



Canteiro de Íris no Jardim de Giverny - Por Claude Monet

# REVISTA DO CNMP



CONSELHO  
NACIONAL DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO



# REVISTA DO CNMP

2021, Brasília

V.9 - 2021

## EXPEDIENTE

© 2021, Conselho Nacional do Ministério Público  
Permitida a reprodução mediante citação da fonte

### **Composição do CNMP**

Antônio Augusto Brandão de Aras (Presidente)  
Marcelo Weitzel Rabello de Souza (Corregedor Nacional)  
Rinaldo Reis Lima  
Otavio Luiz Rodrigues Jr.  
Oswaldo D’Albuquerque  
Moacyr Rey Filho  
Engels Augusto Muniz

### **Secretaria-Geral do CNMP**

Jaime de Cassio Miranda (Secretário-Geral)  
Daniel Azevedo Lôbo (Secretário-Geral Adjunto)

### **Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência (CALJ)**

Presidente: Otavio Luiz Rodrigues Jr.

### **Projeto Gráfico, revisão e supervisão editorial**

Secretaria de Comunicação do CNMP

### **Diagramação**

Gráfica e Editora Movimento

Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público.  
Revista do CNMP / Conselho Nacional do Ministério Público ; Otavio Luiz Rodrigues  
Jr. (coord.). – v. 9 (2021). – Brasília: CNMP, 2021.

v. 434 p.

Anual

ISSN 2236-2363 (Versão impressa)

1. Ministério Público. 2. Atuação institucional. I. Título. II. Brasil. Conselho Nacional  
do Ministério Público. III. Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurispru-  
dência – CALJ

CDD – 341.413

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do CNMP

## Revista do Conselho Nacional do Ministério Público

*Journal of the Brazilian Board of Public Prosecutor's Office*

A Revista do CNMP é a publicação oficial do Conselho Nacional do Ministério Público, coordenada e editorada pela Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência (CALJ). O periódico é anual e tem por objetivo difundir o conhecimento, fomentar o debate acadêmico e proporcionar a reflexão. Os artigos científicos publicados na Revista, além de inéditos, resultam de pesquisas voltadas ao contínuo aprimoramento da atuação do Ministério Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

*The Journal of the Brazilian Board of the Public Prosecutor's Office is the official publication of the Brazilian Board of the Public Prosecutor's Office. The journal is coordinated by the Board's Commission for the Monitoring of Legislative Process and Judicial Precedents. The journal is published yearly and aims to spread knowledge, while fostering academic debate and enabling reflection on the themes discussed therein. The previously unpublished papers are result of research that are related to the betterment of the Public Prosecutors' Office for the protection of the legal order, the democracy, social and individual rights.*

## Conselho Editorial

*Editorial Board*

I - Editor-chefe:

**Otávio Luiz Rodrigues Jr.**, Prof. Dr. na Universidade de São Paulo (SP, Brasil)

II - Editor-adjunto:

**Valter Shuenquener de Araújo**, Prof. Dr. na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

III - Membros integrantes:

**Adriano Fernandes Ferreira**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Amazonas (AM, Brasil)

**Ana Luíza Berg Barcellos**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Católica de Pelotas (RS, Brasil)

**Bernardo Strobel Guimarães**, Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PR, Brasil)

**Carlos Ari Sundfeld**, Prof. Dr. na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (SP, Brasil)

**Carlos Vinícius Alves Ribeiro**, Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica do Goiás (GO, Brasil)

**Florian Azevedo Marques Neto**, Prof. Dr. na Universidade de São Paulo (SP, Brasil)

**Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Graciane Rafisa Saliba**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade de Santa Úrsula (RJ, Brasil)

**Leonardo Buissa Freitas**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

**Luis Alberto Reichelt**, Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS, Brasil)

**Luiz Felipe Hadlish Miguel**, Prof. Dr. na Universidade Ibirapuera (SP, Brasil)

**Marcos Augusto Perez**, Prof. Dr. na Universidade de São Paulo (SP, Brasil)

**Odete Medauar**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade de São Paulo (SP, Brasil)

**Rafael Wallbach Schwind**, Prof. Dr. na Universidade Positivo (PR, Brasil)

**Tarcísio Vieira de Carvalho**, Prof. Dr. na Universidade de Brasília (DF, Brasil)

**Thiago Allisson Cardoso de Jesus**, Prof. Dr. na Universidade Estadual do Maranhão (MA, Brasil)

**Willis Santiago Guerra Filho**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

## Conselho de Orientação Editorial (Pareceristas)

*Scientific Advisory Board*

**Alexandre Freire Pimentel**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Alexandre Ronaldo da Maia de Farias**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Alice Ribeiro de Sousa**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

**Álvaro Reinaldo de Souza**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**André Ricardo Cruz Fontes**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**Antonio Cesar Pimentel Caldeira**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**Beatriz Corrêa Camargo**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

**Bruna Estima Borba**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Cândice Lisbôa Alves**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

**Carlos José Cordeiro**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

**Carolina Tupinambá Faria**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**Claudia Tannus Gurgel do Amaral**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**Cristiano Gomes De Brito**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

**Danielle Souza De Andrade e Silva Cavalcanti**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Debora Lacs Sichel**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**Edihermes Marques Coelho**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

**Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**Eugenia Cristina Nilsen Ribeiro Barza**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Fábio Túlio Barroso**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Fabiola Albuquerque Lobo**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Fernando Rodrigues Martins**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

**Flavianne Fernanda Bitencourt Nobrega**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Frana Elizabeth Mendes**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**Francisco Antônio de Barros e Silva Neto**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Francisco Ivo Dantas Cavalcanti**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Geraldo Antonio Simões Galindo**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Gustavo Just Da Costa e Silva**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Henrique de Almeida Ávila**, Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (SP, Brasil)

**Hugo Cavalcanti Melo Filho**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Humberto João Carneiro Filho**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Ingrid Zanella Andrade Campos**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Ivanildo de Figueiredo Andrade De Oliveira Filho**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**José de Magalhães Campos Ambrósio**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

**José Gabriel Lopes Pires Assis de Almeida**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**José Roque Nunes Marques**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Amazonas (AM, Brasil)

**Juliana Teixeira Esteves**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Luiz Carlos Figueira De Melo**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

**Leonardo de Andrade Mattietto**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**Leonardo José Ribeiro Coutinho Berardo Carneiro da Cunha**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Luciana Grassano de Gouvea Melo**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Magno Luiz Barbosa**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

**Manuela Abath Valença**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Marcelo Oliveira de Moura**, Prof. Dr. na Universidade Católica de Pelotas (RS, Brasil)  
**Márcio Alexandre da Silva Pinto**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)  
**Marco Aurélio Nogueira**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)  
**Marcos Antônio Rios da Nóbrega**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)  
**Maria Antonieta Lynch de Moraes**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)  
**Marília Montenegro Pessoa de Mello**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)  
**Patrícia Ribeiro Serra Vieira**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)  
**Paul Hugo Weberbauer**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)  
**Pedro Parini Marques de Lima**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)  
**Raimundo Pereira Pontes Filho**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Amazonas (AM, Brasil)  
**Raoni Macedo Bielschowsky**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)  
**Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)  
**Ricardo Libel Waldman**, Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS, Brasil)  
**Ricardo Luiz Sichel**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)  
**Ricardo Padovini Pleti Ferreira**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)  
**Roberto Paulino de Albuquerque Júnior**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)  
**Roberto Wanderley Nogueira**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)  
**Rosângela Maria de Azevedo Gomes**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)  
**Silvio Romero Beltrão**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)  
**Thiago Gonçalves Paluma Rocha**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)  
**Tiago de García Nunes**, Prof. Dr. na Universidade Católica de Pelotas (RS, Brasil)  
**Torquato da Silva Castro Junior**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

### **Conselho de Orientação Editorial**

#### ***(Pareceristas colaboradores da 9ª Edição)***

*Members of the Scientific Advisory Board who reviewed papers for the current issue*

**Alexandre Garrido da Silva**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)  
**Alexandre Walmott Borges**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)  
**André Vicente Pires Rosa**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)  
**Anelize Maximila Corrêa**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Católica de Pelotas (RS, Brasil)  
**Angela Simões de Farias**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)  
**Artur Stamford da Silva**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)  
**Augusto Cezar Ferreira de Baraúna**, Prof. Dr. na Universidade Estadual do Maranhão (MA, Brasil)  
**Benedito Fonseca e Souza Adeodato**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)  
**Bruno Cesar Machado Torres Galindo**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)  
**Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Amazonas (AM, Brasil)  
**Carlos Henrique Rodrigues Vieira**, Prof. Dr. na Universidade Estadual do Maranhão (MA, Brasil)  
**Celso de Albuquerque Silva**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)  
**Cinthia Rodrigues Menescal Palhares**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)  
**Cláudio Ari Pinheiro de Mello**, Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS, Brasil)  
**Cláudio Ferreira Pazini**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)  
**Claudio Roberto Cintra Bezerra Brandão**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE,

Brasil)

**Daniel Brod Rodrigues de Sousa**, Prof. Dr. na Universidade Católica de Pelotas (RS, Brasil)

**Daniel Queiroz Pereira**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**Edihermes Marques Coelho**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

**Edilson Pereira Nobre Junior**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Eric Moraes de Castro e Silva**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Everaldo Gaspar Lopes de Andrade**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Fabiana Santos Dantas**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Guilherme Botelho de Oliveira**, Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS, Brasil)

**Herberth Costa Figueiredo**, Prof. Dr. na Universidade Estadual do Maranhão (MA, Brasil)

**José André Wanderley Dantas de Oliveira**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Jose Olavo Bueno dos Passos**, Prof. Dr. na Universidade Católica de Pelotas (RS, Brasil)

**Juliano Ralo Monteiro**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Amazonas (AM, Brasil)

**Keila Pacheco Ferreira**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

**Larissa Maria de Moraes Leal**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Leonio José Alves da Silva**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Liana Cristina da Costa Cirne Lins**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Liane Tabarelli**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS, Brasil)

**Marcelle Mourelle Perez Diós Borges**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**Marco Antonio Martins da Cruz**, Prof. Dr. na Universidade Estadual do Maranhão (MA, Brasil)

**Marcus Vinicius Boschi**, Prof. Dr. na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (RS, Brasil)

**Maria Lucia de Paula Oliveira**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**Monique Falcão Lima**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**Paulo de Bessa Antunes**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**Paulo Roberto Soares Mendonça**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**Rafael da Silva Menezes**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Amazonas (AM, Brasil)

**Roger Luiz Paz de Almeida**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Amazonas (AM, Brasil)

**Rosalina Corrêa de Araújo**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**Sergio Torres Teixeira**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Shirlei Silmara de Freitas Mello**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Uberlândia (MG, Brasil)

**Simone Schreiber**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**Tereza Cristina Tarragô Souza Rodrigues**, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Thiago Bottino do Amaral**, Prof. Dr. na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (RJ, Brasil)

**Walber De Moura Agra**, Prof. Dr. na Universidade Federal de Pernambuco (PE, Brasil)

**Wilson Levy Braga da Silva Neto**, Prof. Dr. na Universidade Nove de Julho (SP, Brasil)

#### **Comitê de Redação (Assistentes Editoriais)**

##### *Editorial Assistants*

Patrícia Ferreira Wanderley de Siqueira Goulding

Luis Felipe Rasmuss de Almeida

Renata Girão Carneiro

Camila Abreu dos Santos

# SUMÁRIO

<b>Editorial.....</b>	<b>11</b>
<b>Apresentação.....</b>	<b>13</b>
<b>Do combate preventivo à corrupção: a redução da subjetividade na avaliação de candidatos em concursos públicos.....</b>	<b>15</b>
<i>Preventive fight against corruption: The reduction of subjectivity in the evaluation of candidates for public careers</i>	
<i>Rafael de Oliveira Costa e Gabriel Marson Junqueira</i>	
<b>Dinâmica constitucional, ação civil pública e perspectivas do litisconsórcio entre Ministérios Públicos nos tribunais superiores .</b>	<b>43</b>
<i>Constitutional dynamics, civil lawsuits filed by prosecutors and prospects for joint litigation between Public Prosecutors in the higher courts</i>	
<i>Fabrício Barbosa Barros</i>	
<b>Ser ou não ser Ombudsman? Por que responder sim é importante para o Ministério Público brasileiro .....</b>	<b>69</b>
<i>To be or not to be an Ombudsman? The relevance for the Brazilian Public Prosecutor´s Office to say so</i>	
<i>Salomão Abdo Aziz Ismail Filho</i>	
<b>O papel do Ministério Público no controle concreto de constitucionalidade no Brasil e em Portugal .....</b>	<b>99</b>
<i>The role of the Public Prosecutors' Office in judicial review in Brazil and Portugal</i>	
<i>Mona Lisa Duarte Aziz</i>	
<b>A produção normativa do Conselho Nacional do Ministério Público como formulador de políticas públicas ambientais .....</b>	<b>127</b>
<i>The regulations established by the National Board of the Public Prosecutors' Office regarding environmental public policies</i>	
<i>Guilherme Balbi e Rebeca Mathias Lins</i>	



**Saúde e meio ambiente urbano: direito à infraestrutura urbana como pressuposto do direito à saúde ..... 155**

*Health and urban environment: the right to urban infrastructure as a ground for health related rights*

*Giselle Ribeiro de Oliveira*

**Medidas para a efetividade do termo de compromisso de ajustamento de conduta relacionado à ordem urbanística ..... 187**

*Measures for the effectiveness of consent decrees related to the urban order*

*Paulo Antonio Locatelli*

**Retribuição e os fundamentos do Direito Penal ..... 209**

*Retribution and the foundations of Criminal Law*

*Fernando Pinho Chiozzotto*

**Os crimes militares ambientais e a definição da sua dogmática penal em três degraus interpretativos..... 233**

*Environmental crimes under Brazilian military law and the grounds for their legal interpretation by means of statutory law*

*Karolyne Leite*

**Vítimas esquecidas: a criminalização da exposição de crianças e adolescentes à violência interparental ..... 263**

*Forgotten victims: the criminalization of conducts that expose children and youngsters to existing violence among parents*

*João Luiz de Carvalho Botega e Juliana Klein Zamboni*

**A impossibilidade da condução coercitiva de criança e adolescente, vítima ou testemunha de violência, no Processo Penal brasileiro . 291**

*The unfeasibility of coercive conduct of children and youngsters, either victims or witnesses of violence, in the Brazilian Criminal Procedure system*

*Sandro Carvalho Lobato de Carvalho*

**O princípio da insignificância nos crimes contra a ordem tributária 321**

*The use of de minimis doctrine for tax crimes in the Brazilian legal system*

*Michelle de Medeiros Fidélis e Monique de Medeiros Fidélis*

**Análise econômica da execução de multa criminal após ADI 3.150/DF no Estado de Minas Gerais . . . . . 351**

*Economic analysis of collection procedures for criminal fines in the state of Minas Gerais, Brazil, after Brazilian Supreme Court precedent ADI 3.150/DF*

*Lucas Francisco Romão e Silva e Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis*

**Seção Especial - Respeito e Diversidade: promoção da tolerância e da cultura da paz . . . . . 375**

**Transversalidade de gênero no trabalho escravo contemporâneo: possibilidades de atuação pelo Ministério Público do Trabalho. . . 377**

*Gender transversality on contemporary slave labor: approaches to potential action by the Brazilian Labour Prosecutors' Office*

*Luísa Nunes de Castro Anabuki*

**O Ministério Público Federal na implementação do direito à educação indígena no município de Santarém/PA . . . . . 403**

*The role of the Federal Public Prosecutor's Office on the implementation of the right to indigenous education (as established in Brazilian Law) in the city of Santarém, State of Pará (Brazil).*

*Paulo Sérgio de Almeida Corrêa , Joniel Vieira de Abreu e Rose Melry Maceió de Freitas Abreu*



## EDITORIAL

No intuito de cumprir sua missão de aprimoramento e o desenvolvimento do Ministério Público brasileiro, o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio de sua revista anual, traz artigos acadêmicos inéditos, avaliados mediante pareceres em revisão cega por pares (*double blind peer review*), que são elaborados por membros do Conselho de Pareceristas da revista, com o objetivo de contribuir com estudos de temáticas necessárias à atuação do Ministério Público brasileiro.

Nesta 9ª edição da Revista do CNMP, são apresentados quinze artigos que tratam de temáticas conexas à atuação tanto do Ministério Público brasileiro quanto deste próprio órgão, incluindo artigos que versam sobre o combate à corrupção em certames públicos e sobre temas que envolvem áreas como direito ambiental, urbanístico, processual penal e constitucional. Destaca-se também a criação da Seção Especial da Revista do CNMP, com o tema “Respeito e diversidade: promoção da tolerância e da cultura da paz”, que condensa artigos relacionados a temas conexas ao projeto de mesmo nome, atualmente coordenado pelo CNMP em parceria com o Ministério Público Federal e a Escola Superior do Ministério Público da União.

Nesse sentido, a revista visa incentivar uma produtiva discussão acadêmica e, assim, fomentar o contínuo aperfeiçoamento da atuação ministerial, cooperando-se com a evolução da instituição e, conseqüentemente, de toda a sociedade brasileira.

**Otávio Luiz Rodrigues Jr.**

Conselheiro Nacional do Ministério Público  
Presidente da Comissão de Acompanhamento Legislativo e  
Jurisprudência



## APRESENTAÇÃO

O Conselho Nacional do Ministério Público, em seus dezesseis anos de existência, vem desenvolvendo projetos e ações para a definição de seu papel institucional de órgão de integração nacional do Ministério Público brasileiro.

A partir do fomento à atuação articulada dos ramos e das unidades da Instituição em todo o País, este colegiado se consolidou como fomentador de boas práticas institucionais e como protagonista de atuações em redes, contribuindo para que o Ministério Público exerça com êxito a sua função constitucional.

É nesse intuito que o CNMP, por meio de sua Revista, visa a difundir conhecimentos a partir da divulgação de trabalhos acadêmicos que trazem profundas reflexões sobre os mais diversos temas.

A nona edição da Revista do CNMP, ao reunir artigos de autores com o escopo de fomentar o debate acadêmico, representa o objetivo de contribuir para o contínuo aprimoramento e para a unidade da atuação ministerial.

Parabenizo pelo desenvolvimento dessa grande iniciativa, ao tempo em que registro meus agradecimentos a todos que colaboraram com este importante trabalho, auxiliando o CNMP a desempenhar sua nobre missão constitucional, em especial, aos articulistas e à Comissão de Acompanhamento Legislativo e Jurisprudência, na figura de seu Conselheiro Presidente, Dr. Otavio Luiz Rodrigues Jr.

ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS  
Presidente do Conselho Nacional do Ministério Público



## DO COMBATE PREVENTIVO À CORRUPÇÃO: A REDUÇÃO DA SUBJETIVIDADE NA AVALIAÇÃO DE CANDIDATOS EM CONCURSOS PÚBLICOS

---

### *PREVENTIVE FIGHT AGAINST CORRUPTION: THE REDUCTION OF SUBJECTIVITY IN THE EVALUATION OF CANDIDATES FOR PUBLIC CAREERS*

**Rafael de Oliveira Costa**

*Visiting Scholar* na Universidade da Califórnia-Berkeley. Professor Visitante na Wayne State University. Professor na Escola Superior do Ministério Público, na PUC/SP (CO-GEAE), no Programa de Mestrado da UNIFIEO e na UNIP. Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. rafaelcosta22000@gmail.com

**Gabriel Marson Junqueira**

Professor de Direito Processual Penal no Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal/SP. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela PUC-Campinas. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. g\_junqueira@yahoo.com

Recebido em: 19/2/2021

Aprovado em: 12/7/2021

**Resumo:** O concurso público é tradicionalmente definido como procedimento administrativo instaurado pela Administração Pública para selecionar os candidatos mais aptos ao exercício de cargos e empregos públicos. A realização do certame decorre dos princípios constitucionais da isonomia, impessoalidade, moralidade, legalidade, publicidade e eficiência, objetivando, por meio de critérios objetivos, reduzir os riscos de contratações baseadas em preferências pessoais ou privilégios. O presente estudo pretende, a partir da fixação de critérios mínimos, promover a



realização de certames eticamente fundados, argumentativamente legítimos e racionalmente adequados com os princípios que regem a Administração Pública, compatibilizando, no contexto do Estado Democrático, a seleção de candidatos para ocupar cargos ou funções públicas com o preceito que veda a atuação arbitrária das bancas examinadoras, permitindo, assim, o combate preventivo à corrupção.

**Palavras-chave:** Concursos Públicos. Critérios Objetivos. Subjetividade. Combate à corrupção. Direito administrativo.

**Abstract:** *The public service entrance examination is traditionally defined as an administrative proceeding brought by the Public Administration to select the most able to exercise public functions. The event stems from the constitutional principles of equality, impersonality, morality, legality, transparency and efficiency, and aims objective criteria to reduce risks involved in hiring personal based on preferences or privileges. The present study aims to set minimum criteria to conduct examinations ethically grounded, arguably legitimate and rationally appropriate with the principles that govern public administration, matching, in the context of a democratic state, the selection of candidates to public offices with the rule that prohibits arbitrary actions of examiners.*

**Keywords:** *Public Service Entrance Examination. Objective criteria. Subjectivity. Fight against corruption. Administrative law.*

**Sumário:** Introdução. 1. Discricionariedade X Arbitrariedade. 2. Do direito fundamental à objetividade nos concursos públicos. 3. Critérios mínimos para a contenção da subjetividade em concursos públicos: uma análise à luz do PL 74/2010. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

A corrupção, embora seja fenômeno antigo na sociedade, vem recebendo atenção crescente, notadamente da comunidade internacional, pelo menos desde a década de 1980. Nos últimos anos, tal tendência ficou ainda mais evidente, em razão de grandes escândalos de corrupção que pulularam em diversos países. Aparentemente, nenhum canto do globo pode se dizer livre dos seus efeitos.

Ocorre que, diante desses escândalos, no mais das vezes, os meios de comunicação social personalizam as notícias, focando mais nos indivíduos e, por via de consequência, ignorando as condições sistemáticas que criaram, antes de tudo, os “incentivos” à corrupção (ROSE-ACKERMAN, 2002, p. 275). A estratégia de “caça às bruxas” não nos parece suficiente, contudo. Como adverte Euclides Dâmaso Simões, o combate à corrupção deve ser feito não apenas “a jusante”,

em nível repressivo, mas também “a montante”, em nível da prevenção (2009, p. 28). Afinal, afigura-se necessário reconhecer que o Ministério Público e os juízes jamais conseguirão satisfazer todas as expectativas de “regeneração ética da sociedade” (SIMÕES, 2009, p. 33).

Nessa linha, são inúmeras as medidas de prevenção à corrupção que têm sido propugnadas, a exemplo da ampliação da transparência, da melhoria salarial e das condições de trabalho no setor público, do monitoramento da evolução patrimonial, do aperfeiçoamento do sistema de financiamento de campanhas eleitorais e das campanhas anticorrupção, entre outras. Mas, a par delas, algo que não pode ser olvidado é a “profissionalização” da Administração Pública, isto é, a Administração deve ser protegida de clientelismos e de favorecimentos. Para tanto, entre outros mecanismos, o recrutamento de agentes públicos deve seguir o mérito do selecionado (ROSE-ACKERMAN, 2002, p. 103-104) e seguir procedimento objetivo, razão pela qual indispensável analisar a forma como os concursos públicos são realizados e efetivamente providos os cargos públicos em nosso país.

O concurso público é tradicionalmente definido como procedimento administrativo instaurado pela Administração Pública para selecionar os candidatos mais aptos ao exercício de cargos e empregos públicos.

