termina por atribuir papel inquisitorial ao juiz e lhe retira a isenção, o que repercute sobre o devido processo previsto na Constituição, que exige, como garantia fundamental do cidadão, o direito a juiz imparcial e inerte. Como destaca Saraiva[20], permitir relação direta entre polícia e juiz na condução de procedimentos criminais de qualquer espécie, com o alijamento do Ministério Público, é decisivamente contrário à proteção dos direitos fundamentais, porquanto tende fortemente a contaminar a imparcialidade (e, por conseguinte, a independência) judicial.

Desta forma, viola o princípio do devido processo legal a decretação, pelo juiz, de uma providência cautelar à revelia do titular da ação penal, seja de ofício ou acatando uma representação policial. A privação da liberdade ou a restrição de outros direitos fundamentais não prescinde do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), com os seus consectários do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), ainda que exercidos de forma diferida. Tanto é assim que, a partir da reforma introduzida pela Lei nº 12.403/2011, que alterou o CPP no título dedicado às medidas cautelares, foi inserida, no art. 282, §3º, a obrigação de o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinar a intimação da parte contrária para se manifestar (esta é a regra), ressalvada a hipótese de urgência ou de perigo de ineficácia da medida (exceção), ou seja, foi assegurado o direito de o investigado ou réu se contrapor à pre-

[20] SARAIVA, Ob. Cit., p. 189.

tensão cautelar, exercendo, como parte passiva da relação processual, o contraditório e a ampla defesa.

Eventual previsão infraconstitucional que permita às autoridades das polícias civis ou federal, ou aos oficiais das polícias militares ou das forças armadas, postularem diretamente perante o Poder Judiciário pela decretação de medidas cautelares (leia-se: restrição de direitos fundamentais), ainda que sob o título eufemístico de "representação", é incompatível com o texto constitucional, uma vez que esta é função privativa do Ministério Público.

Não se trata de menosprezo à atividade policial, que é de indiscutível importância, mas de observância a preceitos constitucionais que são pressupostos de validade da persecução criminal. Como destaca Saraiva, a polícia tem papel relevantíssimo na investigação, mas não integra a relação processual e, por conseguinte, não se lhe pode reconhecer capacidade postulatória nem iniciativa probatória sem a chancela do Ministério Público, a quem se destinam as provas por ela colhidas[21].

A questão é técnica, jurídico-constitucional, de sorte que são descabidos argumentos utilitaristas a respeito da conveniência da manutenção de instrumentos obsoletos do sistema processual antigo, criado sob outra ordem constitucional. Ainda que fosse esse o argumento esgrimido, estaria errado. A restrição de direitos fundamentais, ainda quando autorizadas judicialmente, pode comprometer o sucesso ou a própria validade da futura ação penal, de modo que cabe ao titular desta, exclusivamente, avaliar a necessidade, utilidade e conveniência de medidas cautelares sugeridas pela polícia, à vista das provas indiciárias coletadas, antes da provocação do Poder Judiciário. Cabe ao Ministério Público examinar, primeiro, se existe uma investigação regularmente instaurada, e, depois, se a atividade policial até então desenvolvida justifica a providência cautelar.

Registre-se que a simples intimação do Ministério Público para se manifestar sobre a representação policial não é suficiente para afastar o vício da iniciativa. Na persecução de crimes de ação pública, o MP atua como parte, e não como mero coadjuvante ou órgão interveniente. É por isso que não se pode admitir que o investigador, à revelia do titular do direito de ação, provoque diretamente a tutela jurisdicional. Acatar a representação policial como “requerimento” apto a ser conhecido e decidido pelo juiz significaria

[21] SARAIVA, Op. Cit., p. 185.

reconhecer à polícia uma parcela da titularidade da ação penal, ou seja, que o poder de acionar a jurisdição penal seria compartilhado entre as polícias e o MP, o que evidentemente contraria a Constituição Federal. No processo penal, ou se possui legitimidade para a ação penal (de conhecimento) e, por conseguinte, para postular medidas cautelares (acessórias, que existem em razão do processo principal), ou não; não existe um meio-termo, uma legitimidade concorrente ou em menor extensão. É o Ministério Público que deve avaliar se tem interesse ou não na providência cautelar, se esta é adequada à sua estratégia processual, e, portanto, se deve requerê-la ou não.

Desta forma, as representações policiais de qualquer espécie devem ser dirigidas ao Ministério Público (ou, se remetidas ao Poder Judiciário, redirecionadas) para que este, na condição de titular da ação penal e de controlador da atividade policial, verifique, antes, a necessidade, oportunidade e conveniência de postular a medida ao juízo criminal competente, em observância aos princípios constitucionais que regem o processo penal. O conhecimento direto de representação policial pelo juiz, e o seu eventual deferimento, sem o conhecimento ou contrariamente à manifestação do Ministério Público, caracteriza usurpação de suas funções constitucionais e também constrangimento ilegal para o investigado.

iii) Inconstitucionalidade da lei que autoriza policiais a conceder medidas protetivas

A Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019, alterou a Lei Maria da Penha para introduzir, no capítulo do atendimento pela autoridade policial, o art. 12-C, que autoriza a concessão da medida protetiva de urgência de afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, pelo delegado de polícia ou outro policial, quando verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica ou familiar, ou de seus dependentes e a localidade não for sede de unidade judiciária[22]. Cuida-se de norma similar à que ti-

[22] Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:
I - pela autoridade judicial;
II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

nha sido vetada no projeto de lei que ensejou a Lei nº 13.505/2017, que inseriu os arts. 12-A e 12-B na lei de repressão à violência doméstica. A razão do veto presidencial, em 2017, conforme Mensagem nº 436, do então presidente da República, foi porque "*os dispositivos, como redigidos, impedem o veto parcial do trecho que incide em inconstitucionalidade material, por violação aos artigos 2º e 144, § 4º, da Constituição, ao invadirem competência afeta ao Poder Judiciário e buscarem estabelecer competência não prevista para as polícias civis*".

O novo art. 12-C padece de evidente inconstitucionalidade, por violação ao art. 5º, XI e LIV, da Constituição Federal, ao permitir que servidores do Poder Executivo (policiais) possam praticar ato de natureza cautelar, sujeito, portanto, à reserva de jurisdição. Com efeito, o afastamento do agressor do seu lar, domicílio ou local de convivência, enquanto ainda está na condição de suspeito ou investigado, importa em restrição aos direitos de locomoção (já que não poderia retornar), de propriedade (uma vez que deixa de dispor temporariamente dos seus bens) e até do exercício do poder familiar sobre os filhos, pelo que somente pode ser determinado pelo juízo competente, com observância do princípio do devido processo legal. A constitucionalidade do dispositivo foi questionada, no mesmo dia da publicação da Lei nº 13.827/2019, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6138, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB perante o Supremo Tribunal Federal[23].

Vale notar que, na hipótese descrita no dispositivo legal, existiria, no máximo, uma investigação policial em curso, sem a prisão em flagrante do agressor – por incompatibilidade lógica (o recolhimento à cadeia já restringe o direito de locomoção e a medida deve ser imediatamente comunicada ao juiz competente, que deverá decidir sobre todas as medidas de natureza cau-

---

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do **caput** deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

[23] Em decisão proferida em 30 de maio de 2019, o relator (ministro Alexandre de Moraes) adotou o rito abreviado, a fim de submeter a ação a julgamento de mérito diretamente pelo plenário, sem prévia análise do pedido de liminar.

telar). Ainda que a medida administrativa deva ser submetida à apreciação judicial posterior (em até 24 horas), para a sua manutenção ou revogação, esse controle diferido não afasta a incompetência absoluta da autoridade administrativa que a determinou, pois se trata de hipótese de reserva absoluta de jurisdição.

As inovações criadas pela Lei nº 13.827/2019 ainda padecem de outros vícios, a começar pela redação do art. 12-C, que emprega as expressões *delegado de polícia* e *policial* como se fossem categorias distintas de agentes públicos, quando, na verdade, o cargo de delegado (existente nas polícias civis e federal) é apenas uma espécie do gênero "policial", que possui vários outros cargos nas estruturas das diversas polícias brasileiras. Por outro lado, o legislador ordinário criou uma intolerável distinção entre cidadãos brasileiros a partir do lugar em que vivem, se é ou não sede de comarca ou se existe ou não "*delegado disponível no momento da denúncia*", o que determina se eles terão ou não acesso a um juiz ou a um policial como garantidor de direitos fundamentais, numa espécie de *magistratura policial subsidiária*, com competência para decidir sobre direitos na ausência de um juiz de verdade. Assim, o princípio da reserva de jurisdição passa a incidir *na medida do possível*.

Ora, eventual deficiência na prestação jurisdicional não pode ser suprida com improvisação nem muito menos com a violação de preceitos fundamentais contidos na Constituição da República. O pressuposto fático que aparentemente motivou a inovação legislativa, de que o Poder Judiciário seria lento ou ausente, está errado. A atividade jurisdicional é ininterrupta e, mesmo fora do horário comum de expediente, funciona em regime de plantão, inclusive noturno, permitindo o acesso até mesmo remoto mediante sistemas informatizados. Aliás, o art. 11, I, da Lei nº 11.340/2006, já estabelece o dever de proteção policial, quando necessária, com a comunicação imediata ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, ou seja, permite que a autoridade policial dê proteção imediata à ofendida e comunique o fato no mesmo instante àqueles órgãos, com o nítido propósito de que seja acionada a jurisdição cautelar pelos meios adequados.

O dispositivo em questão (art. 12-C) não se coaduna sequer com outros da própria Lei Maria da Penha. O afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida é uma das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor previstas no art. 22, que prevê expressamente que será aplica por decisão do juiz, de forma que a "competência policial" recém-criada se choca com a competência judicial. Por outro lado, ainda que fosse válida, a *decisão policial* não teria a força de uma decisão judicial e o seu descumprimento não tipificaria o crime previsto no art. 24-A da mesma lei (acrescentado pela Lei nº

13.641/2018). O referido dispositivo também não se harmoniza com a disciplina geral das medidas cautelares prevista no art. 282 do Código de Processo Penal.

Nesse contexto, também não há sentido técnico na expressão "ciência ao Ministério Público concomitantemente", prevista no §1º do art. 12-C. Com efeito, a medida protetiva de urgência prevista no art. 22, III, por estar sujeita à reserva de jurisdição, não se insere no conceito de *atividade policial*, não se sujeitando consequentemente ao controle externo pelo MP. Tampouco seria adequado, sob o enfoque técnico-processual, que o MP postulasse perante o Judiciário a ratificação ou revogação de *decisão policial*, que, do ponto de vista jurídico-constitucional, deve ser considerada um ato nulo de pleno direito ou inexistente, por absoluta ausência de competência constitucional, não surtindo qualquer efeito legal.

Mas não é só isso. O §2º do art. 12-C, ao determinar que "*nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso*", terminou por criar a figura da prisão preventiva obrigatória, que já foi reiteradamente rechaçada pela jurisprudência do STF, que em várias oportunidades declarou a inconstitucionalidade de dispositivos legais que vedavam a concessão de liberdade provisória. Na verdade, esse §2º é completamente dispensável, diante da previsão já contida no art. 20, examinado no item anterior.

iv) Requisição da instauração de investigação policial ou de diligências

O art. 129, VIII, da Constituição Federal, estabelece ser função institucional do Ministério Público *requisitar* diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos. Esse poder de requisição já era previsto no CPP (arts. 5º, II e 47). A Lei nº 8.625/1993 (LONMP) também o assegura, deixando claro que o membro do MP poderá acompanhar as investigações policiais (art. 26, IV, da).

A requisição da instauração de inquérito policial é uma das formas de assegurar a indisponibilidade da persecução penal, a fim de que a polícia investigue um fato criminoso que, por algum motivo, deixou de ser apurado de ofício, por iniciativa da própria autoridade policial, e então permita ao titular da ação penal o oferecimento de denúncia ou a promoção de arquivamento. Já a requisição de diligências, a serem especificadas pelo requisitante, visa a complementar uma investigação (policial ou do próprio Ministério Público) já existente ou mesmo produzir uma prova relacionada a uma ação penal já em tramitação.

A *requisição* é uma ordem, que deve ser necessariamente atendida pelo destinatário, salvo em caso de manifesta ilegalidade. É por esse motivo que o

ato deve ser fundamentado, para que o destinatário conheça a sua motivação. A autoridade policial com competência administrativa para a investigação da infração penal deve cumprir as diligências investigatórias requisitadas ou instaurar o inquérito policial, sob pena de responsabilização administrativa, civil e criminal. O ofendido, ou o seu representante legal, e o indiciado poderão *requerer* qualquer diligência, contudo, a autoridade policial poderá recusar a sua realização, se entender que é impertinente (CPP, art. 14), uma vez que, neste caso, se trata de uma simples solicitação. É importante, desta forma, não confundir *requisição* com *requerimento*. As requisições do Ministério Público não se sujeitam à discricionariedade da autoridade requisitada, ou seja, à consideração de oportunidade e conveniência para cumpri-la segundo a sua própria ordem de prioridades.

O instrumento da requisição pode ser especialmente útil no controle da atividade policial em relação aos crimes envolvendo violência contra a mulher (quase sempre de ação penal pública incondicionada), como as lesões corporais, os crimes contra a dignidade sexual e o feminicídio, por exemplo, a fim de assegurar que o inquérito policial seja efetivamente instaurado e eficazmente instruído, bem como coibir uma prática ainda verificada em algumas delegacias de polícia de encaminhamento ao Poder Judiciário do pedido da ofendida de medidas protetivas de urgência sem a correspondente instauração do inquérito ou, o que é mais grave, da realização de □acordos□ entre vítima e agressor com o objetivo de evitar a investigação policial.

4.3.2 Controle concentrado (atuação cível e extrajudicial)

A Constituição Federal, como já registrado, consagra a segurança pública como um direito fundamental (arts. 6º e 144) e estabelece, em dois dispositivos, um geral e outro específico (arts. 37, *caput* e 144, §7º), a eficiência dos serviços de segurança pública como princípio. Trata-se de dever relacional em que ao direito transindividual à proteção efetiva corresponde o dever estatal de prover a segurança por meio de serviços policiais eficientes. Nada obstante, é dramática a situação da segurança pública no Brasil, com o crescimento persistente da criminalidade, inclusive quanto aos crimes perpetrados em situação típica de violência doméstica.

Para que os serviços policiais sejam prestados adequadamente, é essencial o *controle concentrado* da atividade policial exercido pelo Ministério Público, consistente na identificação de problemas estruturais ou sistêmicos que determinam – ou, no mínimo, contribuem para – a ineficiência do trabalho policial e dos demais órgãos do sistema de segurança pública, impedindo-

-os de cumprirem a contento as suas competências, para tentar solucioná-los através da atuação extrajudicial e dos mecanismos cíveis de tutela dos direitos coletivos, tais como, a audiência pública, o ajustamento de conduta e a recomendação ou, se não for possível uma solução negociada, o ajuizamento de ação civil pública ou de mandado de segurança coletivo.

O controle concentrado visa a todas as questões inerentes à atividade policial e à segurança pública que extrapolem a atuação criminal, desde a questão orçamentária até as práticas administrativas e metodologias de atuação empregadas. De acordo com Enrico Rodrigues de Freitas[24], embora o controle seja direcionado à atividade policial, há que se ter em mente que quando se aprecia esta atividade do ponto de vista da garantia dos direitos fundamentais e de respeito aos direitos humanos, ou ainda na análise da eficiência, não se encontra nenhuma relação direta com fatos criminais, mas de uma atuação do Ministério Público de defesa dos direitos do cidadão e de defesa da probidade e da eficiência da administração pública.

O Ministério Público historicamente atuou na persecução penal, reagindo ao fenômeno criminal e buscando a punição dos indivíduos que infringem as normas penais, na condição de titular da ação penal pública. Essa atuação, apesar de importante, é insuficiente para o enfrentamento do complexo fenômeno da criminalidade. Com efeito, na sua atuação criminal cotidiana, os membros do MP se deparam, constantemente, com a ineficiência do aparelho estatal na prevenção e na repressão criminais, o que contribui decisivamente para a impunidade e, por consequência, para o incremento da criminalidade. A instituição, contudo, não pode apenas constatar, nos inquéritos e processos relacionados a crimes isolados, as deficiências e omissões dos órgãos encarregados da segurança pública sem nada fazer para corrigi-las – pelo menos com efeitos prospectivos. É necessário atuar para prevenir as falhas e aperfeiçoar a prevenção criminal e a persecução penal. O controle externo da atividade policial, na modalidade concentrada, através da atuação extrajudicial permanente e, quando necessário, do ajuizamento de ações coletivas, é o meio de que dispõe o Ministério Público para a prevenção e a correção de irregularidades ou omissões que induzem a ineficiência dos serviços inerentes à segurança pública.

[24] FREITAS, Enrico Rodrigues de. Modalidades e extensão do controle externo. In: Salgado, Daniel R.; Dallagnol, Deltan M.; Cheker, Monique (Coordenadores). Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 127.

A Resolução nº 20/2007, do CNMP, no seu art. 2º, diz que o controle externo da atividade policial "tem como objetivo manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na atividade policial", devendo o Ministério Público atentar, dentre outros fatores, para: o respeito aos direitos fundamentais; a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público; a prevenção da criminalidade; a finalidade, a celeridade, o aperfeiçoamento e a indisponibilidade da persecução penal; a prevenção ou a correção de irregularidades, ilegalidades ou de abuso de poder relacionados à atividade de investigação criminal; a superação de falhas na produção probatória, inclusive técnicas, para fins de investigação criminal; e a probidade administrativa no exercício da atividade policial.

A essa modalidade de controle Ávila[25] dá o nome de "*controle extraprocessual de auditoria*", que deriva da função constitucional do Ministério Público de zelar pelo respeito pelos poderes públicos aos direitos fundamentais, especialmente qualificado pelo dever de controlar externamente a atividade policial. Ele se exerce num conjunto de ações de fiscalização constante da atividade policial como um todo, destinadas a assegurar sua adesão à legalidade e sua eficiência, recomendando a alteração de padrões de atuação potencialmente desviante.

Em relação às atividades policiais de prevenção e repressão à violência contra a mulher, o controle concentrado deve focar, especialmente, a eficiência exigida pela Constituição e pela Convenção de Belém do Pará e o efetivo cumprimento das diretrizes e regras de atendimento estabelecidas na Lei Maria da Penha, inclusive o atendimento policial e pericial especializado, previsto no art. 10-A, e a criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher e de Núcleos Investigativos de Feminicídio e de equipes especializadas para o atendimento e a investigação de violências graves contra a mulher, estabelecidos no art. 12-A. As visitas de inspeção, previstas na Resolução CNMP nº 20/2007 (art. 4º, I), são importantes para identificar os problemas estruturais e de gestão das unidades policiais e órgãos de perícia técnica, que orientarão as medidas de controle concentrado do Ministério Público.

[25] ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Fundamentos do controle externo da atividade policial. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 694.

Conclusão

O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, previsto na Constituição da República como norma de garantia dos direitos fundamentais, é essencial para assegurar a legitimidade dos serviços essenciais de segurança pública e para garantir a eficiência da atuação das polícias nas suas missões de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. A atividade policial, como espécie de atividade administrativa, deve observar, necessariamente, os princípios gerais da administração pública, notadamente o da eficiência. Nesse contexto, o controle externo da atividade policial tem o objetivo de prevenir e sanar problemas que importem em ineficiência dos órgãos de segurança pública, de adequação dos atos de gestão à sua finalidade, bem como de coibir condutas violadoras de direitos fundamentais e de abusos de qualquer natureza nessa área específica do serviço público.

No âmbito da repressão à violência doméstica e familiar contra a mulher, esse controle deve ser operacionalizado em suas duas vertentes: concentrado e difuso, nos termos da regulamentação contida na Resolução CNMP nº 20/2007. Em relação às atividades policiais de prevenção e repressão à violência contra a mulher, o controle ministerial deve focar, especialmente, a eficiência exigida pela Constituição e pela Convenção de Belém do Pará e o efetivo cumprimento das diretrizes e regras de atendimento estabelecidas na Lei Maria da Penha e na Lei nº 13.675/2018 (PNSPDS).

No controle difuso, a adoção das mecanismos como o controle das prisões efetuadas pela polícia, a observância da legitimidade exclusiva para postular perante o Poder Judiciário a decretação medidas cautelares penais e a requisição da instauração de investigação policial ou de diligências, numa rigorosa fiscalização do princípio da indisponibilidade da persecução penal nos crimes de ação pública, permitirá ao Ministério Público exercer por completo a sua função institucional de titular privativo da ação penal pública, concretizando o modelo processual acusatório.

Por outro lado, no controle externo concentrado, a identificação dos problemas estruturais e de gestão das polícias seve para orientar a atuação administrativa e cível do Ministério Público na tutela do direito difuso à segurança, a fim de exigir dos gestores públicos a prestação de serviços policiais e periciais eficientes, através de técnicas extraprocessuais de tutela coletiva (inquérito civil, audiência pública, recomendação e compromisso de ajustamento de conduta) ou, se não for possível uma solução negociada, do ajuizamento de ação civil pública ou de mandado de segurança coletivo.

AGRA, W. B. R. External control of police action in the repression of violence against women. *Justitia,* São Paulo, v. 208, p. 13-43, Jul./Dec. 2016.

- **ABSTRACT**: This study examines the external control over police activities into the repression to domestic and family violence against women, by the Public Prossecution, on its diffuse and concentrated aspects, with a special focus on the fundamental right of good governance of the public security services.

- **KEYWORDS**: Violence against women. Duty to protect. Public security. Police activities. Efficiency. External control. Public Prosecution.

Referências

Atlas da violência 2019. Organizadores: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: IPEA/FBSP, 2019.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Investigação criminal: controle externo de direção mediata pelo Ministério Público. Curitiba: Juruá, 2016.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Fundamentos do controle externo da atividade policial. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CHEKER, Monique. O controle e seus agentes. *In*: Salgado, Daniel R.; Dallagnol, Deltan M.; Cheker, Monique (Coorde). *Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006). Comentada artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FREITAS, Enrico Rodrigues de. Modalidades e extensão do controle externo. *In*: Salgado, Daniel R.; Dallagnol, Deltan M.; Cheker, Monique (Coord). *Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. *In*: Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Bra-

sil. Bruno Calabrich; Douglas Fischer; Eduardo Pelella (organizadores). 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil*. Brasília: Flasco Brasil, 2015. Disponível em: https://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2015_mulheres.php. Acesso em 02/06/2019.

O Sistema Acusatório de Processo e seus Elementos Essenciais

Eduardo Olavo Neves CANTO NETO*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Sistemas processuais penais. 1.1 O sistema acusatório e seu tipo ideal. 2 Sistema acusatório comparado. 2.1 Sistemas inglês e norte-americano. 2.2 Sistema alemão. 2.3 Sistema português. 2.4 Sistema italiano. 3. Elementos essenciais do sistema acusatório. 3.1 Divisão entre as funções de acusar e julgar. 3.2 Princípio acusatório. 3.3 Iniciativa exclusiva das partes em matéria probatória (inércia jurisdicional). 4. Sistema acusatório e investigação criminal. Conclusões. Referências.

- **RESUMO:** O sistema acusatório de processo tem sido alvo de diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Muitas vezes, entretanto, seus elementos constitutivos são manejados de forma a viabilizar um conceito que se amolde às pretensões do intérprete, deixando-se de lado uma análise técnica. Elementos importantes, mas não essenciais, são erigidos à categoria de base fundante da acusatoriedade, em manifesta falta de correspondência com a evolução histórica do processo penal. A criação desses tipos ideais prejudica sobremaneira o desenvolvimento do direito processual penal no Brasil, colocando-o em posição de retrocesso em relação à evolução da ciência processual estrangeira. Necessário, pois, proceder-se à correta identificação dos elementos essenciais do sistema acusatório de processo, permitindo-se, assim, que aqueles considerados variáveis não sejam supervalorizados, causando um verdadeiro engessamento do sistema que, inevitavelmente, desembocará na inadequada interpretação dos mandamentos constitucionais e legais acerca do tema e nos consequentes prejuízos aos ocupantes dos polos ativo e passivo da relação processual.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Acusatório. Sistemas. Processo. Inquisitivo. Elementos essenciais. Tipos ideais.

*Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Ex-Delegado de Polícia no Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Guarulhos (UNG). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Mestre em Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Introdução

Quando nos deparamos com o estudo dos sistemas jurídicos, poucas vezes nos damos conta da imprecisão conceitual que se instalou acerca do tema. Os estudos revelam esforços voltados apenas à definição das estruturas dos sistemas processuais mais conhecidos, mas não se ocupam, na maioria das vezes, da definição dos sistemas jurídicos propriamente ditos. Bobbio chega a mencionar que sistema "é um daqueles termos de muitos significados, que cada um usa conforme suas próprias conveniências".[1]

Necessário lembrar que a atividade de estrita conceituação, nesse particular, relegada ao segundo plano, é sobremaneira relevante, porquanto a partir de um conceito rígido de sistema (gênero), é possível estabelecer critérios determinantes para formação dos sistemas processuais (espécies), assim como determinar o grau de importância de seus elementos constitutivos, diferenciando um sistema de outro.[2]

O termo sistema, do latim *systema*, (reunião, junção[3]), é definido como: "1.Conjunto de elementos, entre os quais haja alguma relação. 2. Disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que formam estrutura organizada."[4]Constata-se, pois, que o conceito é bastante abrangente, podendo abarcar uma série de conjuntos e elementos de ordem principiológica e procedimental. Partindo dessa linha de ideias, Mauro Fonseca Andrade define sistema jurídico como a "reunião, conscientemente ordenada, de entes, conceitos, enunciados jurídicos, princípios gerais, normas ou regras jurídicas, fazendo com que se estabeleça, entre os sistemas jurídicos e esses elementos, uma relação de continente e conteúdo, respectivamente".[5]

---

[1] BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 9. ed.Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 71.

[2] ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. 2. ed.Curitiba: Juruá, 2013, p. 36.

[3] TUCCI, Rogério Lauria Tucci. Princípios e Regras Orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 10.

[4] FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. Mini Aurélio- Dicionário da Língua Portuguesa. 8.ed. Curitiba: Positivo, 2010, p. 703.

[5] ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. Op. cit., p. 38-39.

1 Sistemas processuais penais

Partindo da conceituação acima exposta, o professor gaúcho define os sistemas processuais penais como "subsistemas jurídicos formados a partir da reunião ordenada de elementos fixos e variáveis de natureza processual penal".[6] Dessume-se do conceito que o sistema processual penal não abriga em sua estrutura básica apenas princípios, cuidando também de normas e regras que não carregam consigo carga de densidade e abstração tão elevada quanto aqueles. Assim, é possível tratar de uma formatação que possui elementos fixos e variáveis. Os fixos formam a base axiológica do sistema jurídico, seus valores predominantes. Sem eles, o sistema não existe. Por outro giro, os variáveis são aqueles que apenas permitem a mobilidade e o funcionamento do sistema, não se relacionando com sua criação.

A correta identificação dos elementos fixos e variáveis dos sistemas é fundamental para o desenvolvimento do tema. Além de permitir uma análise mais clara do sistema, impede que sejamos seduzidos pelos tipos ideais. Cunhado pelo sociólogo alemão Max Weber, num estudo que tinha por objetivo separar a crença da ciência, o termo consiste em "conceitos exagerados, genéricos e abstratos criados pelas mais diversas áreas do conhecimento humano, e que não representam uma realidade histórica e tampouco autêntica".[7]

Logo, os tipos ideais refletem apenas conceitos artificiais que servem, no máximo, como modelo de comparação. Não há um compromisso com um aprofundado estudo histórico, o que acarreta uma desvinculação com a realidade e impede que os investigadores conheçam os elementos essenciais do objeto analisado.[8]

Escapar dos tipos ideais desenhados por parte da doutrina para os sistemas processuais penais que conhecemos (acusatório, inquisitivo e misto), resulta, como veremos, na eliminação de certos dogmas processuais que foram equivocadamente construídos.

1.1 O sistema acusatório e seu tipo ideal

Como a própria denominação aponta, o tipo ideal traz consigo uma ideia pessoal do autor, que não se preocupa se há correspondência entre o modelo por ele esboçado e o conteúdo decorrente de uma realidade histórica. Nessa linha de ideias, o sistema acusatório atual encontrou uma es-

[8] ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. Op. cit., p. 49.

pécie de modelo fechado, que não admite a retirada ou inserção de qualquer elemento não contido em seu tipo ideal.

Dessa forma, em linhas gerais, a doutrina nacional, aponta como elementos do sistema acusatório a separação entre acusação, defesa e julgamento[9], um juiz afastado de qualquer atividade probatória (iniciativa exclusiva das partes)[10], tratamento igualitário das partes (paridade de armas), contraditório, publicidade e oralidade.

Um pouco mais à frente, constataremos que a ausência de alguns dos elementos acima arrolados, ao contrário da opinião majoritária, não desnatura o sistema acusatório, já que não podem ser considerados como parte fixa da estrutura. Importante notar que a escolha dos elementos, em algumas oportunidades, decorre simplesmente do alvitre do autor, sem qualquer relação com a evolução histórica do sistema acusatório, gerando, assim, um tipo ideal de sistema.

Outro fator relevante tem a ver com a natureza dos elementos escolhidos pela doutrina brasileira como parte integrante do sistema acusatório de processo e do tratamento a eles dispensado. É muito comum considerar que tudo aquilo que é democrático encontra perfeita correspondência com o sistema acusatório, ao passo que tudo aquilo que é considerado anacrônico e autoritário configura expressão do sistema inquisitivo. O que parte da doutrina faz é eleger um tipo ideal de sistema processual que sequer consegue atingir uma unicidade conceitual e traz consigo forte carga ideológica. A jurisprudência pátria, por sua vez, também vem tratando o sistema acusatório da mesma forma, gerando certa insegurança jurídica. De acordo com Fonseca Andrade, "pior do que isso, a origem dessa insegurança pode ser perfeitamente identificada na verdadeira manipulação dos elementos integrantes desse sistema, a fim de que seu proponente atinja os resultados pretendidos, frutos que são de uma ideologia já assumida, e com a qual está comprometido".[11]

Com o objetivo de analisar, não todos, mas os elementos que consideramos fixos e essenciais,passaremos em revista alguns aspectos do sistema

[9] MARQUES, José Frederico. Do Processo Penal Acusatório. In: Estudos de Direito Processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p.23.

[10] LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal - Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 154.

[11] ANDRADE, Mauro Fonseca.Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. Op. cit., p. 126.

acusatório contemporâneo, mormente aqueles oriundos de países europeus comumente utilizados pela doutrina brasileira como alicerce para os mais diversos posicionamentos.

2 Sistema acusatório comparado

Por primeiro, antes de ingressarmos no estudo dos sistemas, cumpre esclarecer questão ligada à terminologia utilizada. Não é incomum que encontremos a denominação "sistema acusatório puro", na esteira dos escritos de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, que datam de 1938.[12] Apenas para exemplificar, referido autor esposava a tese de que quanto menos poderes instrutórios possuísse o magistrado, mais próximos estaríamos do "sistema acusatório puro".

Na verdade, a utilização da nomenclatura acima indicada apenas demonstra a correção da afirmação de parte da doutrina acerca da adoção de tipos ideais por uma parcela de processualistas penais. Tal se justifica porque o fundamento básico para se denominar o sistema acusatório como "puro", reside na suposta não aceitação de um acusador público no sistema clássico, admitindo-se apenas a figura do acusador particular, ou seja, a própria vítima ou pessoa por ela indicada.[13] Assim, como em termos de acusação, nosso sistema possui como dominus *litiso* Ministério Público, não adotaríamos, em tese, um sistema processual acusatório puro.

Ressalte-se que o argumento expendido não resiste a um perfunctório exame do sistema processual clássico, mais especificamente o ateniense. À época, a sociedade de Atenas era basicamente oligárquica, sem participação popular nos assuntos políticos. Naquela oportunidade, os magistrados, escolhidos entre os membros da classe dominante, eram encarregados de iniciar, instruir e julgar o processo, conduta muito distante daquela considerada adequada pelo sistema acusatório. As funções de magistrado eram normalmente exercidas pelo rei, pelo polemarco (magistrado com funções religiosas e atribuições para o sorteio dos julgamentos de processos de natureza privada) e pelo arconte (membro de uma assembleia de nobres)[14].

---

[12] ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de Almeida. Ação Penal (análises e confrontos), São Paulo: Saraiva, 1938, p.31.

[13] TUCCI, Rogério Lauria. Persecução Penal, Prisão e Liberdade. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 78.

[14] ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. Op.

Pela estrutura descrita, não fica difícil constatar que o sistema de justiça tinha como finalidade precípua a manutenção do *status quo*, fato que, por volta do fim do século VI a.C., fez com que o povo se levantasse, gerando inúmeros conflitos sociais. Com o objetivo de cessar a revolta popular, Solon, eleito pela classe dominante e pelo povo, editou uma série de atos normativos que mudaram a forma como os julgamentos ocorriam em Atenas. Os responsáveis pelos julgamentos continuaram os mesmos, mas, de forma inédita, passou-se a admitir a participação do povo nos tribunais. Assim, ao magistrado era vedado o acúmulo das funções de acusar e julgar, remanescendo apenas a última. A acusação, por seu turno, passou a ser exercida pelo cidadão, salvo em casos que demandavam a atuação dos tesmótetas, funcionários públicos com atribuição apenas para acusar em hipóteses específicas[15]. Nascia, pois, o sistema acusatório, com a sua característica mais marcante, que consiste na separação entre as funções de acusar e julgar.

Diante desse quadro, torna-se forçoso reconhecer que a nomenclatura "sistema acusatório puro", baseada num suposto monopólio do polo ativo da ação penal por parte do acusador particular é equivocada, já que, quando do surgimento do sistema, admitia-se, ainda que excepcionalmente, a atuação de um acusador público. Logo, inexistente o fundamento utilizado para formulação da expressão, concluímos ser imprópria a denominação referida, optando, na linha de Fonseca Andrade, pela divisão em sistema acusatório clássico e sistema acusatório contemporâneo.[16]

Restringindo nossa análise ao sistema contemporâneo, com restritas menções ao clássico, vejamos suas características básicas nos diferentes ordenamentos jurídicos.

2.1 Sistemas inglês e norte-americano

Pertencentes ao *Common Law*, os sistemas processuais penais da Inglaterra e dos Estados Unidos possuem uma peculiaridade que traz certa controvérsia quanto à classificação empregada. Tal se justifica pelo fato de a polícia possuir excessivos poderes na investigação (inglês), assim como pelo fato de o processo penal, que só tem início após o oferecimento da inicial acusa-

cit., p. 59.

[15] As hipóteses de atuação dos tesmótetas eram as seguintes: acusação contra magistrados que não prestavam contas de forma adequada, sicofantia e falso testemunho perante o aerópago.

[16] ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores Op. cit., p. 109-110.

tória, ser caracterizado por uma atuação discricionária das partes, atuando o juiz apenas como espécie de moderador completamente inerte (inglês e norte-americano).

Por essa razão, não há consenso na doutrina quanto à exata classificação desses sistemas. Tomando como objeto de análise o poder da polícia inglesa durante os trabalhos investigativos, John Spencer classifica o sistema processual daquele país como misto.[17] Nada obstante, há estudos que, baseados na clara divisão entre as funções de acusar e julgar, classificamos sistema inglês como acusatório.[18] Há, ainda, posicionamento no sentido de que não estaríamos diante de um verdadeiro sistema acusatório, mas de um sistema denominado *adversary*, tendo em conta as restrições à atuação judicial na gestão da prova, assim como a plena liberdade das partes[19]. Essa última linha de raciocínio, também aplicada ao processo penal norte-americano, merece especial atenção.

Configurando um processo de partes, o *adversary system* é visto como um verdadeiro embate ou um jogo entre os dois polos da ação penal. Por conta disso, a doutrina também o denomina como *Sporting theoryof Justice*[20], proibindo-se por completo eventual intervenção do juiz na atividade probatória. Deixando um pouco de lado a visão que possuímos do processo penal, com viés nitidamente público, o *adversary system* caracteriza uma competição observada por um "Estado que se propõe exclusivamente solucionar os conflitos sociais, sem interferir diretamente neles para impor as próprias escolhas".[21]

Frise-se que, apesar do posicionamento acima apontado, os sistemas inglês e norte-americano são vistos pela Europa continental como expressões

[17] SPENCER, John. O processo penal na Inglaterra.*In*: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia. Trad. Fernando de Freitas Branco. Barueri: Manole, 2004, p. 85.

[18] VILARES, Fernanda Regina. A prova penal no direito inglês. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; e MORAES, Mauricio Zanoide de (Org.). Provas no Processo Penal. Estudo Comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 363.

[19] ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores Op. cit., p. 112. Nesse ponto, o autor refere-se ao posicionamento defendido por Ángel Tinoco Pastrana, professor de Direito Processual da Universidade de Sevilha, na Espanha.

[20] MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 19, p. 243.

[21] GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 39.

do sistema acusatório.[22] Em verdade, o *adversary system* configura uma variação do sistema acusatório, ao lado do *inquisitorial system*. A diferença entre eles reside na liberdade que se concede ao julgador na determinação de produção de provas de ofício. O primeiro admite apenas a figura do juiz passivo, cabendo exclusivamente às partes a produção probatória, ao passo que o último permite uma participação mais ativa do magistrado, que, de maneira suplementar, pode determinar, de ofício, a produção de provas.

Abordando a questão específica, Fonseca Andrade assevera que "dessa forma, não vemos grandes inconvenientes em afirmar que o *adversary system e o inquisitorial system* são duas maneiras distintas de catalogar a uma mesma estrutura sistêmica de processo penal, que recebe, por parte da doutrina processualista continental, o nome de acusatória".[23] Ambos adotam a figura de um juiz distinto do acusador e procuram preservar a imparcialidade do julgador, sobressaindo-se, assim, o caráter acusatório dos sistemas.

2.2 Sistema alemão

Na Alemanha, o diploma legal que rege as relações processuais penais é a *Strafprozessordenung* (StPO), cuja entrada em vigor ocorreu no ano de 1877. Após a grande reforma levada a efeito em 1974, extinguiu-se o juizado de instrução, vedando-se a realização de atos investigatórios por parte do juiz. Por essa razão, a investigação ficou a cargo do Ministério Público, o que rendeu ensejo ao início de um debate em toda a Europa acerca do fim do modelo de processo que havia sido difundido pelo *Code d'Instruction Criminelle* de 1808[24], que conferia ao juiz de instrução poderes incompatíveis com o sistema acusatório.

Com funções bem delimitadas, o sistema processual alemão é, sem sombra de dúvidas, acusatório, porquanto, além da previsão de um órgão acusador distinto do julgador, o processo penal só tem início após o oferecimento da acusação, não podendo o juiz iniciá-lo de ofício. O processo penal alemão também prevê a necessária observância dos princípios da publicidade,

[22] SOARES, Guido Fernando Silva. Common Law. Introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: RT, 1999, p.126.

[23] ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores Op. cit., p. 113.

[24] Ibidem, p. 114.

oralidade, paridade de armas, contraditório, presunção de inocência e in dubio pro reo. O juiz pode, de ofício, determinar a produção de elementos que o auxiliem no julgamento e tem o dever de motivar suas decisões. A inobservância de regras processuais pode acarretar a nulidade do ato e as decisões e sentenças proferidas podem ser atacadas pelas vias recursais.

Em decorrência da previsão de todas as regras acima expostas, a doutrina, em sua maioria, considera o processo penal alemão como acusatório.[25]

2.3 Sistema português

O sistema processual penal de Portugal conta com expressa previsão constitucional, porquanto a Lei Maior daquele país, em seu art. 32,5, cuida, ainda que de forma genérica,de uma estrutura acusatória de processo.[26] Dessa forma, abandonou-se o sistema misto consagrado pelo Código de Processo Penal português de 1929, adotando-se, com o advento de um novo código, no ano de 1987, o sistema acusatório.

A legislação portuguesa prevê a igualdade material de armas entre acusado e acusador, o monopólio da acusação pelo Ministério Público, a liberdade de atuação do defensor, o caráter excepcional da prisão cautelar, a observância dos princípios da oralidade, imediação, celeridade, concentração, contraditório e publicidade, assim como a ocorrência de nulidades em razão do desrespeito às normas previstas.

Note-se que o inquérito, em Portugal, é capitaneado pelo órgão do Ministério Público, que contará com o auxílio da polícia criminal (art. 263, do

[25] Mauro Fonseca Andrade (Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores.Op. cit., p. 115, nota de rodapé n. 407), adotando o posicionamento exposto no texto, noticia que Jurgen Bauman, em sua obra "*Derecho Procesal Penal. Conceptos Fundamentos y Principios Procesales*", trata o processo penal alemão como inquisitivo, pois, segundo o autor germânico, "*el Tribunal debe investigar laverdad, y no solamente decidir acerca de lo que le há sido expuesto*".

[26] "Art. 32, da Constituição da República Portuguesa
Garantias de processo criminal
(...)
5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.
(...)".

CPP).[27] Constata-se, assim, que o argumento muitas vezes utilizado por parte da doutrina brasileira no sentido de que a investigação criminal direta pelo promotor de Justiça viola o sistema acusatório não encontra supedâneo em sistemas processuais constitucionalmente reconhecidos como tal.

2.4 Sistema italiano

De especial interesse para nosso estudo, o sistema italiano passou por profundas modificações na segunda metade do século XX. Como é sabido, nosso CPP foi fortemente influenciado pelo CPP italiano de 1930, conhecido como Código *Rocco*. De viés autoritário, referido estatuto processual foi duramente combatido pela doutrina italiana. Com o escopo de elaborar uma nova lei de regência para o processo penal italiano, publicou-se, em 1978, um projeto preliminar. Nada obstante a tentativa, abandonou-se mencionado projeto, pois em sua estrutura manteve-se a previsão do juizado de instrução.

Ainda com o objetivo de romper com linha processual anterior, foi promulgada, em 1987, a Lei Delegada nº 81/87, que estabelecia as diretrizes para a elaboração de um novo CPP, de feição acusatória. Ato contínuo, formou-se uma comissão que contava com oito professores, oito magistrados e um advogado, com atribuição específica para a elaboração do novo código. Ao final dos trabalhos, surgiu o novo CPP italiano, conhecido como "Código de Professores".[28]

Reconhecido pela doutrina como expressão do sistema acusatório[29], o CPP italiano de 1988, que entrou em vigor em 24.10.1989, possui as seguintes características: o processo só tem início com o oferecimento da acusação, a investigação fica a cargo do Ministério Público e não integra a fase processual, o Ministério Público detém o monopólio da acusação, o juiz pode ter iniciativa probatória nas exceções previstas em lei, simbiose entre obrigatoriedade e oportunidade, negociação por meio do *pattegiamento* (similar ao *pleabargaining*) e previsão de nulidades e recursos.[30]

---

[27] CECARELLI, Camila Franchitto. A disciplina da prova no processo penal português. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; e MORAES, Mauricio Zanoide de (Org.). Provas no Processo Penal. Estudo Comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 276.

[28] AMODIO, Ennio. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo CPP. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a.7, n. 25, p.13.

[29] AMODIO, Ennio. O modelo acusatório no novo CPP italiano. Revista de Processo. São Paulo, a.15, n. 59, jul./set. 1990, p. 140.

[30] ANDRADE, Mauro Fonseca.Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. Op. cit. p. 118.

Analisando o tema, Mario Chiavario assevera que "o novo Código cria certas inovações justamente se inspirando em um "espírito acusatório": isso, em princípio e sobretudo quanto à distinção das funções reservadas respectivamente a cada parte e ao juiz em qualquer estágio do processo".[31]

Vistos os lineamentos gerais dos principais sistemas processuais, passaremos a analisar alguns elementos apontados por parte da doutrina como essenciais à formação do sistema acusatório.

3 Elementos essenciais do sistema acusatório

Conforme referido acima, na linha da doutrina de Fonseca Andrade e, respeitando os posicionamentos dissonantes, consideramos que a divisão entre elementos variáveis e fixos do sistema constitui a maneira mais adequada de se proceder a uma análise criteriosa do tema.

Por essa razão, procederemos ao estudo dos elementos considerados fixos e essenciais pelo autor gaúcho, à exceção da iniciativa probatória do juiz, que, como veremos adiante, não ostenta tal condição, mas, pela controvérsia que desperta, demanda análise conjunta.

3.1 Divisão entre as funções de acusar e julgar

Considerada a chave para um sistema acusatório, a divisão entre as funções de acusar e julgar, a exemplo de outros institutos processuais penais, passou por um longo desenvolvimento histórico, tendo surgido em razão da falta de credibilidade experimentada pelo sistema que reunia as funções de acusar e julgar num único órgão.

Oriunda do processo ateniense, a divisão foi absorvida pelo sistema romano, mormente após a queda da monarquia, tendo influenciado todo o direito continental.32 Portanto, não é exagero algum afirmar que todo o sistema acusatório, seja o clássico, seja o contemporâneo, contou com a rígida divisão entre as funções de acusar e julgar, que, como é intuitivo, consubstancia-se em elemento fixo e essencial da acusatoriedade.

---

[31] CHIAVARIO, Mario. O processo penal na Itália. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia. Trad. Fernando de Freitas Branco. Barueri: Manole, 2004, p. 43-57.

[32] ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. Op. cit. p. 241.

Observe-se, ainda, que, com base em estudo histórico, parcela da doutrina aponta que a figura do acusador público não constituiria elemento do sistema acusatório, já que este, em sua suposta pureza, só admitia a figura do acusador particular ou do ofendido.[33] Com fulcro numa visão outrora dominante e privatística do processo penal, esse posicionamento é contrariado pela própria história dos sistemas processuais.

Mais uma vez Fonseca Andrade, com maestria, demonstra que a figura do acusador público esteve presente no sistema acusatório desde o seu surgimento. O autor, após explicar o conteúdo dos princípios da oficialidade e da disponibilidade, aduz que "esclarecido o conteúdo desses princípios, vemos que no processo ateniense - símbolo do sistema acusatório clássico – se fazia perfeitamente a distinção entre delitos públicos e privados, e coexistiam os princípios da disponibilidade e da oficialidade. A persecução penal estava predominantemente em mãos privadas, sendo que a vítima ou um terceiro poderiam atuar como acusadores. Entretanto, havia determinados casos em que os *thesmothetai* atuavam de ofício e investigavam fatos cuja repressão era de interesse do poder central"[34].

Funcionários públicos com atribuição para acusar em casos específicos (acusação contra magistrados que não prestavam contas de forma adequada, sicofantia e falso testemunho perante o aerópago), os tesmótetas configuram prova irrefutável de que, apesar de não ser a regra, o acusador público sempre fez parte do sistema acusatório.

A importância da atuação de um órgão acusatório distinto do julgador é a base do sistema acusatório, podendo-se afirmar que "como decorrência lógica do equilíbrio e divisão de poderes processuais penais, não há coincidência subjetiva entre o órgão acusador, fator essencial para distingui-lo do sistema marcadamente inquisitório".[35]

Dividindo os poderes processuais, a distinção entre as funções permite a sustentação de um dos pilares do processo penal democrático, qual seja, a imparcialidade do julgador. De fato, não é possível admitir que o órgão en-

[33] POZZER, Benedito Roberto Garcia. Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2001, p. 192.

[34] ANDRADE, Mauro Fonseca.Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. Op. cit. p. 245-246.

[35] ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003, p. 38.

carregado de proferir a decisão final acumule a função de acusar, com óbvio comprometimento psicológico no sentido de condenar o acusado.

Por essas razões, a divisão entre as funções de acusar e julgar, com a consequente presença de um acusador (público ou particular), repita-se, constitui elemento fixo do sistema acusatório desde o seu surgimento.

3.2 Princípio acusatório

Segundo elemento fixo do sistema em estudo, o princípio acusatório não encontra conceito uníssono na doutrina. Alguns autores o definem como o próprio sistema acusatório[36], outros como a existência de uma acusação no processo[37], havendo, ainda, quem considere o princípio do contraditório como seu elemento integrante[38].

Com efeito, não é possível tratar o princípio acusatório como sinônimo de sistema acusatório. Cuida-se apenas de uma parte dele, e não do todo. Além disso, quem assim o faz, acaba por desembocar na teoria da gestão da prova, alegando que o princípio nada mais é do que a impossibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício. Conforme veremos à frente, a questão da gestão da prova não tem o condão de determinar se um sistema processual é acusatório, misto ou inquisitivo.39Trata-se, em primeiro lugar, de uma opção legislativa que decorre da visão que se tem do processo penal: privatística ou pública.

Por outro giro, a só existência de uma acusação no processo também não pode ser considerada como expressão do princípio acusatório, tendo em conta um singelo argumento. No sistema inquisitivo havia uma acusação no processo, mas, muitas vezes, era o próprio julgador o formulador da tese acusatória. Logo, limitar a conformação do princípio apenas à existência de uma acusação não se amolda aos termos propostos pelo sistema acusatório.

Por fim, também não é possível apontar o contraditório como elemento integrante do princípio acusatório. Na verdade, após a formulação de uma acusação, observando-se os direitos e garantias fundamentais, surge a possi-

[36] LOPES JÚNIOR, Aury Lopes. Introdução Crítica ao Processo Penal. Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Op. cit., p. 168-169.

[37] TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 10.

[38] PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A conformidade das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 133.

[39] ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. Op. cit., p. 260.

bilidade de exercício do contraditório. Assim, não é incorreto dizer que o princípio acusatório é um dos elementos do processo que rendem ensejo à existência do contraditório, que, como se percebe, é uma consequência dele e não seu integrante.[40]

Excluindo-se os conceitos acima, é possível alinhar o conceito de princípio acusatório à existência de um acusador distinto do juiz. Nada obstante, surgiriam os seguintes questionamentos: a divisão entre as funções de acusar e julgar já não foram apontadas no item anterior como um dos elementos fixos do sistema acusatório? Haveria, então, uma sobreposição de elementos?

Resolvendo eventual impasse, Fonseca Andrade afirma que uma outra forma de encontrar o significado do princípio acusatório seria buscá-lo entre os elementos fixos do sistema acusatório, que identificamos como sendo a obrigatoriedade de um acusador distinto do juiz, e o fato de somente a acusação determinar o início do processo. E, se assim procedermos, facilmente se vê que, entre esses dois elementos do sistema acusatório, há uma clara diferença entre criador (acusador) e criação (acusação).[41]

Temos, portanto, os dois elementos fixos e essenciais à formação do sistema acusatório: divisão das funções de acusar e julgar (acusador distinto do juiz) e princípio acusatório (acusador diverso do juiz, significando que o processo somente tem início após o oferecimento da inicial acusatória).

Oportuno salientar que os demais elementos apontados pela doutrina, tais como a oralidade, a publicidade, o contraditório e a paridade de armas, normalmente são encontrados em todos os sistemas acusatórios, mas, por mais difícil que pareça, não são essenciais à formação do sistema. São elementos variáveis que podem ou não estar presentes, sempre de acordo com os ideais que norteiam a construção do sistema.

Dessarte, sempre que presentes os dois elementos fixos estudados, teremos um sistema acusatório de processo, independentemente dos elementos variáveis eleitos.[42]

Mesmo assim, tendo em consideração sua importância, analisaremos um terceiro elemento, não considerado fixo nesse texto, mas tratado como tal por boa parte da doutrina: a questão da iniciativa probatória no processo penal.

[40] Ibidem, p. 261.

[41] Ibidem, p. 265.

[42] Ibidem, p. 269.

3.3 Iniciativa exclusiva das partes em matéria probatória (inércia jurisdicional)

Dentre os elementos do sistema acusatório, a inércia jurisdicional em matéria probatória é, sem dúvidas, aquele que gera a maior controvérsia. Há, inclusive, autores que o consideram o ponto diferenciador entre os sistemas acusatório e inquisitivo.[43] Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, por exemplo, considerando a iniciativa probatória do juiz como elemento inquisitório, aduz que "o certo, não obstante, é que o CPP configura um Sistema Misto e, deste modo, mantém na base o Sistema Inquisitorial e a ele agrega elementos típicos da estrutura do Sistema Acusatório. Pesa, nele, em todos os quadrantes, a sobreposição de funções do órgão jurisdicional e do órgão de acusação. Quando o juiz é o senhor plenipotenciário do processo - ou quase – e pode buscar e produzir a prova que quiser a qualquer momento (na fase de investigação e naquela processual) não só tende sobremaneira para a acusação como, em alguns aspectos, faz pensar ser despiciendo o órgão acusatório".[44]

Em linhas gerais, boa parte da doutrina condena a atitude do juiz que, eventualmente, venha a determinar, de ofício, a produção de provas no processo penal. Para os defensores desse posicionamento, ao magistrado só é permitido atuar como um verdadeiro mediador entre as partes. Consagra-se, nessa linha, a teoria da gestão da prova, cabendo exclusivamente à acusação e defesa carrear provas aos autos do processo. Nesse sentido, o juiz é obrigado a se conformar com eventual produção probatória insuficiente das partes, seja para absolver, seja para condenar. Atuaria o julgador nos moldes do *adversary system do Common Law*.

Como reforço argumentativo histórico de precitado posicionamento, parte da doutrina retorna ao Direito Romano, mais especificamente ao instituto do *non liquet*, que seria uma característica básica do sistema acusatório daquele império, comparando a possibilidade de deixar de julgar em razão da deficiência probatória com a nossa absolvição por falta de provas.[45]

---

[43] MITTERMAIER, C.J.A. Tratado da prova em matéria criminal. 2. impressão. Tradução de Herbert Wuntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997, p. 34.

[44] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 46, n. 183, jul./set., 2009, p. 111.

[45] THUMS, Gilberto. O mito sobre a verdade e os sistemas processuais penais. Revista Ibero-

No que toca ao argumento relacionado à gestão da prova e ao *adversary system*, cumpre destacar que se trata de uma das formas de manifestação do sistema acusatório, mas não a única. Conforme mencionamos anteriormente, um sistema acusatório pode adotar tanto o *adversary* como o inquisitorial system. Em ambos, o processo apenas se iniciará após o oferecimento da inicial acusatória pelo *dominus litis*, mas terá desenvolvimento mediante impulso oficial. Basta uma análise mais acurada para constatarmos que essa forma de se cuidar das questões processuais penais consagra um viés privado da ação, manifestamente incompatível com a maneira pela qual a ação penal condenatória é vista em nosso país, onde há predomínio do caráter público do processo penal, mormente se considerarmos os interesses postos em conflito.

Ressalta-se, ainda, que o método do juiz completamente passivo vem encontrando resistência em seu país de origem, a Inglaterra. Ada Pellegrini Grinover, em estudo específico sobre a iniciativa probatória do juiz no sistema acusatório, ressalta que "*o caráter adversarial* do sistema vai cedendo espaço ao desenvolvimento oficial e a distinção entre os dois processos parece tender a uma atenuação cada vez mais perceptível (Barbosa Moreira, loc. cit., página 99, com bibliografia). Além dos sinais de mudanças, é também oportuno salientar as críticas que se levantam contra o sistema até agora dominante no processo civil inglês: várias propostas legislativas propugnam no sentido de a condução do feito anterior ao *trial* não ser mais deixado quase exclusivamente ao cuidado das partes, devendo submeter-se ao controle do órgão judicial, até para atenuar os problemas de procrastinações indesejáveis que incidem sobre o custo e a duração do processo".[46]

Há, ainda, uma importante observação levada a efeito por Fonseca Andrade. Segundo o autor, o conceito de justiça no sistema inglês prestigia valor diverso daquele consagrado no direito continental. Dessa maneira, para a cultura do Common Law, a justiça é um valor que está ligado às regras do processo, ao invés de estar direcionada ao próprio fato que originou o processo. Ou seja, o fato, em si, perde importância, pois o que está em jogo ou sob julgamento é o desempenho das partes, independen-

-Americana de Ciências Penais. Porto Alegre, a. 4, n. 8, 2003, p.99.

[46] GRINOVER, Ada Pellegrini. Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. Revista Forense, v. 347. Rio de Janeiro, 1999, p. 5.

temente de o tema tratado no processo poder dizer respeito a algo de interesse de toda uma comunidade ou mesmo de todo um país".[47]

Como se vê, a abordagem do processo penal no sistema do *Common Law* é bastante diversa daquela realizada na Europa continental e no Brasil. Entre nós não obteve êxito a visão privatística, pois, a bem da verdade, o fato criminoso apurado nos autos do processo não interessa apenas às partes envolvidas, mas a toda a comunidade. Logo, não nos parece razoável utilizar o *adversary system* como paradigma para a defesa de uma teoria do juiz inerte em matéria de provas.

Anote-se, outrossim, que o argumento de cunho histórico, no sentido de que o *non liquet* romano equivaleria à absolvição por insuficiência de provas, também não resiste a uma análise um pouco mais aprofundada. O instituto era de fato aplicado, mas nunca possuiu a abrangência pretendida pelos defensores da passividade judicial. Na verdade, quando os julgadores consideravam que a prova produzida pelas partes, não só pela acusação, não eram suficientes à prolação de uma sentença de mérito, proferiam o *non liquet* ("não está claro") e davam início a um procedimento denominado *ampliatio*, que consistia numa nova oportunidade para que as partes amealhassem um melhor conjunto de provas e o apresentassem aos juízes para nova decisão, não se relacionando minimamente com a absolvição por falta de provas.[48]

Remanescem, ainda, outros argumentos na tentativa de convencer os operadores do direito que a figura do juiz que determina de ofício a produção de provas constitui fato divorciado do sistema acusatório, com nítido viés inquisitivo. Dentre eles, ganha destaque a comparação com sistemas processuais estrangeiros, com especial menção ao italiano, com apoio na doutrina de Franco Cordero. Vejamos, portanto, de forma geral, como é tratada a questão no direito europeu continental.

Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEcrim)*, em seu artigo 728, prega como regra a produção de provas apenas pelas partes.[49] Logo na sequência, em seu artigo 729, 2º, o mesmo diploma legal, de forma excepcio-

[47] ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios ReitoresOp. cit., p. 213.

[48] Ibidem, p. 201.

[49] "Art. 728, *LEcrim: No podránpracticarseotrasdilgencias de prueba que laspropuestas por las partes, ni ser examinados otrostestigos que los compreendidos em las listas presentadas*".

nal, admite que o juiz determine a produção de provas não requeridas pelas partes, desde que as considere necessárias ao deslinde da causa.[50]

Frise-se que o Tribunal constitucional, na sentença 188/00, analisou a constitucionalidade do artigo 729.2º, da LEcrim e admitiu que a produção excepcional de provas pelo juiz não viola direitos constitucionais e que só a análise do caso concreto poderá indicar se houve ou não quebra da imparcialidade do julgador.

Na mesma direção, contando com expressa previsão constitucional (art. 32,5, da CRP), segue o sistema acusatório português. O CPP português de 1987, mais precisamente em seu artigo 340, permite que o julgador abandone a passividade e determine de ofício a produção de provas que considerar necessárias à descoberta e à boa decisão da causa. Caso ordene a produção de provas não constantes da acusação ou da defesa, o juiz deve comunicar sua decisão às partes, fazendo com que tudo conste da ata.[51]

Reforçando a determinação legal portuguesa, Jorge de Figueiredo Dias preceitua que "a adução e esclarecimento do material de facto não pertence aqui exclusivamente às partes, mas em último termo ao juiz: é sobre ele que recai o ónus de investigar e esclarecer oficiosamente - sc., independentemente das contribuições das partes- o facto submetido a julgamento (...) Ela em nada se opõe ao princípio da acusação, nem sequer a uma estrutura basicamente acusatória do processo penal (...)"[52].

Dessume-se do texto, pois, que os sistemas espanhol e português, reconhecidamente acusatórios, admitem a possibilidade de uma participação mais ativa e menos inerte do juiz em matéria probatória.

---

[50] Art. 729, *LEcrim*:

(...)

2º *Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necessárias para lacomprobación de cualquiera de loshechos que hayan sido objeyo de los escritos de calicación".*

[51] "Art. 340, CPP português:

1 - O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.

2 - Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar da acta".

[52] DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Processual Penal. 1. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 192.

Por último, mas não menos importante, vejamos o sistema italiano. *O Codicedi Procedura Penale*, de forma expressa, em seu artigo 190, autoriza o juiz a determinar de ofício a produção de provas nos casos legalmente estabelecidos[53]. Precitado dispositivo faz alusão ao artigo 507, da mesma lei, que assim reza: *"Terminatal'acquisizione dele prove, ilgiudice, se resulta assolutamente necessário, puòdisporreanche d'ufficiol'assunzionedinuovimezzidi* prova".

A questão foi levada ao Tribunal Constitucional italiano, que, no ano de 1993, considerou válida a regra do artigo 507, do *Codice*, indicando que por provas novas são compreendidas aquelas que ainda não foram produzidas (*n. 111 sentenza 24 – 26marzo 1993*).

Mesmo diante da clareza do texto legal e da decisão do Tribunal constitucional, há autores brasileiros que utilizam o sistema italiano como referência para condenar a figura do juiz participativo. Para tanto, mencionam com frequência a obra de Franco Cordero, consagrado autor peninsular. Aury Lopes Júnior, por exemplo, afirma textualmente que "atribuir poderes instrutórios a um juiz - em qualquer fase – é um grave erro, que acarreta a destruição completa do processo penal democrático. Ensina CORDERO que tal atribuição (de poderes instrutórios) conduz ao *primatodell'ipotesi sui fatti*, gerador de *quadrimentaliparanoidi"*[54].

O texto acima revela forte carga ideológica e não traduz com fidelidade as ideias do professor italiano. Com base na arguta observação de Fonseca Andrade, constatamos que a obra que serviu de supedâneo a Lopes Júnior data de 1986. Tal informação, num primeiro momento, pode parecer irrelevante, mas, em verdade, é sobremaneira importante. É que no ano de 1986 o sistema processual italiano previa o juizado de instrução, permitindo ao juiz que realizasse atos de investigação antes mesmo de iniciado o processo. Como é intuitivo, o juiz investigador na fase pré-processual é figura completamente avessa ao sistema acusatório, porquanto se imiscui em atividade própria da

[53] *"Art. 190 Diritto a la prova.*

1. Le prove sono amesse a richiestadi parte. Il giudice provede senza retardo com ordinanza (495) escludendole prove vietatedallalegge e quelleche manifestamente sono superflue (190-bis, 4954) o irrilevanti (468).

2. La leggestabilisce i casi in cuile prove sono ammessediufficio (70, 195, 224, 237, 507, 508, 511, 303)".

[54] LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal - Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 172.

polícia e do Ministério Público, com ampla possibilidade de comprometimento de sua imparcialidade e formação de um quadro mental paranoico. Nessa linha de ideias, as lições de Cordero são irretocáveis.

Ocorre que, no ano de 1988, dois anos após o lançamento da edição da obra *Guida ala Procedura Penale*, referida por Lopes Júnior, a Itália passou por uma reforma processual penal, com a edição de um novo código e a extinção do juizado de instrução. Em suma: a, com razão, tão criticada figura do juiz-instrutor deixou de existir. Logo, as lições utilizadas como alicerce para justificar a existência tão-somente de um julgador inerte tornaram-se obsoletas, remanescendo, por certo, o valor histórico do texto. Ainda assim, é absolutamente necessário deixar claro que o autor italiano referia-se exclusivamente à fase pré-processual, o que, por si só, demonstra que seu antigo posicionamento fora manejado de forma equivocada.

Como era de se esperar, Franco Cordero debruçou-se sobre o *Codicedi Procedura Penale*, legislação de cunho acusatório, e a conclusão alcançada não deixa dúvidas que condicionar a acusatoriedade de um sistema à figura de um juiz meramente espectador configura grave equívoco. Esclarecendo a questão de maneira fiel ao texto estrangeiro, Fonseca Andrade assevera que "(...) quando Cordero se debruça sobre a iniciativa probatória *exofficiojudicis*, contida especialmente no art. 507 do CPP italiano, ele concorda com a possibilidade de o julgador determinar de ofício a produção de provas que entenda necessárias ao seu bom julgamento. Mais que isso, com todas as letras ele chega a considerá-la necessária".[55]

Prosseguindo, o autor gaúcho transcreve texto da obra *ProceduraPenale*, da lavra de Franco Cordero: *"Il poteteistruttoriodelgiudicesoppraviveinalcunicontesti (...). Sono um resíduo necessarioquestipoteri d'intervento direto, coordinati al sistema penale italiano: azioneobbligatorianonchéirretratabile; processo a oggettoindisponibile e non sarebbepiù, almeno de facto, se a chi giudica fosse negatoogni acesso ala prova, Gliartt. 507 e 603 risolvonol'equazione".*[56]

Diante do quadro apresentado, parece-nos evidente que os textos legais e doutrinários referidos por autores brasileiros que defendem, de for-

[55] ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores.Op. cit., p. 217- 218.

[56] Ibidem, p. 218.

ma ideológica, o juiz inerte, servem, ao revés, para justificar a existência da figura do juiz participativo, que conta com autorização legal para determinar de ofício a produção de provas, sem que isso afete a configuração do sistema acusatório. Cuida-se, portanto, de elemento não-essencial de mencionado sistema processual.

4 Sistema acusatório e investigação criminal

Ocorrida a infração penal, surge o poder/dever de punir, que, nos dizeres de José Frederico Marques, consiste no "direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário e que causou dano ou lesão jurídica de maneira reprovável".[57]

Como sabemos, para que o ente estatal aplique a reprimenda de forma constitucional e legal, há necessidade de se observar uma série de procedimentos, sempre respeitando os direitos e garantias fundamentais. No primeiro momento da persecução penal, com o fito de fornecer elementos probatórios ao *dominus litis*, assim como de evitar injusta deflagração de ação penal condenatória, surge a investigação criminal.

Conceituada como "um conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado; a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não processo)",[58] a investigação criminal é gênero do qual fazem parte diversos procedimentos investigatórios (inquérito policial, procedimento investigatório criminal, ação fazendária e comissões parlamentares de inquérito).

No Brasil, ostenta natureza jurídica de procedimento administrativo pré-processual, constituindo fase antecedente não obrigatória do processo penal. Tal característica é determinada pelos órgãos incumbidos de seu desenvolvimento. Como nenhum deles integra o Poder Judiciário, diz-se que a

[57] MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 3ª atualização. Campinas: Millenium, 2009, p. 01.

[58] LOPES JÚNIOR, Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação Preliminar no Processo Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 92 e s.

atividade é administrativa. Frise-se, entretanto, que nos países em que o Ministério Público, constitucionalmente, está atrelado ao Poder Judiciário (v.g. Itália e Portugal), o procedimento, sempre pré-processual, deixa de ser administrativo e passa a ser judicial.

O fim precípuo da investigação criminal é a elucidação da infração penal e de sua autoria. Busca-se, simultaneamente, atingir o interesse público de viabilizar a punição daquele que ofendeu o bem jurídico tutelado, bem como proteger o indivíduo de acusações temerárias e injustas, resguardando-se direitos e garantias constitucionalmente previstos. Nessa quadra específica, intenta-se, por vezes, fazer surgir uma espécie de simbiose entre o sistema ou modelo acusatório de processo e a atividade de investigação criminal. Haveria, de fato, incidência dos postulados básicos de aludido sistema em fase marcadamente inquisitiva?

Conforme mencionamos acima, a investigação criminal no Brasil integra a fase pré-processual, constituindo atividade administrativa, antecedente e não obrigatória do processo penal. A doutrina nacional afirma que "no processo penal brasileiro adota-se o sistema acusatório. Quanto à fase prévia representada pelo inquérito policial, já vimos que constitui processo administrativo, sem acusado, mas com litigantes (após o indiciamento), de modo que os elementos probatórios nele colhidos (salvo as provas antecipadas a título cautelar) só podem servir à formação do convencimento do Ministério Público, mas não para embasar uma condenação".[59]

A investigação criminal é naturalmente um procedimento inquisitivo, sem a observância de princípios constitucionais como o contraditório e a ampla defesa. Não faz parte do processo, mas, na maioria das vezes, o antecede. Por essa razão, torna-se tarefa difícil estabelecer uma correlação entre o sistema acusatório e a investigação criminal, pois só podemos falar efetivamente em sistema processual quando cuidamos de ação penal condenatória deflagrada, e não quando estudamos um procedimento administrativo.

Nada obstante, há autores que definem o sistema processual brasileiro como misto em razão da existência de uma fase investigativa pré-processual.[60]

---

[59] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 13. Ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 59.

[60] TUCCI, Rogério Lauria. Persecução Penal, Prisão e Liberdade. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 79.

Guilherme de Souza Nucci, *v.g.*, aduz que nosso sistema é misto, fazendo-o com base na existência do inquérito policial como fase antecedente ao processo. Após informar que alguns autores apontam nosso sistema como acusatório, o professor paulista assevera que "entretanto, olvida-se, nessa análise, o disposto no Código de Processo penal, que prevê a colheita inicial da prova através do inquérito policial, presidido por um bacharel em Direito, que é o delegado, com todos os requisitos do sistema inquisitivo".[61]

O posicionamento, com o devido respeito, incide em equívoco, pois nossa fase investigativa não pode servir de base para definição de um sistema processual pelo simples fato de ser administrativa, e não processual. Caso estivéssemos diante do sistema preconizado pelo Código francês de 1808, razão assistiria aos defensores da tese, já que referido estatuto processual cuidava da investigação levada a efeito pelo juiz instrutor como fase do processo, algo completamente diverso do nosso regramento. Logo, a fase administrativa não gera efeitos na análise dos elementos identificadores do sistema de processo.

Conclusões

Doutrina e jurisprudência atuais invocam com frequência temas intimamente ligados ao sistema acusatório de processo. Nada obstante, a imprecisão conceitual reinante dificulta sobremaneira a correta interpretação dos postulados, já que, ao invés de um conceito técnico, tem prevalecido um tipo ideal de sistema processual. Tipos ideais acabam limitando o desenvolvimento do processo penal pátrio, porquanto decorrem de análises superficiais, que normalmente trazem consigo forte carga ideológica.

Por essas razões, a boa técnica processual penal indica a necessidade de afastamento dos tipos ideais, viabilizando-se, assim, uma correta identificação dos elementos essenciais de cada sistema de processo. Agindo dessa forma, escaparemos de terminologias equivocadas e do consequente mau uso do conhecimento. Incursões históricas demonstram que nem tudo aquilo que consideramos democrático configura exclusividade do sistema acusatório, ao passo que elementos que gozam do *status* da arbitrariedade nem sempre integraram única e exclusivamente o sistema inquisitivo.

[61] NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 9. ed., São Paulo: RT, 2009, p. 74.

Sistemas processuais de outros países, tais como Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha, Portugal, Espanha e Itália, são considerados como representativos da acusatoriedade, haja vista que todos eles contemplam os elementos essenciais de precitado sistema. O mais marcante deles, presente desde a concepção do sistema acusatório, consiste na rígida divisão entre as funções de acusar e julgar. O Ministério Público e o ofendido, em hipóteses específicas, detêm o monopólio da deflagração da ação penal condenatória, seja pública, seja privada. Ao magistrado, jamais é conferida a possibilidade de dar início a uma ação penal. O segundo e último elemento essencial do sistema processual em estudo é o princípio acusatório, que se apropria do primeiro elemento essencial e a ele agrega o fato de o processo somente ter início após o oferecimento da peça inicial acusatória.

Os demais elementos comumente apontados pelos autores como integrantes do sistema acusatório, tais como contraditório, ampla defesa, publicidade e paridade de armas, a despeito a importância, não se consubstanciam em elementos essenciais, mas variáveis.

Finalmente, não se deve utilizar a fase de investigação para fins de classificação do sistema acusatório. Tratando-se de procedimento administrativo, e não jurisdicional, sua natureza inquisitiva não atinge o processo propriamente dito.

CANTO NETO, E. O. N. The accusatory process system and its essential elements. Justitia, São Paulo, v. 208, p.44-70, Jul./Dec. 2016.

- **ABSTRACT:** The accusatory process system has been the subject of several doctrinal and jurisprudential discussions. Often, however, its constituent elements are managed in a way that makes possible a concept that fits the pretensions of the interpreter, leaving aside a technical analysis. Important but not essential elements are set out in the category of foundations of accusation, manifestly lacking in correspondence with the historical evolution of criminal proceedings. The creation of these ideal types greatly impairs the development of criminal procedural law in Brazil, placing it in a position of regression in relation to the evolution of foreign procedural science. It is necessary, therefore, to correctly identify the essential elements of the accusatory process system, thus allowing those considered variables not to be overvalued, causing a true overlap of the system which will inevitably lead to an inadequate interpretation of the constitutional commandments And legal issues on the subject and in the

consequent damages to the occupants of the active and passive poles of the procedural relationship.

- **KEYWORDS:** Accusatory. Systems. Process. Inquisitive. Essential elements. Ideal types.

Referências

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de Almeida. Ação Penal (análises e confrontos), São Paulo: Saraiva, 1938.

AMODIO, Ennio. O modelo acusatório no novo CPP italiano. Revista de Processo. São Paulo, a.15, n. 59, jul./set. 1990.

_____. Vitórias e derrotas da cultura dos juristas na elaboração do novo CPP. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, a.7, n. 25.

ANDRADE, Mauro Fonseca. Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 9. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

CECARELLI, Camila Franchitto. A disciplina da prova no processo penal português. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; e MORAES, Mauricio Zanoide de (Org.). Provas no Processo Penal. Estudo Comparado. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHIAVARIO, Mario. O processo penal na Itália. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia. Trad. Fernando de Freitas Branco. Barueri: Manole, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 46, n. 183, jul./set., 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Processual Penal. 1. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. Mini Aurélio - Dicionário da Língua Portuguesa. 8.ed. Curitiba: Positivo, 2010.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Ed. RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Pe-

nal Acusatório. Revista Forense, v. 347. Rio de Janeiro, 1999.
LOPES JÚNIOR, Aury, GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação Preliminar no Processo Penal. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal - Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 3ª atualização. Campinas: Millenium, 2009.
_____. Do Processo Penal Acusatório. In: Estudos de Direito Processual penal. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
MITTERMAIER, C.J.A. Tratado da prova em matéria criminal. 2. impressão. Tradução de Herbert Wuntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997
MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. Revista Brasileira de Direito Comparado, Rio de Janeiro, n. 19.
NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 9. ed., São Paulo: RT, 2009.
POZZER, Benedito Roberto Garcia. Correlação entre Acusação e Sentença no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: IBCCrim, 2001.
PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A conformidade das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
SOARES, Guido Fernando Silva. Common Law. Introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: RT, 1999.
SPENCER, John. O processo penal na Inglaterra. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). Processo penal e direitos do homem: rumo à consciência europeia. Trad. Fernando de Freitas Branco. Barueri: Manole, 2004.
THUMS, Gilberto. O mito sobre a verdade e os sistemas processuais penais. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. Porto Alegre, a. 4, n. 8, 2003.
TORNAGHI, Hélio. Curso de Processo Penal. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
TUCCI, Rogério Lauria. Persecução Penal, Prisão e Liberdade. São Paulo: Saraiva, 1980.
_____. Princípios e Regras Orientadoras do Novo Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
VILARES, Fernanda Regina. A prova penal no direito inglês. In: FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; e MORAES, Mauricio Zanoide de (Org.). Provas no Processo Penal. Estudo Comparado. São Paulo: Saraiva, 2011.
WEBER, Max. A “objetividade” do conhecimento nas Ciências Sociais. In:

Cohn, Gabriel. Introdução. São Paulo: Ática, 1986.
ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. A iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal. São Paulo: RT, 2003.

Problemas de Direito Comparado na Colaboração Premiada: A Regra de Corroboração

Josiane Ferreira Rodrigues de MEDEIROS*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Origem e fundamento da colaboração premiada no Brasil. 2 A origem da colaboração premiada no Direito Estrangeiro. 3 A regra de corroboração no caso brasileiro. Conclusão. Referências.

- **RESUMO:** Um dos institutos mais discutidos recentemente tem sido a colaboração premiada. Ao receber sua regulamentação mais formalizada com a Lei n. 12.850/13, também conhecida como Lei de Combate ao Crime Organizado, a colaboração premiada tem sido questionada por muitos juristas em função da legalidade e da viabilidade de sua aplicação. Por se tratar de um instituto que surgiu inicialmente em países estrangeiros, como Itália e EUA, e que certamente influenciaram a posterior normatividade brasileira, é importante voltar aos fundamentos e aos sentidos iniciais que motivaram a criação desse instituto para entender os limites de sua legalidade e de sua legitimidade. O presente artigo busca delinear uma análise de direito comparado com relação à colaboração premiada, tomando a regra de corroboração como instrumento para o desenvolvimento de tal análise.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Colaboração premiada. Regra de corroboração. Direito comparado.

Introdução

A inserção de um instituto jurídico em um sistema normativo não ocorre sem resistência ou sem que os operadores do Direito tenham de se confrontar com a amplitude de tal inserção. Tanto mais intensa é a reação do sistema normativo ao recebimento de um novo instituto jurídico quanto maior for

*Assistente de Promotoria no Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pós-Graduada em Direito Contemporâneo com ênfase em Direito Penal pela Universidade Cândido Mendes. Pós-Graduada em Ministério Público - Estado Democrático de Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR).

a controvérsia que este instituto suscite não apenas em um âmbito jurídico, mas também no aspecto social, cultural e político. A colaboração premiada, inserida no Brasil de forma expressa por meio da Lei nº 12.850/13, conhecida como Lei de Combate ao Crime Organizado, tem suscitado uma série de posicionamentos por parte da doutrina e da sociedade, algumas partes concordando com os termos de sua aplicação, outras partes refutando a possibilidade de sua inserção no sistema normativo brasileiro.

O problema com a colaboração premiada, no entanto, não deve se restringir unicamente à realidade normativa brasileira, já que uma análise de sua origem e fundamentos iniciais encontra uma pré-existência em outros sistemas normativos estrangeiros. Por essa razão, qualquer consideração analítica que se queira fazer sobre o espírito do referido instituto jurídico deve voltar-se também para essa relação de Direito Comparado com a intenção de esclarecer os pontos de proximidade ou de distanciamento com o sistema jurídico brasileiro e que, por sua vez, poderiam viabilizar ou inviabilizar a sua aplicabilidade e efetividade.

O presente artigo pretende desenvolver uma análise comparativa entre as diferentes formas de apreciação da colaboração premiada em ao menos três sistemas jurídicos: o brasileiro, o norte-americano e o italiano. O fundamento de tal análise baseia-se na necessidade de se compreender de que modo a colaboração premiada se apresentou pela primeira vez nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, quais foram as condições e as regras que permitiram o seu aparecimento e, por conseguinte, de que maneira o Brasil pode proceder, para com seu próprio sistema normativo, na recepção do referido instituto. O vínculo de ligação da análise repousará em um ponto que parece ser fundamental para a inserção da colaboração premiada na realidade jurídica brasileira, ou seja, a regra de corroboração. Para tanto, não se pretende fazer nenhum juízo de valor ou nenhuma forma de consideração ética, filosófica ou mesmo social sobre o tema, mas buscar-se-á desenvolver uma análise jurídica no sentido estrito do termo, isto é, considerando quais as estruturas e condições normativas que poderiam permitir, após uma análise comparativa, afirmar a possibilidade de recepção e inserção da colaboração premiada também no sistema jurídico brasileiro e, mais especificamente, na ordem normativa penal.

1 Origem e fundamento da colaboração premiada no Brasil

A lei de combate ao crime organizado (Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013) não é o primeiro dispositivo legal que contempla a figura da colaboração premiada; antes de seu advento diversas outras leis já tratavam, ainda

que de forma rasa, do instituto. Entretanto, o referido diploma legal é considerado, atualmente, a legislação base sobre o tema. A lei melhor normatiza o procedimento, cria dentre outros o tipo penal incriminador das organizações criminosas, assim como disciplina diversos meios de obtenção de provas, consciente de que o crime organizado, em razão de suas particularidades, carece de meios extraordinários de investigação, haja vista as limitações dos meios tradicionais[1].

Das particularidades próprias dos crimes praticados por organizações criminosas, que justificam a necessidade de uma resposta legislativa mais ampla, cita-se a sua recorrente dissimulação por atividades lícitas; seu caráter internacional, caracterizada pela ausência de vítimas individuais; atuação organizada, por grupos distintos; divisão de tarefas; diversos níveis de organização; uso de tecnologia avançada e métodos sofisticados; existência de ligações com o Poder Público, muitas vezes envolvendo a corrupção daqueles que deveriam combatê-la; além de alto poder de intimidação sempre presente, ainda que de modo dissimulado nas práticas criminosas[2].

Nas palavras do Procurador Coordenador da Força Tarefa da Operação Lava Jato:

> A colaboração é uma oportunidade para que o investigador espie por cima do labirinto e descubra quais são os melhores caminhos, isto é, aqueles com maior probabilidade de sucesso na angariação de provas. Em um documento apreendido com um investigado na Lava Jato, por exemplo, constava a seguinte anotação: "Pgto to Gr@ + Gr! Dedznd partGr@KA * 127,000". Muitas conjecturas poderiam ser feitas para explicar essas anotações. A partir da colaboração de um investigado, foi possível não só compreender o que significavam basicamente, valores de propinas e sua divisão –, mas também, o que é mais importante, buscar provas que comprovassem materialmente o pagamento de tais propinas Além disso, a colaboração tem um importante efeito multiplicador, que chamamos de "efeito dominó" ou "efeito cascata". Quando alguém que é investigado por um dado crime decide colaborar, ele trará informações e provas não apenas da ocorrência do crime originalmente investigado e de quem são seus autores, mas também

[1] MENDONÇA, Andrey Borges de. A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custoslegis/ a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>. Acesso em 14 .mar.2017.

[2] SANCTIS, Fausto Martin de. Crime organizado e lavagem de dinheiro: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 08/09.

> de diversos outros crimes e de que foram seus perpetradores, os quais eram até então desconhecidos. Isso confere um efeito exponencial às investigações, ainda mais quando alguns dos delatados decidem, igualmente, colaborar[3].

Nessa linha, ante a complexidade estrutural da criminalidade organizada, suas particularidades e poderio, apto a fazer frente a todo um ordenamento jurídico, o aparelho estatal, com seus instrumentos tradicionais, não se mostra apto a dar uma resposta a esse tipo de atuação criminal.

Dentro dessa perspectiva, o instituto da colaboração premiada aliada a outras medidas e mudanças, principalmente no modo de aplicação das regras de direito, representa importância premente no combate ao crime organizado. A Lei nº 12.850/2013, indubitavelmente, com a regulamentação do instituto ampliou, e muito, as possibilidades de responsabilização por delitos que, estatisticamente, não são alcançados pelos meios habituais de enfrentamento às condutas ilegais.

Desse modo, a seção I do capítulo II da legislação em comento trata do instituto da colaboração premiada; agora de modo mais especificado, com normas procedimentais a serem seguidas, prevendo diversos benefícios a serem concedidos e várias formalidades a serem observadas, objetivando sanar omissões legislativas cometidas nas modalidades legais esparsas que anteriormente tratavam do assunto, conseguindo com isso aumentar a segurança jurídica das partes, preservar os direitos e garantias constitucionais do colaborador e potencializar a eficácia do instituto, visto nesta ótica como técnica especial de investigação necessária no combate aos grupos criminosos.

Nessa quadra, a colaboração, tal como abordada pela Lei nº12.850/13, em primeiro lugar, trouxe mais especificidades quanto ao seu campo de aplicação em comparação às demais legislações que tratam do instituto. Isso porque, embora continue não sendo possível sua aplicação aos crimes individuais[4], a

---

[3] DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. As luzes da delação premiada: A colaboração do delator oferece ao investigador a oportunidade de iluminar o labirinto da corrupção e descobrir os melhores caminhos para desvendá-lo. Época. Curitiba, 04. jul. 2015. Disponível em: <http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/07/luzes-da-delacao-premiada.html>. Acesso em 15.mar.2017.

[4] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Rel: Min. Felix Fischer. Data de Julgamento 24 mar. 2009. Brasília, 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revis-

colaboração conforme prevista na lei 12.850/13 vai além, na medida em que define o delito de organização criminosa, dispõe sobre a investigação criminal, meios de obtenção da prova, procedimento a ser adotado, entre outros.

É possível notar que a colaboração premiada abordada pela Lei nº 12.850/13, como já foi mencionado, segue certa estrutura de outros dispositivos normativos que antecederam a sua previsão. É possível mencionar aqui o artigo 8º da Lei nº 8.072/90, também conhecida como Lei de Crimes Hediondos, o qual previa que "o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou a quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá pena reduzida de um a dois terços". A importância dessa determinação normativa não se dá tão somente por ser um antecedente legal à previsão da colaboração premiada tal como essa figura na Lei de Combate ao Crime Organizado, mas porque a Lei de Crimes Hediondos, por meio de seu artigo 8º, acaba apontando um elemento essencial sobre a inserção da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro.

É inegável que a colaboração premiada é fruto de uma situação e de uma condição social única que gera reflexos também sobre o âmbito jurídico, isto é, o fato de que uma quantidade considerável de crimes complexos resta irresoluta em função da impossibilidade de se conseguir materialidade e provas suficientes para se instruir um processo penal. A dificuldade do Estado de avançar sobre determinadas formas de crime impedem com que esse possa proceder de maneira acurada na persecução penal, a tal ponto que, dada a sua complexidade, uma série de atos criminosos passariam incólumes pela própria dificuldade de deslinde do processo.