A realização dos certames decorre dos princípios constitucionais da isonomia, impessoalidade, moralidade, legalidade, publicidade e eficiência, objetivando, por meio de critérios objetivos, reduzir os riscos de contratações baseadas em preferências pessoais ou privilégios.

Nesse sentido, o art. 37, inciso II, da Constituição determina que:

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Não bastasse, o Projeto de Lei nº 74/10, recentemente aprovado pelo Senado Federal, elenca, em seu artigo 2º, uma série de princípios infraconstitucionais que devem ser somados aos *supracitados*, a fim

de tornar os concursos públicos ainda mais objetivos: ineditismo, motivação, julgamento objetivo, competitividade, seletividade e probidade administrativa.

Isso porque o legislador brasileiro reputou indispensável a fixação de parâmetros para o controle da subjetividade dos examinadores, como corolário dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que regem a matéria.

Contudo, quando a aceitável discricionariedade do Administrador Público, na seleção de candidatos, passa a se tornar repreensível arbitrariedade?

É o que procuraremos responder no próximo tópico.

## **1. DISCRICIONARIEDADE X ARBITRARIEDADE**

Hodiernamente, reputa-se incabível o controle estanque de atos administrativos. Em se tratando de determinações de agentes competentes da Administração Pública ou de quem exerça atividade por ela delegada, com objeto possível, lícito e determinável e que pretende produzir efeitos no mundo fenomênico, o controle deve se dar sempre sob uma perspectiva holística, de modo a afastar eventuais arbitrariedades.

Nesse diapasão, costuma-se afirmar que a finalidade, a forma e a competência são requisitos vinculados dos atos administrativos, enquanto o motivo e o objeto seriam discricionários.

Frise-se, contudo, que a discricionariedade jamais pode ser absoluta, porque um poder que não se sujeita a qualquer forma de controle representa, na verdade, um “desvio” ou uma “patologia”. Em assim sendo, os elementos discricionários (motivo e objeto) precisam guardar vinculação, antes de tudo, com o sistema de princípios e diretos fundamentais.

Para tanto, importa (re)conceituar a discricionariedade administrativa, com o intuito de adequá-la ao contemporâneo paradigma do Direito Administrativo e do Direito Constitucional.

Na perspectiva tradicional, o ato administrativo vinculado é concebido como aquele em que o agente, no âmbito da Administração, tem a sua liberdade restringida, isto é, resta jungido a cumprir os comandos legais.

Atos discricionários, por outro lado, dispõem de margem de liberdade para que a Administração Pública decida, diante do caso concreto, qual a melhor maneira de atingir o interesse público. Não se confundem, contudo, com os atos arbitrários, que exorbitam os limites definidos pela lei.

Na atualidade, é preciso que o ato administrativo esteja em conformidade com a totalidade dos princípios que regem a Administração Pública e com os preceitos previstos na Constituição e nas Convenções de que o Brasil é signatário.

Por esse motivo, não se pode mais aceitar a imunidade no controle da avaliação de candidatos em concursos públicos. Como tangenciado acima, quando o escopo é prevenir a corrupção, parece sempre importante identificar aqueles fatores que a “incentivam” ou, pelo menos, representam oportunidades para sua ocorrência. E a imunidade a controle, de qualquer ato administrativo, inclusive os praticados em concursos públicos, tem sido considerada um “incentivo” a práticas corruptas, compondo, muitas vezes, aquilo a que se tem denominado “monopólio decisional” (AZFAR; LEE; e SWAMY, 2001, p. 51). Rose-Ackerman destaca, inclusive, que poderes discricionários são “prováveis fontes de pagamentos de luvas, especialmente se os cidadãos e as empresas não têm recursos” (2002, p. 66).

Em que pese o concurso público possa ser importante instrumento de prevenção à corrupção, na medida em que significa, em princípio, recrutamento baseado no mérito, contribuindo para a “profissionalização” da Administração Pública, cada certame concretamente considerado, a depender da feição que se lhe imprima, pode consubstanciar fonte de corrupção – entendida como “uso indevido da função pública para obtenção de vantagem indevida” (TREISMAN, 2000, p. 399).

Destarte, é preciso afastar de vez a subjetividade avassaladora do examinador, para que isso não ocorra e sob pena de passarmos da discricionariedade à arbitrariedade. Enquanto a discricionariedade não pode estar acima ou além da lei, na arbitrariedade temos verdadeira ilegalidade.

Em assim sendo, a impossibilidade lógica de supressão da discricionariedade demonstra a indispensabilidade de se estabelecer critérios objetivos para a seleção de candidatos, devendo o legislador e a Administração Pública restringirem a margem de liberdade conferida à banca examinadora.

Ao sustentar que é defeso ao Judiciário ingressar nos critérios adotados pelos examinadores<sup>1</sup>, estamos, em verdade, encampando uma série de irregularidades e violando, de forma indireta, princípios consagrados constitucionalmente (especialmente, o princípio da inafastabilidade de jurisdição). Se existem limites, eles precisam estar estabelecidos em lei e devidamente fixados pelo edital do certame.

É óbvio que uma banca não pode adotar posturas arbitrárias. Os poderes dos examinadores são discricionários, ou seja, devem orbitar ao redor de alternativas válidas dentro da técnica, ainda que se trate de uma prova dissertativa ou não escrita.

Mas o ordenamento jurídico nacional reconhece o direito à objetividade nos concursos públicos? É o que passaremos a analisar no próximo tópico.

## **2. DO DIREITO FUNDAMENTAL À OBJETIVIDADE NOS CONCURSOS PÚBLICOS**

É direito fundamental de todo cidadão brasileiro o acesso, por meio de critérios objetivos de seleção, a cargos e empregos públicos.

Esse direito fundamental, aliás, é fruto da unicidade na interpretação constitucional, decorrendo da conjugação do princípio

---

<sup>1</sup> Ressalte-se que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o grave erro no enunciado de questão sustentado pela própria banca examinadora permite o reconhecimento da nulidade em concurso público. Embora não seja competência do “Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas” (RE 632.853), é possível fazê-lo se houver ilegalidade a permitir a sua atuação (STJ. 2ª Turma. RMS 49.896-RS, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 20/4/2017).

republicano (artigo 1º, parágrafo único, da CF), da isonomia (artigo 5º, *caput*, da CF), da legalidade (artigo 5º, inciso II, da CF), da publicidade (artigo 37, *caput*, da CF) e da eficiência (artigo 37, *caput*, da CF).

Ao declarar, em seu artigo 1º, parágrafo único, que “*Todo poder emana do povo*”, a Constituição coloca nas mãos de cada cidadão, afastando qualquer forma de privilégio, a opção de participar diretamente da vida pública de seu país. Isso ocorre, entre outras formas, por meio do exercício de cargo ou emprego público, cujo acesso, de modo geral, nos termos do artigo 37, inciso II, da CF, se dá pela aprovação prévia em concurso público. Ora, não faria sentido imaginar que o poder (que é de todos, indistintamente, por previsão constitucional) fosse distribuído de modo arbitrário e desigual, de modo a possibilitar o favorecimento de determinados grupos ou pessoas.

Nesse sentido, Geraldo Ataliba, em sua obra “República e Constituição”, sustenta que:

Não tem sentido que os cidadãos se reunissem em república, erigissem um estado, outorgassem a si mesmos uma constituição, em termos republicanos, para consagrar instituições que tolerassem ou permitissem, seja de modo direto, seja indireto, a violação da igualdade fundamental, que foi o próprio postulado básico, condicional da ereção do regime. Que dessem ao estado – que criaram em rigorosa isonomia cidadã – poderes para serem usados criando privilégios, engendrando desigualdades, favorecendo grupos ou pessoas, ou atuando em detrimento de quem quer que seja. A *res publica* é de todos e para todos. Os poderes que de todos recebem devem traduzir-se em benefícios e encargos iguais para todos os cidadãos. De nada valeria a legalidade, se não fosse marcada pela igualdade. (NOGUEIRA, 1985, p. 133)

O princípio da isonomia é tão fundamental que se encontra no núcleo da própria ideia de Justiça. Com efeito, de Aristóteles a Miguel Reale, afirma-se que o cerne da ideia de Justiça é a igualdade, embora tenha ocorrido paulatina “objetivação” ao longo da história, isto é, foise deixando de ver a Justiça como virtude pessoal, para vê-la como “bem comum”, ou, em exatos termos, como:

[...] um valor básico, cuja função consiste em assegurar a realizabilidade sincrônica dos demais valores [equidade, intercomunicabilidade, proporcionalidade, reciprocidade, imparcialidade e lisura] segundo os critérios de igualdade compatíveis com fatores conjunturais da experiência histórica (REALE, 2003, p. 198).

Ademais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, no dia 10 de dezembro de 1948, proclama expressamente, em seu artigo XXI, item 2, que *“toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público de seu país”*.

No mesmo sentido, prevê o artigo 25, letra c, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, internalizado por meio do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992, que *“Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundadas: c) de ter acesso em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país”*.

Urge salientar, ainda, que os direitos mencionados foram erigidos ao *status* de fundamentais, por força do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, que prevê: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Em assim sendo, a única forma de se garantir o acesso, em igualdade de condições, a cargos e empregos públicos se dá por meio da fixação prévia de critérios objetivos de seleção. Em outras palavras, a adoção de juízos subjetivos, ao abrir espaço para a arbitrariedade, deve ser afastada da Administração Pública.

Importante destacar que tamanha foi a preocupação do constituinte originário em evitar a subjetividade na seleção de candidatos, que elegeu a lei, em lugar de meros atos administrativos, como o instrumento adequado para a fixação das regras norteadoras dos concursos públicos. Vejamos: “Art. 37, inciso II - A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso

público de provas e de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei”.

A necessidade de regulamentação por meio de lei não se prende a aspectos meramente formais, mas reflete contraposição visceral a quaisquer tendências personalistas dos examinadores, submetendo-os a um quadro normativo que embargue privilégios ou perseguições.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta, em seu “Curso de Direito Administrativo”, que:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social –, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral. O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. (MELLO, 2003, p. 91)

Assim, as opções fundamentais quanto à forma de realização do concurso, as condições de participação de interessados, os critérios de avaliação das provas e, eventualmente, dos títulos deverão ser sempre objeto de lei (DALLARI, 2006).

A lei não pode trazer critérios de seleção incompatíveis com o princípio da isonomia, sob pena de ser taxada de inconstitucional. Não basta estabelecer racionalmente um nexo entre a diferença e o tratamento diferenciado. Necessário que o vínculo seja constitucionalmente pertinente (MELLO, 1995, p. 42). Os requisitos exigidos para a inscrição e avaliação em concursos públicos somente serão conciliáveis com o ordenamento quando corresponderem a



características essencialmente necessárias para o desempenho das funções (CARVALHO FILHO, 2006, p. 723).

Ademais, a partir do dia 04 de junho de 1998, o direito individual à objetividade nos concursos públicos passou a ser também um direito fundamental da sociedade. Isso porque, interpretada conglobadamente com os princípios republicano (artigo 1º, parágrafo único, da CF), da isonomia (artigo 5º, *caput*, da CF), da legalidade (artigo 5º, inciso II, da CF) e da publicidade (artigo 37, *caput*, da CF), a Emenda Constitucional nº 19/98 inseriu expressamente o princípio da eficiência, que impõe ao Poder Público a seleção dos melhores candidatos para satisfazerem os interesses da coletividade, o que só pode ser alcançado por meio de critérios objetivos de seleção, capazes de afastar qualquer possibilidade de escolha arbitrária pelo Administrador Público.

Não se pode esquecer que o intérprete deve considerar as normas constitucionais harmonicamente, de forma global, e não como preceitos isolados, buscando a coordenação de princípios constitucionalmente consagrados. Assim, a interpretação mais adequada do texto constitucional é aquela que otimiza a aplicação dos direitos fundamentais e garante coerência ao ordenamento jurídico, primando pela observância do direito fundamental à objetividade nos concursos públicos.

Em suma, o concurso público objetivo é direito fundamental porque criado para ser, nas palavras do professor José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 758), “[...] o instrumento que melhor representa o sistema de mérito, porque traduz um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo que sejam escolhidos os melhores candidatos”.

### **3. CRITÉRIOS MÍNIMOS PARA A CONTENÇÃO DA SUBJETIVIDADE EM CONCURSOS PÚBLICOS**

Como garantir efetividade ao direito fundamental à objetividade nos concursos? Como reduzir a subjetividade na avaliação dos candidatos?

Um dos grandes desafios da contemporaneidade é a fiscalização e a fixação de critérios mínimos para a contenção da subjetividade de examinadores. Cientes da impossibilidade de se alcançar a neutralidade, passemos a traçar algumas diretivas que podem contribuir para a objetividade na avaliação de candidatos em concursos públicos.

### **A) Do ato convocatório**

Em primeiro lugar, faz-se necessário que interessados tomem ciência da realização do certame, razão pela qual é preciso que os editais sejam publicados, no mínimo, 30 (trinta) dias antes do início das inscrições.

Ademais, o período de inscrição não deve ser inferior a 30 (trinta) dias, de maneira que os candidatos tenham tempo suficiente para dar cumprimento integral aos requisitos de inscrição previstos no ato convocatório, tendo em vista, inclusive, a demora no atendimento às solicitações de documentos e certidões por alguns órgãos públicos.

Nesse ponto, aliás, incumbe destacar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 74/10, acunhado de “Lei Geral dos Concursos” e que tem como objetivo regulamentar a aplicação de concursos para a investidura em cargos e empregos públicos no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. No ponto, entendemos que a norma prevista no artigo 16, § 3º, do PL nº 74/10 (“*O período de inscrição será de no mínimo 30 (trinta) dias, contado da data da publicação do edital*”) não satisfaz, por completo, o requisito da ampla participação. Isso porque o prazo único de 30 dias para ciência de eventuais interessados e inscrição no certame pode representar obstáculo àqueles que dependem de documentos, certidões, atestados e comprovantes em geral, de entidades públicas ou privadas, cujos prazos para o fornecimento são, em determinados casos, demasiadamente elásticos.

Imperioso salientar, ainda, que o edital deverá prever, de forma clara e objetiva, além do conteúdo programático que embasará as questões, conforme previsto no artigo 9º do PL nº 74/10, os parâmetros de valoração de cada item, afastando eventual subjetividade da banca examinadora na atribuição das notas ao candidato. Nesse

sentido, dispõe o artigo 44, §§ 3º e 4º, do PL nº 74/10, que: “Art. 44, § 3º - Todas as questões do concurso terão seus valores individuais e respectivos pesos devidamente identificados no edital. § 4º As fórmulas de cálculo das notas de todas as fases do concurso deverão estar explicitadas, de forma clara e compreensível, no edital”.

Não bastasse, é preciso que o edital explicita, ainda que resumidamente, a relação existente entre cada disciplina cobrada e as atribuições do cargo ou emprego público, bem como a metodologia de avaliação de cada fase, de modo a tornar efetivo o princípio da motivação e a impedir que as temáticas avaliadas sejam fruto dos interesses dos componentes da banca examinadora, sem qualquer vinculação com as funções a serem desempenhadas. Assim, digna de aplausos a disciplina prevista no artigo 13, incisos XIV, XVI e XVIII, do PL nº 74/10. Vejamos:

Art. 13. O conteúdo mínimo do edital de abertura do concurso será composto de: XIV – explicação resumida da relação existente entre cada disciplina cobrada no certame e as atribuições do cargo ou emprego público, de acordo com a natureza e complexidade das atribuições, nos termos do art. 37, inciso II, da Constituição Federal; XVI – explicitação detalhada da metodologia de avaliação de cada fase do concurso público, inclusive das provas discursivas e orais, e das fórmulas de cálculo das notas; XVIII – regulamentação do processo de elaboração, apresentação, julgamento, decisão e conhecimento dos recursos contra os resultados das provas.

Urge destacar, ademais, que é direito de qualquer cidadão impugnar o edital, em face de eventuais irregularidades.

Entendemos, todavia, que o prazo para impugnar o certame deve ser de, no mínimo, 15 dias, a partir da publicação do ato convocatório, e não de apenas cinco dias úteis, como previsto no artigo 10, § 4º, do PL nº 74/10, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Isso porque o prazo de cinco dias úteis é demasiado exíguo para que os interessados tenham a possibilidade de, após a ciência do edital,

apontar as irregularidades previstas no ato convocatório, redigir suas razões e formalizar a impugnação.

Finalmente, andou bem o PL nº 74/10 ao dispor, no artigo 11, § 1º, que a imposição de exigências de sexo, estado civil, idade, religião, condição familiar, características físicas ou de qualquer outra natureza exige expressa previsão legal e relação, objetivamente demonstrada no edital do concurso, da incompatibilidade da característica individual com o exercício do cargo ou emprego público, sob pena de operar-se discriminação inconstitucional, que poderá ser fruto de mera avaliação subjetiva dos membros da banca.

### **B) Das provas em geral**

No que concerne às provas, é preciso que sejam elaboradas de maneira clara e objetiva, de forma a possibilitar ao candidato a compreensão do tema submetido à avaliação, vedando-se o uso, nos enunciados, de vocabulário ou nomenclatura técnica em desuso, abandonada ou rara, e de expressões, vocabulário ou construções fraseológicas que levem à ambiguidade, à dubiedade ou à imprecisão semântica, devendo a instituição organizadora utilizar a terminologia ordinária do padrão da língua culta, sendo que a utilização de palavras e expressões estrangeiras, sem a respectiva tradução, só deverá ser admitida quando consagradas pelo uso no ramo de conhecimento específico da questão ou quando se tratar de prova de língua estrangeira (artigo 23, §§ 1º e 2º, do PL nº 74/10).

Entendemos, ainda, que a utilização de palavras e expressões estrangeiras consagradas pelo uso no ramo de conhecimento específico da questão apenas poderá ocorrer no caso de não existirem correspondentes no vernáculo brasileiro.

Ademais, as provas não deverão conter questões que versem assunto objeto de divergência (artigo 60, inciso V, do PL nº 74/10) ou tese superada no âmbito acadêmico, doutrinário ou jurisprudencial, sob pena de ficar o candidato submetido à posição exclusiva do examinador.

Urge frisar, ainda, que a avaliação das respostas deverá ser feita com base em espelho de correção e modelo de resposta, fornecidos

juntamente ao resultado preliminar da prova, em que estejam indicados, pelo menos, 1) os pontos a serem abordados pelo candidato, 2) a nota relativa a cada ponto, 3) os critérios de atribuição da nota final da questão, 4) as razões pelas quais o candidato perdeu pontos e 5) as referências bibliográficas/jurisprudenciais que embasem a resposta.

Trata-se, indubitavelmente, de omissão que precisa ser sanada em nosso ordenamento jurídico. Permitir que a resposta de cada questão seja fruto daquilo que o examinador “diz que é” implica violar o princípio do julgamento objetivo. Implica violação, outrossim, ao princípio da transparência, com grande potencial para converter o próprio concurso público em fonte de corrupção. Vale lembrar que a transparência constitui estratégia particularmente eficaz no controle da corrupção (KAUFMANN, 2005, p. 42). Tanto é assim que, em capítulo dedicado à prevenção desse fenômeno, a Convenção de Mérida fez menção a tal princípio em nada menos que quatro artigos (7º, 9º, 10º e 13º).

Nesse liame, sugerimos a inclusão, ao PL nº 74/10, de dispositivo com a seguinte redação:

Com a divulgação do resultado, deverá ser disponibilizado ao candidato espelho de correção e modelo de resposta, discriminando os pontos submetidos à avaliação, o peso relativo de cada aspecto objeto de análise, os critérios linguísticos e de conteúdo para atribuição da nota final da questão, os motivos que ensejam a perda de pontuação pelo candidato e referências bibliográficas/jurisprudenciais que embasem a resposta.

### **C) Da prova objetiva**

Na hipótese de prova objetiva de múltipla escolha que contenha questão com duas ou mais alternativas corretas, deverá ser considerada válida a resposta que aponte qualquer delas, ainda que a instituição organizadora entenda ser uma delas mais completa ou escoreita (artigo 26, § 1º, do PL nº 74/10). Obviamente, a mesma solução deve ocorrer no caso de a questão exigir que o candidato assinale a alternativa errada, quando mais de uma contenha erro.

O artigo 26, § 2º, do PL nº 74/10 vai além, ao vedar, nas questões objetivas, a utilização de alternativas que declarem que nenhuma, todas, algumas, anteriores ou posteriores alternativas estão corretas ou erradas.

#### **D) Da prova discursiva**

A instituição organizadora deverá definir, no ato convocatório do concurso, o gênero literário, a tipologia textual e os números mínimo e máximo de linhas das questões discursivas (artigo 28 do PL nº 74/10).

Ademais, ao contrário do disposto no artigo 45, § 1º, do PL nº 74/10, entendemos que a correção de conteúdo das provas discursivas deverá ser feita sempre por, no mínimo, cinco examinadores, que não se comunicarão entre si, sendo a nota final a média dos resultados, afastadas a menor e a maior delas. Ora, a participação de apenas dois examinadores na correção do conteúdo é manifestamente insuficiente, em razão da notória capacidade daqueles que avaliem e influenciem a nota final do candidato. Nem se argumente que a inclusão de cinco examinadores implicaria aumento dos custos na elaboração do certame, uma vez que é preferível participar de seleção efetivamente objetiva do que realizar “um concurso de fachada”.

Ressalte-se, por oportuno, que o afastamento da maior e da menor nota contribui decisivamente para a legitimação da seleção, uma vez que evita que dado examinador, com o intuito de favorecer/prejudicar candidato ou simplesmente que tenha assumido posição destoante, venha a influenciar a nota final da questão.

Importante, por fim, destacar que a banca examinadora deverá assinalar de forma clara e direta a justificativa para a perda de nota por cada erro cometido e indicar onde o equívoco ocorreu, em observância ao dever de motivação e permitindo ao candidato o efetivo exercício da ampla defesa.

#### **E) Da prova oral**

A prova oral deve ser realizada em local de livre acesso ao público, resguardadas as condições necessárias à concentração dos examinadores e dos candidatos, sendo gravada em áudio e vídeo, com

obrigatória entrega de cópia da respectiva prova ao candidato que a solicitar (artigo 30 do PL nº 74/10).

Cuida-se, a nosso ver, da etapa do certame que apresenta os maiores riscos de subjetivismos. Parece-nos a fase mais propensa a que a banca examinadora deixe-se levar por preconceitos ou preferências pessoais. Justamente por isso, entendemos que o legislador deveria introduzir dispositivo consagrando a excepcionalidade da prova oral, cuja previsão em edital deveria ficar à mercê de demonstração de sua relevância, à luz das atribuições inerentes ao cargo ou emprego posto em disputa.

Ressalte-se, ainda, que andou bem o PL nº 74/10 em seu artigo 42, ao dispor que é preferível que a prova seja realizada no mesmo dia para todos os candidatos, sem interrupção, até que todos tenham sido examinados.

Frise-se, por oportuno, que importante requisito para se garantir o julgamento objetivo no certame decorre da aplicação das mesmas questões a todos os candidatos, uma vez que impede níveis de dificuldade e critérios avaliativos diversos para candidatos que pretendem ocupar o mesmo cargo ou função.

Ademais, é importante que a prova oral seja realizada por uma banca examinadora composta por, no mínimo, cinco examinadores, que não se comunicarão entre si, sendo a nota final a média dos resultados, afastadas a menor e a maior delas. Entendemos, portanto, que o critério estabelecido no artigo 47 do PL nº 74/10 mostra-se insuficiente para garantir objetividade no certame, ao fixar como número mínimo três examinadores, pelos fundamentos acima mencionados.

## **F) Avaliação de títulos**

Inicialmente, urge destacar que a Constituição Federal em vigor, por força do artigo 37, inciso II, não admite a realização de concursos públicos baseados exclusivamente na avaliação de títulos, de modo que qualquer seleção pautada apenas na análise curricular ou na apresentação de memoriais é manifestamente inconstitucional.

Em assim sendo, ao prever que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego”, a Constituição Federal deixa clara sua preferência pela seleção por meio de provas – em detrimento da mera apresentação de títulos.

Nesse liame, entendemos que, ao artigo 7º do PL nº 74/10, deveria ser acrescido parágrafo, dispondo expressamente que “*É vedada a realização de concursos públicos baseados exclusivamente na avaliação de títulos.*”

Frise-se que a alteração se mostra importante especialmente na seara acadêmica, uma vez que inúmeros concursos para contratação de professores e pesquisadores ainda se baseiam exclusivamente na avaliação de títulos ou na apresentação de memoriais.

Ainda no que concerne à seleção de pesquisadores e professores, entendemos que o percentual estabelecido pelo o artigo 53, § 4º, do PL nº 74/10 é manifestamente desproporcional. Vejamos o teor do dispositivo: “Art. 53. § 4º - A avaliação de títulos não poderá ter peso superior a 10% (dez por cento) da nota total do concurso”.

Ora, incabível exigir, na seara acadêmica ou para aquele que vai se dedicar à realização de pesquisas que os títulos contribuam com apenas 10% da nota total.

Isso porque, nesses casos, a titulação é indicativo de que o candidato possui excelência em sua área, sendo incabível diferenciar, por exemplo, um candidato com especialização *latu sensu* de outro com doutorado e inúmeras patentes e pesquisas de reputação internacional em, no máximo, dez por cento da nota final.

Assim, entendemos que o artigo 53, § 4º, do PL nº 74/10 deveria conter a seguinte redação: *A avaliação de títulos não pode ter peso superior a 10% (dez por cento) da nota total do concurso, salvo quando o objeto do certame for a seleção de professores ou pesquisadores, quando o montante não poderá superar 30% (trinta por cento) da nota total.*



Quanto aos critérios de avaliação de títulos, o edital de convocação deverá especificar, pelo menos, os critérios de pontuação a serem obtidos com a apresentação de cada título e o número máximo de pontos a ser obtido por cada título apresentado (artigo 53 do PL nº 74/10).

Por fim, andou bem o Projeto de Lei nº 74/10 ao dispor que a avaliação dos títulos deverá seguir critérios objetivos e razoáveis, expressamente previstos no edital, de acordo com as atribuições e as responsabilidades do cargo ou emprego público pleiteado.

### **G) Da sindicância de vida pregressa**

A sindicância de vida pregressa deverá considerar apenas critérios de natureza objetiva, de modo a não implicar exclusão arbitrária de candidatos.

Além disso, ampliando o disposto no artigo 31 do PL nº 74/10, entendemos que não pode ser admitida a exclusão de candidato que responda a qualquer espécie de procedimento administrativo, processo cível, inquérito policial ou processo criminal sem trânsito em julgado. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup> é inclusive pacífica nesse sentido. De acordo com os tribunais de superposição: “[...] a mera instauração de inquérito policial ou de ação penal contra o cidadão não pode implicar, em fase de investigação social de concurso público, sua eliminação da disputa, sendo necessário para a configuração de antecedentes o trânsito em julgado de eventual condenação”. (AgRg no RMS 39.580/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T, DJe 18/02/2014)

### **H) Avaliação física**

No que concerne à realização de avaliação física, o artigo 32 do PL nº 74/10 andou bem ao regulamentar a matéria, objetivando reduzir a subjetividade dos membros da banca, ao dispor que eventual exame físico deverá vir previsto no edital de convocação, com indicação do tipo de prova, das técnicas admitidas e dos índices mínimos necessários para a aprovação.

---

<sup>2</sup> STF, AgRg no ARE 816.2015/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª T, DJe 08/10/2015.

## **I) Do exame psicotécnico**

É possível exigir exame psicotécnico em concurso público, com caráter eliminatório, desde que se atenda a dois requisitos: 1) previsão expressa do exame em lei formal (Súmula 686 do STF) e 2) existência de critérios objetivos, científicos e pertinentes.

Urge observar, ainda, que o artigo 34 do PL nº 74/10, objetivando garantir a objetividade no julgamento, dispõe que:

Art. 34. Todas as avaliações dos exames psicotécnico e psicológico serão fundamentadas segundo critérios objetivos, podendo os candidatos obter cópia de todo o processo envolvendo sua avaliação. Parágrafo único. Os exames psicotécnico e psicológico não poderão consistir exclusivamente em entrevista.

Mais uma vez, é preciso enaltecer a redação do Projeto, uma vez que a vedação à realização exclusiva de entrevistas vem contribuir positivamente para afastamento da subjetividade na aplicação do exame.

Contudo, entendemos que o dispositivo deveria prever como número mínimo cinco profissionais para a aplicação do teste, sem que cada um deles tenha conhecimento dos resultados dos outros, considerando-se aprovado o candidato que contar com pelo menos três avaliações que atestem o preenchimento dos requisitos para ocupar o cargo ou função.

## **J) Recurso Administrativo**

A inabilitação ou reprovação em qualquer fase ou etapa do concurso deverá ser motivada, segundo critérios objetivos, de modo a viabilizar eventual impugnação, por meio de recurso administrativo, cujo prazo de interposição, em qualquer hipótese, não poderá ser inferior a cinco dias (artigo 57, § 2º, do PL nº 74/10), a partir da data da publicação da decisão impugnável, em observância aos princípios constitucionais da legalidade, do contraditório e da ampla defesa.

Aliás, importante destacar que deve ser vedada a realização de prova ou fase de concurso sem previsão de recurso administrativo contra seu resultado (artigo 55 do PL nº 74/10), o que viola frontalmente a

Constituição. Não bastasse, a insindicabilidade de atos administrativos, como visto acima, constitui odioso “incentivo” a práticas corruptas, pois capaz de conformar, juntamente à existência de poderes discricionários, um “monopólio decisional” (ROSE-ACKERMAN, 2002, p. 66).

Ademais, todos os resultados dos recursos deverão ser objetiva e tecnicamente fundamentados, possibilitando ao candidato o conhecimento das razões de sua reprovação, inabilitação, inaptidão ou não recomendação, de modo que as decisões, em especial as indeferitórias, não deverão conter alegação vazia, obscura, evasiva, lacônica ou imprecisa (artigo 58, §§ 1º e 2º, do PL nº 74/10).

Por fim, reiteramos ser imprescindível a disponibilização aos candidatos, antes do início do prazo recursal, de espelho com as respostas de todas as questões e pontos das provas escritas e nãoescritas, permitindo o exercício da ampla defesa e do contraditório.

### **L) Do controle judicial**

Deve ser assegurado o acesso ao Poder Judiciário, na forma do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, para impugnar, no todo ou em parte, quaisquer concursos públicos eivados de ilegalidade.

Nesse sentido, dispõe expressamente o artigo 65, *caput* e parágrafo único, do PL nº 74/10:

É assegurado o acesso ao Poder Judiciário para impugnar, no todo ou em parte, o edital normativo do concurso público e para a discussão acerca da legalidade das questões, bem como da legalidade dos critérios de correção de prova, segundo o estabelecido nesta Lei. Parágrafo único. Considera-se ilegal o gabarito ou a solução considerada correta pela instituição organizadora que viole manifestamente o conhecimento técnico ou legal relativo à questão.

Por fim, importante destacar que as hipóteses mencionadas acima são meramente exemplificativas, uma vez que, pelo princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, qualquer ilegalidade que represente lesão ou ameaça a deve ser passível de correção judicial.

## CONCLUSÃO

Como visto, o concurso público é tradicionalmente definido como procedimento administrativo instaurado pela Administração Pública para selecionar os candidatos mais aptos ao exercício de cargos e empregos públicos. Tem ele grande potencial para funcionar como mecanismo de prevenção da corrupção, na medida em que, aliado a outras medidas, pode contribuir para a criação de uma Administração Pública “profissionalizada”, livre de clientelismos e favorecimentos. Contudo, paradoxalmente, a depender da feição que se imprima ao certame, pode constituir, em vez disso, fonte de corrupção. A valorização de sua objetividade parece-nos o único meio de evitar que seja desviada a sua finalidade.

Ademais, a realização dos concursos decorre dos princípios constitucionais da isonomia, impessoalidade, moralidade, legalidade, publicidade e eficiência, objetivando, por meio de critérios objetivos, reduzir os riscos de contratações baseadas em preferências pessoais ou privilégios.

Não bastasse, o Projeto de Lei nº 74/10, recentemente aprovado pelo Senado Federal, elenca, em seu artigo 2º, uma série de princípios infraconstitucionais que devem ser somados aos *supracitados*, a fim de tornar os concursos públicos ainda mais objetivos, tais como o ineditismo, motivação, julgamento objetivo, competitividade, seletividade e probidade administrativa, chamando a atenção a ausência de referência à transparência.

Dessa forma, cientes da impossibilidade de se afastar por completo a influência da subjetividade, traçamos algumas diretrizes que podem contribuir para a objetividade dos exames em concursos públicos, permitindo-se concluir que Ministério Público deve zelar para que:

a) os editais devem ser publicados, no mínimo, 30 (trinta) dias antes do início das inscrições;

b) o período de inscrição não deve ser inferior a 30 (trinta) dias, de maneira que os candidatos tenham tempo suficiente para

dar cumprimento integral aos requisitos de inscrição previstos no ato convocatório;

c) o edital deverá prever, de forma clara e objetiva, além do conteúdo programático que embasará as questões, os parâmetros de valoração de cada item, afastando eventual subjetividade da banca examinadora na atribuição das notas ao candidato;

d) o edital deve explicitar, ainda que resumidamente, a relação existente entre cada disciplina cobrada e as atribuições do cargo ou emprego público, bem como a metodologia de avaliação de cada fase, de modo a tornar efetivo o princípio da motivação e a impedir que as temáticas avaliadas sejam fruto dos interesses dos componentes da banca examinadora, sem qualquer vinculação com as funções a serem desempenhadas.

e) o prazo para impugnar o certame deve ser de, no mínimo, 15 (quinze) dias;

f) a imposição de exigências de sexo, estado civil, idade, religião, condição familiar, características físicas ou de qualquer outra natureza exige expressa previsão legal e relação, objetivamente demonstrada no edital do concurso, da incompatibilidade da característica individual com o exercício do cargo ou emprego público, sob pena de operar-se discriminação inconstitucional, que poderá ser fruto de mera avaliação subjetiva dos membros da banca;

g) no que concerne às provas, é preciso que sejam elaboradas de maneira clara e objetiva, de forma a possibilitar ao candidato a compreensão do tema submetido à avaliação, vedando-se o uso, nos enunciados, de vocabulário ou nomenclatura técnica em desuso, abandonada ou rara, e de expressões, vocabulário ou construções fraseológicas que levem à ambiguidade, à dubiedade ou à imprecisão semântica, devendo a instituição organizadora utilizar a terminologia ordinária da norma padrão da língua, sendo que a utilização de palavras e expressões estrangeiras, sem a respectiva tradução, só deverá ser admitida quando consagradas pelo uso no ramo de conhecimento específico da questão ou quando se tratar de prova de língua estrangeira;

h) com a divulgação do resultado, deverá ser disponibilizado ao candidato espelho de correção e modelo de resposta, discriminando os pontos submetidos à avaliação, o peso relativo de cada aspecto objeto de análise, os critérios linguísticos e de conteúdo para atribuição da nota final da questão, os motivos que ensejam a perda de pontuação pelo candidato e referências bibliográficas/jurisprudenciais que embasem a resposta.

i) a prova oral deve ser realizada excepcionalmente em local de livre acesso ao público, resguardadas as condições necessárias à concentração dos examinadores e dos candidatos, sendo gravada em áudio e vídeo, com obrigatória entrega de cópia da respectiva prova ao candidato que a solicitar, sendo preferível a sua realização no mesmo dia para todos os candidatos, sem interrupção, até que todos tenham sido examinados;

j) a prova oral deve ainda ser realizada por uma banca examinadora composta por, no mínimo, 05 (cinco) examinadores, que não se comunicarão entre si, sendo a nota final a média dos resultados, afastadas a menor e a maior delas;

k) a avaliação de títulos não pode ter peso superior a 10% (dez por cento) da nota total do concurso, salvo quando o objeto do certame for a seleção de professores ou pesquisadores, quando o montante não poderá superar 30% (trinta por cento) da nota total;

l) na avaliação de títulos, o edital de convocação deverá especificar, pelo menos, os critérios de pontuação a serem obtidos com a apresentação de cada título e o número máximo de pontos a ser obtido por cada título apresentado;

m) a sindicância de vida pregressa deverá considerar apenas critérios de natureza objetiva, de modo a não implicar exclusão arbitrária de candidatos;

n) eventual exame físico deverá vir previsto no edital de convocação, com indicação do tipo de prova, das técnicas admitidas e dos índices mínimos necessários para a aprovação;

o) todas as avaliações dos exames psicotécnico e psicológico serão fundamentadas segundo critérios objetivos, podendo os candidatos obter cópia de todo o processo, devendo ser realizadas por no mínimo 05 (cinco) profissionais, sem que cada um deles tenha conhecimento dos resultados dos outros, considerando-se aprovado o candidato que contar com pelo menos três avaliações que atestem o preenchimento dos requisitos para ocupar o cargo ou função;

p) a inabilitação ou reprovação em qualquer fase ou etapa do concurso deverá ser motivada, segundo critérios objetivos, de modo a viabilizar eventual impugnação, por meio de recurso administrativo, cujo prazo de interposição, em qualquer hipótese, não poderá ser inferior a 5 (cinco) dias, sendo vedada a realização de prova ou fase de concurso sem previsão de recurso administrativo contra seu resultado, disponibilizando-se aos candidatos, antes do início do prazo recursal, espelho com as respostas de todas as questões e pontos das provas escritas e não escritas;

q) seja assegurado o acesso ao Poder Judiciário para impugnar, no todo ou em parte, o edital normativo do concurso público e para a discussão acerca da legalidade das questões, bem como da legalidade dos critérios de correção de prova, considerando-se ilegal o gabarito ou a solução considerada correta pela instituição organizadora que viole manifestamente o conhecimento técnico ou legal relativo à questão.

Assim é que, à luz da fixação de critérios mínimos, entendemos ser possível realizar certames eticamente fundados, argumentativamente legítimos e racionalmente adequados com os princípios que regem a Administração Pública, compatibilizando, no contexto do Estado Democrático, a seleção de candidatos para ocupar cargos ou funções públicas com o preceito que veda a atuação arbitrária das bancas examinadoras.

Não é certo quão longe os investimentos nesses riscos nos levarão, visto que, embora sejam praticamente unânimes as falhas éticas associadas à corrupção, ainda são muitas as dúvidas quanto às suas causas, seus efeitos e suas curas (KAUFMANN, 1997, p. 115). Mas é certo que nós não iremos a lugar algum se os evitarmos.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE ARAÚJO, Aloizio Gonzaga de. **O Direito e o Estado como estruturas e sistemas**. 2001. 456f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, UFMG, Belo Horizonte, 2001.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.
- \_\_\_\_\_. **El sentido del derecho**. Barcelona: Ariel, 2004.
- AZFAR, Omar; LEE, Young; SWAMY, Anand. The causes and consequences of corruption. *In: ANNALS, AAPSS*, 573, January 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BERTI, Silma Mendes. **Direito à própria imagem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- CALMES, Sylvia. **Du Principe de Protection de la Confiance Legitime en Droits Allemand, Comunnautaire et Français**. Paris: Dalloz, 2001.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina: Coimbra, 2002.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1997.



DALLARI, Adilson Abreu. Princípio da Isonomia e Concursos Públicos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acessado em: 25 jan. 2014.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

FORSTHOFF, Ernst. **El Estado de la sociedad industrial**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.

FULLER, Lon. **The Morality of Law**. New Haven/London: Yale University Press, 1969.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Rio de Janeiro: Landy, 2004.

HART, Hebert. **O Conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Editora Vozes, 1988.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HUSSERL, Edmund. **L'idée de la phénoménologie**. Tradução do alemão de Alexandre Lowit. 8 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2000.

KAUFMANN, Daniel. Corruption: the facts. **Foreign Policy**, nº 107 (Summer, 1997), p. 114-131.

\_\_\_\_\_. Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción. **Finanzas & Desarrollo**, septiembre de 2005, p. 41-43.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. **Hermenêutica jurídica: interpretação das leis e dos contratos**. 2002. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOGUEIRA, José Geraldo de Ataliba. **República e Constituição**. São Paulo: RT, 1985, p. 133.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito, teoria da justiça e fontes e modelos do direito**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2003.

ROSE-ACKERMAN, Susan. **Corrupção e governo**. Tradução de A. Mata. Lisboa: Editora Prefácio, 2002.

ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Buenos Aires: Eudeba, 1963.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. A importância e prioridade da prevenção no combate à corrupção. **Revista do Ministério Público**, vol. 117, 2009, p. 27-42.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

TREISMAN, Daniel. The causes of corruption: a cross-national study. **Journal of Public Economics**, 76 (2000), p. 399-457.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 7. ed. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2007.

# DINÂMICA CONSTITUCIONAL, AÇÃO CIVIL PÚBLICA E PERSPECTIVAS DO LITISCONSÓRCIO ENTRE MINISTÉRIOS PÚBLICOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

*CONSTITUTIONAL DYNAMICS, CIVIL LAWSUITS FILED BY PROSECUTORS AND PROSPECTS FOR JOINT LITIGATION BETWEEN PUBLIC PROSECUTORS IN THE HIGHER COURTS*

**Fabício Barbosa Barros**

Graduado em Direito na Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito na Universidade Federal do Ceará. Promotor de Justiça do Estado do Ceará. Assessor do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Ceará.  
fabriciobarros@yahoo.com.br

Recebido em: 29/3/2021

Aprovado em: 12/7/2021

**Resumo:** O artigo analisa a formação de litisconsórcio entre os Ministérios Públicos dos Estados e o Ministério Público Federal em ações civis públicas nos tribunais superiores, a partir do reconhecimento de atuação autônoma dos Ministérios Públicos Estaduais perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Buscou-se desenvolver a ideia de uma dinâmica constitucional de proteção de direitos fundamentais, em que os direitos difusos realizam-se na ação civil pública, por meio das medidas de estímulo, controle e reforço constitucional abrigadas na Lei 7.347/85. Constatou-se que o litisconsórcio entre Ministérios Públicos integra um processo constitucional de proteção de direitos. Por fim, conclui-se pela possibilidade de atuação conjunta entre Ministérios Públicos, em ações civis públicas nas instâncias do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, estabelecendo-se um reparo crítico ao entendimento sedimentado naquelas Cortes, de imobilização permanentemente do papel do Ministério Público Federal como fiscal da ordem jurídica.

**Palavras-chave:** Dinâmica constitucional. Ação civil pública. Proteção

jurídica dos direitos. Litisconsórcio entre Ministérios Públicos. Tribunais superiores.

**Abstract:** *The article analyzes the formation of a joint litigation between the State Public Prosecutors and the Federal Public Prosecutors in civil lawsuits (originally filed by the prosecutors) in the higher courts, based on the recognition of the autonomous performance of the State Public Prosecutors before the higher court for civil matters (Superior Tribunal de Justiça - STJ) and the Brazilian Supreme Court. Searching develop the idea of a constitutional dynamic for the protection of fundamental rights, in which fuzzy rights are accomplished in civil lawsuits, through measures of stimulus, control and constitutional reinforcement sheltered in Law 7,347/1985. It was found that the joint litigation between Public Prosecutors is part of a constitutional process for the protection of rights. Finally, it concludes by the possibility of joint action between Public Prosecutors, in civil lawsuits in the instances of STJ and the Supreme Court, establishing a critical repair to the understanding consolidated in those Courts, of permanently immobilizing the role of the Federal Public Prosecutors as a legal system controller.*

**Keywords:** *Constitutional dynamics. Civil lawsuits filed by prosecutors. Protection of rights. Joint litigation between Public Prosecutors. Higher courts.*

**Sumário:** Introdução. 1. Dinâmica Constitucional. 1.1. O papel da dinâmica para o sistema constitucional. 2. Direitos fundamentais difusos, proteção jurídica e a racionalidade processual da Lei de Ação Civil Pública. 2.1. Direitos fundamentais difusos e proteção jurídica. 2.2 Racionalidade processual da Lei de Ação Civil Pública. 2.3. A relação forte entre Ministério Público e a ação civil pública. 3. Litisconsórcio entre Ministérios Públicos: unidade para a proteção constitucional. 3.1. A atuação dos Ministérios Públicos Estaduais nos tribunais superiores. 3.2. Supremo Tribunal Federal: o julgamento da questão de ordem no RE 593727/MG. 3.3. Superior Tribunal de Justiça: o julgamento do AgRg no AgRg no AEResp 194.892/RJ. 3.4. Por uma leitura processual constitucional: perspectivas de litisconsórcio entre Ministérios Públicos Estaduais e o Ministério Público Federal nos tribunais superiores. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

Dedicar estudos sobre a dinâmica constitucional e a respeito da dimensão processual da Constituição é conhecer o fenômeno constitucional em sua inteireza, já que não é limitado à consagração de direitos em um texto normativo produzido a partir de um processo legislativo mais dificultoso. Há um necessário e permanente trabalho de efetivação constitucional a cumprir depois da obtenção de um produto jurídico do poder constituinte.

Os graves problemas sociais do Brasil aceleraram a retirada do véu que cobria as deficiências da efetividade do regime constitucional brasileiro, exigindo o emprego de esforços para torná-lo real, inserido no cotidiano das pessoas e das instituições. A busca e o uso de técnicas para a efetividade da Constituição, identificando-os, submetendo-os a testes aplicativos e promovendo-os, quando reconhecida a correspondente eficiência funcional, parece natural diante dos desafios que o assunto impõe.

A processualidade constitucional torna possível o entendimento de institutos jurídicos construídos para garantir as normas constitucionais, bem como oferece possibilidades de releitura de outros que, sem uma sólida conexão com a importante tarefa de prestigiar a superioridade jurídica constitucional, têm inexploradas suas potencialidades, o que acaba por afastar-se da forte carga assecuratória de direitos estabelecida pela Constituição Federal de 1988.

Premida por essa situação, a presente abordagem objetiva mostrar que o litisconsórcio entre Ministérios Públicos figura entre os meios que compõem o catálogo processual disposto em favor da Constituição, devendo ser compreendido nessa lógica superior para que possa ter suas possibilidades aplicativos ampliadas.

Com o reconhecimento do papel autônomo das funções dos Ministérios Públicos Estaduais em recursos perante o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, o texto aponta para uma processualidade constitucional aberta à possibilidade de atuação em litisconsórcio dos Ministérios Públicos Estaduais com o Ministério Público Federal, no momento em que estabelecida a instância recursal naquelas cortes, quando os processos sejam originários de ações civis públicas.

Assume-se assim uma postura crítica aos posicionamentos jurisprudenciais que reconheceram esse papel autônomo dos Ministérios Públicos estaduais, na medida em que determinaram uma posição fixa para a forma de atuação e articulação com o Ministério Público Federal nesses casos.