Esse elemento de complexidade na prática de determinados atos criminosos foi encontrado em diversas áreas e com diversas facetas, a tal ponto que as tentativas de inserção da colaboração premiada no sistema normativo brasileiro também variaram conforme as necessidades. Não se pode afirmar que a colaboração premiada tenha sido usada tão somente para os casos de crimes hediondos, quando se identifica, por exemplo, uma previsão de colaboração premiada também no artigo 25, § 2º da Lei nº 7.492/86[5], lei essa

ta/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=868779&num_registro=200802733141&data=20090420&formato =PDF>. Acesso em: 16.mar.2017.

[5] "Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha [associação criminosa] ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade poli-

que tipifica a prática de Crimes contra o Sistema Financeiro. De igual maneira ocorre com o artigo 16 da Lei nº 18.137/90[6], conhecida por Lei contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo, ou, ainda, no artigo 1º, § 5º da Lei nº 9.613/98[7], a Lei de Crimes de Lavagem de Capitais.

Em todos os exemplos mencionados nota-se que a colaboração premiada surge como uma forma de solução ou como uma possível via de facilitação em crimes de alta complexidade – crimes contra a ordem tributária, lavagem de dinheiro ou contra o sistema financeiro –, sendo que o "espírito" que parece mobilizar esse instituto jurídico é, sem dúvida, marcado por uma condição jurídica única.

Não é por outra razão que a colaboração premiada figura, então, de forma relevante também na já mencionada Lei de Combate ao Crime Organizado, uma vez que, por sua amplitude, de uma ou outra forma a referida Lei abarca em seu bojo normativo uma série de práticas criminosas que antes eram tomadas de maneira singularizada. Uma vez considerada esse traço fundamental, é então possível avaliar como esse instituto se originou, previamente, nos sistemas jurídicos estrangeiros (italiano e norte-americano) para retirar daí uma estrutura comum de sua aplicabilidade.

2 A origem da colaboração premiada no Direito Estrangeiro

A origem da colaboração premiada no direito estrangeiro ocorre sobretudo em dois países com situações próprias e com condições emblemáticas. É na Itália e nos EUA que a colaboração premiada foi formulada de maneira sistemática e são essas as principais influências do Direito brasileiro quando no momento da inserção do referido instituto em nosso ordenamento jurídico. Analisar as condições de aparecimento da colaboração premiada em ambos os países deve auxiliar em um estudo

cial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

[6] Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha [associação criminosa] ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços).

[7] A pena poderá ser reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços) e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

comparado sobre as formas e vias possíveis de aplicação também no sistema jurídico brasileiro.

No caso da Itália, não há como se considerar o surgimento da colaboração premiada sem ter em conta o fenômeno já bastante popular e midiaticamente explorado da *Máfia*. Muito embora a máfia remonte a tempos muito longínquos[8], foi sobretudo na modernidade que o Estado italiano vinha encontrando dificuldades de enfrentar esse fenômeno social, criminoso e cultural de maneira apropriada. Tal enfrentamento não ocorre sem uma razão que o embasasse, isso é, a máfia, para além das práticas ilícitas e de sua complexa organização, passou a exercer influência também no interior do Estado italiano, perpetrando assim uma série de danos sociais e jurídicos que, no entanto, não eram apreendidos pelo sistema penal, pois este não dava conta de instaurar meios persecutórios hábeis.

O que caracteriza a organização da máfia italiana é a existência de uma estrutura de hierarquização de forma piramidal (*assoggettamento*), de tal modo que no topo dessa hierarquia se encontram os chefes, também conhecidos por *capi*, havendo uma estrutura de obediência, fidelidade e sigilo que perpassa todas as ações da máfia. Em suas práticas cotidianas as organizações mafiosas realizam empreendimentos tanto lícitos quanto ilícitos e é justamente essa a dificuldade que encontra o Estado para desenvolver qualquer matéria de persecução penal, pois a camuflagem dos atos ilícitos muitas vezes está escondida atrás de uma série de atos pretensamente lícitos. Além disso, o código moral da máfia determina uma forma de conduta baseada no silêncio (*omertà*) como forma de proteção à própria organização[9].

[8] No que diz respeito à origem da máfia italiana, Eduardo Araújo da Silva escreve que: "Como movimento de resistência contra o rei de Nápoles, que em 1812 baixou um decreto que abalou a secular estrutura agrária da Sicília, reduzindo os privilégios feudais e limitando os poderes dos príncipes, que contrataram uomini d´onore para proteger as investidas contra a região, os quais passaram a constituir associações secretas denominadas máfias. Em 1865, com o desaparecimento da realeza e a unificação forçada da Itália, esses homens passaram a resistir contra as forças invasoras, na luta pela independência da região, o que lhes possibilitou angariar a simpatia popular pela atitude patriótica. A partir da segunda metade do século XX seus membros passaram a dedicar-se à prática de atividades criminosas". SILVA, Eduardo Araújo da. Crime Organizado: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003. p. 19-20.

[9] Nas palavras de Guaracy Mingnardi, a máfia italiana pode ser descrita como: "Grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão de trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo

No que diz respeito ao combate à máfia italiana e à utilização da colaboração premiada, isso se deu principalmente a partir da década de 1970. Conforme pontua Ada Pellegrini Grinover, a legislação italiana "operou em quatro vertentes principais: a legislação anti-terrorismo; a legislação anti-sequestro; as medidas de proteção aos denominados 'colaboradores de justiça' e a legislação anti-máfia"[10]. A tentativa, portanto, se deu no sentido de buscar garantir a investigação, o processamento penal e a eventual condenação dos criminosos envolvidos com a máfia, buscando com isso alcançar os mais altos níveis da organização, ou seja, os chefes. As alterações legislativas foram desde o aumento do tempo de prisões cautelares, passando pela determinação do segredo no momento da instrução e alcançando a proibição de liberdade provisória, isto até o aparecimento da colaboração premiada[11].

Em termos concretos, a colaboração premiada figura pela primeira vez na legislação italiana de forma "indireta", como no caso do Decreto-Lei nº 625 de 15 de dezembro de 1979, o qual foi posteriormente convertido na Lei nº 15 de 1980. Segundo essa previsão legal, haveria a possibilidade de colaboração premiada, mas estando esta limitada aos casos de "terrorismo". Em 1982,

como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da Lei de silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção de território". MINGUARDI, Guaracy. O estado e o crime organizado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n. 8, out./dez. 1994. P. 82-83. Apud. GUIDI, José Alexandre Marson. Delação premiada: no combate ao crime organizado. Franca: Lemos & Cruz, 2006. p. 31.

[10] GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (cord.). Justiça Penal 3: críticas e sugestões:o crime organizado (Itália e Brasil) e a modernização da lei penal. São Paulo: RT, p. 13-29, 1995. p. 15.

[11] Segundo pontua Luigi Ferrajoli, haveria três fases nas mudanças legislativas de combate à máfia. A primeira fase teria ocorrido entre 1974 a 1978, momento em que a preocupação voltou-se não tanto para o combate às organizações criminosas, mas com relação às garantias penais e ao aumento da força policial. O segundo momento teria se iniciado em 1979, quando se deu o enfrentamento às organizações criminosas, com nova legislação e conferindo-se maior poder à magistratura. O terceiro momento ocorreu na década de 1980, quando leis foram criadas buscando especificamente às organizações criminosas, com maior detalhamento sobre crimes como a lavagem de dinheiro. FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 656-659.

com a Lei nº 304, notadamente por meio dos artigos 1º e 2º que surgem três importantes figuras para a colaboração premiada: os *pentiti*, os *dissociati* e os *colaboratori della giustizia*. Os *pentiti*, conhecidos como *arrependidos*, são os criminosos que, antes de chegarem ao trânsito em julgado de uma sentença, arrependem-se e fornecem informações valiosas para a Justiça, recebendo como "prêmio" a extinção da punibilidade[12]. Os *dissociati* são aqueles que, igualmente antes da sentença, agem de alguma forma buscando retratar os atos criminosos por eles cometidos, como também confessam os crimes cometidos, obtendo com isso a redução ou a substituição da pena[13]. Finalmente, os *colaboratori della giustizia* são aqueles que ajudam de forma central no combate às organizações criminosas, fornecendo a individualização das condutas ou servindo como auxiliares na reconstrução dos fatos, recebendo como "prêmio" a redução ou substituição da pena[14].

Em todos esses casos, aplicados extensivamente no combate à máfia ocorrido entre 1980 e 1990, nota-se que a intenção da colaboração premiada é de se encontrar subsídios para desenvolver e aprofundar as investigações e as instruções penais. De igual maneira, nota-se que tais colaborações devem encontrar uma corroboração com a realidade, pois os colaboradores, sejam eles os arrependidos, os dissociados ou os colaboradores da justiça, operam fornecendo materialidade ou alguma forma de concretude.

O caso dos EUA é bastante diverso daquele ocorrido na Itália, seja porque a história é diferente, seja porque o modelo estrutural jurídico norte-americano guia-se por outras diretrizes. Na realidade norte-americana a colaboração premiada não surge apenas como uma forma de "prêmio" no auxílio da investigação e instrução penal, mas se apresenta como uma forma de negociação entre o Estado e o acusado. A barganha é desenvolvida em uma re-

[12] GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (cord.). Justiça Penal 3: críticas e sugestões:o crime organizado (Itália e Brasil) e a modernização da lei penal. São Paulo: RT, p. 13-29, 1995. p. 15.

[13] KAWAMOTO, Silvia Reiko. Breves Apontamentos sobre o crime organizado e a proteção à testemunha na Itália e nos Estados Unidos. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). Justiça Penal 7: críticas e sugestões – justiça criminal moderna. São Paulo: RT, p. 410-433, 2000. p. 417.

[14] GRINOVER, Ada Pellegrini. O crime organizado no sistema italiano. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (cord.). Justiça Penal 3: críticas e sugestões:o crime organizado (Itália e Brasil) e a modernização da lei penal. São Paulo: RT, p. 13-29, 1995. p. 15.

lação entre o Ministério Público e o acusado, sendo que tal barganha é conhecida como *plea bargaining*[15]. Trata-se, antes de tudo, em um reconhecimento por parte do acuso em reconhecer-se culpado ou não-culpado perante a imputação de crime que lhe está sendo feita pelo Ministério Público, conforme pontua José Carlos Barbosa Moreira:

> Uma negociação entre acusação e defesa, na qual o prosecutor [Promotor], em troca de concordância do réu em reconhecer-se culpado, lhe oferece vantagens como a promessa de não denunciá-lo por outra infração ou de pleitear a aplicação de pena mais branda[16].

Em sua historicidade, no entanto, a colaboração premiada teve importância nos EUA também no combate às várias formas de crime organizado, com destaque para o problema com a máfia e com os crimes realizados em altos níveis dos escalões financeiros. Em seu desenvolvimento estrutural pertencente à *common law* e em relação aos poderes recebidos pelo Ministério Público e pelo magistrado norte-americano, a colaboração premiada tem sido utilizada em diversas instâncias, mas foi na relação com os crimes de maior complexidade que sua utilização tem se mostrado mais efetiva.

Tal como ocorre no caso italiano, a sistemática jurídica norte-americana dispõe que a mera colaboração não é razão suficiente para embasar o fundamento de uma barganha, mas essa deve ocorrer de tal forma que encontre uma base concreta que corrobore as afirmações feitas pelo colaborador. Para o direito norte-americano isso fica evidente pela regra do *corroborative evidence*, onde toda forma de colaboração (como ocorre no caso italiano) deve ser posteriormente corroborada para que o "prêmio" possa ser concedido ao colaborador.

Nota-se, assim, dois elementos centrais na prática e na estrutura da colaboração premiada existente nos sistemas jurídicos estrangeiros analisados: a) em ambos os casos a colaboração premiada surge como um instituto capaz de fornecer subsídios e elementos para se determinar e para se desenvolver com maior solidez tanto a investigação quanto a instrução penal, sobretudo

[15] Para maiores referências ao modelo norte-americano cf. RAMOS, João Gualberto Garcez. Curso de processo penal norte-americano. São Paulo: RT, 2006.

[16] MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo penal norte-americano e sua influência. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 26, n. 103, p. 95-107, jul/set. 2001. p.97.

nos casos considerados complexos, isto é, os casos que envolvem organizações criminosas; b) em ambos os casos a colaboração premiada depende de um elemento posterior que dê efetividade para a própria colaboração, ou seja, um elemento de corroboração que forneça concretude e veracidade como forma de se estabelecer a viabilidade do prêmio a ser concedido ao colaborador.

3 A regra de corroboração no caso brasileiro

A regra legal de valoração da colaboração premiada do §16 do art. 4º da Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei nº 12.850/13) estabelece que nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador. Em verdade, mesmo que não houvesse tal previsão, é certo que, para a jurisprudência, a simples delação do corréu não é suficiente para embasar uma condenação criminal:

> Na realidade, o regime de colaboração premiada, definido pela Lei nº 12.850/2013, estabelece mecanismos destinados a obstar abusos que possam ser cometidos por intermédio da ilícita utilização desse instituto, tanto que, além da expressa vedação já referida ("lex. cit.", art. 4º, § 16), o diploma legislativo em questão também pune como crime, com pena de 1 a 4 anos de prisão e multa, a conduta de quem imputa "falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente" ou daquele que revela "informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas" (art. 19). Com tais providências, o legislador brasileiro procurou neutralizar, em favor de quem sofre a imputação emanada de agente colaborador, os mesmos efeitos perversos da denunciação caluniosa revelados, na experiência italiana, pelo "Caso Enzo Tortoza" (na década de 80), de que resultou clamoroso erro judiciário, porque se tratava de pessoa inocente, injustamente delatada por membros de uma organização criminosa napolitana ("Nuova Camorra Organizzata") que, a pretexto de cooperarem com a Justiça (e de, assim, obterem os benefícios legais correspondentes), falsamente incriminaram Enzo Tortoza[17].

O legislador, conhecedor das experiências de outros países e, principalmente, das dificuldades que circundam o tema probatório, há tempos estabeleceu que o magistrado deve formar seu convencimento através da livre

[17] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 800. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arqu ivo/informativo/documento/informativo800.htm> . Acesso em 16.mar.17.

análise dos elementos de prova trazidos aos autos (art. 157, CPP), observando sempre o princípio do contraditório, impedindo-o de fundamentar sua decisão unicamente nas provas produzidas em âmbito investigatório.

Nessa linha, a Lei nº 12.850/13, quando regulamenta o instituto da colaboração premiada, prescreve no artigo 4º, §16 a impossibilidade de fundamentar decisões condenatórias com base unicamente nas declarações do colaborador.

A referida disposição traz uma espécie de limitador ao princípio do livre convencimento quando aponta para a necessidade de corroboração probatória para embasar o decreto condenatório. Tanto é que o diploma legal não coloca qualquer embaraço quando as declarações são utilizadas em conjunto com outros elementos probatórios, ou seja, não se tratar de prova isolada nos autos.

Embora funcione como limitador, a lei não indica quais os meios de provas e sua quantidade necessária para determinar a veracidade de um fato. Em decorrência de tais aspectos compreendeu a doutrina se tratar de um regime de prova legal negativo, dado o fato estabelece que a colaboração, isolada, é incapaz de embasar o decreto condenatório.

Partindo deste cenário, a regra da corroboração passa a ser uma das principais finalidades a ser alcançada pela acusação, pois a colaboração do imputado deve ir além da confissão, evitando com isso que as investigações sejam encerradas prematuramente, quando da existência tão somente das declarações do colaborador[18].

A esse respeito, o autor Munhoz Conde[19] realiza considerável apontamento ao afirmar que atribuir valor probatório às declarações do corréu ofenderia dentre outros o princípio da presunção da inocência.

Assim, nas situações em que o julgador não disponha de outras provas para corroborar as declarações, não lhe resta outra alternativa que não seja a absolvição por ausência de prova suficiente para a condenação, tal como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, há tempos, conforme se observa da de-

[18] MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade orgaqnizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. *In:* SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (org.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.255.

[19] CONDE, Francisco Munhoz. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. 2ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2003. p. 83.

cisão proferida pelo Min. Ilmar Galvão, no recurso Extraordinário nº 213.937-8, julgado em 26 de março de 1999, posteriormente citado pela Min. Cármem Lúcia em julgamento realizado em novembro do ano de 2008, no Habeas Corpus nº 94.034:

> EMENTA: CRIMINAL. PROVA. CONDENAÇÃO. DELAÇÃO DE CO-RÉUS. INVOCAÇÃO DO ART, 5º, INCISOS LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO: AFRONTA INOCORRENTE. É certo que a delação, de forma isolada, não respalda decreto condenatório. Sucede, todavia, que, no contexto, está consentânea com as demais provas coligidas. Mostra-se, portanto, fundamentado o provimento judicial quando há referência a outras provas que respaldam a condenação[20]

O julgado acima esclarece em termos práticos que a isolada declaração do colaborador não pode ser utilizada para embasar a sentença; no entanto, quando em consonância com outras provas angariadas no processo, mostra-se hábil a formar a convicção do magistrado.

Deste modo decidiu a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal:

> PROVA - DELAÇÃO - VALIDADE. Mostra-se fundamentado o provimento judicial quando há referência a depoimentos que respaldam delação de co-réus. Se de um lado a delação, de forma isolada, não respalda condenação, de outro serve ao convencimento quando consentânea com as demais provas coligidas.[21]

Dentro dessa linha de raciocínio, possível concluir pelo valor probatório relativo desta técnica especial de investigação[22]. Alguns autores, nesse aspecto, fazem uma espécie de comparação do instituto da colaboração com a sistemática processual da confissão, meio de prova, cuja utilização e a decorrente atribuição de valor probatório só se torna possível quan-

---

[20] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Rel. Min. Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 13/03/2008. Brasília, 2008. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2601696>. Acesso em: 16.mar.2017.

[21] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Rel. Min. Roberto Barroso. Data deJulgamento: 27/05/2014.Brasília, 2014. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4164567> Acesso em: 16.mar.2017.

[22] MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. Crime organizado. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 186.

do verificada a sua compatibilidade e consonância com outros elementos probatórios[23].

Assim, com olhos nessas premissas que a doutrina aponta para a existência de uma necessária regra de corroboração probatória ou *corroborative evidence*, a qual segundo Andrey Borges Mendonça é a regra número um ou regra de ouro da colaboração premiada. A esse respeito, o autor reputa importante destacar que:

> embora comum, a colaboração não incluirá sempre o depoimento do colaborador, pois a prova oral, por si só, não é suficiente para a condenação dos corréus, já que o colaborador é ouvido na qualidade de informante, caso tenha envolvimento com os fatos. Justamente por isso a "regra de ouro" ou número um em relação à colaboração é "regra da corroboração", ou seja, que o colaborador traga elementos de prova para confirmar o que declarou. Mas além do depoimento, a colaboração poderá incluir a indicação do produto do crime, de contas bancárias onde está o produto do tráfico, o auxílio na realização de escuta ambiental etc.[24]

Nesse sentido, Frederico Valdez Pereira, em sua obra "Valor probatório da colaboração processual (delação premiada)", argumenta a indispensabilidade de corroboração das declarações do arrependido processual para fins probatórios e cita doutrina estrangeira que confirma o entendimento (considerado majoritário), bem como aponta a posição dissociada daqueles que preconizam a desnecessidade de aplicação da regra:

> Analisando a doutrina sobre o tema, CUERDA-ARNAU chega a afirmar que se pode considerar absolutamente isolada a opinião dos que entendem que a declaração não corroborada de um dos sujeitos do delito, ainda que dotada de lógica narrativa e coerência interna, constitui meio de prova suficiente para desmerecer a presunção de inocência.[25]

[23] NUCCI, Guilherme de Souza. Organização Criminosa. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 75

[24] MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Lei de drogas : Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012, p.195.

[25] CUERDA-ARNAU, Maria Luisa. Apud: PEREIRA, Frederico Valdez. In: Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/

Entende a doutrina que, ainda que o réu possua o status de colaborador e, em razão disso, possua o dever de não mentir ou omitir informações, sob pena de quebra do acordo e perda dos benefícios dele decorrentes, não deixa de ser parte interessada na decisão, uma vez que é afetado diretamente por ela, sofrendo seus efeitos. O que o diferencia, por exemplo, da testemunha que, via de regra, não guarda interesse no deslinde da causa, bem como não sofrerá seus efeitos.

Para parte da doutrina, dar valor probatório às declarações do réu pressupõe o ato de abrir a porta da violação do direito fundamental da presunção da inocência, prática esta que pode converter o processo penal em uma autêntica fonte de chantagens, decorrente de acordos interessados entre o réu e o órgão acusador, violando, inclusive, preceitos de ordem ética.[26]

Apesar da inegável consistência de argumentos como este, é preciso entender, no entanto, que a colaboração por parte de réus nas investigações ou instruções criminais é uma prática comum e muitas vezes decisiva para o esclarecimento de crimes graves e complexos, sobretudo de crimes praticados insidiosamente por organizações criminosas. Não raro os réus confessam as suas ações delituosas, indicando também aqueles que de alguma forma participaram do crime, sem que essa revelação, no interrogatório, seja considerada uma prática imoral, especialmente quando a delação se refere aos verdadeiros culpados e, portanto, não significa uma denunciação leviana ou caluniosa[27].

De mais a mais, não se pode concordar com posicionamentos nesse sentido, haja vista que, em primeiro lugar, os acordos só podem ser realizados mediante a presença de defensor, trata-se de uma garantia ao acusado dada pela mesma lei que instituiu a colaboração, numa autêntica demonstração de preocupação com a proteção dos direitos do imputado; segundo porque os acordos só se concretizam mediante a livre vontade do réu, desprovido de qualquer tipo de constrangimento, cabendo ao magistrado verificar a legalidade e voluntariedade do acordo celebrado, podendo inclusive ouvir em sigilo o réu, mediante a presença de seu advogado, conforme previsto no §7º, do art. 4º, da Lei nº 12.850/2013. Cabe, nesse ponto, citar a posição de

handle/2 011/61923>. Acesso em 02.mar.2017.

[26] CONDE, Francisco Munhoz. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. 2ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2003, p. 85-86.

[27] M ACHADO, Antônio Alberto. Curso de processo penal. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.526.

Sérgio Fernando Moro:

> não se está traindo a pátria ou alguma espécie de "resistência francesa". Um criminoso que confessa um crime e revela a participação de outros, embora movido por interesses próprios, colabora com a Justiça e com a aplicação das leis de um país. Se as leis forem justas e democráticas, não há como condenar moralmente a delação; é condenado nesse caso o silêncio.[28]

De qualquer modo, o legislador, atento às dificuldades que o uso das declarações do colaborador podem gerar, sob a perspectiva político criminal, diante do forte interesse pessoal do imputado, estabeleceu que o juiz ao analisar a colaboração deve ser criterioso. O critério, como se pode notar, é dado pelo requisito de corroboração, elemento esse que se identificou também na análise dos sistemas jurídicos estrangeiros feita por direito comparado.

É inegável que, no Brasil, a inserção do instituto da colaboração premiada se deu com vistas a promover o combate aos crimes complexos perpetrados sobretudo por organizações criminosas com alto nível estrutural e de sofisticação. Nesse sentido, o Brasil segue um mesmo caminho da Itália e dos EUA, principalmente por ter como motivação o combate ao crime organizado e aos crimes de maior complexidade, bem como determina que a validade da colaboração premiada se define pelo requisito de corroboração.

Conclusão

Uma análise de direito comparado não pode perder de vista o elemento essencial de onde partiu seu intuito de avaliação, ou seja, uma comparação serve para o propósito específico de lançar luz sobre um ponto que restava ainda obscurecido ou ao menos que vinha sendo compreendido de forma lacunar e parcial. A intenção do presente artigo foi de esclarecer um ponto essencial com relação ao instituto jurídico da colaboração premiada, sendo que tal ponto se dá sobretudo pela compreensão acerca da posição e função deste instituto na estrutura jurídica brasileira.

Como se pode notar, a colaboração premiada é relativamente recente na ordem normativa brasileira e, em suas primeiras previsões, aparece

[28] MORO, Sergio Fernando. Consid eração sobre a operação *mani pulite.* Revista CEJ**.** Brasília: n. 26, p. 60, jul/set. 2004. p.58.

muitas vezes condicionada por um caráter contingencial que é determinado pela realidade fática. Isto significa que a colaboração premiada serve como um recurso para solucionar problemas específicos que surgem no seio da sociedade, como é o caso exemplar do crime organizado e suas variações contemporâneas. Neste sentido, não se trata de um instrumento que possui uma fundamentação e uma origem meramente teórica, nem tampouco pode ser compreendido como um instrumento que parte de uma composição abstrata, mas é, ao contrário, uma resposta normativa concreta para um problema efetivamente real que vinha ocorrendo no Estado brasileiro.

Quando se parte, no entanto, para uma análise mais aprofundada das origens basilares do instituto da colaboração premiada, pode-se notar que este se encontrava presente em ordenamentos jurídicos estrangeiros, com especial detalhe para o caso italiano e para o caso norte-americano, fator esse que exigiu a análise de direito comparado empreendido. Foi neste momento que se atentou para um fator relevante em termos de mensuração da normativa brasileira em relação às estruturas jurídicas estrangeiras, porque, como no caso brasileiro, também a colaboração premiada na Itália e nos EUA possuem uma historicidade e dependem de uma contingência que demarcou sua própria realidade normativa. Essa percepção é relevante para se compreender que, muito embora o Brasil tenha sido influenciado pelos casos internacionais pré-existentes, também há que se relativizar o tom dessa influência, já que cada caso nacional específico corresponde a uma estrutura normativa que apresenta uma reação particular e singular para os problemas e as intempéries existentes.

Ademais, também se pode perceber que, mesmo em casos onde os sistemas jurídicos se apresentam como mais similares, como ocorre na comparação entre Brasil e Itália, em que ambos os países possuem um sistema pertencente à *civil law*, ainda assim as determinações da realidade social e da historicidade são fundamentais para se fazer uma análise apropriada da aplicação e da previsão normativa, fator esse que se evidencia também no caso da colaboração premiada.

Esta ressalva apontada pela análise comparativa é então intensificada quando se considera um fator particular no caso brasileiro com relação à colaboração premiada, fator esse que foi apontado no último momento do presente artigo e diz respeito à regra de corroboração. Esta nuance própria do caso brasileiro engendra uma interpretação e uma forma de abordagem para com o instituto da colaboração premiada de tal forma restrita que não se pode conjecturar a existência de uma legítima e

legal aplicação da colaboração premiada sem a conjunta aplicação da regra de corroboração.

Transcendendo a mera validação de um ato instrumental ou processual, a regra de corroboração é o que afirma o espírito do próprio instituto de colaboração premiada, um espírito que se faz evidenciar enquanto único e singular quando se considera a análise comparativa do direito penal brasileiro com os direitos estrangeiros no que diz respeito a esta questão. Exposta, desta forma, por uma relação vinculativa determinante, percebe-se que a eficácia e a concretização da colaboração premiada no caso brasileiro se realiza por meio da aplicação da regra de corroboração, uma aplicação que não deve ser entendida como contingente, mas, antes, como necessária.

MEDEIROS, J. F. R. de., Problems of Comparative Law in the Plea Bargain: The Corroboration Rule. *Justitia*, São Paulo, v. 208, p. 71-90, Jul./Dec. 2016.

- **ABSTRACT:** One of the most discussed institutes recently has been the plea bargain. Upon receiving its more formalized regulation with Law n. 12.850/13, also known as the Law to Combat Organized Crime, the plea bargain has been questioned by many jurists because of the legality and viability of its application. Once it is an institute that first appeared in foreign countries, such as Italy and USA, which certainly influenced later Brazilian normativity, it is important to return to the foundations and initial senses that motivated the creation of this institute to understand the limits of its legality and of its legitimacy. This article seeks to outline an analysis of comparative law in relation to the plea bargain, taking the corroboration rule as an instrument for the development of such an analysis.

- **KEYWORDS:** Plea bargain. Corroboration rule. Comparative law.

Referências

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus*. Rel: Min. Felix Fischer. Data de Julgamento 24 mar. 2009. Brasília, 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=868779&num_registro=200802733141&data=20090420&formato =PDF>. Acesso em: 16.mar.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Rel. Min. Cármen Lúcia. Data de Julgamento: 13/03/2008. Brasília, 2008. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2601696>. Acesso em: 16.mar.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. Rel. Min. Roberto Barroso. Data de Julgamento: 27/05/2014.Brasília, 2014. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4164567> Acesso em: 16.mar.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 800. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arqu ivo/informativo/documento/informativo800.htm> . Acesso em 16.mar.17.

CONDE, Francisco Munhoz. *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2003.

CUERDA-ARNAU, Maria Luisa. Apud: PEREIRA, Frederico Valdez. In: Valor probatório da colaboração processual (delação premiada). Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2 011/61923>. Acesso em 02.mar.2017.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. *As luzes da delação premiada*: A colaboração do delator oferece ao investigador a oportunidade de iluminar o labirinto da corrupção e descobrir os melhores caminhos para desvendá-lo. Época. Curitiba, 04. jul. 2015. Disponível em: <http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/07/luzes-da-delacao-premiada.html>. Acesso em 15.mar.2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O crime organizado no sistema italiano*. *In*: PENTEADO, Jaques de Camargo (cord.). *Justiça Penal 3: críticas e sugestões*:o crime organizado (Itália e Brasil) e a modernização da lei penal. São Paulo: RT, p. 13-29, 1995.

KAWAMOTO, Silvia Reiko. *Breves Apontamentos sobre o crime organizado e a proteção à testemunha na Itália e nos Estados Unidos*. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.). *Justiça Penal 7: críticas e sugestões* – justiça criminal moderna. São Paulo: RT, p. 410-433, 2000.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MASSON, Cleber; MARÇAL, *Vinícius. Crime organizado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

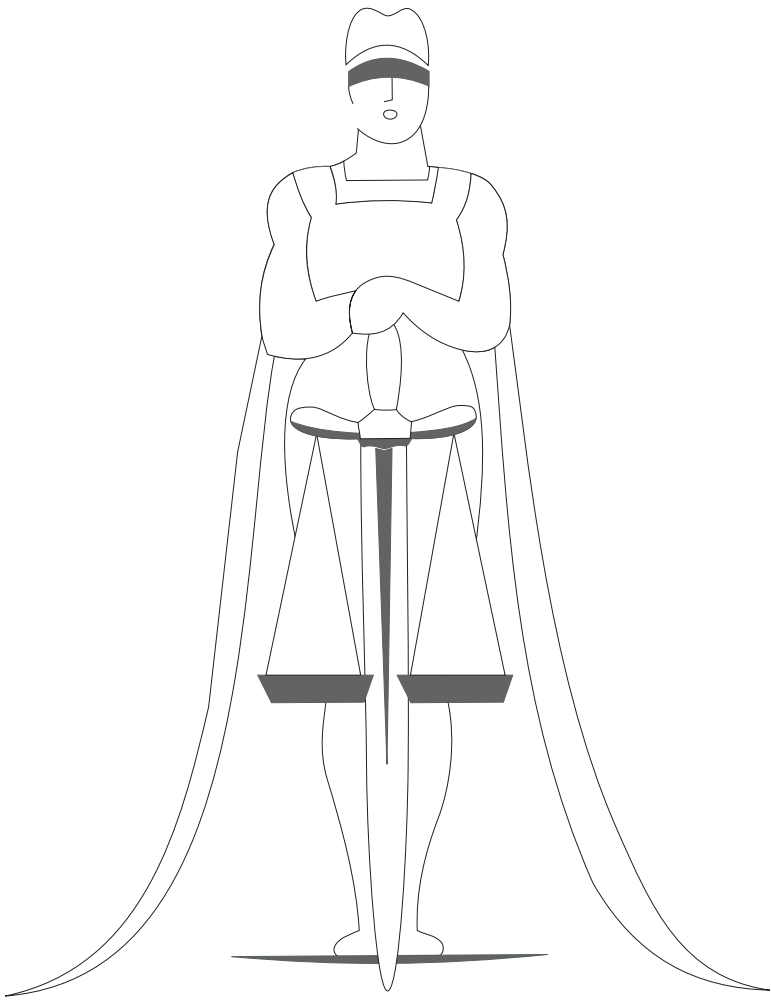
MENDONÇA, Andrey Borges de. A Colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custoslegis/ a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>. Acesso em 14 mar.2017.

MINGUARDI, Guaracy. *O estado e o crime organizado*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n. 8, out./dez. 1994. P. 82-83. Apud. GUIDI, José Ale-

xandre Marson. Delação premiada: no combate ao crime organizado. Franca: Lemos & Cruz, 2006.
MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo penal norte-americano e sua influência*. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, ano 26, n. 103, p. 95-107, jul/set. 2001.
MORO, Sergio Fernando. *Consideração sobre a operação mani pulite.* Revista CEJ. Brasília: n. 26, p. 60, jul/set. 2004.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano.* São Paulo: RT, 2006.
SANCTIS, Fausto Martin de. *Crime organizado e lavagem de dinheiro*: destinação de bens apreendidos, delação premiada e responsabilidade social. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
SILVA, Eduardo Araújo da. *Crime Organizado*: procedimento probatório. São Paulo: Atlas, 2003.

CÍVEL

CIVIL



A Aposentadoria Compulsória por Idade e a Emenda nº 88 à Constituição de 1988

Wallace Paiva MARTINS JUNIOR*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Evolução. 2 A Emenda Constitucional nº 88/15. 3 Inconstitucionalidade formal e material da Lei Complementar nº 152/15. 4 Eficácia temporal da Lei Complementar nº 152/15. Conclusões. Referências.

- **RESUMO:** Rompendo com a tradição desde a Constituição de 1946, a Lei Complementar nº 152/15 padece de inconstitucionalidade por sua iniciativa parlamentar e por sua aplicação genérica, incondicionada e indiscriminada a todos os agentes públicos, além da excepcional permissão de elevação da aposentadoria compulsória por idade aos 75 anos a certas categorias de agentes públicos, dada pela Emenda nº 88/15 à Constituição de 1988.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Constitucional. Administrativo. Previdenciário. Aposentadoria compulsória por idade. Agentes públicos.

Introdução

O Congresso Nacional superou o veto da Presidência da República e foi promulgada a Lei Complementar nº 152, de 03 de dezembro de 2015, que dispõe sobre a aposentadoria compulsória por idade dos agentes públicos, com proventos proporcionais, nos termos do inciso II do § 1º do art. 40 da Constituição Federal na redação da Emenda Constitucional nº 88, de 07 de maio de 2015. Antes dessa emenda, a Constituição de 1988 estabelecia a aposentadoria compulsória por idade aos 70 anos.

Objeto de ensaio é a análise evolutiva da aposentadoria compulsória por idade de agentes públicos no direito brasileiro até a Emenda Constitucional nº 88/15 e a Lei Complementar nº 152/15 e a apreciação da constitucionalidade (formal e material) deste diploma legal e a dimensão de sua eficácia temporal.

* Procurador de Justiça (MPSP), Doutor em Direito do Estado (USP) e Professor de Direito Administrativo (UNISANTOS)

1 Evolução

Na Constituição de 1934, a aposentadoria compulsória por idade dos magistrados era de 75 anos (art. 64, *a*), mas, admitia-se a redução para 60 anos em relação aos juízes estaduais (art. 104, § 5º). Todavia, a regra era a aposentadoria compulsória dos servidores públicos aos 68 anos de idade (art. 170, § 3º).

Esta foi a faixa etária adotada para a aposentadoria obrigatória dos magistrados e demais agentes públicos na Constituição de 1937 (arts. 91, *a*, e 156, *d*), que, por sinal, permitia à lei reduzir o limite de idade para categorias especiais de funcionários, de acordo com a natureza do serviço.

A Constituição de 1946 optou pela idade de 70 anos (arts. 95, § 1º e 191, I), escolha preservada pela de 1967 com a possibilidade de redução do patamar de acordo com lei federal atendendo à natureza especial do serviço (art. 100, II e § 2º) – conservada pela Emenda nº 01/69 (arts. 101, II e 113, § 1º). Esta também foi a tônica da Constituição de 1988 (art. 40, § 1º, II).

2 A Emenda Constitucional nº 88/15

A Emenda nº 88, de 2015, à Constituição vigente, aumentou a faixa etária da aposentadoria compulsória por idade. A norma do inciso II do art. 40 adotou fórmula alternativa: "aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar".

Esta parte final da norma constitucional caracteriza norma de eficácia limitada, pois, somente essa lei complementar futura poderia estabelecer os casos, as condições e os requisitos para tanto. A regra, autoaplicável, contida na primeira parte do preceito, continuou sendo 70 anos de idade.

É certo, ainda, que a carência de autoaplicabilidade da norma restou manifestada pelo próprio art. 2º da Emenda Constitucional n. 88 na medida em que ressalvou expressa e taxativamente a situação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União que, independentemente do advento da lei complementar, se aposentariam compulsoriamente por idade aos 75 anos desde então, conforme o art. 100 acrescido ao Ato das Disposições Transitórias.

3 Inconstitucionalidade formal e material da Lei Complementar nº 152/15

A Lei Complementar nº 152/15 se aplica nas esferas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, como esclarece seu art. 1º, ampliando indistinta e incondicionalmente para 75 anos a aposentadoria com-

pulsória por ancianidade em favor de servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (incluídas suas autarquias e fundações), magistrados e membros do Ministério Público, das Defensorias Públicas, e dos Tribunais e dos Conselhos de Contas (art. 2º).

Ela é resultante de projeto de lei de iniciativa parlamentar. Bem por isso, foi vetado por inconstitucionalidade, estampando as respectivas razões que "por tratar da aposentadoria de servidores públicos da União, tema de iniciativa privativa do Presidente da República, o projeto contraria o disposto no art. 61, § 1º, inciso II, da Constituição". O veto, como se sabe, foi derrubado pelo Parlamento.

No entanto, a iniciativa parlamentar tisna a constitucionalidade da Lei Complementar nº 152/15.

Antes de seu advento o Supremo Tribunal Federal visitou o tema a propósito da edição de emenda à Constituição de Estado-membro que aumentou a idade para aposentadoria compulsória por pertencer à disposição do tema à esfera constitucional federal (ADI 5.298-DF, Rel. Min. Luiz Fux, 15-04-2015, DJe 17-04-2015), certo, ainda, que a restrição etária para balizar a aposentadoria vinculada e obrigatória não se aplica a servidor público exclusivamente ocupante de cargo em provimento em comissão, como deliberado pelo Superior Tribunal de Justiça (RMS 36.950-RO, Rel. Min. Castro Meira, DJe 26-04-2013, Informativo STJ 523).

Entretanto, também o Supremo Tribunal Federal esclareceu em aresto prolatado em torno da Emenda Constitucional nº 88/15 que:

> "A aposentadoria compulsória de magistrados é tema reservado à lei complementar nacional, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, nos termos da regra expressa contida no artigo 93, VI, da Constituição da República, não havendo que se falar em interesse local, ou mesmo qualquer singularidade que justifique a atuação legiferante estadual em detrimento da uniformização. 4. A unidade do Poder Judiciário nacional e o princípio da isonomia são compatíveis com a existência de regra de aposentadoria específica para integrantes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, cujos cargos também apresentam peculiaridades para o seu provimento. 5. É inconstitucional todo pronunciamento judicial ou administrativo que afaste, amplie ou reduza a literalidade do comando previsto no art. 100 do ADCT e, com base em neste fundamento, assegure a qualquer agente público o exercício das funções relativas a cargo efetivo ou vitalício após ter completado setenta anos de idade" (ADI 5.316-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, 21-05-2015, m.v., DJe 06-08-2015).

Não bastasse essa desconformidade em relação aos magistrados, a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de normas de iniciativa parlamentar que regram a aposentadoria dos servidores públicos, enunciando que:

> "O § 1º do art. 61 da Lei Republicana confere ao Chefe do Poder Executivo a privativa competência para iniciar os processos de elaboração de diplomas legislativos que disponham sobre a criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração Direta e Autárquica, o aumento da respectiva remuneração, bem como os referentes a servidores públicos da União e dos Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria (alíneas 'a' e 'c' do inciso II do art. 61)" (ADI 3.061-AP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, 05-04-2006, v.u., DJ 09-06-2006, p. 04, RTJ 199/622).
>
> "Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 9.868, de 28/04/93, do Estado do Rio Grande do Sul. Lei de iniciativa parlamentar versando sobre servidores públicos, regime jurídico e aposentadoria. Impossibilidade. Artigos 2º, 25, caput e 61, § 1º, II, c da Constituição Federal. Firmou a jurisprudência deste Supremo Tribunal o entendimento no sentido 'de ser de observância compulsória pelos Estados as regras básicas do processo legislativo federal, por sua implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes' (ADI nº 774, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, D.J. 26.02.99), incluindo-se as regras de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo na elaboração de leis que disponham sobre remuneração dos servidores, seu regime jurídico **único e sua** aposentadoria. Precedentes: ADI nº 2.115, Rel. Min. Ilmar Galvão e ADI nº 700, Rel. Min. Maurício Corrêa" (ADI 872-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, 28-08-2002, v.u., DJ 20-09-2002, p. 87).

Assente que o conteúdo normativo inerente ao regime jurídico dos servidores públicos – incluindo sua aposentadoria – se submete à iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo *ut* art. 61, § 1º, II, *c*, da Constituição de 1988 - regra que encontra reminiscência no art. 57, V, da Constituição de 1967 na redação dada pela Emenda nº 01/69.

Tratando-se de inconstitucionalidade formal, ela não admite convalidação, pois, significa usurpação das prerrogativas do Poder Executivo no processo legislativo, situação que retrata ofensa ao princípio da divisão funcional do poder.

A emergência da Lei Complementar nº 152/15 também fomenta outra matiz no debate.

A lei simplesmente repetiu a Emenda Constitucional nº 88, estendendo a exceção do art. 100 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de maneira genérica, incondicionada e indiscriminada a todos os agentes públicos.

Ora, não pareceu ser este o intento do constituinte quando admitiu a aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade "na forma de lei complementar". Corolário era que a lei deveria estabelecer casos, condições e requisitos para a excepcional adoção dessa faixa etária superior para a jubilação (*v.g.*, natureza da atividade, constatação médica da capacidade).

A regra na Constituição Federal de 1988 mesmo com a Emenda nº 88 continuou sendo a idade de 70 anos para a aposentadoria compulsória, correndo as exceções pelo disposto em lei complementar. Carente de razoabilidade e proporcionalidade a lei porque a aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade é excepcional. Em outras palavras, a lei tornou a exceção em regra, evidenciando inconstitucionalidade material.

4 Eficácia temporal da Lei Complementar nº 152/15

A última das considerações reputadas convenientes é a respeito da eficácia temporal da lei. Ela entrou em vigor na data de sua publicação (art. 4º) e, portanto, não retroage, até porque não contém qualquer cláusula explícita nesse sentido.

Ela não pode alcançar atos jurídicos perfeitos, consumados sob o império do antigo regramento. Tampouco será possível àqueles aposentados antes de seu advento vindicar reversão. Com efeito, das espécies de reentrada de servidor público inativo a única admissível é a reversão *ex officio* por ilegalidade na concessão da aposentadoria, uma vez que a reversão voluntária foi banida pela Constituição de 1988, como julgaram o Supremo Tribunal Federal (RTJ 194/540) e o Superior Tribunal de Justiça (RMS 6.426-RJ, 5ª Turma, Rel. Min. José Dantas, 02-04-1996, v.u., DJ 06-05-1996, p. 14.435) na trilha de alvitres da literatura especializada (Mello: *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, 2ª ed., p. 44; Edmir Netto de Araújo. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2007, 3ª ed., p. 327; José dos Santos Carvalho Filho. *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, 9ª ed., pp. 489-490) - porque a jubilação implica a extinção do vínculo funcional e a vacância do cargo. Assim, por exemplo, se colhe que "salvo a hipótese de reversão *ex officio*, na qual cessaram os efeitos que levaram à aposentadoria por invalidez, não é mais permitida pela Constituição" (Paulo Magalhães da Costa Coelho. *Manual de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 117).

De qualquer modo, descabe cogitar de reversão *ex officio* porque não houve qualquer ilegalidade na concessão de aposentadoria antes da edição da Lei Complementar nº 152/15 em razão de sua superveniência, e não é dado à lei nova retroagir em desfavor do ato jurídico perfeito.

Por fim, curioso é que não muito antes foi editada a Lei Complementar nº 144, de 15 de maio de 2014, que disciplina a aposentadoria dos servidores públicos policiais alterando a Lei Complementar nº 51, de 20 de dezembro de 1985. Referida lei prevê além das regras próprias de aposentadoria voluntária dos servidores públicos policiais a jubilação compulsória "com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, qualquer que seja a natureza dos serviços prestados", como consta do inciso I do art. 1º da Lei Complementar n. 51/85 na redação dada pelo art. 2º da Lei da Complementar n. 144/14. Essa lei veio a lume com lastro no § 4º do art. 40 da Constituição de 1988 e, paradoxalmente, reduziu a idade-limite de aposentadoria compulsória de certa categoria de agentes públicos, enquanto a Lei Complementar nº 152/15 ampliou. De qualquer modo, o art. 3º da Lei Complementar n. 152/15 revogou o inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 144/14.

Conclusões

A Emenda nº 88, de 2015, à Constituição de 1988, aumentou a faixa etária da aposentadoria compulsória por idade, adotando no inciso II do art. 40 adotou fórmula alternativa: "aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar". A parte final da norma caracteriza norma de eficácia limitada, pois, somente essa lei complementar futura poderia estabelecer os casos, as condições e os requisitos para tanto, enquanto sua primeira parte é regra autoaplicável, ressalvada a situação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União que, independentemente do advento da lei complementar, se aposentariam compulsoriamente por idade aos 75 anos desde então, conforme o art. 100 acrescido ao Ato das Disposições Transitórias.

A Lei Complementar nº 152/15 se aplica nas esferas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, como esclarece seu art. 1º, ampliando indistinta e incondicionalmente para 75 anos a aposentadoria compulsória por ancianidade em favor de servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (incluídas suas autarquias e fundações), magistrados e membros do Ministério Público, das Defensorias Públicas, e dos Tribunais e dos Conselhos de Contas (art. 2º). Por

ser resultante de projeto de lei de iniciativa parlamentar, é inconstitucional à luz da regra de iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo para disciplina do regime jurídico e aposentadoria dos servidores públicos (art. 61, § 1º, II, *c*, da Constituição de 1988).

Além disso, padece de inconstitucionalidade material: a lei simplesmente repetiu a Emenda Constitucional nº 88, estendendo a exceção do art. 100 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de maneira genérica, incondicionada e indiscriminada a todos os agentes públicos. A regra na Constituição Federal de 1988 mesmo com a Emenda nº 88 continuou sendo a idade de 70 anos para a aposentadoria compulsória, correndo as exceções pelo disposto em lei complementar. Carente de razoabilidade e proporcionalidade a lei porque a aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade é excepcional. Em outras palavras, a lei tornou a exceção em regra, evidenciando inconstitucionalidade material.

Por fim, a lei entrou em vigor na data de sua publicação (art. 4º) e, portanto, não retroage, até porque não contém qualquer cláusula explícita nesse sentido. Ela não pode alcançar atos jurídicos perfeitos, consumados sob o império do antigo regramento. Tampouco será possível àqueles aposentados antes de seu advento vindicar reversão.

MARTINS JUNIOR, W. P. Compulsory retirement by age and Amendment nº. 88 to the 1988 Constitution. *Justitia*, São Paulo, v. 208, p. 92-99, Jul./Dec. 2016.

- **ABSTRACT:** The Complementary Law No. 152/15 broke with the tradition that has been in force since the Constitution of 1946. It is unconstitutional not only for its parliamentary initiative, but also for its generic application, which is unconditioned and indistinct to all public agents. In addition to that, the Amendment No. 88/15 to the Constitution of 1988 provides that the maximum compulsory retirement age is 75, when it comes to certain types of public officers.

- **KEYWORDS:** Constitutional. Administrative. Social security. Compulsory retirement by age. Public agents.

Referências

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004.
MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

Estado Protetor ou Estado Interventor? O Papel da Família no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Felipe Gabriel SCHULTZE[*]
Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima TEIXEIRA[**]

- **SUMÁRIO**: Introdução. 1 A família no ordenamento jurídico. 1.1 A evolução da família no sistema jurídico Brasileiro. 1.2 A família no atual ordenamento jurídico Brasileiro. 2 O papel do Estado. 2.1 A família necessita ser tutelada ou protegida pelo Estado? Conclusão. Referências.

- **RESUMO**: O presente artigo científico estuda o papel da família no ordenamento jurídico Brasileiro. O artigo realiza uma análise da evolução constitucional da instituição familiar até os novos princípios do direito de família Brasileiro. O estudo se propõe a questionar se a proteção da família é um dever constitucional do Estado Brasileiro.

- **PALAVRAS-CHAVE**: Família. Proteção. Direito de família.

Introdução

A dificuldade em conceituar o instituto familiar se dá em razão da mutabilidade que a instituição sofre no tempo. Há constante mudança no formato da família que é submetida a transformações históricas/sociais. O reconhecimento do instituto familiar no ordenamento jurídico sempre se dá por ampla discussão e debate, possuindo conceitos diversos e sempre dependendo, de acordo com Maria Letícia Grecchi Pizz1[1], da classe social, da idade e do sexo dos indivíduos. A sanção do instituto pode ser dada a instituições sociais como a escola e o Estado. Verifica-se assim, que a família carrega em si forte significado social e cultural, Eliza-

[*] Bacharel em direito, escritor do livro: Federalismo no Sistema Constitucional Brasileiro: um modelo cooperativo?

[**] Professora de Direito Administrativo na Universidade Regional de Blumenau – FURB

[1] PIZZI, Maria Letícia Grecchi. *CONCEITUAÇÃO DE FAMÍLIA E SEUS DIFERENTES ARRANJOS*. Revista Eletrônica lenpes-pibid de ciências sociais. UEL Edição Nº. 1, Vol. 1, jan-jun. 2012, p.02

beth Jelin[2], em uma visão otimista ensina que o instituto pode ser visto como uma quebra de paradigmas perante a sociedade, e é nesse raciocínio que Maria Letícia Grecchi Pizz[3] afirma que a família pode ser vista como um difusor de gêneros, possuindo uma dinâmica interna própria. Carter & McGoldrick[4] afirmam que a dinâmica do instituto familiar é afetada tanto pelo desenvolvimento de seu ciclo vital e pelas políticas econômicas e sociais do Estado. Nessa senda, o conservadorismo estatal possui forte interferência na formação da família. De acordo com Pizzi[5], no desdobramento nuclear tanto o homem quanto a mulher possuem perspectivas que são previamente já postas pela sociedade. A socióloga italiana Chiara[6] relata que a família é um dos atores sociais que contribuem para definir as formas e sentidos da própria mudança social, em um espaço histórico e simbólico no qual e a partir do qual se desenvolve a divisão do trabalho, dos espaços, das competências, dos valores, dos destinos pessoais de homens e mulheres, ainda que isso assuma formas diversas nas várias sociedades. Assim, prevendo as constantes mudanças histórico-sociais o instituto tem a necessidade de se readequar como o tempo.

De acordo com Friedrich Engels[7] a família subdivide-se em quatro etapas: família consanguínea, família punaluana, pré-monogâmica e a monogâmica, tendo cada uma suas características e particularidades. Conceituando a família como sendo o resultado da carga cultural de um povo em um determinado espaço tempo, tais afirmações colidem em nosso ordenamento Jurídico. Por

---

[2] JELIN, Elizabeth. Pan y afectos. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 1998. Apud PIZZI, Maria Letícia Grecchi. *CONCEITUAÇÃO DE FAMÍLIA E SEUS DIFERENTES ARRANJOS*. Revista Eletrônica lenpes-pibid de ciências sociais. UEL Edição Nº. 1, Vol. 1, jan-jun. 2012. P.02

[3] *Idem ibem*

[4] CARTER, B.; McGOLDRICK, M. (Col.). *As mudanças no ciclo de vida familiar – uma estrutura para a terapia familiar. Apud*VALLE, TGM., org. *Aprendizagem e desenvolvimento humano: avaliações e intervenções [online].* Cultura Acadêmica, 2009.São Paulo

[5] *Idem ibem*

[6] SARACENO, Chiara. Sociologia da família. Lisboa: Editorial Estampa, 1997 *apud*PIZZI, Maria Letícia Grecchi. CONCEITUAÇÃO DE FAMÍLIA E SEUS DIFERENTES ARRANJOS. Revista Eletrônica lenpes-pibid de ciências sociais. UEL Edição Nº. 1, Vol. 1, jan-jun. 2012.

[7] ENGELS, Friedrich. A origem da família da propriedade privada e do Estado.. 2. ed. rev. São Paulo: Escala *apud BARRETO, Luciano. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DA FAMÍLIA*. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13t10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos Volume I, p. 206

exemplo, passando pelo sistema patriarcado do Direito Romano, da designação de grupos que eram submetidos à escravidão agrícola e da influência do direito canônico. De posto vista formal, as mudanças da família em nosso ordenamento jurídico, de acordo com Maria Celina Bondin de Moraes[8], vão da tímida menção da família na Constituição de 1891 até a sua proteção na Constituição Federal de 1988. De ponto de vista substancial, a autora afirma que na constituição de 1934 partiu-se de um modelo único familiar, para um modelo plural. De acordo com Vanessa Marques Gibran Faco e Lígia Ebner Melchiori[9] "família legítima" era definida apenas pelo casamento oficial. Em janeiro de 2003, começou a vigorar o Novo Código Civil, que incorporou uma série de novidades, sendo que a definição de família passou a abranger as unidades formadas por casamento, união estável ou comunidade de qualquer genitor e descendentes. De acordo com Cahalil[10] o casamento passou a ser comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Ao visualizar que a família, possuindo uma dinâmica própria, é resultado dos valores culturais de uma sociedade, e que o direito é uma ferramenta que regulamenta o funcionamento da sociedade, é necessário questionar qual o papel do Estado perante a família: ele é um Estado Protetor ou um Estado Intervencionista? Sabe-se que seu trabalho primordial é proteger, tutelar ou apenas sancionar seu atos respeitando sua dinâmica, mas na prática, qual a sua verdadeira função? O presente artigo se propõe a responder tais indagações realizado profunda análise nas mudanças constitucionais que a família teve no atual ordenamento jurídico.

1 A família no ordenamento jurídico

O presente capítulo pretende estudar a evolução do instituto familiar no atual ordenamento jurídico bem como seu atual comportamento em nosso ordenamento jurídico.

---

[8] MORAES, Maria Celina Bondim.C omentário ao artigo 225 in: CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar. F; SCARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (coords) Comentários a constituição do Brasil. São Paulo. Saraiva., 2013, p. 2115

[9] VALLE, TGM., org. *Aprendizagem e desenvolvimento humano: avaliações e intervenções*. Cultura Acadêmica, São Paulo, 2009, p. 122.

[10] CAHALIL, Y. S. Constituição (Org.). Código do Processo Civil. 5.ed. São Paulo: RT, 2003. *Apud* VALLE, TGM., org. Aprendizagem e desenvolvimento humano: avaliações e intervenções. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009

1.1 A evolução da Família no sistema jurídico Brasileiro

De acordo com Maria Celina Bondin de Moraes[11] por conta das relações familiares no Brasil serem considerados assuntos privados, com autoridade paterna predominante, a regulamentação da família foi deixada de lado por quase 300 anos. Desde o Império e em seguida a independência foram mantidas as normas propostas, somente houve alterações no Código Civil de 1916. De acordo com Rodrigo Igor Rocha de Souza Nobre[12] as Ordenações Filipinas foram a principal fonte e traziam a forte influência no direito Brasileiro.

O Código Civil de 1916 seguiu a linha do direito canônico, de acordo com o autor, o Direito de Família em 1916 possuía base fundamentalmente cristã. De acordo com Luciano Barreto[13], o direito de família sistematizava o modelo da família patriarcal, excluindo da tutela jurisdicional as demais espécies de entidades familiares. No que tange ao matrimônio, de acordo com a autora, este era a única forma de constituição da chamada família legítima, sendo, portanto, ilegítima toda e qualquer outra forma familiar, ainda que marcada pelo afeto. Tais fatos podem ser provados de acordo com o artigo 233 do Código Civil de 1916, que designava o marido como único chefe da sociedade conjugal. Além disso, à mulher era atribuída somente a função de colaboradora dos encargos familiares, consoante artigo 240 do mesmo diploma legal. De acordo com Rodrigo Igor Rocha[14] o modelo patriarcal no direito de família de 1916, deixava explícita a soberania do homem no casamento, de modo que o marido era considerado como o "chefe da sociedade conjugal", sendo ele quem representava a família, permitia se a mulher poderia ou não trabalhar. A mulher, por sua vez, com o casamento segundo o art. 240 do Código Civil de 1916, assume a condição de companheira, consorte e "colaboradora do marido". De acordo com Maria Celina Bondin de Moraes[15], na Constituição de 1934 já eram permitidos casamentos religiosos com efeitos

---

[11] *Idem ibem*

[12] NOBRE,Rodrigo Igor Rocha. *CONCEITO E EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMILIA*. Web artigos, disponível em: http://www.webartigos.com/artigos/conceito-e-evolucao-do-direito-de-familia/122592/ Acessado em 09/02/2017

[13] BARRETO, Luciano. *EVOLUÇÃO HISTÓRICA E LEGISLATIVA DA FAMÍLIA. Série Aperfeiçoamento* de Magistrados 13t10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos Volume I, p.209

[14] *Idem ibem*

[15] Idem ibem

civil, no passado foi o grande medo da igreja, pois o casamento civil deixaria de ser sacramentado e seria um tipo de contrato. A Constituição de 1948 já previa, de acordo com as autoras, igualde entre os cônjuges e proteção do Estado. De acordo com Michele Amaral Dill[16], em meados de 1949 entrou em vigor a Lei nº 883, que trata sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos, permitindo seu reconhecimento, através de ação de reconhecimento de filiação, tendo direito inclusive a alimentos provisionais, se lhe fosse favorável a decisão de primeira instância, devendo para isso estar dissolvida à sociedade conjugal. Barreto[17] afirma que em 27 de agosto de 1962, foi publicada a Lei nº 4.121, que versava sobre a situação jurídica da mulher casada, denominada Estatuto da Mulher Casada revogou vários dispositivos do Código Civil de 1916 e dentre outros direitos, a mulher obteve aquele de exercer o poder familiar, ainda que constituísse novo casamento, nesse sentido, de acordo com a autora Maria Celina Bondin de Moraes[18] já existentes as proteções contraceptivas e a divisão do trabalho, teve o início do longo processo de igualdade dos cônjuges.

Mais tarde, de acordo com Dill[19], no ano de 1977, entrou em vigor a Lei nº 6.515, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos e dá outras providências, denominada Lei do Divórcio. A Lei do Divórcio teve grande significado, vez que concedeu o direito à mulher poder optar ou não pelo uso do nome de família de seu marido. Outra mudança foi o Regime Parcial de Bens ser elevado a status de regime legal e a possibilidade dos vínculos familiares se encerram com o divórcio. Favorecendo, de acordo com Maria Celina Bondin de Moraes[20], as novas formações de famílias.

De acordo com Moraes[21] o legislador constituinte visivelmente pretendeu contornar as distinções, preconceitos e desigualdades existentes no Direito familiar brasileiro, assim como, consolidar as conquistas de forma que introduziu o conceito de união estável, reduziu de cinco para dois anos o tem-

[16] DILL, Michele Amara; CALDERAN, Thanabi Bellenzie. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação, Revista Ambito Juridico. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019. Acessado em 09/02/2017

[17] *Idem ibem*

[18] *Idem ibem*

[19] Idem *ibem*

[20] *Idem ibem*

[21] *Idem ibem*

po exigido para o divórcio direto e impediu qualquer discriminação a respeito da origem dos filhos entre outros temas reservados à legislação ordinária agora, tratados pela Constituição Federal. Entre o código Civil de 1916 e o Código Civil de 2012 há uma larga mudança nos valores de uma família.

1.2 A Família no atual ordenamento jurídico Brasileiro

O Direito de família em nosso atual ordenamento jurídico é integrado à Constituição Federal de 1988 e ao conjunto de normas que regulamentam as relações familiares. De acordo com Maria Celina Bondin de Moraes[22], a Constituição Federal adotou o modelo democrático de família em oposição ao modelo tradicional. De acordo com a autora não há descriminalização entre os cônjuges garantindo autonomia individual (que varia de acordo com a idade), pressupondo a solidariedade entre os seus membros. Pressupondo assim a família democratizada, que é formada por laços de afetividade como fundamento de uma sociedade democrática. Assim, de acordo com Arnoldo Wald[23] o atual Direito de Família se preocupa com o status ocupado pela pessoa dentro do quadro familiar, defendendo os interesses não apenas do indivíduo, mas também do grupo. Como dependem do status da pessoa, pode tal estado na família ser modificado, ou adquirido, seja por um fato jurídico (nascimento), seja por ato jurídico (adoção, casamento). A igualdade dos cônjuges, é um fato que foi modificado pela Constituição Federal de 1988. Por foça do seu artigo 226, § 5°, nenhum interesse de um integrante pode sobrepor o outro.

A dissolução e formação do casamento foi outro ponto que teve significativa mudança, com a gratuidade art. 226, §1, CF, os efeitos cíveis do casamento também são previstos no art. 226,§ 2, CF e no art. 226,§ 6,também foi criado o processo de divórcio direto, ou o chamado o divórcio voluntário

Sobre a violência doméstica também houve significativa alteração, o §8 do art. 226 traz mecanismos de coibição de tais atos, bem como assistência aos agredidos. Gonçalves[24] destaca que:

---

[22] *Idem ibem*

[23] WALD, Arnoldo. O Novo Direito de Família. 15. ed. Saraiva: Rio de Janeiro, 2004 apudTELLES, Bolivar da Silva. *O DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NA VISÃO CODIFICADA E CONSTITUCIONALIZADA*. TCC. PUC/RS

[24] GONÇALVES, Carlos Alberto, Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2005. (Direito de

> Todas as mudanças sociais havidas na segunda metade do Século passado e o advento da Constituição Federal de 1988 levaram a aprovação do Código Civil de 2002, com a convocação dos pais a uma paternidade responsável, e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas e aos estudos do DNA. Uma vez declarada a convivência familiar e comunitária como direito fundamental, prioriza-se a família socioafetiva, a não-discriminação do filho, a co-responsabilidade dos pais quanto ao exercício do poder familiar e se reconhece o núcleo monoparental como entidade familiar.

De acordo com Maria Berenice Dias[25]:

> Ser pai era considerado algo da ordem natural e da ciência, mas as mudanças socioeconômicas e culturais que consolidaram nos últimos tempos, juntamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, mostraram-nos que a paternidade requer envolvimento afetivo e primordialmente resguardar a dignidade da pessoa humana e o interesse da criança (..) Desmontam novos modelos de família, mais igualitária nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo.

A autora[26] explica que a legislação e a jurisprudência evoluíram no sentido de proteger a família não matrimonial e de conferir efeitos ao concubinato ou o companheirismo. A família seria um conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, juntamente com os cônjuges e a prole, e que a entidade familiar seria a comunidade formada por pais que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes.

Família, v. 6) *apud*TELLES, Bolivar da Silva. O DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NA VISÃO CODIFICADA E CONSTITUCIONALIZADA.TCC. PUC/RS

[25] *Idem ibem*

[26] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito de família. 4. ed rev, atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007 apud ALMEIDA, Guilherme Weber Gomes de. Evolução histórica do direito de família no ordenamento jurídico brasileiro. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 14 ago. 2013. Disponivel em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44723&seo=1 . Acesso em: 01 fev. 2017. 29 Código Civil, 2002.

2 O Papel do estado

O presente capítulo traz a questão do tamanho do papel do Estado no instituto familiar, será que seu dever é tutelar ou proteger?

2.1 A família necessita ser tutelada ou protegida pelo Estado?

O limite do Estado na esfera familiar se materializa nos dispositivos que são positivados no Código Civil. No que estabelece o Artigo 1.513 do Código Civil[27]: *"É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família."* De acordo com José Afonso da Silva[28] a família é de esfera estrita dos membros da comunhão na qual o Estado não pode intervir. O autor afirma que a comprovação de tal argumento pode ser vista na tipificação da administração do patrimônio alheio e familiar (art. 1.642 e art. 1.643 CC), a escolha do regime material conveniente (art. 1.639 CC) e a autonomia da escolha no modelo educacional, cultural e religioso na formação da organização familiar (art. 1.635). Uma medida interventiva estatal prejudicial para o instituto familiar é aquela que restringe direitos, Paulo Henrique Barbosa[29] afirma que os exemplos de intervenção podem ser vistos como a proibição de renúncia dos alimentos descrito no artigo 1.707 CC. Também, de acordo com autor, o art. 1.521 do referido diploma que impede o casamento em certas circunstâncias é um exemplo de intervenção máxima do Estado na família. Assim, o Estado é protetor e não tutor da família. Paulo Barbosa[30] ensina que a intervenção do Estado sobre as relações familiares se manifesta através de políticas públicas governamentais, decisões judiciais e, principalmente, por meio da promulgação de leis protetivas ou repressivas de comportamentos reputados indevidos pelo Estado.

De acordo com Denise Comel[31] no poder familiar deve-se ter por base duas premissas fundamentais: a primeira é o aspecto afetivo da relação pater-

---

[27] Código Civil, 2002.

[28] SILVA, José Afonso. Revista IBDFAM, Ed. 27, 2016, p.6.

[29] BARBOSA, Paulo Henrique. A Constitucionalização do Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Agosto 2014

[30] *Idem ibem*

[31] COMEL, Denise Damo. Do Poder Familiar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 24. Apud CARRION, Fabiane Queiroz Machado. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO PODER FAMILIAR. PUC-PR

no-filial, e a segunda é a vigilância do Estado sobre tais relações, adquirindo a liberdade de impor sanções quando cabíveis. Estas, embora pareçam antagônicas, são complementares a boa e plena realização das funções do poder familiar. O mestre Edson Fachin[32] explica que, ao mesmo tempo em que é necessária a configuração de um 'Estado ausente', permitindo que as pessoas constituam suas liberdades vividas, é igualmente necessário que determinados direitos sejam tutelados pela presente intervenção do ente estatal, mormente em face daqueles que se encontram mais vulneráveis e desamparados como crianças e idosos. Assim, de acordo com Paulo Henrique Barbosa[33], a intervenção do Estado na autonomia dos entes familiares se manifesta principalmente através da criação de leis protetivas dos direitos dos indivíduos considerados pelo legislador como hipossuficientes. Esta intervenção, contudo, deve se ater aos casos em que se afigura verdadeiramente necessária, sob pena de se burocratizar a vida dos cidadãos, impondo-lhes prejuízos morais e materiais que podem vir a suplantar os benefícios almejados pelo Estado. Assim, de acordo com Caio Pereira[34] o princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares determina que a intervenção estatal somente se justifica como meio garantidor da realização pessoal dos membros de uma família, devendo o Estado respeitar a autonomia privada e acatá-la como princípio fundamental.

De acordo com Barbosa[35] o limite para a intervenção estatal, neste sentido, é a garantia da autonomia privada dos membros da família. Violada a autonomia familiar, estará configurado o excesso do Estado em sua intervenção, portanto, hoje em dia o Estado passa a exibir uma tutela jurídica muito diminuída. Fato é que o Estado necessita estar atendo à mutabilidade do instituto familiar. Ainda, de acordo com Barbosa[36]

[32] FACHIN, Luiz Edson. Famílias: entre o público e o privado, VIII Congresso Brasileiro de Direito de família, IBDFAM. BH, 2011 apud Revista IBDFAM, Ed. 27, 2016, p.

[33] *Idem ibem*

[34] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil - volume 5. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. *Apud*BARBOSA, Paulo Henrique. *A Constitucionalização do Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares*. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Agosto 2014

[35] *Idem ibem*

[36] *Idem ibem*

> O interesse da sociedade em tutelar os direitos das famílias não pode se sobrepor aos interesses particulares dos membros do núcleo familiar. O Estado, no seu intuito protetivo, não deve colocar os supostos interesses coletivos acima dos interesses privados constitucionais dos indivíduos no âmbito familiar. Como coloca o ilustre professor Caio Mário da Silva Pereira: as normas do Direito de Família são normas de Direito Privado, na medida em que os interesses protegidos são predominantemente individuais, tratando-se de uma relação entre particulares, embora haja interesse coletivo.

A regulamentação do Estado, não se manifesta apenas através das leis. As decisões das Cortes Superiores do País constituem outra profusa fonte de intervenção indevida como no caso dos julgados que se referem como responsabilidade Civil o abandono afetivo Necessita-se realizar a pergunta, no caso do abandono afetivo, de que não cabe ao Estado ou ao Poder Judiciário sancionar uma conduta que deveria ser impensável para aquele que se relaciona em sociedade. Por mais que o abandono afetivo seja prática moralmente reprovável, não cabe a interferência Estatal no sentido de responsabilizar civilmente a conduta, quantificando-a.

Porém, a não intervenção estatal na esfera privada foi confirmada em jurisprudência do STJ[37]:

> Os arranjos familiares, concernentes à intimidade e à vida privada do casal, não devem ser esquadrinhados pelo Direito, em hipóteses não contempladas pelas exceções legais, o que violaria direitos fundamentais enfeixados no art. 5º, inc. X, da CF/88 - o direito à reserva da intimidade assim como o da vida privada -, no intuito de impedir que se torne de conhecimento geral a esfera mais interna, de âmbito intangível da liberdade humana, nesta delicada área de manifestação existencial do ser humano.

O STJ, na linha do Estado Protetor do instituto familiar, também vem decidindo pela possibilidade de família Anaparental, que são famílias formadas por um dos membros[38]. Senão vejamos:

---

[37] STJ, REsp nº 1107192 / PR, Rel Ministro Massami Uyeda, 3ª turma, public. 27/05/2010)

[38] STJ REsp 1217415/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 28/06/2012

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO PÓSTUMA. VALIDADE. ADOÇÃO CONJUNTA. PRESSUPOSTOS. FAMILIA ANAPARENTAL. POSSIBILIDADE. Ação anulatória de adoção post mortem, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado - maior interdito -, na qual aponta a inviabilidade da adoção post mortem sem a demonstração cabal de que o de cujus desejava adotar e, também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos. A redação do art. 42, § 5º, da Lei 8.069/90 - ECA -, renumerado como § 6º pela Lei 12.010/2009, que é um dos dispositivos de lei tidos como violados no recurso especial, alberga a possibilidade de se ocorrer a adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. O art. 42, § 2º, do ECA, que trata da adoção conjunta, buscou assegurar ao adotando a inserção em um núcleo familiar no qual pudesse desenvolver relações de afeto, aprender e apreender valores sociais, receber e dar amparo nas horas de dificuldades, entre outras necessidades materiais e imateriais supridas pela família que, nas suas diversas acepções, ainda constitui a base de nossa sociedade. A existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas. Restringindo a lei, porém, a adoção conjunta aos que, casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovem estabilidade na família, incorre em manifesto descompasso com o fim perseguido pela própria norma, ficando teleologicamente órfã. Fato que ofende o senso comum e reclama atuação do intérprete para flexibilizá-la e adequá-la às transformações sociais que dão vulto ao anacronismo do texto de lei. O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares. O fim expressamente assentado pelo texto legal - colocação do adotando em família estável - foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para

> o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu - nos limites de suas possibilidades - seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte. Nessa senda, a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA. Recurso não provido.

Verifica-se assim que a intervenção do Estado deve se ater aos casos em que se afigura verdadeiramente necessária para garantia dos direitos constitucionalmente estabelecidos.

Conclusão

Apesar de lento, o direito de família Brasileiro passou por transformações significantes com o passar do tempo. O Estado–Interventor passou para Estado-Protetor com a Constituição Brasileira de 1988, respeitando a dinâmica própria e a carga cultural que a família traz consigo. Perante a inércia do legislativo, a mutabilidade da família tem sido sancionada pelo Judiciário.

De ponto de vista forma as mudanças ocorridas no Direito de Família Brasileiro vão da tímida menção da família na Constituição de 1891 até a sua proteção na Constituição Federal de 1988. De ponto de vista substancial, a Constituição de 1934 partiu de um modelo único familiar, para um modelo plural. Assim, a constituição Federal adotou o modelo democrático de família em oposição ao modelo tradicional.

O Estado só pode ter autorização para intervir na família se for para defesa dos hipossuficientes, assim é correto concluir que a família é de responsabilidade dos membros da comunhão na qual o Estado não pode intervir.

Assim, conclui-se que família não pode ser regulamentada, tipificada. Ela é o resultado dos valores culturais de uma sociedade onde é necessário respeitar o princípio da intervenção mínima do Estado.

SCHULTZE, F. G. e TEIXEIRA, L. S. P. de L. Protective state or intervening state? The role of the family in the Brazilian legal system. *Justitia*, São Paulo, v. 208, p. 100-112, Jul./Dec. 2016.

• **ABSTRACT**: This scienific article studies the importance of the family in the brazilian legal system. The article analyzes the constitutional evolution of the family institution and the new principles of brazilian family law. This article proposes to ask is the family protection is a constitutional duty of the Brazilian State.

• **KEYWORDS**: Family. Protection. Family right.

Referências

BARRETO, Luciano. Evolução Histórica e Legislativa da Família. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13t10 Anos do Código Civil - Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos Volume I.

BARBOSA, Paulo Henrique. A Constitucionalização do Princípio da Intervenção Mínima do Estado nas Relações Familiares. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Agosto 2014 . Rio de Janeiro.

CARTER, B.; McGOLDRICK, M. (Col.). As mudanças no ciclo de vida familiar – uma estrutura para a terapia familiar. Apud VALLE, TGM., org. Aprendizagem e desenvolvimento humano: avaliações e intervenções. Cultura Acadêmica, São Paulo.

CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar. F; SCARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (coords) Comentários a constituição do Brasil. São Paulo. Saraiva., 2013.

DILL, Michele Amara; CALDERAN, Thanabi Bellenzie. Evolução histórica e legislativa da família e da filiação, Revista Ambito Juridico. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019. Acessado em 09/02/2017

NOBRE, Rodrigo Igor Rocha. Conceito e Evolução do Direito de Familia. Web artigos, disponível em: http://www.webartigos.com/artigos/conceito-e-evolucao-do-direito-de-familia/122592/

PIZZI, Maria Letícia Grecchi. Conceituação de Família e Seus Diferentes Arranjos. Revista Eletrônica lenpes-pibid de ciências sociais. UEL Edição Nº. 1, Vol. 1, jan-jun. 2012.

TELLES, Bolivar da Silva. O direito de Família no Ordenamento Jurídico na Visão Codificada e Constitucionalizada. TCC. PUC/RS

(In)Segurança Jurídica? Breves Comentários à Lei n° 13.655/18[1]

Rafael de Oliveira COSTA[*]

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Qual a justificativa para aprovação da Lei n° 13.655/18? 2 Distinção entre segurança jurídica e (im)previsibilidade do direito. 2.1 Da insuficiência do estabelecimento de normas para garantir segurança jurídica. 3 Principais modificações pretendidas pela Lei n° 13.655/18. 4 Do consequencialismo na prolação de decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial. 4.1 Do âmbito de incidência do novo dispositivo: esferas administrativa, controladora e judicial. 4.2 Vedação à decisão com base em "valores jurídicos abstratos" sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. 4.3 O que é o consequencialismo judicial? 4.4 Do dever de motivação quanto às medidas adotadas. 4.5 Processo Estrutural ou Medidas Estruturantes. 5 Da necessidade de motivação da decisão que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. 5.1 Do dever de indicar de modo expresso as consequências jurídicas e administrativas da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. 5.2 Do princípio da menor onerosidade na regularização do ilícito. 5.3 Estabilização dos efeitos de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. 6 Controle dos atos praticados pelo Administrador Público e a aplicação das sanções. 6.1 "Ampliação" dos critérios de controle do mérito administrativo pelo Poder Judiciário. 6.2 Crité-

[1] Artigo disponível em: http://www.prosocietate.com

[*] Professor Visitante na Universidade da Califórnia-Berkeley. Professor Visitante na Wayne State University. Professor na Escola Superior do Ministério Público, na Universidade Anhanguera, na PUC/SP e em cursos preparatórios para concursos (MOVAME, Supremo Concursos e CP Iuris). Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG (2007), em programa conjunto com a University of Wisconsin-Madison (EUA - 2005). Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Assessor do Centro de Apoio Operacional - MP/SP. Integrante do Grupo de Combate à Criminalidade Organizada (GAECO - MP/SP). Palestrante na Wayne State University (Detroit - EUA). Revisor e Membro do Corpo Editorial de inúmeros periódicos. Bolsista da Keast Lion Fund for International Scholars. Diretor Acadêmico da Associação Paulista do Ministério Público.

rios para aplicação das sanções administrativas, cíveis e políticas ao agente público. 6.3 Vinculação das sanções aplicadas nas instâncias civil, administrativa e penal. 7 Do direito à transição adequada quando da criação de novas situações jurídicas passivas por meio de decisão administrativa, controladora ou judicial. 8 Princípio da proteção da confiança e irretroatividade de entendimentos jurisprudenciais. 9 Celebração de compromisso de ajustamento de conduta para a fixação de efeitos de ato, ajuste, contrato, processo ou norma administrativa. 9.1 Pressupostos, requisitos e limites temporais do compromisso de ajustamento de conduta. 10 Compensação de benefícios ou prejuízos. 11 Princípio da intranscendência na responsabilização de agentes públicos. 12 Dever de realizar consulta pública na edição de regulamentos administrativos. 13 Dever da administração pública de buscar a segurança jurídica. 14 Vigência. Conclusão. Referências

- **RESUMO:** O presente estudo analisa de forma crítica e pormenorizada as modificações empreendidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei n° 13.655/18. Trata-se de trabalho que, ao utilizar raciocínio *hipotético-dedutivo* e dados de natureza *primária* (acórdãos e leis) e *secundária* (entendimentos doutrinários), ressalta os principais institutos introduzidos em nosso ordenamento jurídico, permitindo concluir que as disposições legais não irão afastar a influência da subjetividade na tarefa de interpretação, compreensão e aplicação da norma.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Previsibilidade das decisões judiciais. Segurança jurídica. Hermenêutica filosófica.

Introdução

A Lei n° 13.655/18 inclui na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

A LINDB é um diploma que tem por finalidade disciplinar a aplicação das demais normas existentes em nosso ordenamento jurídico ("norma de sobredireito"). De forma geral, vem estruturada da seguinte forma: a) arts. 1º e 2º: disciplinam a vigência das leis; b) art. 3º: regulamenta a obrigatoriedade das leis; c) Art. 4º e 5°: regem a integração e interpretação das normas; e d) art. 6º a 19: estabelecem como deve se dar a aplicação da lei no tempo e no espaço.

Incumbe ressaltar que a Lei n° 13.655/18 nada modificou em relação aos artigos 1° a 19, da LINDB, que permanecem integralmente em vigor. Ao contrário, o novo diploma acrescentou à LINDB novos artigos, buscando a segurança jurídica e a eficiência na criação e na aplicação do Direito.

Observe-se que duas correntes doutrinárias podem surgir acerca das inovações promovidas pela Lei n° 13.655/18. Uma primeira posição pode passar a sustentar que apenas incidem em áreas como o Direito Administrativo, Tributário, entre outras, em razão da expressa referência ao Direito Público contida na rubrica do novo diploma.

Uma segunda posição, que nos parece mais adequada, pode vir a sustentar que a segurança jurídica deve ser almejada por todo operador do Direito, razão pela qual as novas disposições incidem, inclusive, em temas relativos ao Direito Privado.[2]

Feitas essas ponderações iniciais, passemos à análise detalhada das principais inovações promovidas pela Lei n° 13.655/18.

1 Qual a justificativa para aprovação da Lei n° 13.655/18?

A nova lei vem fundada na ideia de que as inúmeras regras recentemente editadas sobre processos e controle da administração têm gerado incerteza e imprevisibilidade, dilapidando a estabilidade institucional, gerando alto grau de indeterminação na aplicação das normas e efeitos negativos indiretos decorrentes da demora, custos e postergação no cumprimento de obrigações.[3]

De modo a solucionar esses problemas, o diploma vem reforçar o dever de motivação das decisões administrativas (arts. 20, 21, 22, 27 e 28), fortalecer a segurança jurídica nas relações entre o poder público e os cidadãos (arts. 23, 24 e 30) e disciplinar mecanismos que pretendem incrementar a participação da sociedade civil nas decisões públicas (art. 29).

2 Distinção entre segurança jurídica e (im)previsibilidade do Direito

Antes de ingressar na análise pormenorizada da nova lei, é preciso traçar algumas premissas teóricas para o seu adequado entendimento.

---

[2] Adotando perspectiva crítica sobre o tema, conferir: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo*: superação da summa divisio Direito público e Direito privado - Por uma nova summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

[3] Cf. Nota Técnica Conjunta nº 01/2018 sobre Projeto de Lei nº 7.448/2017 – Procuradoria-Geral da República.

A existência de certa indeterminação sobre qual deva ser a melhor interpretação da norma jurídica faz parte da natureza argumentativa do Direito, mas é essencial que esta apresente um mínimo de previsibilidade. Em outras palavras, a indeterminação na interpretação do Direito e a imprevisibilidade das decisões judiciais são conceitos distintos.[4]

A indeterminação na interpretação do Direito é uma característica do fenômeno jurídico, o que não impede que o destinatário da norma saiba com antecedência o que deve fazer para agir conforme o Direito.

De outra forma, a imprevisibilidade das decisões judiciais se refere às mudanças inesperadas nos entendimentos jurisprudenciais, afastando — sem qualquer justificativa plausível — os precedentes até então existentes, de modo que a aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto torna-se imprevisível.[5]

Contudo, a previsibilidade do Direito é uma exigência dos ordenamentos jurídicos modernos. Conhecer o conteúdo das normas jurídicas e a posição dos tribunais corresponde a ter uma previsibilidade de como agir, atuar e se comportar para que a conduta esteja em conformidade com o ordenamento. Assim, ainda que exista uma margem de indeterminação em todo processo hermenêutico, refletida no princípio do livre convencimento motivado, ela faz parte da própria natureza do fenômeno jurídico. O que se deve evitar, contudo, é a imprevisibilidade das decisões judiciais, que acaba levando à insegurança jurídica, em razão de o jurisdicionado não saber o que deve fazer para agir conforme o Direito.[6]

---

[4] COSTA, Rafael de Oliveira. Segurança jurídica e (Im)previsibilidade do Direito. Nomos (Fortaleza), v. 34, 2014, p. 189 e seguintes. E ainda: VIDAL, Marcelo Furtado. *A interpretação e o (im)previsível:* estudo sobre a imprevisibilidade das decisões judiciais na perspectiva da hermenêutica filosófica e do círculo hermenêutico. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2003, p. 136.

[5] COSTA, Rafael de Oliveira. Segurança jurídica e (Im)previsibilidade do Direito. Nomos (Fortaleza), v. 34, 2014, p. 189 e seguintes. E ainda: VIDAL, Marcelo Furtado. *A interpretação e o (im)previsível:* estudo sobre a imprevisibilidade das decisões judiciais na perspectiva da hermenêutica filosófica e do círculo hermenêutico. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2003, p. 136.

[6] Ibidem, p. 189 e seguintes.

2.1 Da insuficiência do estabelecimento de normas para garantir segurança jurídica

A simples aprovação de diplomas normativos que venham buscar a segurança jurídica é claramente insuficiente para obtê-la, visto que esses mesmos diplomas serão submetidos à interpretação.

Como sustentado por Gadamer, nenhum método, parâmetro ou lei irá afastar a influência da subjetividade na tarefa de interpretação, compreensão e aplicação da norma e, portanto, será capaz de garantir segurança jurídica. Não se pode, como pretende fazer o legislador por meio da Lei n° 13.655/18, esconder a subjetividade do julgador com métodos ou regras "objetificantes".[7] Em outras palavras, o intérprete que:

"[...] *vive na ilusão do método certamente não se encontrará na condição de trazer à lume seus próprios pré-conceitos para confrontação, sendo essa uma das causas evidentes da imprevisibilidade das decisões judiciais".*[8]

Ao proceder ao que ficou conhecido como *"virada ontológica da hermenêutica no fio condutor da linguaguem",*[9] Gadamer provoca uma verdadeira revolução, afastando a indispensabilidade do método – e, por via de consequência, de parâmetros como os estabelecidos pela Lei n° 13.655/18 – como meio para o conhecimento da verdade. Sua verdadeira pretensão é filosófica, uma vez que o "*que está em questão não é o que nós fazemos, o que nós deveríamos fazer, mas o que, ultrapassando nosso querer e fazer, nos sobrevém, ou nos acontece."*[10]

Assim, a hermenêutica deixa de ser um método para tornar-se um modo de "compreender". Não se pode falar, nesse contexto, em "segurança jurídi-

---

[7] Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

[8] VIDAL, Marcelo Furtado. *A interpretação e o (im)previsível:* estudo sobre a imprevisibilidade das decisões judiciais na perspectiva da hermenêutica filosófica e do círculo hermenêutico. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2003, p. 136.

[9] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 14.

[10] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 14.

ca" na interpretação como se fosse um conhecimento pré-existente, permitindo que o julgador saiba, antes mesmo de analisar o caso concreto, qual a norma deve ser aplicada, como pretendeu fazer crer o legislador. Ao contrário, trata-se de uma "verdade" construída dialogicamente com o texto, a partir das pré-compreensões daquela que interpreta, sem que seja possível afastar a condição histórica do exegeta.[11]

Partindo dessa perspectiva crítica, passemos à análise das principais modificações empreendidas pela Lei n° 13.655/18.