## 1. DINÂMICA CONSTITUCIONAL

O reconhecimento da superioridade jurídica de uma Constituição não é limitado ao aspecto estático, com a formação legislativa desenvolvida em um processo mais dificultoso. Além disso, é necessária uma permanente garantia de que suas disposições prevaleçam sobre todos os atos que a contradigam, criando mecanismos que possam – de maneira pronta e eficiente – preservar o seu conteúdo a partir de situações concretamente definidas. Esta é a sua faceta dinâmica.

É por isso que a compreensão da dimensão processual da Constituição é fundamental, pois sua promulgação não encerra sua normatividade, depende ainda de um trabalho contínuo de efetivação. Ao Legislador não é possível, diante da complexidade da sociedade, esgotar a normatividade das regras constitucionais com esquemas formais rígidos e fechados, como se viável fosse confiná-las a uma realidade preestabelecida e imutável, a partir do desejo antecipado dos atores do processo legislativo. Em um mundo complexo, marcado por inúmeras pautas reivindicatórias decorrentes de um saudável pluralismo<sup>1</sup>, em que grupos polifórmicos buscam protagonismo, imutabilidade e fixidez são ideias que não se ajustam ao atual momento da sociedade. Mudança, velocidade e inclusividade são referenciais compreensivos das relações humanas no século XXI, marcadas por uma sociedade leve, fluida, difusa e em rede (BAUMAN, 2001, p. 33), em que o espaço público nada mais é que uma projeção do espaço privado. As atenções são outras. A felicidade abandonou o passado, mudou-se para o futuro (LIPOVETSKY, 2004, p. 14), com o que o direito deve oferecer mecanismos que atendam a mudanças sociais e a novas construções institucionais, sempre permitindo a participação dos destinatários das normas jurídicas, dotando essa tarefa de meios que possam aferir e revisar constantemente o produto das conquistas jurídicas obtidas, numa lógica de progressividade incessante.

Esses movimentos estruturais da sociedade vão ao encontro da ideia aqui adotada de direitos fundamentais marcados pela acumulação,

1 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: V - o pluralismo político.

variedade e abertura (ANDRADE, 2004, p. 68-69). Acumulação porque vão surgindo em cada etapa histórica, somando-se aos antigos direitos ou mesmo descortinando novos conteúdos ainda não conhecidos. Variedade adquirida a partir dessa dinâmica enriquecedora de aspectos dimensionais e funcionais, possibilitando múltiplas posições jurídicas aos seus titulares de acordo com as agressões e os riscos apresentados. Abertura pela necessidade de que o sistema não se esgote, permitindo o surgimento de novos direitos – e suas pautas jurídicas – em compasso com a própria evolução da sociedade.

O contexto descrito desafia a normatividade constitucional, que precisa se impor para que sua concepção de ápice jurídico possa ser confirmada na prática, daí por que a doutrina fala em um dever universal de preservação da supremacia constitucional (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 25) ou mesmo que o primeiro direito a ser observado é o da constitucionalidade, já que é base do sistema jurídico (ROCHA, 1991, p. 11). Nem poderia ser diferente, diante da necessidade de que a sua pressuposta superioridade jurídica ganhe efetividade, espraie-se por toda a variedade da vida humana e ganhe alcance no meio social, na medida em que objetiva regulamentá-la com suas pautas normativas.

As necessidades práticas decorrentes de concretas violações constitucionais vão atraindo a juridicidade constitucional para a remediação dessas condutas transgressoras, sem o que perde o seu significado de obrigatoriedade. É preciso entender o processo constitucional não só pelo ângulo estatal da produção formal de normas, como também pelas situações fáticas que são dadas no percurso de cumprimento do texto constitucional, o que será decisivo para melhor entender os problemas sociais, econômicos e jurídicos, identificando suas necessidades e oferecendo os adequados meios de promoção e efetivação da Constituição.



## 1.1. O papel da dinâmica para o sistema constitucional

A dinâmica é essencial para garantir e desenvolver a Constituição. A cinética constitucional guia o processo de construção da normatividade constitucional pelos caminhos protetivos que vão sendo construídos, a partir das violações que são trazidas para conhecimento, originando respostas que aperfeiçoam as normas constitucionais paulatinamente (GUERRA, 2007, p. 258). Isso permite a manutenção da vitalidade constitucional, pois o texto constitucional – então produzido de acordo com os propósitos do legislador constituinte – vai aderindo às inevitáveis mudanças sociais, afastando possibilidades que contrariam a sua essência, ainda que trazidas por novas roupagens, e criando oportunidades normativas não previstas, o que é determinante para o enriquecimento da formação das normas constitucionais.

Essa mecânica ação-reação atende também a propósitos democráticos, já que o cidadão que questiona uma conduta em face dos parâmetros constitucionais está, em verdade, buscando prestigiar a sua interpretação da Constituição (HABERLE, 1997, p. 23) e acaba por canalizar suas experiências vividas, revelando outras perspectivas do complexo impacto da Constituição no meio social, com notórios ganhos para o pluralismo necessário a um Estado Democrático de Direito.

A dinâmica materializada no processo constitucional desenvolve, protege e legitima um sistema constitucional, ganhos que são determinantes para a sua capacidade funcional e perpetuidade, conferindo um significado próprio, na feliz constatação de Gomes Canotilho (2003, p. 1163):

o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos passa de uma *law in books* para uma *law in action* para uma *living constitution*.

A transformação do imobilismo do texto para a dinâmica normativa fática supõe todos os estímulos e estruturas que deem início a essa abertura normativa, em que possui papel de destaque o processo constitucional. Sem essas possibilidades de fluxo informacional para

esfera jurídica, suprimindo-se contextos e variações fáticas inatas ao viver humano, o texto constitucional perde significado prático e cada vez mais distancia-se da sua efetividade perante a sociedade.

A prática constitucional é determinante para definir o papel da Constituição no meio social, sua capacidade transformadora e seus resultados. Sem dinâmica constitucional, a Constituição será limitada a um texto escrito, ausente de qualquer repercussão na vida das pessoas e das instituições. Por isso, devem ser não só reconhecidas, mas também estimuladas, todas as formas de aplicação constitucional, de modo a trazer para o mundo real algo que foi concebido no plano das ideias e que, por necessidade funcional, deve ser transferido para o plano concreto, o mundo dos fatos. É possível, assim, ao menos da perspectiva dos processos constitucionais judiciais, admitir um verdadeiro princípio *pro actione*, consistente em uma postura que seja aberta ao conhecimento, sem criar barreiras e obstáculos desmotivados, de conflitos constitucionais submetidos à apreciação. Em outras palavras, deve-se possibilitar que os litígios constitucionais sejam discutidos e decididos, na medida em que constituirão desenvolvimentos futuros de uma ideia ainda confinada no texto por meio do qual foi veiculada.

Como consequência imediata dessa racionalidade *pro actione*, figuram também as iniciativas de prestigiar experiências institucionais que permitam ou acentuem a capacidade de aplicar a Constituição, a partir de situações de estímulo, controle e reforço de processos constitucionais.

## **2. DIREITOS FUNDAMENTAIS DIFUSOS, PROTEÇÃO JURÍDICA E A RACIONALIDADE PROCESSUAL DA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

### **2.1. Direitos fundamentais difusos e proteção jurídica**

Os direitos fundamentais, nos termos já propostos neste estudo, são acumuláveis, dotados de variedade e abertos (ANDRADE, 2004, p. 68-69), sendo-lhes natural um desenvolvimento progressivo no curso da história, como condição própria de continuidade do sistema

constitucional vigente, a partir de um processo constitucional aberto a contribuições e efetivo na capacidade prática de realização. Não surpreende, portanto, que se fale em direitos de várias gerações (LUÑO, 1991, p. 203-217), os quais são percebidos e realizados por meio de uma relação de influência recíproca, cabendo aqui destacar os denominados direitos fundamentais de terceira geração<sup>2</sup>.

Esses direitos são marcados pelo caráter universal (BONAVIDES, 2004, p. 569), difusos por toda a sociedade, não pertencentes a um grupo ou Estado determinado, mas ao gênero humano enquanto existência concreta da vida planetária. Envolvem a ideia de patrimônio comum da humanidade, que não podem ser individualizados, destacando-se os direitos à saúde pública, ao meio ambiente, ao desenvolvimento e ao progresso, entre outros da mesma amplitude. Ainda que inegáveis os efeitos da consagração em textos, os direitos necessitam de realização prática, precisam ser implementados e garantidos, seguindo a lógica da processualidade constitucional aqui exposta.

Para essa imprescindível tarefa, opta-se pela formulação clássica de Mauro Cappelletti do ano de 1955 sobre jurisdição constitucional da liberdade, consistente em um processo constitucional capaz de tutelar eficientemente os direitos fundamentais do homem, uma vez que os direitos previstos em textos devem ser efetivados no âmbito fático da vida, ainda que por meio de estruturas diferenciadas. A esses mecanismos processuais cabe a produção de resultados reais e concretos, sobretudo quando em situações que envolvam os poderes públicos (CAPPELLETTI, 2010, p. 41).

Sem instrumentos eficazes de proteção dos direitos, coloca-se em risco o próprio reconhecimento dos direitos em patamar constitucional, torna-o exposto a um possível e sistemático ambiente de descumprimento, diante da falta de respostas institucionais destinadas a recuperar a constitucionalidade rompida. Lugar de inquestionável destaque na proteção dos direitos difusos no âmbito judicial é o da ação civil pública, instituto processual que se propõe a fornecer técnicas adequadas e efetivas para esse desafio assecuratório, no que

<sup>2</sup> Não consiste objeto do presente trabalho a discussão sobre a adequação dos termos “geração” ou “dimensão” dos direitos fundamentais. Sobre o assunto v. Sarlet, 2012, p. 31-40.

adverte a doutrina, quando realça que a ação civil pública é voltada “à necessidade de emprestar eficácia, construindo processo adequado à peculiaridade dos interesses difusos juridicamente protegidos pela Constituição e as leis, veio atender a Lei n. 7.347/85, no ordenamento brasileiro” (FIORILLO, 2011, p. 303).

Situar a Lei n. 7.347/85, conhecida por Lei da Ação Civil Pública, dentro da jurisdição constitucional da liberdade parece ser decorrência lógica para um sistema constitucional de contornos garantísticos, como é o brasileiro de 1988. Uma análise do amplo catálogo de direitos dispersos por todo o texto constitucional e a existência de previsão expressa da eficácia dos seus conteúdos<sup>3</sup> confirmam essa assertiva. Essas previsões, aliadas ao preceito do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal<sup>4</sup>, permitem deduzir a existência de um sistema constitucional de tutela de direitos, ou melhor, um verdadeiro direito constitucional à proteção dos direitos fundamentais, a ser desenvolvido com as instituições, processos e técnicas necessários e adequados para essa incumbência.

## 2.2. Racionalidade processual da Lei de Ação Civil Pública

Os direitos difusos apresentam uma natural dificuldade de deflagrar seus mecanismos de proteção, na medida em que consistem em direitos com titularidade não identificável, haja vista que sua determinação ainda é fluida no seio da sociedade (MANCUSO, 2013, p. 100), inviabilizando uma necessária estruturação predisposta a agir na defesa desses direitos quando violados. O distanciamento entre o titular e o correspondente direito retarda a percepção de descompasso constitucional, ao contrário daqueles direitos de forte carga subjetiva, em que os seus titulares prontamente – e de forma imediata – são atingidos pelos efeitos danosos das condutas infratoras, fornecendo uma aferição precisa da existência e da extensão das consequências geradas. Por outro lado, a falta de vinculação direta entre os afetados e

3 Artigo 5, §1 da CF: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

4 Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

o bem jurídico difuso acaba por prejudicar uma lógica antecipatória ou de rápida e efetiva resposta.

A criação de mecanismos institucionais, nesse contexto, para compensar essas dificuldades inerentes às características dos direitos de difusos, é medida salutar e que deve ser enaltecida. A Lei da Ação Civil Pública revela caminho nesse sentido, ao se verificar que no seu corpo há a preocupação clara de diminuir os riscos para um bloqueio ou colapso do desenvolvimento da atividade protetiva dos direitos ali albergados, entrando em sintonia com a ideia de uma mecânica *pro actione*.

Verifica-se uma impressionante racionalidade processual constitucional da Lei n. 7.347/85, pois vários de seus dispositivos, com nítido caráter garantístico, estabelecem um efetivo sistema de dinamização constitucional, atestando a inescindível preocupação de que graves violações à Constituição não possam passar ao largo dos mecanismos de restauração da constitucionalidade violada. A força motriz que conduz a uma lógica própria de permitir o pleno exercício da jurisdição, de modo a levar condutas a uma modelagem constitucional, perpassa todos os institutos processuais, quando se vê: possibilidade de habilitação dos demais legitimados como litisconsorte quando não figurarem no início da demanda<sup>5</sup>; assunção do polo ativo da ação civil pública por outros legitimados, nos casos de desistência infundada e abandono processual<sup>6</sup>; relativização de requisitos processuais para a legitimidade ativa<sup>7</sup>; admissão de litisconsórcio entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados<sup>8</sup>; submissão à homologação dos arquivamentos de procedimentos investigatórios levados a efeito pelo Ministério Público<sup>9</sup>; autorização para promover a execução do julgado pelos demais legitimados, quando não promovida pelo autor da ação civil pública<sup>10</sup>; não adiantamento do pagamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas<sup>11</sup>.

5 Artigo 5º, § 2º, da Lei n. 7.347/85.

6 Artigo 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85.

7 Artigo 5º, § 4º, da Lei n. 7.347/85.

8 Artigo 5º, § 5º, da Lei n. 7.347/85.

9 Artigo 9º, § 3º, da Lei n. 7.347/85.

10 Artigo 15 da Lei n. 7.347/85.

11 Artigo 18 da Lei n. 7.347/85.

Essas previsões compõem o regime jurídico da ação civil pública, o qual abriga um dos fatores de maior importância para o processo constitucional, ao disponibilizar inúmeros mecanismos e institutos que favorecem aberta e exponencialmente a análise das múltiplas formas de violação à Constituição. Sua adequação e efetividade também são representadas por esses elementos de estímulo, controle e reforço assecuratórios, situados na parcela postulatória ou de impulsionamento daquela modalidade de tutela jurisdicional.

Cabe aqui sublinhar e tratar apartadamente um dos ingredientes dessa receita de promoção de direitos, precisamente o desempenho do Ministério Público na formação e sedimentação da ação civil pública no cenário jurídico brasileiro.

### **2.3. A relação forte entre Ministério Público e a ação civil pública**

A história da ação civil pública coincide com o papel que o Ministério Público teve em sua consolidação. O crescimento institucional do Ministério Público representou o fortalecimento da ação civil e vice-versa, podendo-se afirmar que o sucesso de um levou ao sucesso da outra, lembrando Camargo Ferraz (2010, p. 124):

A ação civil pública ensejou o surgimento, no seio do Ministério Público, de um sentimento direto (sem intermediários) de responsabilidade pelos bens, valores e interesses cuja tutela que foi confiada, como o meio ambiente, o consumidor, o patrimônio histórico, os bens e recursos públicos, e não mais apenas por processos relativos a esses assuntos.

A dimensão desse vínculo pode ser aferida pela circunstância de que o fundamento constitucional expresso da ação civil pública no texto de 1988 está exatamente no dispositivo constitucional do artigo 127, III, relativo às funções institucionais do Ministério Público<sup>12</sup>, optando deliberadamente por um fortalecimento recíproco, diante dos evidentes ganhos mútuos. É da convergência do uso da ação civil

<sup>12</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

pública e da atuação do Ministério Público que se extrai uma tutela coletiva constitucionalizada (FIGUEIREDO, 2005, p. 347; ALMEIDA, 2010, p. 243).

O protagonismo do Ministério Público também foi expressamente recepcionado na Lei n. 7.347/85, na medida em que no curso dos seus 23 artigos há 15 referências diretas e nominais ao Ministério Público. Da mesma forma, uma pesquisa patrocinada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e realizada pela Sociedade Brasileira de Direito Público, com publicação no ano de 2018 e denominada “Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva”, apontou que a “A decantada predominância do Ministério Público, por exemplo, confirmou-se nos resultados da pesquisa, em todas as suas frentes”<sup>13</sup>. Referido estudo fez uso de um banco de dados de 52 mil ações coletivas, do levantamento de dados diretamente com juízes que atuam nessa temática, além de entrevistas com outros operadores do sistema de justiça.

Por isso, aos membros do Ministério Público cabe, nas lides dessa natureza, a reflexão da importância e do papel sempre por desempenhar, decorrentes da obrigação constitucional do sistema de tutela coletiva do qual é o principal ator. Qualquer postura de alheamento dessa incumbência jurídica não é compatível com a missão constitucional que lhe foi atribuída e, por consequência, com a processualidade constitucional necessária para que as normas constitucionais ganhem efetivação, além de negar a própria construção constitucional da tutela coletiva.

### **3. LITISCONSÓRCIO ENTRE MINISTÉRIOS PÚBLICOS: UNIDADE PARA A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL**

Para os propósitos do presente estudo interessa abordagem específica da regra que contempla a possibilidade de litisconsórcio entre Ministérios Públicos prevista no artigo 5º, § 5º, da Lei 7.347/85: “Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos

<sup>13</sup> Disponível em: <<https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/290/1/Justi%c3%a7a%20Pesquisa%20-20Direitos%20e%20Garantias%20Fundamentas%20-%20A%c3%a7%c3%b5es%20Coletivas%20no%20Brasil.pdf>>. p. 212. Acesso em: 5 fev. 2021.

da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei”<sup>14</sup>.

Com trânsito na jurisprudência brasileira, inclusive no Supremo Tribunal Federal<sup>15</sup> e no Superior Tribunal de Justiça<sup>16</sup>, o litisconsórcio entre Ministérios Públicos previsto na Lei de ação civil pública pode ser visto por uma perspectiva organicista e formal, marcado pelo ângulo dos órgãos de atuação e baseado principalmente no princípio da unidade que vigora no Ministério Público, a partir do artigo 127, parágrafo primeiro, da Constituição Federal<sup>17</sup>. Para essa visão teórica, “o titular do direito de ação é o MP como instituição, e não por seus órgãos fragmentados. O problema, na verdade, não é de litisconsórcio, mas de representação do MP, que é instituição una e indivisível” (NERY, 2014, p. 1145).

Ainda que possível essa abordagem, revela-se mais significativo para o sistema de constitucional entender pelo ângulo finalístico do instituto, enquanto medida de reforço protetivo em face de violações de direitos. Essa especial forma institucional de atuação conjunta decorre da necessidade funcional de melhor prestigiar a superioridade jurídica da Constituição. A dimensão processual constitucional acaba por construir e admitir múltiplas e férteis formas de proteção constitucional, o que é fundamental para garantir a sua efetividade, sobretudo diante das também incontáveis dificuldades de tornar real o texto da Constituição. A partir dessa construção voltada para o fornecimento de mecanismos processuais vários e institucionalmente diferenciados, concorda-se com a ideia de que essa hipótese de litisconsórcio obedece a uma lógica de união de esforços, de aumento da proteção dos interesses veiculados nas ações civis públicas (ALMEIDA, 2003, p. 251)

14 Embora exista previsão idêntica na Lei 8.069/90 (artigo 210, §1º), na Lei 9.966/2000 (artigo 27, §1º) e na Lei 10.741/2003 (artigo 81, §1º), a análise limita-se à disposição da Lei 7.347/85 por ser aplicável a todo o âmbito do processo coletivo brasileiro, mesmo que essas disposições supervenientes não existissem.

15 (ACO 1020, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2008, DJe-053 DIVULG 19-03-2009 PUBLIC 20-03-2009 EMENT VOL-02353-01 PP-00073 RTJ VOL-00208-03 PP-00913 RMP n. 38, 2010, p. 237-245). No mesmo sentido: (ACO 1463 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-022 DIVULG 31-01-2012 PUBLIC 01-02-2012 RT v. 101, n. 919, 2012, p. 635-650).

16 REsp 1444484/RN, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 29/09/2014.

17 “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional”.



ou de bom uso da tutela coletiva (ARENHART; OSNA, 2020, p. 280), cuja colaboração estrutural e efetiva reverterá em benefício para toda a sociedade (MAZZILLI, 2014, p. 233), pontuando ainda que (MILARÉ; MILARÉ, 2020, p. 286):

A lei 7.347/1985, no afã de fortalecer o mais possível a defesa dos interesses e direitos transindividuais, não apenas reconheceu a legitimação concorrente e disjuntiva para a correspondente ação, como também facultou aos colegitimados, na relação processual, a união de forças para tão importante desiderato, no teor do disposto nos §§ 2.º e 5.º do seu artigo 5.

Essa previsão consiste em verdadeiro arranjo institucional direcionado para intensificação do amparo dos interesses abrangidos pela tutela da ação civil pública, cuja importância justifica a necessidade de trabalho conjunto de órgãos com o destacado papel de defesa da ordem jurídica constitucional<sup>18</sup>. Essa forma de entender o consórcio entre Ministérios Públicos, portanto, encontra fundamento na construção de um processo constitucional efetivo, incrementado por técnicas diferenciadas, no que andou bem o Legislador em sua previsão, deixando evidente que a sua compreensão está ligada aos propósitos maiores de realização dos direitos fundamentais, discrepando do regime das demais modalidades de litisconsórcio, sob pena de contrariar a concepção de jurisdição constitucional da liberdade e de subverter a ideia de que a legislação deve ser interpretada em conformidade com a Constituição.

É nesse ambiente que deve ser reconhecida essa conquista da processualidade constitucional dos direitos fundamentais brasileira, afastando-se de conflitos institucionais inócuos e que apenas retardam uma mais eficiente promoção dos valores prestigiados no texto da lei maior. Se ontem o instituto significava motivo para inúmeros e estéreis conflitos de atribuição, hoje traduz-se como união de esforços institucionais para a promoção dos direitos fundamentais reconhecidos no regime constitucional brasileiro.

<sup>18</sup> Artigo 127 da Constituição Federal: O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

### **3.1. A atuação dos Ministérios Públicos Estaduais nos tribunais superiores**

Assunto que ganhou preocupação nos tribunais superiores, principalmente no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, é o da legitimidade de atuação dos Ministérios Públicos Estaduais perante essas cortes, quando atuam como parte.

Inicialmente, esses tribunais eram resistentes a essa atuação<sup>19</sup>, com base na Lei Complementar 75/93<sup>20</sup>, uma vez que, segundo esse entendimento, havia previsão expressa que competia ao Ministério Público Federal atuar nas cortes superiores. No entanto, essa tendência jurisprudencial foi superada, de modo que atualmente prevalece a ampla atuação dos Ministérios Públicos Estaduais perante essas instâncias judiciais<sup>21</sup>.

De qualquer sorte, uma análise específica de decisões que se destacaram nessa virada jurisprudencial é adequada para compreender o raciocínio que levou a essa grande mudança, selecionando-se um julgado de cada corte superior pela colegialidade e representatividade do órgão decisório, o que se vê na Questão de Ordem do RE 593727/MG, no que se refere ao Supremo Tribunal Federal, e o AgRg no AgRg no AREsp 194.892/RJ, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

### **3.2. Supremo Tribunal Federal: o julgamento da questão de ordem no RE 593727/MG**

No RE 593727/MG, que enfrentava o respaldo constitucional ou não dos poderes investigatórios do Ministério Público, o Procurador-Geral da República levantou questão de ordem sobre a possibilidade

19 STF, RE 262178, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 03/10/2000, DJ 24-11-2000 PP-00105 EMENT VOL-02013-06 PP-01131; STJ, AgRg no REsp 1440061/GO, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2014, DJe 22/05/2014.