3 Principais modificações pretendidas pela Lei n° 13.655/18

De forma não exaustiva, pode-se dizer que a nova lei pretende:

a) Incluir novos princípios gerais a serem observados pelas autoridades nas decisões baseadas em normas indeterminadas (arts. 20 e 21);
b) Regulamentar o controle dos atos praticados pelo Administrador Público e a aplicação das sanções (art. 22);
c) Conferir aos particulares o direito à transição adequada quando da criação de novas situações jurídicas passivas (art. 23);
d) Estabelecer a irretroatividade de entendimento jurisprudencial (art. 24);
e) Disciplinar a celebração de compromisso de ajustamento de conduta para a fixação de efeitos de ato, ajuste, contrato, processo ou norma administrativa (art. 26);
f) Dispor sobre a compensação de benefícios ou prejuízos na responsabilização de autoridades (art. 27);
g) Estabelecer o princípio da intranscendência na responsabilização de agentes públicos (art. 28);
h) Impor a consulta pública obrigatória para a edição de regulamentos administrativos (art. 29); e
i) Disciplinar o dever da administração pública de buscar a segurança jurídica.

Passemos à análise detalhada de cada uma delas.

[11] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 14 e seguintes.

4 Do consequencialismo na prolação de decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial

O artigo 20, da LINDB, passou a dispor expressamente que:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Passemos à análise detalhada do referido dispositivo.

4.1 Do âmbito de incidência do novo dispositivo: esferas administrativa, controladora e judicial

O artigo 20, da LINDB, incide em três esferas distintas: a) administrativa; b) controladora; e c) judicial.

A esfera administrativa está atrelada à aplicação da lei *ex officio*, ou seja, busca tornar concreta a disposição legal, sempre em atenção ao interesse público, estando presente nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

No que diz respeito à esfera controladora, o legislador pretendeu abarcar a tarefa precípua de fiscalização, abrangendo não apenas os Tribunais de Contas, mas também as Controladorias dos diversos entes estatais.

Por fim, a esfera judicial está atrelada à solução definitiva de conflitos de interesses mediante a provocação do interessado (princípio da inércia), sendo atribuição precípua do Poder Judiciário.

4.2 Vedação à decisão com base em "valores jurídicos abstratos" sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão

O novo diploma veda que decisão seja prolatada com base em "valores jurídicos abstratos" sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Trata-se de norma em consonância com o artigo 489, § 1°, incisos I e II, do Código de Processo Civil, que dispõe expressamente que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, ou que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso.

Mas o que são "valores jurídicos abstratos"? Parcela da doutrina pode vir a confundir o termo com os princípios jurídicos, posição com a qual não podemos concordar. "Valores jurídicos abstratos" é expressão genérica que abrange todas as normas que contem enunciados abertos, caracterizados

por elevado nível de abstração jurídica que exigem sua concretização pelo intérprete. A título de exemplo, podemos mencionar as referências aos "interesses gerais" ou à "segurança jurídica de interesse geral" realizadas pela própria Lei n° 13.655/18.

Nesses casos, o novo diploma exige do julgador que considere as consequências jurídicas da decisão. Trata-se, em verdade, de manifestação do denominado "consequencialismo judicial".

4.3 O que é o consequencialismo judicial?

As considerações acerca das consequências de uma decisão não são novidade em nosso ordenamento jurídico. A título de exemplo, o Código Civil de 2002 permitiu ao juiz dar uma interpretação social aos contratos e ao uso da propriedade. Na seara criminal, a dosimetria deve levar em conta se a pena é suficiente para reprimir e prevenir o delito, sem prejuízo de considerar as próprias consequências da infração penal. Assim, o ordenamento impõe ao julgador que considere as consequências de suas decisões, através da adoção de técnicas multidisciplinares.

O consequencialismo, contudo, vai além, impondo que sejam considerados os efeitos metajurídicos da decisão, ponderando seus impactos sociais e econômicos. A título de exemplo, o magistrado, ao prolatar sentença em demanda na qual se pleiteia o fornecimento de medicamento de alto custo, deverá ponderar o custo orçamentário anual da sua decisão, as consequências para o SUS e as repercussões nas demais políticas públicas adotadas pelo Estado.

Dentre as inúmeras objeções levantadas ao consequencialismo judicial, pode-se destacar: a) o possível afastamento da autonomia do Direito frente à Política e à Economia; b) o risco de que todo e qualquer tipo de atuação *contra legem* encontre justificativa nas suas consequências; c) negativa *à* dignidade de certas condutas humanas que não possuem valor imanente, mas que demandam tutela.[12]

Por estas razões, o STF tem afastado a adoção do raciocínio consequencialista puro. Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio já entendeu que:

[12] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: *Regulação e Agências Reguladoras Governança e Análise de Impacto Regulatório.* Brasília: Casa Civil/Anvisa, 2009, p. 29, nota 3.

"A prevalência das consequências sobre o direito legislado resulta na inversão da lógica jurídica. Esclareço não preconizar, com isso, ignorar-se no processo a quadra vivida. Não perco de vista o horizonte social quando busco a solução dos problemas jurídicos com que me defronto. Aliás, qualquer interpretação jurídica parte da consideração de elementos fáticos, ainda que seja uma interpretação em abstrato, pois, mesmo em casos tais, o magistrado não deixa de formular a hipótese e alcançar conclusões com base na realidade conhecida. O que não posso aceitar é que, presente a obrigação jurídica sob todos os cânones interpretativos – extraída da literalidade, historicidade, sistematicidade e teleologia da Constituição –, simplesmente se deixe de reconhecê-la ante razões de índole pragmática. Impõe-se o contorcionismo técnico para salvar as finanças públicas, mas este é o papel do Tribunal Constitucional? A resposta só pode ser negativa. O Supremo tornou esse enfoque claro ao apreciar casos envolvendo a colisão entre direitos fundamentais, que ficariam submetidos à ineficácia por argumentos de índole financeira. Faço referência a decisões que resultaram no deferimento de coquetéis para tratamento da Aids, direito à matrícula em creche, direito a tratamentos médicos e internação hospitalar – vejam, por exemplo, os acórdãos relativos ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS, ao Recurso Extraordinário nº 436.996-6/SP, ambos relatados pelo Ministro Celso de Mello, ao Recurso Extraordinário nº 226.835-6/RS, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão. Invariavelmente, este Tribunal tem assentado a plena eficácia da Carta, colocando em segundo plano considerações pragmáticas. O Supremo não deve ser um filtro pragmático quanto a disposições constitucionais cuja eficácia depende de recursos para que seja concretamente observada" (STF – RE 565.089 – Relator: Ministro Marco Aurélio – DJ 01.02.2008).

Mais recentemente, o STF sustentou que:

"Exceção feita ao Ministro Barata Ribeiro, médico na origem, que integrou o Supremo por curtos onze meses, os juízes possuem formação estritamente jurídica. A eles não é dado fazer prognósticos econômicos ou sociais para que sirvam de fundamento decisório. Não incumbe ao Poder Judiciário analisar a conveniência dessa ou daquela norma, mas apenas assentar se determinada pretensão é ou não compatível com o ordenamento jurídico. [...] A prevalência das consequências sobre o direito legislado resulta na inversão da lógica jurídica. Esclareço não preconizar, com isso, ignorar-se no processo a quadra vivida. Não perco de vista o horizonte social quando busco a solução

dos problemas jurídicos com que me defronto. Aliás, qualquer interpretação jurídica parte da consideração de elementos fáticos, ainda que seja uma interpretação em abstrato, pois, mesmo em casos tais, o magistrado não deixa de formular a hipótese e alcançar conclusões com base na realidade conhecida. O que não posso aceitar é que, presente a obrigação jurídica sob todos os cânones interpretativos – extraída da literalidade, historicidade, sistematicidade e teleologia da Constituição –, simplesmente se deixe de reconhecê-la ante razões de índole pragmática. Impõe-se o contorcionismo técnico para salvar as finanças públicas, mas este é o papel do Tribunal Constitucional? A resposta só pode ser negativa" (STF – AÇÃO RESCISÓRIA 2.199/SC – Redator do Acórdão: Ministro Gilmar Mendes – 23 de abril de 2015).

Pondere-se que o afastamento do consequencialismo não significa que seja desconsiderada a análise das consequências da decisão. Não há dúvida de que os efeitos de determinada norma jurídica devem ser considerados pelo julgador. Contudo, é preciso manter a autonomia do Direito frente à Política e à Economia, evitando-se que qualquer decisão possa ser mantida com base em suas consequências, sob pena de adoção do raciocínio utilitarista como sinônimo de ideal de justiça.

4.4 Do dever de motivação quanto às medidas adotadas

O artigo 20, parágrafo único, da LINDB, dispõe que *"A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas"*.

Trata-se de determinação para que a motivação da decisão venha a abranger, segundo as peculiaridades de caso: 1) a necessidade e a adequação da medida imposta; 2) a necessidade e a adequação da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa; ou 3) a análise da medida adotada em face das possíveis alternativas.

Perceba-se que o dispositivo está em consonância com o artigo 93, inciso XI, da Constituição, impondo o dever de motivar de forma ampla, abrangendo não só a justificativa para a medida adotada, mas também uma análise da hipótese zero (ausência de adoção de qualquer medida) e das demais alternativas disponíveis ao julgador (não só no âmbito legal, mas constitucional e convencional). A título de exemplo, torna-se necessário fundamentar de forma adequada os motivos que o levaram a anular o ato, quando era possível a sua convalidação.

Não se pode esquecer que a Lei n° 9.784/99 dispõe expressamente que a Administração Pública obedecerá, entre outros, ao princípio da motivação (artigo 2°) e que os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo (artigo 50).

Por fim, a motivação no âmbito administrativo deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato (artigo 50, § 1°, da Lei n° 9.784/99).

4.5 Processo Estrutural ou Medidas Estruturantes

O novo dispositivo deve ser vislumbrado como expressão do conceito de processo estrutural, ou seja, de uma nova sistemática processual, não mais restrita ao clássico princípio da demanda, que restringe a atuação do juiz aos pleitos deduzidos pelo autor. Ao contrário, nos processos complexos, *"os efeitos da sentença são multilaterais e se irradiem extraprocessualmente, atingindo outras esferas"*, razão pela qual se deve adotar uma estrutura de tutela processual menos rígida, mais flexível, de modo a adaptar-se às necessidades do caso em apreciação.[13]

Assim, não fica o juiz obrigado a fixar deveres de cumprimento imediato, nos rígidos termos fixados pela norma processual, podendo dimensionar, juntamente com a cooperação das partes, medidas que atentem para a complexidade do feito, aos impactos da decisão e às suas repercussões extraprocessuais, em atenção ao artigo 20, da LINDB.[14]

---

[13] MENEGAT, Fernando. A novíssima Lei n. 13.655/2018 e o Processo Estrutural nos litígios complexos envolvendo a Administração Pública. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-menegat/a-novissima-lei-n-13655-2018-e-o-processo-estrutural-nos-litigios-complexos-envolvendo-a-administracao-publica.

[14] Ibidem

5 Da necessidade de motivação da decisão que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa

O artigo 21, da LINDB, passou a estabelecer que:

Art. 21. A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Passemos à análise detalhada do dispositivo.

5.1 Do dever de indicar de modo expresso as consequências jurídicas e administrativas da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa

Embora a motivação não seja novidade em nosso ordenamento, a Lei n° 13.655/18 inovou ao prever a necessidade de indicar de modo expresso as consequências jurídicas e administrativas da invalidação.

Diferentemente do que ocorre com o artigo 20, da Lei n° 13.655/18, o dispositivo em apreço não está preocupado com as consequências sociais da decisão, mas com as suas consequências **no âmbito jurídico e administrativo**.

A título de exemplo, a decisão judicial que determinar a invalidação de concurso público deverá mencionar expressamente eventual restituição aos candidatos dos valores dispendidos na inscrição e participação do certame.

Não se questiona, nesse caso, eventuais efeitos para sociedade diante da ausência de prestação de determinado serviço público, mas apenas quais as consequências para a própria Administração.

5.2 Do princípio da menor onerosidade na regularização do ilícito

O artigo 21, parágrafo único, da Lei n° 13.655/18, dispõe expressamente que *"A decisão a que se refere o caput deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos".*

Trata-se de dispositivo que consagra o princípio da menor onerosidade na regularização do ilícito.

Com efeito, o artigo 21, da Lei n° 13.655/18, impõe ao julgador que indique as condições para que a regularização ocorra sem prejuízo aos "interesses gerais" (conceito jurídico indeterminado). A título de exemplo, não pode

a decisão impor o imediato fechamento de um hospital, sem que venha a analisar também a necessidade de transferência dos pacientes para outro nosocômio.

A nova regra vem relativizar a concepção tradicional de que a anulação produziria efeitos *ex tunc,* ou seja, retroativos à data de origem do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, afastando todos as implicações resultantes, ressalvados os direitos de terceiros de boa-fé.

Isso porque o novo diploma impõe ao julgador que: 1) indique as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais; e 2) não imponha aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. A título de exemplo, não é possível fixar a reparação do dano por meio da alienação de uma aeronave pertencente ao agente causador do dano quando é possível fazê-lo por meio da simples penhora dos valores depositados em conta corrente.

Ressalte-se que não existe direito adquirido à manutenção de um ato inválido em nosso ordenamento. No máximo, admite-se a manutenção de alguns efeitos da conduta ilegal, tal como sói ocorrer, a título de exemplo, com a anulação de um concurso público. Embora a realização do certame tenha implicado violação às regras constitucionalmente estabelecidas, a Teoria da Aparência admite que os atos praticados pelo servidor nomeado sejam tidos como **válidos,** em observância ao princípio da segurança jurídica.[15]

E mais: para evitar a imposição aos sujeitos atingidos de ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos, não haverá a devolução de salários recebidos de boa-fé, sob pena, inclusive, de enriquecimento ilícito da Administração Pública.[16]

Embora desnecessária a previsão legal, a decisão deve indicar, sempre que possível, as condições para que a regularização ocorra sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Por fim, a medida não pode ser interpretada com o intuito de impedir a integral responsabilização daqueles que praticaram atos abusivos, mas tão

[15] Cf. CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

[16] Sobre o tema, conferir: COSTA, Rafael de Oliveira; JUNQUEIRA, Gabriel Marson. A possibilidade de afastamento liminar de agentes públicos com prejuízo da remuneração em decorrência de vícios na investidura em cargo ou função pública. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 16, 2017.

somente com o *telos* de impor o menor prejuízo possível aos administrados atingidos pelo ato.

5.3 Estabilização dos efeitos de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa

Diante da necessidade de se preservar os "*interesses gerais*" e de se buscar *"as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime"* (artigo 21, da LINDB), determinados efeitos dos atos administrativos precisam ser "estabilizados", no intuito de garantir observância ao princípio da segurança jurídica. Isso porque os princípios administrativos não têm natureza absoluta, o que inclui o princípio da legalidade, de modo que a anulação pode ser a melhor alternativa.

Assim, o dispositivo em tela vem permitir que a passagem do tempo consolide a estabilidade das relações firmadas pela Administração Pública. O ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa que não tiver sido devidamente contestado à época de sua edição/prolação poderá ser convalidado de forma superveniente, em observância ao princípio da preservação dos atos jurídicos.

Atente-se para o fato de que o dispositivo não afasta o ato inexistente ou o ato nulo, sendo que, em relação aos atos anuláveis, óbice algum existe à sua convalidação.

Portanto, embora toda atuação estatal que não observe o ordenamento jurídico seja tida como ilícita, em determinadas situações a sua retirada com efeitos retroativos pode violar a boa-fé e a confiança depositada pelos cidadãos. Para solucionar esse aparente impasse, a estabilização, ao contrário da Teoria do Fato Consumado – que pretende garantir a manutenção do ato pelo simples fato de a situação concreta já se ter pacificado no mundo fático – impede a retirada da atuação estatal para evitar que sejam comprometidos os princípios da segurança jurídica e da boa-fé, causando novos prejuízos ao administrado.[17] Nesse sentido, o STF já decidiu que:

Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contrata-

[17] Cf. CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ções realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido. (STF - MS 22357 DF / Relator GILMAR MENDES. Julgamento em 26/05/2004).

Passemos à análise do próximo dispositivo.

6 Controle dos atos praticados pelo Administrador Público e a aplicação das sanções

O artigo 22, da LINDB, dispõe que:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Vamos à análise detalhada do dispositivo.

6.1 "Ampliação" dos critérios de controle do mérito administrativo pelo Poder Judiciário

Tradicionalmente, a análise realizada pelos órgãos controladores e pelo Poder Judiciário fica restrita aos aspectos legais. A título de exemplo, em uma demanda que contém pedido de fornecimento de tratamento médico, o magistrado analisa o direito subjetivo do autor, sem que venha a se perguntar sobre eventuais dificuldades envolvidas na implementação da política pública de saúde – tal como sói ocorrer com a ausência de veículos para o transporte do doente pelo Município ou pelo Estado-Membro.

O novo dispositivo, contudo, impõe que na interpretação de normas sobre gestão pública o julgador considere *"os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo"*, ponderando, em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. Trata-se, portanto, de novo parâmetro de análise da validade que até então estava fora de apreciação nas esferas administrativa ou judicial. Partindo do exemplo acima mencionado e fazendo incidir o novel dispositivo, caso o ente público disponha de apenas um veículo para realizar o transporte escolar, óbice algum existiria em sua utilização para a prestação do tratamento médico, sem que a conduta do administrador venha a implicar desvio de finalidade, em atenção aos obstáculos impostos ao gestor público.

Em que pese não concordarmos com esse posicionamento, o dispositivo tem o mérito de ampliar os limites do controle sobre o ato administrativo pelo Poder Judiciário. Vejamos.

Embora a regra seja que a verificação da oportunidade e a conveniência (mérito do ato administrativo) sejam realizadas exclusivamente pelo próprio Poder que praticou a conduta, não incumbindo ao Judiciário o controle de mérito, entendemos que o novo diploma vem estender os "limites" ou "parâmetros" da análise que podem ser adotados pelo magistrado.

Ao prever que o controle de legalidade do ato administrativo leve em consideração *"os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo"*, bem como *"as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente"*, o artigo 22, da LINDB, permite que o Poder Judiciário adote parâmetros mais amplos para a análise da legalidade, aproximando-se do mérito, de modo a atender recla-

mo de parte da doutrina acerca da possibilidade de verificar se a atuação da administração está dentro da órbita legal da discricionariedade ou se ocorreu de forma desproporcional.

Assim, não obstante ficar o magistrado sempre vinculado à análise da legalidade da conduta estatal, ou seja, se a conduta foi praticada dentro das balizas da discricionariedade, com fulcro nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade[18], o parâmetro de análise agora pode abranger também *"os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo"*, bem como *"as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente".*

E mais: em que pese a necessidade de se considerar as limitações estruturais impostas ao gestor público, não pode o Poder Judiciário deixar de conferir efetividade a direitos consagrados na Constituição e na legislação infraconstitucional.

Isso porque existe um limite material implícito no ordenamento jurídico, atrelado à força normativa da Constituição e ao princípio da vedação do retrocesso social. Pelo aspecto negativo, impõe-se ao legislador, no exercício da criação normativa, a obediência ao grau de densidade normativa já alcançada pelos direitos fundamentais. De outra forma, sob o aspecto positivo, deve-se atentar para a necessidade constitucional dos poderes públicos atuarem positivamente para a redução das desigualdades sociais e materiais, ou seja, tendentes a um avanço no processo de concretização dos direitos fundamentais.[19]

Assim, na análise dos *"obstáculos e das dificuldades reais do gestor e das exigências das políticas públicas a seu cargo"* deve-se considerar, a título de exemplo, o lapso temporal necessário à realização de procedimento licitató-

---

[18] "*Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. Precedentes.* [...]" (RMS 20481 / MT, Relator Ministro Gilson Dipp, julgamento no dia 17/08/2006, Órgão julgador a quinta turma – T5, publicado no Diário de Justiça do dia 11/09/2006, na página 316).

[19] Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* São Paulo, v. 57, p. 237-249, 2006.

rio. Contudo, a ausência de concretização dos direitos fundamentais individuais e sociais pelo Administrador Público não elide a adoção de medidas pelos tribunais (tal como sói ocorrer na tutela do direito à educação de crianças e adolescentes, do direito à saúde, entre outros), especialmente quando o fundamento do descumprimento vier embasado na alegação de estar a sua efetivação vinculada à discricionariedade administrativa ou à cláusula de reserva do possível.

Ora, é certo que, ordinariamente, não se inclui no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse campo, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

De forma excepcional, contudo, tal incumbência passará ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos que lhes foram atribuídos constitucionalmente, vindo a comprometer a eficácia de direitos fundamentais individuais e/ou coletivos.[20]

Em suma, o dispositivo não pode inviabilizar a responsabilização do administrador que descumprir a legislação, sendo necessário que, em sede de controle de constitucionalidade, os Tribunais deixem assentado que o artigo 22, da LINDB, só será constitucional se, interpretado conforme a Carta Magna, não afastar o estabelecido no art. 37, § 6º, da Constituição.

6.2 Critérios para aplicação das sanções administrativas, cíveis e políticas ao agente público

O § 2° dispõe que, na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

---

[20] Sustentou o relator que *"Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional." (*STF. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 29/04/2004. Disponível em: www.stf.gov.br. Acessado em: 04/05/2018).

Importa ressaltar que a sanção a que se refere o dispositivo abrange não apenas aquela de natureza administrativa, mas também as de natureza política e civil.

Assim, o novo dispositivo veio estabelecer quatro critérios para a dosimetria dessas espécies de sanções ao agente público: 1) natureza e gravidade da infração; 2) danos provenientes para a administração pública; 3) as circunstâncias agravantes ou atenuantes; e 4) os antecedentes do agente.

Em verdade, o dispositivo estabelece a necessidade de que sejam devidamente analisadas a proporcionalidade e a razoabilidade na aplicação das sanções ao administrador público.

Por fim, a norma demanda complementação no que concerne à incidência das circunstâncias agravantes ou atenuantes, visto que necessária a expressa tipificação de cada uma das condutas que implica em agravamento e redução da sanção.

6.3 Vinculação das sanções aplicadas nas instâncias civil, administrativa e penal

O § 3° estabelece que as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Embora deva ocorrer a devida compensação entre as sanções aplicadas nas diversas instâncias (administrativa, civil e penal) para evitar eventual *bis in idem* (ex.: o agente não pode ser obrigado a ressarcir o montante total do dano no âmbito civil e, novamente, na esfera penal), a medida viola o princípio da independência das instâncias: embora a ilicitude seja única, a responsabilização pode ocorrer de forma independente em cada uma das esferas. A título de exemplo, a dosimetria da pena no âmbito criminal não fica vinculada à dosimetria realizada na aplicação da sanção administrativa, em razão da independência existente entre as diferentes instâncias.

Corroborando essa posição, imagine-se a aplicação de sanção de natureza administrativa ao agente violador de normas de direito. Sobrevindo a anulação da decisão que aplicou a reprimenda, não faz sentido que venha a incidir limitação à dosimetria da pena, por exemplo, na esfera criminal.

Por fim, ressalva-se que a sentença absolutória criminal impede a propositura de ação reparatória no âmbito cível, salvo quando: 1) implicar reconhecimento da inexistência do fato; 2) ficar provado que o réu não concorreu para a infração penal; ou 3) agir amparado em excludente de ilicitude (salvo

quando existir legítima defesa com *aberratio ictus* ou estado de necessidade agressivo).

7 Do direito à transição adequada quando da criação de novas situações jurídicas passivas por meio de decisão administrativa, controladora ou judicial

Dispõe o artigo 23, da LINDB:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

A imprevisibilidade das decisões se refere à mudança inesperada no entendimento adotado, afastando — sem qualquer justificativa plausível — os precedentes até então existentes, de modo que a aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto torna-se imprevisível.

O dispositivo em comento, buscando combater esse tipo de situação, estabelece o direito à transição adequada quando da criação de novas situações jurídicas passivas por decisão administrativa, controladora ou judicial. Assim, em sobrevindo modificação no entendimento sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever (obrigação) ou novo condicionamento de direito (ex.: novos requisitos para regularização de aterros sanitários), a decisão deverá prever um regime de transição, de modo a evitar eventuais prejuízos àqueles que atuaram de boa-fé.

Trata-se, em verdade, de modulação dos efeitos da decisão "para o futuro", de modo a preservar a confiança depositada pelos cidadãos na posição que vinha sendo adotada.

Perceba-se que a norma abrange todas as decisões prolatadas em âmbito administrativo, controlador ou judicial. Assim, caso o Superior Tribunal de Justiça venha a fixar determinado entendimento em sede de recurso repetitivo no âmbito civil, será indispensável que o juiz de primeiro grau, em sendo necessário modificar o seu entendimento para acompanhar o Tribunal Superior, fixe um regime de transição.

A norma tem sido objeto de questionamento quanto à sua constitucionalidade exclusivamente no que diz respeito à decisão judi-

cial.[21] Isso porque a decisão judicial não é responsável pela imposição de "novo" dever ao particular, mas apenas de cumprimento daqueles fixados pela legislação. Em outras palavras, a jurisdição tem como fundamento resolver o litígio de modo definitivo, sendo que o "dever" é decorrência da legislação administrativa que rege a matéria. Assim, para essa corrente – posição com a qual não concordamos –, não faz sentido a previsão de um "regime de transição".

Passemos à análise do dispositivo que estabeleceu a irretroatividade de entendimentos jurisprudenciais.

8 Princípio da proteção da confiança e irretroatividade de entendimentos jurisprudenciais

Dispõe o artigo 24, da LINDB:

Art. 24. A revisão, na esfera administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

O novo dispositivo vem resguardar a proteção da confiança em situações consolidadas, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, declarem-se inválidas.

Assim, a proibição da retroatividade ganha novos contornos, passando a abarcar não só a lei, mas também a "irretroatividade jurisprudencial", em virtude da condição da jurisprudência de fonte do Direito. Embora as decisões dos tribunais não sejam em tudo idênticas aos diplomas legais (estes últimos responsáveis por inovar no ordenamento jurídico de forma geral e abstrata), a tarefa de interpretar tem uma natureza criativa e inovadora no ordenamento jurídico.

[21] Cf. Nota Técnica Conjunta nº 01/2018 sobre Projeto de Lei nº 7.448/2017 – Procuradoria-Geral da República.

Em observância ao princípio da segurança jurídica, o artigo 24, da LINDB, impõe expressamente que, na revisão da validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, leve-se em conta as "orientações gerais" da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, declarem-se inválidas situações plenamente constituídas.

Com efeito, é inadmissível que a alteração da jurisprudência retroaja para prejudicar o administrado, especialmente quando agiu em conformidade com as orientações e diretrizes gerais da época. O agente que reparou o dano ambiental causado em área de preservação permanente em conformidade com a jurisprudência majoritária e que impunha a necessidade do plantio de uma árvore nativa da região por metro quadrado não pode, posteriormente, em virtude de mudança no entendimento, ser obrigado a plantar duas árvores por metro quadrado.

Portanto, quando uma conduta adotada pelo particular for considerada lítica até certo momento, passando, posteriormente, a ser considerada ilícita em razão de um requisito interpretativo, não é possível a imposição de nova obrigação ao administrado, visto que equivaleria a pretender que este último se abstivesse daquilo que futuramente viria a ser julgado ilícito, ou seja, que fizesse uma verdadeira análise "prospectiva" da própria invalidade da norma. Não se trata de uma questão de legalidade, mas sim de previsibilidade, traduzindo violação ao princípio da confiança.

Em interpretação autêntica, o dispositivo fixa ainda o sentido da expressão *"orientações gerais"* ao estabelecer que abrange *"as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público".* Trata-se de disposição que faz uso de expressões genéricas e de conteúdo indeterminado, o que, sem dúvida, provocará inúmeras discussões na doutrina.

Do mesmo modo, o parágrafo único, ao regulamentar o *caput*, faz uso de termos vagos, também responsáveis por gerar insegurança jurídica. A título de exemplo, o que são "atos públicos de caráter geral", "jurisprudência judicial ou administrativa majoritária" e a "prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público"?

No que concerne à primeira expressão, entendemos que abrange todo tipo de ato normativo que não tenha caráter concreto, ou seja, que seja dotado de alguma abstração e generalidade – tal como sói acontecer com portarias ou resoluções.

De outro modo, a delimitação do conceito de "jurisprudência judicial ou administrativa majoritária" é tarefa árdua, na medida em que inexistem parâmetros para estabelecer o que caracteriza a expressão "majoritária". Duas decisões em determinado sentido são suficientes para sustentar a sedimentação jurisprudencial? Ou seriam necessárias ao menos três decisões com a mesma *ratio decidendi*?[22]

No que concerne à "prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público", a expressão não se limita a abarcar apenas as súmulas administrativas – indubitavelmente, incluídas pelo legislador –, mas abrange também toda prática "costumeiramente" adotada pela administração pública.

Por fim, a "prática administrativa reiterada" pode ser considerada apenas aquela interna do próprio órgão responsável pela edição do ato ou abrange a Administração Pública em geral? Entendemos que a resposta a esse questionamento não será dada de forma uníssona pela doutrina e pela jurisprudência, ocasionando o surgimento de duas correntes. A nosso ver, a posição que sustenta a abrangência geral da Administração Pública é a mais adequada ao *telos* do novo diploma, na medida em que permite a uniformização do entendimento e das práticas administrativas em âmbito nacional, em consonância com o princípio da segurança jurídica.

9 Celebração de compromisso de ajustamento de conduta para a fixação de efeitos de ato, ajuste, contrato, processo ou norma administrativa

O artigo 26, da LINDB, dispõe que:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publi-

[22] Outro ponto que merece destaque diz respeito à retroatividade da jurisprudência penal mais benéfica. Sobre o tema, conferir: DOTTI, René Ariel. A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e a irretroatividade do julgado (HC 126.292/SP). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 121, 2016.

cação oficial. § 1º O compromisso: I – buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II – vetado; III – não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV – deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

O novo dispositivo estabelece a possibilidade de celebração de compromisso de ajustamento de conduta pela administração pública com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público.

Com efeito, o *telos* do dispositivo é afastar eventuais dúvidas existentes sobre a interpretação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

A título de exemplo, pode-se mencionar a celebração de compromisso de ajustamento de conduta para sedimentar as regras de concessão de licença para construção, reforma ou ampliação de estabelecimento privado. Assim, cumpridos os requisitos objetivamente estipulados por lei e fixada a interpretação adequada pelo compromisso, o cidadão tem direito subjetivo à concessão da licença.

9.1 Pressupostos, requisitos e limites temporais do compromisso de ajustamento de conduta

Para que seja possível a celebração de compromisso de ajustamento de conduta, o agente público deverá analisar a presença de dois pressupostos cumulativos: 1) a necessidade de eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público; e 2) a presença de razões de relevante interesse geral.

Em sua celebração, o compromisso deverá preencher quatro requisitos: 1) oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, realização de consulta pública (princípio democrático); 2) apresentar solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; 3) não conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; e 4) prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Atente-se para o fato de que a concessão de desoneração de dever não poderá ser conferida em caráter permanente. Dito de outro modo, o novo diploma não fez qualquer menção à desoneração temporária de dever. Assim, a lei não fixou qualquer óbice à relativização das obrigações impostas por lei

em caráter temporário, o que poderá dar ensejo ao surgimento de posição doutrinária que permita a relativização dos deveres fixados em lei e, por via de consequência, do próprio princípio da legalidade.

Ressalte-se que a celebração do compromisso não pode jamais servir de meio para subtrair a ação do administrador aos órgãos de controle, visto que a conduta ilícita anteriormente perpetrada não pode ser objeto de convalidação. O agir estatal deve atender a limites éticos e legais; na hipótese de violação ao regime estabelecido pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, o compromisso *"não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral"* (inciso III), sob pena de retrocesso na efetividade das instâncias de controle administrativo, reduzindo-se o espectro de responsabilidade do administrador público.

Nesse sentido, o veto ao inciso II veio fundado exatamente na impossibilidade de o compromisso dispor sobre as sanções eventualmente aplicáveis ao administrador público, objetivando evitar a impunidade do agente que, a pretexto de fixar o sentido do ato, contrato, ajuste, processo ou norma, pretenda também eximir-se de responsabilidade.

Por fim, importa ressaltar, quanto ao aspecto temporal, o compromisso só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

10 Compensação de benefícios ou prejuízos

Art. 27. A decisão do processo, na esfera administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. § 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. § 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

O agente público que pratica condutas ilícitas, seja recebendo benefícios indevidos, seja causando prejuízos anormais ou injustos, poderá ser sancionado nas esferas administrativa, civil ou penal. O artigo 27, da LINDB, admite que a decisão imponha a esse agente a compensação pelos danos causados.

Perceba-se que o benefício pode ter sido obtido de forma indevida por meio de duas situações distintas. Uma primeira hipótese seria com o agente público incorporando os valores ou recebendo os serviços/bens. Na segunda hipótese, o agente destina determinado valor/serviço/bem à pessoa jurídica de direito público que integra. Em qualquer caso, é necessário analisar

eventual responsabilidade pela prática de improbidade administrativa, especialmente as condutas previstas nos artigos 9°, 10 e 11, da Lei n° 8.429/92. A título de exemplo, pode-se mencionar o gestor que se utiliza do montante destinado ao Fundeb (portanto, voltado à educação) para o pagamento de salários dos servidores que integram o SUS, desviando-o de sua destinação original. Nesse caso, será possível a compensação dos valores devidos ao erário com eventual crédito que agente possua com a administração pública ou com a realização de outras atividades em favor do ente público que venham a suprir os benefícios obtidos.

A decisão sobre a compensação será sempre motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. A dúvida que surge é se, diante da expressa referência à "forma" da compensação, seria possível fazê-la, por exemplo, por meio da prestação de serviços. Em que pese possibilidade de surgimento de duas correntes sobre o tema (uma admitindo e, a outra, afastando a possibilidade de compensação em modalidade distinta da pecuniária), parece-nos que o termo "compensação" deve aqui ser interpretado de forma ampla, e não de modo restritivo[23], de modo que a compensação não fica restrita à modalidade pecuniária.

Por fim, com o intuito de prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.

11 Princípio da intranscendência na responsabilização de agentes públicos

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

O artigo 28 dispõe sobre a responsabilização pessoal do agente por "dolo" ou "erro grosseiro".

A expressão "responsabilização pessoal" pode ser interpretada de duas formas distintas.

Uma primeira corrente pode entender que o dispositivo consagra o princípio da intranscedência, impedindo que a sanção ultrapasse a esfera individual. A título de exemplo, o parecerista poderá ser responsabilizado pelo fato

[23] Sob a égide restritiva, a exegese do dispositivo pode ser realizada em consonância com o artigo 368, do Código Civil (*"Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem"),* ou seja, limitada ao aspecto pecuniário

de ter "sugerido mal", desde que fique demonstrado que agiu dolosamente ou que o erro decorreu de inobservância de regra basilar do ordenamento jurídico. Dito de outro modo, se não houve dolo ou erro grosseiro do parecerista, não poderá ser responsabilizado pela sua conduta. E mais: como a sanção não pode ultrapassar a sua esfera individual, também não pode atingir, por exemplo, o administrador público que, sem integrar o dolo do parecerista, acompanhe a opinião técnica.

Uma segunda corrente pode entender que o dispositivo consagra a responsabilidade direta do agente público, afastando a necessidade de ser acionado, em primeiro lugar, o ente a que pertence. Veja-se, contudo, que o dispositivo não faz referência à responsabilização **direta** do agente público, mas, sim, **pessoal**.

Entendemos que a primeira corrente deva prevalecer, sendo indispensável que a demanda reparatória seja proposta em face do ente público, o qual poderá, posteriormente, acionar regressivamente a autoridade que praticou o ato. Neste último caso, o êxito da ação de regresso dependerá da comprovação de dolo ou erro grosseiro da autoridade na prolação da decisão ou da opinião técnica.

Com o advento do veto aos três parágrafos que acompanhavam o dispositivo, não é possível afastar da expressão "erro grosseiro" a opinião baseada em "doutrina, ainda que não pacificada", em "orientação geral" ou ainda em "interpretação razoável", de modo a isentar o agente público de responsabilidade.

E mais: conforme vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça, *"a defesa particular do agente por procurador público configura improbidade administrativa, salvo se houver interesse convergente da Administração"*.[24] Com o advento do veto ao artigo 28, § 2°, da LINDB, o agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências e em observância ao interesse geral, não poderá valer-se do apoio da entidade, inclusive nas despesas com a sua defesa, sob pena de violação aos princípios da impessoalidade, legalidade e probidade.

12 Dever de realizar consulta pública na edição de regulamentos administrativos

Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, prefe-

[24] STJ - REsp 1.229.977/MG – Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva – Publicado em 03/12/2012.

rencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. § 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

A administração pública dialógica busca permitir a ampla participação dos particulares na gestão da coisa pública, impondo como condição para a devida atuação estatal o prévio e efetivo diálogo com os cidadãos, em observância à ideia de proteção da confiança.[25]

De outro modo, o poder normativo ou regulamentar é aquele conferido à Administração Pública para expedir atos administrativos gerais e abstratos, que não podem inovar no ordenamento jurídico – visto que esta é característica exclusiva das leis.

O artigo 29, da LINDB, dispõe expressamente que, em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. A título de exemplo, na edição de decretos que venham a regular a legislação municipal na seara ambiental, deve-se promover ampla consulta pública à população interessada, objetivando atender os interesses da sociedade.

Perceba-se que o dispositivo excepcionou apenas a edição de atos normativos de mera organização interna, visto que, em regra, não afetam interesses dos administrados, de modo que se torna despicienda a participação destes na sua edição.

Veja-se, ainda, que a norma tem caráter nacional – e, não federal –, razão pela qual deve ser observada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

E mais: é necessário que o resultado da consulta pública seja efetivamente considerado na decisão. Embora o administrador público não fique

[25] *"A noção de 'administração pública dialógica', do qual se colocam em posição proeminente primados jurídicos de relevância ímpar, tais como o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a noção de participação, entre outros aspectos dotados de status constitucional, pode ser igualmente considerado uma decorrência lógica da noção de 'proteção da confiança'"* (MAFFINI, Rafael. A Administração Pública Dialógica (proteção procedimental de confiança). Em torno da Súmula Vinculante n. 3 do supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Administrativo – Rio de Janeiro n. 253, pp. 159-172, jan/abr 2010).

vinculado à posição dos cidadãos, deverá atuar motivadamente caso entenda de forma contrária, sob pena, inclusive, de invalidação do ato. Assim, na caminhada para o "desvelamento" do ato normativo, aquele que "legisla" deve pôr-se em atitude de efetiva abertura para outras subjetividades, de forma legítima, mediante o exame do que se apresenta nas consultas públicas, permitindo-se convencer pelos argumentos trazidos pelos envolvidos.[26]

Por fim, a convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas.

13 Dever da administração pública de buscar a segurança jurídica

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo *terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.*

O dispositivo em tela impõe ao administrador público o dever de buscar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Para tanto, o parágrafo único admite expressamente que os regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas tenham caráter vinculante, de modo a evitar posições divergentes dentro da mesma esfera da administração.

Diante da omissão existente quanto à elaboração dessas normas de caráter vinculante, entendemos plenamente aplicáveis, de forma subsidiária, as disposições contidas na Lei n° 11.417/06, naquilo em que forem compatíveis. A título de exemplo, revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado vinculante, o órgão administrativo responsável, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso (artigo 5°, da Lei n° 11.417/06). Do mesmo modo, a proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão (artigo 6°, da Lei n° 11.417/06). Por fim, da decisão ou do ato administrativo que contrariar

[26] Cf. MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *A fundamentação da Hermenêutica Jurídica em Platão:* da metafísica da luz à fenomenologia. Tese de titularidade na Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: 2008.

enunciado vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao órgão administrativo competente, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação (artigo 7°, da Lei n° 11.417/06).

14 Vigência

A nova lei entrou em vigor na data de sua publicação (25 de abril de 2018), salvo o art. 29, da LINDB, que entrará em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial.

Conclusão

A Lei n° 13.655/18 tem o mérito de atentar para um dos temas muitas vezes esquecidos na prolação de decisões: a segurança jurídica.

De modo a modificar esse cenário, o novo diploma incluiu novos princípios gerais a serem observados pelas autoridades nas decisões baseadas em normas indeterminadas (arts. 20 e 21), regulamentou o controle dos atos praticados pelo Administrador Público (art. 22), conferiu aos particulares o direito à transição adequada quando da criação de novas situações jurídicas passivas (art. 23), estabeleceu a irretroatividade de entendimentos jurisprudenciais (art. 24), disciplinou a celebração de compromisso de ajustamento de conduta para a fixação de efeitos de ato, ajuste, contrato, processo ou norma administrativa (art. 26), regulamentou o princípio da intranscendência na responsabilização de agentes públicos (art. 28), impôs a consulta pública obrigatória para a edição de regulamentos administrativos (art. 29) e disciplinou o dever da administração pública de buscar a segurança jurídica.

Contudo, é preciso perceber que as disposições legais não irão afastar a influência da subjetividade na tarefa de interpretação, compreensão e aplicação da norma. Em outras palavras, embora a Lei n° 13.655/18 seja um passo em direção à busca por segurança jurídica, não representa solução final para o problema. Esconder a subjetividade do julgador com métodos ou regras "objetificantes" é, no mínimo, desconsiderar as recentes conquistas alcançadas pela Hermenêutica Filosófica.[27]

Não se pode falar, nesse contexto, em "segurança jurídica" na interpretação como se fosse um conhecimento pré-existente, permitindo que o jul-

[27] Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

gador saiba, antes mesmo de analisar o caso concreto, qual a norma deve ser aplicada, como pretendeu fazer crer o legislador. Ao contrário, trata-se de uma "verdade" construída dialogicamente com o texto, a partir das pré-compreensões daquele que interpreta, sem que seja possível afastar a condição histórica do exegeta.[28]

Em suma, a comunidade jurídica possui um considerável conhecimento acumulado sobre a segurança jurídica. Ela também possui a criatividade e a habilidade para oferecer novas soluções para problemas que assolam o nosso ordenamento jurídico. Mas a comunidade jurídica precisa desejar correr, sob uma perspectiva crítica, os riscos associados com a exploração dos novos horizontes abertos pela Lei n° 13.655/18. Não se sabe o quão longe os investimentos nesses riscos nos levarão. Mas é certo que não iremos a lugar algum se os evitarmos.

COSTA, R. de O. Juridical (in)security? Brief comments on Law 13.665/18. *Justitia*, São Paulo, v. 208, p. 113-144, Jul./Dec. 2016.

- **ABSTRACT:** The present study critically analyzes the changes made in the Law of Introduction to Brazilian Norms by the Federal Law n ° 13.655/18. Using hypothetical-deductive reasoning and primary (judgments and laws) and secondary nature data (doctrinal understandings), it highlights the main institutes introduced in our legal system, allowing to conclude that legal provisions will not withdraw the influence of the subjectivity in the task of interpretation, understanding and application of the norms.

- **KEYWORDS:** Predictability of judicial decisions. Legal security. Philosophical hermeneutics.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do Direito Público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: *Regulação e Agências Reguladoras Governança e Análise de Impacto Regulatório.* Brasília: Casa Civil/Anvisa, 2009, p. 29, nota 3.

[28] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 14 e seguintes.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. Salvador: JusPODIVM, 2017.
COSTA, Rafael de Oliveira. Segurança jurídica e (Im)previsibilidade do Direito. Nomos (Fortaleza), v. 34, 2014.
DOTTI, René Ariel. A jurisprudência penal no tempo: a ultratividade e a irretroatividade do julgado (HC 126.292/SP). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 121, 2016. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.
MAFFINI, Rafael. A Administração Pública Dialógica (proteção procedimental de confiança). Em torno da Súmula Vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Administrativo* – Rio de Janeiro n. 253, pp. 159-172, jan/abr 2010.
MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *A fundamentação da Hermenêutica Jurídica em Platão:* da metafísica da luz à fenomenologia. Tese de titularidade na Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte: 2008.
MENEGAT, Fernando. A novíssima Lei nº 13.655/2018 e o Processo Estrutural nos litígios complexos envolvendo a Administração Pública. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-menegat/a-novissima-lei-n-13655-2018-e-o-processo-estrutural-nos-litigios-complexos-envolvendo-a-administracao-publica.
Nota Técnica Conjunta nº 01/2018 sobre Projeto de Lei nº 7.448/2017 – Procuradoria-Geral da República.
VIDAL, Marcelo Furtado. *A interpretação e o (im)previsível:* estudo sobre a imprevisibilidade das decisões judiciais na perspectiva da hermenêutica filosófica e do círculo hermenêutico. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, 2003, p. 136.

Mandado de Segurança Coletivo: Identificação de Demanda e sua Relação com Mandado de Segurança Individual e Outras Ações Coletivas

Ribeiro de ALMEIDA*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 O mandado de segurança coletivo no microssistema do processo coletivo. 2 As partes. 2.1 Legitimidade ativa. 2.2 Legitimidade passiva. 2.3 Ministério Público. 3 O objeto do processo. 3.1 O objeto do mandado de segurança coletivo. 3.2 A apreciação do objeto do mandado de segurança coletivo. 3.3 A extinção do mandado de segurança sem apreciação do seu objeto. 4 A causa de pedir. 4.1 Tutela de direito coletivo líquido e certo. 4.2 Ato ilegal ou abusivo de autoridade. 4.3 Ato ilegal ou abusivo no inquérito civil. 5 Litispendência, conexão e continência. 5.1 Mandado de segurança coletivo e individual. 5.2 Mandado de segurança coletivo e outras ações coletivas. Conclusão. Referências.

- **RESUMO:** As partes, pedido e causa de pedir do mandado de segurança coletivo são disciplinados por normas do mandado de segurança individual e do processo coletivo. A relação entre o mandado de segurança coletivo e o *mandamus* individual e as ações coletivas têm particularidades próprias.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Mandado de segurança coletivo. Processo coletivo. Causa de pedir. Pedido na ação coletiva.

Introdução

O mandado de segurança foi introduzido no direito brasileiro pela Constituição Federal de 1934, por influência do *judicio de amparo* do direito mexicano, para suprir a falta de mecanismo adequado para proteção de direito líquido e certo, diverso da restrição à liberdade de locomoção, contra atos ilegais ou abusivos praticados por autoridade. Antes disso, Rui Barbosa criou a doutrina da posse dos direitos pessoais para requerer a reintegração no cargo

* Doutoranda e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP. Advogada e sócia do escritório Boiteux Advogados. Professora das Faculdades Integradas Campos Salles.

dos professores da Escola Politécnica, que foram demitidos ilegalmente, por meio de ação possessória. Na mesma época utilizou-se o *habeas corpus* para a tutela de direitos individual ameaçado por autoridade pública, pois a Constituição Republicana de 1891 tinha redação mais genérica.[1] A interpretação extensiva do *habeas corpus* influenciou outros países, como Peru, Bolívia e Argentina, chegando no caso peruano ao extremo de se admitir tal remédio para proteção da maior parte dos direitos fundamentais.[2]

A proteção de direito líquido e certo por meio do mandado de segurança tradicionalmente se restringia à proteção de direitos individuais. No entanto, a Constituição Federal de 1988 ampliou a proteção dos interesses metaindividuais ao criar o mandado de segurança coletivo. Assim como os demais remédios constitucionais, o mandado de segurança coletivo não é uma simples ação inserida no direito abstrato de acesso à Justiça (art· 5°, XXXV, da Constituição), mas é um instrumento constitucional que tem "eficácia potenciada".[3]

O texto constitucional é bastante sucinto quanto ao mandado de segurança coletivo, prevendo apenas os legitimados ativos para a impetração. Por longos anos não havia regulamentação legal, aplicando-se as normas do mandado de segurança individual e do processo coletivo. A omissão legislativa foi suprida com a promulgação da Lei n° 12.016, de 7 de agosto de 2009, mas o *mandamus* coletivo é disciplinado por apenas dois artigos, não sendo ainda suficiente para esclarecer diversos aspectos.

Nesse trabalho abordamos os elementos subjetivos e objetivos do mandado de segurança coletivo, aplicando em parte a disciplina geral do man-

---

[1] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual*, 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 198-199.

[2] MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El Amparo Iberoamericano. *Estudios Constitucionales*, año 4, n° 2, nov./2006, Santiago, p. 49.

[3] "E esse reforço de eficácia, para o mandado de segurança, reside em diversas circunstâncias: a) por ele, a Constituição firma o princípio da inviolabilidade do direito líquido e certo ao mesmo tempo fustigando a ilegalidade ou abuso de poder; b) ao proteger o direito líquido e certo (entendido como aquele que exsurge de simples prova documental), a Constituição desde logo impõe um procedimento abreviado, sem qualquer dilação probatória para a fase instrutória; c) a Constituição promete um provimento jurisdicional que elimine ou evite a lesão e que restaure efetivamente o direito, mediante tutela *in natura* e não pelo equivalente monetário." (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 98).

dado de segurança individual e alguns aspectos do processo coletivo, bem como tratamos dos reflexos do Novo Código de Processo Civil na identificação da demanda e no seu objeto. Não pretendemos esgotar todos os aspectos do remédio constitucional na sua dimensão coletiva, mas trazer alguns esclarecimentos para melhor compreensão do instituto, pois ele é subutilizado, mesmo tendo decorrido quase 30 anos desde a sua introdução pela Constituição de 1988. Ainda persiste a insegurança quanto às suas regras e a visão restritiva que prevaleceu nos tribunais superiores comprometeu sua utilização de forma mais ampla, porém sua celeridade pode ser útil para a tutela dos direitos coletivos.

1 O mandado de segurança coletivo no microssistema do processo coletivo

Na década de 70 Mauro Cappelletti apontou para a complexidade da sociedade de massa e a insuficiência do processo civil individual, pois surgia uma nova categoria de direitos que não era público nem privado: os direitos coletivos.[4] Os direitos ou interesses coletivos, segundo a doutrina italiana, se caracterizam pela solidariedade e interdependência, que impossibilita a sua satisfação individual. Os interesses coletivos foram classificados como coletivo em sentido estrito, que se refere a um grupo de pessoas genericamente organizado e identificável, e os difusos como pertencente a uma pluralidade fluída de pessoas.[5]

O movimento de tutela dos interesses metaindividuais está inserido na segunda onda de acesso à justiça[6], que influenciou o direito brasileiro de forma mais significativa a partir da década de 80 do século passado. Já em 1965 foi promulgada a nova legislação que regulamentava a ação popular (Lei n° 4.717) para ampliar o seu cabimento para além da proteção do erário, mas do patrimônio público compreendido na sua dimensão mais ampla: "bens e direitos de valor, econômico, artístico, estético ou histórico" (art. 1°, § 1°, cuja

[4] CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni social e interessi di grupo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 30, n° 1, Padova, 1975, p. 367-373.

[5] GRASSO, Eduardo. Gli interessi della collettività e l'azione coletiva. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 38, n° 1-2, 1983, Padova, p. 26-27.

[6] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 18-19.

redação foi posteriormente alterada pela Lei n° 6.513/77). A Lei n° 6.938/81 atribuiu ao Ministério Público a legitimidade para a tutela do meio ambiente no âmbito da responsabilidade civil e penal. Promulgada em 1985, a lei da ação civil pública (Lei n° 7.347/85) representou marco relevante para tutela dos direitos metaindividuais, pois trouxe conjunto de princípios e regras que romperam com a tradição individualista do processo civil. Outro marco importante para a tutela dos interesses metaindividuais se deu com a aprovação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078/90), que previu regras gerais para o processo coletivo, formando o microssistema de processos coletivos.[7]

O microssistema de processo coletivo modificou institutos do processo civil tradicional para viabilizar a tutela dos interesses metaindividuais. A doutrina italiana já sinalizava na década de 70 a impossibilidade da tutela desses direitos por indivíduos e criticava a proposta de atribuição da legitimidade ao Ministério Público, que na Itália está muito mais vinculado ao interesse estatal[8], não tendo a mesma independência do direito brasileiro, e era visto como uma instituição ineficiente no exercício das suas funções institucionais.[9] A coisa julgada também teve seus limites redimensionados a partir da redefinição da legitimidade ativa, já que não é o titular do direito que exerce o direito de ação, mas alguém escolhido pela ordem jurídica para tutelar o interesse da coletividade e, consequentemente, a decisão vincula a coletividade e não apenas as partes da demanda.

O mandado de segurança coletivo foi inserido no microssistema dos processos coletivos pela Constituição de 1988, porém não é frequentemente tratado nos trabalhos relativos ao remédio constitucional. A doutrina trata conjuntamente o mandado de segurança individual e coletivo, destacando apenas as diferenças quanto à legitimidade e os efeitos da coisa julgada, mas existem outros aspectos do processo coletivo que se aplicam ao *mandamus* coletivo, diferenciando-o do tradicional remédio individual.

---

[7] GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor:* comentado pelos autores do Anteprojeto, vol. II, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 25.

[8] CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni social e interessi di grupo davanti alla giustizia civile, cit., p. 373-378.

[9] VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*: la legittimazione ad agire. Milano: Giuffrè, 1979, p. 244-245.

2 As partes

2.1 Legitimidade ativa

Nas ações coletivas não é viável o ajuizamento da ação pelos titulares do direito coletivo em razão da impossibilidade de todos figurarem no polo ativo da ação. Por isso, é necessário escolher o representante adequado para a tutela dos interesses coletivos em juízo, ou seja, alguém que atue de forma independe e efetiva na defesa desses interesses em juízo.[10] O direito brasileiro seguiu o modelo continental europeu para escolher o representante legal por meio da lei, ou seja, os legitimados ativos previstos na legislação representam adequadamente os interesses coletivos, embora se admita algum controle judicial para exigir pertinência entre a finalidade institucional do autor e o objeto do processo coletivo.[11]

A doutrina diverge quanto ao tipo de legitimidade dessas entidades no processo coletivo brasileiro. Ada Pellegrini Grinover afirma que a legitimidade é ordinária se a entidade autora atuar na defesa dos seus interesses insti-

[10] Os Estados Unidos e outros países do *common law* optaram pela nomeação do representante adequado pelo juiz na ação coletiva (*class action*), trazendo alguns requisitos gerais que visam garantir que o representante da classe efetivamente defenda o interesse de todos os membros, como se cada um deles tivesse oportunidade de fazê-lo individualmente. Cabe ao juiz escolher o representante adequado e delimitar o grupo que será vinculado à decisão da *class action.* A Regra 23 da *Federal Rules of Civil Procedure* prevê os requisitos para a escolha do representante adequado da classe e, principalmente, do advogado que irá representa-lo, pois é comum que o advogado pague os elevados custos da *class action* (DOWNS, Howard M. Federal Class Actions: Due Process by Adequacy of Representation (Identify Claims) and the Impact of General Telephone v. Falcon. *Ohio Law Journal*, vol. 54, 1993, p. 608-655).

[11] GRINOVER, Ada Pellegrini. Relatório geral - *Civil Law*: Os processos coletivos nos países de *Civil Law*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law:* uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 238-239.

tucionais.[12] Há quem defenda que seja substituição processual[13], pois o processo coletivo não é ajuizado pelo titular do direito e a decisão é vinculante para os substituídos, ainda que os legitimados estejam atuando, em alguns casos, também na defesa de interesse próprio[14]. De outro lado, afirma-se que não há substituição processual na tutela dos interesses difusos e coletivos em sentido estrito porque o legitimado também atua para a tutela do seu próprio interesse, não sendo adequadas as categorias do processo civil tradicional, propondo-se a adoção de um terceiro tipo, que é a legitimação autônoma.[15]

Independentemente da classificação adotada, afirma-se que no processo coletivo a legitimidade ativa é concorrente e disjuntiva, pois todos são concorrentemente legitimados para ajuizar a demanda coletiva, mas podem fazê-lo isoladamente, sem precisar da anuência ou muito menos atuar em litisconsórcio com os demais legitimados. Por isso, o polo ativo do mandado de segurança não é identificado com base na pessoa física ou institucional que move a ação, mas na sua condição jurídica.[16]

O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por "partido político com representação no Congresso Nacional" (art. 5°, LXX, da CF/88), ou seja, que tenha pelo menos um deputado federal ou senador eleito. A legislação não esclarece qual seria a consequência da perda da representação no Congresso Nacional no curso do *mandamus*. Cássio Scarpinella Bueno também aponta interessante questão quanto à legitimidade dos partidos políti-

[12] Segundo a Autora, "caso a caso, dever-se-á verificar se a entidade age na defesa de seus interesses institucionais – proteção ao meio ambiente, aos consumidores, aos contribuintes, por exemplo – e, neste caso a legitimação seria ordinária; ou se atua no interesse de alguns de seus filiados, membros ou associados, que não seja comum a todos, nem esteja compreendido em seus objetivos institucionais; neste caso, sim, haveria uma verdadeira substituição processual." (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*, cit., p. 99-100).

[13] CARNEIRO, Athos Gusmão. Anotações sobre o mandado de segurança coletivo, nos termos da Lei n° 12.016/09. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 389-390. No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 365.

[14] MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66-67).

[15] LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 183-184.

[16] Idem, p. 286-287.

cos apenas nas casas legislativas estaduais, distrital e municipais: "eles têm legitimidade para o mandado de segurança coletivo quando os atos questionados digam respeito àquelas esferas de Poder?"[17]

A legislação restringe a sua atuação para "defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária" (art. 21, *caput,* da Lei n° 12.016/2009), incorporando o entendimento dos tribunais superiores[18] e de parte da doutrina.[19] A nova disciplina legal é objeto de crítica porque o partido político não é pessoa jurídica criada para defesa dos interesses dos seus filiados como as associações e os sindicatos, mas para defesa de interesses mais amplos que são definidos no seu programa político.[20] Ademais, o remédio constitucional destinado à tutela de direitos fundamentais deve ser interpretado de forma ampla[21], podendo-se exigir apenas a pertinência temática entre a pretensão coletiva e o programa partidário.[22]

A Constituição também atribui legitimidade à "organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados" (art. 5°, LXX, "b", da CF88). A lei ainda especifica que essas entidades podem defender os interesses da totalidade ou parcela dos associados, independentemente de autorização especial, desde que o objeto do mandado de segurança seja pertinente com a sua finalidade partidária (art. 21, *caput*, da Lei n° 12.016/2009).

---

[17] BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança:* comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

[18] STF, Plenário, RE 213.631/MG, relator Ministro Ilmar Galvão, j. 09/12/1999, DJ 07/04/2000, p. 69; STF, Plenário, RE 196.184/AM, relatora Ministra Ellen Gracie, j. 27/10/2004, DJ 18/02/2005, p. 6; STJ, 6ª Turma, RMS 2.423/PR, relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 27/04/1993, DJ 22/11/1993, p. 24974; STJ, 1ª Seção, MS 1252/DF, relator Ministro Américo Luz, j. 17/12/1991, DJ 13/04/1992, p. 4968 (Idem, p. 462).

[19] CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei do Mandado de Segurança*, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 10; MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*, 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 143.

[20] FERRARESI, Eurico. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 106-107.

[21] GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. *Revista de Direito Público*, ano 23, n° 93, jan./mar. 1990, São Paulo, p. 21

[22] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In: MILARÉ, Édis (coord.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 371

2.2 Legitimidade passiva

O critério de identificação do legitimado passivo é o mesmo para o mandado de segurança individual e coletivo. O impetrado é a autoridade coatora, que é a competente para ordenar ou omitir a prática do ato, não se confundindo com o mero executor da referida ordem. A individualização da autoridade coatora pode ser feita com a identificação daquela competente para corrigir o ato impugnado.[23] Note-se que a parte é a autoridade e não a pessoa física que ocupa o cargo (Súmula 510 do STF).

Se o mandado de segurança for impetrado contra a autoridade que não tem poderes para modificar o ato impugnado, configura-se a carência da ação por ilegitimidade passiva. Ocorre que a denominada teoria da encampação admite a correção do polo passivo se forem preenchidos os seguintes requisitos, estabelecidos pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "(i) vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou as informações e aquela que determinou a prática do ato; (ii) manifestação sobre o mérito nas informações prestadas, e; (iii) ausência de modificação na competência constitucionalmente estabelecida."[24]

Cabe indagar se seria possível aplicar a regra do novo Código que determina ao réu que indique o legitimado passivo caso alegue a sua ilegitimidade (art. 339 do CPC/2015). De um lado se poderia alegar que esse mecanismo não seria compatível com a celeridade e sumariedade do procedimento do mandado de segurança. Mas também é defensável a possibilidade de aplicação desse dispositivo em razão da complexidade da estrutura do Poder Executivo, cujos atos são impugnados com maior frequência, e a máxima proteção do direito tutelado, evitando o ajuizamento de nova ação e, eventualmente, o decurso do prazo decadencial para propositura do *mandamus*.[25] Nessa se-

[23] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 72-73.

[24] STJ, Primeira Seção, AgInt nos EDcl no MS 23399/DF, rel. Min. Regina Helena Costa, j. 11/10/2017, DJe 19/10/2017.

[25] Lia Carolina Batista Cintra ainda esclarece que o veto ao § 4° do artigo 6°, da Lei n° 12.016/2009, que previa a possibilidade de emenda da petição inicial se o autor indicasse a autoridade coatora ilegítima, pois "verifica-se que o problema não era o mecanismo em si, de utilidade inquestionável, mas a previsão de que as alterações deveriam ocorrer dentro do prazo decadencial, de modo que não há motivo, nem mesmo histórico, para afastar a aplicação dos arts. 338 e 339 do no Código de Processo Civil ao mandado de segurança." (Impactos do novo Código de Processo Civil no mandado de segurança individual: análise geral. In:

gunda hipótese poderia haver mudança da competência, cabendo a remessa dos autos ao juízo competente (art. 64, § 3°, do CPC/2015).

Luiz Fux sustenta que a legitimidade passiva é da pessoa jurídica que a autoridade coatora integra porque a autoridade não teria "capacidade processual nem personalidade jurídica", sendo "apenas a responsável pelo ato que faz reclamar a impetração do *writ.*"[26] Ademais, os efeitos da tutela jurisdicional "recairão sobre a esfera jurídica da pessoa jurídica, e não sobre a pessoa natural da autoridade apontada como coatora."[27] No entanto, parte da doutrina entende que a legitimidade passiva é da autoridade coatora.[28] A nova disciplina legal tentou solucionar essa discussão ao determinar a intimação da autoridade coatora e da pessoa jurídica (art. 7°, I e II, da Lei n° 12.016/2009), mas não pacificou completamente as divergências quanto ao tema.[29]

A ilegitimidade passiva pode ser decretada na hipótese de não inclusão no polo passivo de litisconsorte passivo necessário[30] (Súmula 631 do STF). O particular diretamente afetado pelo ato impugnado deve integrar o polo passivo do mandado de segurança.

COSTA, Eduardo Fonseca da; SICA, Heitor Vitor Mendonça (Coord.). *Legislação processual extravagante*. Salvador: Juspodium, 2016, p. 221).

[26] FUX, Luiz. *Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 26.

[27] CÂMARA, Alexandre Freitas. Breves considerações sobre algumas "novidades" da nova lei de mandado de segurança em matéria de mandado de segurança individual. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 381. Acrescenta-se outro argumento no sentido de que a legislação não atribui legitimidade à autoridade coatora para atuar como substituto processual da pessoa jurídica, que sofrerá os efeitos da decisão (MORAIS, Dalton Santos. A legitimidade passiva e a "defesa" do Poder Público na nova Lei do Mandado de Segurança – Lei n° 12.016/2009. *Revista de Processo*, ano 35, n° 184, jun./2010, São Paulo, p. 206-207).

[28] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 69-71.

[29] STURATI, Rafael William Ribeirinho. *Mandado de segurança:* avanços e retrocessos trazidos pela Lei 12.016/09. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 97-107.

[30] Parte da doutrina entende que a pessoa jurídica de direito público que a autoridade coatora integra também tem legitimidade passiva e ambos devem integrar o polo passivo por se tratar de litisconsórcio necessário (BUZAID, Alfredo. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 184).

2.3 Ministério Público

O Ministério Público atua como fiscal da lei por aplicação das regras pertinentes ao mandado de segurança individual, devendo ser intimado (art. 12, *caput*, da Lei n° 12.016/2009), sob pena de nulidade da sentença, que somente será decretada se o *Parquet* entender que houve prejuízo (art. 279, § 2°, da CPC/2015). Destacamos que há obrigatoriedade de intimação do Ministério Público, mas não de sua manifestação após a regular intimação, devendo o processo prosseguir se não for apresentado parecer no prazo legal (art. 12, par. único, da Lei n° 12.016/2009). Ainda que não houvesse previsão de intimação do Ministério Público no mandado de segurança individual, a sua intimação seria obrigatória em razão do interesse coletivo (art. 178, I, do CPC/2015).

Em caso de desistência ou abandono da causa pelo impetrante do mandado de segurança, entendemos que cabe a prévia intimação do Ministério Público para dar andamento ao *mandamus* se entender cabível, pois se aplica as regras relativas ao processo coletivo. Tanto na ação civil pública como na ação popular, o Ministério Público pode atuar como sucessor processual do autor nessas hipóteses (art. 5°, § 3°, da Lei n° 7.347/85 e art. 9° da Lei n° 4.717/65).

A sucessão processual também poderia ocorrer em caso de superveniente perda da legitimidade ativa do Impetrante como, por exemplo, o partido político que no curso do processo deixar de ter representação no Congresso Nacional. O Supremo Tribunal Federal modificou sua jurisprudência para não extinguir o processo e apreciar o mérito do mandado de segurança. A posição está em consonância com a primazia do julgamento do mérito, posteriormente consolidada no novo Código de Processo Civil, mas é questionável se a decisão for favorável ao impetrante e ficar configurada sua ilegitimidade ativa superveniente (art. 488 do CPC/2015). A solução mais adequada é permitir que o Ministério Público passe a integrar o polo ativo como sucessor processual, aplicando-se a norma geral do processo coletivo.[31]

A legislação não atribui legitimidade ao Ministério Público para propor mandado de segurança coletivo. De um lado, pode-se afirmar que o *Parquet*

[31] ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso? *Revista de Processo*, ano 37, vol. 203, jan./2012, São Paulo, p. 45.

não tem legitimidade porque o rol dos legitimados previsto em lei é taxativo;[32] como ele atua como substituto processual ou legitimado autônomo – dependendo da corrente doutrinária adotada –somente teria legitimidade em caso de expressa previsão legal (art. 18, *caput*, do CPC/2015). Porém, é possível sustentar que o Ministério Público tem legitimidade ativa porque a defesa dos interesses supraindividuais está inserido na sua função institucional.[33]

Os Tribunais Superiores ainda não trataram da legitimidade ativa do Ministério Público, mas entendemos que o reconhecimento da sua legitimidade ativa é compatível com a máxima proteção dos interesses transindividuais, tendo em vista que o mandado de segurança é instrumento célere e mais eficiente para tutela de direitos metaindividuais líquidos e certos em comparação com a ação civil pública.

3 O objeto do processo

Cândido Rangel Dinamarco afirma que o objeto do processo consiste na apreciação da pretensão, pois a sua finalidade é afirmar a procedência ou improcedência do pedido, que se desdobra em pretensão de uma determinada tutela jurisdicional (imediato) e de um bem da vida (mediato).[34] Portan-

[32] TUCCI, José Rogério Cruz e. *"Class action" e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 49-50.

[33] BUENO, Cassio Scarpinella, op. cit., 2010. Leonardo Carneiro da Cunha argumenta ainda que a Constituição prevê os entes com capacidade processual para impetrar o *mandamus* coletivo, não se trata de previsão do rol dos legitimados; assim, todos os legitimados para propor ação coletiva também podem propor mandado de segurança coletivo (*A Fazenda Pública em juízo*, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016).

[34] O juiz soluciona questões de mérito e processuais antes do julgamento, mas o mérito não se confunde com a apreciação dessas questões. A finalidade da jurisdição é dar solução para pretensão – ou seja, solucionar o mérito –, enquanto o exame das questões é pressuposto enfrentado na fundamentação da decisão judicial. Quanto à definição do mérito com base na demanda inicial, também parecer estar equivocado na medida em que a demanda é o meio externo pelo qual a pretensão é levada a juízo. Embora a demanda seja indispensável para a existência do processo, por romper a inércia da jurisdição, é apenas meio de acesso à tutela jurisdicional. Dinamarco também refuta a definição de mérito como relação jurídica controvertida, tendo em vista que a finalidade do processo é averiguar a existência da própria relação, além disso existem situações em que não há controvérsia quanto à relação jurídica afirmada, como ocorre no processo de execução. A conceituação de mérito como lide é inadequada se considerarmos que existem processos em que não há

to, o objeto é o mérito do processo, consequentemente, a decisão que examina a pretensão atende à finalidade da jurisdição na medida em que afirma ou rejeita o pedido do autor.

3.1 O objeto do mandado de segurança coletivo

O impetrante pode requerer a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica (declaratória), a constituição de um ato que a autoridade coatora se recusou ou se omitiu a fazê-lo (constitutiva), a anulação do ato impugnado (desconstitutiva), e/ou a imposição de alguma obrigação de fazer ou não fazer à autoridade (condenatória). Varemos adiante quais atos estão sujeitos à impugnação por meio do mandado de segurança. Note-se que as referidas tutelas também podem ser concedidas nos outros processos coletivos, mas o mandado de segurança coletivo tem a vantagem de ter um procedimento mais célere e, consequentemente, mais efetivo e adequado para a tutela dos direitos metaindividuais líquidos e certos.

Alfredo Buzaid explica que "considerando genericamente, o mandado de segurança tenha por escopo invalidar ato de autoridade eivado de ilegalidade ou abuso de poder, quando submetido à apreciação judicial cabe ao impetrante particularizar a ofensa ao seu direito líquido e certo, postulando de modo específico a sua tutela."[35] Segundo Castro Nunes, "o direito é assegurado, no seu exercício, e não pela forma indireta da equivalência econômica [...]. O ato violador é removido como obstáculo para que se restabeleça a situação jurídica preexistente [...]."[36]

A nova legislação incorporou entendimento restritivo quanto à admissão de condenação pecuniária no âmbito do mandado de segurança, pois não se destina à reparação de danos patrimoniais, mas sim é meio próprio para invalidade de atos de autoridade.[37] O artigo 14, § 4°, da Lei n° 12.016/2009, que se aplica também ao mandado de segurança coletivo, restringe a con-

---

contraposição de pedidos, como na revelia e no reconhecimento jurídico do pedido pelo réu. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. I, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 305-323).

[35] BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 76.

[36] NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 38.

[37] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 121.

denação pecuniária na hipótese de vencimentos e vantagens pecuniárias que se venceram a partir da data do ajuizamento do mandado de segurança. A restrição legal é criticada porque obsta "a reparação integral de danos decorrentes *da mesma ilegalidade ou do mesmo ato abusivo* pela via do mandado de segurança, especialmente quando isso em nada desvirtuaria o procedimento especial."[38]

3.2 A apreciação do objeto do mandado de segurança coletivo

A apreciação do objeto, ou do mérito, no mandado de segurança coletivo tem certo grau de generalidade, com âmbito de cognição mais restrito, em comparação com o *mandamus* individual em razão do seu objeto, já que no primeiro caso se examina o elemento comum do direito subjetivo coletivo sob ótica genérica e impessoal, enquanto no segundo caso a cognição implica na apreciação de todas as especificidades do direito líquido e certo individual.[39]

O julgamento de mérito ocorre se a sentença afirma a existência ou inexistência do direito líquido e certo com base na prova pré-constituída apresentada pelo impetrante, nas informações prestadas pela autoridade coatora e a impugnação pela pessoa jurídica que ela integra. É cabível o julgamento liminar de improcedência se estiverem presentes uma das hipóteses dos incisos I a IV do artigo 332 do Código de Processo Civil, já que é compatível com a celeridade do mandado de segurança, individual e coletivo[40].

Todavia, existem outras hipóteses que são tratadas como julgamento de mérito e, na verdade, são hipóteses de autocomposição em que o "juiz atua no exercício de jurisdição voluntária, pois não substitui a vontade das partes, formulando a regra jurídica concreta", segundo esclarece Bedaque.[41]

É possível que após a sua intimação, a autoridade coatora e/ou a pessoa jurídica competente reconheça a ilegalidade do ato impugnado e a procedência do pedido formulado pelo impetrante do *mandamus*. A decisão de

---

[38] CINTRA, Lia Carolina Batista, op. cit., p. 224.

[39] ZAVASCKI, Teori Albino. O mandado de segurança coletivo na Lei 12.016/2009. In: MILARÉ, Édis. *A ação civil pública ambiental após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 798-799.

[40] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, cit., p. 568-569.

[41] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 248.

homologação do reconhecimento da procedência do pedido é de mérito e faz coisa julgada material (art. 487, III, "a" e "c", do CPC/2015).

Porém, não é admissível a renúncia do direito pelo impetrante do mandado de segurança coletivo em razão da natureza social e relevância pública do direito coletivo, além de o impetrante do *mandamus* não ser o titular do referido direito, mas apenas legitimado para atuar em nome da coletividade.[42]

Se o direito pretendido estiver prescrito ou caduco, é cabível o julgamento liminar de improcedência (art. 332, § 1°, do CPC/2015), pois esse mecanismo de abreviar a apreciação do mérito previsto no Novo Código de Processo Civil está em consonância com a celeridade do mandado de segurança. Note-se que o Impetrante dever ser previamente intimado para se manifestar sobre o decurso do prazo para que não haja violação à garantia do contraditório (art. 10 do CPC/2015). A decadência do direito pleiteado não se confunde com a decadência do direito de impetrar o mandado de segurança, que veremos adiante.

Note-se que a sentença de mérito faz coisa julgada material, impedindo a propositura de nova demanda idêntica ou ação ordinária, ainda que a cognição seja limitada ao exame das provas pré-constituídas e o procedimento seja mais abreviado. A Súmula 304 do Supremo Tribunal Federal ("decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria") deve ser interpretada à luz dos precedentes que levaram à sua aprovação, que são casos em que a sentença no mandado de segurança *não* examinou o mérito da existência ou inexistência do direito líquido e certo.[43]

3.3 A extinção do mandado de segurança sem apreciação do seu objeto

O mandado de segurança pode ser extinto sem apreciação do mérito nas hipóteses previstas do artigo 485 do Código de Processo Civil, além de outras

[42] Ricardo de Barros Leonel explica que "integrando os interesses supraindividuais a esfera jurídica de terceiros e sendo indisponíveis, torna-se inviável a renúncia por parte dos legitimados. A legitimação é concedida apenas para promoção da demanda em juízo, não para responder a demandas, tampouco para a prática de atos de disposição material." (LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 457).

[43] STF, Pleno, AR n° 569/RS, rel. Min. Victor Nunes Leal, j. 07/06/1963, DJ 22/08/1963; STF, Pleno, RMS n° 9.598/SP, rel. Min. Pedro Chaves, j. 03/07/1963, DJ 08/08/1963; STF, Segunda Turma, RE n° 50.816/SP, rel. Min. Villas Bôas, j. 30/11/1962, DJ 18/04/1963.

previstas na legislação especial que trataremos a seguir. Em quase todos os casos de denegação da ordem sem apreciação do mérito o interessado pode impetrar novo mandado de segurança (art. 6°, § 6°, da Lei n° 12.016/2009).

O direito de impetrar mandado de segurança pode ser exercido no prazo legal de 120 dias[44], contados a partir da ciência do ato impugnado (art. 23 da Lei n° 12.016/2009), sendo esse um dos pressupostos processuais do *mandamus*.[45] Em caso de decadência, o interessado não poderá impetrar novo mandado de segurança com idêntico fundamento, mas poderá propor

[44] Esse prazo já existia na legislação revogada (art. 18 da Lei n° 1.533/51) e sua constitucionalidade foi questionada, pois o texto constitucional não restringe a utilização do remédio constitucional a um determinado período de tempo. O Supremo Tribunal Federal afirmou a constitucionalidade do prazo decadencial porque: a) não obsta a tutela do direito por meio das vias ordinárias; b) a falta de previsão de prazo na Constituição não possibilita o exercício do direito em caráter indefinido; c) não teria sentido permitir a utilização de remédio com caráter de urgência por longo prazo. A Súmula 632 do Supremo consolidou esse entendimento ao prever que "é constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança." Ainda que o Supremo tenha examinado a legislação revogada, o mesmo entendimento pode ser aplicado ao vigente dispositivo legal (STF, Primeira Turma, RMS n° 21362-1/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 11/04/92, DJ 26/06/92).

[45] Se o mandado de segurança visa tutelar direito contra ato ilegal ou abusivo já executado, o prazo se inicia a partir da sua publicação ou da intimação pessoal do interessado. Se o ato impugnado for de trato sucessivo, como o questionamento do pagamento de prestações periódicas, o prazo se renova a cada ato (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 64-66). Caso a ação se insurja contra omissão ou inércia da Administração, o termo inicial coincide com o término do prazo para a autoridade praticar o ato, segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF, Primeira Turma, RMS n° 26881/DF, rel. Min. Carlos Britto, j. 20/05/2008, DJe 06/11/2008. No mesmo sentido: STF, Pleno, MS n° 23.126, rel. Min. Ilmar Galvão, j. 30/09/1998, DJ 08/09/2000, p. 6). Se a omissão ocorrer em relação jurídica continuada, o prazo renova-se a cada omissão, assim como nos atos comissivos (STF, Pleno, AgR MS 26.733/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 05/11/2007, DJe 29/11/2007. No mesmo sentido: STF, Primeira Turma, RMS n° 23.987/DF, rel. Min. Moreira Alves, j. 25/03/2003, DJ 02/05/2003, p. 40; STF, Segunda Turma, RMS n° 24.736/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 14/09/2010, DJe 07/10/2010). Na hipótese de mandado de segurança preventivo – ou seja, que se insurge contra *ameaça* de prática de ato ilegal ou abusivo – o prazo só se inicia quando o ato estiver completo e for exequível, porém ainda não foi executado. Caso contrário, o ato não será sujeito à impugnação por mandado de segurança (MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 64).

ação ordinária para pleitear a tutela do mesmo direito líquido e certo. É possível, inclusive, o indeferimento da petição inicial se o mandado de segurança foi impetrado depois do decurso do prazo legal (art. 10, *caput*, da Lei n° 12.016/2009).

Caso não haja prova pré-constituída do direito que se pretende tutelar no mandado de segurança, a decisão que extingue o processo não aprecia o mérito, já que se trata de requisito de admissibilidade do mandado de segurança. Nesse caso, é possível impetrar novo mandado de segurança com a prova pré-constituída do direito, com fundamento no artigo 486 do Código de Processo Civil.[46]

A possibilidade de desistência do remédio constitucional coletivo deve levar em consideração a natureza dos direitos tutelados, que são indisponíveis e têm relevância pública. Além disso, os legitimados ativos não são os titulares do direito objeto do *mandamus*.[47] Nesse sentido, entendemos que se impõe a prévia intimação do Ministério Público para atuar no polo ativo da demanda ou permitir que outro legitimado atue como impetrante, aplicando as normas relativas ao processo coletivo (art. 9° da Lei n° 4.717/65 e art. 5°, § 3°, da Lei n° 7.347/85).

Caso o Ministério Público ou outro legitimado opte por não dar prosseguimento ao *mandamus*, a desistência independe do consentimento da parte contrária, ao contrário da regra geral do novo Código (art. 485, § 4°), segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.[48] Entende-se que a parte pode se convencer a qualquer tempo da legalidade do ato.[49] O voto vencido do Ministro Luiz Fux questiona o entendimento majoritário da jurisprudência, pois a homologação da desistência não impede a propositura de nova ação pelo interessado, assim a parte requerida pode ter interesse na apreciação definitiva do seu mérito.[50] Além disso, a desistência após a

[46] Essa situação não se confunde com a hipótese de o impetrante apresentar as provas e a sentença concluir pela inexistência do direito líquido e certo, pois se trata de apreciação do mérito. Está superado o entendimento de que não haveria apreciação do mérito, pois o impetrante ainda poderia provar seu direito pela via ordinária. (BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 225-226).

[47] LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 456-457.

[48] STF, Pleno, RE 669367/RJ, rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ acórdão Min. Rosa Weber, j. 02/05/2013, DJe 29/10/2014.

[49] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 148.

[50] STF, Pleno, RE 669367/RJ, rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ acórdão Min. Rosa Weber, j. 02/05/2013, DJe 29/10/2014.

obtenção da liminar é "notável instrumento de fraude."[51] Leonardo Carneiro da Cunha sustenta que não é admissível a desistência após a decisão de mérito porque o impetrante não pode desfazer a sentença.[52]

A petição inicial pode ser indeferida se não preencher os requisitos legais gerais previstos nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil, devendo o juiz conceder oportunidade para emenda da inicial para que o autor sane o vício (art. 321 do CPC). A sentença que indefere a petição inicial não examina o mérito e não obsta o ajuizamento de outro mandado de segurança, desde que sanado o vício apontado na sentença (art. 485, I, e art. 486, § 1°, ambos do CPC/2015). Além dessas hipóteses gerais, e lei do mandado de segurança prevê que a petição inicial pode ser indeferida se o *mandamus* não for cabível, não preencher algum dos seus requisitos legais – como, por exemplo, a ausência de prova pré-constituída – ou ocorrer a decadência do direito de utilizar o remédio constitucional (art. 10, *caput*, da Lei n° 12.016/2009).[53]

Se o ato impugnado deixou de produzir efeitos, há perda superveniente do interesse de agir do impetrante, ou perda de objeto, já que não é mais

---

[51] FUX, Luiz, op. cit., p. 64.

[52] O Autor acrescenta que: "(a) proferida a decisão final, não poderá mais o juiz inovar no processo (CPC, art. 494), restando impossível modificar a sentença de mérito para, homologada a desistência da ação, transformá-la em sentença sem resolução de mérito; (b) permitir a desistência da ação depois de já julgado o mérito equivale a conferir ao autor um poder que ele não tem: o de desfazer uma sentença de mérito para que seja transformada em sentença sem resolução de mérito; (c) desistir da ação é revogar a ação. Não se pode mais revogar a ação, se já houver julgamento de mérito; (d) tendo já sido julgado o mérito, não há mais ação. Esta já foi exercida, tendo já provocado o exercício da jurisdição. Exercida a jurisdição com prolação de uma sentença de mérito, não há mais como desistir da ação; pode-se desistir do recurso, mas não da ação (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, cit., p. 515).

[53] Nos dois primeiros casos não há exame do mérito porque não se preencheu os requisitos para impetrar o mandado de segurança como, por exemplo, a impugnação de decisão judicial sujeita a recurso com efeito suspensivo. Consequentemente a decisão não faz coisa julgada material (art. 502 do CPC/2015). No entanto, essa decisão obsta a propositura de novo mandado de segurança idêntico, pois o vício deveria ser sanado na segunda ação (art. 486, § 1°, do CPC/2015). Porém, a correção desse vício não é possível em alguns casos, como no exemplo anteriormente mencionado. De outro lado, a decisão não obsta a propositura de ação pela via ordinária, já que examinou requisito específico do mandado de segurança sem apreciar o seu mérito (art. 19 da Lei n° 12.016/2009).

necessário anular ato que não produz efeitos. Assim, ocorre perda de objeto, por exemplo, se o ato judicial impugnado teve seus efeitos suspensos em razão do julgamento do recurso, ou já se obteve administrativamente a pretensão apresentada no *mandamus*.[54]

A sentença que decreta a carência de ação por ausência de legitimidade ativa e/ou passiva não examina o mérito (art. 485, V, do CPC/2015). No mandado de segurança a decisão que rejeita a legitimidade ativa do demandante por não estar previsto no rol legal dos legitimados, ou por falta de pertinência temática entre o objeto do processo e a finalidade institucional do autor, não examina o mérito. Assim, a decisão que nega a segurança pleiteada pela Defensoria Pública[55] ou por um dos entes federativos por ilegitimidade ativa não examina o mérito. Também não há apreciação do mérito na decisão que afirma a ilegitimidade ativa do partido político para tutela de direito difuso. A mesma regra se aplica caso seja decretada a ilegitimidade passiva por errônea indicação da autoridade coatora.[56]

[54] STJ, Primeira Turma, AgInt no RMS 46954/AC, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 21/09/2017, DJe 27/09/2017. Cândido Rangel Dinamarco aponta que que as condições da ação devem estar presentes no momento do julgamento do processo. Se por um fato superveniente não houver mais interesse de agir, não é cabível o julgamento do mérito, como, por exemplo, se "a autoridade decide deferir ao impetrante o requerimento antes indeferido". Segundo o autor, evita-se "provimentos jurisdicionais inúteis, como a sentença que mandasse a Administração nomear pessoa que ela já nomeou [...]." (*Instituições de Direito Processual Civil*, cit., p. 370-371).

[55] A legitimidade ativa da Defensoria Pública é defendida por parte da doutrina, embora ainda não seja admitida pela jurisprudência (STJ, 6ª Turma, RMS 49257/DF, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 03/11/2015, DJe 19/11/2015). Camila Zufelato afirma a legitimidade da instituição mesmo não estando no rol de legitimados previsto na legislação do mandado de segurança em razão da sua competência constitucional para "tutelar interesses e direitos de hipossuficientes, com forte conotação para a defesa de interesses transindividuais, inclusive com atribuição legal de legitimação ativa para o ajuizamento de demandas coletivas [...]" (Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o mandado de segurança coletivo: uma análise a partir do microssistema de direito processual coletivo brasileiro e o diálogo das fontes. *Revista de Processo*, ano 37, vol. 203, jan./2012, São Paulo, p. 341).

[56] Conforme mencionamos anteriormente no item 3.3, se a ilegitimidade ativa ocorrer no curso do mandado de segurança coletivo – como na hipótese da perda de representação processual no Congresso Nacional pelo partido político impetrante – o Ministério Público deve ser previamente intimado para examinar se dará prosseguimento à ação na qualida-

4 A causa de pedir

É relevante tratar da causa de pedir, que contém os fundamentos de fato e de direito do pedido, para delimitar o cabimento da objeção da coisa julgada. O nosso ordenamento obsta o julgamento de duas ações idênticas, ou seja, que têm os mesmos pedidos, causa de pedir e partes (art. 337, § 4°, c/c art. 485, V, ambos do CPC/2015). Bedaque leciona que "a causa de pedir é elemento essencial da ação, pois revela a conexão entre o provimento jurisdicional pleiteado pelo autor e a pretensão por ele formulada."[57] Prossegue o doutrinador para afirmar que "o próprio objeto mediato da ação, o bem da vida pretendido pelo autor, é identificado em função da causa de pedir, ou seja, a partir dos fatos e do fundamento jurídico da demanda chega-se ao pedido."[58] Por isso, não é suficiente examinar apenas o objeto do processo.

4.1 Tutela de direito coletivo líquido e certo

O mandado de segurança é cabível "para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*", nos termos do inciso LXIX, artigo 5°, da Constituição Federal. O direito líquido e certo é aquele previsto em norma constitucional ou legal que tenha todos os requisitos e condições de aplicação. O direito deve ser comprovado de plano, caso seja necessária a produção de provas quanto à sua existência, ele não é líquido nem certo. Também é cabível o *mandamus* se não houver controvérsia quanto aos fatos, ainda que não seja provado pelo impetrante na petição inicial e, ao mesmo tempo, não haja impugnação do impetrado.[59] Ainda que a questão de direito seja complexa e controvertida, o mandado de segurança é cabível. Nesse sentido a Súmula 625 do STF afirma que a "controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança."

---

de de sucessor processual, pois se aplica a disciplina legal do processo coletivo em razão da natureza do direito objeto do processo. Somente se o *Parquet* optar por não dar prosseguimento ao *mandamus* caberá a extinção sem apreciação do mérito.

[57] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Organ.). *Causa de pedir e pedido no processo civil.* São Paulo: RT, 2002, p. 29.

[58] Idem, p. 30.

[59] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, cit., p. 504-505.

Parte da doutrina defende que a liquidez e certeza do direito pode ser demonstrada por qualquer meio de prova, desde que seja pré-constituída e apresentada com a petição inicial.[60] De outro lado, há quem defensa que somente é cabível a prova documental apresentada com a petição inicial.[61] Entendemos que a segunda posição é mais adequada, considerando a sumariedade do procedimento do mandado de segurança, que não tem instrução probatória.[62]

O mandado de segurança coletivo visa tutelar *direito coletivo* líquido e certo. Na vigência da legislação revogada se discutia a natureza do direito coletivo tutelável, sustentando parte da doutrina que seriam todos os direitos coletivos, inclusive os difusos. A evolução legislativa apontava para a tutela dos direitos difusos em razão da ampliação do cabimento da ação popular, da criação da ação civil pública e, posteriormente, a introdução do *mandamus* coletivo na Constituição de 1988.[63]

Em trabalho pioneiro sobre o tema, Ada Pellegrini Grinover defendeu a eficácia potenciada do remédio constitucional para afirmar o seu cabimento para tutela de todos os tipos de direito coletivo, inclusive o difuso. Esclarece a autora que os legitimados para propor mandado de segurança indicam o seu amplo cabimento. O partido político pode tutelar interesses mais amplos da sociedade, já que a restrição de atuação apenas para defesa dos seus interesses institucionais não faria sentido porque se trataria de legitimação ordinária, que está inserido no âmbito do mandado de segurança individual. Até mesmo as associações e sindicatos têm legitimidade para requerer a tu-

[60] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 37.

[61] CUNHA, Leonardo Carneiro da *A Fazenda Pública em juízo*, cit., p. 506-507.

[62] "Não se pode admitir a utilização de prova testemunhal ou pericial obtida antecipadamente porque "provam apenas o que as testemunhas disseram e o perito concluiu. Nesse sentido apenas documental um testemunho e uma perícia, sem constituírem provas documentais capazes de representar um fato." (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 356). É questionável também a utilização de prova documentada obtida antecipadamente – por meio da ação autônoma de produção de provas – porque desvirtuaria o cabimento do mandado de segurança ao se realizar a instrução probatória em ação antecedente, com a intimação da autoridade coatora e da pessoa jurídica de direito público legitimada.

[63] BARBI, Celso Agrícola, op. cit., p. 292-294.

tela de interesses difusos, pois se pudessem apenas impetrar o *mandamus* na defesa de seus associados o artigo 5°, XXI, da Constituição seria desnecessário, em razão da previsão do inciso III do artigo 8°: "ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas."[64]

A nova legislação tentou restringir o cabimento do mandado de segurança coletivo ao prever que só poderia ser impetrado para a defesa de: a) direitos coletivos "de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica" (art. 21, parágrafo único, I, da Lei n° 12.016/2009); e b) individuais homogêneos, que são "decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante" (art. 21, parágrafo único, II, da Lei n° 12.016/2009)[65]. Ou seja, a lei não incluiu a tutela dos direitos difusos por meio do mandado de segurança, que são "os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato" (art. 81, parágrafo único, I, da Lei n° 8.078/90).

Após a vigência da nova lei do mandado de segurança alguns doutrinadores entenderam que a restrição seria legítima porque consolidaria entendimento jurisprudencial dominante[66]. Ademais, não seria possível conceder segurança para tutela de direito de grupo indeterminável de pessoas[67]. Ain-

---

[64] GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto, cit., p. 21-22.

[65] A definição é mais restritiva do que aquela consolidada no Código de Defesa do Consumidor como direitos "decorrentes de origem comum" (art. 81, par. único, III, da Lei n° 8.078/90). Concordamos com a crítica a existência de dois conceitos de direitos difusos porque: "o que distingue as hipóteses de cabimento do mandado de segurança e das demandas pelo procedimento comum, conforme já exposto tantas vezes ao longo do texto, não é o direito que se postula em juízo, mas a viabilidade de sua demonstração de plano, independentemente de dilação probatória. Isto somente pode ser verificado caso a caso, não sendo possível ao legislador tentar limitar, de forma apriorística, quais direitos podem ou não ser objeto do *mandamus*." (ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos, op. cit., p. 56).

[66] MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo:* comentários à lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 208-209.

[67] CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 185-186.

da que assim não fosse, outros entendem que decorre de opção legislativa para que *não* haja coincidência entre o objeto da ação civil pública e o mandado de segurança.[68]

Todavia, essa posição não é compatível com a máxima eficácia que deve ser dado ao remédio constitucional, devendo ser admitida a tutela também dos direitos difusos, desde que sejam líquidos e certos. Se a Constituição Federal não restringiu o cabimento do mandado de segurança, não pode o legislador ordinário restringir seu cabimento para tutela de direitos fundamentais.[69] Acrescentamos o ensinamento de Celso Agrícola Barbi no sentido de que "as normas relativas à segunda função [garantia de direitos dos cidadãos] jamais podem ser interpretadas restritivamente, especialmente quando a proteção por elas concedidas for em face do Poder Público", pois esse tipo de interpretação "é uma verdadeira negação de uma das mais importantes – senão a mais importante – das finalidades das Constituições."[70]

Embora seja "difícil compatibilizar os direitos difusos (cujos titulares são absolutamente indeterminados) com a natureza do mandado de segurança (que supõe liquidez e certeza do direito tutelado)", Teori Zavascki explica que "a limitação imposta pelo legislador ordinário não representa, todavia uma proibição ou um impedimento de caráter absoluto". É cabível a concessão do mandado de segurança para tutela do direito ao meio ambiente, por exemplo, desde que estejam presentes os requisitos legais.[71]

Reconhecemos que a natureza da tutela que pode ser concedida em sede de mandado de segurança é mais restritiva, como vimos no item 4.1, porém pode ser adequada para situação que não demanda dilação probatória e necessita de medida jurisdicional definitiva com celeridade.[72]

---

[68] MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 131.

[69] LEONEL, Ricardo de Barros, op.cit., p. 452-45.

[70] BARBI, Celso Agrícola, op. cit., p. 294.

[71] ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., p. 795.

[72] "Imagine-se, por exemplo, que uma determinada pessoa consiga, de forma ilegal, licença para demolir uma área que se encontra tombada. Indo mais além, suponha-se ainda que exista nesta cidade constituída para a defesa de seu patrimônio histórico. Nessas circunstâncias, se a ilegalidade da licença concedida puder ser verificada de plano, não existe justificativa para que não se admita a tutela do direito difuso à proteção do patrimônio histórico da cidade através de um mandado de segurança coletivo. Na prática, entretanto, devido às incertezas que rondam o instituto, à hesitação jurisprudencial e à au-

4.2 Ato ilegal ou abusivo de autoridade

O ato impugnável por mandado de segurança é aquele emanado por autoridade do Poder Público, ou sujeitos equiparados, que seja ilegal ou praticado com abuso de poder (art. 1°, *caput*, da Lei n° 12.016/2009). A clássica hipótese de cabimento é para impugnação de atos administrativos praticados no exercício de competência funcional e vinculada. Não se admite a sua impetração para impugnar ato administrativo discricionário, salvo se a escolha foi exercida com desvio de finalidade.[73] Também pode ser impetrado contra ato legislativo de efeito concreto como, por exemplo o ato legislativo interpretativo[74], mas não contra lei em tese (Súmula 266 do STF), ou seja, "a lei em sentido material, compreendendo qualquer ato normativo de caráter geral e abstrato."[75] Os atos administrativos do Poder Legislativo, assim como as suas deliberações que violarem os direitos dos membros de Comissões ou da Mesa, salvo se for ato *interna corporis* dos respectivos órgãos colegiados.[76] A jurisprudência admite em caráter excepcional o mandado de sentença contra decisão judicial teratológica, manifestamente ilegal ou proferida com abuso de poder.[77]

A legislação expressamente veda o cabimento do mandado de segurança contra ato administrativo impugnado por recurso administrativo com efeito suspensivo, cuja interposição não exige qualquer tipo de garantia (art. 5°, I, da Lei n° 12.016/2009). Nesse caso, não há interesse jurídico em impugnar o ato que não produz efeitos em razão de recurso à autoridade competente. De outro lado, não se pode exigir o prévio esgotamento da via administrati-

---

sência de legislação satisfatória sobre a matéria, o mais provável é que a associação acabasse lançando mão de uma ação civil pública, talvez com pedido de antecipação de tutela, que possui um procedimento mais moroso, dispendioso e complexo. Não precisava ser assim: tudo isso se verifica em evidente prejuízo à celeridade e à economia processual." (ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos, op. cit., p. 56).

[73] MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de, op. cit., p. 38.

[74] Idem, p. 38-39.

[75] STF, Pleno, AgR no MS 31647/DF, rel. Min. Roberto Barroso, j. 21/08/2017, DJe 27/09/2017.

[76] FUX, Luiz, op. cit., p. 42.

[77] STJ, 1ª Seção, AgRg no MS 19066/SE, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 09/08/2017, DJe 15/08/2017; STJ, Corte Especial, AgInt no MS 23380/SC, rel. Min. Mauro Campell Marques, j. 21/06/2017, DJe 29/06/2017; STJ, Corte Especial, MS 22014/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 07/06/2017, DJe 18/08/2017

va para impetrar o mandado de segurança, sob pena de violação do direito de acesso à justiça. Ressaltamos que é cabível o mandado de segurança para impugnar a omissão da autoridade em apreciar o recurso administrativo (Súmula 429 do STF).

Ainda que não esteja expressamente previsto em lei, não se admite mandado de segurança contra atos de gestão praticados por autoridade, ou sujeitos equiparados, no exercício da administração de empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 1°, § 2°, da Lei n° 12.016/2009). O ato de gestão é aquele disciplinado pelo direito privado, que "não implique o exercício de função pública e não se submeta aos princípios da Administração Pública."[78] Mas "cabe mandado de segurança contra ato praticado em licitação promovida por sociedade de economia mista ou empresa pública" (Súmula 333 do STJ).

Também falta interesse de agir para impetrar o *mandamus* contra decisão judicial impugnável por recurso com efeito suspensivo.[79] Assim, mesmo se não houvesse expressa vedação legal (art. 5°, II, da Lei n° 12.016/2009), o mandado de segurança não poderia ser admitido. O novo Código de Processo Civil admite a interposição de agravo de instrumento, com possibilidade de efeito suspensivo, apenas em hipóteses taxativamente previstas no artigo 1.015. Há a preocupação de proliferação de mandado de segurança contra decisões interlocutórias não impugnáveis por agravo de instrumento, mas até o presente momento a jurisprudência não aponta para o aumento da sua utilização.

O mandado de segurança não pode ser impetrado contra decisão judicial transitada em julgado (art. 5°, III, da Lei n° 12.016/2009), incorporando a legislação o entendimento consolidado da jurisprudência (Súmula 268 do STF). Porém, o *mandamus* pode ser impetrado por terceiro indevidamente afetado pelos efeitos da coisa julgada, com a finalidade de definir os limites sujeitos.

---

[78] FUX, Luiz, op. cit., p. 52.

[79] Na redação original do Código de Processo Civil de 1973, o agravo de instrumento era interposto perante o juízo de primeiro grau, seguindo procedimento moroso, e não existia a possibilidade de concessão de efeito suspensivo. A Lei n° 9.139/95 reformou o procedimento do agravo de instrumento para prever sua interposição diretamente ao Tribunal e permitir a concessão de efeito suspensivo pelo relator. Por isso, antes da referida lei era comum a interposição concomitante do agravo de instrumento com a impetração do mandado de segurança (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Comentários ao artigo 5°. In: MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (Organ.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 86-87).

4.3 Ato ilegal ou abusivo no inquérito civil

O inquérito civil é procedimento administrativo que o Ministério Público dispõe para a formação da sua convicção quanto à propositura de ação civil pública, cuja finalidade é a apuração de condutas que configurem violação aos direitos coletivos ou ao patrimônio público. Segundo Ricardo de Barros Leonel, o inquérito civil "permite a mais adequada tutela judicial, evita a formulação de demandas infundadas ou temerárias e propicia a solução extrajudicial de conflitos."[80] No âmbito do inquérito civil o Ministério Público pode firmar termo de ajustamento de conduta, cujo objetivo é firmar acordo com o particular ou o Poder Público para evitar, ou reparar, dano ao patrimônio público.

A legislação cita, a título exemplificativo, os poderes de investigação do Ministério Público ao prever que poderá solicitar "de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias", cuja informação somente pode ser negada se a lei impuser sigilo (art. 8°, §§ 1° e 2°, da Lei n° 7.347/85). No entanto, também poderá adotar "toda e qualquer diligência que seja necessária para a elucidação dos fatos objeto da apuração bem como a identificação dos respectivos responsáveis", desde que sejam "respeitados os limites impostos pelos direitos e garantias fundamentais e pelo ordenamento jurídico como um todo."[81]

No curso do inquérito civil existe o risco da prática de atos abusivos ou ilegais, que podem ser impugnados por mandado de segurança[82] individual[83]

---

[80] LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 405.

[81] Idem, p. 414.

[82] PUOLI, José Carlos Baptista. O mandado de segurança e os atos praticados pelo Ministério Público em inquéritos civis. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança:* 51 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 429-430.

[83] Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é mais frequente a impetração do mandado de segurança contra ato de inquérito civil para apuração de atos de improbidade administrativa. Citamos a título exemplificativo os seguintes casos: STJ, 6ª Turma, AgRg no RMS n° 39533/SP, rela. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 27/10/2015, DJe 13/11/2015; STJ, Segunda Turma, RMS n° 37679/RR, rel. Min. Herman Benjamin, j. 15/08/2013, DJe 02/02/2015; STJ, Primeira Turma, RMS n° 37166/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 09/04/2013, DJe 15/04/2013. Conforme ressalta Hugo Nigro Mazzilli, "nos últimos anos, tem surgido sensível reação contra o inquérito civil, especialmente a partir de quando pas-

ou coletivo, dependendo da natureza do direito violado. Hugo Nigro Mazzilli esclarece que "em caso de ilegalidade, desvio de finalidade ou falta de atribuição, poderá o inquérito civil ser trancado por mandado de segurança, impetrado pelo interessado."[84]

5 Litispendência, conexão e continência

Os elementos identificadores da ação – partes, pedido e causa de pedir – são relevantes para determinar a identidade de demandas e a relação entre elas. Há identidade de ações quando todos os seus elementos são idênticos, configurando-se a litispendência ou a coisa julgada (art. 337, § 1°, do CPC/2015). A litispendência se configura "quando se repete ação que estão em curso" (art. 337, § 3°, do CPC/2015), enquanto a coisa julgada "quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado" (art. 337, § 4°, do CPC/2015). Em ambos os casos a segunda ação deve ser extinta sem apreciação do mérito (art. 485, V, do CPC/2015).

A conexão, por sua vez, se configura se o pedido ou a causa de pedir forem comuns (art. 55, *caput*, do CPC/2015) e a continência ocorre se houver identidade de partes e causa de pedir, mas o pedido de uma ação for mais amplo do que a outra (art. 56 do CPC/2015). Se houver conexão, as ações devem ser reunidas para julgamento conjunto, salvo se uma delas já tiver sido julgada (art. 55, § 1°, do CPC/2015). Já na continência, se "a ação continente tiver sido proposta anteriormente, no processo relativo à ação contida será proferida sentença sem resolução do mérito, caso contrário, as ações serão necessariamente reunidas." (art. 57 do CPC/2015).

Veremos adiante como as regras gerais de litispendência, conexão e continência se aplicam quanto à interação entre o mandado de segurança coletivo e o *mandamus* individual e outras ações coletivas.

5.1 Mandado de segurança coletivo e individual

"O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais" (art. 22, § 1°, da Lei n° 12.016/2009), já que os elementos

sou a ser utilizado na apuração de grandes empreendimentos imobiliários, oligopólios, danos ambientais, e, especialmente, malversação de recursos públicos pelos políticos e administradores." (op. cit., p. 451-452).

[84] Idem, p. 450.

das ações não se confundem. Na demanda individual se pretende a tutela de determinado direito líquido e certo do Impetrante, enquanto na coletiva a pretensão abrange um determinado, determinável ou indeterminado grupo de pessoas. As partes também não se confundem porque no *mandamus* individual é o próprio titular do direito que exerce a pretensão, enquanto no segundo caso é um substituto ou legitimado ordinário em nome de um grupo de pessoas.[85]

Pode haver conexão entre o mandado de segurança coletivo e individual se, por exemplo, no *mandamus* coletivo se pretende a concessão de determinado benefício para uma categoria de trabalhadores e no individual o Impetrante pleiteia a obtenção do mesmo benefício. Se aplicarmos a regra geral do novo Código, caberia a reunião das ações e julgamento conjunto. No entanto, essa não parece ser a melhor solução porque o Impetrante do mandado de segurança pode optar por desistir da sua ação após ser informado do mandado de segurança coletivo[86] ou dar prosseguimento a ela, mas no segundo caso não será beneficiado pela coisa julgada coletiva (art. 22, § 1°, do CPC/2015). Se optar pelo prosseguimento de sua ação individual, não faz sentido reunir a sua demanda com o mandado de segurança coletivo e obriga-lo a aguardar o julgamento da ação coletiva.[87]

---

[85] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância de ações coletivas, entre sim em face das ações individuais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 96, 2001, São Paulo, p. 391.

[86] "Não andou bem o legislador ao exigir do impetrante individual a formulação do requerimento de desistência. É mais adequada a disciplina prevista no art. 104 do CDC, que impõe ao autor individual o ônus de formular requerimento de suspensão da sua ação individual." (BENJAMIN, Antonio Herman; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Comentário ao artigo 22. In: MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (Organ.). *Comentários à Nova Lei do Mandado de Segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 321).

[87] Ricardo de Barros Leonel adota esse posicionamento quando trata da concomitância de ação individual e de ação civil pública ou ação popular (LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 329). Pelo mesmo motivo não há relação de prejudicialidade entre o mandado de segurança coletiva e o individual como esclarece Antonio Gidi: "a decisão da ação coletiva em nada poderá interferir na condução da ação individualmente proposta, nem para prejudicar (e esse, apenas, já seria motivo suficiente), nem para beneficiar, se assim não o quiser o consumidor, e não tomar as providências que o habilitem ao benefício, deixando fluir in albis o prazo de trinta dias a que se refere o art. 104 do CDC (GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 211-212).

Não pode haver continência entre o mandado de segurança coletivo e individual[88] porque os autores são diversos, no primeiro caso é o legitimado ativo que atua no interesse da coletiva e no segundo caso é o próprio titular do direito. Os pedidos são sempre distintos porque no coletivo se busca tutela substancialmente diversa do individual, no primeiro caso o pedido se refere à tutela do direito metaindividual na sua generalidade enquanto no segundo é a tutela de um específico e individualizado direito.[89] Mesmo quando se trata de tutela de direito individual homogêneo os pedidos não se confundem, pois na coletiva se busca a condenação em caráter abstrato cuja liquidação individual é feita em fase posterior, enquanto no mandado de segurança individual a condenação é específica.[90]

5.2 Mandado de segurança coletivo e outras ações coletivas

Pode haver litispendência entre o mandado de segurança coletivo e outra demanda coletiva, seja ela uma ação civil pública ou ação popular. Para que se configure a litispendência basta que haja o mesmo pedido e causa de pedir, embora os autores sejam distintos. Conforme tratamos acima, a identificação do autor no mandado de segurança coletivo e nas ações coletivas "não se leva em conta sua identidade *física* ou *institucional*, mas, sim, a iden-

[88] Em sentido contrário, Paulo Henrique dos Santos Lucon afirma que "nas demandas coletivas destinadas à defesa de direitos individuais homogêneos (p. ex., demandas coletivas voltadas à responsabilização civil), há continência e não apenas conexão entre a demanda coletivas e as individuais de natureza reparatória, em razão da identidade das causas de pedir e a maior abrangência do pedido deduzido na demanda coletiva, que contém também os pedidos individuais. Isso porque, se procedente a demanda coletiva, os indivíduos serão beneficiados pela coisa julgada da demanda coletiva, o que autoriza a proceder à liquidação e à execução da obrigação constante do título judicial consistente em sentença condenatória genérica." Por isso, o autor defende a suspensão das ações individuais e tramitação prioritária do processo coletivo. (*Relação entre demandas*. Tese apresentada para Concurso de Livre-Docência na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015, p. 200).

[89] GIDI, Antonio, op. cit., p. 188-189.

[90] LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 326-327. Antonio Gidi explica que "a soma e a relação de continência dos pedidos individuais existem na ação individual em que houve litisconsórcio; aí sim trata-se de mero cúmulo de pedidos individuais, e o pedido de um está contido no pedido total." (GIDI, Antonio, op. cit., p. 210-211).

tidade da respectiva *condição jurídica*."[91] Por exemplo, haveria litispendência entre uma popular ajuizada para anular determinado administrativo com base no abuso de poder da autoridade e o mandado de segurança coletivo impetrado por partido político ou associação para anular o referido ato administrativo com base na mesma causa de pedir.

A peculiaridade da identificação da demanda coletiva decorre da natureza da legitimidade ativa em que os autores atuam como substitutos processuais, ou legitimados autônomos, na qualidade de representantes adequados da coletividade. Assim, se qualquer um deles ajuizar uma demanda coletiva, o interesse metaindividual é considerado tutelado por meio do seu representante adequado, não sendo admissível o ajuizamento de duas ações para veicular a mesma pretensão, com base na mesma causa de pedir.[92]

Também pode haver conexão e continência entre o mandado de segurança coletivo e outras ações coletivas, ainda que os autores sejam formalmente diversos. No entanto, é preciso considerar alguns aspectos para a reunião dos processos, como "o estágio em que se encontram as ações, se haverá ou não instrução probatória, a quantidade de réus etc."[93] Não nos parece adequado reunir o mandado de segurança coletivo com uma ação popular e ação civil pública conexa ou continente em que seja necessária instrução probatória, tendo em vista que o *mandamus* teria seu procedimento célere comprometido, além de desvirtuar um dos seus requisitos de cabimento, que é a prova pré-constituída.[94]

---

[91] LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 286.

[92] Rodolfo de Camargo Mancuso pondera que "o reconhecimento da litispendência deveria ser deixada para os *casos extremos*, para não desestimular o exercício salutar da cidadania [...]. De um lado, o próprio constituinte é que sinalizou para uma legitimação concorrente-disjuntiva nesse campo (art. 129, § 1°); e, bem vistas as coisas, acreditamos que não seja muito comum a concomitância de ações coletivas precisamente iguais, onde coincidam os pedidos (imediato, mediato) e as causas (remota, próxima), ainda que se revele a diversidade nos legitimados ativos, em nome de sua titulação como substitutos processuais de parcelas mais ou menos expandidas da coletividade." (op. cit., p. 398).

[93] LEONEL, Ricardo de Barros, op. cit., p. 323.

[94] Nessa hipótese, Paulo Henrique dos Santos Lucon propõe que "quando não houver reunião de processos, mas constatada a existência de questões comuns, é de rigor a comunicação das fases e atos processuais entre todos os processos, em prol do objetivo público sempre almejado de evitar decisões conflitantes ou colidentes e atividades inúteis por-

Conclusão

O mandado de segurança coletivo é um dos instrumentos de tutela dos direitos coletivos que foi introduzido pela Constituição Federal de 1988, cujas regras procedimentais ainda são claras devido à sua peculiaridade, que decorre da fusão entre ações completamente diferentes, o remédio tipicamente destinado à tutela dos direitos individuais e as ações coletivas. A Lei n° 12.016/2009 disciplinou o *mandamus* coletivo de forma insuficiente e o fez para tentar restringir o seu cabimento. Nesse trabalho tratamos da identificação do mandado de segurança coletivo a partir da legislação vigente, integrado com o microssistema da tutela dos direitos coletivos.

A identificação da parte autora do mandado de segurança observa as normas do microssistema do processo coletivo na medida em que a legitimidade ativa é atribuída aos representantes adequados da coletividade. A restrição legal à atuação dos partidos políticos fica afastada com base na interpretação sistemática do texto constitucional e da sua função institucional. Embora o Ministério Público seja, em princípio, fiscal da lei, ele pode se tornar autor da demanda por sucessão processual em caso de desistência ou abandono da causa pelo legitimado originário. Há também posição bem fundamentada para sustentar a legitimidade ativa do Ministério Público como impetrante originário.

De outro lado, a identificação do legitimado passivo segue as mesmas regras do mandado de segurança individual, ou seja, nele também existe a divergência doutrinária quanto à legitimidade da autoridade coatora ou da pessoa jurídica que ela integra. Nesse aspecto vimos que se aplicam as regras do novo Código para viabilizar a correção do polo passivo caso a autoridade coatora indicada na petição inicial não tenha legitimidade passiva.

O objeto do processo do mandado de segurança coletivo se distingue do individual na medida em que visa tutelar direitos metaindividuais, mas a natureza da tutela que pode ser requerida é a mesma, inclusive a restrição quanto à condenação pecuniária. A apreciação do seu objeto é na maior parte das vezes similar ao do remédio individual. A apreciação do mérito ocorre se a sentença afirma a existência ou inexistência do direito líquido e certo, mas

que desnecessárias. Em tempos modernos, a comunicação tornou-se medida simples e serve para viabilizar a participação e por via de consequência, legitimar futuras decisões." (op. cit., p. 181).

se a decisão entende que não tem prova pré-constituída do direito, não há apreciação de mérito, possibilitando a impetração de novo mandado de segurança, desde que observado o prazo legal, ou ação ordinária. Há apreciação do mérito também se a sentença julga a ação procedente em razão do reconhecimento jurídico do pedido pelo demandado ou pela prescrição ou decadência do direito, porém é vedada a renúncia do direito pelo autor do *mandamus* coletivo – como ocorre nas demais ações coletivas – em razão da indisponibilidade do direito.

Assim como no remédio individual, não há apreciação do objeto se a sentença decreta a decadência do direito de impetrar o mandado de segurança, indefere a petição inicial, constata a falta superveniente de interesse de agir ou afirma a ilegitimidade de parte. A desistência no mandado de segurança coletivo segue, em parte, a regra geral do processo coletivo para que o Ministério Público e os demais legitimados sejam previamente intimados antes da extinção do processo. Além disso, a desistência independe da anuência da parte passiva, como no mandado de segurança individual.

O objeto do processo não é suficiente para identificar o mandado de segurança, sendo necessário verificar também a causa de pedir. A causa de pedir do mandado de segurança coletivo tem alguns elementos em comum com o individual: a tutela de direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo de autoridade. Mas distingue-se do remédio individual porque visa tutelar direito coletivo líquido e certo, que pode ser de qualquer natureza – difuso, coletivo e individual homogêneo. Não obstante a legislação do mandado de segurança tenha tentado afastar o cabimento do *mandamus* coletivo para a tutela do direito difuso, a melhor interpretação - à luz do microssistema da tutela coletiva de direitos – afasta a indevida restrição legal.

Os elementos da ação no mandado de segurança coletivo são relevantes para tratar da sua interação com o remédio individual e as demais ações coletivas. Não pode haver litispendência e continência entre o *mandamus* individual e coletivo porque os autores e os pedidos são sempre distintos. Também não se aplica a regra geral da conexão, embora possa haver algum elemento em comum entre eles, pois poderia implicar em negativa de tutela jurisdicional ao autor individual. Porém, é possível que haja litispendência com outra ação coletiva ainda que o autor seja distinto porque se deve examinar a sua condição jurídica na qualidade de substituto processual, ou legitimado autônomo, da coletividade. A conexão e a continência podem ocorrer com base no exame do objeto do processo e na causa de pedir, mesmo que o nome da ação seja diferente. Ou seja, pode ocorrer conexão ou litispendência entre o

mandado de segurança coletivo e a ação popular, por exemplo. No entanto, a reunião dos processos só deve ocorrer se não comprometer a celeridade e efetividade do mandado de segurança.

ALMEIDA, R. de A. Class Mandamus Writ: Legal Demand Identity and its connection with individual writ and others class actions. *Justitia,* São Paulo, v. 208, p. 145-179, Jul./Dec.2016.

- **ABSTRACT:** Parties, Pleading and Cause of action of the class mandamus writ are disciplined by norms of the individual mandamus writ and the class action. The relationship between the class mandamus writ and the individual mandamus writ and the class action has their own peculiarities.

- **KEYWORDS:** Collective Writ of Mandamus. Collective process. Collective Action Request.

Referências

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança:* comentários sistemáticos à Lei n. 12.016, de 7-8-2009, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança:* 51 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Considerações sobre o mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. Formazioni social e interessi di grupo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 30, n° 1, Padova, 1975, p. 367-373.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 18-19.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COSTA, Eduardo Fonseca da; SICA, Heitor Vitor Mendonça (Coord.). *Legislação processual extravagante*. Salvador: Juspodium, 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Lei do Mandado de Segurança*, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, vol. I, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
DOWNS, Howard M. Federal Class Actions: Due Process by Adequacy of Representation (Identify Claims) and the Impact of General Telephone v. Falcon. *Ohio Law Journal*, vol. 54, 1993, p. 607-711.
FERRARESI, Eurico. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
FUX, Luiz. *Mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
GRASSO, Eduardo. Gli interessi della collettività e l'azione coletiva. *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 38, n° 1-2, 1983, Padova, p. 26-27.
GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação e objeto. *Revista de Direito Público*, ano 23, n° 93, jan./mar. 1990, São Paulo, p. 18-22.
_____. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
_____; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor:* comentado pelos autores do Anteprojeto, vol. II, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
_____; WATANABE, Kazuo; MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de Civil Law e Common Law:* uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Relação entre demandas*. Tese apresentada para Concurso de Livre-Docência na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.
MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El Amparo Iberoamericano. *Estudios Constitucionales*, año 4, n° 2, nov./2006, Santiago, p. 39-65.
MAIA FILHO, Napoleão Nunes; ROCHA, Caio Cesar Vieira; LIMA, Tiago Asfor Rocha (Organ.). *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância de ações coletivas, entre sim em face das ações individuais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, vol. 96, 2001, São Paulo, p. 371-409.
MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*: de acordo com o CPC de 2015, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Mandado de segurança individual e coletivo:* comentários à lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*, 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
MILARÉ, Édis (Coord.). *A ação civil pública ambiental após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
MORAIS, Dalton Santos. A legitimidade passiva e a "defesa" do Poder Público na nova Lei do Mandado de Segurança – Lei n° 12.016/2009. *Revista de Processo*, ano 35, n° 184, jun./2010, São Paulo, p. 195-226.
MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, vol. 61, jan./1991, São Paulo.
_____. *Temas de Direito Processual*, 6ª série. São Paulo: Saraiva, 1997.
NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
ROQUE, André Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso? *Revista de Processo*, ano 37, vol. 203, jan./2012, São Paulo, p. 39-72.
STURATI, Rafael William Ribeirinho. *Mandado de segurança:* avanços e retrocessos trazidos pela Lei 12.016/09. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
THEODORO JÚNIOR, Humberto; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional.* Rio de Janeiro: GZ, 2010.
TUCCI, José Rogério Cruz e. *"Class action" e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.
_____; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Organ.). *Causa de pedir e pedido no processo civil.* São Paulo: RT, 2002.
VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*: la legittimazione ad agire. Milano: Giuffrè, 1979.

ZUFELATO, Camila. Da legitimidade ativa *ope legis* da Defensoria Pública para o mandado de segurança coletivo: uma análise a partir do microssistema de direito processual coletivo brasileiro e o diálogo das fontes. *Revista de Processo*, ano 37, vol. 203, jan./2012, São Paulo, p. 321-643.

O Direito de Superfície na Alemanha e o seu Caráter Social[1]

Leonardo Estevam de Assis ZANINI[*]

- **SUMÁRIO :** Introdução. 1 Histórico. 1.1 Das origens romanas ao final do século XIX. 1.2 Da entrada em vigor do Código Civil alemão à Lei do Direito de Superfície. 2 Caráter social. 3 Outras áreas de utilização. 4 Significação prática. 5 Natureza jurídica. 6 Conceito. 7 Definição de construção e de edifício. 8 A superfície e outros institutos similares. 9 Objeto (*Belastungsgegenstand*). 10 Conteúdo legal (*Gesetzlicher Inhalt*). 11 Conteúdo contratual (*Vertraglicher Inhalt*). 12 Surgimento e transferência (*Entstehung und Übertragung*). 13 Tratamento semelhante ao do direito de propriedade. 14 Renda do direito de superfície (*Erbbauzins*). 15 Término do direito de superfície (*Beendigung des Erbbaurechts*). 15.1 Rescisão (*Aufhebung*). 15.2 Extinção por decurso de prazo (*Zeitablauf*). 15.3 Reversão (*Heimfallrecht*). 15.4 Destruição da edificação (*Untergang des Bauwerks*). Conclusão. Referências bibliográficas.

- **RESUMO**: O artigo aborda os aspectos mais relevantes do direito de superfície na Alemanha, dando enfoque à sua função social. Inicia as investigações com um breve estudo histórico, no qual são destacadas as particularida-

[*] Livre-docente em Direito Civil pela USP. Doutor em Direito Civil pela USP, com estágio de doutorado na Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor Universitário. Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Autor de livros e artigos publicados nas áreas de Direito Civil, Direitos Intelectuais, Direito do Consumidor e Direito Ambiental. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor da Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul e Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo.

[1] O presente trabalho foi elaborado durante pesquisa de pós-doutorado no *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* e revisado pelos Drs. Jan Peter Schmidt e Anton Geier.

des do seu desenvolvimento. Realiza um exame da matéria na Alemanha, com destaque para alguns pontos como: natureza jurídica, utilidade prática, áreas de utilização, caráter social, constituição, transferência e extinção desse direito. Por fim, o trabalho questiona a não utilização do instituto no Brasil, o que pode ser repensado se considerarmos o exemplo alemão, em especial no que toca ao seu possível aspecto social.

- **PALAVRAS-CHAVE**: Direito de superfície. Direitos reais. Direito alemão. Função social.

Introdução

O presente artigo objetiva apresentar breves considerações sobre o direito de superfície na Alemanha, examinando seus aspectos mais relevantes. Não se trata, obviamente, de uma análise exaustiva ou minuciosa do tema, o que é feito pela doutrina alemã em trabalhos que consomem, muitas vezes, mais de quinhentas páginas. De qualquer forma, nosso estudo dará ao leitor uma visão geral desse instituto, permitindo também sua comparação com a legislação brasileira.

A proposta decorre da curiosidade de se saber como o direito de superfície é regulado e utilizado em um ordenamento jurídico que já o conhece há muito tempo. Tal curiosidade se deve ao fato de que, em nosso país, dada a sua recente reintrodução na legislação civil, a utilidade prática do instituto ainda não se revelou.

A falta de relevância prática pode decorrer de diversos fatores, como o seu desconhecimento pela população, a ausência de tradição na sua utilização, ou mesmo por desconfiança, pelo fato de criar um direito real sobre um terreno alheio, que certamente dá muitas garantias ao superficiário.

Diferentemente do Brasil, na Alemanha, como veremos, a superfície não é um instituto sem utilização, existindo um número considerável de imóveis construídos sobre terrenos de terceiros. Além disso, é de se notar que ela foi um instrumento fundamental para a organização de espaços urbanos, para a reconstrução do país após as duas grandes guerras, bem como para o cumprimento da função social da propriedade.

Desse modo, acreditamos que algumas considerações a respeito do direito de superfície na Alemanha podem permitir reflexões acerca do papel desse instituto não somente no âmbito jurídico brasileiro, mas também no que toca à sua possível utilização socioeconômica.

1 Histórico

1.1 Das origens romanas ao final do século XIX

O direito de superfície, presente no Código Civil brasileiro de 2002 (arts. 1.369 a 1.377) e no ordenamento jurídico de muitos países ocidentais, não é nenhuma novidade. Suas origens remontam ao Direito Romano, que previa o instituto da *superfícies*.

Originariamente, a *superfícies* não era um direito real, mas sim uma espécie de contrato de locação por longo prazo, que tinha como partes Roma e um particular (*perpetuarius*), objetivando a regulação das relações decorrentes de construções que esse particular havia erigido em solo público (*superficiariae aedes*), o que incluía o pagamento de uma contraprestação, chamada de *solarium*. Para imóveis rurais também havia um instituto correspondente, denominado *ager vectigalis*[2].

Entretanto, com o passar do tempo, o instituto, concebido inicialmente como um contrato integrante dos direitos obrigacionais (pessoais), passou a receber, por obra pretoriana, proteção dos interditos, tornando-se, paulatinamente, um direito real.

Na Idade Média, a superfície, apesar de conhecida, não foi muito utilizada, dando espaço ao desenvolvimento de outros institutos muito próximos, como é o caso da chamada "*städtische Bauleihe*" (ou *Bodenleihe*)[3]. Tal instituto jurídico foi bastante importante para o desenvolvimento de muitas cidades alemãs, possibilitando a concessão de um direito real sobre um terreno, uma espécie de propriedade útil (*dominium utile*) sobre a construção nele realizada, surgindo como contrapartida o pagamento de uma prestação, normalmente anual. Esse direito era transmissível por herança, mas não podia ser alienado[4].

A despeito da semelhança com a superfície, assevera-se que a *Bauleihe* surgiu pelo fato de que as casas na Alemanha eram consideradas como propriedade distinta do solo, como bens móveis. E isso se explica porque na maioria

---

[2] BALLIF, Alban. *Le droit de superfície. Eléments réels, obligations* propter rem *et droits personnels annotés*. Zürich: Schulthess, 2004, p. 1.

[3] INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. XXI.

[4] OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 13.

das vezes eram construídas em madeira e tinham poucas fundações, o que permitia que fossem desmontadas e construídas em outros lugares. Por consequência, dada a facilidade de retirada da casa, o instituto da superfície perdia a razão de existir[5].

Mais tarde, com o processo de recepção do direito romano na Alemanha (*Rezeption des römischen Rechts*), o princípio da acessão, que tinha se perdido, passou a ser aplicado a tudo aquilo que se ligava ao solo de maneira durável (*superfícies solo cedit*), particularmente às plantações, e não somente às construções[6].

Em função da mudança, foi incorporada a *superfícies* romana ao direito vigente, mas houve uma parcial mistura do instituto romano com a "*städische Bauleihe*"[7]. Assim, a partir da fusão entre o instituto romano e o germânico, surgiram direitos (híbridos) que receberam várias denominações, como *Superfiziarrecht*, *Platzrecht*, *Baurecht* ou *Kellerrecht*[8-9].

Com a Revolução Francesa, as raízes romanas da propriedade foram recobradas, passando-se a uma concepção individualista. Em virtude dessa concepção, o direito de superfície foi visto como um corpo estranho e colocado em segundo plano, uma vez que as ideias revolucionárias não se adaptavam a qualquer instituto que remetesse ao período medieval: ao direito feudal e seus privilégios. A dogmática da época era contra institutos jurídicos que desmembrassem o direito de propriedade[10], como era feito na Idade Média, o que levou à utilização bastante reduzida da superfície no século XIX[11-12].

---

[5] BALLIF, Alban. *Le droit de superfície*, p. 2.

[6] INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. XXI.

[7] DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1394.

[8] RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. *Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 4.

[9] Vale notar que, no âmbito dos países de língua alemã, o instituto da superfície não tem denominação uniforme, diferentemente do que ocorre nos países de língua neolatina. Na Áustria, por exemplo, o instituto é denominado *Baurecht* (IRO, Gert. *Bürgerliches Recht. Sachenrecht*. Wien: Springer, 2000, v. IV, p. 173).

[10] OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 14.

[11] RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. *Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 4.

[12] O mesmo não ocorreu, por exemplo, na Inglaterra, onde houve a expansão de instituto com raízes semelhantes, a chamada "*building lease*" (OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz

1.2 Da entrada em vigor do Código Civil alemão à Lei do Direito de Superfície

A despeito da orientação francesa pregando sua abolição, o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), em vigor desde 1.1.1900, não chegou a excluir a superfície de suas disposições. Entretanto, a matéria foi tida pela codificação como sem importância, sobretudo como um corpo estranho no âmbito da propriedade, tendo sido regulamentada de forma incompleta nos §§ 1012 a 1017 do BGB[13].

Contudo, após a entrada em vigor do BGB, houve, no início do século XX, um grande aumento da população, o que conduziu, consequentemente, a uma elevação na demanda por moradias e a uma valorização do preço dos imóveis. Em função dessas mudanças socioeconômicas, viu-se a necessidade da utilização do instituto da superfície (*Erbbaurecht*), que na prática não vinha encontrando uso, para o combate à especulação dos preços dos imóveis, bem como para dar oportunidade à população mais carente de adquirir uma propriedade[14].

Assim sendo, como a regulamentação pelo BGB era insuficiente, praticamente não permitindo o uso do instituto, a única solução encontrada para resolver o problema foi a elaboração de uma nova legislação para cuidar de toda a matéria atinente ao direito de superfície. Com isso, os §§ 1012 a 1017 do BGB foram substituídos pela Ordenança sobre o Direito de Superfície (*Verordnung über das Erbbaurecht* - ErbbauVO), que entrou em vigor em 22.1.1919 e regulou a matéria de forma detalhada[15].

De qualquer forma, conforme o § 38 da referida legislação, os §§ 1012 a 1017 do BGB continuaram em vigor, particularmente no que toca às superfícies constituídas até a entrada em vigor da ErbbauVO. Posteriormente, com uma Lei de 23.11.2007, houve a alteração da denominação da ErbbauVO, que passou a ser chamada de Lei do Direito de Superfície (*Erbbaurechtsgesetz* – ErbbauRG). Contudo, a alteração promovida foi apenas no nome do

über das Erbbaurecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1505).

[13] OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1505.

[14] OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 14.

[15] VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.

instituto, não sendo realizada nenhuma reforma no conteúdo propriamente dito da legislação[16].

2 Caráter social

O direito de superfície foi estabelecido na Alemanha com a finalidade de promover a construção de moradias, particularmente para as classes sociais menos favorecidas, e também como instrumento de combate à especulação imobiliária[17].

Nessa linha, o direito de superfície tem considerável importância social, uma vez que permite a construção de casas para moradia, sem que haja necessidade de dispêndio de dinheiro para a aquisição do terreno. Assim, a pessoa pode deixar de empregar o capital na aquisição do terreno e, em contrapartida, simplesmente paga uma espécie de remuneração (*Erbbauzins*) correspondente apenas ao valor da utilização do terreno[18]. Logicamente referida remuneração também não pode ter caráter especulativo, devendo estar ao alcance daqueles que pretendem construir seu imóvel.

Com isso, há uma redução no custo total que seria empregado na aquisição de uma casa, visto que aquele que pretende realizar a construção não precisará se privar de suas economias com a compra do terreno, necessitando se preocupar apenas com a construção de sua moradia[19]. E mesmo no que toca à construção, é interessante observar que na Alemanha, como regra, é possível a obtenção de financiamento com taxas de juros bem reduzidas, muito diferentes das cobradas no Brasil.

Vale ainda notar que a propriedade da edificação não está ligada, pelo menos do ponto de vista jurídico, à propriedade do terreno. Assim sendo, tanto o proprietário do terreno onerado como o superficiário participam da valorização imobiliária proporcionada pela construção[20].

Ademais, em razão de eventual contratação por um prazo bastante amplo, o superficiário chega mesmo a ter a impressão de que é o proprietário não somente da edificação, mas também do terreno, já que muitas vezes o acordo pode vigorar por duas ou três gerações[21].

---

[16] BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*, p. 382.

[17] OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 15.

[18] BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*, p. 382.

[19] PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 379..

[20] VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.

[21] PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 379.

Outrossim, na hipótese de concessão estatal do direito de superfície, com o decurso do prazo da contratação é possível que o terreno venha a ter outra finalidade pública, isto é, a construção que lá ficou pode ser posteriormente utilizada pelo ente estatal, por exemplo, para ser sede de um órgão público. Ainda, a superfície pode ser renovada em condições favoráveis, sem ser considerada a sua valorização.

Por outro lado, é de se notar que na Alemanha os governos locais também passam por dificuldades orçamentárias, de modo que não é tarefa fácil a aquisição de grandes áreas, relativamente caras, para o posterior estabelecimento do direito de superfície em favor daqueles que estão incluídos na política habitacional. Isso sem falar na necessidade do estabelecimento de remuneração razoável pelo direito de superfície[22].

Por conseguinte, ainda que existam dificuldades, não se pode deixar de apontar a importância da superfície na facilitação do acesso à moradia, bem como na organização da política urbana, em função do loteamento de imóveis para tal finalidade. Desse modo, a concessão do direito de superfície continua, na atualidade, tendo significação social na Alemanha, havendo, nesse sentido, especial atenção dos governos locais e das instituições religiosas[23].

3 Outras áreas de utilização

Como foi visto, após a entrada em vigor da Ordenança sobre o Direito de Superfície (ErbbauVO), iniciou-se a concessão desse direito, principalmente por parte dos entes estatais e de instituições religiosas, que em razão de considerações de ordem social, procuraram auxiliar famílias carentes a ter um imóvel para moradia[24].

Vale notar, entretanto, que o instituto não ficou limitado à construção de moradias, sendo possível sua instituição para construção de áreas, por exemplo, para prática de esportes, com fins comerciais ou industriais, bem como para instituições científicas ou de ensino[25].

Aliás, nos casos em que normalmente o Poder Público brasileiro realiza uma contratação por um longo prazo, cedendo um terreno em comoda-

[22] OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 15.

[23] DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1394.

[24] VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.

[25] BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*, p. 383.

to para determinada instituição, na Alemanha temos, na mesma situação, a utilização do direito de superfície, que dá maior proteção para aquele que irá realizar a construção no terreno, isto é, há maiores garantias por se tratar de um direito real e não meramente obrigacional[26].

Ademais, a superfície também é utilizada por particulares que querem aproveitar economicamente seus terrenos, permitindo, assim, a realização de construções para fins não somente residenciais, mas também comerciais ou industriais[27], como é o caso da utilização de um terreno para construção de usinas de energia eólica ou para a edificação de um centro de compras.

Destarte, a superfície pode ser utilizada não somente para construção de moradias, mas para todo tipo de edificação a ser realizada em terreno alheio, tendo relevância tanto pelo seu aspecto social como econômico.

4 Significação prática

O direito de superfície é um instituto que encontra reflexo no tráfego jurídico alemão. Em um primeiro momento houve o aumento de sua utilização no início do século XX, em função da demanda por moradias. Posteriormente, houve forte expansão da sua utilização no período que se seguiu ao término na Segunda Guerra Mundial, em virtude dos trabalhos de reconstrução do país[28].

De fato, conforme dados oficiais relativos a pesquisas realizadas nos registros imobiliários dos estados da Baviera e de Hessen, em 1970 existiam 39.278 direitos de superfície na Baviera, enquanto que Hessen contava com 19.556. As pesquisas ainda apontaram que nos livros de registro de imóveis o volume do direito de superfície correspondia a 1,7% das propriedades na Baviera e a 1,41% em Hessen. Ademais, em outra pesquisa, realizada em bancos hipotecários (*Hypothekenbanken*), foi verificado que 3% do total dos empréstimos foram realizados para fins de superfície[29].

---

[26] Nesse ponto, podemos citar, por exemplo, o caso do *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, que recebeu o direito de superfície sobre um terreno da municipalidade de Hamburgo para a edificação de sua sede.

[27] BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 387.

[28] OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1506.

[29] OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 18.

Outrossim, a importância do instituto fica ainda mais evidente quando nos deparamos com um estudo da "*Initiative Erbbaurecht*", de 2008, o qual apontou que cerca de 5% das áreas de moradia na Alemanha foram constituídas com a existência do direito de superfície. E a expansão tem contado mais recentemente com áreas cada vez maiores e com a concessão não apenas pela Igreja, por entes estatais ou ligados ao Estado, mas também por proprietários particulares[30].

Por conseguinte, o direito de superfície na Alemanha não é um instituto sem utilidade, meramente previsto no BGB e na legislação. Trata-se de instituto que realmente tem aproveitamento prático.

5 Natureza jurídica

A natureza jurídica do direito de superfície no Direito alemão apresenta discussão doutrinária. Em realidade, o debate decorre da própria forma de estruturação desse direito, que difere da existente no Código Civil brasileiro, onde, até pela localização da matéria, está claro se tratar de um direito real sobre coisa alheia.

Inicialmente, deve-se observar que, conforme o disposto no § 12 da ErbbauRG, não vigora em face do direito de superfície o princípio de que toda edificação que se liga ao solo passa a ser componente integrante do imóvel (*superfícies solo cedit*) e, por conseguinte, propriedade de seu titular.

Nesse contexto, segundo parte da doutrina, como a legislação alemã considera que o superficiário se torna proprietário da edificação, a superfície não consistiria em um desdobramento da propriedade e nem em um regime de copropriedade.

Desse modo, asseveram os estudiosos que a superfície concede a possibilidade de alguém ser proprietário de um edifício, sem ser, ao mesmo tempo, proprietário do imóvel onde foi erigida a construção, de maneira que não somente no aspecto econômico, mas também no âmbito jurídico o proprietário do imóvel e o proprietário da construção estão separados, são titulares de direitos não idênticos[31].

Assim, conforme tal linha de raciocínio, a superfície pode ser tratada como um direito de propriedade, de forma que pode ser transferida, onera-

[30] OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 19.

[31] INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. XXI.

da e registrada em livro próprio no registro de imóveis, denominado *Erbbaugrundbuch* (§ 14 ErbbauRG)[32].

Aliás, como se concede não somente a propriedade sobre a construção, mas também um direito real à utilização de um terreno pertencente a outra pessoa, não estaríamos, conforme entendimento de parte da doutrina, diante de um direito real limitado. Tratar-se-ia, então, de um direito *sui generis*, situado entre as servidões pessoais e a propriedade fundiária.

Por outro lado, há estudiosos que afirmam ser um direito real sobre um terreno alheio, que, com determinadas exceções, é tratado como o direito de propriedade, sobretudo pelo fato de poder ser onerado[33]. Argumentam que a concepção da superfície como um direito real sobre coisa alheia deflui do texto legal, o qual menciona que: "um terreno pode ser onerado do modo..." (§ 1 ErbbauRG). Ora, tal expressão seria a mesma utilizada nos direitos reais limitados, ou seja, nos §§ 1018, 1090, 1094, 1105, 1113, 1191 do BGB, o que levaria à conclusão de se tratar de um direito real limitado[34].

De qualquer modo, não obstante a existência dos mencionados entendimentos, não há dúvida que, do ponto de vista do proprietário do terreno, o direito de superfície é um direito real limitado, que onera sua propriedade. Ademais, é certo que tal direito real limitado é tratado de forma assemelhada a uma propriedade imobiliária[35]. Por isso, a maioria da doutrina considera que esse direito tem dupla natureza jurídica (*Doppelnatur*).

6 Conceito

O direito de superfície é um direito real de utilização e edificação em um terreno alheio[36]. A concessão desse direito é, do ponto de vista jurídico, uma forma de onerar a propriedade de um terreno com um direito real limitado[37].

---

[32] VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 600.

[33] STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. In: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1, p. 302.

[34] OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*, p. 23.

[35] BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015, p. 385.

[36] RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. *Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 3.

[37] INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 231.

Conforme a definição extraída do § 1 da ErbbauRG[38], o direito de superfície é um direito concedido a uma pessoa, alienável e transmissível por sucessão[39], que grava um terreno, permitindo a realização de construções sobre a sua superfície e no seu subsolo. Possibilita, assim, a edificação em um terreno de propriedade de outra pessoa, bem como sua utilização por determinado prazo[40].

Destarte, trata-se de um direito que, salvo exceções previstas pelo § 11, está submetido às disposições concernentes aos imóveis. Assemelha-se ainda à propriedade pelo fato de possuir registro próprio no registro imobiliário, bem como por poder ser cedida e gravada independentemente da propriedade do terreno.

7 Definição de construção e de edifício

A legislação faz uso dos conceitos de construção (*Bauwerk*) e edifício (*Gebäude*), no entanto, não apresenta uma definição legal. Com isso, esses preceitos necessitaram ser extraídos da linguagem geral e dos usos do tráfego jurídico[41].

No que toca à expressão construção (*Bauwerk*), podemos encontrar várias definições na doutrina, mas ainda é usual a utilização da concepção apresentada pelo antigo Tribunal do Império (*Reichsgericht*), que a considerava como a coisa imóvel (ligada ao solo) e produzida com a utilização de traba-

[38] Como já foi mencionado, a matéria não encontra atualmente regulação no BGB, mas eventuais superfícies constituídas até 22 de janeiro de 1919 continuam sendo tratadas apenas pelos §§ 1012 a 1017 do BGB. Também vale notar que a ErbbauVO recebeu importante complementação pela Lei de alteração do direito das coisas, de 21.9.1994 (SachenRÄndG). Ademais, pelo art. 25 da Lei de 23.11.2007 houve a alteração do nome da legislação, que passou a ser *Erbbaurechtsgesetz* (PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 372).

[39] O nome do instituto no idioma alemão decorre justamente do fato de se tratar de uma construção (ou edificação) transmissível por herança, daí a expressão *Erbbaurecht*, que seria, em uma tradução literal para o português, um direito de construção herdável (RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. *Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 3).

[40] VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 599.

[41] DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1398.

lho e materiais estranhos ao solo. Tal concepção é ainda hoje adotada pela doutrina majoritária[42].

O conceito de edifício (*Gebäude*) dado pelo *Bundesgerichtshof* - BGH[43], por seu turno, considera se tratar de uma construção delimitada espacialmente e protegida contra a influência exterior, cuja entrada de pessoas demanda autorização[44].

Por conseguinte, no âmbito do direito de superfície estão incluídas todas as espécies de edificação, localizadas na superfície ou no subsolo (*auf oder unter der Oberfläche*)[45]. Como exemplos, extraídos da prática, podemos citar: moradias, garagens subterrâneas, instalações portuárias e ferroviárias, prédios, postos de gasolina, quadras esportivas, *playgrounds*, monumentos e instalações relacionadas ao tráfego, como pontes e viadutos. Nessas hipóteses, a edificação é considerada um componente do direito de superfície, fazendo parte da propriedade do superficiário e não do dono do terreno[46].

8 A superfície e outros institutos similares

No âmbito dos direitos reais, o usufruto (*Nießbrauch*) não se adequa às mesmas finalidades da superfície. De fato, conforme o § 1061, 1 do BGB, o usufruto se extingue com a morte do usufrutuário, sendo intransferível (§ 1059). Também é intransferível o direito de habitação (*Wohnungsrecht*), conforme estabelecem os §§ 1092 e 1093 do BGB[47].

O direito alemão igualmente distingue a superfície do contrato de locação (*Mietvertrag*) ou do arrendamento (*Pachtvertrag*). Realmente, enquanto

[42] Transcrevemos a definição no original: "*eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache*" (DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1398).

[43] O BGH é um tribunal alemão que corresponderia, no Brasil, ao STJ.

[44] Transcrevemos a definição no original: "*eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache*" (DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1398).

[45] RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. *Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 23.

[46] WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 35.

[47] BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*, p. 382.

a superfície cria um direito real, a locação ou o arredamento constituem apenas um direito obrigacional. Além disso, o superficiário pode alienar ou onerar seu direito, o que não é admitido na locação ou no arrendamento. Outro ponto de divergência é o prazo de duração, pois a superfície pode ser concedida por longo prazo, já no contrato de locação os prazos são, em geral, mais reduzidos, podendo ser admitida a contratação por até 30 anos ou pelo tempo de vida do locatário (§ 544 do BGB)[48].

9 Objeto (*Belastungsgegenstand*)

O objeto a ser onerado é o imóvel em sua integralidade, isto é, um terreno (*Grundstück*). Não pode se tratar apenas de uma parte do terreno ou de uma parte de uma copropriedade, visto que é necessário que uma parte real (e não ideal) seja objeto de registro imobiliário[49]. Todavia, o exercício da superfície pode ser limitado a uma parte do imóvel. Ademais, também se admite a constituição de um direito de superfície sobre mais de um terreno (*Gesamterbbaurecht*)[50].

Não é permitido onerar um condomínio edilício com a superfície, pois no caso não se trata de um terreno para edificação. Além disso, sobre o terreno do condomínio igualmente não seria possível, visto que não se permite o estabelecimento de superfície quando haja uma propriedade especial ou uma utilização especial dessa propriedade decorrente da regulamentação do condomínio. Todavia, essa última questão é discutível[51].

Outrossim, a doutrina alemã se divide quanto à admissão de uma sobrelevação ou subsuperfície (*Untererbbaurecht*)[52]. Nesse caso, não seria onerado propriamente um terreno, mas sim uma outra superfície. Entre-

[48] RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. *Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 3-4.

[49] STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. In: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1, p. 302.

[50] PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 375.

[51] RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. *Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 24.

[52] Vale notar que o BGH reconhece a subsuperfície (BGHZ 62, 179 = NJW 1974, 1137).

tanto, a legislação sobre registro de imóveis (*Grundbuchordnung* - GBO) reconhece a possibilidade em seu § 6, 2, mencionando-a expressamente.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, não cabe na Alemanha o direito de superfície para fins de plantação[53]. Para remediar essa impossibilidade, as partes do imóvel que não forem necessárias para a construção da edificação podem ser usadas para tal finalidade, como é o caso de jardins de ornamentação. Em todo caso, a edificação continua sendo o objeto principal[54].

10 Conteúdo legal (*Gesetzlicher Inhalt*)

O conteúdo legal da superfície deve existir, pois caso contrário não haverá o surgimento desse direito. A matéria é definida pelo § 1 da ErbbauRG, que inclui como conteúdo obrigatório a existência de um direito real sobre a superfície de um terreno ou ao seu subsolo, permitindo-se a realização de edificações. Consequentemente, o titular do direito de superfície torna-se proprietário das obras realizadas no imóvel[55].

A superfície constitui, no Direito alemão, o maior ônus que pode ser imposto sobre uma propriedade, visto que o proprietário do terreno perde a sua posse direta e o superficiário pode erigir uma construção, ocupá-la, utilizá-la, destruí-la e substituí-la. De qualquer forma, vale observar que na concessão do direito de superfície deve ser prevista, de forma mais ou menos clara, como a edificação será realizada[56].

De fato, o gênero da construção e a sua extensão devem necessariamente ser definidos, visto que um direito real deve ser suficientemente determinado (*Bestimmtheitsprinzip*). Aliás, é esse conteúdo determinado que levará à aquisição, por parte do superficiário, da propriedade sobre a construção.

Outrossim, a cessibilidade (*Veräußerlichkeit*) e a transmissibilidade por herança (*Vererblichkeit*) fazem parte dos elementos característicos obrigatórios do direito de superfície. Por fim, além do direito de edificação como ele-

---

[53] No Direito brasileiro, a constituição de superfície para fins de plantação está expressamente prevista no art. 1.369 do Código Civil.

[54] RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. *Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 26.

[55] VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.

[56] VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.

mento principal, também se garante eventual direito acessório de uso sobre áreas não edificadas.

11 Conteúdo contratual (*Vertraglicher Inhalt*)

O conteúdo legal do direito de superfície não é suficiente para regular as relações entre superficiário e o proprietário do terreno. Ao lado do conteúdo legal, o § 2 da ErbbauRG dispõe que as partes podem, contratualmente, criar outros direitos e obrigações, o que na prática é muito comum[57].

Como regra, tal contratação deveria ter efeito meramente obrigacional, não valendo contra qualquer sucessor, particularmente se este não teve conhecimento do vínculo obrigacional. Contudo, no que toca ao conteúdo do direito de superfície, a legislação protege a contratação com eficácia real. Assim sendo, ficam vinculados ao estabelecido tanto os atuais como os futuros proprietários do terreno e superficiários[58].

O possível conteúdo contratual é enumerado, de forma não taxativa, pelo § 2 da ErbbauRG, podendo abranger disposições sobre: 1) a construção, a manutenção e a utilização da edificação; 2) o seguro da edificação e sua reconstrução em caso de destruição; 3) a responsabilidade por encargos públicos e privados; 4) a obrigação do superficiário, se preenchidas determinadas condições, de transferir a superfície ao proprietário do terreno (reversão – *Heimfall*); 5) responsabilidade do superficiário pelo pagamento de multas contratuais; 6) concessão de direito de preferência ao superficiário para a renovação da superfície depois de decorrido seu prazo; e 7) a obrigação do proprietário do terreno de vendê-lo ao superfíciário[59].

---

[57] PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 373.

[58] PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 373.

[59] § 2 da ErbbauRG: "*Zum Inhalt des Erbbaurechts gehören auch Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten über: 1. die Errichtung, die Instandhaltung und die Verwendung des Bauwerks; 2. die Versicherung des Bauwerks und seinen Wiederaufbau im Falle der Zerstörung; 3. die Tragung der öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und Abgaben; 4. eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten, das Erbbaurecht beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen (Heimfall); 5. eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Zahlung von Vertragsstrafen; 6. die Einräumung eines Vorrechts für den Erbbauberechtigten auf Erneuerung des Erbbaurechts nach dessen Ablauf; 7. eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen*".

Além disso, pode ser também estabelecido, como conteúdo contratual, a necessidade do consentimento do proprietário do terreno para a alienação da superfície pelo superficiário, bem como para o estabelecimento de hipoteca (*Hypothek*), de dívida imobiliária (*Grundschuld*), de dívida imobiliária em forma de renda (*Rentenschuld*) ou de ônus reais (§ 5 da ErbbauRG). Ficam sem validade eventuais obrigações estabelecidas sem a observância do necessário consentimento do proprietário do terreno (§ 6 da ErbbauRG).

Portanto, pode-se notar que vários elementos previstos legalmente como integrantes do direito de superfície no Brasil, como é o caso do direito de preempção, não são concedidos pela legislação alemã, sendo necessário seu estabelecimento pela via contratual. Há então uma maior autonomia no Direito alemão no que toca à constituição de direitos e obrigações das partes.

12 Surgimento e transferência (*Entstehung und Übertragung*)

A concessão e a transmissão do direito de superfície seguem os princípios gerais atinentes à propriedade imobiliária (§§ 873 e ss do BGB). O surgimento da surperfície não segue, entretanto, a forma estabelecida para alienação da propriedade imobiliária, mas sim as disposições atinentes à sua oneração[60].

Pressupõe a existência de dois contratos. O primeiro negócio jurídico, um contrato no qual alguém se obriga a fazer a concessão (ou transmissão) do direito de superfície, deve seguir a forma estabelecida no § 311b 1 BGB e deve ser realizada perante o notário. Trata-se de um contrato regido pelo direito obrigacional, que cria obrigações para as partes, semelhante ao contrato de compra e venda[61].

Contudo, é necessário, conforme o § 873 do BGB, um segundo negócio jurídico, que constitui um acordo real de cumprimento (*dingliches Erfüllungsgeschäft*). Até a entrada em vigor da ErbbauVO, tal acordo tinha a forma da *Auflassung* (§ 925 do BGB)[62], mas essa forma não é mais prescrita (§ 11,

[60] RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. *Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 41.

[61] PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 374.

[62] No Direito brasileiro não há um tipo de negócio jurídico como a *Auflassung*. Ela constitui um acordo de transferência da propriedade relativa a um imóvel, que segue a forma prevista no § 925 do BGB (JAYME, Erik; NEUSS, Jobst-Joachim. *Wörterbuch Recht und Wirtschaft. Deutsch-Portugiesisch*. 2. ed. München: C.H. Beck, 2013, t. 2, p. 20).

1 ErbbauRG). Por fim, há o registro imobiliário (*Eintragung im Grundbuch*), surgindo então o direito de superfície[63].

Outrossim, também existem outras formas de surgimento, como: a desapropriação (*Enteignung*), que sucede em função da legislação federal ou dos estados[64] e; a usucapião tabular (*Tabularersitzung*), conforme o § 900, 2 do BGB, que ocorre se a superfície ficou durante 30 anos erroneamente registrada no registro imobiliário e aquele que a registrou a possuiu durante esse tempo como se fosse sua, não se fazendo necessária a prova de boa-fé[65].

A superfície é duplamente registrada no registro de imóveis, o que é feito no livro referente à propriedade do terreno e em um livro específico, atinente ao direito de superfície[66]. No registro imobiliário do imóvel gravado é feito o registro acerca da sua criação, extinção ou alteração de conteúdo, o que tem efeito constitutivo[67]. Tais atos devem ser realizados no local onde foi registrada a propriedade do terreno a ser onerado, sendo então evidente ser a circunscrição imobiliária do local do terreno a competente para o registro[68].

Além disso, o conteúdo, a transferência e eventuais ônus sobre a superfície devem ser registrados em um livro específico, chamado *Erbbaugrundbuch*, conforme dispõe o § 14 da ErbbauRG. Seja como for, esse último registro não é constitutivo do direito, mas tão somente uma formalidade do registro imobiliário[69].

13 Tratamento semelhante ao do direito de propriedade

O direito de superfície é um direito real (*dingliches Recht*) ao qual é dado um tratamento semelhante ao direito de propriedade imóvel[70], com exceção

[63] INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 231.

[64] DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1401.

[65] RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. *Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 42.

[66] STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. In: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1, p. 345.

[67] PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 375.

[68] VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 600.

[69] VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 600.

[70] RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum*

das normas atinentes à *Auflassung* (§ 11, 1 da ErbbauRG). Assim sendo, vigoram para a superfície, por exemplo, as regras sobre o regime patrimonial de bens entre os cônjuges (*ehelichen Güterrecht*) e as regras do direito das sucessões[71].

O tratamento assemelhado ao direito de propriedade também leva à constrição da superfície, da mesma maneira que a propriedade, no decorrer de um processo judicial de execução (*Zwangsvollstreckung*). E não poderia ser diferente no que toca aos ônus, sendo admissível sua instituição sobre a superfície, ainda que se trate, conforme entendem parte da doutrina e o BGH, da constituição de outra superfície (superfície de segundo grau ou subsuperfície), ou seja, uma superfície onerando uma superfície (*Untererbbaurecht*)[72].

Por fim, em caso de esbulho ou turbação, o superficiário, tal qual o proprietário, dispõe de pretenções para a proteção de seu direito, previstas nos §§ 985 e 1004 do BGB (direitos de restituição e de abstenção de distúrbios).

14 Renda do direito de superfície (*Erbbauzins*)

O proprietário do imóvel gravado obtém uma contraprestação em dinheiro, relativamente moderada, conhecida como *Erbbauzins* (*solarium*), que é paga pelo superficiário. Tal remuneração é devida pelo fato de ter sido concedido o direito de superfície pelo proprietário do imóvel, que abriu mão de sua posse direta e da possibilidade de sua utilização (§ 9 ErbbauRG)[73].

De acordo com a legislação alemã, tanto o montante como o prazo da *Erbbauzins* devem ser fixados antecipadamente, para toda a duração da superfície, o que certamente representa um risco para o proprietário do imóvel. Realmente, a necessidade de projeção dos os valores a serem pagos (§ 9 ErbbauRG) pode ser um fator bastante complicado se houver instabilidade econômica, mesmo porque não existe na Alemanha o instituto da correção monetária[74].

Na prática, no entanto, desenvolveram-se cláusulas obrigacionais de adequação, as quais possibilitaram o aumento e a redução da *Erbbauzins*, o que, por outro lado, passou a ameaçar o caráter social da superfície. Para

Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. *Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 18.

[71] PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 375.

[72] PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 376.

[73] VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.

[74] PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 373.

contornar a situação, procurando-se assegurar o caráter social do instituto, foi introduzido o § 9a da ErbbauRG, que previu ser possível que se estabeleça, obrigacionalmente, a modificação da *Erbbauzins* para a sua adequação à alteração de circunstâncias. Aliás, no caso de elevação, o § 9a da ErbbauRG prevê restrições para a proteção do caráter social da superfície [75].

Por derradeiro, vale observar que a obrigação de pagamento do *Erbbauzins* não é propriamente conteúdo do direito de superfície, mas um ônus em favor do proprietário do imóvel que a concedeu. Para que seja assegurada eficácia absoluta à remuneração a ser paga, é necessário seu registro como um ônus real (§§ 1105 e ss do BGB)[76].

15 Término do direito de superfície (*Beendigung des Erbbaurechts*)

15.1 Rescisão (*Aufhebung*)

O direito de superfície pode ser rescindido, conforme estabelece o § 875 do BGB, mas é necessária a declaração do superficiário no sentido de que está renunciando a seu direito, bem como o consentimento do proprietário do terreno (§ 26 da ErbbauRG)[77].

O § 26 da ErbbauRG trata então de uma forma de extinção do direito de superfície através de um negócio jurídico, que depende da declaração de vontade do superficiário e do proprietário do terreno. Isso significa que a superfície, nessa hipótese, somente se extinguirá com a manifestação do proprietário do terreno, não tendo efeito jurídico uma renúncia apenas por parte do superficiário[78].

Deve-se notar ainda que a rescisão não se confunde com uma condição resolutiva, mesmo porque, conforme o § 1, 4 da ErbbauRG, não é permitida a constituição de superfície na qual se estabeleça que o su-

[75] OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1506.

[76] VIEWEG, Klaus; WERNER, Almuth. *Sachenrecht*. 7. ed. München: Vahlen, 2015, p. 601.

[77] WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 42.

[78] RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. *Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 171-172.

perficiário renunciará ao seu direito caso haja a ocorrência de determinadas condições[79].

Em todo caso, deve-se observar que a declaração do superficiário pode ser emitida diante do registro imobiliário ou do proprietário do terreno. O consentimento do proprietário, que é irrevogável, é provado através de documento público ou com fé pública. Ademais, eventualmente também será necessário o consentimento de terceiros que tiverem outros direito reais sobre a superfície, como um direito real de garantia (e.g. hipoteca)[80].

Por fim, a extinção demanda seu registro no registro imobiliário, o que é feito tanto no livro onde está registrado o terreno (*Grundbuch*) como no livro especial de registro da superfície (*Erbbaugrundbuch*).

15.2 Extinção por decurso de prazo (*Zeitablauf*)

A superfície se extingue normalmente com o decurso de determinado prazo estabelecido no negócio jurídico[81], matéria que é regulada pelos §§ 27 a 30 da ErbbauRG. Na prática, os prazos de contratação variam entre 30 e 100 anos, sendo muito comum a fixação do prazo de 99 anos[82]. Contudo, como não há um prazo limite estabelecido pela legislação[83], entende-se que é possível sua contratação por prazo indeterminado (*ewiges Erbbaurecht*)[84]

Decorrido o prazo, encerra-se a superfície automaticamente, sem necessidade de uma declaração de vontade específica. Com isso, a pro-

[79] RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. *Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 171-172.

[80] RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. *Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 171-172.

[81] WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 42.

[82] PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 377.

[83] No Brasil, o direito de superfície, regulado pelo Código Civil, deve ser concedido por prazo determinado (art. 1.369 do CC). No Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), por outro lado, a concessão do direito de superfície poderá ser por tempo determinado ou indeterminado (art. 21).

[84] DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3, p. 1400.

priedade sobre a construção passa também automaticamente ao proprietário do terreno[85].

Nesse contexto, em função do decurso do prazo, fica o registro imobiliário incorreto, sendo necessária a sua retificação (*Grundbuchberichtigung*). O proprietário do imóvel pode, conforme o § 894 do BGB, exigir o consentimento do superficiário para a regularização do registro imobiliário, caso o próprio superficiário não tenha já tomado tal medida (§ 22, 2 da Ordenança de Registro Imobiliário – *Grundbuchordnung* - GBO)[86].

Extinta a superfície pelo decurso de prazo, cabe ao titular do direito de superfície, contra o proprietário do imóvel, uma pretensão legal ao pagamento de indenização (§ 27 I ErbbauRG)[87]. As partes podem deliberar, como conteúdo da superfície, acerca do valor da indenização ou sobre sua exclusão, o que terá eficácia real sobre o imóvel e sobre a superfície (§ 27, I, 2 da ErbbaRG). Na falta de referida disposição em sentido contrário, a própria obrigação legal de indenizar também terá a mesma eficácia[88].

Ademais, para evitar o pagamento de indenização, o proprietário do terreno pode oferecer ao superficiário, antes do decurso do prazo, a possibilidade de prorrogação de seu direito pelo tempo de vida previsível da edificação. Em caso de recusa do superficiário, há então a extinção do dever de pagamento da indenização[89].

Por derradeiro, o § 29 da ErbbauRG prevê ainda que o credor titular de um direito de garantia sobre a superfície, mesmo com o decurso do prazo da superfície, ainda se beneficia dessa garantia no que toca ao valor da indenização paga.

15.3 Reversão (*Heimfallrecht*)

A chamada reversão se distingue da extinção da superfície, pois nesse caso o superficiário está obrigado a transferir seu direito ao proprietário

---

[85] INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 309.

[86] INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001, p. 309.

[87] WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 383.

[88] PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 377.

[89] WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 383.

do terreno. Assim, não há propriamente extinção da superfície, cabendo ao proprietário do terreno decidir se depois irá extinguir ou transferir a superfície a um terceiro[90]. Também não há extinção dos direitos reais de garantia (*Grundpfandrechte)* que oneram a superfície, permanecendo sua existência, desde que eles não caibam ao proprietário do terreno (§ 33 da ErbbauRG).

A reversão é acordada pelo proprietário do terreno e pelo superficiário (§ 2, 4 da ErbbauRG), como regra, já no momento em que a superfície é constituída. Trata-se de uma espécie de direito real de aquisição (*dingliches Erwerbsrecht*), que onera o direito de superfície e se liga inseparavelmente à propriedade do terreno (§ 3 da ErbbauRG)[91].

As razões para a ocorrência da reversão podem ser acordadas livremente pelas partes, mas devem ter relação objetiva com o direito de superfície[92]. Nessa linha, o principal caso é o atraso no pagamento do *solarium* (*Erbbauzins*), mas a pretensão à reversão somente será cabível se pelo menos dois anos de *solarium* estiverem em atraso (§ 9 IV ErbbauRG)[93]. Outras hipóteses normalmente acordadas são o atraso na construção, a alteração não autorizada do uso, a negligência na manutenção, a insolvência do superficiário, bem como a morte do proprietário do terreno ou do superficiário[94].

Com o preenchimento da pretensão de reversão, há a transferência da superfície e o superficiário perde a propriedade sobre a construção, que em regra ele mesmo construiu. Não é permitido ao superficiário, com a reversão ou com a extinção da superfície, a retirada da construção ou a apropriação de parte dela (§ 34 ErbbauRG). Em contrapartida, o superficiário tem uma pretensão de reembolso, senão o proprietário do terreno se enriqueceria às suas custas (§ 32 ErbbauRG)[95].

Os valores são, como regra, fixados antecipadamente na contratação feita entre as partes (§ 32 I 2 ErbbauRG). É possível a exclusão da pretensão de reembolso em favor do superficiário, mas é raro isso ocorrer[96].

---

[90] PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 377.

[91] WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 384.

[92] WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 43.

[93] PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 378.

[94] WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007, p. 384.

[95] PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 378.

[96] PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014, p. 378.

15.4 Destruição da edificação (*Untergang des Bauwerks*)

A destruição da edificação não causa a extinção do direito de superfície, matéria expressamente regulamentada pelo § 13 da ErbbauRG[97]. De fato, como se considera que o direito de superfície possibilita a construção de um edifício, não seria nenhuma condição jurídica a existência da edificação para o surgimento do direito de superfície[98].

Por conseguinte, não existindo vinculação entre a existência da edificação e o direito de superfície, a destruição da primeira não leva à extinção do segundo.

Conclusão

A superfície é um importante instrumento de política do solo, que infelizmente não tem encontrado grande utilização no Direito brasileiro. Os entes públicos podem, através dela, promover a urbanização e o aproveitamento de bens públicos dominicais (terras estatais sem uso), mesmo porque muitas vezes o Poder Público, apesar de possuir patrimônio, não tem recursos para a sua utilização, em especial quando se trata de edificação.

Nesse contexto, a superfície, ao lado dos tradicionais contratos de concessão ou de comodato, muito difundidos quando um ente público autoriza outro ente público a edificar em terreno de sua propriedade, bem como a utilizá-lo por determinado prazo, poderia ser uma opção à disposição daqueles que pretendem uma contratação com maior segurança, cujos efeitos jurídicos não são meramente obrigacionais, mas reais.

Ademais, na mesma senda, também é possível seu uso em empreendimentos particulares, nos quais, aqueles que vão realizar edificações em propriedade alheia, não pretendem estar garantidos por mera contratação, sendo muito mais segura a constituição de um direito real de superfície.

Por conseguinte, considerando essa análise do Direito alemão, parece-nos que no Brasil esse direito real precisa ser melhor utilizado, o que permitirá, retomando mesmo suas origens romanas, seu emprego para uma mais adequada realização do princípio da função social da propriedade.

ZANINI, L. E. de A. The right of superficies in Germany and its social character. *Justitia*, São Paulo, v. 208, p. 180-204, Jul./Dec. 2016.

[97] § 13 ErbbauRG: "*Das Erbbaurecht erlischt nicht dadurch, daß das Bauwerk untergeht*".

[98] WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015, p. 44.

- **ABSTRACT**: The article discusses the most important aspects of the right of superficies in Germany by focusing its social function. It initiates the investigations with a brief historical study, in which are highlighted the peculiarities of its development. The work conducts an examination of the matter in Germany, highlighting some points such as: legal nature, practical use, areas of use, social character, establishment, transfer and extinction of that right. Finally, the work questions the non-use of the institute in Brazil, which can be rethought if we consider the German example, especially with regard to its possible social aspect.

- **KEYWORDS**: Right of superficies. Real estate rights. German law. Social function.

Referências

BALLIF, Alban. *Le droit de superfície. Eléments réels, obligations* propter rem *et droits personnels annotés*. Zürich: Schulthess, 2004.

BAUR, Fritz; STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 18. ed. München: C.H. Beck, 2015.

BREHM, Wolfgang; BERGER, Christian. *Sachenrecht*. 3. ed. Tübingen:Mohr Siebeck, 2014.

DAUNER-LIEB, Barbara; HEIDEL, Thomas; RING, Gerhard. *Anwaltkommentar BGB: Sachenrecht*. Bonn: Deutscher Anwaltverlag, 2004, v. 3.

INGENSTAU, Heinz; INGENSTAU, Jürgen; HUSTED, Volker. *Kommentar zum Erbbaurecht*. 8. ed. Düsseldorf: Werner, 2001.

JAYME, Erik; NEUSS, Jobst-Joachim. *Wöterbuch Recht und Wirtschaft. Deutsch-Portugiesisch*. 2. ed. München: C.H. Beck, 2013, t. 2.

OEFELE, Helmut Freiherr von; WINKLER, Karl. *Handbuch des Erbbaurechts*. 5. ed. München: C.H.Beck, 2012.

OEFELE, Helmut Freiherr von. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2009, v. 6, p. 1504-1647.

PRÜTTING, Hanns. *Sachenrecht*. 35. ed. München: C.H. Beck, 2014.

RAPP, Manfred. Gesetz über das Erbbaurecht. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. *Buch 3. Sachenrecht*. Berlin: Sellier, 2009, p. 1-210.

STÜRNER, Rolf. Verordnung über das Erbbaurecht. In: *Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 13. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2007, v. 15-1.

WEBER, Ralph. *Sachenrecht. Grundstücksrecht*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos, 2015.

WIELING, Hans Josef. *Sachenrecht*. 5. ed. Berlin: Springer, 2007.
WOLF, Manfred; WELLENHOFER, Marina. *Sachenrecht*. 30. ed. München: C.H. Beck, 2015.
ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito civil: direito das coisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Rescisão da Sentença Inconstitucional

Fábio Meneguelo SAKAMOTO*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 A coisa julgada e a segurança jurídica. 2 O que acontece para as partes quando a sentença que julgou o litígio em definitivo é baseada numa lei declarada inconstitucional pelo Supremo? 3 Segurança jurídica *vs.* incidente de impugnação e segurança jurídica *vs*. ação rescisória. 4 Interpretação do art. 525, §15 conforme a Constituição. Conclusão. Referências.

- **RESUMO:** Este artigo tem o propósito de analisar se o art. 525, §15, do Código de Processo Civil de 2015 é compatível com a Constituição Federal no que concerne à segurança jurídica. Pelo dispositivo legal em questão o termo inicial para propositura de ação rescisória contra sentença baseada em lei declarada inconstitucional pelo STF passou a ser o trânsito em julgado da decisão proferida pelo Pretório Excelso e não mais do trânsito em julgado da sentença rescindenda como sempre ocorreu no sistema processual civil (art. 495 do CPC/1973 e art. 975 do CPC/2015). Acontece que não é possível prever se e quando será proposta uma ação direta contra a lei utilizada pelo juiz para justificar a decisão. De igual modo não é possível prever se e quando a mesma lei será questionada junto ao Supremo por meio de controle difuso. Portanto, é possível que uma sentença tenha transitado em julgado e anos mais tarde as partes sejam obrigadas a reviver o litígio, situação que vai de encontro à almejada segurança jurídica assegura pelo constituinte como direito fundamental.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Coisa julgada. Segurança jurídica. Ação rescisória.

Introdução

Toda inovação legislativa, não obstante o controle preventivo que deve ser realizado no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, respectivamen-

* Mestrando em Direito na PUC-SP. Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pelo ESMP. Ex-procurador do Município de São José do Rio Preto. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

te, pelas Comissões de Constituição e Justiça e pelo veto jurídico, traz sempre consigo a necessidade de uma análise reflexiva acerca da sua pertinência ou não com o sistema normativo hierárquico que possui na Constituição da República o seu ponto de partida e de chegada.

As normas jurídicas, na linha de pensamento Kelseniano, estão dispostas numa estrutura hierarquizada e se relacionam por meio de um processo de fundamentação e de derivação que se opera tanto no aspecto material quanto no formal/processual, o que lhe imprime possibilidade dinâmica. Dessa maneira, as de hierarquia inferior derivam material e formalmente das normas de hierarquia superior. Estas, por sua vez, servem de fundamento de validade, material e formal, para aquelas e nessa estrutura hierarquizada a Constituição Federal exerce papel importantíssimo dentro do sistema, pois constitui o fundamento de validade de todo ele, conferindo-lhe um caráter unitário e homogêneo. Por isso se diz que a Constituição é o ponto de partida e de chegada do processo de derivação e de fundamentação.

Segundo Paulo de Barros Carvalho, "sem hierarquia não há sistema de direito, pois ninguém poderia apontar o fundamento de validade das unidades componentes, não se sabendo qual deva prevalecer". Por isso, afirma categoricamente que "o princípio da hierarquia é um axioma"[1], no que é acompanhado por Aurora Tomazini de Carvalho.[2]

Os arts. 525 e 535 do novo Código de Processo Civil trazem uma importante novidade.

Com efeito, a exemplo do que já ocorria na vigência do código revogado (arts. 475-L, §1º e 741, parágrafo único), regulam a impugnação ao cumprimento de sentença e preveem que uma das possibilidades de o executado ofertar sua defesa em juízo está na alegação de que a obrigação a qual foi condenado judicialmente a cumprir está baseada em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou está fundada em aplicação ou interpretação de lei ou do ato normativo tidos pelo Excelso Pretório como incompatíveis com a Constituição Federal, seja em controle concentrado seja em controle difuso de constitucionalidade.