20 Art. 47. O Procurador-Geral da República designará os Subprocuradores-Gerais da República que exercerão, por delegação, suas funções junto aos diferentes órgãos jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal. § 1º As funções do Ministério Público Federal junto aos Tribunais Superiores da União, perante os quais lhe compete atuar, somente poderão ser exercidas por titular do cargo de Subprocurador-Geral da República.

21 STF, RE 985392 RG, Relator(a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-256 DIVULG 09-11-2017 PUBLIC 10-11-2017); (STJ, EREsp 1327573/RJ, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2014, DJe 27/02/2015.

de o Ministério Público do Estado de Minas Gerais realizar sustentação oral perante aquela corte, já que seria o Procurador-Geral da República o detentor das funções do Ministério Público na Corte Suprema. Na oportunidade, a composição plenária do Supremo Tribunal Federal entendeu ser juridicamente viável a possibilidade de atuação dos Ministérios Públicos Estaduais naquele tribunal, uma vez que detêm autonomia funcional e não atuam por intermédio do Procurador-Geral da República. Há registro<sup>22</sup> de que o Relator, Ministro Cezar Peluso, elucidou que o Procurador-Geral de República pode desempenhar dois papéis, precisamente o de fiscal da lei e o de parte, a depender de quem figure como parte no feito. Se algum dos ramos do Ministério Público da União estiver na condição de parte da lide, só o Procurador-Geral da República oficia perante o Supremo Tribunal Federal; nos demais casos em que a parte for um dos Ministérios Públicos Estaduais, a função do chefe do Ministério Público da União é a de fiscal da lei, não sendo viável excluir a atuação do ramo estadual, como se possível fosse submetê-la a uma prévia aprovação federal, o que representa cassação da sua autonomia.

Além disso, o Tribunal foi claro que o princípio da unidade do Ministério Público não vincula nem subordina, nos planos processual, administrativo e institucional, os órgãos estaduais ao seu congênere federal, na medida em que, não raras vezes, há posições antagônicas entre essas instituições<sup>23</sup>.

### **3.3. Superior Tribunal de Justiça: o julgamento do AgRg no AgRg no AEResp 194.892/RJ**

Paralelamente e no julgamento do AgRg no AgRg no AResp 194.892/RJ, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu mudança paradigmática em sua jurisprudência, passando a admitir a legitimidade dos Ministérios Públicos Estaduais naquele órgão judicial, extraíndo-se do voto vencedor:

<sup>22</sup> Informativo n. 671, de 18 a 22 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo671.htm>. Acesso em: 3 de fevereiro de 2021.

<sup>23</sup> Voto do Ministro Celso de Mello

Reitera-se que não permitir que o Ministério Público Estadual atue perante esta Corte Superior de Justiça significa: (a) vedar ao MP Estadual o acesso ao STF e ao STJ; (b) criar espécie de subordinação hierárquica entre o MP Estadual e o MP Federal, onde ela é absolutamente inexistente; (c) cercear a autonomia do MP Estadual; e (d) violar o princípio federativo; (e) desnaturar o jaez do STJ de Tribunal Federativo, uma vez que tolheria os meios processuais de se considerarem as ponderações jurídicas e o pensamento do MP Estadual, inclusive como um modo de oxigenar a jurisprudência da Corte, por meio da análise dos debates jurídicos oriundos dos MPs Estaduais, dando-se-lhes a plenitude dos meios processuais de expressão das suas teses jurídicas<sup>24</sup>.

Os argumentos desenvolvidos foram centralizados nos aspectos orgânicos das instituições, ressaltando o Ministro Relator que “a atuação do Ministério Público Estadual perante o Superior Tribunal de Justiça não afasta a atuação do Ministério Público Federal, um agindo como parte e o outro como *custos legis*”<sup>25</sup>. Adicionou ainda que, no Superior Tribunal de Justiça, esses órgãos do Ministério Público desempenham papéis diversos, com intimações próprias, cabendo ao Ministério Público Estadual o assento no lugar reservado às partes, enquanto o Ministério Público Federal figura na condição de fiscal da ordem jurídica.

### **3.4. Por uma leitura processual constitucional: perspectivas de litisconsórcio entre Ministérios Públicos Estaduais e o Ministério Público Federal nos tribunais superiores**

Restou fortalecido o sistema processual com a virada decisória efetuada, mas o assunto ainda precisa de um desenvolvimento específico, precisamente nos casos que envolvam lides relativas a ações civis públicas nas instâncias de origem sem que haja litisconsórcio entre Ministérios Públicos até o ingresso dessas demandas nos tribunais superiores. Isso porque o regime processual constitucional da ação civil pública admite a atuação litisconsorcial entre o Ministério Público

---

24 Voto do Ministro Mauro Campbell

25 Voto do Ministro Mauro Campbell.

Estadual e o Ministério Público Federal, exatamente em homenagem à efetividade constitucional, abrindo, portanto, a possibilidade de atuação conjunta nesses casos. Não é possível generalizar a atuação desses órgãos com papéis sempre predefinidos: o Ministério Público Estadual como parte e o Ministério Público Federal como fiscal da ordem jurídica.

Uma leitura processual constitucional da questão é devida. Por isso, sempre que ações civis públicas, por vias recursais, alcançarem o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, quando o Ministério Público Estadual figurar como parte, a atuação do Ministério Público Federal não deve ser imobilizada sempre pelo papel de *custus juris*, sendo-lhe franqueada a possibilidade de analisar a matéria e, caso assim verifique motivos, atuar como litisconsorte no polo ativo da demanda. Negar essa possibilidade causaria perplexidade por contrariar instituto de fortalecimento da efetividade constitucional justamente no momento em que as questões passaram a trafegar pelo Tribunal da cidadania – como é conhecido o Superior Tribunal de Justiça – e pela Corte Constitucional brasileira.

Curiosamente, temas recorrentes em ações civis públicas, como meio ambiente, saúde, educação, consumidor, infância e juventude, idoso e acessibilidade são áreas que constitucionalmente impõem atuação conjunta das unidades federativas, o que decorre diretamente das prescrições dos artigos 23 e 24 da Constituição Federal, confirmando que, antes de opção funcional, consiste em um objetivo constitucional cooperativo. No mesmo sentido, a projeção dessa diretriz constitucional é reproduzida na necessidade de atuação conjunta dos Ministérios Públicos Estaduais e o Ministério Público Federal.

Qualquer argumento no sentido de que seria inviável essa forma de atuação, por se encontrar o processo com as partes estabilizadas, não é cabível, pois é o próprio sistema jurídico da ação civil pública que permite esse específico regime<sup>26</sup>, decorrência da processualidade

<sup>26</sup> Artigo 5º, § 2º, da Lei n. 7.347/85: Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes; Artigo 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85: Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa; e Artigo 5º, § 5º, da Lei n. 7.347/85: Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

constitucional acima reconhecida e que afasta a disciplina litisconsorcial comum do Código de Processo Civil.

Extrai-se em Mancuso (2019, p. 155):

Assim, se para a tutela de certo interesse difuso a atuação conjunta dos membros do Ministério Público no plano federal e estadual se apresenta como a melhor solução em ordem à tutela do interesse metaindividual objetivado, deve tal fórmula ser praticada, em homenagem à supremacia do interesse coletivo.

O assunto possui reflexos práticos evidentes, ao possibilitar, ainda que somente depois de atingida a instância das cortes superiores, uma coordenação entre os Ministérios Públicos nesse estágio processual. Essa necessidade de atuação conjunta – muitas vezes – somente será perceptível depois de uma análise global da matéria, da perspectiva de julgamentos que possuem ampla repercussão em questões de interesse nacional, exigindo o empenho de todas as esferas do Ministério Público para futura implementação do resultado decisório.

Basta verificar um exemplo inquestionável dessa necessidade institucional, ocorrida no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 197917/SP, em 6 de junho de 2002. Cuidava o caso de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo visando à proteção do patrimônio público, ao buscar reduzir de 11 para nove o número de vereadores da Câmara Municipal de Mira Estrela, fundamentada na inconstitucionalidade do artigo 6º da Lei Orgânica, uma vez que violada a proporcionalidade estabelecida pela então redação originária do artigo 29, IV, *a*, da Constituição Federal. O Juiz de primeiro grau julgou procedente o pedido, reduzindo o número de vereadores, enquanto o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar apelação interposta pela Câmara Municipal, restabeleceu o quantitativo de vereadores.

O caso, então, chegou ao Supremo Tribunal Federal, originando uma marcante decisão<sup>27</sup>.

<sup>27</sup> STF, RE 197917, Relator(a): MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002, DJ 07-05-2004 PP-00036 EMENT VOL-02150-03 PP-00368.

A Corte Suprema reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 6º da Lei Orgânica do Município de Mira Estrela e determinou que a Câmara Municipal “adote as medidas cabíveis para adequar sua composição aos parâmetros aqui fixados”. Na linha adotada pelo voto do relator, Ministro Maurício Correa, foram fixadas 36 faixas populacionais que levavam à representatividade de nove a 55 vereadores, provocando o debate em torno da preocupação de dar eficácia maior à Constituição em face do histórico da excessiva criação de Municípios no Brasil e as articulações políticas para uma super-representatividade admitida nas Câmaras de Vereadores pelo país<sup>28</sup>. O Tribunal percebeu no julgamento que a matéria também possuía repercussão no âmbito do direito eleitoral, o que acabou por exigir uma atuação da Justiça Eleitoral, com edição da Resolução n. 21.702, de 2 de abril de 2003, estendendo para todo o país os critérios firmados no julgamento do RE 197917/SP<sup>29</sup>.

A situação tanto impunha uma atuação do Ministério Público Federal perante a Justiça Eleitoral como também exigia dos Ministérios Públicos Estaduais a verificação e o monitoramento das alterações estruturais em todas as Câmaras Municipais espalhadas pelo país que destoassem dos critérios então fixados pelo Supremo Tribunal Federal. Ao serem impactados por esses futuros compromissos de atuação, os Ministérios Públicos Estaduais e o Ministério Público Federal levariam suas visões sobre o assunto, antes mesmo do julgamento final colegiado, desenvolvendo papel ativo de partes, postulando e construindo soluções, com contribuição efetiva para uma resposta jurisdicional madura. Essa participação ativa e conjunta de enriquecimento decisório evitaria ou mesmo diminuiria um dos principais problemas das decisões de ampla repercussão política, social e econômica, o *deficit* informacional, cujos efeitos retardatários de implementação de decisões judiciais são bastante conhecidos.

---

28 Voto do Ministro Nelson Jobim proferido no RE 197917.

29 Ainda que o assunto tenha perdido significado com a edição da Emenda Constitucional n. 58, de 23 de setembro de 2009, a experiência é válida por ilustrar a proposta do presente trabalho.

## CONCLUSÃO

Implementar uma Constituição não é ato instantâneo, que se faz de imediato e de uma vez por todas. É uma constante que sempre impõe uma tarefa por cumprir, pressupondo uma processualidade própria compatível com a necessidade de tornar real um amplo catálogo de direitos, dentro de uma federação com três níveis de poderes administrativos.

O uso de todas as possibilidades institucionais, ainda que por coordenação de órgãos de destacada importância constitucional, como é o Ministério Público, representa uma decorrência lógica desse desafio a ser cumprido, sobretudo em um país marcado por problemas econômicos, sociais e culturais, tal qual o Brasil.

A capacidade institucional de resposta a esses problemas, prevista formalmente no texto constitucional brasileiro, é algo a ser construído e reforçado também pela dinâmica constitucional a partir de arranjos institucionais que vão se revelando úteis e efetivos para as realidades surgidas nesse difícil caminho, em uma mecânica sujeita a abertura de usos e versatilidade de instrumentos. A rejeição à intransigência de fórmulas antecipadamente definidas, com funcionamento rígido e estanque, é condição de possibilidade para o oferecimento de um ambiente transformador, como o desenhado pelo legislador constituinte de 1988.

O desempenho institucional conjunto entre os Ministérios Públicos dos Estados e o Ministério Público Federal é produto dessa concepção processual constitucional, diretriz a ser alcançada, vetor de interpretação para o sistema jurídico, em que o novo capítulo é formado pela atuação em litisconsórcio perante os tribunais superiores, nos casos originados de ação civil pública.

O aprimoramento dessa forma de agir deve ser estimulado e concretamente desenvolvido, cabendo a superação dessa forma de entender expressada pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, quando os Ministérios Públicos dos Estados e o Ministério Público Federal realizam – obrigatoriamente e sempre –



funções diferentes, mesmo nos casos em que direitos fundamentais violados impõem sentido inverso, o da efetiva e participativa convergência.

Espera-se que o presente estudo realce essa necessidade e produza futuros desenvolvimentos na matéria.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito processual coletivo brasileiro**. Um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. edição. Coimbra: Almedina, 2004.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. 2. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça pesquisa direitos e garantias fundamentais**. Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/bitstream/123456789/290/1/Justi%c3%a7a%20Pesquisa%20-20Direitos%20e%20Garantias%20Fundamentas%20-%20A%c3%a7%c3%b5es%20Coletivas%20no%20Brasil.pdf>>. p. 212. Acesso em: 5 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no AREsp 194.892/RJ, Relator Min. Mauro Campbell Marques. Primeira Seção, julgado em 24/10/2012. DJ 26/10/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. AgRg no Resp 1440061/GO, Relator Min. Moura Ribeiro. Quinta Turma, julgado em 15/05/2014. DJ 22/05/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. REsp 1444484/RN, Relator Min. Benedito Gonçalves. Primeira Turma, julgado em 18/09/2014. DJ 29/09/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. EREsp 1327573/RJ, Relator Min. Ari Pagendler. Relator p/Acórdão Min. Nancy Andrighi. Corte Especial, julgado em 17/12/2014. DJ 27/02/2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 22 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 671, de 18 a 22 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo671.htm>>. Acesso em: 3 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. RE 262178/SP, Relator Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma, julgado em 03/10/2000. DJ 24/11/2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. RE 197917/SP, Relator Min. Maurício Correa. Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2002. DJ 07/05/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. ACO 1020/DF, Relator Min. Carmen Lucia. Tribunal Pleno, julgado em 08/10/2008. DJ 19/03/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. ACO 1463/DF, Relator Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2011. DJ 31/01/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. RE 985.392/SP, Relator Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, julgado em 09/11/2017. DJ 10/11/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 22 jan. 2021.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 7. edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **La jurisdicción constitucional de la libertad**. Com referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco. Traducción de Hector Fix Zamudio. Lima: Palestra, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. **Curso de processo constitucional. Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2011.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. A ação civil pública e os dilemas do Ministério Público agente político. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Ação civil pública – gizamento constitucional e legal. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos. In: MILARÉ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (Orgs.). **Doutrinas essenciais direito ambiental**. Volume IV. Tutela do meio ambiente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 303.

GUERRA, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**, 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: RCS Editora, 2007.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LUÑO, Perez. Las generaciones de derechos humanos.

**Revista del centro de estudios constitucionales:**

Madrid, n. 10, p. 203-217, sep./dec. 1991. Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=395&IDA=1360>>. Acesso em: 23 set. 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**. 15. edição. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2019.

\_\_\_\_\_. **Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir**.

8. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**.

8. edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILARÉ, Edis; MILARÉ, Lucas Tamer. Ação civil pública, instrumento de reação à danosidade ambiental: o estado da arte depois de 35 anos.

In: MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação civil pública após 35 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 5. edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade**. Belo Horizonte: Lê, 1991.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.



## SER OU NÃO SER OMBUDSMAN? POR QUE RESPONDER SIM É IMPORTANTE PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

### *TO BE OR NOT TO BE AN OMBUDSMAN? THE RELEVANCE FOR THE BRAZILIAN PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE TO SAY SO*

**Salomão Abdo Aziz Ismail Filho**

Especialista e Mestre em Direito (Universidade Federal de Pernambuco). MBA em gestão do Ministério Público (Universidade de Pernambuco). Doutor em Direito (Universidade Católica de Pernambuco). Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco.  
salomao@mppe.mp.br

Recebido em: 15/3/2021

Aprovado em: 12/7/2021

**Resumo:** Este artigo investiga se existe fundamento constitucional para que o Ministério Público brasileiro possa ser considerado um *Ombudsman* nacional. Para tanto, estuda as origens do *Ombudsman*, a sua prática em alguns países e as suas principais características. O estudo apresenta posições contrárias e favoráveis ao MP *Ombudsman*, posicionando-se a favor deste múnus constitucional para o Ministério Público brasileiro. Ao final, demonstra quais as consequências, para o Ministério Público, de ser considerado um *Ombudsman* para a população.

**Palavras-chave:** Ministério Público. *Ombudsman*. Direitos fundamentais. Acesso à justiça.

**Abstract:** This article investigates whether there is a constitutional basis for the Brazilian Public Prosecutor's Office to be considered a national *Ombudsman*. To this end, it studies the origins of the *Ombudsman*, its practice in some countries and its main characteristics. The study presents opposing and favorable positions to Public Prosecutor's Office act as *Ombudsman*, positioning itself in favor of this constitutional office

*for the Brazilian Public Prosecutor's Office. In the end, it demonstrates the consequences of being considered an Ombudsman for the population.*

**Keywords:** *Public Prosecutor's Office. Ombudsman. Human rights. Access to justice.*

**Sumário:** Introdução. 1. Origens do *Ombudsman*. Panorama de sua atuação em outros ordenamentos jurídicos. 2. Características necessárias para o *Ombudsman*, segundo a ONU. 3. Seria o *Ombudsman* um 4º Poder? 4. Afinal, o Ministério Público é o *Ombudsman* no Brasil? 5. Críticas sobre o Ministério Público *Ombudsman*. Uma análise constitucional a respeito. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

O objetivo principal deste artigo jurídico é apresentar um estudo a respeito do papel do Ministério Público brasileiro na condição de *Ombudsman*.

Seria, de fato, tal função atribuída ao Ministério Público, conforme a Constituição? Haveria fundamento jurídico para tanto? Ou caberia a outra função essencial à justiça ou órgão público consagrado constitucionalmente desempenhar tal mister?

A partir de um estudo das origens do *Ombudsman* e da sua aplicação em diversos países, apresenta-se um fundamento constitucional para responder ao problema proposto, demonstrando também as consequências, para o Ministério Público brasileiro, de ser considerada uma instituição ouvidora do Povo, por excelência.

Trata-se, enfim, de um tema sempre atual, cuja definição tem direta relação com a proposta de um Ministério Público resolutivo, aberto ao diálogo com as instituições e cada vez comprometido com a concretização dos direitos fundamentais da população brasileira.

## 1. ORIGENS DO OMBUDSMAN. PANORAMA DE SUA ATUAÇÃO EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

Em um sentido literal, *Ombudsman* seria “aquele que faz o trâmite”, ou seja, alguém que serve de intermediário, representante, entre a autoridade/poder e o cidadão (NAPIONE, 1969, p. 2-3). Tal palavra teria origem em um termo usado por antigas tribos bárbaras, de ascendência germânica, referente a pessoas cuja função era recolher multas e contribuições das famílias de réus arrependidos, para, posteriormente, distribuir o dinheiro obtido aos familiares das suas respectivas vítimas.

O sentido moderno da expressão *Ombudsman* veio da Suécia, em 1809, após a revolução que destronou o rei Gustavo Adolfo, quando foi criado um cargo com a missão de fiscalizar o cumprimento da lei pelos órgãos da Administração Pública em geral (ISMAIL FILHO, 2015a, p. 115). Com a Constituição pós-revolução, o próprio parlamento sueco passou a designar um servidor de natureza especial, para fiscalizar a atuação da Administração Pública. Era a figura do *JustitieOmbudsman*, o qual teria a possibilidade de receber reclamações da população contra atos de funcionários públicos, inclusive juízes (AMARAL FILHO, 1993, p. 22), facilitando o controle dos órgãos da Administração Pública, entre o 1º escalão do governo (Ministérios) e os diversos órgãos/ramificações (CORREIA, 1979, p. 28-30). Em 1915, cria-se um *Ombudsman* específico para controlar a atividade dos serviços de Defesa; tem-se, então, o *Justitieombudsman*, para a administração civil, e o *Militieombudsman*, para assuntos militares (BARACHO, 2007, p. 6).

Na Europa, durante o século XX, ganhou força a ideia da criação de um órgão de ouvidoria popular, que pudesse receber queixas contra os serviços públicos e exercesse, ainda, alguma espécie de controle perante a Administração Pública. Mencione-se a criação do *Ombudsman* em países Escandinavos, como Finlândia (1919), Dinamarca (1946) e Noruega (1952). Em outros países europeus, tal função viria pouco depois, ainda que com nomes diversos: República Federal da Alemanha (1957), Reino Unido (1967), Espanha (1978) e Grécia (1997).



Na Noruega, durante os anos 80 e 90 do século XX, iniciou-se um movimento para a criação de um *Ombudsman* específico, separado do *Ombudsman* parlamentar, para atuar na área do direito da saúde, estando presente em cada condado do referido país escandinavo. Ficou ele conhecido como o *Ombudsman* dos pacientes e, apesar de atuar de forma independente, é vinculado à estrutura administrativa do Ministério da Saúde (MOLVEN, 2007).

A França, inicialmente, teria ficado de fora do movimento de criação do *Ombudsman*, por prevalecer o entendimento de que caberia ao Conselho de Estado, por vocação, o controle da Administração Pública naquele país. Não obstante, em 1973, foi criado o *Médiateur*, com a finalidade de analisar reclamações das relações do Governo com os administrados e com relação ao funcionamento das demais entidades públicas. Para alguns, o *Médiateur* teria se afastado da natureza original do *Ombudsman*, por ser nomeado, de forma discricionária, pelo Conselho de Ministros do governo francês e não pelo Parlamento (CORREIA, 1979, p. 37). De todo modo, em terras francesas, ainda existe também a Comissão Nacional consultiva de Direitos Humanos, equiparada a um *Ombudsman*, criada em 1976 (ACUÑA, 2005, p. 77 e 83).

Em Portugal, o papel de *Ombudsman* foi materializado através do Provedor de Justiça, criado mediante o Decreto-lei nº 212, de 21 de abril de 1975. Sobre o tema, Sousa (1995, p. 16-21) lembra a importância de Vasco da Gama Fernandes para a implantação do *Ombudsman* em Portugal, ao apresentar, no início da década de 70, no 3º Congresso Nacional de Advogados, uma tese sobre a necessidade da criação de um órgão independente, dotado de poderes de instrução, para receber reclamações dos cidadãos em desfavor de órgãos administrativos ou policiais.

O Provedor de Justiça veio a ser constitucionalizado através do art. 23 da Constituição de 1976, que lhe deu a feição de órgão independente, cujo titular é indicado pela Assembleia da República, para cumprir um mandato por prazo determinado em lei (art. 23, itens 2 e 3).

Interessante é o debate sobre o endereço jurídico do Provedor de Justiça, ou seja, se poderia ele ser ou não classificado como uma autoridade administrativa independente. Autorizada doutrina lusitana, como Canotilho, Vital Moreira (2007, p. 440) e Neves (2005, p. 60-62), entende que não, considerando que o Provedor não exerce função administrativa, salvo com relação aos seus serviços internos, também não possuindo poderes de regulação ou de aplicação de sanções.