[1] Direito Tributário, Linguagem e Método. São Paulo: Noeses, 2015, Segunda Parte, Capítulo 1, p. 232.

[2] Curso de Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico). São Paulo: Noeses, 2015, p. 521.

Dispõe o art. 525, §14 e o art. 535, §7º, que a impugnação tem cabimento quando a decisão de inconstitucionalidade for anterior à formação do título executivo, pois se ocorrer posteriormente ao trânsito em julgado da sentença haverá necessidade de ajuizamento de ação rescisória.

Ocorre que, nessa última hipótese, isto é, de declaração de inconstitucionalidade pelo STF depois da formação do título executivo (depois do trânsito em julgado da sentença exequenda), o prazo da ação rescisória passa a ser contado, **e aqui está a novidade**, *do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal* e não mais do trânsito em julgado da sentença rescindenda como normalmente ocorre. É o que preceituam o §15 do art. 525 e o §8º do art. 535 do Código de Processo Civil.

O presente trabalho, portanto, tem por objetivo analisar se essa inovação legislativa inserida no art. 525, §15, do Código de Processo Civil[3], que alargou sobremaneira (ou afastou por completo) o prazo para o ajuizamento da ação rescisória contra a coisa julgada inconstitucional, é materialmente compatível com a Constituição Federal. Tem por objeto, outrossim, analisar se, caso a conclusão seja pela afronta ao texto da Magna Carta, se há alguma maneira de salvar o dispositivo legal em questão conferindo-lhe uma interpretação que se harmonize com o texto maior e quais seriam algumas das opções possíveis.

A conclusão, num ou noutro sentido, no entanto, pressupõe que se passe em revista institutos correlatos e por isso também serão esmiuçados os temas envolvendo a coisa julgada e a questão da segurança jurídica, bem como os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade sobre as normas individuais e concretas judiciais, vale dizer, sobre as sentenças judiciais.

1 A coisa julgada e a segurança jurídica

A coisa julgada está conceituada no art. 502 do CPC/2015 como sendo a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

[3] Art. 525, §15, do CPC. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de um atributo próprio dos atos jurisdicionais, pois os atos legislativos e administrativos não são aptos a produzi-la.

A coisa julgada tem, como se sabe, assento constitucional implícito no *caput* do artigo 5º e expresso no seu inciso XXXVI.

O art. 5º, *caput*, da CF prevê a "segurança" como direito fundamental e, de acordo com o entendimento de há muito consolidado na doutrina, essa palavra "segurança" significa "segurança jurídica". É esta o bem da vida considerado como tal. Além disso, o art. 5º, XXXVI, da CF diz expressamente que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada".

Ou seja, o fundamento de existência da coisa julgada é a garantia maior da segurança jurídica, conceituada por Jorge Reinaldo Vanossi, citado por José Afonso da Silva, como o "conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida".[4]

A estabilidade das relações jurídicas é absolutamente necessária para que os indivíduos possam planejar seus atos.

Mais do que isso. Como dizem Nelson e Rosa Nery, é verdadeira manifestação do Estado Democrático de Direito, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF).

> A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do Estado Democrático de Direito (CF 1º *caput*). Entre o *justo absoluto*, utópico, e o *justo possível*, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (*justo possível*), que também se consubstancia na segurança jurídica da coisa julgada material.[5]

E o status de direito fundamental se justifica plenamente na medida em que a coisa julgada é, em última análise, instrumento de pacificação social. Justa ou injusta a decisão judicial de mérito, é preciso que o caso submetido ao Estado-Juiz tenha um fim. É preciso que a controvérsia entre as partes se torne indiscutível para que se possa alcançar o objetivo final, que é a pacificação no seio social. Só assim, num ambiente juridicamente definido, ainda que não da melhor forma possível para alguma das partes, ou até

[4] Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo. Malheiros, 2000, p. 435.

[5] Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015, p. 1192.

para ambas, é que os indivíduos podem planejar suas vidas e suas condutas e que as sociedades empresárias podem melhor avaliar os riscos de seus investimentos e melhorias, se devem contratar ou deixar de contratar empregados, se mantêm ou se rescindem contratos etc.

Como dizia Pontes de Miranda

> A atribuição de coisa julgada põe acima da ordem jurídica, das regras jurídicas, o interesse social de paz, de fim à discussão, mesmo se foi injusta a decisão.[6]

Para Luiz Guilherme Marinoni

> O recrudescimento da decisão judicial, ápice do discurso jurídico, é imprescindível para que o próprio discurso tenha razão de ser, e, assim, realmente exista enquanto discurso jurídico. A coisa julgada, portanto, não é uma regra preocupada com o conteúdo do discurso, mas sim uma condição para que o discurso seja um discurso institucional limitado no tempo e, destarte, um discurso jurídico propriamente dito. Na verdade, se a discussão jurídica não tiver um termo a partir do qual a decisão não possa ser questionada, não haverá sentido em falar em discurso jurídico nem muito menos em realizá-lo. [7]

Diante dessa conformação constitucional, como direito fundamental que tem como pano de fundo a pacificação social, o legislador tem o dever de respeitar a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF), que, aliás, não pode ser abolida do texto constitucional (art. 60, §4º, IV, da CF). Ou, como dizem Marinoni e Mitidiero, "é *vedado ao legislador* atuar de modo a *enfraquecer* ou *abolir* a coisa julgada no Estado Constitucional".[8]

Não se pode perder de foco, no entanto, que, assim como todos os demais direitos fundamentais, ela não possui caráter absoluto, pois, caso contrário, sequer poderia existir no sistema processual civil a ação rescisória [9] e no sistema processual penal a revisão criminal *pro reo.*

---

[6] Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo 5, 1997, p. 100.

[7] Coisa Julgada Inconstitucional, 2ª edição, p. 56/57.

[8] Curso de Direito Constitucional. São Paulo. Saraiva 2015, p. 785.

[9] Segundo Nelson e Rosa Nery, a ação rescisória constitui uma exceção à autoridade da coisa julgada, uma exceção que possui arrimo no "princípio constitucional da proporcionalidade, em face da extrema gravidade de que se reveste a sentença com os vícios arrolados *em numerus clausus* pelo artigo 966 do CPC".

E além da possibilidade de ações rescisórias e revisões criminais, não é de hoje que boa parte da doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a relativização/flexibilização da coisa julgada em nome da justiça do caso concreto, geralmente nas ações que envolvem o estado da pessoa, como nos casos de investigação de paternidade.[10]

Como a coisa julgada é uma materialização do princípio constitucional da segurança jurídica e os princípios, diferentemente das regras, admitem a técnica da ponderação quando confrontados com outros de mesma envergadura, é possível que no caso concreto ela venha a ceder em nome de princípios como o da justiça e da moralidade, conforme ensina o Ministro Barroso.[11]

2 O que acontece para as partes quando a sentença que julgou o litígio em definitivo é baseada numa lei declarada inconstitucional pelo Supremo?

Quando o Supremo declara a inconstitucionalidade da lei que dá suporte a uma decisão judicial definitiva, seja em sede de controle abstrato ou difuso, essa sentença permanece produzindo seus efeitos para as partes em relação às quais foi proferida ou ela é fulminada como uma consequência automática da nulidade reconhecida?

Segundo o entendimento dominante na doutrina nacional[12], a lei declarada inconstitucional pelo STF é considerada nula e a decisão judicial da

[10] Já decidiu o STJ que, "nas ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus.* Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo de realização do processo justo, 'a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade (REsp 226.436-PR, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo.

[11] BARROSO, Luís Roberto. O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 271/272.

[12] Como observa Gilmar Mendes, a teoria da nulidade tem sido sustentada por praticamente todos os nossos importantes constitucionalistas, inclusive por Rui Barbosa no trabalho Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, *in* Trabalhos Jurídicos, p. 70/71. (Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO, Comentários à Lei 9868/99. São Paulo. Saraiva 2012, p. 606).

Corte, por conseguinte, deveria ter natureza jurídica declaratória, o que, também, via de consequência, explicaria o seu efeito retroativo à entrada em vigência da lei (*ex tunc*).

Do art. 27 da Lei 9.868/99 extrai-se o entendimento de que a retroatividade é a regra, pois para fixação de termo inicial diverso, a partir do trânsito em jugado da decisão da Adin, por exemplo, há necessidade de quórum qualificado de 2/3 dos ministros e razão de excepcional interesse social ou segurança jurídica que o justifique. A doutrina e a jurisprudência dão o nome de *modulação dos efeitos* da decisão a essa possibilidade de modificar a data em que a decisão passará a produzir efeitos.

Assim, à primeira vista não seria desarrazoado supor que a sentença transitada em julgado que tenha sido proferida com base em lei que o STF depois reconhece como inconstitucional fosse também automaticamente invalidada, posicionamento que encontra guarida no pensamento de Paulo Otero, para quem a intangibilidade da coisa julgada foi pensada "para decisões judiciais conforme o Direito ou, quando muito, decisões meramente injustas ou ilegais em relação à legalidade ordinária".[13]

Esse argumento é sedutor, pois, do ponto de vista lógico, pode mesmo não parecer coerente considerar como válida uma decisão judicial ancorada em lei inconstitucional, nula, portanto.

Porém, existem pelo menos duas razões que justificam o paradoxo de se admitir que uma lei "nula" continue produzindo efeitos enquanto não for atacada pelo instrumento jurídico idôneo para tanto.

A primeira delas consiste na garantia fundamental da segurança jurídica, segundo a qual as decisões do Supremo no controle abstrato devem ser analisadas sob dois enfoques distintos: *no plano normativo* e *no plano concreto*, pois o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos não significa controle de decisões judiciais.

De acordo com o Ministro Barroso, a decisão do Supremo que pronuncia a inconstitucionalidade de uma norma produz efeitos imediatos e automáticos *no plano normativo.* "Atuando como legislador negativo, o Tribunal priva a lei de eficácia e aplicabilidade". Porém, no plano das situações concretas já constituídas a situação é diferente, pois os efeitos da decisão somente serão produzidos se houver a prática de algum ato destinado a essa finalidade,

[13] Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional, p. 120.

que pode ser oriundo da Administração, com a que determina, por exemplo, a paralisação da cobrança de um tributo tido como inconstitucional e a invalidação dos autos de infração pendentes, ou oriundo do particular, que deverá formular um pedido de devolução do que foi pago indevidamente, seja no âmbito administrativo, seja no âmbito judicial. Neste último caso os efeitos não são automáticos.[14]

Dessa maneira, o fato de a decisão em sede de controle abstrato possuir, como regra[15], efeito *ex tunc,* não significa que as decisões judiciais transitadas em julgado possam ser consideradas inválidas automaticamente, pois tal efeito diz respeito ao controle das leis (plano normativo) e não ao controle das decisões judiciais (plano do ato singular).

Malgrado o direito brasileiro não contemple nenhuma norma expressa sobre a impossibilidade de desfazimentos dos atos não mais suscetíveis de impugnação, a exemplo do que ocorre com o §79 da Lei do *Bundesverfassungsgericht* (Lei do Tribunal Constitucional Alemão) e com o art. 282, nº 3, da Constituição da República Portuguesa*,* concede-se, segundo o magistério de Gilmar Ferreira Mendes,

> proteção ao ato singular, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se à diferenciação entre o efeito da decisão no plano normativo (*Normebene*) e no plano do ato singular (*Einzelaktebene*) mediante a utilização das chamadas *fórmulas de preclusão.*[16]

A segunda, por sua vez, decorre de interessante raciocínio desenvolvido por Luiz Guilherme Marinoni levando em conta a obrigatoriedade de realização de controle de constitucionalidade difuso por qualquer juiz e qualquer Tribunal durante construção da norma individual e concreta que resolverá o mérito da causa, vale dizer, como condição necessária para prolação da sentença.

Está assentada na ideia de que o juiz, ao proferir uma decisão de mérito, não realiza simplesmente uma atividade de subsunção do caso ao enun-

[14] BARROSO, Luís Roberto. O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 261.

[15] O art. 27 da Lei 9868/99, como cediço, permite a modulação temporal dos efeitos da decisão.

[16] Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO, Comentários à Lei 9868/99. São Paulo. Saraiva 2012, p. 543.

ciado prescritivo tal como emanado do legislador, isto é, não atua como um simples aplicador da lei geral e abstrata como propunha Chiovenda. "A adoção da teoria chiovendiana da jurisdição, segundo a qual o juiz atua a vontade concreta da lei, realmente pode conduzir à suposição de que a decisão de inconstitucionalidade deve invalidar a sentença que "atuou a vontade da lei" posteriormente declarada inconstitucional".[17]

Na verdade, quando o juiz resolve o mérito de uma causa ele está criando a norma que vai compor o conflito de interesses entre as partes. Essa norma é denominada pela doutrina como norma individual e concreta. A sentença judicial, portanto, equivale a uma norma, a uma norma que disciplina o concreto. E juiz o faz tendo como pressuposto o poder-dever de realizar o controle de constitucionalidade difuso das leis a serem aplicadas. Esse dever, por seu turno, decorre do próprio sistema normativo estruturado de forma hierarquizada, por meio do qual a Constituição de República é o norte de toda atuação judicial. E se o juiz, ao construir a norma individual e concreta, tem por dever de ofício analisar a relação de compatibilidade vertical dos enunciados prescritivos que aplica com a Constituição Federal, é forçoso reconhecer o acerto do magistério de Miguel Galvão Teles, citado por Marinoni, para quem, nesses casos,

> Não está admitindo que um ato inconstitucional produza efeitos, mas apenas salvaguardando "juízos precedentes sobre a inconstitucionalidade, diferentes da decisão que veio a prevalecer na decisão com efeito geral." (...) O respeito ao caso julgado não significa reconhecer efeitos a uma lei inconstitucional, mas reconhecer efeitos a uma lei que determinado juízo teve por constitucional, melhor, reconhecer efeitos ao juízo da constitucionalidade.[18]

Assim, segundo essa linha de pensamento, não é a lei nula, declarada inconstitucional pelo Supremo, que continua produzindo efeitos, o que pode soar paradoxal, mas a norma individual e concreta proferida tendo como pressuposto a análise da pertinência dessa lei com a Constituição Federal. O que vale é a constitucionalidade da norma individual e concreta e não a inconstitucionalidade declarada na decisão de efeito geral, vale dizer *erga omnes.*

---

[17] *Ob. Cit.,* p. 1169.

[18] Curso de Direito Constitucional. São Paulo. Saraiva 2015, p. 1172.

De forma bastante elucidativa, o processualista italiano Andrea Proto Pisani, também citado por Marinoni, esclarece que a decisão judicial transitada em julgado funciona como uma lei especial (*lex specialis*) em relação à lei geral e abstrata declarada inconstitucional pelo Supremo, razão por que deve prevalecer até que seja rescindida.[19] Seria como se, num conflito aparente de normas de um caso penal, prevalecesse a norma especial em detrimento daquela de caráter geral, sendo que a especial, nesse caso, é elaborada por juiz constitucionalmente competente da mesma forma que os ministros do Supremo Tribunal Federal também o são.

Portanto, a declaração de inconstitucionalidade não opera sempre os seus efeitos de forma automática em relação às sentenças judiciais - normas individuais e concretas - construídas com suporte na lei declarada inconstitucional, ou seja, a decisão judicial definitiva, ainda que baseada em lei inconstitucional, continua produzindo os seus regulares efeitos até que algum ato jurídico seja praticado ou até que seja atacada por meio do incidente de impugnação ou pela ação rescisória. E caso não seja atacada dentro dos prazos processuais previstos na legislação permanece produzindo seus efeitos *ad eternum.*

E se não opera efeitos de forma automática, parece difícil discordar de Tárek Moyses Moussallem quando diz que "O acórdão em ação direta constitui a inconstitucionalidade, não a declara simplesmente."[20] Para ele

> O caráter constitutivo do acórdão prolatado em ação direta de inconstitucionalidade é tão evidente que todas as normas individuais e concretas expedidas com fundamento de validade na norma declarada inconstitucional permanecem válidas no sistema até que sejam expulsas por ato de fala competente. (...) Tanto é assim que a declaração de inconstitucionalidade da lei A, não confere, por si só, a efetiva devolução do tributo (norma individual e concreta) pago indevidamente. Torna-se imperiosa a edição de norma individual e concreta para desconstituir aquela referente ao pagamento. [21]

[19] *Ob. Cit.,* p. 1171.

[20] MOUSSALLEM, Tárek Moyses. Revogação em Matéria Tributária. São Paulo. Noeses, 2007, p. 252.

[21] *Ob. Cit*., p. 254.

Nem mesmo a eficácia *erga omnes* e o efeito *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade têm o condão de alterar esse panorama, pois, segundo Gilmar Mendes, não operam a "depuração total do ordenamento jurídico", somente criando condições para a eliminação dos atos singulares suscetíveis de revisão ou de impugnação.[22]

Esse entendimento, isto é, de que a declaração de inconstitucionalidade não opera seus efeitos de forma automática foi também afirmado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no RE 730.462.

No julgamento desse caso concreto firmou-se ainda o entendimento de que em certos casos as decisões judiciais, além de não serem desconstituídas de forma automática, passam a ser inquestionáveis, bastando para tanto que a inconstitucionalidade seja reconhecida em sede de controle concentrado depois do seu trânsito em julgado e depois de ultrapassado o prazo da ação rescisória, caso em que se estará diante da coisa soberanamente julgada. Reconheceu-se a existência de diferença entre a eficácia normativa e a eficácia executiva da decisão da Corte.

> Essa foi a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 730.462:
>
> Decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma não produz a automática reforma ou rescisão de decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (art. 495).[23]

---

[22] *Ob. Cit*., p. 549.

[23] EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMATIVA E EFICÁCIA EXECUTIVA DA DECISÃO: DISTINÇÕES. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO. 1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. 2. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força imposi-

A declaração de inconstitucionalidade tem o condão de produzir efeitos para todos (*erga omnes*), alcançando, via de regra, os atos pretéritos eivados do vício de nulidade (*ex tunc*) – art. 102, §2º, da CF. Não significa dizer, contudo, que a retroatividade possa alcançar, automática e infalivelmente, as decisões judiciais transitadas em julgado.[24] Urge, a depender do caso concreto, que sejam manejados o incidente de impugnação ou a ação rescisória dentro do prazo legal.

Decretando o STF a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, *depois do trânsito em julgado da sentença,* surge a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória com fundamento no art. 966, V, do novo Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16 de março de 2015, uma vez que a decisão de mérito estará violando uma norma jurídica, uma norma jurídica constitucional.

Portanto, apesar de parecer contraditório com o efeito *ex tunc* da decisão do STF, previsto no art. 27 da Lei 9.868/99 como a regra geral do contro-

---

tiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, "l", da Carta Constitucional. 3. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, consequentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional. **4. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495)**. Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado. 5. No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

[24] Formação da coisa julgada anterior à declaração de inconstitucionalidade.

le abstrato, as decisões judiciais definitivas fundadas na lei declarada inconstitucional permanecem produzindo os seus efeitos para as partes enquanto não forem invalidadas pelo remédio jurídico competente, que varia, segundo as regras do Código de Processo Civil, de acordo como o momento em que a decisão do Supremo é proferida, se antes ou depois da formação do título executivo judicial. Se antes, caberá impugnação. Se depois, ação rescisória.

3 Segurança jurídica *vs.* incidente de impugnação e segurança jurídica *vs.* ação rescisória

Segundo as novas regras inseridas no Código de Processo Civil/2015, a decisão judicial fundamentada em lei inconstitucional pode ser atacada de duas maneiras distintas a depender do momento em que a inconstitucionalidade for declarada pelo STF, se antes ou depois da formação da coisa julgada.

Dispõe, com efeito, o art. 525, §14, e o art. 535, §7º, que a impugnação tem cabimento quando a decisão de inconstitucionalidade for anterior à formação do título executivo, pois se ocorrer depois haverá a necessidade de ajuizamento de ação rescisória.

Ocorre que, nessa última hipótese, isto é, de declaração de inconstitucionalidade pelo STF depois do trânsito em julgado da decisão exequenda, o prazo da ação rescisória passa a ser contado, **e aqui está a novidade**, *do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal,* e não da data do trânsito em julgado da sentença rescindenda[25], como normalmente acontece com as ações rescisórias (art. 495 do CPC/1973 e art. 975 do CPC/2015), inovação que, a nosso juízo, colide com a garantia fundamental da segurança jurídica.

Art. 525, §15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, **cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal**.

Mesmo antes do advento desses dispositivos legais parte da doutrina já vinha sustentando a inconstitucionalidade dos revogados artigos 475-L, §1º e 741, parágrafo único, do CPC, sob o argumento de que violavam a coisa julgada. [26]

[25] Art. 975. O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

[26] Nesse sentido: Greco, Leonardo; Marinoni, Luiz Guilherme; Nelson Nery Júnior e Rosa Ma-

E o raciocínio que se fazia era o mesmo acima exposto para justificar a manutenção da decisão fundada em lei nula, quais sejam a segurança jurídica e o juízo válido de constitucionalidade exercido pelo magistrado no momento de construção da norma individual e concreta, ou seja, a validade de *lex speciallis* consubstanciada na decisão judicial do caso concreto.

Os Tribunais Superiores, ao contrário, admitiam o ajuizamento de ação rescisória contra a "coisa julgada inconstitucional", ainda que a decisão fosse tomada pelo STF em sede de controle difuso e, nesse caso, sem se importar se havia controvérsia nos tribunais acerca da norma, não adotando, portanto, a Súmula 343[27] do próprio Supremo quando reconhecida pela Corte a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

Luiz Guilherme Marinoni cita como exemplo desse asserto o REsp 608.122, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, e os EDcl no RE 328.812, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, colacionando parte deste último julgado assim redigido.

> Se ao STF compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a sua interpretação do texto constitucional deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo absoluto outorgado à sua decisão. Não estou afastando, obviamente, o prazo das rescisórias, que deverá ser observado. Há um limite, portanto, associado à segurança jurídica. Mas não parece admissível que esta Corte aceite diminuir a eficácia de suas decisões com a manutenção de decisões diretamente divergentes à interpretação constitucional aqui formulada. Assim, se somente por meio de controle difuso de constitucionalidade, portanto, anos após as questões terem sido decididas pelos Tribunais ordinários, é que o STF veio a apreciá-las, é a ação rescisória, com fundamento em violação de literal disposição de lei, instrumento adequado para a superação da decisão divergente.

Não havia, portanto, coincidência de pensamento entre a doutrina e a jurisprudência.

---

ria de Andrade Nery, Código de Processo Civil Comentado, 8ª ed., SP, RT, 2004, p. 1156; Dalton Luiz Dallazem, Execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, Revista Dialética de Direito Processual – RDDP, 14:21.

[27] STF 343: Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

Em 4 de maio de 2016, o Ministro Relator Teori Zavascki, no julgamento da ADI 2.418, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, questionando o parágrafo único do art. 741 do CPC/73, decidiu que é válida a possibilidade de impugnação da coisa julgada inconstitucional, regra que depois ganhou previsão nos §§ 5º a 8º do art. 535 e nos §§ 12 a 15 do art. 525 do novo CPC.[28]

O argumento utilizado, em apertada síntese, foi o de que os artigos do código:

> São dispositivos que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, vieram, como já afirmado, apenas agregar ao sistema processual brasileiro um mecanismo com eficácia rescisória de certas sentenças inconstitucionais, em tudo semelhante às hipóteses de ação rescisória (art. 485, V do CPC/73 e art. 966, V do CPC/15). E não são todos nem são banais (mas apenas alguns, revestidos de gravidade qualificada pelo comprometimento da autoridade das decisões do STF), os vícios de inconstitucionalidade que permitem invocar a inexigibilidade da sentença exequenda, por embargos a execução ou por impugnação. A inexigibilidade do título executivo a que se referem os referidos dispositivos se caracteriza exclusivamente nas hipóteses em que (a) a sentença exequenda esteja fundada em norma reconhecidamente inconstitucional – seja por aplicar norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com um sentido inconstitucionais; ou (b) a sentença exequenda tenha deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional; e (c) desde que, em qualquer dos casos, o reconhecimento dessa constitucionalidade ou a inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do STF realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda.

Posteriormente, no julgamento do RE nº 611.503/SP, ocorrido em 20 de setembro de 2018, o Supremo reafirmou a constitucionalidade do art. 525, §1º, III e §§12 e 14, e do art. 535, §5º, do CPC/2015.

[28] Apesar de na ADI 2418 ter sido questionados os dispositivos legais do Código de Processo Civil de 1973, o Min. Relator entendeu que não era o caso de carência superveniente do direito de ação pelo fato de o novo CPC tê-lo revogado, uma vez que as regras foram repetidas, quase que de forma idêntica, nos §§ 5º a 8º do art. 535 e nos §§ 12 a 15 do art. 525.

Portanto, de acordo com o STF, a possibilidade de impugnação da coisa julgada inconstitucional é perfeitamente válida e constitucional.

O problema, porém, não está na possibilidade de impugnação do ato já passado em julgado, que, segundo decidiu o Supremo, busca harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição.

Essa solução, na verdade, vista de uma forma mais abrangente, isto é, para além do caso concreto, admite a conclusão de que a inexigibilidade de uma obrigação baseada em lei inconstitucional venha ao encontro da segurança jurídica, e não contra ela, pois, ao conferir-se um tratamento uniforme a situações fáticas semelhantes evita-se que pessoas numa mesma situação recebam do Estado tratamento um jurídico diferente somente pelo fato de seu caso concreto ter sido julgado antes ou depois que o STF reconhece uma norma como inconstitucional.

É como se todos estivessem de comum acordo para o fato de que sempre que o Supremo decidir a respeito da validade ou nulidade de uma lei ou ato normativo a sua decisão é a que prevalecerá no caso concreto, situação que, forçoso reconhecer, confere segurança jurídica às pessoas, ainda que num determinado caso concreto não tenha, excepcionalmente, prevalecido a coisa julgada.

Portanto, o entendimento que se consolidou a respeito do tema no julgamento da ADI 2.418 e no julgamento do RE nº 611.503/SP atende ao direito fundamental da segurança jurídica, na medida em que propicia decisões iguais para casos semelhantes.

Tudo o que se disse até aqui vale para a impugnação do executado ao cumprimento de sentença.

Situação completamente diferente, no entanto, ocorre quando o caso envolve a ação rescisória.

O fator tempo aqui é decisivo, pois é ele quem vai acabar por diferenciar as situações.

Com efeito, estabelecer que o prazo para as rescisórias tenha como termo inicial o trânsito em julgado da decisão do STF, se e quando um dia provocado a esse respeito, é transformar as decisões judiciais definitivas, porque já transitadas em julgado, em provisórias. E pior, sem que exista qualquer delimitação de tempo para que se tornem definitivas.

É que, segundo a maioria da doutrina, não existe prazo para o ajuizamento das ações diretas de inconstitucionalidade.

Para Clèmerson Merlin Clève, por exemplo, o defeito de inconstitucionalidade, no direito brasileiro, é imprescritível, [29] de tal sorte que a qualquer tempo pode vir a ser questionada a validade de uma lei. A ADI, portanto, pode ser ajuizada cinco, dez, vinte anos depois da entrada em vigor da lei tida como inconstitucional.[30]

O Supremo, por sua vez, tem entendimento semelhante (ADI 1.247, voto da Min. Celso de Mello, julgamento em 17-08-1995, DJ de 08-09-1995).

Também não se pode prever quando a questão chegará ao STF, se é que um dia chegará, por meio do julgamento do caso concreto via Recurso Extraordinário (controle difuso).

A falta de prazo para o ajuizamento da ação rescisória faz com que a legítima expectativa de uma solução definitiva do caso concreto seja substituída por uma permanente situação de indefinição, o que vai de encontro com a própria razão de ser da coisa julgada, que é a pacificação social pela imutabilidade da decisão não mais sujeita a qualquer tipo de recurso.

Calha como uma luva o que Marinoni já havia pensado antes mesmo do advento do novo CPC.

> Ao aceitar a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, cria-se, em verdade, um discurso sob uma condição negativa imprevisível e temporalmente insuscetível de dimensionamento. Esta condição negativa é a não declaração de inconstitucionalidade da lei aplicada, que, obviamente, é imprevisível, além de poder ocorrer em qualquer momento posterior ao trânsito em julgado da sentença. [31]

---

[29] Clève, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, 2000, p. 232.

[30] Em sentido contrário, sustenta o Ministro Luís Roberto Barroso que parece ser mais razoável defender a prescrição da pretensão de se invalidar a lei quando o vício de inconstitucionalidade for contemporâneo à sua elaboração, ou seja, quando a lei for originariamente inconstitucional, como ocorre nos casos de inconstitucionalidade formal. O fundamento desse entendimento reside no fato de que a prescrição é a regra no sistema jurídico brasileiro, sendo a imprescritibilidade a exceção. Para o Ministro, o prazo prescricional nesse caso deveria ser o maior prazo previsto no Código Civil, ou seja, de dez anos, segundo o art. 205 do CC. BARROSO, Luís Roberto. O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 258/259.

[31] Coisa Julgada Inconstitucional, p. 56/57.

Posto tudo isso, a conclusão a que se chega é a de que, no caso do incidente de impugnação não há ofensa à segurança jurídica, como já decidiu o Supremo. Na verdade, se encarada de forma mais abrangente o que ocorre é justamente o contrário, ou seja, a sua preservação.

Porém, no caso da ação rescisória, é forçoso reconhecer que, aqui sim, há violação do direito fundamental, pois a falta de prazo para a propositura transforma o definitivo em provisório e, dessa maneira, a paz de espírito que decorre do fim da controvérsia se transforma na angústia que decorre da indefinição da situação. Ou seja, a coisa julgada não cumpre o seu papel.

4 Interpretação do art. 525, §15 conforme a Constituição.

Haveria a possibilidade de entender válido o §15 ao art. 525 do CPC por meio de uma interpretação conforme a CF?

Nelson e Rosa Nery têm uma interessante sugestão. Para eles

> Somente pode ser iniciado o prazo da rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do STF, se ainda não tiver sido extinta a pretensão rescisória cujo prazo tenha-se iniciado do trânsito em julgado da decisão exequenda. Em outras palavras, o que o texto comentado autoriza é uma espécie de alargamento do prazo da rescisória que está em curso.

De acordo com esse raciocínio, o prazo da rescisória pode ter como termo inicial o último dia do prazo da pretensão rescisória nascida com o trânsito em julgado da decisão rescindenda, ou seja, pode ter uma duração máxima de quatro anos. Os autores defendem esse pensamento partindo do pressuposto de que "a pretensão rescisória extinta pela decadência não pode *renascer* pela decisão futura do STF". Assim, se pelo decurso do prazo a parte já decaiu do direito de propor a rescisória não poderá mais fazê-lo, pois, uma vez extinta a pretensão ela não ressuscita em razão de posterior decisão de inconstitucionalidade do STF.

Outra solução que entendemos possa ser aventada para tentar salvaguardar a segurança jurídica está em considerar válido o termo inicial a partir do trânsito em julgado da decisão do STF somente se no momento do trânsito em julgado da sentença rescindenda já existir em andamento (já distribuída) uma ação direta questionando a lei ou ato normativo que foram utilizados pelo juízo para fundamentar a decisão.

Nesse caso, a parte sujeita ao cumprimento do *decisum* pode ter conhecimento de que sua situação poderá ser alterada no futuro quando do

julgamento da ADI pelo STF, evitando-se, destarte, que seja pega de surpresa. Ela tem pelo menos a chance de saber que, malgrado a situação devesse estar consolidada pela imutabilidade da decisão, um dia sua situação jurídica poderá ser alterada. Dá-se lhe a oportunidade de planejamento de sua conduta para o futuro.

É bem verdade que nesse caso também não se teria prazo definido para rescisão do julgado, pois não existe limite temporal para que a Corte julgue as ações diretas que lhe são propostas, o que pode levar anos a fio, prolongando, indefinidamente, o prazo da rescisória. No entanto, não é menos verdade que o jurisdicionado, ciente da existência de uma ação direta em andamento, pode programar melhor a sua vida para caso tenha de se deparar no futuro com um a situação jurídica adversa. Talvez fosse o caso de se cogitar, *de lege ferenda*, de um prazo limite para julgamento das ações diretas pelo STF, o que contribuiria para minimizar o ambiente de indefinição de dezenas, centenas e até milhares de situações particulares que têm fundamento na norma impugnada.

Poder-se-ia também adotar o entendimento do Ministro Barroso, para quem

> parece ser mais razoável defender a prescrição da pretensão de se invalidar a lei quando o vício de inconstitucionalidade for contemporâneo à sua elaboração, ou seja, quando a lei for originariamente inconstitucional, como ocorre nos casos de inconstitucionalidade formal.[32]

Em arremate ao tema, deve-se ter em mente que essas questões somente serão trazidas à discussão caso o STF não module os efeitos de sua decisão "para excluir do seu campo de incidência decisões como a exequenda", tal como adverte o processualista carioca Alexandre Freitas Câmara, ao se referir ao incidente de impugnação, cuja ideia, porém, também se aplica no caso de rescisória.

É que, em atenção à segurança jurídica, pode o STF modular no tempo os efeitos de sua decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade, de modo a evitar que seus efeitos alcancem todos os casos, inclusive os pretéritos.[33]

---

[32] BARROSO, Luís Roberto. O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 258/259.

[33] Câmara, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo, Atlas: 2018, p. 414.

Conclusão

A declaração de inconstitucionalidade pelo STF, no controle concentrado, apesar de parecer contraditório com a eficácia retroativa instituída, como regra geral, no art. 27 da Lei 9.868/99 (*ex tunc*), não tem o condão de desfazer, de forma automática, as decisões judiciais que se tornaram definitivas antes ou depois do julgamento da Corte. Urge a edição de outra norma individual e concreta que lhe venha a atacar, sem a qual permanece produzindo seus efeitos entre as partes em relação às quais foi proferida.

Existem duas formas de se atacar a sentença que se baseia numa lei declarada inconstitucional pelo Supremo. Pelo incidente de impugnação ao cumprimento de sentença ou pela ação rescisória, a depender do momento em que a inconstitucionalidade é reconhecida. Se antes do trânsito: impugnação. Se posterior: rescisória.

O STF já reconheceu a constitucionalidade da impugnação nesses casos, o que fez sob o argumento de que se deve harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição. Porém, nada referiu ainda sobre a elasticidade do prazo para o ajuizamento da ação rescisória.

A nosso juízo, o *dies a quo* da rescisória, pena de escancarada inconstitucionalidade por afronta à garantia da segurança jurídica, não pode ser a data do trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal, o que, fazendo coro ao raciocínio de Marinoni, seria como submeter a decisão judicial definitiva a uma

> condição negativa imprevisível e temporalmente insuscetível de dimensionamento. Esta condição negativa é a não declaração de inconstitucionalidade da lei aplicada, que, obviamente, é imprevisível, além de poder ocorrer em qualquer momento posterior ao trânsito em julgado da sentença.[34]

Para que o §15 do art. 525 e o §8º do art. 535 do Código de Processo Civil tenham validade é preciso conferir-lhes interpretação conforme a Constituição Federal, a exemplo do que propuseram Nelson e Rosa Nery, para quem "somente pode ser iniciado o prazo da rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do STF, se ainda não tiver sido extinta a pretensão res-

[34] Coisa Julgada Inconstitucional, p. 56/57.

cisória cujo prazo tenha-se iniciado do trânsito em julgado da decisão exequenda", ou a exemplo do que aventamos acima, de considerar válido o termo inicial da rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão do STF se, e somente se, no momento do trânsito em julgado da sentença rescindenda já existir em andamento uma ação direta questionando a lei ou ato normativo utilizados pelo juiz/Tribunal como fundamento da decisão. Nesse último caso, com a ressalva de que, *de lege ferenda,* deva haver um prazo limite para o julgamento da ADI.

SAKAMOTO, F.M. Termination of Unconstitutional Judgment. *Justitia*, São Paulo, v. 208, p.205-226 Jul./Dec. 2016.

- **ABSTRACT:** This article aims examine if the art. 525, §15, Código de Processo Civil is constitutional or unconstitutional. The present legal instrument has increased the time to suit against the final judicial decision Court about unconstitutionality.

- **KEYWORDS:** *Res judicata.* Legal certainty. Unconstitutionality.

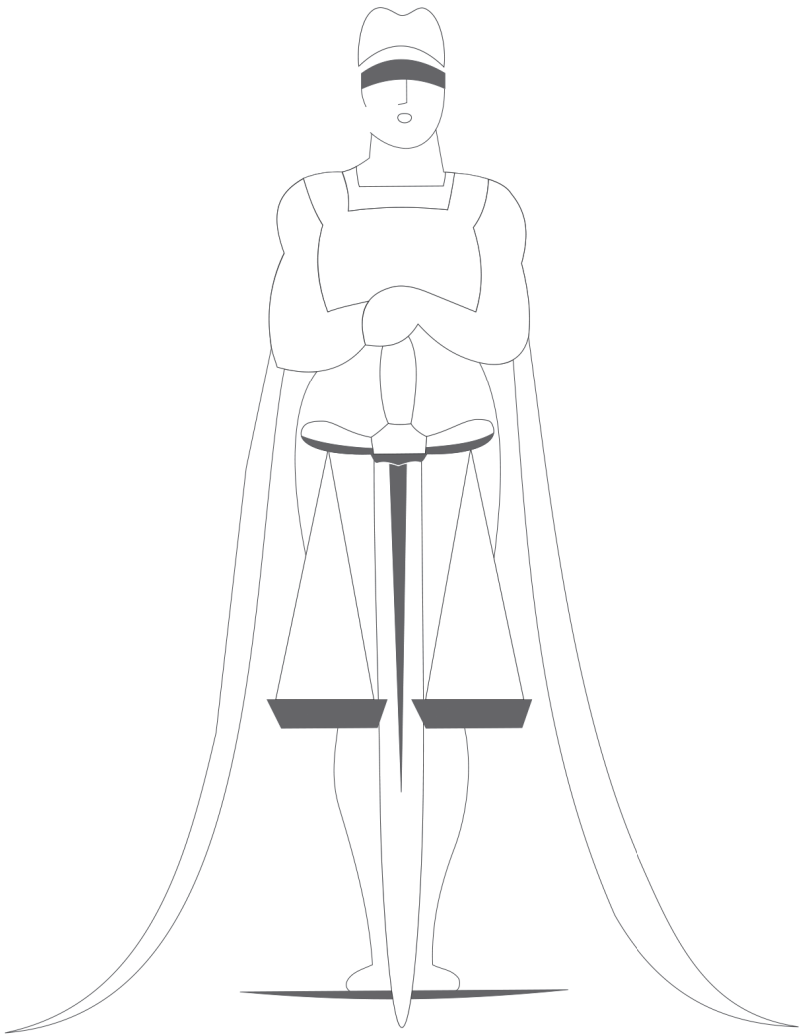
Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.
CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2018.
CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de Teoria Geral do Direito (O Constructivismo Lógico-Semântico)*. São Paulo: Noeses, 2015.
CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo. Noeses 2015.
CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo. RT, 2000.
GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. *In*: DIDIER, Fredie Jr. (org). Relativização da Coisa Julgada: enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2004..
MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional*. São Paulo: RT, 2008.
MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; Sarlet, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO, Comentários à Lei 9868/99*. São Paulo. Saraiva 2012.
MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo 5, 1997.
MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2007.
NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borrielo de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
OETRO, Paulo*. Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.
SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
TELES, Miguel Galvão. *Inconstitucionalidade pretérita*. Nos dez anos da Constituição. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1987.

INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS

DIFFUSE AND COLLECTIVE INTERESTS



Formas de Atuação do Promotor do Meio Ambiente e Urbanismo e a Efetivação do Papel Constitucional do Ministério Público como Representante da Sociedade[1]

Luis Henrique PACCAGNELLA[*]

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 A cultura da obrigatoriedade: elemento incompatível com a prioridade ao trabalho do Promotor do Meio Ambiente e Urbanismo representando demandas da sociedade civil. 2 A cultura de agência ambiental. 3 A visão de padronização como risco para o papel constitucional do Promotor do Meio Ambiente e Urbanismo. 4 O apoio operacional para as demandas da sociedade civil. 5 A regionalização da atuação dos Promotores do Meio Ambiente. 6 O Promotor do Meio Ambiente e Urbanismo como agente político constitucional. Conclusão. Referências

- **RESUMO:** Destaca-se a crise de representatividade da população na sociedade em todo o planeta, em particular no Brasil. A prioridade das intervenções do Promotor do Meio Ambiente e Urbanismo merece ser pensada com base na oitiva das entidades representativas da sociedade. A intermediação do Ministério Público com a sociedade concretizará a legitimidade constitucional da instituição e produzirá melhores resultados em termos de aperfeiçoamento do exercício da cidadania e de valorização da educação ambiental. A legitimidade que o Ministério Público recebeu para representar a sociedade em 1988, através do Poder Constituinte, precisa ser confirmada de modo contínuo e sistemático, através da constante interlocução com as demandas genuinamente originadas da sociedade civil. A padronização e roteirização da atuação dos Promotores do Meio Ambiente e Urbanismo deve ser restrita aos aspectos instrumentais da intervenção

[1] Tese aprovada no 19º Congresso de Meio Ambiente e 13º Congresso de Habitação e Urbanismo do Ministério Público do Estado de São Paulo, Águas de São Pedro/SP, 24 a 27 de setembro de 2015.

[*] Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo desde 1991; Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

(protocolos e bancos de dados). Nas questões de mérito a atuação deve ser necessariamente atomizada e individualizada em cada promotoria, sob pena de descolamento das demandas efetivamente apontadas pela sociedade civil. Há que se evitar postura demandista, ainda que obtidos ganhos ambientais e urbanísticos, ao invés da postura resolutiva, a qual não pode ser vista como uma resolução formal ou mesmo material de uma questão ambiental ou urbanística posta em um inquérito ou processo. Uma postura resolutiva só se concretiza se os anseios da comunidade se fazem atender pela intervenção do Promotor do Meio Ambiente e de Urbanismo, a partir de demandas levantadas no diálogo com a comunidade, sendo percebidas pela população como demandas por ela definidas.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Prioridade. Comunidade. Regionalização. Agente político.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Ministério Público uma nova configuração no ordenamento jurídico e no cenário social. Nesse contexto o Ministério Público recebeu o papel de defensor do regime democrático e dos direitos difusos e sociais, o que demonstrou, naquela época, a confiança da sociedade brasileira nessa instituição.

Logo, incumbe ao Ministério Público assumir a posição de um órgão que é um verdadeiro representante da sociedade civil, defendendo os interesses populares perante os entes públicos e os particulares, em um primeiro momento no plano negocial – via do inquérito civil e ajustes de conduta – e em último caso perante o Poder Judiciário.

Ocorre que, passados mais de vinte e seis anos da Constituição, não se pode deixar de considerar o perfil constitucional do Ministério Público com os olhos na crise de representatividade da população que se apresenta na sociedade em todo o planeta, em particular na sociedade brasileira.

O Professor da Universidade de São Paulo e jornalista Gaudêncio Torquato[2] recentemente escreveu o seguinte no jornal Folha de São Paulo:

"A democracia representativa passa a ser repartida por entidades intermediárias, com prejuízo para a instituição política tradicional, caracteri-

[2] TORQUATO, Gaudêncio. Varredura Social. Folha de São Paulo. São Paulo. 05 de agosto de 2015. Opinião. p. A3.

zada por partidos fisiológicos. A política tem reformado palcos e buscado novos atores para realização de suas tarefas, sob a crença de que o monopólio da ação partidária é um fracasso. Daí a constatação de que a política procura se reformar, redistribuir, alterar vetores".

Nos diversos países o esgotamento do modelo de representação da sociedade por organizações partidárias e de classe é evidente, sendo que a sociedade vem buscando cada vez mais novas formas de participação popular nos destinos da comunidade.

Nesse contexto social, a oportunidade histórica conferida ao Ministério Público Brasileiro, pela Constituição de 1988, precisa ser compreendida e adequadamente exercida, pois de outra forma a sociedade brasileira encontrará outros caminhos, quiçá outras instituições, para o cumprimento desse papel.

Na área do meio ambiente e urbanismo, em que o Ministério Público em regra, assume a defesa de interesses difusos por excelência, a aproximação com a sociedade civil é fundamental.

Por melhores que sejam as escolhas de prioridades feitas internamente, por seus quadros jurídicos e técnicos, o Ministério Público, através dos Promotores do Meio Ambiente e de Urbanismo, precisa direcionar suas prioridades mediante intensa articulação com os órgãos da sociedade civil, tais como associações ambientais, conselhos ambientais e comitês de bacias hidrográficas.

Tais instâncias necessitam receber do Promotor do Meio Ambiente e Urbanismo uma intervenção de escuta qualificada, capaz de traduzir as demandas ambientais da população e de defendê-las de modo eficaz.

Daí que se devem deixar as prioridades de atuação definidas com base em critérios internos, ainda que discutidos em grupos de trabalho e com sólido apoio técnico, em segundo plano.

A prioridade das intervenções do Promotor do Meio Ambiente e Urbanismo merece ser pensada com base na oitiva das entidades representativas da sociedade. Ainda que esses órgãos, coletivamente considerados, possam não apresentar melhores caminhos que aqueles pensados pelos Promotores, a intermediação do Ministério Público com a sociedade concretizará a legitimidade constitucional da instituição e produzirá, no longo prazo, melhores resultados em termos de aperfeiçoamento do exercício da cidadania e de valorização da educação ambiental, que também se efetiva no campo da não formalidade.

Contudo, a enorme gama de atribuições e de responsabilidades do Ministério Público, as quais pesam em especial sobre os Promotores com atribuições cumulativas, se não forem repensadas à vista das prioridades da socieda-

de civil, trarão cada vez mais a ineficácia da atuação prática, sob a perspectiva da própria sociedade, ainda que a atuação ministerial produza ganhos ambientais.

Também por isso a definição de critérios de intervenção, pelo Promotor do Meio Ambiente e Urbanismo, baseada nas demandas da sociedade civil, é fundamental, devendo ser repensadas as ideias de obrigatoriedade e de indisponibilidade as quais, vistas de forma extremada, apresentam conotação em certa medida contraditória com o papel de agente político constitucional.

Portanto, o presente texto busca analisar a necessidade de pensarmos a atuação do Promotor do Meio Ambiente e Urbanismo com a priorização das demandas da sociedade, via aprimoramento da interlocução com conselhos, comitês e associações representativas da sociedade civil, bem como audiências públicas para discussão de temas ambientais.

Há que se alertar que se o Ministério Público deseja manter o avançado perfil que lhe foi outorgado pelo constituinte, é necessário reforçar a aliança com a sociedade civil, sendo a área ambiental e urbanística de evidente prioridade nesse modelo, pelo cunho essencialmente difuso de suas demandas e pela necessidade evidente de participação popular na definição das políticas públicas relacionadas com tais matérias.

1 A cultura da obrigatoriedade: elemento incompatível com a prioridade ao trabalho do Promotor do Meio Ambiente e Urbanismo representando demandas da sociedade civil.

O modelo tradicional de profissional do direito, e no particular de Promotor de Justiça, é avesso ao modelo de contato com a sociedade civil.

O Ministério Público brasileiro foi forjado, durante décadas, na tradição de oferecimento de denúncias, com base em documentos policiais, sob a égide do princípio da obrigatoriedade, optando-se, na dúvida, pelo processo. Embora a cultura da obrigatoriedade de intervenção venha sendo repensada e mitigada, o Ministério Público de São Paulo ainda é dos mais apegados às ideias de obrigatoriedade de atuação em toda situação que lhe é apresentada.

Essa tradição da obrigatoriedade extrema traz enormes dificuldades para a tutela ambiental e urbanística pelo Ministério Público brasileiro, efetivamente colidindo com o papel de representante da sociedade outorgado pela Constituição Federal.

Daí que muitas vezes são instaurados inquéritos civis e outros procedimentos em vista de representações individuais, ou mesmo de órgãos públicos ou grupos de pessoas, sem qualquer efetiva representatividade em termos de demandas da sociedade.

E, na prática, a maioria dos procedimentos instaurados pelos Promotores do Meio Ambiente e Urbanismo acontece de forma reativa, em resposta a tais demandas individualizadas, não raro, partidas de pessoas conhecidamente disfuncionais ou embasadas em interesses pessoais.

Nesse contexto a cultura da obrigatoriedade, ainda objeto de norma do Manual de Atuação dos Promotores de Justiça de São Paulo (artigo 367 do Ato 675/10), precisa ser repensada, mormente na área ambiental e de urbanismo, sob a pena de ser cada vez mais inviável a representação social pelo Ministério Público.

Nesse passo, a manutenção de velhos modelos formalistas abre espaço para a superação do Ministério Público como efetivo órgão de representação das demandas ambientais e urbanísticas da sociedade civil.

E a história mostra que o espaço político não ocupado por uma instituição acaba sendo ocupado por outra, pois não há como divagar que a sociedade vai esperar de modo infinito ser efetivamente ouvida em suas demandas pelo órgão que elegeu para ser seu destinatário.

As recentes manifestações populares em prol do Ministério Público no Brasil, nas questões relacionadas com a investigação criminal, decorrem justamente do sentimento popular da importância da instituição para a concretização do desejo de combate à impunidade na esfera da corrupção e abuso do poder econômico.

Não por outra razão o atual reconhecimento social da importância do Ministério Público no contexto de operações federais como a "lava jato" e de operações de combate à corrupção em GAECOS nos vários Estados.

Não podemos pensar a legitimidade para representar a população como uma característica permanente, como se as demandas populares fossem imutáveis. O agente político eletivo não pode cometer o erro de imaginar que sua legitimidade decorre exclusivamente do voto, pois do contrário se sujeita a pena de perder sustentação política durante seu governo ou mandato legislativo. Daí que os políticos com visão de Estado buscam, constantemente, a legitimação de seus programas e projetos através da contínua articulação com a sociedade civil. Por sua vez, os políticos autoritários, verdadeiros "ditadores escolhidos", imaginam sua legitimidade exclusivamente decorrente do voto, tais como os absolutistas a imaginavam por decorrência divina.

O Ministério Público recebeu legitimidade popular para representar a sociedade em 1988, através do Poder Constituinte. Contudo, essa legitimidade precisa ser confirmada de modo contínuo e sistemático, através da constante interlocução com as demandas genuinamente originadas da sociedade civil, sob a pena de colocarmos em risco essa confiança constitucional.

Daí que, da mesma forma que políticos e partidos legitimamente perdem sustentação política e perdem o poder em eleições seguintes, o Ministério Público poderá em algum momento histórico perder seu papel constitucional de representante da sociedade, se não o exercer efetivamente. Essa situação, de fato, já vem acontecendo em muitas áreas como a educação e outros direitos sociais, não raro, via da tomada da efetiva representação da sociedade por outras instituições.

A atuação do Promotor de Meio Ambiente e Urbanismo, nesse contexto, requer legitimação junto aos conselhos, comitês, associações e audiências públicas genuinamente abertas à participação social na definição da atuação ministerial. Do contrário, corre-se risco de eventual prejuízo institucional nesse importante espaço no modelo constitucional brasileiro.

2 A cultura de agência ambiental

Decorrência da vetusta ideia da obrigatoriedade de intervenção é o pensamento de substituição, pelos Promotores do Meio Ambiente e Urbanismo, dos órgãos detentores do poder de polícia ambiental e urbanístico.

Analisando a Constituição Federal, dúvida não fica de que o Ministério Público não é detentor de poder de polícia ambiental ou urbanístico, o qual cabe aos órgãos do Estado, nas três esferas.

Ao Ministério Público cabe representar, pela Constituição, as demandas da sociedade civil, e para isso é necessária a constante legitimação dos critérios de atuação do MP, junto à comunidade e seus órgãos representativos.

Quando o Promotor de Justiça de Meio Ambiente e Urbanismo passa a atuar, não raro prioritariamente, como substituto dos órgãos ambientais e urbanísticos, as demandas da sociedade civil ficam em segundo plano.

Não é razoável que se ignore o princípio da presunção de legitimidade da administração, replicando-se automaticamente na instância ministerial as instâncias administrativas decorrentes do poder de polícia ambiental e urbanístico, situação que vem acontecendo com frequência.

Até porque, quando se omite, o Estado não instaura procedimentos formais, como autuações e assemelhados.

De outro lado, os órgãos técnicos do Ministério Público seguramente trariam melhor proveito social de seu esforço, em comparação com a exclusiva elaboração formal de pareceres, na importante interlocução com a sociedade, no sentido de avaliar as demandas mais importantes do ponto de vista de impacto ambiental ou urbanístico, até mesmo para efeito de um apoio técnico que as pessoas da comunidade muitas vezes não têm.

Evidente que, ao intervir nas demandas da sociedade civil que desemboquem em omissão do órgão detentor de Poder de Polícia, cabe ao Promotor do Meio Ambiente e Urbanismo cobrar revisão da prática omissiva, sob a pena de responsabilização. Todavia, essa inércia não pode ser presumida, nem cabe ao Promotor o papel de substituir as agências ambientais e órgãos urbanísticos, pois isso apenas causaria uma legitimação e acomodação da omissão estatal.

Daí que os Promotores do Meio Ambiente e Urbanismo, bem como os Assistentes Técnicos do Ministério Público que atuam nessa área, devem ser liberados de uma concepção de obrigatoriedade de atuação que os coloque como verdadeiros corregedores dos órgãos ambientais e urbanísticos, em detrimento da prioritária defesa das demandas efetivamente emanadas da população.

3 A visão de padronização como risco para o papel constitucional do Promotor do Meio Ambiente e Urbanismo

Evidente que a padronização administrativa, mormente via protocolos de gestão e de sistemas informatizados, é importante instrumento de aperfeiçoamento institucional, e tal vem acontecendo continuamente no Ministério Público, como na sociedade em geral.

É preciso, contudo, que os modelos de padronização sejam acompanhados atentamente em sua real função, que é instrumental.

Deve-se tomar cuidado com o modelo padronizado atingindo a atividade de execução, na formulação de suas políticas de intervenção, pois nesse ponto a atuação do Ministério Público, em especial do Promotor de Meio Ambiente e Urbanismo é, necessariamente, atomizada.

Com efeito, é um grande risco que a maior parte das demandas ambientais, conduzidas pelo Ministério Público, seja canalizada de uma forma padrão, acarretando um afastamento das demandas ambientais da comunidade local e regional.

Pelo caráter essencialmente difuso das questões ambientais e urbanísticas, os anseios populares vão variar muito no espaço e no tempo, existindo a nítida necessidade de um modelo de intervenção que varie de acordo com a interlocução local de cada Promotor do Meio Ambiente e Urbanismo com sua comunidade.

De outro lado, a padronização, se avançar além de sua função operacional e se tornar uma finalidade, acaba por inibir a inovação institucional, que no caso das Promotorias do Meio Ambiente e Urbanismo é absolutamente essencial.

E é muito fácil, no caso do Ministério Público de São Paulo, pensar em exemplos históricos que confirmam essa visão.

Cita-se o paradigma da luta contra as queimadas de canaviais, que provocou uma grande mudança nas consequências ambientais do modo de gestão das práticas rurais no interior do Estado de São Paulo, sendo que esse movimento foi iniciado pela base do Ministério Público.

Essa luta contra as queimadas, aqui usada como destaque de inovação – felizmente há outras na instituição, começou como uma luta isolada de alguns Promotores do Meio Ambiente, sem qualquer suporte das teses institucionais de então, muito menos contando com apoio dos órgãos da Administração Superior daquela época.

Desta forma, um modelo de total padronização e roteirização de intervenção tende a inibir iniciativas desse tipo. E são justamente demandas com essa característica as que trazem mais legitimidade popular para o trabalho do Ministério Público, pois são vistas como demandas da sociedade civil. Já as demandas padronizadas, por mais qualificadas e justificadas que venham a ser, sempre são vistas como demandas da instituição, e nem sempre são sentidas pelas comunidades como demandas que atendam seus anseios.

Nessa ordem de ideias, a padronização e roteirização da atuação dos Promotores do Meio Ambiente e Urbanismo deve ser restrita aos aspectos instrumentais da intervenção (protocolos e bancos de dados). Nas questões de mérito, ou seja, que demandas defender e com qual estratégia, a atuação deve ser necessariamente atomizada, ou seja, individualizada em cada promotoria. Do contrário haverá descolamento das demandas efetivamente apontadas pela sociedade civil.

4 O apoio operacional para as demandas da sociedade civil

Pensando de um ponto de vista de evolução institucional, dúvida não resta de que o Ministério Público de São Paulo vem avançando, paulatinamente, no tocante ao apoio operacional para as demandas dos Promotores do Meio Ambiente.

Acredita-se que, nesse momento institucional, a instituição alcançou uma estrutura mínima de apoio técnico que lhe permite uma reflexão sobre o aproveitamento de tal estrutura operacional para as demandas efetivamente vindas da sociedade civil, avançando para além do modelo restrito aos pareceres técnicos em procedimentos formalmente instaurados.

Não se ignora a importância do apoio operacional para diretrizes de trabalho decorrentes de demandas idealizadas internamente, via intervenções individualizadas ou decorrentes de diretrizes de grupos de trabalho.

Contudo, seria da maior urgência que toda essa estrutura de apoio operacional também fosse pensada e preparada para auxiliar e estimular os Promotores do Meio Ambiente e Urbanismo na identificação e escuta das demandas das comunidades e regiões em que atuam. Não se pode ignorar, nesse raciocínio, que demandas centralizadas, ainda que com a oitiva de colegas de todo o Estado, muitas vezes pouco sentido fazem para as populações locais ou regionais.

E, por mais adequadas que sejam as prioridades definidas internamente, elas pouco contribuem para que as comunidades locais sintam suas demandas efetivamente representadas pelo Ministério Público, de modo que tal situação merece um aperfeiçoamento, novamente sob a pena de perda de espaço político para outras instituições.

Com efeito, o papel constitucional do Ministério Público é o de representar as demandas da sociedade, e não se pode deixar de fazê-lo pautado pela articulação com a sociedade civil, por melhores que sejam as ideias e critérios de adoção pensados pelos seus quadros internos. Embora qualquer ganho ambiental ou urbanístico seja por si bastante importante, a missão institucional do Ministério Público não é atendida se a própria população beneficiada não participa, e muitas vezes por isso não se sente beneficiada, daquela conquista.

Daí que os quadros técnicos que exercem apoio operacional aos Promotores do Meio Ambiente e Urbanismo poderiam ser bastante efetivos na aproximação com a sociedade civil, para a identificação das demandas que as comunidades querem ver defendidas pelo Ministério Público.

5 A regionalização da atuação dos Promotores do Meio Ambiente

Se por um lado a intervenção do Ministério Público precisa estar ancorada na constante interlocução com as comunidades locais, em questões ambientais muitas vezes as demandas da sociedade civil possuem um caráter regional.

Tanto assim que o Ministério Público passou a apontar experiências exitosas de regionalização.

Muitos anos atrás havia, como por exemplo, em Ribeirão Preto, designação de Promotores para oficiar em determinadas questões ambientais de impacto regional, serviços que eram conhecidos por *"promotorias regionais do meio ambiente"*, cujos acervos foram posteriormente incorporados ao GAEMA (art. 14 do Ato PGJ 552/08).

Aquela experiência de "promotorias regionais" foi considerada importante ferramenta de aprimoramento da atuação do Ministério Público na área ambiental, tanto que em setembro de 2008 foram criados os GAEMA e a rede protetiva do meio ambiente, considerando-se, dentre outros pontos, "*o caráter transcendental das questões ambientais* e *que as questões ambientais não ficam restritas a limites geográficos"* (Ato PGJ 552/08).

Tanto isso é verdade que vem sendo analisada por diversos órgãos da Administração Superior a questão da criação formal das Promotorias Regionais do Meio Ambiente.

No contexto da interlocução com a sociedade civil como fundamento do trabalho do Ministério Público, na área ambiental, adota-se aqui o entendimento de que a experiência dos diversos GAEMA mostra a plena viabilidade de um modelo de intervenção por promotorias regionais ambientais.

Não faz mais sentido que ainda haja oposição interna à transformação dos GAEMA em Promotorias Regionais do Meio Ambiente, pois de tal forma a atuação regionalizada dos Promotores seria fortalecida, dando aos seus titulares uma maior estabilidade funcional e condição de planejamento de longo prazo, do ponto de vista pessoal, e maior legitimidade, do ponto de vista político, para a coleta das demandas da sociedade civil de suas regiões, e para sua canalização através dos caminhos mais adequados.

Ademais, no caso dos GAEMA já existe estrutura material e servidores designados, de modo que não há maiores dificuldades administrativas para a regionalização. Nem há mais sentido em, após sete anos de trabalho, falar em *"… Grupos de Atuação Especial, de caráter transitório...",* tal como definido pela Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo (art. 47, V, *d*, da Lei Complementar Estadual 734/93).

Portanto é do maior relevo o apoio a projeto de regionalização das Promotorias do Meio Ambiente, essencial para o fortalecimento do papel dos agentes políticos do Ministério Público como representantes da sociedade civil, nas situações de impacto regional.

6 O Promotor do Meio Ambiente e Urbanismo como agente político constitucional

Na ordem de ideias apontada neste trabalho, é importante considerar a necessidade de reforço da condição do Promotor de Justiça Ambiental e de Urbanismo como um agente político constitucional, cuja atuação está voltada para a concretização do papel outorgado pela carta magna ao Ministério Público.

Sendo assim, é da maior importância e urgência a aproximação dos Promotores do Meio Ambiente e do Urbanismo com a sociedade civil, a fim de efetivamente representar seus anseios e demandas perante o Poder Público e os particulares, o que só é possível através da escolha desse perfil de atuação: agente político constitucional.

A tradicional posição de agente processual deve ser repensada, pois não faz mais sentido que, em nome da cultura das formas processuais e dos procedimentos burocráticos, o Promotor do Meio Ambiente e de Urbanismo consuma a maior parte de sua atuação com o cumprimento de normas para atendimento de expectativas internas.

Os tempos atuais, no Brasil, mostram uma crise de representação política da sociedade, tal como descrito por Marcelo Freixo[3] em recente artigo no jornal Folha de São Paulo:

> Apesar da nostalgia de alguns pelos anos de chumbo, o maior desafio da democracia brasileira não é o risco de um golpe militar. É criar instrumentos para ampliar a transparência e a participação das pessoas nas decisões públicas (...) Rancière escreveu que a democracia não é uma questão de instituições, mas de atividade e imaginação. Está em permanente construção. Precisamos fazer com que os protagonistas sejam as pessoas, não os sócios dos governos. No lugar da cidade negócio, queremos a cidade de direitos. Em vez da soberania confiscada, a soberania cidadã. A resposta para a crise da democracia é mais democracia.

Nesse panorama é preciso pensar a posição do Promotor do Meio Ambiente e Urbanismo como agente político a quem incumbe, pela Constituição, representar as demandas da sociedade, por ela escolhidas.

Sem prejuízo da importância de muitas demandas definidas internamente no Ministério Público, o fato é que muitas vezes essas demandas não são percebidas pelas comunidades como demandas de interesse efetivo dessas comunidades.

E com essa cultura o Ministério Público, na área ambiental e urbanística, acaba muitas vezes trabalhando com uma postura demandista, ainda que obtidos ganhos ambientais e urbanísticos, ao invés de uma postura resolutiva.

[3] FREIXO, Marcelo. Democracia e Cidade. Folha de São Paulo. São Paulo. 11 de agosto de 2.015. Opinião. p. A2.

E postura resolutiva, aqui, permite-se acrescentar, não pode ser vista como uma resolução formal ou mesmo material de uma questão ambiental ou urbanística posta em um inquérito ou processo. Postura resolutiva só se concretiza se os anseios da comunidade se fazem atender pela intervenção do Promotor do Meio Ambiente e de Urbanismo, a partir de demandas levantadas no diálogo com a comunidade, sendo percebidas pela população como demandas por ela definidas.

Nesse contexto, qualquer ganho ambiental e urbanístico alcançado pela intervenção do Promotor de Justiça só pode ser tida por resolutiva se esse ganho fizer sentido dentro de uma prévia articulação com a sociedade civil o que, em última análise, é o que vai legitimar a manutenção, com perenidade, do atual perfil constitucional do Ministério Público.

Não há outro caminho, portanto, que os Promotores do Meio Ambiente e Urbanismo possam trilhar, em longo prazo, para a manutenção de sua função constitucional, que não o permanente e contínuo privilégio, em sua atuação diária, dos trabalhos articulados com as demandas da sociedade civil.

Conclusões

1 A cultura de obrigatoriedade de intervenção em todos os casos é incompatível com a posição de agente político constitucional do Promotor de Meio Ambiente e Urbanismo, pois essa cultura inviabiliza a priorização das demandas ambientais e urbanísticas escolhidas pela sociedade civil;

2 A cultura de agência ambiental é própria dos órgãos detentores de Poder de Polícia Ambiental e Urbanístico, sendo que o papel constitucional dos Promotores do Meio Ambiente e Urbanismo é defender demandas trazidas pela sociedade civil, e não exercer correição do trabalho dos órgãos ambientais e urbanísticos;

3 A atuação dos Promotores de Meio Ambiente e Urbanismo, no tocante aos critérios, metas e estratégias, deve ser atomizada, reservada a padronização e roteirização para aspectos formais de protocolos e registros, sob o risco de ser inviabilizada a inovação na tutela ambiental e urbanística das demandas populares pelo Ministério Público;

4 O apoio operacional aos Promotores do Meio Ambiente e Urbanismo também deve ser voltado para a interlocução com a sociedade civil nas localidades e regiões do Estado, deslocando-se parte do planejamento de trabalho dos Assistentes Técnicos para a identificação e canalização das demandas ambientais das comunidades locais e regionais;

5 É urgente a transformação dos GAEMA em Promotorias Regionais do Meio Ambiente, com cargos fixos, como forma de dar maior efetividade, estabilidade e individualidade regional à cooperação e aliança entre os movimentos populares, conselhos e comitês e os agentes políticos do Ministério Público;

6 A atuação do Promotor do Meio Ambiente e Urbanismo só alcançará um caráter resolutivo se for repensada a atuação desses Promotores como agentes políticos constitucionais que atuem prioritariamente em demandas decorrentes de parcerias com os conselhos, comitês e associações com atuação ambiental e urbanística, superando-se a visão de agente processual demandista com base em representações individuais ou critérios de intervenção definidos internamente.

PACCAGNELLA, L.H. Forms of action of the Attoney at Law for the Environment and Urbanism and the fulfillment of the constitutional role by the Prosecutor´s Office as a representative of society. *Justitia*, São Paulo, v. 208, p. 228-241, Jul./Dec. 2016.

- **ABSTRACT:** The crisis revolving around societal representation stands out all around the world, but particularly in Brazil. The priority of all interventions made by the District Attorney for the Environment and Urbanism must be thought upon based on hearings of society's representative entities. The Public Ministry's intermediation with society will solidify the constitutional legitimacy of the institution and produce better results in terms of perfecting citizenship and valuing environmental education. The legitimacy received by the Public Ministry for societal representation in 1988, through Constituent Power, needs to be affirmed continually and sistematically, through constant dialogue with demands geniunely originated on civil society. The standardization and scripting of the performances by District Attorneys' for Environment and Urbanism must be restricted to the instrumental aspects of the intervention (protocols and databases). As for factual matters, the proceedings must be necessarily inidivualized for each office, otherwise there could be disengagement of demands effectively pointed by civil society. A demanding posture must be avoided, even if it adds to urbanistic and environmental gains, in favor of a resolutional posture, which can't be seen as a formal or even material resolution of an urbanistic or environmental matter upon discussion on an inquiry or lawsuit. A resolutional posture only affirms itself if the community's needs are met by the District Attorney for the Environment and Urbanism's actions, through demands raised based on dialogue with the community and perceived by it as such.

• **KEYWORDS:** Priority. Community. Regionalization. Political agent.

Referências

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Um novo modelo para o Ministério Público na proteção do Meio Ambiente. *Revista de Direito Ambiental***.** São Paulo. Volume 10. p. 07, 1998.

FREIXO, Marcelo. *Democracia e Cidade*. **Folha de São Paulo.** São Paulo. 11 de agosto de 2015. Opinião. p. A2.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e Democracia*. 1ª edição. Leme. Editora de Direito. 1998.

TORQUATO, Gaudêncio. *Varredura Social*. **Folha de São Paulo.** São Paulo. 05 de agosto de 2015. Opinião. p. A3.

Judicialização da Educação Infantil, O Trabalho dos Professores e a Qualidade da Educação: Relações Possíveis

Carlos Roberto Jamil CURY[*]
Luiz Antonio Miguel FERREIRA[**]

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Judicialização da educação. 2 Relações firmadas entre a judicialização e a educação infantil. Conclusão. Referências.

- **RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo discutir a judicialização da educação infantil e os reflexos que proporcionam nas condições de trabalho do profissional da educação. Tendo como foco o direito à educação e à discussão judicial de temas relacionados com as creches, busca traçar as consequências que as decisões judiciais acarretam para os professores, em especial no que diz respeito à falta de vagas e recesso ou férias. Proporciona, também, uma reflexão sobre a questão da qualidade da educação infantil e as consequências das decisões judiciais a respeito do tema.

- **PALAVRAS-CHAVE**: Judicialização da educação. Educação infantil. Vaga em creche. Férias nas creches. Qualidade da educação.

Introdução

Num passado não muito remoto, a primeira etapa da educação infantil – creche – tinha um caráter assistencial que objetivava garantir o trabalho para as mães, ou seja, era considerado um direito da mãe trabalhadora, a ponto da legislação trabalhista estabelecer a necessidade de creche em estabelecimentos em que trabalhassem trinta (30) ou mais mulheres de acordo com a redação original do art. 389 da Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-Lei nº 5.452/1943.

[*] Professor Titular da UFMG (aposentado); Professor Adjunto da PUC Minas.

[**] Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Integrante do Grupo de Atuação Especial em Educação – GEDUC REGIÃO DE PRES. PRUDENTE. Mestre em Educação pela Unesp. novembro/2016.

Assim, as creches constituíam-se num modelo assistencial às crianças, mas tendo como foco a genitora. Por outro lado, a legislação educacional fazia breves e genéricas referências a escolas maternais ou jardins de infância em geral sob a rubrica de pré-primário como é o caso dos artigos 23 e 24 da Lei nº 4.024/61 e não o consignando como direito. Com o advento da Constituição Federal de 1988, ficou expressamente estabelecido que a educação infantil é um direito relativo à educação a que faz jus a criança de até 05 anos de idade, mediante o dever do Estado. Assinale-se que a educação infantil se distingue em creche (0 a 3 anos) e pré-escola (4 a 5 anos).

Nesse sentido, pontua a Constituição Federal:

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 anos de idade. VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Verifica-se que a lei maior não apenas estabeleceu como dever do Estado a garantia da creche, como também do atendimento mediante programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência. Porém, não obstante esta norma, o efetivo reconhecimento deste direito somente ocorreu quando do julgamento do RE 467255, em 22 de fevereiro de 2006, pelo Supremo Tribunal Federal, onde ficou decidido:

CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

Consta expressamente da decisão:

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, 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)[1], 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.

Apontou o Supremo Tribunal Federal que a oferta de creche não se qualifica como um ato discricionário da Administração Pública e "nem se subordina às razões de puro pragmatismo governamental". Os municípios "não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo artigo 208, IV da Lei Fundamental da República, que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa".

Posteriormente, com o advento da emenda constitucional nº 53/09 e da pressão de muitos educadores, a educação infantil foi contemplada com um porcentual do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, cuja regulamentação se deu pela Lei nº 11.494/2007, no artigo 36.

Após esta decisão do STF e da Lei nº 11.494/2007, os reflexos foram sentidos por todos os interessados, ou seja, dos tribunais às prefeituras, isto porque, se a justiça anteriormente não reconhecia expressamente este direito[2], com a decisão do Supremo Tribunal Federal passou a dar efetividade a tal comando, obrigando os municípios a ofertarem a creche a toda criança, desde que o pai ou responsável manifestasse interesse. Isto porque o pai não tem a obrigação de matricular o filho na creche, mas, sim, na educação básica obrigatória e gratuita dos 04 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade (Art. 208, I da CF e Lei nº 13.005/2014). No entanto, a partir do momento que manifesta o desejo de colocar a criança na creche, surge, em contrapartida, a obrigação do Poder Público (município) de oferecê-la em quantidade e quali-

[1] Vale ressaltar que a redação original do artigo 208, IV, estabelecia o direito às crianças de zero a seis anos de idade. Porém, com a Emenda Constitucional nº 53, de 2006, tal direito ficou assegurado às crianças de zero a cinco anos de idade.

[2] Antes desta decisão, havia posicionamentos judiciais contrários ao direito da creche, fundamentando-se no sentido de que a creche não se enquadraria como direito público subjetivo, posto que não é considerada obrigatória e que o PJ não poderia interferir na esfera da decisão discricionária do Poder Executivo, em face do princípio constitucional da separação dos poderes.

dade suficientes. Ademais, o município passou a receber um valor do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, para garantir este direito. Em síntese: reconheceu expressamente o direito à creche e garantiu-lhe o financiamento.

Pois bem. Tendo a lei consagrado o direito à creche como um direito da criança de até 03 anos de idade, impondo a obrigação de sua oferta pelo Município, é óbvio que esta mudança de paradigma proporcionou discussão no âmbito judicial, não somente em relação à oferta de vagas, mas também no tocante a outros temas como financiamento adequado, férias, qualidade da educação, alimentação, transporte e outros, proporcionando uma verdadeira judicialização da educação infantil.

O problema é que esta judicialização realizada no âmbito do poder judiciário acarreta consequências reais e imediatas não só em relação ao poder público (gestor), como também ao processo pedagógico, envolvendo todos os servidores (com especial atenção ao professor - executor), crianças, pais e responsáveis.

Tendo como parâmetro tal situação, o presente artigo busca analisar as consequências da judicialização da educação infantil em relação ao professor, abordando alguns temas específicos e sugerindo uma reflexão sobre o problema que atinge grande número de municípios brasileiros, tendo como foco a questão da qualidade da educação.

1 Judicialização da educação

É certo que o reconhecimento legal do direito à educação infantil – creche – por si só não traria tanta discussão no âmbito do Poder Judiciário, se não fosse a legitimação conferida pela lei ao Ministério Público e Defensoria Pública para buscar a garantia e efetividade do direito através de ações judiciais individuais e coletivas. Assim, além dos pais ou responsáveis, o Ministério Público e a Defensoria Pública também passaram a atuar para fazer valer os direitos previstos na Constituição Federal no que diz respeito à educação, e em especial, com a educação infantil.

Com isso, como já afirmamos, "o Poder Judiciário passou a ter funções mais significativas na efetivação desse direito. Inaugurou-se no Poder Judiciário uma nova relação com a educação, que se materializou através de ações judiciais visando a sua garantia e efetividade. Pode-se designar este fenômeno como a JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO, que significa a intervenção do Poder Judiciário nas questões educacionais em vista da proteção desse direito até mesmo para se cumprir as funções constitucionais do Ministério Público

e outras instituições legitimadas" (FERREIRA, L. A.M., CURY, C.R.J. A Judicialização da Educação, 2010).

No mesmo sentido, Álvaro Chrispino e Raquel Chrispino apontam "a judicialização das relações escolares como aquela ação da Justiça no universo da escola e das relações escolares, resultando em condenações das mais variadas" (A Judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores, 2008).

Em síntese, a judicialização da educação está diretamente relacionada com o disposto no artigo 208 da Constituição Federal. Com efeito, estabelece o citado artigo:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola. (grifos nossos)

Verifica-se que a Constituição Federal, impondo algumas obrigações para o Estado, o seu não cumprimento pode ensejar ações judiciais para garantir a sua concretização. É isso que vem ocorrendo com a educação. Cada

vez mais, a Justiça está sendo acionada para discutir temas relacionados à educação, abrangendo uma variedade imensa de assuntos.

Por um lado, tem sido positiva esta judicialização, uma vez que os direitos consagrados constitucionalmente, em relação à educação, estão entrando na pauta de discussão dos poderes públicos e sendo garantidos, independente da vontade do órgão executor. Isso é relevante e apresenta-se como a efetivação do estado de direito. Na verdade, o Poder Judiciário está sendo levado a formular e implementar políticas públicas na área educacional para que não reste vulnerado o direito fundamental previsto constitucionalmente. Ademais, verifica - se, em âmbito nacional, uma procura pela especialização da matéria por aqueles que estão diretamente envolvidos, como Juízes, Promotores de Justiça, Defensores Públicos e Advogados, dado o caráter complexo da legislação educacional. É crescente o número de Promotorias de Justiça que vêm se especializando em educação.

No entanto, a judicialização traz consigo outra faceta, não muito positiva. Nas citadas carreiras jurídicas, existem profissionais que desconhecem os meandros da educação proporcionando equívocos judiciais com reflexos educacionais com suas ações ou decisões, embora com fundamentação jurídica legítima. E, muitas vezes, as consequências atingem diretamente a criança ou o adolescente, e, em outras ocasiões, os próprios professores. Esta realidade requer uma análise mais ampla a fim de possibilitar a perfeita fusão do pedagógico com o jurídico, de modo a se cumprir a lei, sem prejuízo da questão educacional. É o que se passa a analisar, especificamente, no que diz respeito à educação infantil.

2 Relações firmadas entre a judicialização e a educação infantil

A judicialização da educação infantil tem abrangido vários aspectos, como: a) falta de vaga; b) férias escolares; c) período integral e parcial; d) merenda escolar; e) transporte escolar; f) material didático-pedagógico; g) inclusão do aluno com deficiência; h) adequação do prédio escolar; i) matrícula escolar; j) financiamento, entre outros.

Constata-se que todos estes temas têm um reflexo direto para o professor, podendo atingir sua atuação docente. Por outro lado, guardam relação imediata com a qualidade da educação infantil que, muitas vezes, é desconsiderada quando da judicialização. Vejamos, de forma exemplificativa, algumas situações que ocorrem na prática.

a) Vagas nas creches:

Esta questão está pacificada na justiça, no sentido de que a vaga na creche se trata de um direito indisponível e público subjetivo (quando ocorre a procura pelo pai ou responsável, de vez que esta etapa da educação infantil não é obrigatória) que não pode ficar a critério da conveniência ou oportunidade do município em oferecê-la. Existem até Súmulas dos Tribunais a respeito[3].

Desta forma, o ingresso de uma ação judicial para obtenção de vaga em creche encontra respaldo no Poder Judiciário que confere efetividade ao que estabelece a Constituição Federal.

Por outro lado, este direito responde a uma situação sócio-antropológica muito real e nossas cidades, especialmente aquelas pautadas por uma metropolização complexa. As famílias, quaisquer que sejam seus desenhos, buscam a recomposição da renda. Neste sentido, os pais se veem obrigados a buscar nichos no mercado de trabalho. A escola vem sendo o lugar por excelência para deixarem seus filhos aos cuidados de educadores, pois ela é um locus permanente, sistemático e aberto a todos com apoio do Estado. Por outro lado, as famílias diminuíram seu tamanho, os vizinhos enfrentam situações similares e a rua tornou-se lugar de preocupação e mesmo de violência. Daí que a educação infantil tenha se tornado uma necessidade nascida das transformações pelas quais passam tanto as cidades como as famílias. O direito à educação infantil e o dever do Estado respondem a este contexto maior.

O problema é que não se pode analisar esta questão relacionando-a apenas ao direito individual ou coletivo. Há necessidade de se seguir parâmetros de qualidade, sob pena de transformar as creches em depósitos de crianças. Com efeito. As Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil – Resolução CNE/CEB n° 01, de 07/04/99, a revisão do Parecer nº 20/09, a Resolução nº 5, de 17/02/09 do CNE e Resolução nº 4, de 13/ 07/10 – definem as diretrizes curriculares nacionais gerais para a Educação Básica e esta-

[3] No Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça formulou duas súmulas a respeito da vaga em creches. Súmula 63: É indeclinável a obrigação do município de providenciar imediata vaga em unidade educacional à criança ou adolescente que reside em seu território. Súmula 65: Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transportes a crianças ou adolescentes.

belecem o número máximo de crianças por professor. Consta expressamente do Parecer nº 20/09 do CNE, devidamente homologado em 09/12/09 que a proporção a ser seguida é a seguinte:

"O número de crianças por professor deve possibilitar atenção, responsabilidade e interação com as crianças e suas famílias. Levando em consideração as características do espaço físico e das crianças, no caso de agrupamentos com criança de mesma faixa de idade, recomenda-se a proporção de 6 a 8 crianças por professor (no caso de crianças de zero e um ano), 15 crianças por professor (no caso de criança de dois e três anos) e 20 crianças por professor (nos agrupamentos de crianças de quatro e cinco anos)".

Em síntese, a proporção é a seguinte:

- Um professor para cada 6 a 8 crianças de 0 a 1 anos de idade.
- Um professor para cada 15 crianças de 2 e 3 anos de idade.
- Um professor para cada 20 crianças de 4 a 5 anos de idade.

A decisão judicial que determina a colocação de uma criança na creche ou pré-escola, na maioria das vezes, não leva em consideração essa questão que acaba refletindo diretamente no professor e no processo pedagógico. E nem sempre considera que há uma inscrição das famílias na expectativa de serem atendidas pelo aumento planejado de vagas. Assim, da mesma forma que a vaga é um direito da criança, a educação de qualidade também é um direito consagrado, que deverá ser observado. Com efeito.

Estabelece a Constituição Federal:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
.....
VII - garantia de **padrão de qualidade**.
.....
Art. 211. A União Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.
§ 1º - A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e **padrão mínimo de qualidade** do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. (grifos nossos)

Idêntica determinação consta dos artigos 3º, IV e 4º, IX da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9394/1996. Aliás, o termo qualidade da educação é citado em inúmeros outros artigos e leis esparsas, reforçando a ideia de que não basta garantir vaga a uma criança na creche, tornando-se necessário garantir a qualidade do serviço ofertado. Porém, quando não há este questionamento no âmbito judicial, muitas vezes tornando a demanda na busca de vaga apenas um acesso, as consequências são sentidas pelos professores que são obrigados a suportar uma carga de alunos maior do que foi estabelecido para a garantia da qualidade da educação. Essa questão representa um exemplo claro de como a judicialização interfere no trabalho docente e, consequentemente, na educação das próprias crianças atendidas.

Desta forma, reputa-se necessário não somente garantir a vaga, mas saber e acompanhar como a criança será inserida na escola. Na impossibilidade de pronto atendimento, por falta de professores em números suficientes, há necessidade de se aguardar a regularização desta situação. Esta solução apresenta-se pedagogicamente consequente ao ciclo da existência da criança em oposição ao acúmulo de crianças para um único professor em total prejuízo ao seu desenvolvimento. Trata-se de uma avaliação que deve ser feita para garantir a vaga e a qualidade da creche. A decisão judicial que garante a vaga deveria, como consequência lógica, garantir a qualidade da educação, com o acompanhamento do cumprimento da decisão no sentido de saber onde a criança foi matriculada e se há o respeito às Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil com relação ao número de alunos por professores.

Ademais, há que se considerar a responsabilidade dos Municípios em relação à educação obrigatória, ora estendida para as crianças desde os 04 anos e o orçamento disponível. Neste sentido, cumpre trazer à questão dois pontos importantes. O primeiro se refere às responsabilidades dos entes federativos no apoio à educação infantil. Elas não são exclusivas dos Municípios. De acordo com o artigo 23 e artigo 30 da Constituição Federal, essa responsabilidade deve ser compartilhada com os Estados e a União. É o que é reforçado pela Lei nº 13.005/2014 na primeira estratégia da meta 1:

1.1) definir, em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, metas de expansão das respectivas redes públicas de educação infantil segundo padrão nacional de qualidade, considerando as peculiaridades locais.

O segundo se reporta ao alinhamento estabelecido pelo Plano Municipal de Educação em relação à meta 01 e suas respectivas estratégias postas no Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014).

E tem ainda como derradeiro, a questão do financiamento da creche que deve obedecer aos critérios estabelecidos no FUNDEB, não se concretizando o repasse de dinheiro de forma imediata com a matrícula da criança.

Em síntese, verifica-se que a garantia de uma vaga na creche envolve muitas outras questões que devem ser observadas, sob pena de prejudicar o desenvolvimento da criança e uma sobrecarga ao professor. A garantia de uma vaga reflete em muitas outras crianças e afeta o trabalho docente, circunstâncias que não podem ser desconsideradas.

b) Férias escolares:

A Constituição Federal é clara no sentido de tratar a creche como educação.

Nesse sentido estabelece:

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;

No mesmo sentido detalha a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9394/96) o dever do Estado, bem como os níveis e composição da Educação, inserindo as creches na educação infantil, uma das modalidades da Educação Básica.

Diz a lei:

Art. 30. A **educação infantil** será oferecida em:

I - **creches**, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

II - **pré-escolas**, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade.

Diante da legislação supracitada só há uma conclusão: **creche é educação.** Nessa circunstância, sujeita-se às regras específicas da legislação educacional quanto aos dias de trabalho. Nesse sentido, pontua a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9394/96):

Art. 31. A educação infantil será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:
I - avaliação mediante acompanhamento e registro do desenvolvimento das crianças, sem o objetivo de promoção, mesmo para o acesso ao ensino fundamental;
II - carga horária mínima anual de 800 (oitocentas) horas, distribuída por um mínimo de 200 (duzentos) dias de trabalho educacional;
III - atendimento à criança de, no mínimo, 4 (quatro) horas diárias para o turno parcial e de 7 (sete) horas para a jornada integral;
IV - controle de frequência pela instituição de educação pré-escolar, exigida a frequência mínima de 60% (sessenta por cento) do total de horas;
V - expedição de documentação que permita atestar os processos de desenvolvimento e aprendizagem da criança (grifo nosso).