Não obstante, defende-se que o Provedor de Justiça, tal como o Ministério Público, no Brasil, enquanto órgão constitucional, apresentasse como um órgão público de natureza independente, que goza de autonomia administrativa e funcional, sendo sua gestão assegurada por um Conselho Administrativo (art. 2º, item 1, da Lei Orgânica da Provedoria de Justiça), não estando vinculado à estrutura de nenhum dos poderes soberanos do Estado (NEVES, 2005).<sup>1</sup>

Ao Provedor de Justiça cabe receber as queixas dos cidadãos por ações ou omissões dos poderes públicos, dirigindo as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças (art. 23, item 1, da Constituição portuguesa). Consagra, ainda, a Carta lusitana o relevante princípio da colaboração, no sentido de que os órgãos e agentes da Administração Pública devem cooperar com o Provedor de Justiça na realização da sua missão (art. 23, item 4, da CRP). Além disso, o Provedor de Justiça é, outrossim, um dos integrantes do Conselho de Estado, órgão consultivo do Presidente da República (art. 142, *d*, da Constituição de Portugal).

O chamado *Ombudsman* europeu foi criado por meio do Tratado da União Europeia (Maastricht, Holanda, 1992), com a missão de receber queixas de qualquer cidadão europeu ou de qualquer pessoa, física ou jurídica, devidamente estabelecida no âmbito da União Europeia, a respeito do mal funcionamento das instituições e órgãos que compõem a Comunidade europeia, com exceção do Tribunal de Justiça europeu e do Tribunal de 1ª Instância europeu, no exercício de suas atividades jurisdicionais (art. 138-E).

---

<sup>1</sup> Não exatamente é essa a conclusão de Cardoso (2012, p. 70-71), o qual, embora reconheça ser o Provedor de Justiça um órgão do Estado de natureza independente, considera-o como posicionado institucionalmente na órbita do Parlamento.

Nos Estados Unidos da América, não há um *Ombudsman* nacional, mas somente órgãos de defesa dos direitos humanos com atuação regional. No Canadá, já com uma atuação nacional, existem a Comissão Canadense de Direitos Humanos e o Tribunal de Direitos Humanos.

Em países latino-americanos, como Argentina, Bolívia, Costa Rica, Colômbia, Equador e Paraguai, também se encontra presente o *Ombudsman*, através da figura do *Defensor del Pueblo*, mesma designação adotada pela Constituição espanhola, art. 54 (ROCA, 2008). No México, existe a Comissão Nacional de Direitos, sendo considerada por alguns como *Ombudsman* nacional (SERRANO, 2008, p. 245-247). Na Costa Rica, tem-se o *Defensor de los Habitantes*; na Guatemala, atua o *Procurador de los Derechos Humanos*, designação semelhante à da Nicarágua (*Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos*), Porto Rico (*Procurador del Ciudadano*) e El Salvador, cuja instituição é o *Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos* (ACUÑA, 2005, p. 75-80).

É preciso, porém, que cada órgão que exerce a função de *Ombudsman*, no seu país, atue com a independência e a diligência necessárias, superando a ideia de “modismo” ou de órgão público criado apenas para satisfazer organismos internacionais ou mostrar a imagem de país defensor de direitos humanos. A atuação do *Ombudsman* há de ser, portanto, real, efetiva e independente, reivindicando a defesa dos direitos humanos em todos os níveis de atuação dos Poderes Públicos e da Administração Pública em geral, incluindo-se também as forças policiais.

## **2. CARACTERÍSTICAS NECESSÁRIAS PARA O OMBUDSMAN, SEGUNDO A ONU**

As Nações Unidas, por meio da Resolução nº 1992/54, de 03 de março de 1992, da Comissão de Direitos Humanos, e da Resolução nº A/RES/48/134, de 20 de dezembro de 1993, da Assembleia-Geral, buscaram apresentar princípios gerais para a atuação de instituições nacionais de direitos humanos.

Em suma, para a ONU, uma instituição nacional, ouvidora do Povo, deve ser investida de competência para promover e proteger os direitos humanos e, ainda, ter uma área de atuação abrangente, estando prevista na Constituição ou em lei, especificando-se, ainda, sua composição e esfera de competência.

Ainda conforme a ONU, uma instituição nacional deve ter, entre outras, atribuições para:

1. apresentar ao Governo, Parlamento ou outro órgão competente, em carácter consultivo, opiniões, recomendações, propostas e relatórios nas seguintes áreas:
  - a. matérias referentes a assuntos legislativos ou administrativos, assim como à organização judicial, objetivando preservar e ampliar a proteção dos direitos humanos;
  - b. qualquer situação de violação a direitos humanos que resolva examinar;
  - c. preparação de relatórios sobre a situação dos direitos humanos;
  - d. chamar a atenção do governo para qualquer situação de violação aos direitos humanos.
2. promover e assegurar a harmonização entre preceitos nacionais e internacionais, bem como sua efetiva implementação;
3. encorajar a ratificação de instrumentos internacionais e assegurar sua implementação;
4. contribuir para os relatórios que os Estados têm de elaborar;
5. cooperar com a ONU e seus órgãos, bem assim com instituições regionais e nacionais, com atuação em direitos humanos;
6. assistir à formulação de programas para o ensino e a pesquisa em direitos humanos, participando de sua execução em escolas, universidades e círculos profissionais;
7. dar publicidade aos direitos humanos e aos esforços de combater todas as formas de discriminação, em

particular a racial, aumentando a conscientização pública, especialmente através da educação e de órgãos da imprensa.

Verifica-se, assim, à luz das deliberações da ONU, que a instituição nacional de direitos humanos precisa ter uma atuação diversificada, tanto no âmbito do ordenamento jurídico interno (acompanhando matérias legislativas e tendo atuação no âmbito escolar e no combate às discriminações, mediante projetos específicos, por exemplo) como no plano internacional, perante o sistema de defesa de tais direitos, como as Cortes Internacionais.

### **3. SERIA O OMBUDSMAN UM 4º PODER?**

Tendo por referência as características de uma instituição nacional para a defesa dos direitos humanos, indicadas pela ONU, caberia refletir se o *Ombudsman* poderia ser considerado mais uma manifestação do poder soberano, que emana do Povo (4º poder).

Deveras, é necessário lembrar que o clássico princípio, deduzido a partir da doutrina de Montesquieu, não é apenas da separação, mas também da interdependência ou da harmonia entre os poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário).<sup>2</sup>

Há autores, como Saldanha (1997, p. 97), que destacam que a doutrina de Montesquieu não tinha por finalidade separar, mas garantir a coexistência entre os poderes e evitar os abusos; a concentração de competências e atribuições; enfim, os excessos dos poderes perante os direitos individuais do cidadão.

Destarte, não existirá essa interdependência ou harmonia, se houver atos detentores de imunidades absolutas (ISMAIL FILHO, 2020, p. 153-158), que subtraíam do cidadão, das associações civis, dos órgãos de controle externo e dos órgãos de defesa dos direitos humanos a possibilidade de questionar, discutir e dialogar escolhas administrativas ou políticas dos poderes constituídos, máxime o Executivo e o Legislativo, em desconformidade com os parâmetros

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, o art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

constitucionais (objetivos/metapas fundamentais do Estado e direitos humanos fundamentais).

De fato, se houvesse imunidade absoluta quanto às escolhas ou omissões administrativas ou de governo, em matéria de direitos fundamentais, aí sim, haverá violação do princípio da separação e da interdependência entre os Poderes, pois um poder estaria se impondo a outro, podendo sujeitar todos os administrados a uma decisão arbitrária, unilateral do governante.

É evidente que a margem de escolhas de um determinado decisor político poderá variar e a possibilidade de controle também sofrerá tal variação, para mais ou para menos, principalmente, neste último caso, quando se tratar de um ato omissivo (e não comissivo) que venha a interferir ou alterar o conteúdo de determinado direito fundamental.

Entretanto, existe uma manifesta diferença entre não admitir qualquer forma de controle, sob o pálio da violação ao princípio da separação de poderes, e aceitar tal controle, mediante critérios de ponderação e de valoração dos bens jurídicos, normas e princípios relacionados com o caso concreto em questão. O que a teoria do Barão de Montesquieu buscava era, justamente, evitar o despotismo, o absolutismo de um rei que, em 1747, ano da conclusão de “O espírito das leis”, em alguns Estados europeus, como a própria França, com Luís XV, ainda não encontrava limites e era apoiado por uma nobreza predominantemente corrupta e indiferente aos problemas sociais.

Por isso, Montesquieu (2005, p. 74, 122-123 e 167) doutrina não apenas por uma separação das funções soberanas, mas por uma combinação, regulação, de forma que um poder tenha condições de limitar o outro, garantindo a liberdade e evitando o despotismo. A lógica do autor volta-se inicialmente para o binômio Legislativo-Executivo, mas, em momento algum, nega-se ao Judiciário, na qualidade de poder “nulo” (ou seja, equidistante, imparcial), a possibilidade de regulamentar e de participar, ainda que excepcionalmente, dessa coordenação e interdependência.

A teleologia moderna de sua teoria, defende-se, não deve resultar apenas em uma mera “separação” de poderes, mas em uma

coordenação das funções primordiais (administrar, legislar e julgar), que são manifestações do poder soberano do Estado, visando ao bem da sociedade, pela satisfação do interesse público. A Constituição brasileira de 1934, aliás, utilizava a expressão “coordenação de poderes”, visando manter a independência de cada poder; a continuidade administrativa e o respeito ao texto constitucional (arts. 7º, b, e 88).

Destarte, não custa lembrar que, do ponto de vista da teoria constitucional, não existem três poderes, mas um poder soberano, de natureza una, que pertence ao Povo de um determinado Estado, o qual se irradia, por uma questão de racionalidade, entre órgãos, funções e entidades públicas, os quais se agregam a um centro maior de competência administrativa (chamado então de “poder”), a partir da natureza da função que desempenham (de governo, de legislação ou de julgamento).

E onde é possível incluir a figura do *Ombudsman* em tal definição?

Ora, o *Ombudsman* é um órgão de ouvidoria do Povo e que, ao mesmo tempo, por receber queixas da população a respeito, também deve fiscalizar a prestação dos serviços públicos. Em sua origem europeia, como demonstrado, está vinculado ao Poder Legislativo, mas, em tempos modernos, o ideal é que a função de *Ombudsman* seja exercida por um órgão desvinculado da estrutura hierárquica ou funcional de qualquer dos Poderes constituídos.

Além disso, o *Ombudsman* deve ser aquele órgão o qual deve primar pela defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, sejam aqueles previstos na Constituição do seu respectivo país, sejam aqueles estipulados em tratados internacionais dos quais o seu Estado seja signatário.

Não é por acaso, portanto, que, em alguns ordenamentos jurídicos, o *Ombudsman* seja tratado, em sede constitucional, na parte atinente aos direitos fundamentais, porque é instrumento de garantia destes. É caso da Constituição da Espanha, onde o *Defensor del Pueblo* é tratado no capítulo das garantias das liberdades e direitos fundamentais (art. 54), mas dentro do título referente aos deveres e direitos fundamentais.

Onde houver o exercício de um Poder soberano, é preciso que exista o *Ombudsman*, ou seja, um órgão integrante do serviço público,

mas de natureza externa/independente, a representar toda a sociedade, cuja missão é fiscalizar o exercício desse Poder, à luz do projeto constitucional daquele país ou Estado (ISMAIL FILHO, 2015a, p. 117).

Reitere-se que o *Ombudsman* não deve ser considerado um 4º poder, mas sim um órgão público, de natureza independente, não estando subordinado a qualquer outro Poder, cuja missão constitucional é, justamente, fiscalizar os poderes constituídos e zelar pelo respeito e boa gestão dos direitos fundamentais. Além disso, devido à sua natureza independente e colaborativa com o serviço público, deve também o *Ombudsman* primar pelo diálogo e pela resolução consensual dos litígios envolvendo a Administração Pública, a fim de que a harmonia entre os Poderes e os órgãos do serviço público sejam, de fato, uma realidade.

#### **4. AFINAL, O MINISTÉRIO PÚBLICO É O OMBUDSMAN NO BRASIL?**

Antes mesmo da Constituição Federal de 1988, já havia um movimento pela criação de uma autoridade nacional, com amplos poderes investigativos, prestígio junto à população e em condições de funcionar como instrumento tutelar de direitos fundamentais junto às autoridades administrativas. Aliás, na V Conferência Nacional da OAB, em 1974, foi aprovada a Súmula nº 23, que tratava do *Ombudsman*, o qual deveria ter as características mencionadas (OLIVEIRA FILHO, 1977). Em 1984, no Congresso Nacional, chegou-se a propor a criação de um Procurador Popular, através do Deputado Jonas Nunes, e de um Ouvidor-Geral, projeto do Senador Marco Maciel (MEDAUAR, 2020, p. 153).

A Magna Carta não cita, em um único momento, a palavra *Ombudsman*.

Mas é evidente que a Carta Cidadã previu, ainda que sem nominar, a referida função. O art. 37, § 3º, inciso I (acrescentado pela EC nº 19/1998), prevê, para a Administração Pública, o recebimento de reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços. Para



Coelho (2015, p. 164), trata-se do reconhecimento das ouvidorias, no âmbito do serviço público brasileiro, no sentido de funcionarem como instrumento de acesso ao serviço público pela população. Lemos Júnior (2019, p. 21-22) destaca a relevância de tais ouvidorias, internamente, no Poder Judiciário, visando aprimorar os seus serviços.

Sem dúvida alguma, a existência de ouvidorias, no âmbito do serviço público federal, estadual, distrital e municipal é algo imprescindível para uma Administração Pública moderna e que permita a participação procedimental da população. Porém, existiria, na Constituição de 1988, alicerce para se falar em um *Ombudsman* nacional?

É fato que o anteprojeto de Constituição da Presidência da República, elaborado pela Comissão Afonso Arinos, em seu art. 56, previa o cargo de Defensor do Povo, que seria escolhido pela Câmara dos Deputados, havendo a possibilidade de as Constituições Estaduais também preverem o respectivo Defensor do Povo, no âmbito de cada unidade federativa (BRASIL, Senado Federal, 1986).

Todavia, iniciados debates na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), formada por Deputados Federais e Senadores escolhidos nas eleições de 1986, a previsão de criação do Defensor do Povo foi afastada. E quem herdou a missão constitucional de *Ombudsman*? Teria sido o Tribunal de Contas?

Ora, trata-se de um órgão de natureza independente, embora vinculado, para efeitos financeiros e de responsabilidade fiscal, ao Poder Legislativo (art. 1º, § 3º, inciso I, e art. 20, § 2º, inciso II, ambos da LC 101/2001). Além disso, a atuação do *Ombudsman* vai além dos aspectos contábil, financeiro, operacional e patrimonial, os quais marcam a atuação do referido órgão (arts. 70 e 71 da CF/1988), devendo incluir uma fiscalização mais ampla, inclusive a respeito da prática de eventuais abusos de autoridade cometidos pelos agentes públicos, além da fiscalização das atividades policiais do Estado. Demais, o Tribunal de Contas pode impor sanções (art. 71, incisos II e VIII, da CF/1988), funcionando como uma verdadeira Corte para o

juízo das contas dos gestores públicos, afastando-se muito da concepção original de um *Ombudsman*.

Não seria, então, a Defensoria Pública o *Ombudsman* brasileiro? Deveras, trata-se de uma importante função essencial à justiça, espécie do gênero Advocacia (art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.906/1994), que deve primar pelo atendimento e orientação jurídica da parte que comprovar insuficiência de recursos, no plano individual e coletivo, *ex vi* dos arts. 5º, inciso LXXIV, e art. 134 da CF/1988, este alterado pela EC nº 80/2014. Mas não poderia a Defensoria ser o *Ombudsman*, pois não é legitimada universal para receber queixas contra o serviço público, tal como aquelas formuladas por grandes empresas ou pessoas de boa condição financeira. Além disso, não exerce nenhum controle externo a respeito da atividade policial do Estado ou mesmo do serviço público, de modo geral. Nem lhe cabe atuar com imparcialidade como fiscal da ordem jurídica (mas, sim, em favor do interesse dos seus assistidos).

Pode-se, então, afirmar que o Ministério Público é, deveras, o *Ombudsman* brasileiro? Segundo o falecido deputado federal Plínio de Arruda Sampaio, constituinte de 1988, em entrevista concedida em 1995, não seria necessária a criação de um Defensor do Povo porque o Brasil já tinha, na figura do Ministério Público, o seu *Ombudsman*. Para ele, já havia um *Ombudsman* em cada município brasileiro, com independência necessária para ouvir o Povo e promover as medidas cabíveis (ARANTES, 2002, p. 86).

Tempos mais tarde, em entrevista concedida para o Memorial do Ministério Público do Rio Grande do Sul, o ex-constituente confirma tal versão, alegando que setores ligados ao movimento pastoral da Igreja Católica queriam criar ouvidores em todo o Brasil, mas prevaleceu a tese de que este ouvidor já existia, personificado nos membros do Ministério Público que atuavam em cada município brasileiro (SAMPAIO, 2002).

O alicerce constitucional da previsão do Ministério Público *Ombudsman* encontra-se previsto no inciso II do art. 129 da CF/1988, segundo o qual cabe ao MP 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.

Tal norma constitucional consagrou o Ministério Público enquanto instrumento de concretização dos direitos fundamentais, a partir da sua atuação como ouvidor do Povo.

Além disso, reforçou a condição do Ministério Público brasileiro de atuar enquanto agente político de transformação social, permitindo aos membros do *Parquet* uma destacada incursão no campo da política, no sentido de fiscalizar a conduta funcional dos governantes e atuar em prol de um governo mais eficiente e comprometido com a realização dos direitos constitucionais – mecanismo de *enforcement* (ARANTES, 2002, p. 137-139).

Demais, o texto constitucional (art. 127, *caput*) consagrou o Ministério Público como função essencial à Justiça e defensora da ordem jurídica, devendo, assim, atuar sempre em favor de um ordenamento justo. Mas, não somente isso; também deve atuar o MP em defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o que obriga a instituição a ser um efetivo e permanente canal de recebimento de queixas e de solução de demandas (resolutividade), indo além da condição de órgão com atuação meramente processual, no âmbito do Poder Judiciário.

Nesse aspecto, é interessante também mencionar a visão de Gomes (2017, p. 67-73 e 98-99), o qual entende que o art. 129, inciso II, da CF/1988 deve ser interpretado em conjunto com o art. 5º, inciso XXXV, sendo, assim, uma norma constitucional que consagra o Ministério Público enquanto canal de acesso ao Poder Judiciário, sendo responsável pela implementação de medidas em favor dos direitos humanos. Não se nega, em absoluto, tal aspecto, mas reitera-se o entendimento de que o inciso II do art. 129 consagra o próprio Ministério Público enquanto canal de acesso não apenas ao Poder Judiciário, mas ao valor justiça, podendo ele mesmo funcionar como instância resolutiva e extrajudicial da solução de demandas.

A Magna Carta consagrou o Ministério Público como órgão de natureza autônoma, não estando vinculado hierarquicamente à

estrutura de qualquer dos poderes do Estado (art. 127, *caput*). Como lembra Paes (2003, p. 181-183), o Ministério Público brasileiro é um órgão independente, que possui tratamento jurídico constitucional equivalente aos poderes do Estado, embora não faça parte da estrutura de qualquer deles. No mesmo diapasão, destacando que o MP não seria um 4º Poder, mas um órgão constitucional dotado de independência e autonomia (o que na prática seria, para a sociedade, mais importante do que a sua mera colocação tópica como 4º Poder do Estado), consulte-se Mazzilli (2007, p. 102-105).

Reforçando o caráter de órgão independente, mas equiparado aos Poderes constituídos, o art. 85, inciso II, da CF/1988 dispõe ser crime de responsabilidade do Presidente da República atentar contra o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação.

A fim de consolidar a sua autonomia, é assegurada, quando do exercício de suas atribuições, a independência funcional, como princípio institucional (art. 127, § 1º, da CF/1988). O Ministério Público possui, ainda, autonomia funcional e administrativa, podendo propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção dos seus cargos, a organização da sua carreira e a sua política remuneratória (art. 127, § 2º, da CF/1988).

Mencione-se, outrossim, a expressa proibição de o Ministério Público funcionar como órgão de consulta ou exercer a representação judicial de entidades públicas (art. 129, inciso IX, da CF/1988), o que reforça o caráter independente do órgão para atuar na condição de *Ombudsman* perante a Administração Pública brasileira.

Afinal, com o advento da Constituição de 1988, a Procuradoria da República, no Brasil, deixou de representar a União em juízo, tendo sido criada a Advocacia-Geral da União para tal mister (art. 131). Já a representação jurídica dos Estados Federados e do Distrito Federal, antes mesmos da Carta Cidadã, já era atribuição das suas Procuradorias, órgão diverso do Ministério Público dos Estados e DF, o que foi ratificado pelo art. 132 da CF/1988.

Não obstante, no plano dos exemplos, em Portugal, a Procuradoria da República ainda representa o Estado lusitano, nos termos do art. 4º,

item 1, *a*, da Lei nº 68, de 27 de agosto de 2019. Por isso, a relevância de um *Ombudsman*, representado pelo Provedor de Justiça, separado do Ministério Público e do Poder Executivo, naquele país, algo que já não acontece no Estado brasileiro.

Por isso, a relevância, no Brasil, de uma instituição autônoma e com amplo rol de atribuições definido constitucionalmente para defender os direitos fundamentais do cidadão, no plano judicial e extrajudicial. Tal fato, no entanto, não impede que, no âmbito de cada Poder e suas ramificações nos planos federal, estadual e municipal, existam órgãos de controle interno, como controladorias e ouvidorias (GEISA, 2007, p. 90).

Nessa linha de pensamento, Freitas e Jobim (2015, p. 108-109) reconhecem o papel do Ministério Público como *Ombudsman*, conforme o art. 129, inciso II, da CF/1988, mas entendem que, no âmbito de outros órgãos públicos, como as agências reguladoras, podem ser criadas instituições similares, a fim de estimular o diálogo e a solução extrajudicial de conflitos, à luz do art. 3º e §§ do CPC.

Sem dúvida alguma, a solução consensual de conflitos e a cultura do diálogo devem ser estimuladas, no âmbito do serviço público brasileiro, inclusive em razão da Lei nº 13.140/2015.<sup>3</sup> Não obstante, é preciso destacar a importância de uma instituição de caráter nacional, externa a todos os Poderes, mas com atribuições para atuar e requisitar perante todos eles, em que o cidadão possa confiar suas queixas e anseios na busca pela defesa dos seus direitos fundamentais.

Afinal, a mera existência de uma instituição com tais características simboliza a possibilidade de um efetivo exercício da cidadania, traduzindo a mensagem que o controle dos atos da Administração Pública está ao alcance de qualquer um do Povo (RODRIGUES, 2007, p. 90). E, no Brasil, tal instituição, por múnus constitucional, é o Ministério Público.

---

3 Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. O art. 32 prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública.

## 5. CRÍTICAS SOBRE O MINISTÉRIO PÚBLICO *OMBUDSMAN*. UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL A RESPEITO

Relevante parcela da doutrina brasileira, apesar de narrar as tentativas de criação do Defensor do Povo, silencia a respeito do papel de *Ombudsman* exercido pelo Ministério Público. É o caso, por exemplo, de Mendes e Branco (2020, p. 1.537-1.538). Outros sequer mencionam o Defensor do Povo ou o papel de *Ombudsman* atribuído ao Ministério Público, como é o caso de Barcelos (2019, p. 446-447), Bulos (2015, p. 1420) e Lenza (2020, p. 654-655).

Medauar (2020, p. 155), embora reconheça que atribuições semelhantes às de um *Ombudsman* foram previstas no art. 129, inciso II, da CF/1988, entende que tal figura ainda precisa ser criada no Brasil, como órgão desburocratizado.

De outra banda, Amaral Filho (1993, p. 117-118, 125 e 140) chega a afirmar que o constituinte brasileiro de 1988 negou-se a aprovar o *Ombudsman*, através da figura do Defensor do Povo. Diferencia o *Ombudsman* do Ministério Público brasileiro, aduzindo que o primeiro, de fato, exerceria algumas funções do MP, como a titularidade da ação penal pública (para alguns tipos de crime), mas sem as características de um órgão punitivo estatal.

Arantes (2002, p. 90-91), embora afirme que o Ministério Público, ao priorizar a sua atuação extrajudicial, aproxima-se da figura do *Ombudsman*, aduz que há diferenças fundamentais entre eles, porque o MP exerce parcela do poder coercitivo do Estado, mesmo na fase extrajudicial, algo que o *Ombudsman* não possui. Demais, o *Ombudsman* clássico seria indicado pelo Poder Legislativo, com um mandato fixo, combinando independência e controle político. Já o MP não estaria submetido a nenhuma forma de controle político, gozando ainda os seus membros da vitaliciedade.

Outro viés de crítica é que, em razão de a Chefia do MP ser indicada pelo Poder Executivo (e não pelo Poder Legislativo), não teria o Ministério Público brasileiro a isenção necessária para funcionar como instituição de defesa dos direitos humanos, nos moldes da

Resolução nº 1992/54, de 03 de março de 1992, da Comissão de Direitos Humanos, e da Resolução nº A/RES/48/134, de 20 de dezembro de 1993, das Nações Unidas. Segundo Martín (2001, p. 93), o fato de o *Defensor del Pueblo* (*Ombudsman* espanhol) ser escolhido pelo Parlamento contribui para reforçar a sua autoridade moral e o seu grau de independência sobre a Administração Pública.

Não obstante o respeito por tais posicionamentos, entende-se que, para enfrentar o tema, é necessário discutir, primeiramente, o real alcance e a teleologia da norma insculpida no inciso II do art. 129 da Magna Carta para o Ministério Público. Porque é justamente esta norma, como já mencionado, que consagra ao *Parquet* brasileiro o múnus constitucional de atuar como *Ombudsman*. Observe o leitor: trata-se de um múnus, e não de um privilégio.

E que múnus/dever seria esse? Zelar permanentemente para que os poderes públicos (leia-se Executivo, Legislativo e Judiciário e os órgãos a eles vinculados) respeitem os direitos constitucionalmente assegurados às pessoas do ordenamento brasileiro, físicas ou jurídicas. E não apenas os poderes e órgãos públicos, mas também os serviços de relevância pública, delegados a particulares, por autorização, permissão ou concessão.

A Magna Carta vai além e prevê não somente o zelo, mas também uma ação resolutiva do Ministério Público, através da promoção das “medidas necessárias” (judiciais ou não) à sua garantia.

Perceba-se, há também uma relevante conexão da norma-*Ombudsman* (art. 129, inciso II) com o controle externo da atividade policial, que deve ser exercido justamente pelo Ministério Público (art. 129, inciso VII) porque esta instituição é quem exerce a função de ouvidoria popular universal, cabendo, por isso, receber as queixas contra os excessos praticados pelos órgãos policiais e adotar as providências cabíveis. A propósito, o STF já decidiu pela legitimidade do MP para promover as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição, inclusive através do controle externo da atividade policial (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011).

Desse múnus constitucional de ouvidoria popular o Ministério Público brasileiro não poderá jamais se afastar. Por corolário, a atividade de atendimento ao público não pode ser relegada, desconsiderada ou mesmo dificultada. Porque o Ministério Público é, por disposição constitucional, um canal permanente de acesso ao valor justiça e aos direitos fundamentais (ISMAIL FILHO, 2011, p. 81-88), funcionando como verdadeira garantia constitucional fundamental (ALMEIDA, 2019, p. 535). Devem, assim, suas portas estar, literalmente, sempre abertas para receber as queixas e os anseios da população.

Nesse sentido, mencione-se a Resolução CNMP nº 205, de 18 de dezembro de 2019, que dispõe sobre a política nacional de atendimento ao público no âmbito do Ministério Público. O nono considerando da referida norma deixa claro que a atividade de ouvidoria popular (*Ombudsman*) está intrinsecamente ligada à condição de membro do Ministério Público, pois destaca a importância de criar a cultura de ouvir o cidadão; de ampliar os espaços de diálogo com os mais diversos públicos; de dar tratamento adequado às demandas que ingressam pelos canais da Ouvidoria; de implementar medidores de desempenho quantitativos e qualitativos, de modo a possibilitar a tomada de decisões a partir de respostas dos cidadãos e a elaborar estratégias e planos de atuação fundamentados nessas manifestações.

A propósito, independentemente da existência de ouvidorias internas em cada unidade ministerial, o membro do Ministério Público, no exercício de suas funções, deve prestar atendimento ao público todas as vezes em que for solicitado, no local de sua atuação, respeitados os horários de atendimento do órgão, com a finalidade de avaliar as demandas que lhe sejam dirigidas (art. 9º da Resolução CNMP 205/2019).

É evidente que os meios de acesso digital e à rede mundial de computadores (internet) podem facilitar o atendimento ao público. Mas, para o seguimento da população brasileira que não tem acesso a tais instrumentos, não pode jamais ser negado o acesso ao *Ombudsman*, dirigindo-se diretamente à sede do Ministério Público para apresentar sua queixa/notícia de fato, tendo acesso direto ao membro, quando



for o caso. Nesse contexto, o art. 14 da Resolução CNMP nº 205/2019 admite até mesmo o atendimento por via postal e por urnas, de forma a garantir amplo acesso às pessoas que preferem ou somente podem se manifestar por esses meios.

Sem dúvidas, merecem reflexão as críticas supramencionadas a respeito do MP *Ombudsman*. O Ministério Público, no Brasil, de fato, exerce parcela da soberania estatal, através da titularidade exclusiva da ação penal pública. Por conseguinte, cabe ao MP a palavra definitiva sobre o arquivamento ou a propositura da referida ação penal pública (art. 129, inciso I, da CF/1988 c/c o art. 28 do CPP), pronunciando-se sobre a propositura ou não do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) e sobre a possibilidade de transação penal e/ou a propositura de suspensão condicional do processo em crimes de pequeno potencial ofensivo de ação penal pública (arts. 76 e 89 da Lei 9.099/1995).

Também o *Parquet* brasileiro tem notória capacidade postulatória, no âmbito civil, seja para ingressar com ações civis públicas, seja para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade, por meio da Chefia do MP da União e dos Estados Federados (art. 129, incisos II e III, c/c os arts. 103, inciso VI, e 125, § 2º, também da Magna Carta).

Todavia, em outros ordenamentos jurídicos, a figura do *Ombudsman* também tem capacidade postulatória, ora para ingressar com determinadas espécies de ações penais (como é o caso do *Ombudsman* sueco), ora na condição de sujeito legitimado para ingressar com ação direta de inconstitucionalidade. Esta última característica ocorre, por exemplo, com o Provedor de Justiça, em Portugal (arts. 281, item 2, *d*, e 283, ambos da CRP/1976) e o Defensor do Povo, na Espanha – art. 162, item 1, *a*, da CE/1978. Na Colômbia, a Constituição diz, expressamente, que o Defensor do Povo poderá ingressar com “ações populares” relacionadas com as suas atribuições (art. 282, item 5). Na Argentina, o art. 86 da Constituição também confere legitimidade processual ao Defensor do Povo.

Portanto, não seria por exercer atividade postulatória que estaria vedado ao Ministério Público, no Brasil, a cumulatividade com a função de *Ombudsman*.

De outra banda – é preciso reconhecer –, algo a ser aprimorado no Ministério Público brasileiro é o fato da sua chefia ainda ser escolhida pelo Poder Executivo, sendo esse um fator deveras diferencial em relação à clássica figura do *Ombudsman*, a qual, como já se explicou, é indicada pelo Parlamento, órgão que tem, no seu rol de atribuições, também a função de fiscalizar o Poder Executivo. Muito embora, a título de exemplo, na Suécia, o *Ombudsman* que atua perante questões do consumidor e nas questões antitruste seja nomeado pelo Rei, e não pelo Parlamento (BARACHO, 2007, p. 8). O mesmo ocorre com o *Ombudsman* do paciente, na Noruega, e com o *Médiateur*, na França, nomeados por órgãos do Poder Executivo.

No âmbito dos Estados Federados, os membros do MP elegeм os seus candidatos a Procurador-Geral de Justiça, e uma lista dos três mais votados é encaminhada ao Governador do Estado, o qual poderá escolher qualquer um deles (art. 128, § 3º, da CF/1988). No caso do MP do Distrito Federal e Territórios, a escolha cabe ao Presidente da República (art. 156 da LC 75/1993).

No Ministério Público da União, a sua chefia é escolhida pelo Presidente da República, sem a exigência constitucional de prévia eleição, entre qualquer um dos membros que integram os ramos daquele MP (Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios). Defende-se, com a devida vênia das opiniões em sentido contrário, que não há obrigatoriedade constitucional de que o PGR seja um integrante do MPF – *vide* art. 128, §§ 1º e 3º, da Constituição de 1988. Afinal, até 1988, o PGR não era considerado o Chefe do MP da União, mas somente do MP Federal, conforme expressamente previa o art. 95 da Constituição de 1967, alterada pela EC 1, de 17 de outubro de 1969.

Destaque-se, entretanto, que a destituição do Chefe do Ministério Público da União ou dos Estados depende de aprovação da maioria absoluta do Senado ou da Assembleia Legislativa, respectivamente, conforme o art. 128, §§ 2º e 4º, da Constituição brasileira. Ou seja,

o Parlamento também está vinculado ao *Ombudsman* brasileiro, pronunciando-se a respeito não da entrada da sua chefia, mas da sua saída.

Deveras, em um Estado Democrático de Direito, que prima pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, da CF/1988), o ideal é que exista uma evolução gradativa e uma maturidade constitucional em que a Chefia do Ministério Público *Ombudsman* venha a ser escolhida não pelo Parlamento, mas diretamente pelos próprios cidadãos, mediante uma lista prévia de membros, selecionada pela própria instituição, considerando a importância que tal órgão possui de assegurar o funcionamento dos demais Poderes Constituídos, em prol dos direitos fundamentais da pessoa humana, além da necessidade de desempenhar sem desassombro (mas com ponderação e diálogo) a atividade de órgão responsabilizador dos gestores públicos e decisores políticos.

É lógico que tal mudança precisa ocorrer lenta e gradualmente, a fim de que a própria sociedade esteja em um grau de maturidade política tal que lhe permita escolher de forma direta a chefia do seu *Ombudsman*, livre de pressões e da influência do poder político e econômico. Um passo gradativo para tal mudança poderia ser a escolha direta da Chefia da instituição pelo voto dos membros, em eleição uninominal,<sup>4</sup> encaminhando-se o nome do candidato mais votado não mais ao Poder Executivo, mas ao Poder Legislativo, o qual não escolheria entre os três, mas homologaria o nome do mais votado, após uma prévia sabatina. Somente em caso de não homologação do nome mais votado, a lista tríplice dos três nomes mais votados seria encaminhada à Chefia do Executivo.

De outra banda, a independência funcional, que é garantia da instituição e não da pessoa dos membros do MP, a fim de livrar a atividade ministerial de pressões de ordem interna ou externa,<sup>5</sup> precisa cada vez mais estar atrelada ao projeto de gestão estratégica

4 Atualmente, o art. 9º, § 1º, da Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica do MP dos Estados Federados) permite a eleição plurinominal, ou seja, a possibilidade de, na eleição, o membro escolher mais de um candidato a PGJ, o que pode, ao final, não deixar clara a vontade majoritária da classe a respeito do membro preferido para o exercício da Chefia da instituição.

5 Eis a razão pela qual a independência funcional é consagrada pela Constituição de 1988 como princípio institucional do Ministério Público (art. 127, § 1º), e não como garantia dos membros.

da sua instituição, o qual, por sua vez, necessita, de forma democrática (ouvindo todos os membros e servidores da instituição), tornar concreto o projeto constitucional de defesa da democracia e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, delineado para o *Ombudsman* (arts. 127, *caput*, e 129, II, da CF/1988).

Além disso, é de grande importância a atuação preventiva e pedagógica do MP *Ombudsman*, junto aos decisores políticos, antes mesmo de o fato ser praticado, levando o problema ao decisor político e promovendo o diálogo, a fim de buscar a resolutividade da questão, anteriormente à utilização de instrumentos legais e judiciais de natureza repressiva (ISMAIL FILHO, 2015a, p. 105-128).

Essa atividade mediatória/negocial do *Ombudsman* guarda, de fato, intrínseca relação com a atuação resolutiva, de caráter extrajudicial e preventiva do Ministério Público, a qual encontra fundamento no chamado “microssistema normativo/orientador”, capitaneado pelo CNMP, principalmente pelos seguintes instrumentos:

1. Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014 (política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público);
2. Carta de Brasília, de 22 de setembro de 2016 (modernização do controle da atividade extrajudicial pelas Corregedorias do Ministério Público dos Estados e da União, celebrada em 22 de setembro de 2016, durante o 7º Congresso de Gestão do CNMP);
3. Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017 (política nacional de fomento à atuação resolutiva do Ministério Público brasileiro);
4. Recomendação nº 57, de 05 de julho de 2017 (a atuação dos membros do Ministério Público perante os tribunais);
5. Recomendação de caráter geral CNMP-CN nº 02, de 21 de junho de 2018 (parâmetros para a avaliação da resolutividade e da qualidade da atuação dos Membros e das Unidades do Ministério Público pelas respectivas Corregedorias-Gerais).

Destaque-se, a propósito, o primeiro considerando da Resolução CNMP nº 118/2019, o qual considera que o acesso à Justiça é um

direito e uma garantia fundamental da sociedade e do indivíduo, abrangendo o acesso ao Judiciário, mas vai além para incorporar o direito de acesso a outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos e controvérsias, inclusive o acesso ao próprio Ministério Público, enquanto garantia fundamental de proteção e de efetivação de direitos e interesses individuais indisponíveis e sociais.

Já o quarto considerando da Recomendação CNMP nº 54/2017 dispõe que o estágio atual do movimento do acesso à justiça e o paradigma jurídico do século XXI são incompatíveis com uma atuação institucional formal, burocrática, lenta e despreocupada com a entrega à sociedade de resultados concretos da atuação jurídica do Ministério Público.

No mais, é importante que os Ministérios Públicos da União e dos Estados Federados também atuem perante o sistema internacional de direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) e da Organização dos Estados Americanos (OEA), na condição de instituição externa ao Poder Executivo e com legitimidade para falar em nome de terceiras pessoas, vítimas de graves violação de direitos humanos.<sup>6</sup>

Destarte, o Ministério Público brasileiro tem, portanto, não o bônus, mas o múnus constitucional de atuar como *Ombudsman* e agente de transformação social, através dos seus inúmeros membros, integrantes do Ministério da União e do Ministério Público dos Estados da Federação.<sup>7</sup>

---

6 Sobre o tema e especificamente a respeito da atuação do MP dos Estados Federados, no âmbito da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA e perante o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, consulte-se Ismail Filho (2015b, p. 235-240).

7 O Ministério Público que atua junto aos Tribunais de Contas dos Estados Federados e da União constitui órgão diverso da estrutura do MP da União e dos Estados. Tal instituição *per se* não se constitui em um órgão público de caráter independente, com autonomia administrativa e orçamentária, pois integra a estrutura do Tribunal de Contas do qual fiscaliza as ações. Em 2016, o CNMP decidiu, em sede de pedido de providência, buscando harmonia com entendimento do STF na ADI 2.378, que o MPC não integra a estrutura do MP brasileiro, em razão de expressa disposição constitucional, necessitando haver uma alteração no art. 128 da CF/1988 para que o referido órgão também passe a ser fiscalizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (PORTAL DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2016).

## CONCLUSÃO

Por expressa disposição constitucional, o Ministério Público recebeu o múnus de atuar como *Ombudsman* nacional. Ou seja, deverá zelar permanentemente para que os Poderes Públicos (leia-se Executivo, Legislativo e Judiciário e os órgãos a eles vinculados) respeitem os direitos constitucionalmente assegurados às pessoas do ordenamento brasileiro, físicas ou jurídicas. E não apenas os Poderes e órgãos públicos, mas também os serviços de relevância pública, por ventura delegados a particulares, por autorização, permissão ou concessão.

A Magna Carta, no inciso II do art. 129, vai além e prevê não somente o zelo de tais direitos, mas também uma ação resolutiva do Ministério Público, através da promoção das “medidas necessárias” (judiciais ou não) à sua garantia. Desse múnus constitucional, de ouvidoria popular, o Ministério Público brasileiro não poderá jamais se afastar.

Assim, o atendimento ao público deverá ser considerado uma atividade essencial para a realização de tal mister, não podendo haver empecilhos, no âmbito das Promotorias e Procuradorias do Ministério Público brasileiro, para o cidadão ter acesso aos membros e aos serviços ministeriais, à luz da Resolução CNMP nº 205/2019.

Existe uma relevante conexão da norma-*Ombudsman* (art. 129, inciso II, da CF/1988) com o controle externo da atividade policial que deve ser exercida também pelo Ministério Público (art. 129, inciso VII, da CF/1988), porque esta instituição é quem exerce a função de ouvidoria popular universal, cabendo a ela, por isso, receber as queixas contra os excessos praticados pelos órgãos policiais e adotar as providências cabíveis.

Além disso, o Ministério Público, da União e dos Estados Federados, precisa intensificar a sua atuação perante o sistema internacional de direitos humanos, no âmbito da ONU e da OEA, na condição de instituição externa aos Poderes constituídos e com legitimidade para falar em nome de terceiras pessoas, vítimas de graves violação de direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

ACUÑA, Francisco Javier. **El Ombudsman contemporâneo**: entre la fidelidade al origem y el experimentalismo institucional. México: Miguel Ángel Porrúa, 2005.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Teoria crítica do Direito, o acesso à justiça como novo método de pensamento e o Ministério Público como uma garantia fundamental de acesso à justiça. In: ALMEIDA, Gregório Assagra; CAMBI, Eduardo; MOREIRA, Jairo Cruz (Orgs.). **Ministério Público, Constituição e acesso à justiça**: abordagens institucional, cível, coletiva e penal da atuação do Ministério Público. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 513-538.

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. **O Ombudsman e o controle da Administração**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Ícone, 1993.

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: EDUC/Fapesp, 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos procedimentos de exercício da cidadania perante a Administração Pública. **Fórum Administrativo – FA**. Belo Horizonte, ano 7, n. 75, p. 1-10, maio 2007.

BARCELOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Publicações**: anais da constituinte, 1986. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97.969. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 1º fev. 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623228>>. Acesso em: 27 maio 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Vol. I, 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARDOSO, José Lucas. **A posição institucional do Provedor de Justiça: o Ombudsman** entre a Assembleia Parlamentar, a Administração Pública e o cidadão. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CNMP. PORTAL DO CNMP. **Ministério Público de Contas não se submete ao controle do CNMP**. Brasília, 24 ago. 2016. Disponível: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/3-noticias/todas-as-noticias/9621-ministerio-publico-de-contas-nao-se-submete-ao-controle-do-cnmp>>. Acesso em: 08 nov. 2020.

COELHO, Mônica Maria Teixeira. Ouvidoria como ferramenta de gestão para o planejamento participativo. **Revista brasileira de Direito Municipal**. Belo Horizonte, ano 16, n. 57, p. 163-172, jul./set. 2015.

CORREIA, Fernando Alves. **Do Ombudsman ao Provedor de Justiça**. Coimbra: Almedina, 1979.

FREITAS, Juarez; JOBIM, Marco Félix. Resolução Alternativa de Disputas: cláusula inovadora do CPC. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 97-112, jul./set. 2015.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral de Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

ISMAIL FILHO, Salomão. **Ministério Público e atendimento à população: instrumento de acesso à justiça social**. Curitiba: Juruá, 2011.

\_\_\_\_\_. A importância da atuação preventiva do Ministério Público *Ombudsman* em prol da boa administração, no combate à improbidade administrativa. **Revista do Conselho Nacional do Ministério Público: improbidade administrativa**. Brasília, n. 05, p. 105-128, 2015.

\_\_\_\_\_. Da legitimidade do Ministério Público do Estado para atuar perante o sistema da ONU e o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. **Conclusões do XXI Congresso Nacional**



**do Ministério Público:** os desafios e oportunidades do Ministério Público brasileiro na era digital. Rio de Janeiro: AMPERJ, 2015.  
Disponível em: <[http://www.conamp.org.br/images/bkp/congressos\\_nacionais/Teses\\_aprovadas\\_XXI\\_Congresso\\_Nacional%20\\_MP.pdf](http://www.conamp.org.br/images/bkp/congressos_nacionais/Teses_aprovadas_XXI_Congresso_Nacional%20_MP.pdf)>.  
Acesso em: 13 mar. 2021.

ISMAIL FILHO, Salomão. **Boa Administração Pública e Controle:** caminhos para a concretização dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LEMONS JÚNIOR, Altair de. Do *ombudsman* às ouvidorias judiciais. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas et al. (Coord.). **Ouvidorias de Justiça, transparência e Lei de Acesso à Informação:** direito de todos, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 17-25.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTÍN, María José Corchete. **El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos**, 1. ed. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira Mendes; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MOLVEN, Olav. O *Ombudsman* do paciente – A experiência norueguesa. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v. 8, n. 2, p. 105-155, jul./out. 2007.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O espírito das leis**. 3ª ed. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº 1992/54, de 03 de março de 1992.

**DHnet**. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/educar/mundo/a\\_pdf/onu\\_principios\\_paris.pdf](http://www.dhnet.org.br/educar/mundo/a_pdf/onu_principios_paris.pdf)>. Acesso em: 05 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Resolução nº A/RES/48/134, de 20.12.1993. **United Nations documents**. Disponível em: <<https://undocs.org/es/A/RES/48/134>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

NAPIONE, Giovanni. **L’Ombudsman**: il controle della Pubblica Amministrazione. Milão: A. Giuffrè Editore, 1969.

NEVES, Ana Fernanda. **O Provedor de Justiça e a Administração Pública**: separata de estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha. Coimbra/Lisboa: Coimbra Editora e Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2005.

OLIVEIRA FILHO, João de. O “*Ombudsman*”, instrumento de defesa dos direitos humanos nas democracias modernas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 495/257, mar. 1977.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Breve cotejo sobre o papel do *Ombudsman* da saúde norueguês e a atuação do Ministério Público em defesa do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v. 8, n. 2, p. 82-104, jul./out. 2007.

SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SAMPAIO, Plínio de Arruda. **Entrevista concedida ao Memorial do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, ago. 2002. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/entrevistaplinio.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2021.

SCHMIDT, Felipe. **A atuação extrajudicial do Ministério Público no Controle de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.



# O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL E EM PORTUGAL

## *THE ROLE OF THE PUBLIC PROSECUTORS' OFFICE IN JUDICIAL REVIEW IN BRAZIL AND PORTUGAL*

**Mona Lisa Duarte Aziz**

Mestranda em Direito e Ciências Jurídico-Políticas, especialidade Direito Constitucional, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Procuradora da República em Pernambuco.  
monalisaabdoaziz@gmail.com

Recebido em: 9/1/2021

Aprovado em: 14/7/2021

**Resumo:** O Ministério Público brasileiro e o português são autônomos e multifacetados. No caso brasileiro, houve perda de representação do Estado e expansão de suas funções a partir da Constituição de 1988. No caso português, permaneceu o órgão como advogado do Estado e atuando primordialmente na área penal. Os distintos perfis refletem na atuação da instituição perante a justiça constitucional de cada país. No âmbito do controle concreto, o foco do Ministério Público brasileiro é a defesa do interesse público primário identificado pela proteção dos direitos subjetivos, difusos ou coletivos em causa. Diversamente, a atuação do Ministério Público português destina-se à defesa da legalidade objetiva e está vinculada a recursos obrigatórios. Por meio de revisão bibliográfica, o presente trabalho analisa ambos os modelos sob perspectiva comparada, visando a definir qual modalidade de atuação é mais condizente com o papel da jurisdição constitucional.