Logo, as creches devem ter o recesso ou férias escolares por imposição legal, pois integrando o calendário anual, a sua proposta de trabalho educacional inclui o recesso. O objetivo é claro: a) de um lado, garantir à criança o direito à convivência familiar e comunitária prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 19 do ECA: Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família); b) proporcionar aos profissionais que trabalham na creche – professores – o tempo necessário para a o descanso e planejamento da operacionalização do projeto político pedagógico da escola.

Não é por outra razão que a Câmara de Educação Básica aprovou o voto da Conselheira Relatora Malvina Tânia Tuttman (Parecer nº 23/2012 – Processo nº 23001. 000049/2011-19, devidamente homologado pelo Ministro da Educação conforme publicação no DOU de 19/03/2013) assim estabeleceu:

1. As creches e pré-escolas constituem-se em estabelecimentos educacionais públicos ou privados que educam e cuidam de crianças de 0 (zero) a 5 (cinco) anos de idade, por meio de profissionais com a formação específica legalmente determinada, a habilitação para o magistério superior ou médio, refutando assim funções de caráter meramente assistencialista, embora mantenha a obrigação de assistir às necessidades básicas de todas as crianças.

2. Nas creches e pré-escolas mostra-se adequada uma estrutura curricular que se fundamente no planejamento de atividades durante um período, sendo normal e plenamente aceitável a existência de intervalo (férias ou recesso), como acontece, aliás, na organização das atividades de todos os níveis, etapas e modalidades educacionais. Tal padrão de organização de tempo de operacionalização do projeto político-pedagógico, com inclusão de interva-

los, não constitui obstáculo ou empecilho para a consecução dos objetivos educacionais, ao tempo em que contribui para o atendimento de necessidades básicas de desenvolvimento das crianças relacionadas à convivência intensiva com suas famílias e a vivências de outras experiências e rotinas distintas daquelas organizadas pelas instituições de educação.

Não obstante toda esta sistemática legal, o Poder Judiciário tem se posicionado no sentido da não interrupção do atendimento na creche, ou seja, da impossibilidade de férias ou recesso, sendo que, em determinados julgados, ainda se manifesta pelo caráter assistencial da creche. Esta lição pode ser extraída da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação nº 022152290.2009.8.26.0000, em que figura como apelante o Município de São Paulo e apelada a Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Consta do acórdão:

Caráter pedagógico e assistencial da educação infantil, que, ao proporcionar aos pais meios para obter o sustento da família, contribui para a realização dos fundamentos da República Brasileira consubstanciados na dignidade humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, III, IV da Constituição Federal). Serviço público essencial, que deve ser prestado continuamente sem a possibilidade de restrição de caráter infraconstitucional, inviabilizando, também, a adoção do sistema de plantão ou a limitação aos estabelecimentos da rede direta de ensino.

Em decisão mais recente, referido Tribunal reiterou a impossibilidade de férias ou recesso nas creches:

COMINATÓRIA - Obrigação de fazer - Propositura em face do Município de Salto/SP - **Dever do Poder Público de fornecer educação básica, obrigatória e gratuita a criança em unidade de educação infantil próxima à sua residência**, no período integral, observado o período de recesso - Pedido procedente - **Serviço essencial que deve ser prestado ininterruptamente, até nos recessos de férias** - Possibilidade, entretanto, do Poder Público promover eventual redirecionamento das crianças que utilizarão creche neste período, com a garantia de atendimento de toda a demanda, providenciando o necessário transporte em caso de transferência para local distante a mais de dois quilômetros da residência da criança - Recurso do Município parcialmente provido para este fim. Salto - Câmara Especial - Relator Pinheiro Franco (Pres. Seção de Direito - 05/10/2015 - Votação: Unânime - Voto nº 29702).

Com isso a questão das férias ou do recesso da educação infantil – creche – quando judicializada não encontra respaldo legal, refletindo diretamente no profissional da educação que se encontra tolhido de tal direito. O professor da creche é tão professor como o da pré-escola. Muitas vezes, ocupam o mesmo prédio. Porém, quando do recesso escolar, um goza das férias e o outro não. Cabe ressaltar que o trabalho do professor da creche, às vezes, é mais cansativo que o de outras modalidades de ensino, em face da idade das crianças.

A justiça nesses casos, a pretexto de contribuir com os pais ou responsáveis para garantir o sustento da família (sendo que os pais trabalhadores têm direito a férias) sobrecarrega o professor. Questiona-se nesta situação, não apenas o direito do professor trabalhador, mas também a qualidade do ensino. Aliás, este ponto tem o mesmo fundamento da questão da vaga. A pretexto de se garantir um serviço de forma ininterrupta compromete-se a sua qualidade. E as crianças que seriam as beneficiadas pelo serviço contínuo acabam sendo prejudicadas pelo ensino ministrado.

Esta situação revela apenas que há necessidade de se pensar a creche como educação dando-lhe o tratamento jurídico que lhe é reservado pela Constituição Federal.

O recesso, como apontado no parecer do Conselho Nacional de Educação, não impede a utilização do prédio por outras secretarias municipais para o desenvolvimento de atividades extracurriculares. Trata-se de uma questão de política intersetorial para a infância e não educacional[4]. Consta expressamente do parecer:

Considera-se que muitas famílias necessitam de atendimento para suas crianças em períodos e horários que não coincidem com os de funcionamento regular dessas instituições educacionais, como o horário noturno, finais de semana e em períodos de férias e recesso. Contudo, esse tipo de atendimento,

[4] Afora a legislação educacional propriamente dita, pode-se verificar esta intersetorialidade na CLT, art. 389 § 2o. Nada impede que esta intersetorialidade, também prevista no ECA, seja expandida à luz da LDB. O recente Decreto nº 8.869, de 05 de outubro de 2016, que instituiu o Programa Criança Feliz, que tem entre os seus objetivos a promoção e o desenvolvimento humano a partir do apoio e do acompanhamento do desenvolvimento infantil integral na primeira infância, estabeleceu que a sua implantação ocorrerá "a partir da articulação entre as políticas de assistência social, saúde, educação, cultura, direitos humanos, direitos das crianças e dos adolescentes, entre outros (art. 5º), reforçando assim a necessidade da colaboração recíproca, não somente entre os poderes, mas também no âmbito administrativo.

que responde a uma demanda legítima da população, enquadra-se no âmbito de **"Políticas para a Infância"**, devendo ser financiado, orientado e supervisionado por outras áreas, como assistência social, saúde, cultura, esportes e proteção social. O sistema de ensino define e orienta, com base em critérios pedagógicos, o calendário, os horários e as demais condições para o funcionamento das creches e pré-escolas, o que não elimina o estabelecimento de mecanismos para a necessária articulação que deve haver entre a educação e outras áreas, como a saúde e a assistência, a fim de que se cumpra, do ponto de vista da organização dos serviços nessas instituições, o atendimento às demandas das crianças. **Dessa forma, instalações, equipamentos, materiais e outros recursos, sejam das creches e pré-escolas, sejam dos outros serviços, podem e devem ser mobilizados e articulados para o oferecimento de cuidados e atividades às crianças que delas necessitarem durante o período de férias e recesso das instituições educacionais.** (grifo nosso)

Desta forma, seria muito mais adequado planejar de modo intersetorial junto ao município programas alternativos para as crianças de modo a atendê-las em férias escolares. Até porque, a prioridade que se deve dar à criança e ao adolescente engloba a precedência na formulação e na execução das políticas sociais públicas, conforme expressamente previsto no artigo 4º, parágrafo único, "c" do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nos moldes da "escola da família" seria interessante a criação de programa social "escola em férias" que não abrangeria apenas as crianças em idade para creche, mas com outras idades e cujos pais também precisam trabalhar. Com isso, cumprir-se-ia a lei e não sobrecarregaria o professor. E a qualidade da educação estaria garantida.

Conclusão

Em face destas considerações, pode-se afirmar em relação à questão da ausência de vagas e do recesso ou férias escolares na educação infantil que as ações judiciais ingressadas têm por fundamento o disposto no artigo 208, III do ECA, que trata da proteção judicial dos interesses individuais, difusos e coletivos, que estabelece:

Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes **ao não oferecimento ou oferta irregular (grifo nosso)**:

I - ...

II - ....

III – de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade;

Assim, quando se almeja a vaga em creche é porque o serviço não está sendo oferecido a todos. Quando se busca o trabalho continuo do professor de creche, mesmo no recesso ou férias escolares, a ação está fundamentada também na ausência de oferecimento do serviço durante este período.

Contudo, o que se propõe a refletir neste estudo é que garantir a matrícula da criança, sem levar em consideração o número aluno por professor ou a ausência de férias ou recesso das creches, caracteriza uma oferta irregular do serviço público, também passível de questionamento judicial. No fundo, o que se busca é a garantia do ensino de qualidade que passa por estes problemas. A lei deve ser interpretada em sua integralidade, ou seja, analisando o não oferecimento ou a oferta irregular. O problema é que a análise judicial destas questões tem se centrado apenas na questão do não oferecimento. É hora de mudar o foco e garantir a vaga na creche com qualidade e o recesso ou férias escolares também como fundamento da qualidade do ensino ministrado.

Ressalta-se que estes dois problemas decorrentes da judicialização da educação infantil tem uma ligação direta com o professor e sua atividade docente. Mas, outros efeitos também são sentidos pela administração de um modo geral em face dessa judicialização e que merecem análise. Trata-se da questão referente à data da matrícula da criança em creche e a sua consequente judicialização. Nesse caso, dois problemas são levantados:

a) Pode-se estabelecer data de corte etário para o ingresso na creche? A Lei fala em creche e educação infantil às crianças até 05 anos de idade[5]. Logo, a criança ao nascer já tem direito à creche e deve o município ofertar a vaga.

b) Desta forma, seria muito mais adequado planejar de modo intersetorial junto ao município programas alternativos para as crianças de modo a atendê-las em férias escolares. Até porque, a prioridade que se deve dar à criança e ao adolescente engloba a precedência na formulação e na execução das políticas sociais públicas, conforme expressamente previsto no artigo 4º, parágrafo único, "c" do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nos moldes da "escola da família" seria interessante a criação de programa social "escola em férias" que não abrangeria apenas as crianças em idade para creche, mas com outras idades e cujos pais também precisam trabalhar. Com

[5] Diferente da redação original do artigo 208, IV da CF, que citava o "atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade".

isso, cumprir-se-ia a lei e não sobrecarregaria o professor. E a qualidade da educação estaria garantida.

c) Há período pré-estabelecido a ser obedecido para a matrícula nas creches? Esta é a outra questão que traz reflexos diretos para a administração e que merece apreciação. A rede pública de educação como um todo estabelece, através de resoluções, critérios e procedimentos para a implantação do processo de atendimento da demanda escolar. Há um calendário a ser obedecido que serve para orientação dos pais, bem como da própria administração, para efeito de planejamento. Com as creches esta situação não se verifica, principalmente quando é judicializado este direito. Isto porque, independente do dia ou mês, a decisão judicial impõe a matrícula, sem levar em consideração um eventual planejamento. Este tema acarreta reflexos diretos às crianças, pais e à administração pública e também requer uma atenção especial. Ressaltem-se, no caso, as estratégias 1.3 e 1.4 do Plano Nacional de Educação, respectivamente:

1.3) realizar, periodicamente, em regime de colaboração, levantamento da demanda por creche para a população de até 3 (três) anos, como forma de planejar a oferta e verificar o atendimento da demanda manifesta;

1.4) estabelecer, no primeiro ano de vigência do PNE, normas, procedimentos e prazos para definição de mecanismos de consulta pública da demanda das famílias por creches;

Diante de todas estas observações, constata-se que a judicialização da educação, e em especial da educação infantil na modalidade de creche, requer dos operadores do direito uma visão mais alargada, posto que, a pretexto de cumprir a lei, acabam por estabelecerem situações que mais prejudicam a criança, do que a beneficiam. Também se vislumbra destas considerações a importância de uma maior especialização dos operadores do direito na seara educacional, que tem suas peculiaridades e especificidades.

Por fim, resta firmar o posicionamento jurídico e educacional quanto à qualidade da educação infantil (principalmente quando judicializada). Isto porque a vaga deve ser garantida na creche, mas sem desmerecer a qualidade. Tanto que entre as estratégias previstas para a Meta 01 do Plano Nacional de Educação está a 1.6 que impõe a implantação da "avaliação da educação infantil, realizada com base em parâmetros nacionais de qualidade, a fim de aferir a infraestrutura física, o quadro de pessoal, as condições de gestão, os recursos pedagógicos, a situação de acessibilidade entre outros indicadores relevantes". Segundo o estudo Impacto do Desenvolvimento na Primeira Infância sobre a Aprendizagem, realizado pelo Núcleo Ciência Pela Infância

(NCPI)[6], pesquisas evidenciam que essa qualidade da creche pode ser conferida por uma série de fatores, dentre eles:

- **Profissionais com bom nível de formação, atentos e responsivos às necessidades das crianças e engajados em promover o desenvolvimento pleno.**
- **Turmas pequenas com número reduzido de crianças por educadores.** (grifo nosso)
- Currículo adequado à faixa etária com atividades e programa pedagógico bem estruturados.
- Ambiente estimulante e voltado para a participação ativa da criança.
- Infraestrutura segura.
- Rotinas de higiene e cuidado pessoal.
- Modelo de atendimento associado a atividades para apoiar e orientar os pais.

O que se almeja é uma escola de qualidade para todos. Até porque creches de baixa qualidade impactam de forma negativa o desenvolvimento regular da criança e os operadores do direito não podem desconsiderar tal questão.

Resta, ainda, a efetiva aplicação do princípio da colaboração recíproca posto no art. 211 da Constituição Federal, que implica todos os poderes públicos. Como decorrência deste princípio e o da gestão democrática, a melhor saída, além dos parâmetros estabelecidos pela Lei nº 13.005/2014 é o estabelecimento de um diálogo entre os poderes, sem desmerecer a especialização dos operadores do direito quanto às questões educacionais.

CURY, C. R. J., FERREIRA, L. A. M. Judicialization of early childhood education, the work of teachers and the quality of education - possible relationships. *Justitia*, São Paulo, v. 208, p. 242-259, Jul./Dec. 2016.

- **ABSTRACT:** The purpose of this article is to discuss the judicialization of early childhood education and the effects it has on the working conditions of the education professional. Focusing on the right to education and the judicial review of issues related to daycare centers, it seeks to trace the consequences that judicial decisions have for teachers, especially with regard to the lack of enrollment and recess or vacations. It also provides a reflection on the issue of the quality of early childhood education and the consequences of judicial decisions on the subject.

- **KEYWORDS**: Right of education. Judicial review. Lack of enrollment. Conditions of work. Teachers. Quality of early childhood education.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. (Coleção Saraiva de Legislação).

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente: promulgado em 13 de julho de 1990. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. (Coleção Saraiva de Legislação).

BRASIL. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Lei nº 9394 promulgada em 20 de dezembro de 1996. São Paulo: Roma Victor ed. 2007;

Comitê Cientifico do Núcleo Ciência pela primeira infância (2014). Estudo nº 1. O impacto do Desenvolvimento na primeira infância sobre a aprendizagem. Disponível no site: www.ncpi.org.br

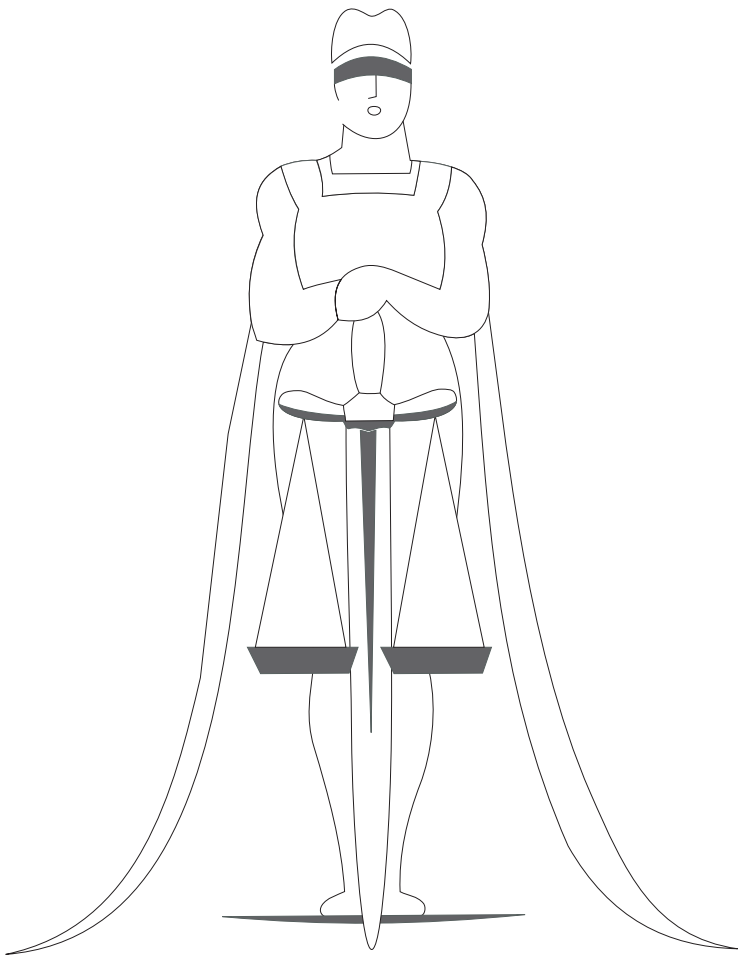
CHRISPINO, Álvaro e CHRISPINO, Raquel S. P., **A Judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores.** http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104- 40362008000100002&script=sci_arttext&tlng=pt - Ensaio: Avaliação e Políticas Públicas emEducação. ISSN 0104-4036:Aval. pol.públ.Educ. vol.16 nº58. Rio de Janeiro, jan./mar. 2008 - 10.1590/S0104-40362008000100002.

CURY, C.R.J e FERREIRA, L.A.M. **A judicialização da educação**. IN: FERREIRA, A.M.F. Temas de Direito à Educação. São Paulo: Imprensa Oficial: Escola Superior do Ministério Público, 2010, p. 53-94.

GOTTI, Alessandra. **A Qualidade Social da Educação Brasileira nos Referenciais de Compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação**. São Paulo, 2016. http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=41851-estudo-processos-judicializacao-temas-tratados-normas-da-ceb-cnepdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192

DOUTRINA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

THE PUBLIC PROSECUTOR´S OFFICE DOCTRINE



A Natureza do Método Científico com Aplicações à Resolutividade do Ministério Público

João Gaspar RODRIGUES*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Padrão de trabalho científico e auxílio técnico. 2 Modelo tópico de atuação: experiência real. 2.1 Celeridade. 2.2 Transparência. 2.3 Inovação. 2.4 Modernização gerencial. 2.4.1 Acesso a modernas ferramentas tecnológicas. 2.4.2 Uso intensivo e plural de informações. 2.4.3 Aperfeiçoamento da investigação e da responsabilização. 2.4.4 Trabalho em equipe. 2.5 Conclusão. 3 O misoneísmo ministerial. 3.1 Agente ministerial pré-científico e um trabalho de reengenharia institucional. 4 Roteiro científico. 4.1 Utilização do mecanismo jurídico adequado. 4.2 Desconfie dos argumentos de autoridade. 4.3 Evasão do raciocínio discursivo. 4.4 Olhando para os fatos. 4.5 Aprender a fazer, fazendo. 4.6 O método de "tentativa e erro". Conclusões. Referências.

- **RESUMO:** O ensaio tece considerações sobre o método científico aplicado às ações jurídicas do Ministério Público substituindo incoerentes atuações burocráticas por formas nítidas e distintas de uma atividade produtiva claramente transformadora da realidade social. A cientificidade agregada às ações ministeriais não se confunde com a almejada resolutividade, embora seja um aspecto absolutamente necessário. O objetivo primordial do estudo não é pedagógico ou prático. Sua função é, unicamente, mostrar que certas consequências seguem-se a certas causas, e que, para obter certos fins, certos meios são os mais eficazes.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público Científico. Novos métodos. Gestão moderna. Uso plural de informações. Desafios. Exigências.

Introdução

Se considerarmos que os poderes sociais não estatais (conglomerados econômicos, grandes empresas, multinacionais, organizações criminosas etc.)

* Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade de Cândido Mendes /RJ. Promotor de Justiça em Manaus

constituem, ao lado do próprio Estado[1], um dos grandes vetores de violação dos direitos fundamentais e que dispõem de um aparato técnico altamente qualificado (técnicos bem remunerados nas mais diversas áreas do conhecimento, grandes firmas de advocacia, advogados de reconhecido mérito etc.) capaz de levantar sérios obstáculos à atuação eficiente dos órgãos públicos de controle, de fiscalização e de responsabilização, temos fundadas razões para proclamar a necessidade de uma instituição como o Ministério Público se preparar cientificamente para fazer frente a esses fabulosos diques erguidos (cuja argamassa tem como principal ingrediente os insumos técnico-científicos), agindo com precisão cirúrgica.

E cada vez que esses "poderes sociais" enganam ou derrotam a lei e seus representantes, submetendo a autoridade do Estado e da própria lei aos seus propósitos pessoais, crescem em força e domínio[2], com evidentes prejuízos para o prestígio de instituições como o Ministério Público. Mas esses "poderes" intimidam enquanto não há outros "poderes" mais efetivos do lado oposto.

A história recente nos dá provas de como esses "poderes sociais" podem ser virulentos quando os controles existentes se revelam ineficazes. Em fins do século XIX e início do século XX, uma casta de magnatas americanos, homens de negócios (como Henry Ford, os magnatas do aço de Pittsburgh, os barões do carvão de Kentucky e Pennsylvania), dispunham dos domínios industriais com uma autoridade que frequentemente ameaçava, e algumas vezes sobrepujava o poder dos governos estadual e federal (Laski, 1946, p. 133/164). Quem quer que leia a literatura dos Estados Unidos de 1920 até 1930 e poucos anos depois, tem a sensação de que as fronteiras da democracia política estiveram ameaçadas profundamente.

Para esses "poderes", democracia significa *laissez faire,* e quando a democracia, através de seus órgãos de controle, nega a validez ampla do *laissez faire,* eles se tornam céticos a respeito da validez da própria democracia. E sabemos que uma sociedade democrática vive pela manutenção da lei à qual nenhum cidadão é superior. E o hábito do respeito pela lei, ainda em última análise, nasce da compreensão por parte dos cidadãos de que a sociedade lhes fornece, e aos seus iguais, a capacidade de satisfazer as expectativas que julgam legítimas, e que esta capacidade é mantida pela lei (pelo

[2] O método científico pode se unir tanto com uma grande maldade como com uma grande bondade, e ao associar-se a uma como a outra, simplesmente lhes outorga uma grande eficácia.

marco jurídico estabelecido pela comunidade política), para a qual se pede seu respeito. Se esta compreensão está ausente durante algum período em alguma minoria considerável ou poderosa, os métodos democráticos desaparecerão, substancialmente, com toda a certeza.

Em meio a um Estado habitual e historicamente autoritário, com uma voracidade fiscal insaciável, contumaz violador dos direitos fundamentais, é razoável adotar o princípio de preparar-nos para o pior, da melhor forma possível, embora devamos ao mesmo tempo, procurar obter o melhor. E esse "preparar-nos para o pior" é cercar-nos de instituições que, de alguma forma, controlem as forças políticas constituídas (neutralizando os efeitos danosos das más e secundando as boas). Onde existe poder conjugado com o seu exercício, faz-se indispensável a existência de controle para evitar o seu desvirtuamento ou aviltamento. É inerente à condição da autoridade o abuso do seu poder, a menos que se veja rodeada, constantemente, de mecanismos de controle. E é por isso que nenhuma democracia moderna sobrevive e se desenvolve se não contar com uma série de mecanismos de controle, fiscalização, vigilância e responsabilização. Para isso, existem instituições que são projetadas constitucionalmente para "defender o regime democrático" ou para exercer uma espécie valiosa de "vigilância democrática", e no final das contas, assegurar o bem-estar de todos.

É fato fartamente registrado e reconhecido que a ação ministerial (globalmente considerada), voltada para o cumprimento de sua missão política, jurídica e constitucional, é inviável sem uma prévia organização e planejamento. Isso tanto do ponto de vista do todo institucional quanto de suas partes constituintes (agentes e órgãos de execução). Daí porque a referência em algumas leis a planos de metas setorial (elaborados pelos órgãos de execução) e global (relativo à instituição como um todo).

Esses programas ou planos de metas, traçados dentro de um planejamento estratégico, lidam com dados científicos para guiar as ações do Ministério Público em todos os âmbitos (administrativo e funcional). E não pode ser diferente, pois há um truísmo no horizonte administrativo e político: é fácil definir metas e finalidades, mas difícil traçar os meios de sua realização.

A ideia do método científico, a guiar todas as ações do MP se separa, definitivamente, do modelo burocrático-processual, do empirismo e da tática primitiva de tentativas e erros ("aprender fazendo"). As limitações ínsitas a um roteiro pré-definido confinado no labirinto do formulismo estéril tendem a reduzir o grau de eficácia da ação ministerial.

O que vem a ser um "Ministério Público científico"? Antes de defini-lo é importante compreender que o pensamento ou a postura cientificamen-

te orientada distingue-se de outros modos de agir por demonstrar validade na prática. Assim, partindo dessa premissa, podemos delinear o MP científico como aquele que age de forma a interferir inteligentemente, produtivamente e com validez na ordem social. Ministério Público pensante, articulado, estratégico, resume, em linhas gerais, o método científico aplicado à atuação funcional. Este conceito, que de modo algum exaure seu alcance, deve provisoriamente bastar-nos, até que o avanço desse ensaio nos credencie a reunir mais dados para robustecê-lo e torná-lo plenamente preciso. Operamos com ele – apropriando-nos de uma imagem criada por Ihering (1979, p. 05) -, da mesma maneira como o matemático opera com o "x", ou seja, como grandeza desconhecida.

Como defender o interesse social (sinônimo de "interesse público", "interesse geral", "bem comum" etc.) sem estudar e conhecer seriamente a dinâmica social? Quais os princípios de organização justos à sociedade? Quais as expectativas estabelecidas e prioritárias no jogo finito dos bens disponíveis? Que meios mais céleres e eficientes podem ser usados para corrigir todos os privilégios, todas as injustiças e todas as ilegalidades? As respostas a essas indagações[3] conduzem o agente à antessala do método científico aplicável à sua ação funcional.

A verdadeira base de uma sociedade organizada é, sem dúvida, tão complexa e irracional como o próprio espírito do homem. Mas, sem a pretensão de dar a última palavra, podemos declarar que a verdadeira base sempre foi a habilidade de um sistema social de fornecer a seus membros o direito de esperar que poderão melhorar de condição, que terão direitos reconhecidos e atendidos, enfim, que poderão contar com instituições e mecanismos aptos a fazer observar seus direitos fundamentais com agilidade, precisão e eficácia. Quando o exercício do poder preserva suas prerrogativas morais (sendo um canal transparente para os inconformismos sociais) obtém seu elixir de legitimidade e longevidade: o consentimento (ou o estabelecimento de uma dinâmica de confiança).

A tarefa principal do método de agir científico é conceber os objetivos a seguir, antecipando-se aos atos e aos acontecimentos, com a finalidade de exercer sobre uns e outros a maior influência possível. Agir com inteligência é o primeiro verbo da cartilha do MP científico; a inteligência, como a pieda-

[3] Não há aspecto do edifício social que possa fugir à análise e à compreensão.

de no dizer de São Paulo, é "útil a tudo". Não nos referimos àquela inteligência burocrática, técnica, mas àquela secundada pelo entusiasmo, pelo amor prévio à causa ministerial e social, livre e capaz de julgar, dotada de uma lógica organizadora e de uma observação precisa, indo até o fundo das coisas ("ler por dentro", como está no étimo da palavra "inteligência"). Como diz o evolucionista John Lewis (1968, p. 71), deixar de pensar é tão fatal como deixar de respirar.

O MP científico não se confunde com o "MP Resolutivo", pois não se preocupa em evidenciar resultados[4], mas com a natureza do método, embora seja uma ponte de ouro para a resolutividade. O Ministério Público atuante numa conjuntura histórica de uma sociedade democrática pós-moderna esclarecida e exigente, guiada pelas conquistas científicas, inevitavelmente, será forçado a uma união mais íntima entre a resolutividade e a cientificidade de sua atuação; também será forçado a transferir a importância da *forma* para a *substância,* do *ser* pelo *vir a ser,* do absoluto pela concepção do relativo, da imobilidade pelo movimento. O científico será o método-mestre de uma instituição da qual se cobra constantemente eficiência, eficácia e efetividade, ou em outras palavras, resultados socialmente relevantes.

Os principais fatores de mudança e progresso social são novas tecnologias, novos métodos de organização e de conhecimento. É possível hoje imaginar as Forças Armadas de qualquer país dissociadas da ciência e de seus métodos? A atual exploração petrolífera (ou energética, em geral) seria possível sem o auxílio decisivo da ciência? Ou a agricultura, pecuária e indústria sem o suporte do conhecimento científico[5]? Ou o planejamento econômico sem o apoio das conquistas científicas? Sem uma inteligente orientação numa época tecnológica e científica, o homem não pode herdar a terra. O homem não pode continuar a viver. O homem não pode sobreviver. Nos Estados modernos há uma dependência cada vez maior da ciência e de seus métodos. E quem fica alheio a esse processo irreversível perde, a bem dizer, o bonde da história.

[4] É impossível estabelecer, cientificamente, quais os objetivos ou propósitos valiosos de determinada atividade humana. Os fins em si não são objeto de análise científica. A ciência só indiretamente pode abordar os valores, não diretamente. O método científico não capacita o intérprete jurídico a formular um juízo incondicional de valor científico e, especialmente, um de ordem moral. Não pode fixar o objetivo.

[5] Sobre os métodos de investigação científica aplicados à agricultura, *vide* Harrison, 1942, p. 50.

A instituição posta diante de uma demanda pode:

1 - Resolvê-la;

2 - Resolvê-la bem;

3 - Resolvê-la ainda melhor.

Podemos *resolver* uma demanda feita pelos cidadãos, e *resolvê-la bem*. Mas sentimos o impulso de ascendermos ainda mais, em busca de uma *resolução melhor*. Esse "impulso" pode ser alcançado pelo desenvolvimento de um método científico, em que a insularidade de visão ("resolver" ou "resolver bem") possa ser substituída por uma multidimensionalidade de ângulos (sempre buscar "resolver melhor"), estando os passos a trilhar previamente traçados.

O promotor, imbuído desse espírito científico que caracteriza nossa época, estuda, analisa e compreende[6] os fatos que lhes são trazidos ao conhecimento sob a forma de demandas, adotando providências amadurecidas sob essa reflexão prévia. Não age nem se movimenta (nos mais específicos movimentos: instauração formal de procedimento, expedição de recomendações, requisições, audiências públicas etc.) por uma energia mecânica cega, pelo simples influxo da lei ou pela mera imposição da autoridade. Seu mantra funcional é o mesmo que impulsionou a própria ciência: observação, experiência e verificabilidade.

Conhecer e compreender integram um estado de espírito especial, o qual é intrinsecamente diferente de um estado de mera crença[7]. A crença, o acreditar prontamente nem sempre é um guia seguro em direção aos fatos. A compreensão jurídica ou social de uma dada situação não é infalível, mas aquilo que é "conhecido" implica em ser verdadeiro do ponto de vista funcional. E firmando o pé nesse estado de espírito, o agente ministerial está preparado para o combate.

É realmente tentador, não há como negar, manter-se no leito sereno dos códigos e das regras pré-constituídas, sem a necessidade de recorrer a concepções intelectuais inovadoras, que, de fato, consomem tempo e paciência, além de estarem sujeitas às abomináveis críticas dos "satisfeitos" com o *status quo*.

---

[6] O que é compreender? É agir conscientemente para alcançar um fim desejado. Isso pressupõe conhecimento sólido, experiência assentada e acumulada.

[7] Por isso, a abominável expressão "acredito que sim" deve ser eliminada do dia a dia do agente científico. Por mais intenso que seja um sentimento de convicção, ele jamais pode justificar um enunciado científico (Popper, 1975, p. 46).

Esse novo agente, permeado de cientificidade, expressa o desejo de compreender a realidade social (em seus anseios, expectativas estabelecidas, interesses e tendências, inclusive debilidades e paixões), de ter ou de desenvolver protocolos homogêneos de atuação (seja investigando, negociando, ouvindo, transacionando ou processando) e de superar fórmulas ineficazes em que a intervenção da instituição equipara-se a um dente roto e insignificante numa engrenagem emperrada solta no vácuo da irresponsabilidade social.

Se o agente ministerial ainda não foi capaz, seja pelo exíguo tempo ou por não atuar na área, de reunir experiências e atuar em função delas (com a sagacidade e a audácia decorrentes), deve ter em seu arsenal teórico farto conhecimento transversal sobre a matéria que é chamado a trabalhar. Isso resultará em um mundo de possibilidades e crescimento exponencial de efetividade.

A novos problemas, novas respostas, eis o lema adequado a uma instituição científica permeável à experiência e aos princípios lógicos da boa gestão. Cada fracasso ou cada derrota deve ser um convite para o agente por mais cérebro na sua estratégia, abundância de raciocínio e conhecimento refletido, superando assim, à força de inteligência, de férrea meditação e de reflexão, os obstáculos que são opostos à sua atuação voltada ao interesse público. Também resulta recomendável ao agente científico integrante dessa instituição desenvolver a capacidade de reduzir seu pensamento sobre qualquer tema aos mais simples e práticos termos possíveis.

O segredo da força e do poder do Ministério Público reside em sua própria e contínua capacidade de se adaptar às novas necessidades, e de reconhecer que são sempre necessários novos agentes dotados de uma nova mentalidade visceralmente científica para efetuar a adaptação. Manter agentes com qualidade cultural inadequada é segregar um veneno fatal nas próprias raízes de seu solo institucional.

Assim como a ciência se desenvolve e evolui através da revisão mais ou menos radical dos seus conceitos fundamentais (Heidegger, 1964, p. 25; Weinreb, 2008, p. 82), o Ministério Público científico progride a partir de uma revisão constante dos seus objetivos funcionais e a forma como alcançá-los. A infindável variabilidade do cotidiano, aliada ao desenvolvimento de novas tecnologias, às descobertas das ciências naturais e às mudanças nos contextos político e social, apresenta novas questões nunca vistas antes, que pedem novas distinções ou revisões de distinções feitas anteriormente.

A ineficiência que afeta cronicamente algumas instituições do país liga-se, quase visceralmente, à má qualidade cultural e científica dos seus agentes. E por conta disso, a desconfiança nessas instituições é generalizada, volumosa, quase agressiva. Quando a sociedade está imersa no processo irreversível de internalização de meca-

nismos típicos de maturidade ou expansão democrática, em um ritmo cada vez mais apressado de modificação, o que antes era sucesso e eficiência, converte-se facilmente em malogro. O povo, amadurecido democraticamente, não sobrevive com uma dieta de retórica apenas, exige resultado, eficácia, efetividade. Este é o preço a ser pago.

O custo social e institucional da ineficiência é muito grande, tornando proibitiva a manutenção de métodos que retardam a resposta efetiva às demandas formuladas. A instituição no desempenho de suas funções perde o caráter científico quando esquece das condições que deram origem às atribuições, das questões sociais que subjazem à letra fria da lei (com suas fórmulas e encantos burocráticos) e dos motivos que justificam sua organização a nível constitucional. Restaurar o sentido histórico de suas funções é um valioso contributo para o caráter científico de sua atuação.

1 Padrão de trabalho científico e auxílio técnico

É o Ministério Público uma instituição técnica, científica, neutra e imparcial, cuja missão primordial é zelar pelo interesse público e alcançar resultados socialmente relevantes (virtudes que inspiram – ou devem inspirar - qualquer instituição republicana). O valor dos membros de uma instituição cientificamente orientada não é cotado em cifras e em números: cifras de produtividade, cifras de prazos cumpridos e cifras de atos realizados. A escravização ao rendimento, à quantidade, ao número, à "embriaguez das grandes cifras"[8] (ou a paixão pelos números), aos métodos de produção em massa, não é o objetivo institucional, assim como também não o é dissolver a instituição na frieza dos números. Busca-se com o trabalho, inspirado e conduzido por esse método científico, resultados substanciais (ou socialmente relevantes) e não, simplesmente, formulários e relatórios formalmente perfeitos, capazes de atender a sede por números (por "grandes números") dos superiores órgãos de controle.

Nos dias atuais predomina em todos os recantos da sociedade e do Estado, a respeito dos assuntos públicos, uma abordagem técnica e científica sob o foco da eficiência e dos resultados; vivemos uma era de crescente ilu-

[8] Oswald Spengler (Spengler, 1925, p. 179) descreve essa ânsia por números: "La embriaguez de las grandes cifras es una emoción característica que sólo conoce el hombre de Occidente. En la civilización actual desempeña una función preeminente ese símbolo, la pasión por sumas gigantescas, por medidas infinitamente pequeñas e infinitamente grandes, por record y estadísticas de todo género".

minação científica. É o mote que move instituições modernas e comprometidas, substancialmente, com o interesse público. É um processo de evolução social que não admite marcha à ré. O Promotor de Justiça já não pode se preocupar única e exclusivamente com os prazos processuais e com a pontualidade de suas manifestações (aspectos necessários, mas insuficientes). Se quer realmente obter resultados palpáveis para a comunidade onde atua, na solução de seus problemas, deve fazer um diagnóstico o mais claro possível sobre os problemas comunitários e desenvolver, a partir disso, um projeto científico em que as possíveis soluções estejam indicadas, investindo vontade e cérebro para as alcançar.

Todo progresso social leva necessariamente a uma etapa, na qual, as noções ingênuas e tradicionais do Direito têm que ceder o passo a uma dialética mais aguda e a um saber mais sistematizado. Os mecanismos jurídicos, portanto, passam a ser província prioritária de agentes imbuídos dessa cientificidade e dessa agudeza de vistas.

Esse método científico impede que se faça concessões às vontades pessoais, aos preconceitos, às idiossincrasias, sob uma forma experimental, arbitrária e, muitas vezes, excêntrica, refletindo um caráter personalístico e voluntarista pouco compatível com a postura institucional e científica impressa na estrutura, nas atividades e nas ações do Ministério Público.

Por outro lado, não se pode exigir dos agentes do Ministério Público (assim como de qualquer outro integrante de instituição diversa) que sejam peritos em todas as múltiplas matérias reguladas na coleção legislativa. Em consequência, precisam buscar, com frequência, a explicação de um termo, de um preceito ou de uma situação dada, na informação técnica proporcionada por especialistas. Neste ponto, a cientificidade institucional se desloca da pessoa do agente e passa a integrar a estrutura institucional. A questão se desloca do gerenciamento pessoal da qualidade do agente científico, para a seara de gestão institucional. A cúpula diretiva da instituição se obriga a dotar os seus diversos órgãos de execução de serviços auxiliares nas mais diversas especialidades. Esse suporte técnico é absolutamente vital no método científico de agir do Ministério Público que pretende agregar resolutividade às suas ações.

Mas o conhecimento técnico isolado obtido por um grupo de especialistas em um campo restrito não tem, por si só, qualquer valor. Apenas adquire valor quando concretiza a sua síntese com todo o conhecimento restante, e apenas quando contribui, de forma efetiva, nesta síntese, para conseguir responder à questão crucial que acompanha qualquer instituição com res-

ponsabilidade social: pode propiciar resultados relevantes? Parece evidente que qualquer instituição científica moderna não pode prosperar sem constantes contatos com numerosos estudos especiais. Ideias importadas de outros ramos da ciência podem fertilizar uma ação condenada, de outra sorte, à esterilidade.

2 Modelo tópico de atuação: experiência real

Um modelo de atuação estruturado no primado objetivo-científico não pode colocar em primeira plana "projetos corporativos" de engrandecimento ou "projetos de criação de imagens", relegando os problemas de fundo (de relevância social) para o terreno estéril da estatística.

Um caso prático, que se passou com um Promotor X (cujo nome preservamos), revela o esforço para fazer surgir e consolidar uma atuação científica e resolutiva, cujo propósito é atender, primariamente, os interesses do cidadão demandante e obter resultados socialmente relevantes.

Esse Promotor X assume em janeiro de 2014, uma Promotoria de Justiça Especializada no Controle Externo da Atividade Policial, órgão de execução, cujo modelo de atuação (de uma insuficiência palmar) e os riscos inerentes (lidar com policiais ainda desperta os mais primitivos e recônditos instintos de medo pânico) atrai pouco interesse entre os agentes do Ministério Público.

O referido Promotor tratou de obter uma radiografia do estado em que recebeu o órgão de execução. A partir disso, lançou um programa muito claro para alcançar resolutividade. Seu programa foi lastreado sobre algumas premissas:

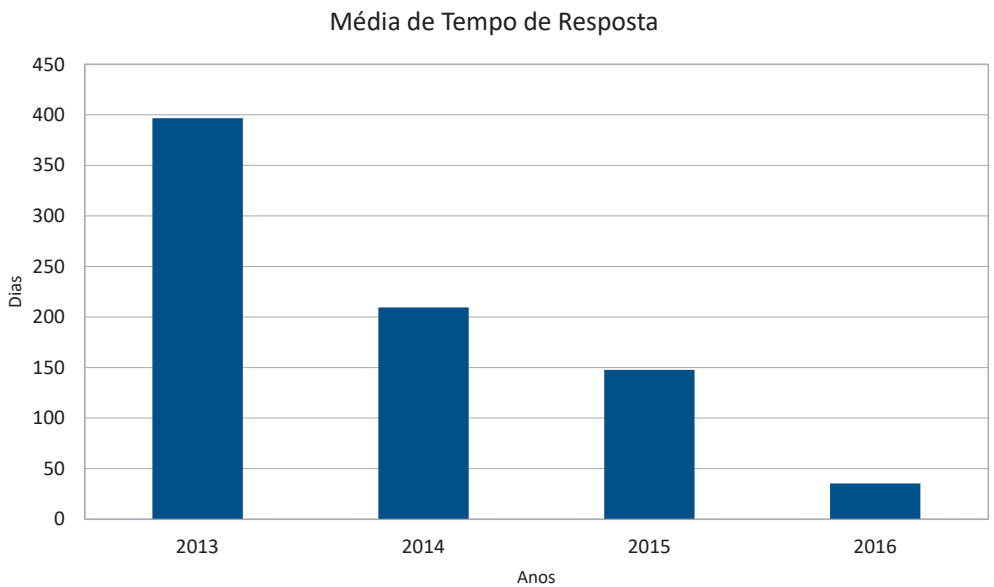
1 - Celeridade nas respostas;
2 - Transparência;
3 - Inovação;
4 - Modernização gerencial;
5 - Uso intensivo e plural de informações.

2.1 Celeridade

O Promotor X desenvolveu mecanismos aptos a fazer observar os direitos fundamentais dos demandantes com agilidade, precisão e eficácia. Uniu celeridade (em atenção clara a um precioso direito fundamental: "duração razoável do processo") com eficácia, não se limitando a finalizar os procedimentos com o mero arquivamento. Para isso, conduziu as investigações no respectivo órgão de execução de forma eficaz, meticulosa, exaustiva, célere e independente.

A redução do tempo de resposta às demandas formuladas se evidencia no interstício de três anos: 2013, 2014 e 2015, conforme tabelas abaixo:

ANO	N. DEMANDAS	TEMPO MÉDIO DE RESPOSTA (EM DIAS)	Redução percentual (%)
2013	22	396,68	
2014	102	209,45	52,8% (2013)
2015	200	147,68	29,5% (2014) 62,78% (2013)



Também houve um aumento expressivo ao longo desses anos das medidas de operacionalização das decisões proferidas nos procedimentos (sem aumento de quadro funcional, apenas com a adoção de atos de gestão sob o influxo de uma orientação científica):

Atos de operacionalização	**2013**	**2014**	**2015**
Requisições	240	380	438
Ofícios	60	181	313
Notificações	55	134	117
Memorandos	82	168	374
Termos de declaração	113	123	134
Portarias	17	53	78
Certidões	126	194	197
Total de atos	**693**	**1233**	**1651**
Aumento percentual (em relação a 2013)		**177,9%**	**238,2%**

Algumas medidas foram úteis para aparelhar o órgão de execução, tornando-o ágil e evitando o desperdício de tempo:

1 - Requisições indiretas: algumas autoridades, por lei, quando destinatárias de requisições devem ter o ato (requisição) enviado pelo Procurador-Geral de Justiça. Isso, dependendo da situação, nos faz perder de 30 a 60 dias (vez que no cálculo para atender a requisição já descontamos o tempo gasto no trâmite de ida entre Promotor/PGJ/autoridade destinatária[9] e de volta autoridade destinatária/PGJ/Promotor). Para evitar esse desperdício inútil (e inconstitucional) de tempo, e sem desrespeitar a letra da lei, quando possível, a requisição era enviada diretamente para uma autoridade sem a dita prerrogativa, mas igualmente competente para atender o mandamento.

2 - Laudos e perícias dos Institutos de Polícia Técnico-Científica: neste setor, os laudos levavam de 30 a 60 dias para serem remetidos ao órgão de execução. Foi criado um email institucional e mediante tratativas com a di-

[9] É interessante observar que o expediente egresso da Promotoria de Justiça passa pelo Setor de Protocolo, que após os registros burocráticos, encaminha para a PGJ. Esta, por sua vez, volta a emitir memorando ao Setor de Protocolo, encaminhando o expediente ao destinatário. O retorno do documento obedece ao mesmo trâmite, inexplicavelmente ziguezagueante e moroso.

reção administrativa dos órgãos periciais, foi facultada e sugerida a remessa por meio digital. O prazo foi reduzido para 10 dias, no máximo.

2.2 Transparência

Em 2013 (um ano antes do Promotor X assumir a promotoria), o órgão de execução recebeu 22 demandas, evidência clara da completa atrofia do aparato funcional. Já em 2014, a Promotoria recebeu 102 demandas, um aumento de quase 500%. Em 2015, foram 200 demandas, 100% a mais que 2014 e quase 1.000% em relação a 2013. O que gerou este aumento de demandas? Quais variáveis responsáveis por esse afluxo de *in puts*?

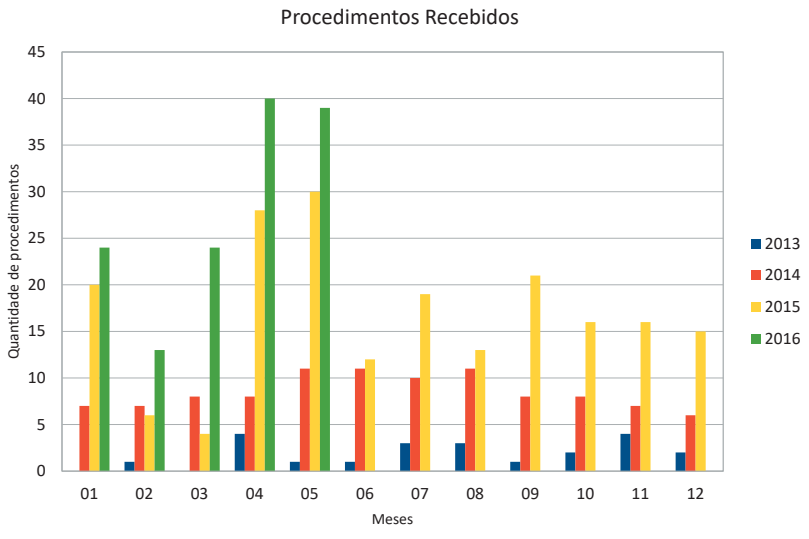
Duas variáveis, basicamente, romperam os diques: celeridade nas respostas (*out puts*) e maior transparência.

Em 2013 (ano em que o órgão ficara sob os cuidados de outro agente), o tempo médio de resposta foi de 396 dias. Gastava-se muito tempo para entregar muito pouco, ou ainda, para manter tudo igual. A confiança em uma determinada instituição é uma medida das experiências dos indivíduos com essa instituição, ou seja, no desempenho dos membros da instituição em situações específicas e avaliação desse desempenho dentro de um contexto. No caso específico (ano de 2013), além da demora (396 dias) na finalização da demanda, a entrega da prestação (simples arquivamento) deixava o demandante insatisfeito.

Em 2014 e 2015 (já sob os auspícios do Promotor X), o tempo médio caiu para 209 e 147 dias, respectivamente. No primeiro ano (2014), a redução foi de 52,8% em relação a 2013; no segundo ano (2015), a redução foi de 62,78% em relação a 2013 e 29,5% em relação a 2014. Ou seja, a celeridade das respostas às demandas formuladas vem em um crescendo. As demandas não são apenas "resolvidas", mas em um processo evolutivo e prospectivo são "resolvidas bem", sempre buscando "resolvê-las ainda melhor".

Essa efetividade (com celeridade e substancialidade) na resolução das demandas aliada à ampla transparência (com ciência e cópia da decisão ao órgão acionador, suposta vítima e investigado) tem rendido uma ampliação crescente das demandas (como demonstramos acima) bem como dos órgãos acionadores. O aumento das demandas e dos órgãos acionadores indica uma confiança no tratamento eficaz das reclamações pelo órgão de controle. Vejamos os quadros abaixo e a evolução multifária dos órgãos provocadores e o aumento crescente de demandas:

2013 - origem (n. demandas)	2014 - origem (n. demandas)	2015 - origem (n. demandas)
Cidadãos (21)	Cidadãos (73)	Cidadãos (90)
Ministério Público (1)	Ministério Público (08)	Ministério Público (50)
	Judiciário: 3ª. VECUTE (09) 2ª. Vara Júri (01) 1ª. Vara do JECVDFM (01)	Judiciário: 3ª. VECUTE (10) 2ª. VECUTE (05) 1ª. Vara do JECVDFM (08)
	5ª. Vara Criminal (01) 9ª. Vara Criminal (01)	2ª. Vara do JECVDFM (01) 4ª. Vara Criminal (01) 7ª. Vara Criminal (02) 9ª. Vara Criminal (01) Plantão Criminal (01) Vemaqua (01)
	Secretaria Nacional de Direitos Humanos (03)	Secretaria Nacional de Direitos Humanos (08)
	Marinha (01)	Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (01)
	Anônimo (03)	Anônimo (11)
	CNMP (01)	Instituto de Criminalística (01)
		Instituto Médico Legal (01)
		Mídia (01)
		Procuradoria Geral do Estado (01)
		Ouvidoria Geral do Estado (01)
		Associação de Praças e Soldados (03)
		Sindicato dos Delegados (01)
		Corregedoria Geral do Sistema de Segurança Pública (01)



Quantidade de demandas mês/ano

Quantidade de demandas mês/ano

2.3 Inovação

A inovação não se confunde com o "culto da novidade" ou a "obsessão do novo", numa espécie de febre de mudança altamente nociva à consolidação das boas práticas. Inovar não se limita a destruir e substituir, mas agregar, acrescentar. O progresso inovador não deixa atrás de si apenas destruição e ruínas, em uma tática de "terra arrasada", mas preserva o que se revelou eficiente, eficaz e efetivo. É razoável que assim seja, pois o pensamento e as suas conquistas não podem avançar com um total rompimento com o passado, até porque a mudança de padrões e pontos de vista é gradual; ela dificilmente resulta na subversão ou total supressão de um ponto de vista aceito antes, sem oposição.

O espírito inovador não pode desprezar grandezas acumuladas, ao contrário, deve se servir delas para dar o passo adiante. A inovação é como um cristal microcóspico que precipita uma solução saturada, no caso saturada de passado, de tradição. O futuro não se compreende plenamente senão numa referência ao passado e, por isso, quase sempre, a inovação pode consistir em "encher velhos barris com vinho novo".

No empreendimento devotado à inovação é necessário, depois de haver obtido uma análise do conjunto das práticas em vigor, deixar as conclusões em repouso por um instante e contemplar, se possível, a extensão da zona assinalada para a demolição. Depois é por mãos à obra.

Assim, o caráter inovador se refere a uma ideia, método ou objeto concebido que foge aos padrões anteriores, às fórmulas consagradas, mas preserva o que deve ser preservado. Não parte do nada - e*x nihilo nihil fit* (nada surge do nada) ou *nihil novi sub sole* (nada de novo sob o sol – Ecles. 1:10). No caso do Ministério Público, a postura inovadora pode ser definida como a capacidade de fazer mais e melhor (com ganho de eficiência) com menos recursos, na prestação de serviços afetos à instituição. E qualquer agente ministerial científico deve ter um espírito, decididamente, predisposto à inovação.

2.4 Modernização gerencial

Nos itens seguintes, mostramos algumas medidas adotadas no órgão de execução de modo a utilizar os mais modernos métodos de gestão do serviço público.

2.4.1 Acesso a modernas ferramentas tecnológicas

O primeiro movimento feito no órgão de execução foi reunir os dados existentes (inclusive de anos pretéritos) numa planilha com várias abas (procedimentos em trâmite, finalizados por ano, finalização geral, indicadores de tempo de resposta média, tipos de crimes etc.). Racionalizados os dados e depuradas as informações, o passo seguinte foi aperfeiçoar o sistema de controle. Uma preocupação logo foi sentida: controlar o tempo gasto pelo serviço de apoio para cumprir os despachos e as decisões do Promotor. Isso se afigurou importante, pois embora o agente ministerial mantivesse os procedimentos dentro dos mais estritos prazos (atendendo à celeridade pretendida) com um controle rígido e em tempo real, o verso da moeda (a continuidade do serviço auxiliar) permanecia sem controle, ou seja, todo o esforço feito por um lado poderia se esvair pelo outro. Era preciso vedar esse vazamento de esforço coletivo.

Assim, dada essa preocupação, a planilha de controle foi aperfeiçoada no sentido de alertar o tempo gasto pelo serviço de apoio para operacionalizar as medidas, disponibilizando as informações em tempo real e possibilitando um controle rigoroso. Além disso, o depuramento do sistema possibilitou ainda: traçar um esquema preciso dos crimes apurados, dos agentes acionadores ou provocadores (cidadãos, órgãos públicos, mídia etc.), tempo médio gasto na finalização, número de demandas mês a mês, gráficos comparativos etc.

Com tal aparato tecnológico pode-se ter, a qualquer momento, com um simples toque, a estrutura real e funcional do órgão de execução. E esse aparato pode ser aplicado em qualquer órgão do Ministério Público.

2.4.2 Uso intensivo e plural de informações

Estabeleceu-se na Promotoria um sistema de planilhas de controle (como já referimos no item 3.4.1) com coleta e preservação de dados primários ligados à atuação funcional, bem como a preocupação constante de manter esses dados atualizados e transparentes. No quesito transparência, foi adotada a prática de elaborar um relatório anual sobre todos os resultados alcançados. Isso quanto ao aspecto global (político e social) da atuação. No microcosmo funcional adotou-se a prática inarredável de cientificar, pessoalmente, a todos os protagonistas dos procedimentos (provocador/demandante, vítima, ofendido, investigado, suspeito). Todos, indistintamente, têm amplo conhecimento do passo a passo dos procedimentos e das decisões. Antes, se o órgão de execução era opaco e com ultrassensibilidade à publicidade (às vezes, constitucionalmente indiferente), passou a ser transparente e translúcido. E essa nova rotina ampliou os canais de acesso, consolidou a perspectiva de efetividade e, por consequência, atraiu maior número de demandas, fornecendo combustível à máquina e mantendo-a azeitada pelo uso constante (sem colapsar seus mecanismos).

Foi incorporado o acompanhamento dos indicadores de eficiência (celeridade, transparência) como rotina funcional. É importante para o órgão de controle externo ter acesso a informações confiáveis sobre os resultados de seu trabalho para saber se está realizando suas funções corretamente e projetar metas adequadas. Como fato e percepção são coisas distintas, é necessário se fiar em dados objetivos para avaliar a eficácia, a eficiência e a efetividade do controle.

Os dados relevantes são:

1 - A quantidade e o tipo de demanda feita ao longo do ano;

2 - Demandas iniciadas e finalizadas no mesmo exercício (ano);

3 - Radiografia das espécies de crimes apuradas;

4 - A qualidade das vítimas por gênero, raça, idade etc.

A análise dos dados pode servir como um ponto de partida para um processo de aperfeiçoamento contínuo da função de controle, numa espécie de gestão de qualidade.

Essa coleta deve atender a alguns requisitos: ser planejada (atendendo a um objetivo cientificamente traçado: melhoria e aperfeiçoamento do serviço); e submissão à verificação e controles de validade e precisão (não basta observar, é necessário seguir um roteiro ou um sistema de utilização produtiva dessas informações).

2.4.3 Aperfeiçoamento da investigação e da responsabilização

Os crimes e os abusos cometidos pelo braço armado do Estado são de elevado custo social e, portanto, devem ser objeto de especial atenção. Os órgãos e agentes públicos encarregados de exercer o controle externo devem contar com poderes (recursos técnicos) e recursos necessários (orçamentários, estruturais, humanos e físicos) para conduzir eficazmente a investigação, de forma imparcial e completa, tendo amplo acesso a bancos de dados, documentação e outras informações relevantes. Mediantes esses poderes e recursos é como se se implantassem dentes no controle exercido para coibir eventuais abusos policiais.

Um controle externo maximalista deve ser capaz de monitorar (avaliar, inspecionar e auditar) o trabalho de investigação (em suas características de investigação eficaz, meticulosa, exaustiva, célere e independente) até o encerramento do caso, investigar diretamente (em caso de desídia, corporativismo etc., que resulta numa *investigação seletiva,* sem problema algum para a higidez do sistema de supervisão) e acompanhar o processo judicial até a completa punição do culpado.

No órgão titularizado pelo Promotor X, o modelo de controle externo adotado em lei não comporta a responsabilização criminal como atribuição direta do controle concentrado. Essa deficiência do modelo gera um problema sério: a superposição de investigações sobre o mesmo fato, às vezes, com dois ou mais órgãos apurando fatos idênticos (polícia civil, polícia militar – IPM – e Ministério Público). Essa situação pode redundar no envio de dois ou mais procedimentos a membros do Ministério Público diversos, com desdobramentos distintos. Assim, sobre um mesmo fato, um agente ministerial pode promover o arquivamento e outro pode oferecer denúncia. São decisões contraditórias ou diametralmente opostas tomadas sobre um mesmo suporte fático. Concentrar a atividade de investigação e de responsabilização (pelo menos o pontapé inicial) nas mãos dos órgãos especializados, evita decisões díspares. Mesmo que o fato continue a ser investigado por instâncias diversas, ao fim tudo o que for apurado será remetido a um único órgão encarregado de formar a *opinio delicti.* É uma espécie de uniformização de entendimento sobre a matéria. E esse mecanismo, inclusive, pode funcionar como um meio dissuasório para procedimentos investigatórios paralelos (com dispêndio de recursos e de tempo).

Com essa preocupação em mente, o agente que nos ocupa, procedeu a um amplo estudo e enviou um projeto de um modelo legal capaz de atender às expectativas de efetividade do controle concentrado, à guisa de sugestão legislativa à chefia institucional.

2.4.4 Trabalho em equipe

É preferível construir castelos ou plantar árvores que perder tempo cavando sepulturas ou fincando tumbas. As pessoas tendem a se manter do lado de quem as valoriza e faz com que sejam melhores. Um motivador, um "engenheiro de homens" sabe calcular o círculo das possibilidades.

Com essa filosofia e esse propósito (de não se vê reduzido a si mesmo), o Promotor X passou a fazer reuniões mensais com sua equipe de trabalho, para desenvolver um vigoroso sentimento de compartilhar os mesmos objetivos (em uma base sólida de mútua confiança), consolidar as boas práticas e corrigir eventuais desvios ou desacertos funcionais. E ao final de cada ano, toda a equipe é objeto de elogios oficiais constantes em seus assentos funcionais.

Também acionou colegas com a mesma atribuição sugerindo uma reunião mensal com o propósito de homogeneizar entendimentos e tornar a atuação, na medida do possível, coesa e monolítica. Essa providência é capaz de destravar o espírito de equipe entre agentes que cultivam a independência funcional em alto apreço.

Essas simples medidas, de cambulha com o empenho pessoal do titular do órgão em alcançar resultados socialmente relevantes, internalizou no grupo o senso de responsabilidade pelas metas traçadas a nível funcional, resultando em um bloco monolítico imbuído do mesmo ardor e do mesmo entusiasmo.

2.5 Conclusão

Apesar dos progressos essenciais obtidos neste órgão de execução, como podemos verificar pelos indicadores de eficiência apresentados, ainda há muito para ser feito. Dentre as medidas a serem implementadas, podemos indicar[10]:

1 - Montar um sistema de acompanhamento (*track-and-trace system,* ou seja, "seguir e rastrear").

O controle externo da atividade policial recebe consistência jurídica e prática quando desenvolve as seguintes funções concomitante ou sucessivamente:

a) - monitoramento, avaliação, inspeção e auditoria;

[10] Essas medidas por implicarem em modificação legislativa essencial (pois mudam radicalmente o atual modelo de controle externo) foram enfeixadas em um projeto e enviado ao Procurador-Geral de Justiça para análise.

b) - investigação direta;

c) - destravamento da máquina judicial de responsabilização;

d) - acompanhamento do caso até o desfecho judicial.

Quando houver exercício de ação penal, com oferecimento de proposta de transação penal ou de denúncia, ou ainda ciência de sentença relativa a processo criminal com réu policial, civil ou militar, perante o juízo comum, o Órgão do Ministério Público com atribuições para oficiar no feito deve comunicar à Promotoria Especializada no Controle Externo da Atividade Policial. Este órgão, por sua vez, terá elementos para organizar um sistema de acompanhamento das ações penais em curso, realizando as gestões internas necessárias para o sucesso dos eventuais recursos, sem prejuízo da atribuição do Promotor Natural do feito na fase processual respectiva.

Atualmente, o sistema de controle é pouco transparente, seus procedimentos e seus atos não recebem a devida publicidade e divulgação, mantendo a população alheia aos resultados do monitoramento policial, das investigações em curso e, principalmente, da resposta judicial aos abusos policiais. Não há uma avaliação contínua dos procedimentos e dos resultados obtidos e, também, por outro lado, não há divulgação de tais dados (opacidade das informações).

2 - Eliminar a papelada.

O "amor ao papel", típico de uma cultura cartorial como a nossa (talvez por conta da herança lusitana), é a mais exuberante prova da ineficácia administrativa. A quantidade de papel acumulado nos armários e nos arquivos dos órgãos públicos é algo realmente assustador. A ideia é transformar o arquivamento físico em acervos digitais. Para tanto, pode ser usada a tecnologia de armazenamento em nuvem, sem prejudicar a circulação, a forma de acesso e o arquivamento dos dados. Essas medidas atendem outros objetivos igualmente importantes para uma instituição pública: preservação da memória, integridade física dos documentos, otimização de espaço e de pesquisa, redução de custo operacional (economia de material), maior segurança/eficiência na circulação da informação e consciência ambiental.

3 - Criar um setor de estatística.

A coleta, a sistematização e a gestão dos dados relativos à atividade do controle externo da atividade policial podem servir para a concepção de políticas públicas de segurança pública. E a existência de um setor especializado em estatística na estrutura orgânica da instituição ajuda a planejar cientificamente o passo a passo dessa área tão sensível e tão cara à sociedade.

4 - Criar e manter um banco de dados atualizado e pormenorizado com todos as informações relativas a membros dos órgãos controláveis, que estejam ou estiveram respondendo a processos judiciais, procedimentos administrativos disciplinares, Conselhos de Disciplina e Justificação ou a inquérito policial civil ou militar.

3 O misoneísmo ministerial

Há certos agentes ministeriais, cuja descrição zoológica é difícil de ser estabelecida, que persistem em atuar sob os auspícios de antigos modelos inadequados, anti-históricos[11], simplistas e ingênuos, alheios ou indiferentes ao elevado (e substancial) propósito constitucional atribuído ao Ministério Público. Esses profissionais, é forçoso reconhecer, cabem com folga numa imagem criada pelo implacável Tobias Barreto (1991, p. 39), chefe máximo da conhecida "Escola de Recife":

"Entre os voos da águia e as largas passadas do camelo não hesitam em preferir a majestade do quadrúpede, porque em última análise este leva no costado uma porção do *necessário* e do útil, alguma coisa que faz parte da grande bagagem da vida".

O misoneísmo dessa espécie de profissional, seu temor (às vezes, até uma tendência hostil) a tudo quanto é novo e desconhecido, paralisa todos os seus movimentos (mentais e musculares) e faz dele um instrumento dócil aos interesses dos grandes violadores da ordem jurídica, pois não encontram resistência a seus desejos pantagruélicos. Isso quando não avança para limites patológicos de personalidade como: indolência, inércia, lentidão de vistas, ininteligência e todo tipo de impotência, que servem como pretexto para subtraí-lo ao estudo e ao exercício regular da profissão. São traços que esterilizam e paralisam a ação funcional efetiva e não se ajustam à realidade. Por conta dessas qualidades, esse agente ministerial funciona quase como um elemento sabotador do esforço institucional em neutralizar poderosos interesses contrários aos descritos na Constituição e nas leis.

Felizmente, os avanços são impulsionados não por essa massa conservadora e grotescamente satisfeita, mas como diz o físico alemão Max Born (1968, p. 19) pelos "inteligentes, inquietos, esforçados, que não se sentem

[11] Vez que livres da dependência de valores históricos consagrados pela instituição do Ministério Público.

satisfeitos com as relações sociais existentes. Eles mostram o caminho que a grande massa segue" voluntariamente ou arrastada pelo caudal da torrente.

Sem dúvida, toda instituição ou organização administrativa conta com homens e mulheres que podem transcender as limitações de seus interesses e compreender a validade da extensão de seu sacrifício; e a dívida que temos para com eles, por se recusarem a aceitar os padrões convencionais de seu tempo, é incomensurável.

Os desafios lançados a um agente, digamos pré-científico, o abatem e o acabrunham[12], e o levam aos inevitáveis conflitos negativos de atribuição, uma conveniente rota de fuga individual às responsabilidades institucionais e sociais[13]. É obtuso a toda sugestão, irrita-se quando se propõe uma investigação ou qualquer outra medida, indiferente à verdade. Todas essas variáveis são incapazes de moralizá-lo. Em tal cenário, é fácil evoluir (ou melhor dito, involuir) para um agente tacanho, imoral, ininteligente, insensível e incapaz de discernir entre o melhor para si, para sua instituição e para a sociedade.

Esse tipo de agente esgota sua ingenuidade opondo obstáculos, os mais específicos e bizarros, aos protocolos de eficiência nos órgãos que titulariza. É como um capitão que durante toda sua vida viajou em barcos a vela e deve, de repente, haver-se com a navegação a vapor. Lançado neste torvelhinho, é possível que o esforço para resistir-lhe (o misoneísmo, propriamente dito) produza uma fadiga, uma saudade da antiga rotina de pensamento, em que tudo era conhecido e não suscitava dúvidas, refletindo-se numa atuação

[12] Isso avaliza, com folga, as palavras de Harold J. Laski (1945, p. 85-86): "En todo Estado existe una cantidad innumerable de hombres estúpidos que ven en todo pensamiento antirutinario la perspectiva de una destrucción inminente de la paz social".

[13] Sobre o tema registramos em recente estudo: "Nos conflitos de atribuições entre os agentes do Ministério Público há, claramente, um interesse inercial que, em regra, orienta suas deflagrações (principalmente quando se sucedem em cascata e entre os mesmos órgãos), revelando um traço cultural-institucional muito forte do horror à responsabilidade e que se traduz na expressão corriqueira do "isso não é comigo". O interesse substancial, de fundo, não derivado do embate de circunstâncias transitórias é, inconscientemente, relegado à esterilidade do apodo fiat justitia pereat mundus (faça-se justiça ainda que pereça o mundo)..." (Rodrigues, 2015, p. 277/278). Os grandes males da sociedade não são, como parece ser à primeira vista, a pobreza, a ignorância, a violência, o crime, a insegurança, mas se concentram neste tradicional pensamento cínico de "horror às responsabilidades" de muitos agentes públicos predispostos, jurídica e politicamente, a por cobro (ou, pelo menos, manter em níveis razoáveis) a estas mazelas sociais.

apática, burocrática e simplesmente para atender a números. Parece reviver uma máxima repetida pelos personagens quadrupedais na criação fabulosa de George Orwell (1992, p. 23), devidamente adaptada à sua realidade: "o que não suscita dúvida BOM, o que gera incerteza RUIM".

Em verdade, a dificuldade não está em aceitar ideias novas que germinam e brotam aqui e acolá, mas em abandonar as velhas ideias que dão a última flor. Agora como sempre: quando os homens vivem por muito tempo em erro, o despertar é terrível. Nosso medo do desconhecido, nosso desagrado pelo risco da experiência em larga escala, sempre dão ao passado um encanto que um futuro incerto não pode ter. Mas o único evangelho que traz sensação de esperança é o de que todas as coisas devem ser renovadas.

O agente pré-científico, com sua conduta misoneísta, empresta validade à desacreditada lei da invariabilidade da natureza humana[14]: "Posto que sempre foi assim, sempre será da mesma forma". É a força da inércia, nutriz da tradição. Esse agente parece destinado a administrar a continuidade dos tempos do que enfrentar a sua mutabilidade. Prefere cortar as pernas e andar de muletas, a correr o risco de ser atropelado pelas mudanças trazidas pelo futuro. Mas essa antiga rotina de pensamento já não serve mais à instituição resolutiva que se pretende implementar. Chegamos em um ponto de evolução institucional em que as tradições do passado e seu mundo crepuscular estão em profundo conflito com as projeções do futuro.

De acordo com princípios básicos de ciência existem qualidades aditivas (ou cumulativas) e qualidades não aditivas (que não se incorporam ou não se acumulam). A força de nossos braços é aditiva, pois duas pessoas juntas levantam duas vezes mais peso. A temperatura de nossos corpos não; os 36º.C de dois corpos não somam 72º.C, seguimos com 36º.C por mais próximos que estejamos um do outro.

[14] A propósito deste princípio, diz John Lewis (1968, p. 41/114): "O homem é a única espécie animal que, a partir do momento em que nasce, sofre mudanças contínuas em seus hábitos e em seu modo de vida, de forma que, longe de ser algo fixo, a natureza humana tem progredido regularmente (...) é adaptável, infinitamente maleável e não-diferenciado – é a mais educável e alterável de todas as criaturas. Altera-se quando adquire novos métodos, novas técnicas e novas ideias. O fato de ser dotado de um cérebro faz com que o homem possa aprender, reorganizar, adotar novos métodos, eliminar os menos úteis, podendo, assim, mudar tão rapidamente... é pura potencialidade, não é uma dada essência fixa". No mesmo sentido: Isaiah Berlin, 1999, p. 32; Huxley, 1942, p. 65.

Lamentavelmente, a estupidez do agente misoneísta (e pré-científico) é cumulativa, mas a inteligência não o é. A estupidez atrai estupidez, enquanto a inteligência segue seu caminho (às vezes, à escoteira).

Não é exagero afirmar que nosso agente misoneísta apreende os desafios diários através de um *realismo ingênuo*[15], ou seja, recebe as impressões por intermédio de uma experiência mecânica já consolidada pelo tempo (experiência esta totalmente asséptica, ou seja, sem nenhum tempero crítico), livre da necessidade de problematizar ou garimpar sutilezas teóricas visando extrair novos dados e adotar uma nova solução. Assemelha-se à abelha que reconhece as flores por sua cor ou cheiro, sem precisar filosofar ou teorizar a respeito.

É necessário certa flexibilidade diplomática para lhe colocar o ponto de vista de longo alcance diante do ponto de vista imediato; para lhe dizer que uma instrução realmente adequada é mais importante do que meio hora a menos por dia de trabalho ou alguma vantagem acrescida ao subsídio.

Ao agente preparado no cadinho olímpico do método científico, esses mesmos desafios fazem brotar o que há de melhor em seu espírito e em sua conduta funcional, buscando os melhores e os mais efetivos meios de arrostar as dificuldades e se desincumbir das demandas. Trabalha com completa entrega ao método científico e sempre pronto em ampliar seus próprios limites intelectuais. Quanto mais amplamente é provocado, tanto mais completamente se desenvolve; ataca o problema ao invés de evitá-lo. A cada problema, a cada contratempo, seu lema é "mais cérebro e mais inteligência". Junte-se a isso uma mentalidade de coragem e de resolução com sentimentos vivos da verdade/justiça/liberdade/igualdade, e temos, sem esforço de busca, o heroi de Carlyle.

O agente científico, insatisfeito, inquieto e essencialmente inovador é uma das causas porque a moral institucional não constitui um sistema fechado e infenso às mudanças necessárias para o aperfeiçoamento. O ideal de perfeição resultante da cientificidade e da resolutividade responde às necessidades mais profundas da natureza das demandas sociais e da estrutura do próprio Ministério Público, uma instituição na qual a sociedade deposita as maiores esperanças (talvez, sem assumir um tom escatológico ou messiânico, suas últimas esperanças).

[15] Esse realismo ingênuo, como já assinalado alhures, é uma espécie de muleta para pernas sãs.

É preciso reconhecer, entretanto, que existem muitos agentes científicos de tribuna, mas no recesso de seu gabinete procedem com absoluta correção mecânica.

De qualquer modo, a solução não é construir uma muralha chinesa ao redor desses profissionais "satisfeitos" e "resignados", censurando-os ou levando-os compulsoriamente à virtude funcional dentro do novo modelo científico, mas compreendê-los e auxiliá-los a sair desse confinamento autoimposto[16]. Nenhum homem é vítima permanente de um destino fixo. De certa forma, esses profissionais são vítimas de nosso sistema educacional que não passa de uma *corrida de obstáculos*. Em vez de encorajar o estudante a dedicar-se a seus estudos por amor ao próprio estudo, em vez de encorajá-lo a amar realmente o objeto de sua pesquisa e a livre investigação, é ele incitado a estudar em função de sua carreira pessoal e levado a só adquirir aqueles conhecimentos que lhe sejam úteis para transpor os obstáculos de que se deve livrar a fim de alcançar uma posição no mercado de trabalho (público ou privado).

O êxito no concurso público de provas e títulos, representa, para muitos, o ponto mais alto da evolução profissional, o coroamento precoce de uma caminhada que apenas começou; o que vem depois é a degenerescência galopante, uma doce resignação do aniquilamento intelectual; uma espécie de anemia espiritual. Tornam-se vítimas da vaidade, aquela vaidade enxundiosa e grotesca, em que o cérebro se estreita e a barriga arredonda-se.

Após isso, imaginam que já não precisam estudar mais (alguns porque já se dão por satisfeitos com o que conseguiram), isso quando não ocorre o pior, a falta de consciência de que sabem pouco, sendo carecedores de mais luz. Nada mais ignorante que um bacharel, não tanto pelo que acha que sabe, mas pela ignorância da necessidade de se autoinstruir pelo resto da vida. O fato de terem estudado várias matérias e disciplinas, por vários anos, cria a falsa ideia de haver esgotado o assunto, e sejam donos, assim, de todo o saber caro à vida ou à profissão. Não é bem assim. As diversas Universidades e escolas não têm semelhante propósito. Nelas não se formam filósofos, estadistas, artistas etc., porque tendem a se fechar dentro de verdades teóricas

[16] Podemos dizer, guiados antes pela tristeza que pela ironia, que uma das maiores dores da natureza humana é a dor de uma ideia nova, sendo um trabalho elogiável domesticá-la no espírito misoneísta.

intocáveis, esterilizadas pela falta de contato com a prática. Fornecem apenas um mínimo de conhecimentos, o ponto de partida para a aquisição de novos e proveitosos ensinamentos – algumas delas, para não dizer a maioria, são simples fábricas de diplomas – de onde saem, em série, os "ignorantes diplomados". Por este modo, independente da qualidade do aluno, o estudo posterior torna-se absolutamente necessário.

O mundo moderno não autoriza um profissional a ter competência e sucesso, se não for um investigador/pesquisador permanente na sua área, alimentando continuamente sua capacidade de inovação, seus recursos mentais e sua disposição para problematizar o trabalho diário. Os conteúdos transmitidos nas Universidades não são suficientes para a vida profissional dos estudantes. A proposta de "aprender a aprender" abre a visão de que a educação não tem fim, renova-se dia a dia e avança rapidamente numa sociedade moderna, provocando um processo ininterrupto de atualização. A instrumentalização do "aprender a aprender" acompanha o profissional e abre caminho para acessar a universalização da conquista da ciência, dos métodos e das técnicas.

Uma boa parte desses profissionais tem uma falsa noção acerca da vida. Imaginam eles que concluído o curso de Direito e obtido êxito no concurso público respectivo, terminou, definitivamente, o período dos grandes esforços intelectuais continuados, e que se entra numa nova fase: na fase dos hábitos automatizados (ou melhor seria: um "sistema de hábitos" servis). E aqui surge a grande dificuldade sentida por esse profissional automatizado: sugerir que desista desses hábitos adquiridos pelas possibilidades do desconhecido. Esse clima mental torna, realisticamente, muito difícil, senão impossível, qualquer outra maneira de pensar ou de agir. Seria exigir que esse indivíduo em um súbito clarão de inspiração, como ocorre no domínio da fé religiosa, tivesse, de repente, uma visão de verdade nova. O hábito dificilmente morre e não é fácil levá-lo a uma razão que não parta das suas próprias premissas. Sempre resta alguma coisa de um antigo e inviscerado hábito. Talvez, por isso, William James tenha colocado como virtude fundamental do ser humano, o "hábito vital de quebrar hábitos".

3.1 Agente ministerial pré-científico e um trabalho de reengenharia institucional

Uma instituição pública não existe sem as pessoas que a constituem. Se quisermos conhecê-la, precisamos analisar seus membros, seus servidores e até mesmo seu público-alvo. Devemos, portanto, estudar o caráter da na-

tureza humana por trás da instituição. A natureza deste patrimônio humano nos dará, com certeza, a solidez e as perspectivas da dita instituição.

No que cabe à instituição, objeto deste ensaio, o futuro do Ministério Público brasileiro depende de nossa capacidade e de nossa boa vontade em organizar a evolução dos agentes pré-científicos se quisermos continuar a ser uma instituição que goza de alta credibilidade no meio social.

Não é sensato haver distinções de valor profissional entre os agentes ministeriais, por duas razões básicas: 1 - respeito próprio; 2 - homogênea eficiência funcional. Nada de agentes científicos e pré-científicos ou proativos e reativos. Todos devem compartilhar um senso mais agudo de responsabilidade; um senso profundo dos elementos de justiça social e combatividade; e uma capacidade científica e técnica. Claro que tais qualidades não surgem do nada, como se diz das orquídeas que crescem no ar, devem ser forjadas como parte de uma estratégia científica da própria instituição e de seus órgãos dirigentes.

4 Roteiro científico

Quanto à gestão do Ministério Público, em geral, falta um roteiro ou esquema de ação profissional a nortear os agentes ministeriais e isso faz com que a instituição, em seus vários órgãos de execução (bem como nos seus órgãos superiores de direção e de gestão), adote a censurável e obsoleta estratégia de "tentativas e erros" na operacionalização das diversas matérias a si confiadas. Cada agente molda sua promotoria de acordo com suas ideias, preconceitos, idiossincrasias, sob uma forma experimental, arbitrária e, muitas vezes, excêntrica, refletindo um caráter personalístico e voluntarista.

Essa má gestão pode frustrar as expectativas do público, fazendo refluir a legitimidade e o apoio popular. Abaixo indicamos alguns pontos que, se observados, podem contribuir para traçar um modelo de atuação mais profissional e científico.

4.1 Utilização do mecanismo jurídico adequado

O primeiro preceito do método científico aplicado à atuação funcional do Ministério Público pode ser enunciado assim: não utilize nenhum mecanismo jurídico para o qual não foi possível determinar, de forma totalmente clara, se realmente é o mais adequado e eficaz no caso particular. Não é suficiente ser inteligente, conhecendo com profundidade cada instituto jurídico e a forma de manuseá-lo. É preciso ser prudente e racional, sempre atento ao fato de que a inteligência distingue entre o possível e o impossível, mas somente a razão distingue entre o sensato e o insensato.

Cada método de atuação (seja na investigação ou na responsabilização) tem seus especiais critérios de exatidão e não há nada tão falso como aplicar, sem crítica, a um círculo de tarefas os critérios de exatidão de outro.

4.2 Desconfie dos argumentos de autoridade

Os argumentos de autoridade, com suas verdades absolutas/definitivas e exatidões absolutas, constituem teias de aranha para o cérebro humano e não devem ser tolerados. Não passam de bolhas de sabão prestes a se desfazer. Nada que não seja racionalmente inteligível pode ser objeto de discussão. Um agente ministerial tem o direito, e até o dever do *libre examen* (rejeição do argumento de autoridade).

Duvidar e desconfiar se não são palavras com o mesmo sentido no dicionário da vida, constituem duas das maiores faculdades da razão humana. Para descobrir a verdade ou se aproximar o máximo dela, não há senão o caminho da dúvida: é preciso duvidar de tudo (*de omnibus dubitandum*). Cultivar também o hábito de ler nas entrelinhas[17], de tirar conclusões certas de dados insuficientes, é regra de elevado bom senso para um agente público que lida com a aplicação da lei e zela pelo interesse público.

4.3 Evasão do raciocínio discursivo

O raciocínio discursivo é o pensamento ordinário que usamos o tempo todo. É um método superficial e que conduz apenas a crenças, a intuições, ao imediato (variáveis que jamais podem servir como alavancas do método científico). Os objetos derivados desse raciocínio podem ser radicalmente simples, mas não vão além da superfície, podendo proporcionar um saber de *que* isso é assim, mas não de *por que* é assim. É como alguém a quem se mostram os efeitos de uma máquina, mas se lhe oculta sua conexão interna e seus mecanismos.

Toda a argumentação desenvolvida para defender a posição da instituição em defesa dos interesses insculpidos na Constituição deve ser feita como resultado de um processo intelectual, de "detalhes para detalhes", não de intuições emotivas, para que se produza a devida clareza e exatidão dos con-

[17] A desconfiança e a dúvida revelam a inteligência e a sagacidade de um indivíduo. A etimologia da palavra "inteligência" avaliza essa conclusão. A palavra vem do latim *intelligere* (*intus* + *legere* = ler dentro, nas entrelinhas).

ceitos. Neste propósito, devem ser desenvolvidas ideias claras, evidentes e raciocínio exato com base nelas, o suficiente para evitar o confinamento da instituição em módulos estáticos e tradicionais de pensamento.

4.4 Olhando para os fatos

A compreensão adequada dos fatos, o pragmatismo jurídico (uma forma sofisticada de realismo), evita o erro factual; a análise correta dos mecanismos jurídicos evita o erro conceitual. Essa circularidade entre o empirismo e a razão teórica, ou a inevitável conexão do pensamento com a ação, se revela fundamental a um sólido enfoque científico para a atuação funcional do MP sobre o truísmo de que todo conhecimento que não chega a ter uma aplicação prática, se degrada.

A experiência é necessária e elemento determinante para entender os fatos da vida social (um mundo plural marcado pela diferença, pelas lutas e pelos abusos contínuos) e a modalidade das relações entre os homens, que, definitivamente, não são redutíveis a um objeto de exatidão matemática e não podem ser apreendidos pelo simples saber jurídico ou ainda pela casuística jurídica (que nos dá o particular, mas nos impede de apreender o geral). A nossa experiência, mesmo opaca e incompleta como é, ainda ecoa o mais profundo da realidade e ajuda a corrigir o uso excessivo de abstrações, o maior vício do intelecto. Mas não esqueçamos, nem por um instante, da gloriosa lição de Schopenhauer (2009, p. 103) que nos impede de olhar apenas para os fatos se estivermos imersos em um projeto transformador. Diz o filósofo alemão:

"Toda actividad sostenida, compleja o planificada tiene, pues, que partir de principios, de un saber abstracto, y guiarse por él".

Somos tentados a aceitar uma "lógica dos fatos" como uma lei inexorável da natureza, tendente a seguir o seu curso quaisquer que sejam os direitos em jogo; um processo inevitável ao qual todos têm de se ajustar, pois essa lógica não apenas conduz os que querem, como arrasta os que não querem aceitá-la. Mas uma instituição verdadeiramente guardiã da Constituição e de seu precioso patrimônio não se deixa conduzir, vergar ou arrastar por uma falácia do senso comum. Sem formulação de teorias, sem que elas sejam criticadas e sem alguma controvérsia intelectual não há progresso em qualquer setor da vida social. Quanto melhor for nossa teoria, melhores resultados teremos em nossa prática.

A discussão histórica sobre a personalidade jurídica estatal e das coletividades organizadas nos oferece um exemplo claro da limitação jurídica quando o fenômeno jurídico só é apreendido pela observação ou pela experiência (ou pela "lógica dos fatos"). Nos albores da discussão sobre a natureza jurídica da personalidade, autores como L. Duguit e G. Jèze (Malberg, 2001, p. 35; Gettell, 1967, p. 349) entendiam que só o ser humano a possuía, pois só ele tem existência real e é dotado de vontade. A observação nos faz reconhecer, professavam esses autores, como ser que existe realmente, só o homem. Confundia-se, então, a personalidade jurídica com a existência física[18]. Esse realismo excessivo nos faz, de um lado, superestimar as realidades materiais, de outro, perder a dimensão das realidades jurídicas postas sob nossas vistas, como revela a evolução do pensamento sobre a personalidade jurídica.

É melhor admitir francamente que a teoria está capacitada para desempenhar um papel importante no estabelecimento das conclusões e nos capacita em aplicar os conceitos gerais aos casos particulares. Para o leitor decidido a evitar a teoria e admitir somente fatos evidentes pela observação, resulta inútil a maioria dos livros de Direito, já que acerca de certos fenômenos jurídicos não há fatos de mera observação[19].

4.5 Aprender a fazer, fazendo

Não é o caso de aprender por experiência ou "aprender a fazer, fazendo", pois experiência não passa de um somatório de erros sem nenhuma carga ética. O agente científico deve entrar na arena do combate já previamente treinado na arte do confronto jurídico e trajado adequadamente para a ocasião.

Logo se percebe a insuficiência do empirismo, do casuísmo, do intuicionismo para a explicação e compreensão do *geral.* Ao Ministério Público espontâneo, intuitivo, empírico das primeiras épocas sucede o Ministério Público raciocinante, estratégico, científico. Com esse método, a instituição encaixa o *fato* no *geral,* inserindo-se conscientemente no jogo político e jurídico da sociedade. Conhece a enfermidade, o remédio e a conexão entre eles.

[18] Mesmo a personalidade jurídica dos seres humanos não é um fato que cai sob os sentidos, nem tampouco uma consequência de sua natureza física. O conceito jurídico de personalidade humana é a expressão de uma ideia abstrata.

[19] A observação, como diz Karl Popper (1972, p. 59), é sempre uma observação à luz de teorias. Não há uma linguagem fenomênica livre de teorias, distinguível de uma "linguagem teórica".

E, a partir disso, como diz Ponte de Miranda (1983, p. 04), em vez do esparso, do discreto, do descosido, do solto, da empiria, e em vez do abstrato, do vago, do contínuo, do apriorismo, que maneja as idealidades da razão sem peias, sem seguradores no real e na vida, - surge, então, a lealdade do raciocínio alimentado de realidades, o geral que mal distende o fato, o lento mas confiante ascender do método científico.

A atuação funcional não pode ser improvisada a cada caso, a cada problema, calcada apenas em um conhecimento empírico e acientífico ("tentativas e erros", "aprender fazendo"). Devemos antes adotar a estratégia de Sun Tzu, e confabular previamente, planejar os movimentos, para só entrar na batalha com a certeza da vitória. Um exército vitorioso só entra na batalha depois de ter garantido a vitória, enquanto um exército derrotado só procura a vitória depois de ter entrado na luta.

4.6 O método de "tentativa e erro"

A prática, a menos que comece, desamparadamente, por tenteios, é teoria aplicada. Assim como a construção de uma ponte ou de uma pilha atômica é Matemática e Física aplicadas, também qualquer ato de Administração é teoria administrativa ou jurídica aplicada, embora a teoria, em vez de estar bem preparada antecipadamente, é com frequência formada, algo desajeitadamente, enquanto seguimos adiante (resultando no método de "tentativas e erros" ou de "acertos ou erros").

A mera prática ou o simples entendimento prático não basta para guiar as ações do Ministério Público; é necessário que aqui compareça o saber científico, a substituir as intuições por conceitos eficazes e tome estes como pauta de ação. E sendo aplicado o método correto, os resultados (socialmente relevantes) são mais facilmente alcançados.

Métodos dessa natureza não duram mais que um dia e as ruínas se amontoam sobre ruínas. O objeto final das ações do Ministério Público é valioso demais para se sujeitar a táticas irresponsáveis de "acertos ou erros" que, na prática, não passam de uma "coleção de erros" sem nenhuma carga pedagógica ou moral.

Conclusões

O presente da instituição do Ministério Público é, de certo modo, frustrante e o futuro é incerto, por duas causas que não devem ser esquecidas, uma mais do que a outra. Falta-nos o sentido do ideal e falta-nos, talvez ainda mais, o sentido do real. Há uma reciprocidade de influência destas duas fal-

tas. Desconhecemos o ideal, porque o real nos tenta (rotina processual, prazos mecânicos, transferência de responsabilidade); desconhecemos o real, porque, esquecido o ideal, não temos mais a medida nem o meio de discriminar a respeito do real.

Não basta pregar simplesmente o novo método; devemos começar a lançar seus fundamentos se desejamos vê-lo realizado. Impõe-se, na atual conjuntura histórica e política, no que diz respeito à busca por resultados no Ministério Público, retirar essa ideia do pedestal estático em que é concebida e transformá-la em um conceito dinâmico ou em uma norma de ação. Não se fala, é bom ressaltar, de uma instituição científica de cátedra, mas de rua, prática, efetiva e resolutiva.

Libertos do veneno dos métodos artesanais e voluntaristas de exercício funcional, construiremos uma instituição mais rica e mais sólida, capaz de oferecer respostas efetivas aos mais variados problemas; capaz de esgotar todos os meios dispostos na lei para restabelecer o seu completo predomínio. Buscamos, por isso, a ativação de um estado de espírito científico, sua ampla generalização e seu impacto na efetividade das funções institucionais.

O método científico bem aplicado às ações jurídicas do Ministério Público pode se tornar um potente telescópio que, onde antes enxergávamos apenas confusas e incoerentes atuações burocráticas, agora é possível descobrir formas nítidas e contornos distintos de uma atividade produtiva claramente transformadora da realidade social. O agente ministerial que apreende uma técnica de atuação científica ajunta novo poder à sua inteligência, duplica-a. A cada poder agrega o método científico um novo poder.

A adoção desses modelos ou padrões de conduta funcional (cientificidade e resolutividade) prova que o Ministério Público é capaz de tomar nas próprias mãos o seu destino. Mas por outro lado também, é inútil tentar qualquer controle consciente do nosso destino a não ser que levemos experimentação e audácia ("audácia imaginativa") às finalidades que procuramos.

O método científico dar à inteligência, ao talento prático/teórico, ao tirocínio estratégico, o lugar que merecem nos negócios públicos, na preservação da ordem jurídica e do regime democrático. Não implica, certamente, numa *tecnicização* do Ministério Público aplicada a uma "rotina processual" esterilizante.

Diante de uma realidade social pluriforme, inapreensível, caótica e fluida, em que o Ministério Público é chamado a atuar, não pode seu agente, mover-se pelo impulso burocrático do método de "tentativas e erros" (o "aprender fazendo") nem ficar preso à rotina processual. A sorte do social inserido

neste "contexto líquido" não pode ser confiada a esquemas restritos, fixos e de pouco alcance prático. A compreensão científica da sociedade exige, paralelamente, uma compreensão, pelo mesmo padrão, de seus problemas e de suas soluções. Para tanto, precisamos de uma educação funcional (treinamento e aperfeiçoamento contínuos, socialização etc.) melhor adaptada ao caráter do nosso tempo, preservando ou ampliando a lealdade e a dedicação à sempiterna missão constitucional atribuída ao Ministério Público.

A aspiração de um Ministério Público científico só pode ser realizada quando as condições conduzirem diretamente à sua realização. É inútil desejar ou pregar um novo modelo quando elas não existem ou não há a vontade de criá-las. Esse ambiente receptivo aos novos moldes deve, de alguma maneira, ser forjado na estrutura diretiva da instituição e nos cálculos dos gestores.

O caráter científico empresta, dentre outros atributos, seriedade, eficiência, eficácia, efetividade e capacidade de esgotar inteligentemente os meios legais postos à disposição da instituição. Por este ângulo, tudo quando for feito pelo Ministério Público deve levar a marca de "bem feito", rendendo preito, se necessário, ao audacioso e ao imaginativo. As medidas adotadas, em qualquer setor de atuação, devem ser autoconsistentes e não levar a contradições.

É fácil ser convencido de que a responsabilidade do Ministério Público, pelo menos a responsabilidade política e moral, não cessa com a adoção de providências (judiciais ou extrajudiciais) sobre determinado assunto. Essa responsabilidade liga-se com a obtenção do resultado mais adequado ao interesse constitucionalmente atribuído à instituição. Não basta, por exemplo, instaurar um inquérito civil e anualmente prorrogar-lhe o prazo de conclusão; ou ajuizar uma ação civil pública e transferir o encargo ao Judiciário (meio ardiloso de fugir a uma "responsabilidade direta"). Espera-se mais de uma instituição de quilate constitucional; espera-se que o resultado alcançado seja substancial e socialmente relevante; espera-se o debelamento, pela radícula, da causa lesiva ao interesse protegido pela instituição, nem mais nem menos. O Ministério Público não se pode dar ao luxo de errar; deve preferir o mais ao menos, pecar por excesso do que por omissão.

Esse apreço pelo resultado substancial não induz à infalibilidade da instituição, à necessidade imperativa de sempre ser vitoriosa, de sempre ter razão e de sempre conseguir êxito. O objetivo é bem outro: em sempre lutar e trabalhar energicamente sobre aquilo que acredita ser justo e correto. Esse é o esquema de valores por onde a instituição cumpre sua missão multidimensional. Uma instituição é necessária e eficiente quando satisfaz a maior

quantidade possível de demandas. Não é misteriosa (opaca ou pouco transparente), nem de uma infalibilidade divina. É, simplesmente, um grupo de homens que toma decisões, promove ações ou adota providências, as quais, em última instância, vivem ou morrem segundo o que os demais (o povo, a sociedade) pensam delas.

Os interesses insculpidos no art. 127, *caput,* da Constituição Federal são a medida de todas as coisas para o Ministério Público; é o compasso por onde a instituição deve aferir a atuação adaptada às mutáveis necessidades da sociedade que lhe envolve e lhe avaliza a função. O esforço decorrente dessa missão constitucional tem todos os elementos de uma cruzada.

Nunca um agente ministerial imbuído de cientificidade (*link* para a resolutividade) há de perder de vista os superiores direitos inscritos na Constituição, verdadeiro barômetro, cujas variações anunciam sem falta o bom e o mau desempenho funcional. A forma científica, a subordinação do particular ao geral em direção ascendente, sempre impulsionará as ações ministeriais.

O trabalho desenvolvido a partir de um sólido e consciente método científico restará pouco frutífero se não for impulsionado por um espírito de luta, de tenacidade e de atividade intimorata, em face dos ferozes e dos inescrupulosos interesses opostos. Essa é a mentalidade fundamental de qualquer agente ministerial e detentora de uma força mobilizadora/contagiante, dentro da qual as grandes realizações são possíveis.

O método científico somente prova sua vitalidade se os agentes ministeriais estiverem plenamente conscientes do significado mais profundo e substancial da missão atribuída ao Ministério Público, em suas múltiplas e variadas vertentes, bem como dos resultados alcançáveis. Por outro lado, falamos enfaticamente disso ao longo deste estudo, não adianta saber sem a vontade de fazer ou ter vontade de fazer, sem a razão prática e teórica para guiar os passos. Racionalidade (ou cientificidade) e voluntarismo, planejamento e execução, devem fazer parte da mesma equação cuja solução leva ao Ministério Público resolutivo.

RODRIGUES, J. G. The nature of the scientific method with applications to the Public Prosecution Service's resolution. *Justitia*, São Paulo, v. 208, p. 261-296, Jul./Dec. 2016.

- **ABSTRACT**: The essay reflects on the scientific method applied to legal actions of the prosecution replacing inconsistent bureaucratic performances by clear and distinct forms of a clearly transforming productive activity of

social reality. The scientific aggregate ministerial actions should not be confused with the desired resolution, although it is an absolutely necessary aspect. The primary objective of the study is not teaching or practical. Its function is solely to show that certain consequences follow from certain causes, and that, for certain purposes, certain means are the most effective.

- **KEYWORDS:** Scientific prosecutors. New methods. Modern management. Plural usage information. Challenges. Requirements.

Referências:

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito. Vol. III.** Rio de Janeiro:Record, 1991.
BERLIN, Isaiah. **O sentido de realidade.** Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro:Civilização brasileira, 1999.
BORN, Max. **La responsabilidad del científico.** Tradução de Isidoro Boix. Barcelona:Labor, 1968.
GETTELL, Raymond G. **Historia de las ideas políticas. Vol. II.** Tradução de Teodoro González García. México:Editora Nacional, 2ª. ed., 1967.
HARRISON, George Russell. **Átomos en acción. El mundo de la física creadora.** Tradução de Abel Hornos. Buenos Aires:Editorial Sudamerica, 1942.
HEIDEGGER, Martin. **L'être et le temps.** Tradução de Rudolf Boehm e Alphonse de Waelhens. Paris:Gallimard, 1964.
HUXLEY, Julian. **El hombre está solo.** Tradução de C. A. Jordana. Buenos Aires:Editorial Sudamerica, 1942.
IHERING, Rudolf von. **A finalidade do Direito. Vol. I.** Tradução de José Antonio Faria Correa. Rio de Janeiro:Ed. Rio, 1979.
LASKI, Harold J. **La libertad en el Estado moderno.** Tradução de Eduardo Warshaver. Buenos Aires:Editorial Abril, 1945.
LASKI, Harold J. **Reflections on the revolution of our time.** Londres**:**George Allen & Unwin Ltda, 1946.
LEWIS, John. **O homem e a evolução.** Tradução de Teresa Rita Cetlin Toth. Rio de Janeiro:Paz e Terra, 1968.
MALBERG, R. Carré de. **Teoría General del Estado.** Tradução de José Lión Depetre. México:Fondo de cultura económica, 2001.
NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia.** New York:Basic Books, 1974.
ORWELL, George. **Animal farm.** England:Longman, 1992.
POPPER, Karl R. **The logic of scientific discovery.** Londres:Hutchinson, 8ª. ed., 1975.

RODRIGUES, João Gaspar. **Novos delineamentos sobre o conflito de atribuições no âmbito do Ministério Público.** Manaus:RJMPAM, vol. 16, n. 1/2, 2015, pp. 263-282.
SCHOPENHAUER, Arthur. **El mundo como voluntad y representación. Vol. I.** Tradução de Pilar López de Santa María. Madrid:Editorial Trotta, 2009.
SPENGLER, Oswald. **La decadencia de occidente. Volume II**. Tradução de Manuel G. Morente. Madrid:Calpe, 1925.
WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica.** Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo:WMF Martins Fontes, 2008.

Otimização da Atuação do Ministério Público no Exercício da Função de C*ustos Legis* – Uma proposta

Eloy Ojea GOMES*

- **SUMÁRIO:** Introdução e proposição. 1 Base jurídica da proposta: conformidade e ausência de violação a princípio institucional e publicístico. 2 Decomposição analítica da proposta. Conclusão. Minuta de ato administrativo. Referências.

- **RESUMO:** Após atribuir ao atual momento de disseminado intenso estéril debate pelo qual atravessa o País uma das causas da estagnação institucional, o autor concita ao diálogo concreto propositivo e em seguida apresenta proposta factível de otimização da atuação no exercício da função de *custos legis* pelo Ministério Público em âmbito cível e criminal, como forma, especialmente, de atingimento de uma das metas institucionais sob a ótica do articulista: profissionalização da atuação funcional voltada ao efetivo atendimento dos princípios constitucionais da eficiência e da razoável duração do processo. Mais adiante, o autor realiza a decomposição analítica da proposta, demonstrando sua conformidade com princípio institucional e publicístico, condensando-a ao final com a apresentação de minuta de ato administrativo complexo ordinatório.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público. *Custos legis*. Intervenção no processo civil. Racionalização. Profissionalização. Otimização da atuação funcional. Eficiência. Independência funcional. Processo Eletrônico.

Introdução e proposição

Não há nada como o sonho para criar o futuro.
Utopia hoje, carne e osso amanhã.
(Victor Hugo)

*8º promotor de Justiça de Guarujá. Ex-advogado da Companhia de Engenharia de Tráfego de Santos. Ex-procurador do Município de Praia Grande. 3º colocado no Prêmio CNMP, ano 2016.

O futuro dependerá daquilo que fazemos no presente.
(Mahatma Gandhi)

Não há membro do Ministério Público que se oponha ao progresso institucional.

É anseio que transborda a vontade do corpo institucional, inclusive.

À medida que a sociedade conhece mais e mais a atuação institucional, ela revela seu desejo por maior aprimoramento da atuação funcional.

O quase unânime apoio popular às sucessivas produtivas investigações patrocinadas pelo Ministério Público, estampado nos mais variados meios de comunicação e interação sociais, está a demonstrar isso claramente.

Para além de avanço derivado de vontade geral, o incremento institucional ainda satisfaz, simultaneamente, metas estratégicas, como (a) petrificação na organização do Estado em ambiente democrático, porque não custa lembrar que não somos Poder, e nem devemos ser, (b) indireta defesa das conquistas estampadas no atual perfil institucional constitucional e (c) deflagração de ciclo facilitador para novas conquistas voltadas ao atingimento do ideal arquétipo institucional.

E tudo isso para o fim único de servir mais e melhor à sociedade.

Até aí, estamos diante de um elenco de obviedades.

O problema está em que, hoje em dia, não estamos percebendo que nos encontramos reféns de uma ciranda de estéreis abstratas intermináveis discussões, meramente acadêmicas não raras vezes.

A sociologia haverá de explicar as causas desse fenômeno, mas é fato que a sociedade brasileira – os membros do Ministério Público nisso incluídos -, de tempos para diante, vem se perdendo nesse ambiente, nublando a visão e impedindo o oferecimento propostas concretas que justifiquem a perda de tempo e esforço intelectivo pelo bom material humano que nosso País sabidamente possui.

Exemplificando, é facilmente identificável como mais importantes pontos remanescentes de conquista (a) a eleição direta do Procurador-Geral de Justiça pela classe, (b) o estabelecimento de suficiente piso legal orçamentário, (c) o crescimento institucional homogêneo e equilibrado e (d) a profissionalização da atuação funcional.

A despeito disso, vimo-nos absortos numa abstrata perene dispersão dialética.

Debatemos, debatemos e debatemos.

Nada se materializa para validar a discussão, ou justificar a continuação dela.

Não há quem não perceba isso.

Mas a saída não se esgota numa concreção, à evidência.

Equívoco de idêntica gravidade à incursão em intermináveis discussões abstratas é reputar solução pronta e acabada a concreção de uma primeira ideia.

Senão a literatura, a experiência adquirida na vivência institucional ensina que somente quando forjada em democrático ambiente dialético qualquer proposta frutifica e efetivamente proporciona desenvolvimento institucional.

O oferecimento de concretas propostas e a democrática exaustiva discussão constituem, a meu ver, circunstâncias interdependentes, a validamente justificar perda de tempo e esforço mental.

Porque dependente apenas da vontade interna, interessa para os fins deste articulado a otimização da atuação funcional no exercício das funções de *Custos legis*.

Eis o objeto desta modesta tentativa de contribuição: oferecer palpável alternativa e, acaso honrado com a discussão dela, oxalá sintetizarmos avanço orgânico.

1 Base jurídica da proposta: conformidade e ausência de violação a princípio institucional e publicístico

Constitui consenso que toda materialização do pensamento do membro do Ministério Público no exercício das funções constitui ato administrativo[1].

Longe de qualquer objeção, também, está a compreensão de que o ato praticado pelo membro do Ministério Público no exercício de suas funções, ainda que em circunstâncias processuais, nunca deixa de ser administrativo[2], seja porque, para que tenha sua validade reconhecida, o ato jamais poderá deixar de reunir sua *infra* estrutura típica – competência, finalidade, motivo, forma e objeto -, seja porque a caracterização desses atos como processuais sempre decorreu, a nosso ver, da peculiaridade deles serem praticados em ambiente processual e para produzirem efeitos processuais[3].

---

[3] Nesse sentido o ensinamento de ENRICO TULLIO LIEBMAN: "*o processo tem início, tem seu andamento e se conclui com a realização dos variados atos de seus sujeitos, que são os atos processuais. Estes se distinguem dos atos jurídicos em geral pelo fato de pertencerem ao processo, e de exercerem um efeito jurídico direto e imediato sobre a relação processual, quando os constituem, os desenvolvem ou os concluem. Em outras palavras, os atos pro-*

Atos processuais praticados pelo Ministério Público são atos administrativos, em suma.

Ninguém discorda, ainda, de que todo e qualquer ato **é fruto** de manifestação de vontade, ou seja, de uma conduta, administrativa *in casu*.

Assim nos ensina a boa doutrina administrativa[4].

Ensina também a boa doutrina administrativa[5] que a matriz dos atos administrativos – condutas administrativas – são passíveis de regramento interno para justamente disciplinar o comportamento funcional dos respectivos agentes mediante esclarecimentos a fim de orientá-los no desempenho de suas atribuições, especialmente na busca por eficiência.

Prosseguindo, ninguém desconhece que a forma constitui um dos elementos do ato administrativo[6] e se define como *"o revestimento exterior do*

---

cessuais são os atos do processo" (*in* Manual de Direito Processual Civil, volume 1, Palmas, Editora Intelectus, 2003, página 191, sem grifo no original). Nessa linha também converge JOSÉ FREDERICO MARQUES, segundo o qual ato processual "*é aquele praticado no processo e que para este tem relevância jurídica»* (*in* Manual de Direito Processual Civil, volume 1, São Paulo, Editora Saraiva, 1976, página 302).

[4] Segundo HELY LOPES MEIRELLES, *"Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria"* (*idem, ibidem*, página 141, sem grifo no original).

[5] Esse regramento interno se dá por meio de atos administrativos ordinatórios, que "*são os que visam a disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta funcional de seus agentes. São provimentos, determinações ou esclarecimentos que se endereçam aos servidores públicos a fim de orientá-los no desempenho de suas atribuições. Tais atos emanam do poder hierárquico, razão pela qual podem ser expedidos por qualquer chefe de serviço aos seus subordinados, desde que o faça nos limites de sua competência. Os atos ordinatórios da Administração só atuam no âmbito interno das repartições e só alcançam os servidores hierarquizados à chefia que os expediu"* (HELY LOPES MEIRELLES, idem, ibidem, página 175).

[6] Com o sabido, a forma constitui um dos requisitos de validade do ato administrativo: "*O revestimento exteriorizador do ato administrativo constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição"* (HELY LOPES MEIRELLES, idem, ibidem, página 144, sem grifo no original).Segundo HELY LOPES MEIRELLES, forma é "*o revestimento material do ato"* e *"constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição"* (HELY LOPES MEIRELLES, idem, ibidem, página 144/145, sem grifo no original).

Já CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, dentro de sua linha de entendimento da composição do ato administrativo, ensina que formalização *"é a específica maneira pela qual o ato deve ser externado. Com efeito: ademais de exteriorizado, cumpre que o seja de um dado modo, isto é, segundo uma certa aparência externa. Enquanto a forma significa exte-*

*ato; portanto, **o** modo pelo qual este aparece e revela sua existência"*[7].

Diante de todos esses conceitos, fica evidente que nada impede - e o princípio da eficiência até recomenda, como se verá- a edição de ato administrativo ordinatório pela Administração Superior do Ministério Público visando esclarecer, disciplinar e orientar a conduta processual dos membros **relativamente à forma** de pronunciamento nos autos.

Mais concretamente, o que a ideia propõe é a edição de regramento interno especificando as maneiras segundo as quais a manifestação processual do membro do Ministério Público no exercício da função de *custos legis* revelar-se-ão nos autos - *divididas entre expressas e tácitas.*

A primeira objeção que vem à mente frente a essa formulação é a hipotética afronta ao sagrado princípio da independência funcional.

Mas não há motivo para rejeição conceptiva.

Primus, porque forma não se confunde com convicção.

Deveras, enquanto que a independência funcional – liberdade de convicção – circunscreve-se ao **âmbito intelectivo** de análise da situação posta, a forma se limita ao campo da materialização da compreensão cognitiva livremente realizada. Posto de outra forma, enquanto **a forma** pertence ao campo da **concreção**, **a liberdade de convicção** pertence ao campo da **abstração**, inconfundíveis entre si, embora encadeadas no exercício dos misteres institucionais.

O regramento será **apenas** da forma, **jamais do conteúdo**, em suma.

Secundus, porque a proposta que materializa a ideia traz em si **a ostensiva estratégica cautela** de se estabelecer como **mera faculdade**[8] do membro do Ministério Público **o uso da forma tácita** e **excepcional** de intervenção processual disciplinada no sugerido ato administrativo ordinatório, lembrando

riorização, formalização significa o modo específico, o modo próprio, desta exteriorização" (*idem, ibidem*, página 363).

[7] CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *idem, ibidem*, página 348, sem grifo no original. Segundo HELY LOPES MEIRELLES, forma é "*o revestimento material do ato"* e *"constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição"* (HELY LOPES MEIRELLES, idem, ibidem, página 144/145, sem grifo no original).

[8] A facultatividade da técnica excepcional de manifestação processual tácita é enfatizada pela explícita previsão de formas expressas obrigatórias de manifestação pelo agente político no cumprimento de suas competências processuais (artigos 3º e 4º da proposta).

que, **atualmente**, justamente por ausência de previsão excepcionando essa regra, **toda e qualquer manifestação processual nos autos deve ser expressa**.

A exceção prevista na adiante proposta, portanto, **na prática**, jamais poderá constituir afronta ao princípio da independência funcional, seja porque estabelecida como **mera faculdade**, e, assim, proporcionando ao agente político não a adotar no exercício de seus misteres se assim o desejar, sem quaisquer consequências, seja porque a própria tradição processual reconhece a **inexistência de uma determinada forma** para a prática de atos processuais, tanto que tem por válidos aqueles atos que, realizados de outro modo, preencham a finalidade essencial para cuja qual foram exteriorizados[9].

O que se quer deixar claro com a exposição feita é, sobretudo, que o modo de exteriorização dos atos processuais pelo membro do Ministério Público pode ser objeto de regramento interno, sem que isso constitua inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da independência funcional.

Convicto do sólido amparo doutrinário da ideia, passamos a esclarecer e justificar a oportunidade e a conveniência de cada qual de seus pormenores.

2 Decomposição analítica da proposta

Artigo 1º *- Este Ato regula o modo de intervenção do membro do Ministério Público no exercício da atividade processual de fiscal da ordem jurídica.*

Justificativa: **Na busca por maior profissionalização da atuação** - objeto de **recente recomendação do Conselho Nacional do Ministério Público** (10) - a experiência tem mostrado ser imprescindível conceber **também** o **modo** de intervenção do membro do Ministério Público no exercício da função de *custos legis*. Deveras, tão importante quanto a previsão das hipóteses de intervenção do Ministério Público – **causas** em que a Instituição deve

[9] Nesse sentido o expresso texto de lei: "*os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preencham a finalidade essencial*" (artigo 188 do Código de Processo Civil).

[10] Eis o que dispõe a Recomendação do Conselho Nacional do Ministério Público (D.O.E. de 18.06.16): "*Artigo - 1º Os órgãos do Ministério Público Brasileiro, no âmbito de sua autonomia administrativa e funcional, devem priorizar:*

I – ...;

II – ...;

III – a busca da efetividade em suas ações e manifestações"

obrigatoriamente oficiar -, o tempo tem mostrado urge, **igualmente**, o estabelecimento de estratégia que **desestimule a desnecessária remessa de autos para pronunciamento do Ministério Público nessas causas de intervenção obrigatória**, não raras vezes para manifestação sobre questões que, para a respectiva decisão, não demandam *opinio* do *parquet*, num quase erro de procedimento claramente atentatório aos princípios da eficiência e da razoável duração do processo.

Importante para a justificativa deste artigo, ainda, é deixar claro que a proposta claramente diferencia **hipótese** de **modo** de intervenção. Mais precisamente, ao prever a locução "*no exercício da atividade processual de fiscal da ordem jurídica*", a iniciativa parte do **óbvio** pressuposto que o regramento proposto somente incidirá nos processos em que a intervenção do Ministério Público seja **obrigatória**, **apenas delimitando a forma como essa intervenção se dará nos autos**.

Artigo 2º *- O modo de intervenção do membro do Ministério Público no exercício da atividade processual de fiscal da ordem jurídica será expresso ou tácito.*

Justificativa: Como anteriormente exposto, embora a tradição reconheça a **inexistência de uma determinada forma** para a prática de atos processuais, sobretudo se, por um modo ou outro, for atingida a finalidade para a qual produzido – o que aponta para a **inexistência de repercussão processual** acaso descumprido o regramento pelos membros do Ministério Público -, encontramos na divisão entre formas expressas e tácitas, amparada em boa doutrina publicística, a **fórmula adequada** para pronunciamento nos autos pelo Ministério Público, compatibilizando a busca pela otimização da atuação profissional e a independência funcional, sem desconsiderar a exposta evidente diferença existente, a nosso ver, entre forma e liberdade de convicção.

Artigo 3º - No exercício da atividade processual de fiscal da ordem jurídica em âmbito processual civil, é obrigatório o expresso pronunciamento nos autos pelo membro do Ministério Público sobre:

I – pedido de tutela provisória;

II – questão;

III – saneamento e organização do processo (artigo 357 do Código de Processo Civil);

IV – mérito da demanda, após o encerramento da instrução processual, ressalvadas as situações de julgamento antecipado do pedido;

V – situações em que o membro do Ministério Público entenda conveniente e necessário para a defesa do interesse justificador da intervenção, a seu exclusivo critério.

Parágrafo primeiro – Para os fins do inciso II do caput deste artigo, entende-se por questão todo ponto controvertido de fato ou de direito sobre o qual recairá decisão passível de agravo de instrumento, à exceção da hipótese prevista no inciso V do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

Parágrafo segundo – O expresso pronunciamento de que trata o caput deste artigo não prescinde da respectiva fundamentação.

Parágrafo terceiro – O expresso pronunciamento de que trata o caput deste artigo não prescinde de observância do disposto no artigo 179, I, do Código de Processo Civil, ressalvadas as situações urgentes que justifiquem a análise sem oitiva da parte contrária.

Justificativa: Para além de conveniente e oportuno, julgamos identicamente **vital** estabelecer **claramente** as situações em que o pronunciamento **expresso e motivado** pelo membro do Ministério Público é **obrigatório**, algumas delas já consagradas por entendimentos da Procuradoria-Geral de Justiça (PGJ)[11]. Essa reputada imprescindibilidade enunciativa tem por propósito, também, densificar o princípio da obrigatoriedade interventiva, com necessário viés **pedagógico interno**, ou, mais precisamente, (a) evitar **in**devida interpretação da proposta e a prática de **excessos omissivos** que possam comprometer a aceitação, pelos órgãos de controle internos e externos, das virtudes

[11] Nesse sentido: "*RECUSA DE INTERVENÇÃO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO LIMINAR DE ALIMENTOS PROVISIONAIS. INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM TODOS OS ATOS PROCESSUAIS, INCLUSIVE PREVIAMENTE À TUTELA DE URGÊNCIA. É impositiva a intervenção do Ministério Público nos processos envolvendo o interesse de incapaz, em especial ação de alimentos, não podendo abdicar de sua intimação em todos os atos processuais.*

Embora como fiscal da ordem jurídica o Ministério Público se manifeste ordinariamente após as partes no processo civil, isso não elimina a necessidade de sua manifestação prévia às decisões em sede de tutela de urgência, emitidas sem a oitiva da parte contrária. Remessa conhecida e provida" (Protocolado nº 89.378/16, Processo nº 1000980-14.2016.8.26.0116, Interessados: Juiz de Direito da 2ª Vara de Campos do Jordão e 2º Promotor de Justiça de Campos do Jordão). No mesmo sentido: Protocolado nº 104.118/16, Processo nº 1001083-21.2016.8.26.0116, Interessados: Juiz de Direito da 2ª Vara de Campos do Jordão e 2º Promotor de Justiça de Campos do Jordão.

da ideia em função de possíveis reflexos **perniciosos** aos misteres institucionais decorrentes de possíveis interpretações extensivas internas das hipóteses de pronunciamento tácito, e (b) reforçar ao membro do Ministério Público a necessidade de exercício **responsável** de suas funções, até porque **sujeito a fiscalização externa pelo Poder Judiciário** previamente cientificado dos **limites** ao modo de pronunciamento nos autos no exercício da atividade de *custos legis*.

Os incisos do *caput* elencam claramente as situações que ensejam pronunciamento **expresso** e **motivado** do membro do Ministério Público, sobre as quais, senão o regramento administrativo funcional[12], ao menos a prática forense diária ensina não pairar qualquer dúvida a respeito da imprescindibilidade desse expresso e motivado pronunciamento do *parquet*, dado o inegável potencial invasivo do sucessivo provimento jurisdicional no patrimônio jurídico das partes nos limites da lide.

Os parágrafos deste artigo elucidam o significado da elementar *questão*, reforçam a obrigatoriedade da respectiva motivação da manifestação e apontam o exato momento do pronunciamento do agente político, em estrita obediência à lei, tudo na linha do caráter ordinatório do ato que compõem e do viés pedagógico interno da proposta.

***Artigo 4º** - No exercício da atividade de fiscal da ordem jurídica em âmbito processual penal, é obrigatório o expresso pronunciamento nos autos pelo membro do Ministério Público sobre:*

I – admissibilidade de queixa-crime;

II – aplicação de medidas cautelares;

III – aplicação de medidas despenalizadoras;

IV – questão;

V – saneamento e organização do processo;

VI – mérito da demanda, após o encerramento da instrução processual;

VII – situações em que o membro do Ministério Público entenda conveniente e necessário para a defesa do interesse justificador da intervenção, a seu critério.

***Parágrafo primeiro** – Para os fins do inciso IV do caput deste artigo, entende-se por questão todo ponto controvertido de fato ou de direito sobre o qual recairá decisão passível de recurso em sentido estrito (artigo 581 do Código de Processo Penal).*

[12] Artigo 165 e artigo 1º, XXXIII, ambos do Ato PGJ/CGMP nº 675/10.

Parágrafo segundo *– O expresso pronunciamento de que trata o caput deste artigo não prescinde da respectiva fundamentação.*

Parágrafo terceiro *– O expresso pronunciamento de que trata o caput deste artigo não prescinde de observância do disposto no artigo 179, I, do Código de Processo Civil, ressalvadas as situações urgentes que justifiquem a análise sem oitiva da parte contrária.*

Justificativa: O artigo em comento é basicamente reprodução do anterior, com a única diferença de aplicabilidade em âmbito penal, razão pela qual os motivos anteriormente expostos para todo o conteúdo daquele artigo permanecem aplicáveis, sobretudo porque amparados por disposições do regramento administrativo do comportamento funcional (artigos 49, 70, 71, 71, *d*, 91 e 96, do Ato PGJ/CGMP nº 675/10).

A despeito do pouco reflexo que o dispositivo trará em termos de otimização da atuação do promotor de Justiça com atribuições criminais, cremos ser essa previsão preferível frente a eventual omissão a respeito, propiciadoras de indesejáveis alegações de incompletude no tratamento da matéria, bem como de desprestígio aos colegas atuantes na área penal.

Artigo 5º *- No exercício da atividade processual de fiscal da ordem jurídica, poderá ser tácito o pronunciamento nos autos pelo membro do Ministério Público nas demais hipóteses não previstas nos artigos 3º e 4º deste Ato, especialmente sobre:*

I – fixação de honorários advocatícios ou periciais;

II – gratuidade de justiça;

III – resposta a ofício de qualquer natureza sem prévio pronunciamento das partes acerca ou decurso de prazo para tanto (artigo 179, I, e artigo 10, ambos do Código de Processo Civil);

IV – pedido da parte sem prévio pronunciamento da parte contrária acerca ou decurso de prazo para tanto (artigo 179, I, e artigo 10, ambos do Código de Processo Civil);

V – pedido liminar em mandado de segurança;

VI – pedido de extinção do processo sem resolução de mérito, sobretudo em razão de ausência de impulso processual da parte;

VII – situação em que inexista questão a decidir;

VIII – reiteração de pedido pendente de decisão sobre o qual já tenha se manifestado o Ministério Público.

Parágrafo primeiro *– Para os fins do inciso VII do caput deste artigo, entende-se por questão todo ponto controvertido de fato ou de direito sobre*

o qual recairá decisão passível de agravo de instrumento, à exceção da hipótese prevista no inciso V do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

***Parágrafo segundo** - Nos autos de processos físicos, e para os fins do caput deste artigo, o tácito pronunciamento do membro do Ministério Público dar-se-á mediante aposição de sua ciência, admitido o uso de chancela mecânica.*

***Parágrafo terceiro** – Nos autos de processos eletrônicos, e para os fins do caput deste artigo, o tácito pronunciamento do membro do Ministério Público dar-se-á mediante recebimento da intimação da qual decorra automática emissão de declaração de ciência por meio de acesso ao portal eletrônico.*

Justificativa: Reconhecemos neste artigo o verdadeiro centro da ideia de otimização da atuação do promotor de Justiça no exercício da função de fiscal da ordem jurídica. E seus objetivos são muitos claros: (a) caráter **pedagógico externo** da ideia: ao se prever a **imperativa** remessa de cópia da proposta ao juízo perante o qual oficie o membro do Ministério Público (artigo 6º), estimula-se a **conscientização do Poder Judiciário** a respeito das eventuais remessas desnecessárias de autos ao Ministério Público, (b) **reafirmação institucional**: ao se demonstrar **por meio de ato próprio e unilateral** a possibilidade de enunciar manifestações processuais tácitas como **remédio** para o quase erro de procedimento frequentemente praticado, pontua-se ao Poder Judiciário que, ao final, **esse modo de proceder judicial** não se coaduna com aquilo que a sociedade exige do Ministério Público, expressada no atual perfil constitucional institucional, pautado pela independência orgânica e, principalmente, (c) **prestígio** ao princípio da **eficiência**: ao se **possibilitar** a dispensa de **expressa** manifestação do promotor de Justiça a respeito de situações **inegavelmente prescindíveis** de pronunciamento do Ministério Público acerca, seja em função do momento, seja em função da matéria, o que verdadeiramente se pretende com a ideia, para além dos propósitos pedagógicos e de afirmação institucional, é **livrar o agente político desse quase incontroverso atual estado de sufocamento funcional**, oferecendo-lhe economia de considerável parcela de tempo ao promotor de Justiça **para se debruçar sobre aquilo que a sociedade espera da Instituição**, materializada, exemplificativamente, na realização da diligências investigativas cíveis ou criminais das mais variadas espécies, **inclusive de campo**, confecção de manifestações de diferentes naturezas, como Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), petições iniciais, denúncias inclusive, recomendações, promoções de arquivamento, e o **relevantíssimo** atendimento ao público, **cujos positivos**

reflexos poderão ser sentidos ao longo do tempo até mesmo na política de nomenclaturação de cargos.

Reputamos oportuno abrir parêntese para traduzir a locução *sufocamento funcional* como a atual **irrefutável** condição ressentida pelo corpo institucional **em quase todos os cantos deste Estado** – e certamente de todos os demais Estados da Federação onde se tenha implantado o processo eletrônico (E-Saj) desenvolvido pela empresa Softplan - em decorrência do **significativo** volume de expediente processual diário **desnecessariamente** encaminhado ao Ministério Público – **atingindo significativo montante dos autos diariamente encaminhados para pronunciamento** -, demandando inutilmente tempo e esforço do promotor de Justiça ao longo do período de expediente para manifestação a respeito de situações **sobre as quais a lei não exige pronunciamento**, seja em função do momento, seja em função da matéria, tais como valor de honorários periciais, ofícios-resposta para a localização de paradeiro de réu, e a famigerada abertura de nova vista para pronunciamento a respeito de situação sobre a qual o Ministério Público já expôs sua convicção acerca – o vulgarmente conhecido *diga-diga*.

Agravando ainda mais essa situação de sufocamento, não podemos deixar de citar os conhecidos **efeitos colaterais** da instituição do **severamente criticado** sistema de processo eletrônico (E-Saj) desenvolvido pela empresa Softplan.

A respeito do gravado nos parágrafos segundo e terceiro do artigo sob exame, ou seja, a previsão de outorga de caráter de manifestação processual **positiva** nos autos **a partir de uma inatividade**, esclarecemos que o diferencial determinante da juridicidade dessa alternativa está justamente na **imposição administrativa da produção daquele efeito nas hipóteses catalogadas**. Tentando ser mais claro, ensina MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO[13] que" *até mesmo o silêncio pode significar forma de manifestação da vontade, **quando a lei assim o prevê***", *id est*, se a lei – em sentido lato – reconhecer uma **específica** inação como **positiva** manifestação de vontade, positiva aquela o será.

Artigo 6º - Compete ao membro do Ministério Público que pretender fazer uso das disposições contidas neste regramento encaminhar previa-

[13] *in* Direito Administrativo, 28ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2015, página 252, sem grifo no original.

mente ao(s) Juízo(s) perante o(s) qual(is) oficia cópia do presente Ato, mediante recibo e arquivamento em pasta própria.

Justificativa: Como explicado anteriormente, a comunicação ao juízo competente tem por meta, a um só tempo, promovera pedagogia externa da ideia e desencadear salutar sistema de fiscalização externa.

Artigo 7º - Compete ao membro do Ministério Público que fizer uso da forma de manifestação processual prevista no artigo 5º deste Ato informa-la em campo próprio do relatório mensal de atividades dos Promotores de Justiça, de que trata o Ato nº 03/03 da CGMP.

Parágrafo único – Este artigo vigerá pelo prazo de cinco anos.

Justificativa:O dispositivo não tem outro propósito senão municiar a Administração Superior do Ministério Público com dados que permitam a elaboração de estatísticas eventualmente necessárias para subsidiara defesa da juridicidade do ato em caso de questionamento da proposta perante os órgãos externos de controle.

Sugerimos o prazo de cinco anos a partir da edição do ato para a produção de dados estatísticos por reputarmos esse prazo suficiente para sedimentação da ideia no seio interno, principalmente, após o que a manutenção dessa alimentação estatística somente irá de encontro às finalidades otimizadoras da atuação funcional, transformando-se em inútil atividade burocrática, nada impedindo seja revigorada a disposição em caso de necessidade.

Artigo 8º - O presente Ato entrará em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Conclusões

a. Em função do atual crescente aumento da eficiência dos órgãos de execução, inclusive em casos de vulto, o anseio por aprimoramento orgânico vem transbordando o corpo institucional, conquistando a quase unanimidade popular.

b. Paradoxalmente, o vigente instante de disseminado intenso estéril debate pelo qual atravessa o País acabou por contaminar o corpo institucional, constituindo-se numa das causas da estagnação interna.

c. Somente a materialização de ideias romperá esse estado de estagnação, por permitir imprescindível sucessiva discussão útil e propositiva para a eventual e igualmente necessária síntese, base indispensável para conquista do remanescente de ideal arquétipo institucional.

d. A otimização da atuação funcional, por meio da racionalização da intervenção como *custos legis*, constitui inegável meio para a satisfação da meta

institucional de profissionalização da prestação do serviço voltada ao atendimento dos princípios constitucionais da eficiência e da razoável duração do processo, refletindo positivamente, ainda, na demanda por nomenclaturação de cargos.

e. Atos processuais praticados pelos órgãos de execução constituem atos administrativos.

f. A edição de regramento administrativo de caráter ordinatório estabelecendo as formas – expressa ou tácita – de pronunciamento processual (atos processuais) pelos órgãos de execução não ofende o princípio da independência funcional.

g. A previsão regulamentar de hipóteses de forma expressa obrigatória de pronunciamento processual pelos órgãos de execução no exercício da função de fiscal da ordem jurídica densifica o princípio da obrigatoriedade interventiva, confere viés pedagógico interno e permite salutar fiscalização externa.

h. A previsão regulamentar de hipóteses de forma tácita facultativa de pronunciamento processual pelos órgãos de execução no exercício da função de fiscal da ordem jurídica reafirma o Ministério Público institucionalmente, confere viés pedagógico externo e prestigia o princípio da eficiência.

GOMES, E. O. Optimization of the performance of the Prosecutor´s Office in the exercise of the custos legis function - a proposal. *Justitia*, São Paulo, v. 208, p.297-314, Jul./Dec. 2016.

- **ABSTRACT:** The author argues that a widespread, intense, and sterile debate arises across the country at the current moment, which is one of the factors that foster institutional stagnation. After that, the author encourages a concrete and assertive dialogue. Then, he presents a feasible proposal to optimize the performance of the Public Prosecutor's Office as a custos legis in the scope of civil and criminal Law, especially as a means of obtaining one of the institutional goals from the perspective of the writer: promoting the professionalization of the functional activity in compliance with efficiency and reasonable process duration, which are constitutional principles. Later, the author performs the analytical decomposition of the proposal, and proves that it is in accordance with the institutional and advertising principle. Finally, he condenses his proposal by presenting it as a draft of an ordinary complex administrative act.

- **KEYWORDS**: Public Prosecutor's Office. *Custos legis*. Intervention in the Civil Procedure. Rationalization. Professionalization. Optimization of functional activity. Efficiency. Functional independence. Electronic lawsuit.

Referências:
BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTONIO. Curso de Direito Administrativo. 14ª ed. Malheiros, p. 333, 2002.
DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELA. Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Atlas, p. 252, 2015.
LIEBMAN, ENRICO TULLIO. Manual de Direito Processual Civil. Palmas: Intelectus, p. 191, 2003. v. I.
MARQUES, JOSÉ FREDERICO. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Editora Saraiva, 1976, v. 1, p. 302.
MEIRELLES, HELY LOPES. Direito Administrativo Brasileiro. 26ª ed. p. 142.
REALE, MIGUEL. Lições Preliminares de Direito. Saraiva, 15ª ed. 1987, p. 201.

Ato Normativo nº - PGJ/CGMP, de 23 de julho de 2020.

Dispõe sobre a otimização da intervenção do Ministério Público no exercício da função de fiscal da ordem jurídica.

Artigo 1º - Este Ato regula o modo de intervenção do membro do Ministério Público no exercício da atividade processual de fiscal da ordem jurídica.

Artigo 2º - O modo de intervenção do membro do Ministério Público no exercício da atividade processual de fiscal da ordem jurídica será expresso ou tácito.

Artigo 3º - No exercício da atividade de fiscal da ordem jurídica em âmbito processual civil, é obrigatório o expresso pronunciamento nos autos pelo membro do Ministério Público sobre:

I – pedido de tutela provisória;

II – questão;

III – saneamento e organização do processo (artigo 357 do Código de Processo Civil);

IV – mérito da demanda, após o encerramento da instrução processual, ressalvadas as situações de julgamento antecipado do pedido;

V – situações em que o membro do Ministério Público entenda conveniente e necessário para a defesa do interesse justificador da intervenção, a seu critério.

Parágrafo primeiro – Para os fins do inciso II do *caput* deste artigo, entende-se por questão todo ponto controvertido de fato ou de direito sobre o qual recairá decisão passível de agravo de instrumento, à exceção da hipótese prevista no inciso V do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

Parágrafo segundo – O expresso pronunciamento de que trata o *caput* deste artigo não prescinde da respectiva fundamentação.

Parágrafo terceiro – O expresso pronunciamento de que trata o *caput* deste artigo não prescinde de observância do disposto no artigo 179, I, do Código de Processo Civil, ressalvadas as situações urgentes que justifiquem a análise sem oitiva da parte contrária.

Artigo 4º - No exercício da atividade de fiscal da ordem jurídica em âmbito processual penal, é obrigatório o expresso pronunciamento nos autos pelo membro do Ministério Público sobre:

I – admissibilidade de queixa-crime;

II – aplicação de medidas cautelares;

III – aplicação de medidas despenalizadoras;

IV – questão;

V – saneamento e organização do processo;

VI – mérito da demanda, após o encerramento da instrução processual;

VII – situações em que o membro do Ministério Público entenda conveniente e necessário para a defesa do interesse justificador da intervenção, a seu critério.

Parágrafo primeiro – Para os fins do inciso IV do *caput* deste artigo, entende-se por questão todo ponto controvertido de fato ou de direito sobre o qual recairá decisão passível de recurso em sentido estrito (artigo 581 do Código de Processo Penal).

Parágrafo segundo – O expresso pronunciamento de que trata o *caput* deste artigo não prescinde da respectiva fundamentação.

Parágrafo terceiro – O expresso pronunciamento de que trata o *caput* deste artigo não prescinde de observância do disposto no artigo 179, I, do Código de Processo Civil, ressalvadas as situações urgentes que justifiquem a análise sem oitiva da parte contrária.

Artigo 5º - No exercício da atividade processual de fiscal da ordem jurídica, poderá ser tácito o pronunciamento nos autos pelo membro do Ministério Público nas demais hipóteses não previstas nos artigos 3º e 4º deste Ato, especialmente sobre:

I – fixação de honorários advocatícios ou periciais;

II – gratuidade de justiça;

III - resposta a ofício de qualquer natureza sem prévio pronunciamento das partes acerca ou decurso de prazo para tanto (artigo 179, I, e artigo 10, ambos do Código de Processo Civil);

IV – pedido da parte sem prévio pronunciamento da parte contrária acerca ou decurso de prazo para tanto (artigo 179, I, e artigo 10, ambos do Código de Processo Civil);

V – pedido liminar em mandado de segurança;

VI – pedido de extinção do processo sem resolução de mérito, sobretudo em razão de ausência de impulso processual da parte;

VII – situação em que inexista questão a decidir;

VIII – reiteração de pedido pendente de decisão sobre o qual já tenha se manifestado o Ministério Público.

Parágrafo primeiro – Para os fins do inciso VII do *caput* deste artigo, entende-se por questão todo ponto controvertido de fato ou de direito sobre o qual recairá decisão passível de agravo de instrumento, à exceção da hipótese prevista no inciso V do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

Parágrafo segundo - Nos autos de processos físicos, e para os fins do *caput* deste artigo, o tácito pronunciamento do membro do Ministério Público dar-se-á mediante aposição de sua ciência, admitido o uso de chancela mecânica.

Parágrafo terceiro – Nos autos de processos eletrônicos, e para os fins do *caput* deste artigo, o tácito pronunciamento do membro do Ministério Público dar-se-á mediante recebimento da intimação da qual decorra automática emissão de declaração de ciência por meio de acesso ao portal eletrônico.

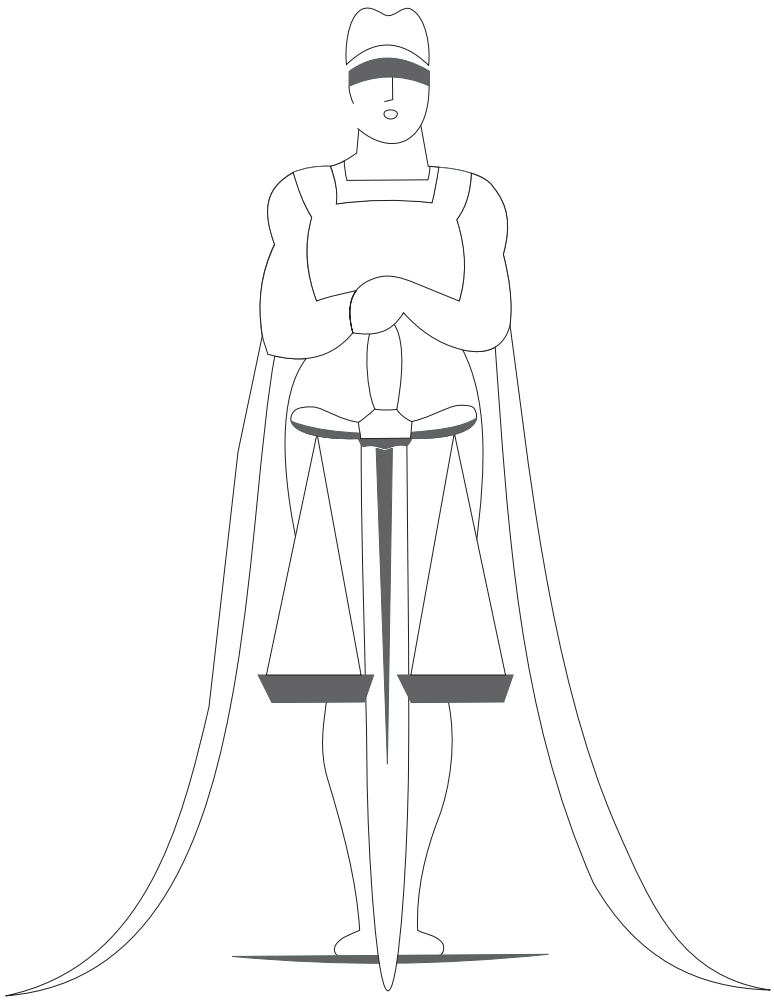
Artigo 6º - Compete ao membro do Ministério Público que pretender fazer uso das disposições contidas neste regramento encaminhar previamente ao(s) Juízo(s) perante o(s) qual(is) oficia cópia do presente Ato, mediante recibo e arquivamento em pasta própria.

Artigo 7º - Compete ao membro do Ministério Público que fizer uso da forma de manifestação processual prevista no artigo 5º deste Ato informa-la em campo próprio do relatório mensal de atividades dos Promotores de Justiça, de que trata o Ato nº 03/03 da CGMP.

Artigo 8º - O presente Ato entrará em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

INTERNACIONAL

INTERNATIONAL



Missões de Paz e a Atuação do Brasil na Minustah

Aline Almeida COUTINHO SOUZA*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Origem e desenvolvimento das missões de paz. 1.1 Breve exposição histórica. 2 A Minustah e o Brasil. 2.1 Contextualização política. 2.2 Implementação da missão de paz. 2.3 Acontecimentos importantes e controversos da missão. 2.4 Pós-Minustah: Minujusth e CCOPAB. Conclusão. Referências.

- **RESUMO:** Neste estudo há reflexões sobre a atuação brasileira enquanto comandante militar na Missão das Nações Unidas para Estabilização no Haiti - MINUSTAH, no período compreendido de 2004 a 2017. Também se aborda quais foram as repercussões da participação do Brasil nesta missão de paz no cenário internacional e, como ficou a situação do Haiti no pós-MINUSTAH. Para tanto, num primeiro momento a discussão do tema é voltada à apresentação do que seriam as missões de paz e quais foram os desenvolvimentos ocorridos desde as primeiras implementações.

- **PALAVRAS-CHAVE:** Missões de Paz. Nações Unidas. Haiti. Brasil.

Introdução

Neste artigo procura-se expor como se deu o primeiro comando militar brasileiro de uma missão de paz, realizado durante a Missão das Nações Unidas para Estabilização no Haiti - MINUSTAH, inaugurada em Abril de 2004 e finalizada em Outubro de 2017.

De início será apresentada a contextualização política à época dos acontecimentos, quais circunstâncias que levaram à implementação da missão, além de elucidar os motivos pelos quais o Brasil se tornou *force commander* desta missão. Em seguida é a vez de apontar os acontecimentos mais importantes e questões controversas que ocorreram nos 13 anos de *peacekeeping* no Haiti.

Em ponto seguinte haverá considerações a respeito do Haiti pós-MINUSTAH, com apresentação do plano de ação da atual Missão das Nações Uni-

* Doutoranda em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito Internacional e Europeu pela Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Advogada em Curitiba/PR.

das para o Apoio à Justiça no Haiti – MINUJUSTH, implementada logo após o encerramento da MINUSTAH. Esta, que por sua vez, é mais enxuta se comparada com a anterior, com atividades focadas em tarefas de *peacebuilding*, como o fortalecimento das instituições nacionais, ao invés daquelas relacionadas à segurança e assistência humanitária. Ademais, apresenta-se também quais foram as repercussões da participação do Brasil na missão, e como ela aprimorou sua credibilidade no cenário internacional, tendo em vista que seus esforços para cumprimento do seu compromisso com as Nações Unidas foram reconhecidos. Já ao final, estuda-se quais foram as lições aprendidas pela mais longa participação de tropas militares no exterior e como o Centro Conjunto de Operações de Paz do Brasil (CCOPAB) – Centro Sérgio Vieira de Mello acabou se tornando não apenas o fruto da experiência adquirida, como também referência internacional na preparação de pacificadores para missões e disseminação do conhecimento.

Ademais é importante ater-se ao fato de que a ONU está presente no Haiti desde a década de 90, em missões implementadas como resposta aos períodos de agitação política e instabilidade econômica[1]. E com a MINUSTAH, no decorrer dos 13 anos da operação, o Conselho de Segurança aprovou 20 resoluções relacionadas a esta missão, atualizando as tarefas que precisariam ser executadas, que iam desde *peacekeeping* à assistência humanitária, passando pelo *peacebuilding*[2].

[1] De setembro de 1993 a Junho de 1996, foi implementada a UNMIH (Missão das Nações Unidas no Haiti); de julho de 1996 a julho de 1997, foi implementada a UNSMIH (Missão das Nações Unidas para apoio ao Haiti); de agosto de 1997 a dezembro do mesmo ano, foi a vez da UNTMIH (Missão das Nações Unidas para transição no Haiti); de dezembro de 1997 a março de 2000, foi a MIPONIH (Missão das Nações Unidas de polícia civil no Haiti); de junho de 2004 a outubro de 2017, foi a vez da MINUSTAH (Missão das Nações Unidas para estabilização no Haiti) e; atualmente, implementada em outubro de 2017, temos a implementação da MINUJUSTH (Missão das Nações Unidas para apoio da justiça no Haiti). **United Nations Peacekeeping**, disponível em: https://peacekeeping.un.org/en. Acessado em: 8 de abril de 2019.

[2] As Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas concernentes à MINUSTAH: SC-Res-1542/2004, SC- Res-1576/2004, SC-Res-1601/2005, SC-Res-1608/2005, SC-Res-1658/2006, SC-Res-1702/2005, SC-Res-1743/2007, SC-Res-1780/2007, SC--Res-1840/2008, SC-Res-1892/2009, SC-Res-1908/2010, SC-Res-1927/2010, SC--Res-1944/2010, SC-Res-2012/2011, SC-Res-2070/2012, SC-Res-2119/2013, SC--Res-2180/2014, SC-Res-2243/2015, SC- Res-2313/2016, SC-Res-2350/2017. **United**

Para este artigo, o ponto de partida mais adequado não poderia ser outro, se não a análise concisa da origem e desenvolvimento das missões de paz.

1 Origem e desenvolvimento das missões de paz

1.1 Breve exposição histórica

Diferente do que normalmente se imagina o marco inaugural das operações de paz não se encontra no seio das Nações Unidas. A preocupação com a segurança coletiva e as atividades que posteriormente vieram a ser denominadas de *peacekeeping* tiveram um primeiro esboço ainda na Liga das Nações[3].

Foi logo no início de suas atividades que a antiga organização teve sua primeira intervenção. Em 1920, uma disputa entre Suécia e Finlândia sobre as ilhas Aaland, fez com que a Liga criasse uma comissão de *fact-finding* para investigar os fatos e recomendar soluções às partes. Este simples caso estabeleceu um precedente positivo à Liga, demonstrando que a organização poderia intervir, de forma neutra e bem-sucedida, nas disputas entre Estados para auxiliar na busca de soluções às controvérsias[4]. No decorrer dos anos, a Liga foi envolvendo-se em outras disputas, que não tinham as dimensões das missões atuais, mas representavam a importância da atuação da organização num papel de supervisão. E, mesmo àquela época, as missões já cobriam quase todo o leque de atividades que atualmente são associados às missões de *peacekeeping*. Seus empreendimentos inauguraram as técnicas de utilização dos *good offices*, mediação, conciliação e comissões de inquérito, além do estabelecimento de observadores de conflitos, bem como a supervisão de linhas de demarcação, separação de combatentes, supervisão de cessar fogos, tréguas, armistícios, administrações *ad interim* e organização de eleições[5].

Nations Security Council. Disponível em: http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/. Acessado em: 8 de abril de 2019.

[3] PINTO, Maria do Céu. **As Nações Unidas e a Manutenção da Paz**: e as atividades de peacekeeping doutras Organizações Internacionais. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 51. Cf. DINH, Quoc Nguyen; PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick. **Droit International Public**, 7ª ed, Paris: L.G.D.J. 2002, p. 991.

[4] DIEHL, Paul F. **International Peacekeeping**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2008, p. 32-33.

[5] PINTO, 2007, p. 51-52.

Já em 1945, agora sob o auspício da ONU, foi dada continuidade ao uso da valiosa ferramenta das operações de paz, sob o argumento de que mecanismos legais poderiam de fato, prevenir guerras ou encerrá-las de forma pacífica[6]. Pensamento este que está consolidado nos artigos 2º, §3º e 33, ambos da Carta das Nações Unidas[7].

Vale a pena informar que as missões de paz tanto na Liga quanto na ONU, foram implementadas e desenvolvidas sem necessariamente haver dispositivos expressos a seu respeito nas respectivas Cartas constitutivas. Prevalece o entendimento de poder assim proceder desde que não haja qualquer dispositivo na Carta ou regra internacional geral que impeça ou proíba a utilização de determinados meios para a realização dos propósitos da organização[8].

Como no âmbito das Nações Unidas, as operações de manutenção de paz não se enquadravam estritamente ao capítulo VI da Carta (referente às soluções pacíficas de controvérsias) e, tampouco ao Capítulo VII (sobre ação coercitiva em caso de ameaça e ou ruptura da paz e, ato de agressão), Dag Hammarskjöld, 2º Secretário-Geral, retratou bem este estado de indecisão ao sugerir que se introduzisse na referida Carta um novo capítulo intermediário,

---

[6] DAMROSH, Lori; et all. **International Law**: cases and materials, 2ª ed, St. Paul: West Group, 2004, p. 820. Cf DUPUY, René-Jean, O Direito Internacional, 1ª ed, Coimbra: Almedina, 1993, p. 158. Cf TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do Direito Internacional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 177. Cf VERDROSS, Alfred. Idées directrices de l'Organisation des Nations Unis, **Recueil des Cours de l'Academie de Droit International**, La Haye: Martinus Nijhoff, 1953, p. 12.

[7] **Charter of the United Nations**, 1945. Disponível em: http://www.un.org/en/documents/charter/chapter1.shtml. Acesso em: 30 de abril de 2019. **Artigo 2º, §3º:** "All members shall ***settle their international disputes by peaceful means*** in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered."(grifos nossos); **Artigo 33. 1**: *"The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security*, ***shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice. 2. The Security Council shall, when it deems necessary, call upon the parties to settle their dispute by such means."*** (grifos nossos)

[8] De acordo com a teoria dos poderes implícitos, para além dos poderes previstos na Carta constitutiva da organização internacional, deve ser reconhecida aquelas atividades instrumentais, que mesmo sem menção expressa são imprescindíveis à cabal prossecução dos seus objetivos. ALMEIDA, Francisco Ferreira de. **Direito Internacional Público**, 2ª, Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 285-286.

intitulado de "VI e meio", para que houvesse a devida regulamentação[9]. A invocação deste imaginário Capítulo "VI e meio" demonstra que as missões de paz oscilam entre a solução pacífica de controvérsias e a de medidas coercitivas, sendo que esta indefinição tem perdurado por longos anos, em verdade durante toda a existência da organização. É tamanha que alcança inclusive a definição da atividade, contudo acredita-se que neste caso, qualquer tentativa de conceituá-la acabaria por colocar limitações num dos instrumentos mais flexíveis disponíveis atualmente. Flexibilidade esta que a possibilita atuar em diversas situações de violações de direitos humanos, crises políticas e falhas em segurança internacional, com mandatos de complexidades diferentes, podendo redigir resoluções de forma que se amoldem à crise em questão[10].

Boutros-Ghali ao considerar as significativas mudanças que as missões tiveram sob o patrocínio da ONU, acabou declarando em seu relatório *An Agenda for Peace,* de 1992, que as considera como um exemplo de invenção da própria organização, porquanto após a inoperabilidade do Conselho de Segurança no decorrer da Guerra-Fria, as missões evoluíram notavelmente, ao ponto de se tornarem o centro dos esforços internacionais para enfrentar crises e laborar à manutenção da paz e segurança internacionais[11]. Pode-se complementar este raciocínio à sombra de Dag Hammarsjöld, que afirmou que as missões de paz surgiram como uma maneira improvisada de contornar as dificuldades e de se colocar em prática o sistema de segurança coletiva previsto nos artigos da Carta de São Francisco[12].

No decorrer da Guerra Fria a maioria dos conflitos envolvia essencialmente unidades soberanas, que estavam dispostos a garantir seus objetivos nacionais e preservar seu território contra a agressão externa[13]. Esta foi a época que se viu a inauguração das chamadas operações tradicionais, classificação que abrange as missões compostas por pessoal desarmado ou leve-

[9] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das Organizações Internacionais**, 6ª ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 488.

[10] PINTO, 2007, p. 59.

[11] BOUTROS-GHALI, Boutros. Empowering the United Nations In **Foreign Affairs**, 1992/1993. Disponível em: http://www.foreignaffairs.com/articles/48466/boutros-boutros-ghali/empowering-the-united-nations Acessado em: 5 de abril de 2019.

[12] HAMMARSKJÖLD, Dag; FALKMAN, Kay (ed). **To Speak for the World:** speeches and statements. 2ª ed, Estocolmo: Atlantis, 2005, p. 127.

[13] PINTO, op. cit., p. 58.

mente armado que visavam ao monitoramento de cessar fogos, tréguas e armistícios, o patrulhamento de fronteiras e zonas de exclusão militar, o apoio à retirada de tropas e o acompanhamento de negociações para a assinatura de tratados de paz[14].

Estas operações vigoraram até o final da década de 80, e durante este período foram colocadas em execução apenas seis missões, compostas tanto por pessoal desarmado (forças de observação), como por tropas levemente armadas (forças de paz)[15]. Destas seis implementadas, a maior de todas foi a operação no Congo (ONUC), que em seu ápice contava com 19.828 capacetes azuis envolvidos e teve 250 fatalidades, inclusive o Secretário-Geral da época, Dag Hammarsjöld[16]. Mas o baixo número de missões implementadas neste período não significa que não houve conflitos internacionais, mas representa a paralisia do Conselho de Segurança, devido à falta de consenso entre seus membros permanentes[17].

Com o final do conflito bipolar inaugurou-se o período de maior atuação da ONU no campo da manutenção da paz e segurança internacionais. Entre 1988 e 1999 ocorreu um verdadeiro *boom* relacionado ao *peacekeeping*, período em que houve 34 operações de manutenção da paz[18].

Dentre os principais fatores que influenciaram a grande proliferação das missões de manutenção da paz, o mais significante é o ressurgimento de conflitos intraestaduais, decorrentes de tensões étnicas, religiosas ou nacionalistas[19]. Estes conflitos penalizaram principalmente os países pobres e em desenvolvimento, destacando os Estados recém-independentes e pós-socia-

---

[14] Ibid, p.72.

[15] UNEF I e II, de 1956 a 1967 e depois 1973 a 1979; UNOGIL de 1958; ONUC de 1960 a 1964; UNSF de 1962 a 1963; UNYOM de 1963 a 1964; DOMREP de 1965 a 1966. Past Peacekeeping Operations, disponível em: https://peacekeeping.un.org/en/past-peacekeeping-operations. Acessado em: 5 de Abril de 2019.

[16] BOUTROS-GHALI, 1992/1993.

[17] PINTO, op. cit., p. 79.

[18] Ibid, p. 90. Cf. BOUTROS-GHALI, 1992/1993. Cf PUREZA, José Manuel, et all. **As novas operações de paz das Nações Unidas**: os casos de Angola, Timor Leste e Moçambique, Coimbra: CES-FEUC, 2007, p. 1.

[19] BIGATÃO, Juliana de Paula. **Manutenção da paz e resolução de conflitos**: respostas das Nações Unidas aos conflitos armados intra-estatais da década de 1990, São Paulo: Dissertação de Mestrado em Relações Internacionais da PUC/SP, 2009, p. 51.

listas. Com isso, novas temáticas entraram na pauta da agenda internacional, como a violação dos direitos humanos, genocídio, limpeza étnica, tortura, fluxos de refugiados e ação de milícias e guerrilhas armadas[20]. Estes conflitos são considerados por Mary Kaldor como "novas guerras", a autora os diferencia dos tradicionais confrontos bélicos interestaduais, e enfatiza que a natureza política deste tipo de violência organizada e executada por grupos que buscam o poder, está embasada na identidade, seja ela nacional, religiosa, linguística ou tribal[21].

Em resposta a este cenário, o Conselho de Segurança passou a autorizar missões cada vez mais complexas, incorporando uma série de funções, atividades e objetivos às missões de paz tradicionais[22]. Surgiram então as operações de manutenção da paz multidimensionais (também chamadas de multifuncionais ou multidisciplinares), com mandatos orientados à prestação de ajuda humanitária, verificação da situação dos direitos humanos, policiamento ostensivo, supervisão de eleições, auxílio à administração pública, restauração da infraestrutura e do setor econômico, além dos objetivos tradicionais - monitoramento de cessar fogos, tréguas e armistícios, patrulhamento de fronteiras e zonas de exclusão militar, apoio à retirada de tropas e o acompanhamento de negociações para a assinatura de tratados de paz[23].

As categorias mais empregadas para classificar as atividades, tomam por base o documento Princípios e Diretrizes das Missões de Paz das Nações Unidas, apresentado em 2008 pelo Departamento de *Peacekeeping* das Nações Unidas[24]. Cabe ressaltar que a classificação apresentada abaixo apenas oferece um marco conceitual para refletir sobre as operações de paz. Conforme o próprio o documento diz, para haver uma atuação efetiva na prevenção e resolução de conflitos, é necessário que haja inter-relação entre as categorias, o que muitas vezes significa que as diferenças são mais con-

[20] Ibid, p. 52 53.

[21] KALDOR, Mary. **New and Old Wars** – Organized Violence in a Global Era, 1ª ed, Cambridge: Policy Press, 1999, p. 76-77.

[22] BIGATÃO, 2009, p. 55.

[23] Ibid p. 57. Cf. PINTO, 2007, p. 95-96.

[24] **United Nations Peacekeeping Operations:** Principles and Guidelines, 2008, p. 17-19. Disponível em: http://dag.un.org/handle/11176/89481. Acesso em: 4 maio de 2019.

ceituais que fáticas[25]. Usualmente é aplicado com mais frequência o termo *peacekeeping*, pois é o mais abrangente para caracterizar as ações onusianas no campo da prevenção e negociação dos conflitos.

1. Prevenção de Conflitos (*conflict prevention*):

Medidas diplomáticas para tentar impedir que as tensões inter e intra Estaduais transformem-se em conflitos violentos. Dentre as ações, estão: a coleta de informações para uma análise dos fatores que principiaram as crises, a utilização dos *good offices* do Secretário-Geral e também a implementação preventiva de missões para mediação de conflitos.

2. Promoção da Paz (*peacemaking*):

Geralmente inclui medidas endereçadas aos conflitos em andamento, o que abrange ações diplomáticas para trazer as partes hostis envolvidas a um acordo de paz. O Secretário-Geral, em resposta a algum pedido do Conselho de Segurança, ou da Assembleia Geral, ou ainda por vontade própria, pode fazer uso de seus *good offices* para ajudar a impulsionar as negociações para terminar o conflito de forma pacífica. Os pacificadores *in situ* podem ser agentes enviados de governos, de Estados membros, das Nações Unidas e também de organizações regionais.

3. Manutenção da Paz (*peacekeeping*):

Técnica designada para preservar a paz, mesmo quando ela se apresenta muito fragilizada. São ações empreendidas por militares, policiais e civis no terreno do conflito, com o consentimento das partes, para efetivar os acordos alcançados. Iniciada como uma missão de militares para monitorar cessar-fogo e separação de forças, mas atualmente já abrange atividades mais complexas, para lançar as bases à uma paz duradoura.

4. Imposição da Paz (*peace-enforcement*):

Incluem o uso de força armada na manutenção ou restauração da paz e segurança internacionais, com autorização expressa do Conselho de Segurança. São estabelecidas quando o Conselho julga haver ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão. Sob, a autoridade da ONU, e quando for apro-

[25] Ibid, p. 19.

priado, o Conselho de Segurança pode autorizar organizações regionais para auxiliar na efetivação da missão.

5. Consolidação da Paz (*peace-building*):

Abrangem um número grande de atividades cujo objetivo é reduzir as chances de haver nova ocorrência de conflito. Para tanto trabalham para fortalecer o processo de reconciliação nacional através da reconstrução das instituições, da economia e da infraestrutura do Estado anfitrião. Os Programas, Fundos e Agências das Nações Unidas atuam ativamente na promoção do desenvolvimento econômico e social, mas também pode haver a presença de militares. São missões complexas e de longa duração, pois endereçadas diretamente aos problemas nucleares que afetam o funcionamento da sociedade e do Estado.

A grande consequência trazida por estas novas missões foi a flexibilização da chamada *Holy Trinity* do *peacekeeping*, que tradicionalmente envolve três princípios: 1. Consentimento das partes, 2. Imparcialidade e 3. Proibição do uso da força (salvo em legítima defesa). Como ensina Diehl, originalmente o consentimento do Estado anfitrião era absoluto, sem seu aval as missões não eram implementadas[26], mas conforme as missões evoluíam, o mesmo ocorreu com o conceito de soberania, inclusive Kofi Annan sugeriu que ela fosse vista sob uma perspectiva de responsabilidade, e não somente de poder[27].

Ademais, pela quantidade de atores envolvidos nos conflitos intraestaduais e pela dificuldade de distinguir entre eles quais seriam os interlocutores válidos - aqueles que estão de fato representando a vontade das partes e que garantam o pactuado - admitiu-se que o consentimento das principais partes já bastaria para justificar a operação de paz, deixando as demais à margem das decisões[28].

Já no que diz respeito à imparcialidade, isto significava que os capacetes azuis não favoreceriam nenhuma das partes do conflito, mantendo uma

[26] DIEHL, 2007, p. 57.

[27] ANNAN, Kofi. Peacekeeping, Military Intervention and National Sovereignty in Internal Armed Conflict. In: MOORE, Jonathan. Hard choices: Moral dilemmas in humanitarian intervention, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 1998, p. 58.

[28] DIEHL, 2008, p. 57. Cf BOUTROS-GHALI, 1992-1993.

conduta imparcial no decorrer de toda a missão[29], mas ao lidar com conflitos relacionados ao genocídio, por exemplo, as missões de paz têm abertamente apoiado alguma das partes. E, ao final, sobre a relativização da força, que antes era autorizada apenas em casos de legítima defesa, atualmente expandiu-se para abranger a proteção do mandato da missão e também dos civis ali expostos[30].

Com auxílio do que foi exposto supra, passa-se ao exame da segunda parte deste artigo, qual seja a análise da missão das Nações Unidas para estabilização do Haiti – MINUSTAH e como se deu a chefia militar feita pelo exército brasileiro durante os 13 anos da missão.

2 A missão de estabilização no Haiti – Minustah e o Brasil

2.1 Contextualização política

Em 2004 o Brasil passava por um momento de reinvestimento nas Nações Unidas e reconfiguração de suas estratégias na Organização. Após um ano de governo Lula, o país buscava cada vez mais assumir um papel de articulador de iniciativas multilaterais, ou seja, um ator que necessitava ser consultado pelos demais. Na prática, essa determinação significava formar coalizões e também uma disposição de expandir sua área de atuação não apenas do ponto de vista geográfico, como também do ponto de vista temático. Sua intenção era tornar-se um empreendedor normativo, sendo o Conselho de Segurança um *locus* indubitavelmente privilegiado para o desdobramento das ambições da política externa brasileira[31].

Naquela época houve a reativação dos debates sobre reforma do Conselho de Segurança, o que levou o Brasil a integrar-se ao G4 e, coincidentemente também foi o início do nono mandato brasileiro como membro eletivo,

[29] DIEHL, op. cit., p. 58.

[30] DIEHL, 2008, p. 58.

[31] FONTOURA, Embaixador Paulo Roberto C. T.; UZIEL, Conselheiro Eduardo. A MINUSTAH, o Brasil e o Conselho de Segurança das Nações Unidas. In: HAMANN, Eduarda Passarelli; TEIXEIRA, Carlos Augusto Ramires (eds). **A participação do Brasil na MINUSTAH (2004-2017):** percepções, lições e práticas relevantes para futuras missões, Centro Conjunto de Operações de Paz do Brasil – Centro Sérgio Vieira de Mello, 2017, p. 10. Disponível em: http://www.ccopab.eb.mil.br/phocadownload/revista-igarape-minustah/Participao%20do%20Brasil%20na%20MINUSTA-2004-2017-BR.pdf. Acessado em: 03 de abril de 2019.

para o período 2004-2005. Na percepção da diplomacia brasileira, o começo de um novo biênio era uma oportunidade ímpar para demonstrar ativismo, construir coalizões e inserir-se no mecanismo decisório de paz e segurança[32].

O Brasil não poderia ser considerado um principiante no assunto referente às missões de paz, afinal já havia enviado diplomatas e observadores militares para inúmeras missões, mas de fato nunca tinha atuado com grande autoridade[33]. E ao perceber que com o início deste novo século, as operações estavam reavendo sua importância como instrumento de atuação internacional para conter crises, um novo fôlego após as tragédias ocorridas na década de 90, o Brasil começou a ampliar o número de observadores e oficiais individualmente designados para missões, enquanto procurava identificar um possível destino para envio de um contingente[34].

Quando a ameaça de uma guerra civil levou o então Presidente haitiano Jean-Bertrand Aristide a deixar o país, Alexandre Bonifácio, atuando como presidente interino, pleiteou ao Conselho de Segurança das Nações Unidas apoio urgente na restauração da paz e da segurança. Por unanimidade de votos foi autorizado o envio imediato de uma Força Interina Multinacional – que logo seria substituída por uma missão de paz. Neste momento ficou claro para o Brasil que havia se criado uma oportunidade para inserir-se no cenário internacional.

2.2 A implementação da missão de paz

Pela Resolução 1529 de 2004, o Conselho de Segurança estabeleceu a Força Multinacional Interina, com autorização expressa do Capítulo VII, cujo mandato favorecia a assistência humanitária, o amparo à polícia haitiana e guarda costeira, além da preocupação com a segurança pública e promoção e proteção dos direitos humanos[35]. Para que fosse possível que o Brasil participasse nas decisões sobre esta futura missão, associou-se no chamado "Grupo de Amigos do Haiti", que incluía os quatro contribuintes da Força Interina:

[32] FONTOURA, 2017, p. 11.

[33] Ministério da Defesa, R**elações Internacionais – missões de paz.** Disponível em: https://www.defesa.gov.br/relacoes-internacionais/missoes-de-paz. Acessado em: 5 de abril de 2019.

[34] COLEMAN, K., 2013, p. 47-67, aviso 3, de 12/02/2004, Ministério das Relações Exteriores para o Ministro de Estado da Defesa apud FOUNTOURA; 2017.

[35] SC-Res-1529/2004.

Canadá, EUA, Chile e França. Mesmo não tendo tropas *in loco* naquele momento, o Brasil era ouvido pelos demais participantes porque havia recém-iniciado seu biênio no Conselho de Segurança e também porque havia sinalizado interesse em contribuir com tropas na futura MINUSTAH[36].

Nos dois meses que se seguiram após o estabelecimento da Força Interina, foi negociado o mandato e a composição da missão de paz. Nas discussões, havia muita divergência entre os atores envolvidos nos debates, principalmente com a Comunidade Caribenha que preferia que a solução para a crise fosse tratada pela Organização dos Estados Americanos e não pela Organização das Nações Unidas – opinião que acabou sendo superada com o passar das reuniões[37].

O resultado das negociações culminou na Resolução 1542 de 2004, que estabeleceu a MINUSTAH. Seu texto trouxe particularidades importantes, pois ordinariamente uma missão de paz implementada para enfrentar questões de instabilidade política e restauração da paz, traria no núcleo do mandato a preocupação com segurança e restauração da ordem, com alusão ao Capítulo VII da Carta. No entanto o que aconteceu, a pedido do Brasil, foi a inclusão de apoio à reconstrução e ao desenvolvimento do Haiti, características de missões de *peacebuilding*[38].

O "Grupo de Amigos do Haiti", agora formado por 12 países (Brasil, EUA, França, Canadá, México, Argentina, Chile, Bolívia, Colômbia, Guatemala, Peru e Uruguai), simboliza como a MINUSTAH foi conduzida sob forte influência dos países da região latino-americana, que foram os maiores contribuintes de tropas e também os que mais apoiavam a inserção de tarefas de *peacebuilding* no mandato. A influência deste grupo é tamanha que até hoje, com a MINUJUSTH, preparam um projeto de resolução que é aprovado pelo Conselho de Segurança, com poucas alterações[39].

Os Estados que contribuem com tropas, geralmente pressionam as Nações Unidas para que suas tropas e policiais sejam mantidos na missão por

[36] FONTOURA, 2017, p. 11.

[37] **OAS urges UN efforts on Haiti Crisis, 2004.** Disponível em: http://www.oas.org/en/media_center/press_release.asp?sCodigo=E-028/04. Acessado em 3 de abril de 2019.

[38] Resolution 1549, 2004. Disponível em: https://www.un.org/press/en/2004/sc8083.doc.htm. Acessado em: 3 de abril de 2019. Cf FONTOURA, loc. cit.

[39] Ibid, p. 12

um curto período de tempo, num claro interesse de reduzir gastos. Mas não foi o que aconteceu com a MINUSTAH, pois a cada nova resolução, seu mandato foi adquirindo novas tarefas, principalmente nas áreas de assistência humanitária e de apoio à promoção do desenvolvimento. Contudo, não se pode ocultar que sua longevidade, se deveu em muito, aos desastres ambientais que assolaram o país, em especial o terremoto de 2010[40].

2.3 Acontecimentos importantes e controversos da missão

Abaixo lista-se, sinteticamente, o sequenciamento da experiência brasileira no Haiti, segundo os momentos de maior importância à realidade haitiana, afinal seria inapropriado pretender escrever aqui em poucas páginas tudo o que representou a participação brasileira. Para tanto, suas atividades podem ser divididas em 2 grupos, pré-terremoto e pós-terremoto:

1. Pré-Terremoto: 2004-2010

1.1. Chegada das tropas[41]

Como visto acima em tópico pertinente, um princípio de guerra civil levou à queda do Presidente Jean Bertrand Aristides o que fez com que o Conselho de Segurança, a pedido do Presidente interino Alexandre Bonifácio, criasse a MINUSTAH, cujos pacificadores começaram a chegar no Haiti em junho de 2004. Desde o início, a operação internacional foi liderada por generais brasileiros, com tropas vindas do Japão, Chile, Nepal, Jordânia, Uruguai, Paraguai, Coreia do Sul, Sri Lanka, Argentina, Bolívia, Guatemala, Peru, Filipinas, Equador e Brasil – que foi o maior contribuinte de tropas.

As dificuldades encontradas ao início da missão se deram por múltiplos fatores, como: a indefinição das partes do conflito, ausência de um componente policial estruturado haitiano que fosse capaz de auxiliar de forma ade-

[40] FONTOURA, 2017, p. 13.

[41] PEIXOTO, General Floriano. Epopeia militar brasileira no Haiti. In: HAMANN, Eduarda Passarelli; TEIXEIRA, Carlos Auguto Ramires. **A participação do Brasil na MINUSTAH (2004-2017):** percepções, lições e práticas relevantes para futuras missões, Centro de Conjunto de Operações de Paz do Brasil – Sérgio Vieira de Mello, 2017, p. 18-19. Cf O Brasil na MINUSTAH (Haiti), disponível em: https://www.defesa.gov.br/relacoes-internacionais/missoes-de-paz/o-brasil-na-minustah-haiti. Acessado em 5 de abril de 2019.

quada os pacificadores e claro, a precária infraestrutura do país que afetava inclusive a circulação e comunicação entre os efetivos. General Peixoto, no entanto foi muito claro ao dizer que, muito embora a situação no Haiti fosse complexa, ela não caracterizava "guerra no meio do povo".

1.2 Pacificação da *Cité Soleil*, *Bel Air* e *Cité Militaire*

A pacificação destes espaços, que antes eram dominados por gangues e paramilitares dentro da capital do país, Porto Príncipe, garantiu ao Brasil maior credibilidade frente à comunidade internacional e às organizações internacionais, como: Cruz Vermelha, Médicos sem Fronteiras e o Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos, atores que estavam presentes *in loco* no esforço para pacificação do Haiti.

Acima, foi mencionado que o mandato da MINUSTAH, diferentemente dos mandatos redigidos em missões similares anteriores, trouxe características que ultrapassavam a ideia de *peacekeeping* ao puxar para si particularidades de uma missão de *peacebuilding,* o que no início não encontrou muitos adeptos no Conselho de Segurança. No entanto com a repercussão positiva das tarefas, principalmente de engenharia, para reforma e construção de ruas e estradas, de poços artesianos e de preparos de pontos de ancoragem, o conceito de *early peacebuilding in peacekeeping* passou não apenas a ser aceito, como também estimulado.

2. Pós-Terremoto: 2010-2017

2.1 Atuação Humanitária[42]

De 2004 a 2010, o Haiti se mostrava como um grande exemplo de operação de estabilização, com o aumento da segurança, o desmantelamento das gangues e o retorno do funcionamento das instituições nacionais, inclusive com processos eleitorais em curso, era possível perceber que as tarefas atribuídas à missão estavam sendo cumpridas. Não obstante quando em Ja-

[42] PEIXOTO, 2017, p. 20-22. Cf. United Nations In Memoriam. Disponível em: http://www.un.org/en/memorial/haiti/. Acessado em 3 de abril de 2019. Cf. SC-Res-1908/2010, SC-Res-1927/2010, SC-Res-1944/2010. Cf. **Report by the High-Level Independent Panel on Peace Operations** (presented to the Secretary-General in June, 2015). Disponível em: https://peaceoperationsreview.org/wp-content/uploads/2015/08/HIPPO_Report_1_June_2015.pdf. Acessado em: 5 de abril de 2019. Cf. NETO, op. cit, p. 69-70.

neiro de 2010, um terremoto de magnitude sete devastou o país – deixando 220 mil mortos, dentre eles 102 pacificadores - e a situação ficou ainda mais precária do que aquela antes do início da missão. Inclusive as áreas que não haviam sido atingidas pelo terremoto, começaram a sofrer com o fluxo migratório. Em resposta, foram redigidas resoluções determinando que fosse feito o rápido envio de 2.240 novos efetivos militares e de 2.089 agentes policiais, para reforçarem na busca por sobreviventes, além da remoção de escombros e corpos, distribuição de alimentos e desobstrução de estradas. As medidas tomadas pelo Brasil extrapolaram em muito, àquelas previstas nos mandatos pós-terremoto, a capacidade de atendimento à população e a solidariedade prestada pelos pacificadores que trabalharam coordenados pelo *force commander* brasileiro, foram reconhecidas internacionalmente e isso aumentou ainda mais a credibilidade do país do Brasil.

Dado ao ineditismo de um desastre natural ter acontecido durante uma missão de paz, toda a experiência adquirida foi repassada para relatórios, planos de trabalho e de planejamento, que foram mais tarde disseminados dentro do sistema da ONU, para utilização em futuras missões de paz e de ajuda humanitária.

Infelizmente, antes que o país pudesse se recuperar do terremoto de 2010, o furacão Matthew de 2016, piorou ainda mais a já debilitada infraestrutura do Haiti. Para prestar assistência humanitária de forma mais eficiente, o comando da MINUSTAH foi deslocado para o sul do país, local mais afetado pelo furacão e onde havia cerca de um milhão de pessoas afetadas.

2.2 Aprovação do fim da missão

Após 13 anos de missão multidimensional, com mandatos complexos de ajuda humanitária e de segurança com aspectos de *peacebuilding*, o Conselho de Segurança entendeu que em 2017 o Haiti havia alcançado um nível de estabilidade que possibilitava a retirada gradual dos pacificadores da MINUSTAH. Isso facilitaria a instalação da nova missão, MINUJUSTH, muito mais enxuta, com mandatos mais claros e precisos, voltados ao fortalecimento das instituições nacionais[43].

Quando se faz pesquisas sobre missões de paz a questão mais recorrente que se encontra na literatura é como aferir se ela foi uma experiência bem

[43] SC-Res-2350/2017.

sucedida ou malsucedida. No tocante à MINUSTAH, ao procurar bibliografia a seu respeito, a grande maioria dos autores exaltaram os êxitos alcançados pelas forças armadas brasileiras. Contudo é necessária cautela para que não se tire conclusões precipitadas, afinal o êxito enaltecido se refere tão somente ao cumprimento das tarefas previstas nos mandatos, convenientemente deixando de lado acontecimentos controversos que ocorreram no decorrer da longeva missão.

Sob o auspício do Capítulo VII, prerrogativa cedida às missões que o Conselho de Segurança entende constituir uma ameaça à paz e à segurança da região, os pacificadores estavam autorizados a utilizar a força, o que indubitavelmente levou a inúmeras reclamações de abuso de violência pela população haitiana, majoritariamente concernente à pacificação das favelas ao redor da capital, em especial Cité Soleil, onde civis alegam que pacificadores teriam utilizado mais de 22 mil balas de armas de fogo e algo em torno de 78 granadas. As dezenas de mortos e feridos destes ataques foram tratadas como dano colateral pelo representante especial da MINUSTAH, Edmond Mulet[44].

Além disso, a estatística mais recorrente e exasperadora entre as missões de paz, são as denúncias feitas contra capacetes azuis que abusam sexualmente de mulheres e crianças, que incitam a prostituição ou que se envolvem no tráfico de pessoas e, infelizmente a MINUSTAH não foi imune a ela. Muito embora tais atos sejam praticados por uma pequena minoria, se comparado ao número total de pacificadores que passaram pelo Haiti durante toda a operação, a existência de apenas uma reclamação desta natureza já é suficiente para reduzir a credibilidade da missão *in casu* e também da própria organização como um todo. De acordo com dados da ONU, durante toda a MINUSTAH foram feitas 29 alegações de abuso sexual e 54 de exploração sexual, totalizando em 84. Deste número, 46 alegações foram arquivadas e, das 37 restantes, 23 pacificadores foram repatriados e apenas oito condenados[45]. Já com relação às alegações referentes a roubos e furtos, lesões corporais, procedimentos administrativos e militares, encontram-se 1.120 comuni-

[44] Relato da haitiana encontrado em: DANTICAT, Edwidge. A new chapter for the disastrous United Nations mission in Haiti? **The New Yorker**, News Desk, 19 de outubro de 2017. Disponível em: https://www.newyorker.com/news/news-desk/a-new-chapter-for-the-disastrous-united-nations-mission-in-haiti. Acessado em: 6 de abril de 2019.

[45] Web das Nações Unidas: **Sexual Exploitation and Abuse.** Disponível em: https://conduct.unmissions.org/sea-data-introduction. Acessado em: 6 de abril de 2019.

cados feitos às Nações Unidas, sendo que 52 são referentes a pacificadores brasileiros e, deste número, 47 foram arquivados e dos cinco restantes, apenas um resultou em condenação[46].

Importante frisar que há um fator amplificador para estas situações, ou seja, com cada alegação feita de um suposto crime cometido por capacete azul há o aumento da insatisfação e hostilidade da população para com a presença internacional no território, o que certamente enfraquece a legitimidade da missão. E, muito embora o suporte local da missão nunca tivesse sido elevado, acabou sofrendo uma drástica queda ao final de 2010, com o surto de cólera que se alastrou com tamanha rapidez que, desde outubro de 2010, mais de 10 mil pessoas morreram e outras 800.000 foram contaminadas. Muitas investigações clínicas foram feitas para precisar a origem da doença e a grande maioria apontou que a bactéria veio de pacificadores nepaleses, e que teria sido disseminada em razão do escoamento de dejetos humanos feito diretamente no fluxo do principal rio do país, do qual a população dependia para beber água e tomar banho, somado ao fato de não haver sistema de esgoto ou de tratamento de água adequados. Contudo como as Nações Unidas, seus órgãos e agentes, como a MINUSTAH, gozam de imunidade de jurisdição, inúmeras vítimas e familiares ficaram sem plano de ação para pedir compensação pelas perdas e danos sofridos em decorrência do surto colérico[47]. Foi apenas em dezembro de 2016 que Ban Ki Moon, num pronunciamento na Assembleia Geral, fez um pedido público de desculpas, não pela pandemia em si, mas pelo fato da organização não ter conseguido controlar a doença. O então Secretário-Geral aproveitou o momento para lançar uma nova abordagem das Nações Unidas para conter a doença, chamado de *New Approach*, composta por duas vias de atuação, com custo total aproximado de 400 milhões de dólares[48]. No entanto, mais uma vez, os planos feitos se

[46] Pelos dados da ONU não houve alegações de abuso sexual ou de exploração sexual contra pacificadores brasileiros. Cf. United Nations Standard of Conduct, **Communications with member States.** Disponível em: https://conduct.unmissions.org/sea-overview. Acessado em: 6 de abril de 2019. Cf. Dados abertos do Ministério Público Militar e da Justiça Militar da União. Disponível em: http://dados.gov.br/dataset/atividades-em-missao-de-paz-no-haiti. Acessado em: 6 de abril de 2019.

[47] DANTICAT, 2017.

[48] KI-MOON, Ban. **Righting a wrong in Haiti,** 2016. Disponível em: https://www.un.org/sg/en/content/sg/articles/2016-12-05/righting-wrong-haiti. Acessado em 6 de abril de 2019.

deparam com um obstáculo muito conhecido: financiamento adequado. Para esta empreitada, foi criado um Fundo Fiduciário das Nações Unidas de Múltiplos Parceiros de Resposta à Cólera no Haiti e, a organização urgiu aos Estados membros que colaborassem com esta iniciativa fazendo doações ao Fundo[49]. Desde o dia 16 de dezembro de 2016 até maio de 2019, apenas 4% da quantia que a ONU prometeu angariar para cumprimento da *New Approach* foi alcançada. É possível acompanhar a arrecadação em tempo real, através do *website*: http://www.time2deliver.org/.

Mesmo no Brasil, a MINUSTAH não encontrava muitos apoiadores, a razão principal deste desencantamento se deu em muito pelo grande gasto com a missão. Foram mais de 2.5 bilhões de reais despendidos no decorrer dos 13 anos e, deste valor apenas 930 milhões de reais foram reembolsados pelas Nações Unidas[50]. Muito embora as forças armadas tenham adquirido grande *expertise* a partir desta experiência, além de ter mudado a forma pela qual o Brasil é visto internacionalmente, agora como um ator preocupado com a manutenção da e paz e segurança internacionais, parcela da população brasileira preferiria que o dinheiro tivesse sido utilizado para tratar de assuntos internos que estão em situações precárias, como saúde e educação. E esta falta de apoio por parte da população prejudica a viabilidade de continuidade da atuação brasileira em novas missões de paz[51].

2.4 Pós-MINUSTAH: MINUJUSTH e CCOPAB

Pela Resolução 2350 de 2017, o Conselho de Segurança decidiu retirar tropas da MINUSTAH de forma gradual, até que houvesse seu encerramento completo em outubro de 2017, finalizando com isso a atuação brasileira como *force commander*. O término da MINUSTAH possibilitou a início da MINUJUSTH, sem tropas militares, ela agora tem a França como *police commissioner.*

[49] Ibid.

[50] Dados retirados do Portal da Transparência para despesas e receitas do Ministério da Defesa, entre os anos de 2004 a 2017. Disponível em: http://www.transparencia.gov.br/. Acessado em: 6 de abril de 2019.

[51] FRANCO, MARINA; STOCHERO, Tahiane. Experiência militar e destaque internacional estão entre legados que missão de paz no Haiti deixa ao Brasil. G1, Mundo, 1 de setembro de 2017. Disponível em: https://g1.globo.com/mundo/noticia/experiencia-militar-e-destaque-internacional-estao-entre-legados-que-missao-de-paz-no-haiti-deixa-ao-brasil.ghtml. Acessado em 6 de abril de 2019.

A missão atual preocupa-se em dar apoio ao fortalecimento das instituições nacionais e do Estado de Direito, para tanto, pretende-se o desenvolvimento de um novo Código Penal e Código de Processo Penal, além de fortalecer o poder judiciário e o sistema carcerário – aumentando mecanismos de supervisão e responsabilização. além do aperfeiçoamento da polícia haitiana e atuação no monitoramento dos direitos humanos, nitidamente uma missão de *peacebuilding*[52]. Inicialmente prevista para uma atuação de outubro de 2017 a abril de 2018, teve seu mandato estendido até abril de 2019, pela resolução 2410 de 2018 e, recentemente, com a Resolução 2466 de 2019, suas atividades foram estendidas para mais seis meses, outubro de 2019[53]. Para a estratégia de saída da missão do país, houve redução do número das unidades policiais de sete para cinco, além do Conselho de Segurança solicitar ao Secretário-Geral um relatório de acompanhamento da missão a cada 90 dias.

A forma com que se dá a preparação de tropas brasileiras para participarem de missões de paz evoluiu consideravelmente desde 1947, quando foram enviados diplomatas e militares para auxílio no conflito nos Bálcãs. Naquela época eram os próprios militares que realizavam sua própria preparação e foi assim até 1990. O que mudou totalmente com a chefia militar na MINUSTAH, afinal fazia-se indispensável a criação de um Centro de Instrução voltado exclusivamente ao treinamento para missões de paz, o que ocorreu em 2005. Esta iniciativa estava alinhada com os ditames da própria ONU, pois na Recomendação da Assembleia Geral 44/49 de 89 e, mais tarde em 2000, com o Relatório Brahimi, estava a previsão de que os Estados membros deveriam se organizar para estabelecimento de programas para civis, militares e policiais, tendo em vista seu emprego em operações de paz. Em 2008, o Centro de Instrução para Operações de Paz consolidou-se, ao realizar em parceria com o *Departament of Peacekeeping Operations* das Nações Unidas - DPKO, o *Senior Mission Course*, para 24 oficiais-generais, policiais e civis de vários países, candidatos a serem líderes sêniores. E, ao final daquele mesmo ano, o Centro foi designado para conduzir presencialmente o preparo de

[52] UNITED NATIONS PEACEKEEPING – **MINUJUSTH fact sheet.** Disponível em: https://peacekeeping.un.org/en/mission/minujusth. Acessado em: 6 de abril de 2019.

[53] SC-Res-2410/2018 Press Release. Disponível em: https://www.un.org/press/en/2018/sc13285.doc.htm. Acessado em 7 de junho de 2018. Cf SC-Res-2466/2019. Disponível em: https://undocs.org/S/RES/2466(2019). Acessado em: 5 de maio de 2019.

todos os policiais brasileiros que haviam sido designados para operações de paz. Já em 2010, o Centro foi redesignado para treinamento não apenas de militares brasileiros, mas também para civis e inclusive para estrangeiros de nações amigas, alterando sua denominação para Centro Conjunto de Operações de Paz – CCOPAB. Inclusive em 2011, quando a marinha do Brasil entrou na missão de paz no Líbano (UNFIL) como líder da *maritime task force*, o treinamento da tripulação da fragata que seguiu ao Oriente Médio foi todo feito na CCOPAB. E em 2013, verificando-se a necessidade no emprego da missão no Haiti, o Centro passou a incluir curso preparatório para tradutores e intérpretes militares[54].

Como é possível ver o CCOPAB nasceu de uma demanda nacional estabelecida quando o Brasil participava da MINUSTAH e, após os longos 13 anos de missão, os módulos de treinamento foram adaptados conforme a necessidade para enfrentar novos desafios. Agora com o fim da MINUSTAH, espera-se que não seja um fator limitador para a continuidade e o fortalecimento do processo de melhoramento do treinamento de novos pacificadores.

Conclusão

Pela leitura do texto e também pela pesquisa realizada é possível perceber que no campo da politica mundial, a MINUSTAH consolidou e trouxe novas lições para o Brasil. Dentre elas, o entendimento da importância de participar em operações de paz, principalmente para um país considerado como potência emergente, afinal a contribuição para as missões representa uma manifestação da vontade e da capacidade de contribuir efetivamente para a paz e segurança globais.

Ademais frisar-se que apenas o envio de tropas às missões, não é suficiente para estabelecer-se no cenário internacional, nem mesmo o comando da missão o é. Afinal se um país como o Brasil, quiser beneficiar-se de fato da participação, deve preparar-se para contribuir na negociação de mandatos, participar de grupos de amigos, como fez no "Grupo de Amigos do Hai-

[54] TEIXEIRA, Cel. Carlos Augusto Ramires. Centro Conjunto de Operações de Paz no Brasil: história e perspectivas pós-MINUSTAH. In:HAMANN, Eduarda Passarelli; TEIXEIRA, Carlos Auguto Ramires. **A participação do Brasil na MINUSTAH (2004-2017):** percepções, lições e práticas relevantes para futuras missões, Centro de Conjunto de Operações de Paz do Brasil – Sérgio Vieira de Mello, 2017, p. 26-34.

ti", uma vez que articulando com atores regionais ou não regionais, seria capaz de transferir para cada operação uma visão de mundo sua, que como vimos pela participação brasileira na MINUSTAH, tende a ser um tanto singular, pois privilegia a interação multifatorial entre segurança, político-institucional e econômico-social. Ou seja, o país deve preparar-se para ir muito além de debates nos foros multilaterais, mas para fazer a diferença concreta com projetos de apoio para recuperação pós-conflito.

Ao final, é importante comentar que em 2018, as Nações Unidas comemoraram 70 anos do *peacekeeping*, a ferramenta mais utilizada para administrar os conflitos mais complexos que existem no mundo, seja pelo ponto de vista político, seja pelo ponto de vista geográfico. E por mais indesejáveis que sejam os acontecimentos controversos que vistos acima, eles são todos muito previsíveis e ocorrem porque as missões foram implementadas sem uma estratégia política eficiente, pois o que se têm visto são mandatos que, na melhor das situações, limitam o dano, mas não resolvem as reais causas dos conflitos. Apesar disso, é fundamental saber que se houve implementação de uma missão de paz naquele local é porque todas as outras alternativas foram julgadas impraticáveis, ilegítimas ou ainda, ninguém quis gastar recursos próprios para sanar o problema. O necessário seria então buscar uma burocracia mais sensata e condizente com o que os capacetes azuis estejam enfrentando no campo e, não desenvolver todos os pontos principais da missão diretamente do escritório em NY[55].

SOUZA, A. A. C. Peace Missions and Brazil's performance at Minustah. *Justitia*, São Paulo, v. 208, p. 316-340, Jul./ Dec. 2016.

- **ABSTRACT:** In this study there're observations about the brazilian role as force commander in the United Nations Stabilization Mission in Haiti - MINUSTAH, from 2004 to 2017. This paper will also address what are the repercussions of Brazil's participation in this peace mission in the internatio-

[55] DIEHL, Paul; KOOPS, Joachim. Oxford's hanbook tell the history of UN peacekeeping's successes and failures. Center on International Cooperation, 15 de setembro de 2015. Entrevista concedida a Alexandra Novosseloff. Disponível em: https://peaceoperationsreview.org/interviews/joachim-koops-and-paul-d-williams-oxford-handbook/. Acessado em 7 de abril de 2019.

nal arena, and what's the situation in Haiti post-MINUSTAH. For that, at first, the approach of the subject will be given to the history and developments of peace missions that have occurred since its first implementations.

• **KEYWORDS:** Peace Missions. United Nations. Haiti. Brazil.

Referências

ALMEIDA, Francisco Ferreira de. **Direito Internacional Público**, 2ª, Coimbra: Coimbra editora, 2003.

ANNAN, Kofi. Peacekeeping, Military Intervention and National Sovereignty in Internal Armed Conflict. In: MOORE, Jonathan. **Hard choices:** Moral dilemmas in humanitarian intervention, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 1998.

BIGATÃO, Juliana de Paula. **As Operações de Mantenção de Paz das Nações Unidas no pós-Guerra Fria:** o caso dos conflitos armados intra-estatais, 2009. Disponível em: http://www.arqanalagoa.ufscar.br/abed/Integra/Juliana%20P%20Bigatao%2013-08-07.pdf. Acessado em: 10 de Abril de 2018.

BIGATÃO, Juliana de Paula. **Manutenção da paz e resolução de conflitos:** respostas das Nações Unidas aos conflitos armados intra-estatais da década de 1990, São Paulo: Dissertação de Mestrado em Relações Internacionais da PUC/SP, 2009.

BOUTROS-GHALI, Boutros. Empowering the United Nations In **Foreign Affairs**, 1992/1993. Disponível em: http://www.foreignaffairs.com/articles/48466/boutros-boutros-ghali/empowering-the-united-nations Acessado em: 5 de abril de 2018.

Charter of the United Nations, 1945. Disponível em: http://www.un.org/en/documents/charter/chapter1.shtml. Acesso em: 30 de maio de 2018

COLEMAN, K., 2013, p. 47-67, aviso 3, de 12/02/2004, Ministério das Relações Exteriores para o Ministro de Estado da Defesa *apud* FOUNTOURA; 2017.

Communications with member States. Disponível em: https://conduct.unmissions.org/sea-overview. Acessado em: 6 de junho de 2018.

Dados abertos do Ministério Público Militar e da Justiça Militar da União. Disponível em: http://dados.gov.br/dataset/atividades-em-missao-de-paz-no-haiti. Acessado em: 6 de junho de 2018.

DAMROSH, Lori; *et all*. **International Law:** cases and materials, 2ª ed, St. Paul: West Group, 2004.

DANTICAT, Edwidge. A new chapter for the disastrous United Nations mission in Haiti? **The New Yorker**, News Desk, 19 de outubro de 2017. Disponível em:

https://www.newyorker.com/news/news-desk/a-new-chapter-for-the-disastrous-united-nations-mission-in-haiti. Acessado em: 6 de junho de 2018.
DIEHL, Paul; KOOPS, Joachim. Oxford's hanbook tell the history of UN peacekeeping's successes and failures. Center on International Cooperation, 15 de setembro de 2015. Entrevista concedida a Alexandra Novosseloff. Disponível em: https://peaceoperationsreview.org/interviews/joachim-koops-and-paul-d-williams-oxford-handbook/. Acessado em 7 de junho de 2018.
DIEHL, Paul F. **International Peacekeeping**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2008.
DINH, Quoc Nguyen; PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick. **Droit International Public**, 7ª ed, Paris: L.G.D.J. 2002.
DUPUY, René-Jean, **O Direito Internacional**, 1ª ed, Coimbra: Almedina, 1993.
FONTOURA, Embaixador Paulo Roberto C. T.; UZIEL, Conselheiro Eduardo. A MINUSTAH, o Brasil e o Conselho de Segurança das Nações Unidas. In: HAMANN, Eduarda Passarelli; TEIXEIRA, Carlos Augusto Ramires (eds). **A participação do Brasil na MINUSTAH (2004-2017)**: percepções, lições e práticas relevantes para futuras missões, Centro Conjunto de Operações de Paz do Brasil – Centro Sérgio Vieira de Mello, 2017. Disponível em: http://www.ccopab.eb.mil.br/phocadownload/revista-igarape-minustah/Participao%20do%20Brasil%20na%20MINUSTA-2004-2017-BR.pdf. Acessado em: 03 de junho de 2018.
FRANCO, MARINA; STOCHERO, Tahiane. Experiência militar e destaque internacional estão entre legados que missão de paz no Haiti deixa ao Brasil. **G1**, Mundo, 1 de setembro de 2017. Disponível em: https://g1.globo.com/mundo/noticia/experiencia-militar-e-destaque-internacional-estao-entre-legados-que-missao-de-paz-no-haiti-deixa-ao-brasil.ghtml. Acessado em 6 de junho de 2018.
HAMMARSKJÖLD, Dag; FALKMAN, Kay (ed). **To Speak for the World**: speeches and statements. 2ª ed, Estocolmo: Atlantis, 2005.
KALDOR, Mary. **New and Old Wars** – Organized Violence in a Global Era, 1ª ed, Cambridge: Policy Press, 1999.
KI-MOON, Ban. **Righting a wrong in Haiti**, 2016. Disponível em: https://www.un.org/sg/en/content/sg/articles/2016-12-05/righting-wrong-haiti. Acessado em 6 de junho de 2018.
Ministério da Defesa, **Relações Internacionais – missões de paz**. Disponível em: https://www.defesa.gov.br/relacoes-internacionais/missoes-de-paz. Acessado em: 5 de junho de 2018.
MIRANDA, Gen. André Luís Novaes. A pacificação de Bel Air. In: HAMANN, Eduarda Passarelli; TEIXEIRA, Carlos Auguto Ramires. A participação do Bra-

sil na MINUSTAH (2004-2017): percepções, lições e práticas relevantes para futuras missões, Centro de Conjunto de Operações de Paz do Brasil – Sérgio Vieira de Mello, 2017.
NETO, Major Sérgio Carreira; MORAIS, Major Marco. Análise da participação policial militar brasileira na MINUSTAH. In: HAMANN, Eduarda Passarelli; TEIXEIRA, Carlos Auguto Ramires. A participação do Brasil na MINUSTAH (2004-2017): percepções, lições e práticas relevantes para futuras missões, Centro de Conjunto de Operações de Paz do Brasil – Sérgio Vieira de Mello, 2017.
O Brasil na MINUSTAH (Haiti), disponível em: https://www.defesa.gov.br/relacoes-internacionais/missoes-de-paz/o-brasil-na-minustah-haiti. Acessado em 5 de junho de 2018.
OAS urges UN efforts on Haiti Crisis, 2004. Disponível em: http://www.oas.org/en/media_center/press_release.asp?sCodigo=E-028/04. Acessado em 3 de junho de 2018.
Past Peacekeeping Operations, disponível em: https://peacekeeping.un.org/en/past-peacekeeping-operations. Acessível em: 5 de Abril de 2018.
PEIXOTO, General Floriano. Epopeia militar brasileira no Haiti. In: HAMANN, Eduarda Passarelli; TEIXEIRA, Carlos Auguto Ramires. A participação do Brasil na MINUSTAH (2004-2017): percepções, lições e práticas relevantes para futuras missões, Centro de Conjunto de Operações de Paz do Brasil – Sérgio Vieira de Mello, 2017.
PINTO, Maria do Céu. **As Nações Unidas e a Manutenção da Paz**: e as atividades de peacekeeping doutras Organizações Internacionais. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.
PUREZA, José Manuel, et all. **As novas operações de paz das Nações Unidas:** os casos de Angola, Timor Leste e Moçambique, Coimbra: CES-FEUC, 2007.
Portal da Transparência para despesas e receitas do Ministério da Defesa, entre os anos de 2004 a 2017. Disponível em: http://www.transparencia.gov.br/. Acessado em: 6 de junho de 2018.
Report by the High-Level Independent Panel on Peace Operations (presented to the Secretary-General in June, 2015). Disponível em: https://peaceoperationsreview.org/wp-content/uploads/2015/08/HIPPO_Report_1_June_2015.pdf. Acessado em: 5 de junho de 2018.
Sexual Exploitation and Abuse. Disponível em: https://conduct.unmissions.org/sea-data-introduction. Acessado em: 6 de junho de 2018.
SC-Resolution 1549/2004, Press Release. Disponível em: https://www.un.org/press/en/2004/sc8083.doc.htm. Acessado em: 3 de junho de 2018.

SC-Res-2410/2018 Press Release. Disponível em: https://www.un.org/press/en/2018/sc13285.doc.htm. Acessado em 7 de junho de 2018.

TEIXEIRA, Cel. Carlos Augusto Ramires. Centro Conjunto de Operações de Paz no Brasil: história e perspectivas pós-MINUSTAH. In:HAMANN, Eduarda Passarelli; TEIXEIRA, Carlos Auguto Ramires. **A participação do Brasil na MINUSTAH (2004-2017):** percepções, lições e práticas relevantes para futuras missões, Centro de Conjunto de Operações de Paz do Brasil – Sérgio Vieira de Mello, 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do Direito Internacional**, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das Organizações Internacionais**, 6ª ed, Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

United Nations - In Memoriam. Disponível em: http://www.un.org/en/memorial/haiti/. Acessado em 3 de junho de 2018.

United Nations Peacekeeping Operations: Principles and Guidelines, 2008. Disponível em: http://dag.un.org/handle/11176/89481. Acesso em: 4, agosto, 2014.

United Nations Peacekeeping – **MINUJUSTH fact sheet**. Disponível em: https://peacekeeping.un.org/en/mission/minujusth. Acessado em: 6 de junho de 2018.

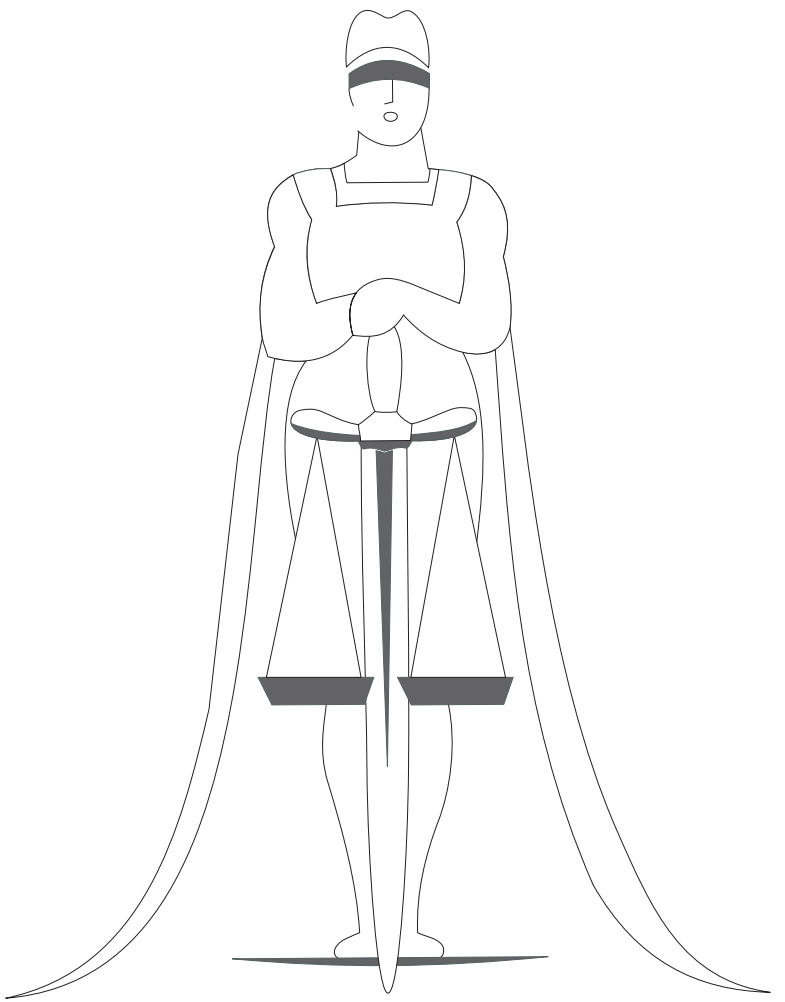
United Nations Peacekeeping, disponível em: https://peacekeeping.un.org/en. Acessado em: 8 de maio de 2018.

United Nations Security Council. Disponível em: http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/. Acessado em: 8 de maio de 2018.

VERDROSS, Alfred. Idées directrices de l'Organisation des Nations Unis, **Recueil des Cours de l'Academie de Droit International**, La Haye: Martinus Nijhoff, 1953, p. 12.

MANIFESTAÇÃO PROCESSUAL

PROCEDURAL MANIFESTATION



Recebidos estes autos nº XXXXXXXXXXXXXXXX, em 24 de setembro de 2015, para os fins do *artigo 600, § 4º, do Código de Processo Penal* **(Ato Normativo nº 350/2004-PGJ, publicado no D.O.E. de 30.03.2004).**

Apresento contrarrazões de apelação em separado.

São Paulo, 25 de setembro de 2015.

Fernando Célio de Brito Nogueira
Promotor de Justiça Assessor

Crime de tráfico de drogas – Mais de quatro quilos de "crack", composto à base de cocaína – Autoria e materialidade comprovadas – Inviabilidade de todas as alegações de nulidade das interceptações telefônicas, por ausência de autorização judicial, que existe; de inconstitucionalidade e ilegalidade das investigações criminais conduzidas pelo Ministério Público, que não se sustentam conforme precedentes do STF, do STJ e do TJSP; do trabalho da Polícia Militar, em decorrência daquela investigação; de ilicitude das provas; de ausência de degravação integral do conteúdo das conversas interceptadas, desnecessárias, conforme precedentes do STF, que decidiu no Plenário da Corte sobre a matéria. Inviabilidade do prequestionamento vago e impreciso. Inviabilidade dos pedidos de desentranhamento das provas, por sua ilicitude e por ofensa ao art. 155, do CPP, que não se verificam – Inviabilidade do pedido de absolvição por insuficiência de provas – Incabível o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pela grande quantidade de droga, pela evidência da dedicação do apelante a atividades criminosas, sendo ele reincidente e tendo ainda condenações ainda não definitivas por tráfico de drogas – Não cabimento do afastamento do aumento de pena de 1/6, relativo à reincidência, circunstância de incidência obrigatória, por condenação pelo art. 16, da Lei 6.368/76, atual art. 28, da Lei de Drogas – Condenação por este crime gera reincidência – Precedentes do STJ – Correto o aumento de metade aplicado à pena-base pela natureza e

quantidade da droga, assim como pela conduta social e personalidade do réu, com condenações ainda não transitadas em julgado, por tráfico – Pela manutenção do julgado.

Fernando Célio de Brito Nogueira
Promotor de Justiça Assessor – SP

APELAÇÃO N.º XXXXXXXXXXXXXXXXXXX
Processo n.° XXXXXXXXXXXXXX
2ª Vara Criminal da Comarca de XX
Apelante: XX
Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo

CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO
Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara,
Douta Procuradoria de Justiça,

I – XX foi denunciado, processado e condenado incurso no art. 33, "caput", da Lei 11.343/06, c.c. art. 29, do Código Penal, ao cumprimento de 8 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 875 dias-multa, no mínimo legal, porque nas circunstâncias narradas na peça acusatória inicial, em meados de abril de 2010, em XX, consta que o acusado, conhecido traficante de drogas em XX, adquiriu 10 quilos de "crack", composto à base de cocaína, para fins de traficância, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, e fez contato telefônico com pessoa não identificada (HNI – fls. 75/86), combinando a compra da referida droga. Então, fechado o negócio, XX determinou a Antonio que fosse buscar parte da encomenda em Ribeirão Preto. Ocorre que Antonio, após apanhar a droga e passar a transportá-la, foi abordado antes que a entregasse a XX, e já é processado por esse fato (processo n. 514/10 – 1ª Vara).

Inconformado, o acusado XX apela por sua defensora, na forma do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal, postulando: a) preliminarmente, não houve autorização judicial para a realização das interceptações telefônicas que

alcançaram a linha utilizada pelo apelante, o que gera a ilicitude da prova e a necessidade de seu desentranhamento; não houve integral transcrição das conversas, como – argumenta – determina a Lei 9.296/96, o que impõe seja a prova invalidada; b) nulidade da prova, pois não houve autorização judicial para a realização das interceptações telefônicas; c) ilegalidade e inconstitucionalidade das investigações conduzidas pelo Ministério Público, pelo GAECO de Bauru; aponta, em decorrência dessa investigação, vários aspectos que considera 'ilegalidades', redundando em ofensa ao contraditório, à ampla defesa, pleiteando, por isso, o desentranhamento dos documentos alusivos a essa investigação; d) inconstitucionalidade da atuação da Polícia Militar na investigação de crimes, que ocorreu no caso por determinação do Ministério Público, quando a atribuição é da Polícia Civil, nos termos do art. 144, § 4º, da Constituição Federal e do art. 4º, do Código de Processo Penal; e) prequestionamento das matérias alegadas em preliminar; f) no mérito, sustenta que a sentença se baseou em elementos de informação colhidos na investigação criminal e não houve contraditório diferido, pugnando pela absolvição nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal; g) seja afastado o aumento decorrente da reincidência, pois o réu foi condenado pelo delito do art. 16, da Lei 6.368/76, e o art. 28 da Lei 11.343/06 deixou de prever pena corporal para o delito; h) seja aplicado o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, com as penas fixadas em seu grau mínimo (cf. fls. 420/443).

II – Da impertinência das preliminares suscitadas

a) A alegação de ausência de autorização judicial para as interceptações telefônicas que alcançaram o apelante XX não se sustenta.

Consoante se verifica dos documentos de fls. 352/373, em face de procedimento investigatório criminal instaurado pelo GAECO de Bauru, houve autorização judicial para as interceptações telefônicas que alcançaram o apelante XX. Inexiste, portanto, a ilegalidade ou inconstitucionalidade apontada, por ausência de autorização judicial.

A matéria, além disso, foi enfrentada na r. sentença de forma objetiva e incisiva: "Primeiramente, restou prejudicada a alegação defensiva de nulidade das interceptações telefônicas, pois as decisões judiciais que as autorizaram foram acostadas aos autos" (fls. 382).

Não há necessidade, ainda, de integral transcrição das conversas telefônicas interceptadas, como pretende a d. defesa. Aliás, a d. defensora, se quisesse, poderia ter amplo acesso ao integral conteúdo das conversas telefônicas interceptadas.

Registre-se, ainda, por pertinente, que, conforme observado na r. sentença recorrida: "...as conversas degravadas podem ser ouvidas no CD de fls. 26 (crime n. 06), clicando-se no ícone "áudio", o que permite verificar a veracidade da transcrição efetuada pelo Ministério Público e afasta a necessidade de realização de perícia" (fls. 384).

Nesse sentido, ainda, o pensamento do STF, já assentado pelo Plenário da Suprema Corte:

> **RHC 122395/ES-ESPÍRITOSANTO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS**
> **Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI**
> **Julgamento: 27/05/2014 Órgão Julgador: Segunda Turma**
> **Publicação**
> **PROCESSO ELETRÔNICO**
> **DJe-113 DIVULG 11-06-2014 PUBLIC 12-06-2014**
> **Parte(s)**
> **RECTE.(S) : GUILHERME PIGNATON BRAGATTO**
> **ADV.(A/S) : VALTER FERREIRA XAVIER FILHO E OUTRO(A/S)**
> **RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
> **PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
> **Ementa**
>
> **Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INSTRUÇÃO CRIMINAL. INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. DECRETAÇÃO DE ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DA INTERCEPTAÇÃO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. I – Consoante assentado pelas instâncias antecedentes, não merece acolhida a alegação de ilicitude da interceptação telefônica realizada e, por conseguinte, das provas por meio dela obtidas. II – O Plenário desta Corte já assentou não ser necessária a juntada do conteúdo integral das degravações de interceptações telefônicas realizadas, bastando que sejam degravados os trechos que serviram de base ao oferecimento da denúncia. Precedente. III – A condenação transitou em julgado em 27/8/2012. Nesse contexto, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de não se admitir a impetração de habeas corpus como sucedâneo de revisão criminal, salvo nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou teratologia, o que não é o caso dos autos. IV – Recurso ao qual se nega provimento.**
>
> **RHC117265/SE-SERGIPE**
> **RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS**

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI
Julgamento: 29/10/2013 Órgão Julgador: Segunda Turma
Publicação
PROCESSO ELETRÔNICO
DJe-099 DIVULG 23-05-2014 PUBLIC 26-05-2014
Parte(s)
RECTE.(S) : MARIO CESAR MARINHO DE CARVALHO
ADV.(A/S) : MARCO AURÉLIO FREIRE E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
Ementa

Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INSTRUÇÃO CRIMINAL. INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS. DECRETAÇÃO. ILEGALIDADE. ALEGAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. NECESSIDADE DA MEDIDA. DEMONSTRAÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA. EXISTÊNCIA. APURAÇÃO DA PRÁTICA DOS CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E DE CORRUPÇÃO PASSIVA. LEI 9.296/1996. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. ORDEM DENEGADA. I – Consoante assentado pelas instâncias antecedentes, não merece acolhida a alegação de ilicitude da ínterceptação telefônica realizada e, por conseguinte, das provas por meio dela obtidas. II – A necessidade da medida foi devidamente demonstrada pelo decisum questionado, bem como a existência de indícios suficientes de autoria de crimes punidos com reclusão, tudo em conformidade com o disposto no art. 2º da Lei 9.296/1996. III – Improcedência da alegação de que a decisão que decretou a interceptação telefônica teria se baseado unicamente em denúncia anônima, pois decorreu de procedimento investigativo prévio. IV – O Plenário desta Corte já assentou não ser necessária a juntada do conteúdo integral das degravações de interceptações telefônicas realizadas, bastando que sejam degravados os trechos que serviram de base ao oferecimento da denúncia. Precedente. V – Este Tribunal firmou o entendimento de que as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas, por mais de uma vez, desde que devidamente fundamentadas pelo juízo competente quanto à necessidade do prosseguimento das investigações. Precedentes. VI – Recurso improvido.

b) Não há falar em inconstitucionalidade ou ilegalidade da investigação criminal conduzida pelo Ministério Público, em procedimento investigatório criminal instaurado pelo GAECO – Núcleo de Bauru -, e tampouco em ilegalidade das providências cometidas à Polícia Militar, no bojo daquele procedimento.

Vetusto e arcaico o argumento de que haveria nulidade porque a investigação criminal foi de iniciativa ou ordem do Ministério Público. Felizmen-

te, está muito próxima de ser definitivamente sepultada a discussão acerca da possibilidade de o Ministério Público, titular da ação penal pública, ter ou não poderes de investigação criminal.

A matéria vem sendo enfrentada pelos Tribunais Superiores e mesmo por este E. Tribunal de Justiça de São Paulo, que vêm decidindo pela possibilidade de o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, desenvolver investigações criminais.

Ademais, **recentemente** foi debelada pelo Congresso Nacional a mais radical tentativa de se tolher a atuação do Ministério Público, com a histórica e emblemática rejeição da PEC 37, conhecida como "a PEC da impunidade", que visava exatamente retirar o poder de investigação criminal do Ministério Público.

A população que foi às ruas protestar abraçou essa importante luta institucional do Ministério Público, para pedir a rejeição da famigerada PEC 37, que efetivamente ocorreu. Ou seja, o povo, cujo voto legitima o mandato exercido por seus representantes, legitimou também a investigação criminal empreendida pelo Ministério Público e sinalizou claramente aos seus legisladores que deseja um Ministério Público que possa investigar e efetivamente investigue.

Além disso, o STF tem decidido de forma tranquila no sentido da possibilidade de o Ministério Público investigar determinados fatos e, com base no resultado dessa investigação, ajuizar ações penais.

Assim, já em 2009, o Exmº Ministro Celso Mello, no STF, relatou decisão nesse sentido:

> **HC 87610/SC-SANTACATARINA**
> **HABEAS CORPUS**
> **Relator(a): Min. CELSO DE MELLO**
> **Julgamento: 27/10/2009 Órgão Julgador: Segunda Turma**
> **Publicação**
> **DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009**
> **EMENT VOL-02385-02 PP-00387**
> **Parte(s)**
> **PACTE.(S) : JOSÉ EVALDO FERNANDES**
> **PACTE.(S) : EDSON JAIR FERNANDES**
> **IMPTE.(S) : GLADSTOM DE LIMA DONOLA**
> **COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**
> **Ementa**

E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E DE CONCUSSÃO ATRIBUÍDOS A POLICIAIS CIVIS - POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDOS AGENTES POLICIAIS - VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AOS POLICIAIS - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO "PARQUET" - TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS - CASO "McCULLOCH v. MARYLAND" (1819) - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) - OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL - LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - "HABEAS CORPUS" INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DEINVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO. - O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a "informatio delicti". Precedentes. - A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito. - A outorga constitucional de funçõesd e polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o "dominus litis", determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua "opinio delicti", sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. Precedentes. A ACUSAÇÃO PENAL, PARA SER FORMULADA, NÃO DEPENDE, NECESSARIAMENTE, DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. - Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente "persecutio criminis in judicio", desde que disponha, para tanto,de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina.

Precedentes. A QUESTÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA. - A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República - que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público - tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais. - Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público. - Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina. É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DEINVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA. - O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de "dominus litis" e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a "opinio delicti", em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes: RE 535.478/SC, Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 91.661/PE, Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 85.419/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 89.837/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: OPONIBILIDADE, A ESTES, DO SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, QUANDO EXERCIDO, PELO "PARQUET", O PODER DE INVESTIGAÇÃO PENAL. - O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra--orgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova "ex propria auctoritate", não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio ("nemo tenetur se detegere"), nem

lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.). - O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o "Parquet", sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. - O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório. (grifei)

Na mesma direção, decisão recente do STF, que admitiu expressamente o poder de investigação do Ministério Público:
MS 31772 AgR / PR - PARANÁ

AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI

Julgamento: 18/11/2014 Órgão Julgador: Primeira Turma
Publicação
PROCESSO ELETRÔNICO
DJe-241 DIVULG 09-12-2014 PUBLIC 10-12-2014
Parte(s)
AGTE.(S) : EDGARD ANTÔNIO LIPPMANN JUNIOR
ADV.(A/S) : PIERPAOLO CRUZ BOTTINI E OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S) : CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
Ementa

EMENTA Agravo regimental em mandado de segurança. Conselho Nacional de Justiça. Processo administrativo disciplinar. Oitiva de testemunha negada. Decadência. Carência de ação. Poderes investigativos

do Ministério Público. Elementos de investigação levados aos autos do PAD. Ampla defesa e contraditório assegurados. Provas emprestadas de autos judiciais. Legalidade. Agravo regimental não provido. O ato de indeferimento do pedido de oitiva das testemunhas é ato comissivo praticado pela autoridade coatora, tendo como termo a quo a ciência, pelo requerido, daquela negativa. Tendo transcorrido mais de 2 (dois) anos desde a data de ciência do ato impugnado, não há dúvida quanto à decadência do direito de se impetrar mandado de segurança com esse objeto. Já existe amplo posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de o Ministério Público exercer poderes investigativos, desde que eventual condenação relacionada aos fatos sob apuração esteja pautada em elementos que tenham sido submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa. O mesmo raciocínio se aplica, por analogia, aos processos administrativos disciplinares. É legal a utilização de prova emprestada (dados relativos ao sigilo fiscal e bancário do impetrante, apurados durante o curso de inquérito perante o Superior Tribunal de Justiça, e por esse tribunal compartilhados com a autoridade administrativa), máxime quando o próprio impetrante, no exercício de sua defesa, apresenta voluntariamente esses dados no bojo do processo administrativo em que era acusado. Agravo regimental não provido. (grifei)

O STJ também tem adotado a mesma orientação, no sentido da admissibilidade e legalidade da investigação conduzida pelo Ministério Público:

Processo
RHC 42778 / RS
RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS
2013/0381837-1
Relator(a)
Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131)
Órgão Julgador
T6 - SEXTA TURMA
Data do Julgamento
04/12/2014
Data da Publicação/Fonte
DJe 17/12/2014
Ementa

SONEGAÇÃO FISCAL. ICMS. RECEBIMENTO DO AUTO DE LANÇAMENTO POR QUEM NÃO TERIA PODERES PARA TANTO. CONSEQUENTE DEFICIÊNCIA DE DEFESA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. MATÉRIA ESTRA-

NHA À COMPETÊNCIA CRIMINAL E AO HABEAS CORPUS. PODERES DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. RESSALVA DO PONTO DE VISTA. DENÚNCIA. INÉPCIA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Saber se o auto de lançamento foi ou não recebido por pessoa que detinha poderes de gerência na empresa da qual é o ora recorrente sócio, o que, segundo se alega, teria-o impedido de exercer o direito de defesa na esfera administrativo-tributária, é assunto que refoge ao âmbito criminal e, notadamente, do habeas corpus, não somente pela própria natureza (administrativa), mas, sobretudo, porque não tem nenhuma ligação com o direito de ir e vir.

2. Ainda que assim não fosse, a própria defesa assegura que a pessoa que teria recebido o auto de lançamento era, à época, mulher do outro denunciado e também sócio da empresa, não sendo, pois, crível a alegação de que não teriam tido os administradores da sociedade, os réus, dentre eles o ora recorrente, conhecimento do débito tributário, de modo a impedir o direito de defesa na seara administrativa.

3. A compreensão firmada nesta Corte é de que não há ilegalidade na investigação criminal encetada pelo Ministério Público (ressalva de entendimento da relatora).

4. Não é inepta a denúncia que descreve satisfatoriamente os fatos tidos por delituosos, narrando, de maneira suficiente, a atuação do recorrente e as implicações disso decorrentes.

5. Em tal contexto, estão satisfeitos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, possibilitando o exercício do direito de defesa.

6. Recurso não conhecido em parte e, no mais, não provido. (grifei)

O STJ, aliás, prevê em sua **Súmula n. 234** que não constitui causa de impedimento e nem de suspeição, para o oferecimento de denúncia, a circunstância de ter o membro do Ministério Público participado da investigação criminal que a preceda. Clara decorrência da adoção da corrente que legitima a investigação pelo Ministério Público.

Este E. Tribunal de Justiça, por sua vez, tem admitido em vários casos a investigação criminal realizada pelo Ministério Público. Já em 2009, época do precedente do STF, relatado pelo Ministro Celso Mello, acima citado, ao julgar recurso no sentido estrito, em Acórdão da lavra do Desembargador Roberto Mortari, **esta Corte considerou válida a investigação criminal conduzida pelo *Parquet* em sério trabalho desenvolvido pelo GAECO de Guarulhos** e trouxe pertinentes observações, discorrendo acerca da três correntes formadas em torno do tema: a) da que não admite a investigação criminal pelo Ministério Público, interpretando gramaticalmente o art. 144, do Constituição Federal; b) da que, embora não vislumbre impedimentos a essa investi-

gação, a ela se opõe por ausência de regulamentação legal; c) da que admite a investigação criminal pelo Ministério Público, como consectário da titularidade exclusiva da ação penal pública:

> **Recurso em Sentido Estrito nº 990 08 090647-0 - Mogi das Cruzes – Voto nº 14 083 – Relator – Desembargador Roberto Mortari - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**
> **19 de maio de 2009**
>
> **"Com efeito, entendeu o d. magistrado a quo que a inicial acusatória estaria alicerçada em procedimento investigatório inidôneo, porquanto presidido direta e exclusivamente pelo próprio Ministério Público. Ocorre, todavia, que a exordial não veio escorada apenas no Procedimento Administrativo Criminal instaurado pelo GAERCO de Guarulhos, reproduzido às fls. 163/299.**
> **Consta dos autos, também, o inteiro teor do Inquérito Policial n° 63/07, que foi presidido e relatado por ilustre Representante da Polícia Civil deste Estado, consoante se observa às fls. 02/155.**
> **E ainda que assim não fosse, não haveria qualquer irregularidade no fato de o Ministério Público valer-se de procedimento investigatório próprio para denunciar.**
> **A questão atinente aos poderes investigatórios do Ministério Público no âmbito penal - em verdade o tema central em discussão no presente recurso - é realmente tormentosa. Vem suscitando intenso debate doutrinário, e grande dissídio jurisprudencial, ainda pendente de pacificação pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, por seu plenário, em sua atual composição, o que deverá ocorrer quando do julgamento da ADI n° 3.806, já em processamento naquela Corte.**
> **Vale desde logo observar que o Ministério Público não é órgão tradicionalmente direcionado à realização de investigações. Esse quadro, porém, começou a se alterar com a Lei n° 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública). Para que o Ministério Público exercesse seu papel na defesa dos interesses metaindividuais e pudesse instruir eventuais ações civis públicas, referida Lei lhe municiou com o inquérito civil. Surgia no âmbito do Ministério Público a cultura de realizar atos investigatórios. E essa tendência, iniciada no campo da tutela de interesses difusos e coletivos, naturalmente se transpôs para a atividade Ministerial mais marcante, que diz respeito à sua atuação na esfera criminal.**
> **Pois bem. Acerca da matéria, ao menos três orientações podem ser identificadas e destacadas.**
> **A primeira funda-se em uma interpretação gramatical do artigo 144 da Constituição Federal. Para os seus adeptos, o Ministério Público não pode realizar investigações na esfera penal, em função de um óbice**

de ordem constitucional, na medida em que o referido dispositivo atribuiu a função investigatória em matéria criminal exclusivamente à Polícia. Nesse sentido já teve oportunidade de decidir o Pretório Excelso, por sua 2ª Turma, quando do julgamento do RHC n° 81.326-7/DF, relatado pelo Ministro Nelson Jobim, e publicado no DJU de 01/08/2003, de cuja ementa se extrai que "(...) A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, III).

A norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime.

Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. (...) ".

De acordo com a segunda, embora não exista impedimento constitucional para que o Ministério Público realize investigações no âmbito criminal, a atuação desse órgão, tendente à colheita de provas para o ajuizamento da ação penal, esbarraria na ausência de regulamentação legal a respeito da forma e do procedimento a serem observados, que tornaria inválidas as investigações realizadas pelos Representantes Ministeriais.

A terceira, por fim, é aquela que admite a realização de investigações criminais pelo Ministério Público. Para essa corrente, que prioriza a interpretação teleológica e sistemática da Constituição Federal, em detrimento daquela simplesmente gramatical ou literal, o constituinte pátrio, no artigo 144, apenas cuidou de delimitar as atribuições investigatórias da Polícia, sem jamais excluir a possibilidade de outros órgãos investigarem as infrações penais, porquanto interessa à segurança pública, dever do Estado e direito dos cidadãos, que diversos órgãos se dediquem ao combate da criminalidade. Ademais, a própria Carta Constitucional, em seu artigo 129, conferiu ao Ministério Público não apenas o exercício da ação penal pública, mas também a prerrogativa de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva, consignando-se que a Lei Complementar 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), em seu artigo 8º, regulamentou o dispositivo constitucional citado, e que o CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público), expediu a Resolução n° 13, de 2 de outubro de 2006, disciplinando o "procedimento administrativo criminal", que já encontrava regulamentado no Estado através do Ato n° 314-PGJ/CPJ-SP, de 27 de junho de 2003. A favor dessa orientação também já decidiu o Excelso Pretório, por sua 1ª Turma, ao julgar o HC n° 75.769-3/MG, relatado pelo Min. Otávio Gallotti, e publicado no DJU de 28/11/1997, de cuja ementa se extrai a afirmação de ser "(...) Regular participação do órgão do Ministério Público em fase investigatória (...)".

Essa terceira corrente, com a vênia sempre devida aos que se filiam

às demais, deve ser prestigiada, por mais se ajustar ao interesse que tem a sociedade, em um combate efetivo e eficaz à criminalidade.
Ora, a criminalidade tradicional vem se desenvolvendo assustadoramente. Sucederam-se, nas últimas décadas, as criminalidades financeira, econômica, tributária, organizada e transnacional, que regra geral não estão à vista dos agentes ordinariamente encarregados da investigação criminal, criando sérios problemas para a colheita de provas e o efetivo desenvolvimento da persecução penal. Daí afigurar-se imprescindível que o Ministério Público possa produzir prova diretamente, coibindo-se eventuais abusos em que venha a incorrer através da pronta atuação e intervenção judicial.
Mesmo porque, em nenhum momento a Constituição Federal conferiu a exclusividade das investigações criminais à Polícia Judiciária. A esta, com exclusividade, foi reservada a instauração do inquérito policial. Não, porém, o monopólio das investigações, da busca de provas e evidências capazes de viabilizar o oferecimento da denúncia e a instauração da ação penal. Nesse sentir, r. parecer exarado pelo eminente constitucionalista Luís Roberto Barroso ao Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), segundo o qual "(...) o sistema constitucional reservou à Polícia o papel central na investigação penal, mas não vedou o exercício eventual de tal atribuição pelo Ministério Público (...)" (in http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/asscon/investigacao.pdf). Aliás, se ao Ministério Público foi reservada pelo legislador constitucional a titularidade da ação penal pública, seria um verdadeiro contra-senso privar tal instituição dos meios necessários para o exercício dessa atribuição, vedando aos seus representantes a possibilidade de recolher todos os indícios, elementos e provas necessários para a formação da opinio delicti. Não faria sentido, sendo tal instituição responsável pela ação penal pública, que não pudesse praticar qualquer ato tendente à elucidação dos fatos. A colheita de elementos de convicção a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria é um consectário lógico da própria função do órgão ministerial de promover com exclusividade a ação penal pública. Uma interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, e a aplicação dos poderes implícitos do Ministério Público, sempre com vistas à preservação dos interesses da sociedade no combate à criminalidade, conduzem ao reconhecimento e validação dos poderes investigatórios dessa instituição, independentemente da investigação policial. E não se trata aqui de mera aplicação do brocardo "quem pode o mais pode o menos", mas em realidade, de proteger a sociedade da ação nefasta da megacriminalidade, sem tomar partido desta ou daquela instituição - Polícia e Ministério Público -, já que ambas têm igual relevância.

> **Devem ser tidos como válidos, destarte, os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que para instruir seus processos administrativos, pode colher depoimentos e requisitar informações e documentos, visando o oferecimento de denúncia...” (grifei)**

E, pouco depois, em 2010, este E. Tribunal de Justiça de São Paulo mais uma vez decidiu na mesma direção, ao admitir a investigação conduzida pelo Ministério Público, em importante trabalho levado a efeito pelo GAECO de São José do Rio Preto, na operação “ouro branco”, invocando precedente do E. STF, no mesmo sentido:

> **Habeas corpus 990.09.245925-2 - VOTO 7998 - Relator-Desembargador Walter da Silva – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - 14ª Câmara Criminal – 18 de março de 2010**
>
> **“...O cerne da presente impetração é o reconhecimento da ilegitimidade da atividade investigativa do Ministério Público, todavia, tal entendimento não prospera, pois, na qualidade de *dominus litis* atua com interesse na apuração da verdade real.**
> **Em que pese a questão abordada gerar controvérsias na doutrina e na jurisprudência, o fato é que não se pode subtrair do Ministério Público seu dever, como órgão da sociedade ou do Estado, de agir em prol da segurança pública, atentando-se para a prevenção da criminalidade, em defesa de um direito fundamental assegurado a todos pela Constituição.**
> **Convém enfatizar que o poder investigatório do Ministério Público não é sinônimo de poder sem limites, mas sim, derivado de suas funções constitucionais enumeradas no artigo 129, da Constituição Federal.**
> **O não reconhecimento dos poderes investigatórios criminais do Ministério Público corresponde a diminuir a efetividade de sua atuação em defesa dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.**
> **A respeito do tema, da legitimidade do Ministério Público em presidir investigações criminais, é oportuno relembrar precedente desta Colenda Corte, que ficou assentado no julgamento 990.09.173532-9, da lavra do eminente Desembargador Roberto Mortari, cujo teor segue:**
> **“(...) Não faria sentido, sendo tal instituição responsável pela ação penal pública, que não pudesse praticar qualquer ato tendente à elucidação dos fatos. A colheita de elementos de convicção a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria é um consectário lógico da própria função do órgão ministerial de promover com exclusividade a ação penal pública. Uma interpretação teleológica e sistêmica da Constituição Federal, e a aplicação dos poderes implíci-**

tos do Ministério Público, sempre com vistas à preservação dos interesses da sociedade no combate à criminalidade, conduzem ao reconhecimento e validação dos poderes investigatórios dessa instituição, independentemente da investigação policial. E não se trata aqui de mera aplicação do brocardo "quem pode o mais pode o menos", mas em realidade, de proteger a sociedade da ação nefasta da megacriminalidade, sem tornar partido desta ou daquela instituição - Polícia e Ministério Público - já que ambas têm igual relevância. Devem ser tidos como válidos, destarte, os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que para instruir seus processos administrativos, pode colher depoimentos e requisitar informações e documentos, visando o oferecimento de denúncia" (TJSP - 15ª Câm. Dir. Criminal - j. 27/10/2009).

E, ainda, confira-se jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS ORDEM DENEGADA. 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e/ou ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. 3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do habeas corpus, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório. 4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC n° 89.877/ES, rei. Mm. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do habeas corpus servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. 6. O art 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promo-

ção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem/a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus". (STF, HC 96 661/PE. Rei. 2ª Turma, Min. Ellen Gracie, j 10/3/2009, DJE 2-4-2009).

Assim, a investigação prévia tem por escopo a formação da *opinio delicti* dos membros do *Parquet*, de maneira a formar o seu convencimento, podendo ou não apresentar a denúncia, portanto, não se configura constrangimento ilegal.

Melhor sorte não assiste aos impetrantes no que tange a alegação de que o procedimento investigatório padece de nulidade.

Vislumbra-se das informações prestadas pelo MM. Juiz *a quo*, bem como da análise dos autos, que os pleitos formulados pelo Órgão Ministerial, visando às interceptações telefônicas e de dados, foram autorizados pelo Órgão Jurisdicional, bem como o pedido de prorrogação. Portanto, diante do controle judicial exercido sobre a pretensão Ministerial, não há que se cogitar em violação aos preceitos legais..."

Diante de tais fundamentos, dos importantes precedentes citados, do STF, do STJ e deste E. Tribunal de Justiça, e principalmente depois da histórica e emblemática rejeição da PEC 37, em que o povo nas ruas sinalizou claramente aos legisladores que elegeu um caminho a ser trilhado, legitimando ainda mais o poder de investigar do Ministério Público, não se sustenta, com o devido respeito, arguição de nulidade em face da investigação realizada pelo Ministério Público.

E para colocar pá de cal na discussão, o STF, em maio de 2015, no julgamento do RE 593727, no pleno daquela Corte, decidiu pela legitimidade do poder de investigação do Ministério Público, em sede de repercussão geral:

RE 593727 / MG - MINAS GERAIS
RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 14/05/2015 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação
ACÓRDÃO ELETRÔNICO
DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015
Parte(s)
RECTE.(S) : JAIRO DE SOUZA COELHO
ADV.(A/S) : MAURO JORGE DE PAULA BOMFIM
ADV.(A/S) : WLADIMIR SERGIO REALE
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS
INTDO.(A/S) : FEDERAÇÃO INTERESTADUAL DO SINDICATO DE TRABALHADORES DAS POLÍCIAS CIVIS - FEIPOL
ADV.(A/S) : JONAS KESLLEY GONÇALVES UMBELINO E OUTRO(A/S)
Ementa

Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. 2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adiamento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral, com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria. 3. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. Possibilidade de o Ministério Público de estado-membro promover sustentação oral no Supremo. O Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do Parquet estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria. 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição

> **Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: "O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição". Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria.**

Diante desse quadro, não há falar em inconstitucionalidade ou ilegalidade das investigações conduzidas pelo Ministério Público e do trabalho desenvolvido pela Polícia Militar, com base no Procedimento Investigatório Criminal a cargo do GAECO de Bauru, trabalhos respaldados em autorização judicial, como já demonstrado.

Não há falar, ainda, em ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa, ao contraditório diferido e tampouco em invalidade ou ilicitude das provas e necessidade de seu desentranhamento, situações que inexistem no caso concreto.

As alegações passam ao largo da noção de prova ilícita.

Sobre provas ilícitas, oportuna a lição autorizada de **EUGÊNIO PACELLI e DOUGLAS FISCHER**:

> **"A ilicitude da prova e sua inadmissibilidade decorrem de uma opção constitucional perfeitamente justificada em um contexto democrático de um Estado Democrático de Direito. A afirmação dos direitos fundamentais, característica essencial de tal modalidade política de Estado, exige *a proibição de excesso*, tanto na produção de leis quanto**

> **na sua aplicação. Não se pode buscar a verdade dos fatos a qualquer custo, até porque, diante da falibilidade e precariedade do conhecimento humano a que aqui já nos referimos, no final de tudo o que poderá restar será apenas o custo a ser pago pela violação dos direitos, quando da busca desenfreada e sem controle da prova de uma inatingível verdade *real.***
> **Daí a inadmissibilidade da prova ilícita, à maneira das *exclusionary rules* do direito estadunidense.**
> **No entanto, antes de se falar na inadmissibilidade da prova, é preciso, porém, afirmar a sua ilicitude, o que nem sempre é simples.**
> **De modo geral, a ilicitude ocorre por violação aos direitos à *intimidade, à privacidade, à imagem e à honra*, assegurados constitucionalmente (art. 5º, X), para cujo exercício há formas expressas de proteção, relativamente às inviolabilidades pessoais (art. 5º, X, XI, XII e prisão) (Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 6 ed. São Paulo, Atlas, 2014, p. 332-333).**

c) O acenado prequestionamento parte de assertiva vaga, genérica, sem indicação precisa, pormenorizada e fundamentada dos dispositivos constitucionais ou infraconstitucionais que teriam sido violados. Sem maior relevância, portanto, no plano jurídico-processual.

III – Das provas e da inviabilidade do pedido de absolvição por insuficiência de provas ou por violação ao art. 155, do Código de Processo Penal, que não ocorreu

No tocante ao tráfico de drogas irrogado a Jair, a materialidade e autoria do crime estão demonstrados pelos documentos juntados aos autos, notadamente o auto de prisão em flagrante delito de Antonio, laudo de fls. 63/66 e a interceptação telefônica juntada (fls. 75/86/261/352/373).

XX, interrogado, negou a acusação. Disse que conheceu Antonio porque ele morou na rua de sua casa. Foi preso porque era usuário e, em razão de dívidas, guardava drogas. Disse a Antonio, por telefone, que não iria mais guarda a droga e ele se oferecer ao dono do entorpecente para fazê-lo e, então, foi buscar a droga.

Observe-se que até mesmo o apelante XX, ao negar a imputação, acaba legitimando as interceptações telefônicas havidas, contrariando as postulações de sua própria defesa técnica.

E, ao contrário do que afirma a d. defesa, não há falar que a sentença condenatória baseou-se exclusivamente em elementos hauridos na investigação criminal, ao arrepio do art. 155, do Código de Processo Penal, pois isso não aconteceu.

Antonio, interrogado na ação penal própria, imputa a XX a prática dos fatos que lhe são atribuídos na peça inicial. E, na instrução criminal, aquelas provas foram confirmadas, sob o crivo dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, os policiais militares José Luiz Afonso dos Santos e Edson Soares confirmaram a prisão de Antonio Laureano de posse de mais de 4 quilos de "crack". Na oportunidade, Antonio disse que iria levar a droga para XX. Posteriormente, ficou sabendo que XX estava sendo investigado pelo GAECO e que havia interceptação telefônica em relação a ele. Antonio morava em frente à casa de XX. Não conheciam Antonio dos meios policiais, apenas XX.

As testemunhas de defesa nada trouxeram relativamente aos fatos, tecendo bons comentários sobre os réus.

Oportuna a conclusão contida na r. sentença no sentido de que "a partir da confissão de ANTÔNIO e do relato do acusado XX, inclusive no sentido de que morava na mesma rua de ANTÔNIO e que conversou com ele sobre a guarda de entorpecentes por telefone, não há dúvida de que os réus são, efetivamente, os interlocutores apontados nas conversas de fls. 75/86" (fls. 384).

XX, ao telefonar a um advogado depois da prisão de Antonio, se identifica com seu prenome.

As interceptações telefônicas evidenciam que a droga transportada por Antônio havia sido encomendada por XX e a este seria entregue.

Oportuna a valoração contida na r. sentença sobre tais provas:

"Veja-se, nesse sentido, que no dia anterior ao flagrante de ANTÔNIO, XX encomenda a droga a um indivíduo (não identificado) e, em 30/04/10, pela manhã e no começo da tarde, eles trocam mensagem sobre a chegada do entorpecente e XX diz que já vai mandar o 'menino'.

Às 13:48 do dia 30/04/10, XX liga para ANTONIO perguntando onde ele está e diz que o rapaz ligou e é para ele ver "o negócio do carro".

Não por acaso, neste mesmo dia, à noite, ANTONIO foi preso com mais de 4 kg de "crack".

Logo após a prisão de ANTÔNIO, XX liga para um advogado e pede para que ele vá à delegacia. Em seguida, XX dialoga com diversas pessoas sobre a prisão de ANTÔNIO, sobre o apoio que dará à família dele e sobre a sua preocupação quanto a eventual delação, conduta claramente incompatível com a de quem alega que não tinha qualquer relação com o entorpecente transportado.

Como se vê, o teor das degravações é suficiente para demonstrar o envolvimento do réu XX no crime de tráfico praticado por ANTÔNIO. Ademais, ANTÔNIO admitiu que transportava a droga para XX..." (cf. fls. 384).

Comprovado, portanto, pela investigação criminal, pelas interceptações telefônicas, pela confissão judicial de Antônio e pelo relato dos policiais militares ouvidos na instrução criminal, o tráfico de drogas irrogado ao apelante XX na denúncia.

Interrogado judicialmente, o acusado Antonio admitiu que transportava a droga a pedido de XX. Disse que foi buscar o entorpecente em Ribeirão Preto e receberia mil reais pelo serviço, o que não ocorreu porque foi preso.

Não há falar em absolvição por insuficiência de provas ou em violação ao art. 155, do Código de Processo Penal, que efetivamente não se verificou, pois a condenação se latreou não somente nas interceptações telefônicas, mas também em provas colhidas em juízo, sob o crivo dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

IV – Das penas, do regime inicial fechado, do correto aumento decorrente da reincidência, do não cabimento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, nem de penas mínimas

As penas fixadas são razoáveis, atendem aos critérios norteadores do art. 42, da Lei de Drogas, pela natureza da droga, "crack", composto à base de cocaína, conhecido por seu potencial devastador, c.c. art. 59, do Código Penal. O réu é reincidente (fls. 202) e as penas por isso foram majoradas em 1/6, não de metade, por força da reincidência, como equivocadamente a d. defesa afirmou no apelo (fls. 439).

O aumento de metade se deu na primeira fase da dosimetria da pena, pela alta potencialidade lesiva da droga traficada, pela personalidade e conduta social do apelante, que registra outras condenações por tráfico, ainda não definitivas, as quais, se não configuram maus antecedentes (cf. Súmula 444 do STF), "...revelam, no mínimo, conduta social inadequada..." (fls. 385). E isso deve repercutir na dosimetria da pena, pois não seria justo que o réu fosse tratado como um primário, sem aqueles envolvimentos por tráfico, retratados nas certidões de fls. 196/199, conforme muito bem pontuado pela MMª Juíza sentenciante.

O regime inicial fechado está correto, em harmonia com a intensa gravidade do fato, crime hediondo por equiparação.

Não há falar em aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, pela natureza, pela grande quantidade de droga apreendida (mais de quatro quilos de "crack"), assim como por estar evidenciado o grande envolvimento do apelante XX com o tráfico ilícito de drogas e, por conseguinte, sua dedicação a atividades criminosas.

E não é caso, também, de aplicação de penas mínimas, que não atenderiam à gravidade do fato e aos critérios de necessidade e suficiência e ofenderiam os princípios constitucionais da individualização da pena e da proporcionalidade. Basta pensar que, com penas mínimas, se puniria o réu primário, sem outras condenações por tráfico, pilhado na mercancia ilícita com 4 gramas de "crack". No caso, foram mais de quatro quilos, quantidade que se destinaria a enorme número de usuários...

Além disso, ele é reincidente e não preenche os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Ademais, conforme pontuado pela MMª Juíza sentenciante, as certidões de fls. 196/199 revelam que o acusado possui condenações criminais por tráfico de drogas, ainda não transitadas em julgado. Não se pode afirmar, portanto, que tenha bons antecedentes, como exige a lei para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. E a grande quantidade e a natureza da droga, como já dito, impedem também o benefício.

Nessa direção, o pensamento do STJ, com alusão a precedente do STF:

> **STJ REsp 1.188.246: PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. PECULIARIDADES DO CASO. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA. IMPOSSIBILIDADE.**
> **I - Na linha de precedentes desta Corte, a grande quantidade de drogas, considerada isoladamente, não impede a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, salvo se, aliada a outras circunstâncias do caso concreto, restar evidenciado que o paciente se dedica a atividades delituosas ou integra organização criminosa.**
> **II - Na espécie, contudo, a grande quantidade de drogas é apta a evidenciar que o recorrido se dedica a atividade criminosa do tráfico, não sendo aplicável a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.**
> **Recurso provido.**
>
> **STJ HC 208.376: HABEAS CORPUS . PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.**
> **1. Não se aplica a causa de diminuição inserta no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado na sentença condenatória e no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais.**
> **2. Na hipótese, as instâncias ordinárias ressaltaram que a quantidade da droga apreendida com o Paciente – 263 invólucros plásticos com**

"cocaína" – evidencia o seu grau envolvimento com o tráfico de drogas, distinguindo-o, portanto, do traficante ocasional.
3. Para efeitos de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, "A conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade de droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas. " (STF, RHC 94.806/PR, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 16/04/2010.)
4. Ordem denegada.

STJ HC 189.572: HABEAS CORPUS . PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. POSSIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. IMPOSSIBILIDADE. CONFIRMAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL NA HIPÓTESE. REGIME PRISIONAL FECHADO. OBRIGATORIEDADE. CRIME COMETIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.464/2007. ORDEM DENEGADA.
1. Paciente preso em flagrante na posse de 483 gramas de cocaína em 09/04/2007 e condenado à pena de 5 anos de reclusão, no regime fechado, como incurso no art. 33 da Lei n.º 11.343/07,
2. A pena-base foi adequadamente fixada, acima do mínimo legal, uma vez que o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga.
3. Correta a negativa de aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, tendo em vista, como bem consignou a sentença condenatória, a significativa quantidade de droga, que revela dedicação à atividade criminosa de tráfico de drogas.
4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.° 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006.
5. Não obstante o afastamento da vedação legal, constata-se que, no caso em apreço, não se mostra socialmente recomendável a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, tendo em vista o fato de as circunstâncias judiciais terem sido consideradas desfavoráveis, ante a grande quantidade de entorpecente apreendido.
6. Ordem denegada.

Nesse sentido, ainda, oportuna decisão deste E. Tribunal de Justiça de São Paulo:

0002032-42.2011.8.26.0438 Apelação / Tráfico de Drogas e Condutas Afins
Relator(a): Airton Vieira
Comarca: Penápolis
Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal Extraordinária
Data do julgamento: 24/11/2014
Data de registro: 05/12/2014
Ementa: APELAÇÕES. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. AUTORIAS E MATERIALIDADE. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO EVIDENCIAM A NARCOTRAFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO REDUTOR DO §4º, DO ART. 33, DA LEI DE DROGAS. RÉUS QUE SE DEDICAM A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. IMPROVIMENTO DOS RECURSOS DEFENSIVOS. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. As autorias e a materialidade do crime de tráfico de drogas restaram devidamente comprovadas. Substâncias entorpecentes encontradas na casa de um dos réus. 2. Depoimentos dos policiais civis harmônicos e uníssonos no sentido da responsabilização criminal dos réus. Validade dos seus depoimentos, mormente quando submetidos ao crivo do contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Precedentes do STF e do STJ. 3. Associação para o tráfico comprovada. Manutenção da condenação. 4. Os réus não fazem jus à causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06, pois está provado que eles se dedicam a atividades criminosas, haja vista terem sido encontradas 03 porções de "cocaína" e 01 pedra de "crack", sendo os encarregados, justamente, da disseminação, propriamente dita, das substâncias entorpecentes, que de mais a mais não consta fossem por eles produzidas. Por sinal, para a produção da "cocaína" e do "crack" reclama-se toda uma estrutura técnica, laboratório químico, posse de substâncias químicas, que também não consta fossem mantidos

pelos réus. Precedentes do STF. 5. Não há que se falar em causa de aumento de pena, prevista no art. 40, VI, da Lei n.11.343/06, uma vez que não ficou provada que a prática do crime visou ao envolvimento de crianças ou adolescentes. 6. Regime inicial de cumprimento de pena para os crimes de tráfico de drogas será o fechado, medida esta estabelecida em perfeita harmonia com o tratamento diferenciado e mais rígido conferido pela própria Constituição Federal aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII), não cumprindo ao Poder Judiciário analisar a conveniência e a adequação da política criminal do seu tratamento, matéria reservada ao Poder Legislativo, Órgão constitucionalmente competente para tanto. Por fim, o regime inicial de cumprimento de pena do crime de associação para o tráfico continuará sendo o fechado, haja vista não ser suficiente a imposição dos regimes aberto ou semiaberto aos réus, dada as suas posições na estrutura criminosa, o réu Renato Batista fornecendo a sua residência, em que morava, ao corréu Fábio Triveloni para que este desenvolvesse o comércio espúrio, para que os usuários, que ali adquirissem as substâncias entorpecentes, também as consumissem no local. Possibilidade de imposição do regime inicial de cumprimento da pena mais gravoso, desde que fundamentado na gravidade concreta do delito. Precedentes do STJ. 7. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos que resta afastada para os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, em razão da natureza do entorpecente encontrado em poder dos réus, a demonstrar que a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do crime em comento. Não bastasse, a pena final para o crime de narcotráfico foi fixada acima de 04 (quatro) anos de reclusão, a inviabilizar a supramencionada substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, I, do Código Penal. 8. O art. 63, da Lei n.11.343/06, autoriza o confisco dos produtos do tráfico de substâncias entorpecentes, salvo em casos de absolvição ou comprovação da

origem lícita, com o que os bens apreendidos poderiam ser restituídos, o que, no caso, não ficou demonstrado. 9. Parcial provimento do recurso do Ministério Público e improvimento dos recursos defensivos.

O benefício foi, portanto, bem denegado na r. sentença (fls. 386).

A circunstância de o art. 28, da Lei 11.343/06, que reeditou o crime então previsto pelo art. 16, da Lei 6.368/76, não ter cominado pena de prisão ao tipo penal mais recente, não modifica o cenário passado, em que houve coisa julgada e até mesmo cumprimento de pena, extinta por isso, e não induz ao pretendido afastamento da reincidência do apelante, bem reconhecida na r. sentença, circunstância de aplicação obrigatória, que sempre implicará agravação da pena.

A conduta era crime na vigência da Lei 6.368/76, continuou a ser crime com a edição da Lei 11.343/06, o réu foi condenado ainda nos termos da lei anterior, à pena privativa da liberdade.

De fato, a certidão de fls. 202, do primeiro volume, demonstra que o réu foi condenado a 6 meses de detenção pelo crime do art. 16, da Lei 6.368/76, e a pena corporal foi julgada extinta em 30 de maio de 2007, de modo que, sendo os fatos destes autos de abril de 2010, caracterizada está a reincidência, nos termos do art. 63, "caput", c.c. art. 64, I, do Código Penal.

Ademais, mesmo a condenação pelo art. 28, da Lei de Drogas, gera reincidência, conforme precedentes do STJ:

STJ - HABEAS CORPUS HC 292292 SP 2014/0080393-9 (STJ)
Data de publicação: 25/06/2014
Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343 /2006. MERA DESPENALIZAÇÃO. REINCIDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343 /2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. REGIME INICIAL MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato aponta-

do como coator, em prejuízo da liberdade do paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de habeas corpus. 2. Este Superior Tribunal, alinhando-se ao entendimento firmado pela Corte Suprema (Questão de Ordem no RE n. 430.105-9/RJ), também firmou a orientação no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.343 /2006, não houve descriminalização (abolitio criminis) da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, mas mera despenalização. 3. Uma vez constatada a existência de condenação definitiva anterior pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343 /2006, e considerando que a conduta disciplinada desse dispositivo legal não deixou de ser crime, não há como ser aplicada a minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, haja vista a reincidência do paciente. 4. Embora o acusado tenha sido definitivamente condenado a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, o quantum da pena a ele imposta (5 anos de reclusão), somado à reincidência, evidenciam que o regime inicial fechado é realmente o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, consoante o disposto no artigo 33 , § 2º , b, e § 3º, do Código Penal . 5. Mostra-se inviável proceder-se à substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo, já que o paciente restou definitivamente condenado à pena de 5 anos de reclusão, superior, portanto, ao limite de 4 anos previsto no inciso I do artigo 44 do Código Penal . 6. Habeas corpus não conhecido....

STJ - HABEAS CORPUS HC 219532 SP 2011/0227887-9 (STJ)
Data de publicação: 26/11/2013
Ementa: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI N. 11.343 /2006. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DA ASSOCIAÇÃO. ARTIGO 28 DA LEI N.11.343 /2006. DESCRIMINALIZAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MERA DESPENALIZAÇÃO. REINCIDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI N. 11.343 /2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, alinhando-se à nova jurisprudência da Corte Suprema, também passou a restringir as hipóteses de cabimento do habeas corpus, não admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso ou ação cabível, salvo nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia jurídica. 2. A jurisprudência deste Superior

Tribunal firmou o entendimento no sentido de que, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no artigo 35 da Lei n. 11.343 /2006, é necessária a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa. 3. No caso, tendo o Juiz sentenciante apontado a existência de elementos concretos que efetivamente demonstram a estabilidade e a permanência da associação criminosa da qual o paciente era integrante, mostra-se inviável a sua absolvição em relação ao delito previsto no artigo 35 da Lei de Drogas, como pretendido. 4. Este Superior Tribunal, alinhando-se ao entendimento firmado pela Corte Suprema (Questão de Ordem no RE n. 430.105-9/RJ), também firmou a orientação no sentido de que, com o advento da Lei n. 11.343 /2006, não houve descriminalização (abolitio criminis) da conduta de porte de substância entorpecente para consumo pessoal, mas mera despenalização. 5. Uma vez constatada a existência de condenação definitiva anterior pela prática do crime previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343 /2006, e considerando que a conduta disciplinada desse dispositivo legal não deixou de ser crime, não há como se afastar da condenação do paciente a agravante genérica da reincidência, como pretendido. 6. A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento no sentido de que é inviável a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, quando o agente foi condenado também pela prática do crime previsto no artigo 35 da mesma lei, por restar evidenciada a sua dedicação a atividades criminosas ou a sua participação em organização criminosa, no caso especialmente voltada para o cometimento do narcotráfico. 7. Habeas corpus não conhecido....

V – Da conclusão

Do exposto, concluo que as preliminares de nulidade merecem ser rejeitadas, por sua manifesta impertinência, não configuradas as situações apontadas pela d. defesa, e que, no mérito, o apelo não comporta provimento, impondo-se a manutenção da r. sentença de primeiro grau, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

São Paulo, 25 de setembro de 2015.

Fernando Célio de Brito Nogueira, Promotor de Justiça Assessor

ÍNDICE DE ASSUNTOS

Aposentadoria compulsória por idade
Administrativo, p. 92
Agentes públicos, p. 92
Constitucional, p. 92
Previdenciário, p. 92

Acusatório
Elementos essenciais, p. 44
Inquisitivo, p. 44
Processo, p. 44
Sistemas, p. 44
Tipos ideais, p. 44

Coisa Julgada
Ação rescisória, p. 205
Segurança jurídica, p. 205

Colaboração premiada
Direito comparado, p. 71
Regra de corroboração, p. 71

Crime de tráfico de drogas
Atividades criminosas, p. 342
Autoria e materialidade comprovadas, p. 342
Composto a base de cocaína – "Crack", p. 342
Grande quantidade de droga, p. 342

Direito de família
Família, p. 100
Proteção, p. 100

Direito de superfície
Direito alemão, p. 181
Direitos reais, p. 181
Função social, p. 181

Judicialização da educação
Educação infantil, p. 242
Férias nas creches, p. 242
Qualidade da educação, p. 242
Vaga em creche, p. 242

Mandado de segurança coletivo
Causa de pedir, p. 145
Pedido na ação coletiva, p. 145
Processo seletivo, p. 145

Ministério Público
Custos legis, p. 297
Eficiência, p. 297
Independência funcional, p. 297
Intervenção no processo civil, p. 297
Otimização da atuação funcional, p. 297
Processo Eletrônico, p. 297
Profissionalização, p. 297
Racionalização, p. 297

Ministério Público Científico
Desafios, p. 261
Exigências, p. 261
Gestão moderna, p. 261
Novos métodos, p. 261
Uso plural de informações, p. 261

Missões de paz
Brasil, p. 316
Haiti, p. 316
Nações Unidas, p. 316

Previsibilidade das decisões judiciais
Hermenêutica filosófica, p. 114
Segurança Jurídica, p. 114

Prioridade
Agente Político, p. 229
Comunidade, p. 229
Regionalização, p. 229

Violência contra a mulher
Atividade policial, p. 13
Controle externo, p. 13
Dever de proteção, p. 13
Eficiência, p. 13
Ministério Público, p. 13
Segurança pública, p. 13

SUBJECT INDEX

Accusatory
Essential Elements, p. 68
Ideal Types, p. 68
Inquisitive, p. 68
Process, p. 68
Systems, p. 68

Collective Writ of Mandamus
Collective Process, p. 176
Collective Action Request, p. 176

Compulsory Retirement by Age
Administrative, p. 98
Constitutional, p. 98
Public Agentes, p. 98
Social Security, p. 98

Family Right
Family, p. 112
Protection, p. 112

Peace Missions
Brazil, p. 337
Haiti, p. 337
United Nations, p. 337

Plea Bargain
Comparative Law, p. 88
Corroboration Rule, p. 88

Predictability of judicial decisions
Legal Security, p. 143
Philosophical Hermeneutics, p. 143

Priority
Community, p. 241
Policial Agent, p. 241
Regionalization, p. 241

Public Prosecutor's Office
Custos legis, p. 310
Electronic Lawsuit, p. 310
Efficiency, p. 310
Functional Independence, p. 310
Intervention in the Civil Procedure, p. 310
Optimization of Functional Activity, p. 310
Professionalization, p. 310
Rationalization, p. 310

Res Judicata
Legal Certainty, p. 225
Unconstitutionality, p. 225

Right of education
Conditions of Work, p. 259
Judicial Review, p. 259
Lack of Enrollment, p. 259
Quality of Early Childhood Education, p. 259
Teachers, p. 259

Right of Superficies
German Law, p. 203
Real States Rights, p. 203
Social Function, p. 203

Scientific prosecutors
Challenges, p. 295
Modern Management, p. 295
New Methods, p. 295
Plural Usage Information, p. 295
Requirements, p. 295

Violence against women
Duty to Protect, p. 42
Efficiency, p. 42
External Control, p. 42
Police Activities, p. 42
Public Prosecution, p. 42
Public Security, p. 42

ÍNDICE DE AUTORES
AUTHORS INDEX

AGRA, W. B. R., p. 13
ALMEIDA, U. R. de, p. 145
CANTO NETO, E. O. N., p. 44
COSTA, R. de O., p. 113
COUTINHO SOUZA, A. A., p. 316
CURY, C. R. J., p. 242
FERREIRA, L. A. M., p. 242
GOMES, E. O., p. 297
MARTINS JUNIOR, W. P., p. 92
MEDEIROS, J. F. R., p. 71
NOGUEIRA, F. C. de B., p. 342
PACCAGNELLA, L. H., p. 228
RODRIGUES, J. G., p. 261
SAKAMOTO, F. M., p. 205
SCHULTZE, F. G., p. 100
TEIXEIRA, L. S. P. de L., p. 100
ZANINI, L. E. de A., p. 180

Projeto Gráfico

futura!dcr

Nosso agradecimento especial à “Agência Futura!dcr Propaganda”
e ao Sr. Augusto Diegues, pelo apoio nesta empreitada.

PROCURADORIA
GERAL DE JUSTIÇA

ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO

ISSN 0101-949X