**Palavras-chave:** Ministério Público. Direitos fundamentais. Tutela coletiva. Controle concreto de constitucionalidade. Justiça constitucional.

**Abstract:** *Although both the Brazilian and the Portuguese Public Prosecution are autonomous and versatile, the former has evolved and lost the representation of the state, while its functions have been extended to include the protection of the constitutional rights of citizens; whereas the Portuguese Public Prosecution has remained a lawyer for the state and acts primarily in the criminal area. The different profiles are reflected in the institution's performance before the constitutional jurisdiction of each country. In the scope of judicial review, the Brazilian Public Prosecution's main focus is the protection of the social interest identified by the protection of the subjective, diffuse or collective rights in question. In contrast, the role of the Portuguese Public Prosecution is to defend objective law and is linked to mandatory appeals. The objective of the present paper is to ascertain which type of action is more consistent with the role of constitutional jurisdiction today.*

**Keywords:** *Public prosecution. Fundamental rights. Collective rights protection. Judicial review. Constitutional jurisdiction.*

**Sumário:** Introdução. 1. Estatuto constitucional do Ministério Público. 1.1. Ministério Público brasileiro. 1.2. Ministério Público português. 2. Controle concreto de constitucionalidade e atuação do Ministério Público. 2.1. O sistema brasileiro. 2.1.1. Atuação do Ministério Público. 2.1.1.1. Controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública. 2.2. O sistema português. 2.2.1. Atuação do Ministério Público português. 2.2.2. Duplo papel do Ministério Público. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988, doravante CF, alterou consideravelmente o perfil e a atuação do Ministério Público no país. De uma instituição que até então tinha sua atuação principal atrelada ao processo penal e acumulava a função de advogado do Estado, o Ministério Público, doravante MP, foi alçado à categoria de defensor da sociedade. A defesa dos atos do Poder Executivo passou a ser incumbência exclusiva dos órgãos da Advocacia Pública e, ao lado das tradicionais atribuições na seara criminal, que foram ampliadas com a titularidade exclusiva da ação penal pública e a responsabilidade pelo controle externo da atividade policial, ao MP foram conferidas outras funções e iniciativas, tanto no âmbito administrativo como cível. Tais alterações foram feitas com o objetivo de que a instituição exercesse a tutela efetiva dos interesses sociais e individuais indisponíveis, inclusive em face de atos violadores dos poderes públicos.

Assim como o MP brasileiro, o MP português possui múltiplas atribuições que vão além do exercício da ação penal, porquanto detém legitimidade para atuar em várias outras áreas, desde a fiscalização da constitucionalidade<sup>1</sup> à tutela de interesses difusos e coletivos. Na prática, todavia, seja por questões culturais, seja em razão de óbices decorrentes da atuação como representante do Estado em juízo, os magistrados<sup>2</sup> do MP português atuam primordialmente no âmbito penal, sendo escassa a sua intervenção na tutela coletiva cível.

Tanto o Brasil como Portugal adotam um sistema misto de controle de constitucionalidade, combinando o modelo de fiscalização judicial difusa (*judicial review of legislation*) com o concentrado, de origem austríaca. Por outro lado, é provável que a distinção mais marcante seja a opção por um tribunal especializado criado para atuar como corte constitucional em Portugal, ou seja, o Tribunal Constitucional, doravante TC; enquanto no Brasil é o Supremo Tribunal Federal, doravante STF, a instância mais alta do Poder Judiciário, que acumula, entre outras competências originárias e recursais, a função de guardião da Constituição.

No âmbito do controle abstrato, o MP brasileiro atua de modo bem mais amplo que o português em face da previsão de várias modalidades de ações diretas nas quais o Procurador-Geral da República figura como legitimado ativo. Mas é principalmente em sede de controle concreto que constitui o foco do presente trabalho, no qual a feição da instituição em cada país acentua as diferenças na natureza da atuação ministerial.

Apesar de não haver previsão específica sobre a atuação do MP no âmbito do controle concreto no ordenamento jurídico brasileiro, é possível a seus membros suscitarem o controle concreto difuso e incidental de normas nos processos em que a instituição seja parte principal ou fiscal da lei (*custos legis*). Em tais hipóteses, atua primordialmente na defesa dos direitos subjetivos e fundamentais

---

1 Em vez de *controle de constitucionalidade* como no Brasil, em Portugal a doutrina adota o termo consagrado em sua Constituição, qual seja, *fiscalização da constitucionalidade*.

2 Embora no Brasil o termo “magistrado” seja mais utilizado para se referir aos membros do Poder Judiciário, em Portugal designa indistintamente os membros da carreira do Ministério Público como os juízes.

em causa, sobretudo quando autor da ação, sendo a questão da constitucionalidade alegada apenas como prejudicial do mérito.

Atuando como órgão agente, os procuradores da República e os promotores de Justiça podem suscitar o controle de constitucionalidade incidental nos autos de ação civil pública, doravante ACP, cujos efeitos da sentença via de regra são *erga omnes* (cf. artigo 16 da Lei nº 7.347/85), uma vez que se trata de ação coletiva destinada à defesa de interesses sociais de caráter metaindividual (difusos e coletivos, essencialmente).

No caso português, a atuação do MP no controle concreto de constitucionalidade é regulada e bastante relevante em face da previsão de recursos obrigatórios de sua exclusiva atribuição. A diferença principal, porém, é que o Ministério Público português nesses casos age de forma vinculada, na condição de defensor da legalidade objetiva, porquanto o objetivo precípuo do recurso não é a tutela dos direitos subjetivos das partes, mas a salvaguarda do ordenamento jurídico. Fora dos casos de recurso obrigatório, os magistrados do MP também podem recorrer facultativamente, desde que a instituição ostente a condição de parte ou interveniente processual, neste último caso em assistência à parte vencida na arguição de inconstitucionalidade.

O objetivo do presente trabalho é analisar de forma comparada as diferentes formas de agir dos Ministérios Públicos brasileiro e português no âmbito do controle concreto de constitucionalidade, examinando finalmente seus limites e a compatibilidade das modalidades de atuação com as características essenciais da justiça constitucional.

A fim de cumprir esse mister, abordar-se-ão inicialmente os estatutos constitucionais e legais do Ministério Público brasileiro e português, tendo-se por escopo compreender em que medida os poderes, as iniciativas e os instrumentos previstos nas respectivas Constituições e legislações influenciam e são relevantes para a atuação de seus membros no controle da constitucionalidade de cada país.

Na sequência, haverá um capítulo sobre os sistemas de fiscalização da constitucionalidade do Brasil e de Portugal, com um breve introdutório sobre os modelos típicos de controle da

constitucionalidade. A análise será focada nos modelos e mecanismos de controle concreto, a fim de definir de que modo as diferentes opções repercutem na prestação da jurisdição constitucional e podem ser determinantes para o perfil de atuação dos MPs brasileiro e português.

Tais reflexões são essencialmente importantes no caso português em que há de fato um *deficit* na proteção dos direitos fundamentais pelo TC, que poderia ser compensada por uma atuação mais intensa do MP nessa seara. Mas também podem ser estendidas ao Brasil, na medida em que o acúmulo de processos no STF e a demora nos julgamentos, que acaba por comprometer a eficácia da jurisdição constitucional, demandam soluções que se relacionam com a atuação do Ministério Público enquanto legitimado coletivo universal, consoante analisar-se-á ao longo deste trabalho.

## 1. ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

### 1.1. Ministério Público brasileiro

A CF de 1988 inovou consideravelmente a perspectiva do Ministério Público no país, alterando o próprio significado da instituição ao definir expressamente sua natureza, suas finalidades e ao ampliar o seu rol de atribuições. Para além das tradicionais funções na área criminal, ao *Parquet*<sup>3</sup> foram consagradas inúmeras outras atribuições usualmente consagradas a outros agentes estatais, designadamente o *ombudsman*<sup>4</sup> ou os *Defensores del Pueblo* na América do Sul<sup>5</sup>, no sentido de zelar pelos direitos constitucionais do cidadão em face dos poderes públicos e dos prestadores de serviços de relevância pública (cf.

3 A expressão *Parquet* tem origem no vocábulo francês idêntico e significa piso de madeira; foi transportada para o meio jurídico a fim de designar o Ministério Público porque seus membros postulavam aos juízes de pé sobre o assoalho, “daí a distinção *magistrature debut* (sic) (magistratura de pé) e *magistrature assise* (sentada)” (GARCIA, 2017, cap. 1.2.).

4 Sobre a função de *Ombudsman*, confira-se Correa (2016). Funções equivalentes são realizadas pelo Provedor de Justiça português (cf. artigo 23 da CRP).

5 Os *Defensores del Pueblo* possuem funções análogas às desempenhadas pelos órgãos do Ministério Público brasileiro para tutelar os direitos do cidadão. Estudo comparativo entre o Ministério Público e os *Defensores del Pueblo* encontra-se em Calabrich (2014).



artigo 129, II, da CF), o que resultou no surgimento de uma instituição singular praticamente sem parâmetros no direito comparado<sup>6</sup>.

No âmbito da jurisdição constitucional, a legitimidade para instaurar o controle abstrato de constitucionalidade e a representação interventiva em defesa da estabilidade da Federação e dos princípios constitucionais que a asseguram (cf. artigo 129, IV da CF), embora já atribuídas ao MP, ganharam uma dimensão maior com a nova configuração constitucional da instituição, independente e autônoma em relação a qualquer outro poder público (GAVRONSKY; MENDONÇA, 2017, p. 125-129).

A ampliação das funções do MP brasileiro coincidiu com o período de redemocratização no país a partir da década de 80 e veio atender aos anseios sociais por uma instituição independente, especialmente dedicada à tutela dos direitos dos cidadãos, numa democracia emergente bastante desigual com graves problemas estruturais e carente de serviços públicos básicos.

Foi nesse contexto que surgiu a ação civil pública (cf. artigo 1º da Lei nº 7.347/85) destinada à defesa de direitos difusos e coletivos (meio ambiente, patrimônio histórico, turístico e paisagístico, direitos do consumidor, de pessoas com deficiência, minorias étnicas<sup>7</sup> e raciais etc.). Mas foi após a sua consagração na Constituição (cf. artigo 129, III) e o salto institucional do MP que a ação passou a ser largamente utilizada por seus membros e se desenvolveu como um instrumento efetivo para concretização de direitos fundamentais, podendo ser ajuizada tanto em face de particulares poderosos economicamente como de qualquer órgão da administração pública ou político.

Nesse sentido, o reconhecimento do Ministério Público como defensor do Estado democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (cf. artigo 127 da CF) não mais se coadunava com a tutela patrimonial do Estado e a defesa judicial dos atos do Poder Executivo, que passaram a ser incumbência dos órgãos da Advocacia

---

6 Para um estudo sobre o Ministério Público no direito comparado, consultem-se: ABADE, 2005, p. 27-54; e DIAS; DE AZEVEDO, 2008.

7 Destaca-se a tutela dos direitos das populações indígenas expressamente prevista no texto constitucional como função institucional do MP (cf. artigo 129, V, da CF).

Pública, sendo-lhe expressamente vedadas a *representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*, porquanto absolutamente incompatíveis com o seu novo *status* constitucional (cf. artigo 129, IX, da CF).

Paralelamente, ao estatuto constitucional do MP foram agregadas garantias significativas com objetivo de assegurar à instituição uma atuação independente, vinculada tão somente à defesa de suas atribuições institucionais, alçando os seus agentes a autênticos advogados da sociedade. Assim, foi concebida uma instituição sem vínculos com o poder político, com autonomia funcional, financeira e administrativa (cf. artigo 127, §§ 2º e 3º, da CF), cujos membros foram dotados de prerrogativas – e também vedações – equiparáveis apenas aos magistrados do Poder Judiciário.

Com efeito, são princípios institucionais do MP a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (cf. artigo 127, § 1º, da CF). A independência funcional é ao mesmo tempo uma garantia de seus membros, na medida em que lhes assegura plena liberdade no exercício de suas atribuições com vinculação apenas à Constituição e às leis. Não são admitidas ingerências externas tampouco internas no que diz respeito ao desempenho de suas funções, e subordinação hierárquica só existe no plano estritamente administrativo.

A postura assumida pelo MP brasileiro sob a égide da Constituição vigente de comprometimento com a defesa dos direitos fundamentais do cidadão, destacando-se no combate à corrupção e na tutela coletiva de interesses sociais, consolidou a legitimidade da instituição perante a sociedade, que goza de relevantes índices de credibilidade junto à população<sup>8</sup>.

---

8 O MP já chegou a figurar em terceiro lugar na *ranking* de confiabilidade das instituições, perdendo apenas para as Forças Armadas e a Igreja Católica, segundo o relatório ICJBrasil da Fundação Carlos Chagas, relativo ao 4º trimestre de 2014. No mesmo relatório referente ao 1º trimestre de 2017, houve uma queda drástica do grau de confiança da instituição, decorrente, porém, de uma queda geral na credibilidade da população brasileira nas instituições, o que seria explicado pelos recentes escândalos de corrupção e a ausência de respostas satisfatórias às demandas da sociedade. Ainda assim, o MP figurou na 7ª posição neste último relatório divulgado, à frente do STF, do Poder Judiciário e do Congresso Nacional, dentre outros (disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil\\_1\\_sem\\_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 06 jan.2021).

## 1.2. Ministério Público português

A Constituição portuguesa de 1976, doravante CRP, inovou ao romper com a tendência de vinculação do Ministério Público ao Poder Executivo e conferir à instituição um estatuto próprio, embora de forma tímida e ambígua, num capítulo dentro do título dedicado aos tribunais. A consagração constitucional de sua autonomia institucional sobreveio posteriormente com as revisões constitucionais, nomeadamente a de 1989<sup>9</sup>. O traço de subalternidade relativamente ao Poder Judiciário, que perdurou durante anos, também foi finalmente desfeito (DIAS; FERNANDO; LIMA, 2008, p. 30-33), embora os magistrados do MP não tenham sido contemplados com a mesma independência com que atuam os juízes, além de terem permanecido com a função atípica de representar os interesses do Estado.

Conquanto autônomo em relação aos outros poderes públicos (cf. artigo 219, n<sup>o</sup> 2, da CRP), o MP português manteve sua estrutura interna hierarquizada, de modo que os magistrados de grau inferior na carreira estão subordinados aos superiores, tanto no aspecto administrativo quanto funcional, em razão do *princípio hierárquico* previsto constitucionalmente (cf. artigo 219, n<sup>o</sup> 4, da CRP). Derivado deste princípio, tem-se o *princípio da responsabilidade*, que os obriga a observar e cumprir diretivas, ordens e instruções expedidas pelos órgãos superiores da estrutura hierárquica interna para orientar as atividades institucionais de atribuição do Ministério Público<sup>10</sup>.

A CRP inovou também ao assegurar aos magistrados do MP a garantia da *inamovibilidade*, razão pela qual não poderão “ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei” (cf. artigo 219, n<sup>o</sup> 4, parte final). Todavia, compulsando o estatuto legal do MP português, percebe-se que essa garantia não possui a mesma dimensão daquela concebida para os agentes do MP brasileiro, porquanto estão previstas hipóteses em que

9 Cunha Rodrigues (1999, p. 71 ss.), ao discorrer sobre o assunto, destaca a dificuldade inicial dos deputados de reconhecerem o MP como órgão autônomo.

10 O princípio da hierarquia, segundo Emerson Garcia (2017, cap. 1.6.), foi atenuado a partir da primeira Lei Orgânica do MP português (Lei n<sup>o</sup> 39/78), ao permitir que os magistrados recusem o cumprimento de ordens, diretivas e instruções ilegais ou que contrariem a sua consciência jurídica (norma prevista atualmente no artigo 100, n<sup>o</sup> 3, da Lei n<sup>o</sup> 68/2019, de 27 de agosto).

o Procurador-Geral da República pode tanto designar para atuar em conjunto como substituir magistrados no curso do processo sempre que “razões ponderosas de complexidade processual ou de repercussão social o justifiquem” (cf. artigo 68, nº 1, *g*, da Lei nº 68/2019 – novo Estatuto do MP)<sup>11</sup>.

Quanto às atribuições, a CRP nominou as funções primordiais e reconheceu o caráter multifacetado do MP, atribuindo-lhe, além da representação do Estado, atividades de naturezas diversas, seja no âmbito criminal; na defesa da legalidade democrática, que abrange, entre outras funções, o controle da constitucionalidade; e finalmente na tutela de outros interesses que a lei determinar, como direitos difusos e coletivos (cf. artigo 219, nº 1 *c/c* artigo 4º, nº 1, *h*, da Lei nº 68/2019).

Embora exerça funções em uma multiplicidade de áreas, é na seara penal que a instituição desempenha a sua principal atribuição. Nesse aspecto, atua com mais notoriedade no âmbito das investigações criminais e na condição de órgão acusador, concentrando nessa área o seu maior volume processual, tanto em termos quantitativos como de repercussão, e os investimentos em pessoal de apoio e estruturas especializadas (DIAS; FERNANDO; LIMA., 2008, p. 66-67).

Por outro lado, a tutela de interesses difusos e coletivos, área na qual o Ministério Público costuma exercer com plenitude a defesa dos direitos do cidadão, tendo em vista a possibilidade de promover a proteção coletiva de direitos que de outro modo, ou seja, por meio de processos individuais movidos na forma tradicional, não seriam defendidos com a mesma eficácia, a legitimidade conferida por seu estatuto e leis especiais<sup>12</sup> ainda não foi suficiente para o MP português assumir efetivamente o desempenho dessa relevante função. Vale ressaltar que, na legislação portuguesa, não existem mecanismos específicos para o Ministério Público atuar na tutela judicial coletiva

11 Observe-se que se trata de regra aberta, podendo ser utilizada para motivar indicações ou afastamentos de agentes por razões discricionárias e políticas, o que é reforçado pelo fato de não estar subordinada a nenhum procedimento específico, dependendo apenas de ato do PGR (MAIA, 2012, nota 108).

12 A saber, Lei de Defesa do Consumidor (cf. artigo 13, *c*, da Lei nº 24/96, de 31 de julho, alterada pela Lei nº 85/98, de 16 de dezembro, e pelo Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de abril) e Lei de Bases do Ambiente (cf. artigo 45, nº 1, da Lei nº 11/87, de 7 de abril, alterada pelo Decreto-Lei nº 224-A/96, de 26 de novembro, e pela Lei nº 13/2002, de 19 de fevereiro).

cível de direitos, como a ação civil pública, e de investigação a exemplo do inquérito civil brasileiro<sup>13,14</sup>.

## 2. CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

### 2.1. O sistema brasileiro

O controle abstrato de constitucionalidade no Brasil teve grande expansão nos últimos anos na medida em que foram ampliadas as espécies de ações diretas, nomeadamente a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (cf. artigo 102, §1º, da CF) e a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) (cf. artigo 102, I, *a*, da CF c/c Lei nº 9.882/1999). Todavia, o tradicional controle concreto brasileiro não apenas é mantido no sistema de controle da constitucionalidade implementado pela Constituição de 1988, como foram alargadas as vias de acesso ao cidadão para defesa de seus direitos fundamentais.

O amplo controle difuso de constitucionalidade consagrado no Brasil, que outorga aos juízes e tribunais o poder de afastar a aplicação da lei por inconstitucionalidade no caso concreto, foi bastante reforçado com os novos institutos do mandado de segurança individual e coletivo, mandado de injunção, *habeas data*, *habeas corpus*, da ação popular e ação civil pública. Com efeito, os remédios constitucionais e as ações coletivas permitem o questionamento de atos e omissões inconstitucionais na via difusa e admitem a tutela preventiva por meio da concessão de provimentos liminares, cautelares e tutela antecipada (MENDES, 2012, p. 1492 ss.; BARROSO, 2016, p. 117).

13 No curso desse procedimento investigativo, o membro do MP dispõe de um amplo leque de poderes para produção de provas e de requisição com força obrigatória perante os investigados, sejam órgãos públicos ou entidades e pessoas privadas, para fins de apuração e instrução da futura ação (RODRIGUES, 1999, p. 171-175).

14 Luís Eloy Azevedo (2004, p. 145 ss.) aduz que a escassa atuação do MP português na tutela coletiva cível teria as seguintes explicações: (i) “pouca ou nenhuma experiência como *actor do processo democrático*”, uma vez que a potencialidade de conflitos de difícil resolução entre a defesa dos interesses do Estado e a tutela de direitos difusos e coletivos contribuiu para que a atuação da instituição nessa área não se concretizasse; (ii) a cultura da *judicialização*, que resultou numa instituição de pouca mobilidade e burocrática; (iii) a criação de uma instituição autónoma, mas sem a correspondente responsabilidade comunitária, o que obstaculizou o desenvolvimento de características essenciais a uma magistratura do MP, como o poder de iniciativa e “uma inquietude para o cumprimento integral de um projecto de cidadania plena”.

Em geral, podem suscitar a questão da inconstitucionalidade no bojo do processo, além das partes principais, o Ministério Público, como *custos legis* no caso de não ser o autor da ação, bem como terceiros intervenientes no processo<sup>15</sup>. O juiz ou tribunal também pode conhecer da questão e declarar a inconstitucionalidade da norma aplicável ao caso de ofício sem que haja preclusão<sup>16</sup>. No âmbito dos tribunais, em função da cláusula da reserva de plenário, prevista no artigo 97 da CF, os tribunais somente podem declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da norma pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou de órgão especial<sup>17</sup>.

O STF, como qualquer outro tribunal, realiza o controle difuso e incidental da constitucionalidade, o que pode ser feito em processos de sua competência originária (cf. artigo 102, I, da CF) ou pelo julgamento de recursos ordinários (cf. artigo 102, II, da CF). Todavia, é no recurso extraordinário, doravante RE, cabível em face de decisões proferidas, em única ou última instância, contrárias à Constituição ou que envolvam matéria constitucional (cf. artigo 102, III, da CF), a sede na qual o tribunal desempenha essa função de forma mais relevante, nomeadamente em termos quantitativos (BARROSO, 2016, p. 130).

O problema do elevado número de processos estimulou o implemento de reformas com o objetivo de impedir que demandas destituídas de relevância e processos repetitivos, em relação aos quais já houvesse pronunciamento do STF em controle concreto, sobrecarregassem o tribunal. Nesse contexto, foram criados os institutos da *repercussão geral*, como requisito adicional de admissibilidade do RE, e da *súmula vinculante*, que atribui efeitos vinculantes às decisões do tribunal através da criação de súmulas<sup>18</sup> (cf. artigos 102, § 3º, e 103-A da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004).

15 Os artigos 119 e ss. do Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105/2015) disciplinam a intervenção de terceiros.

16 Luís Roberto Barroso (2016, p. 117) ressalta que essa regra deve ser recebida com temperamentos na instância extraordinária em razão da exigência do prequestionamento da matéria constitucional para conhecimento do recurso.

17 A lei dispensa a submissão da questão ao tribunal pleno ou ao órgão especial acaso o próprio tribunal, por meio destes, ou o plenário do STF já tenham se pronunciado sobre a questão (cf. artigo 950, parágrafo único, do novo Código de Processo Civil brasileiro).

18 As súmulas vinculantes são equivalentes aos antigos *assentos* do Supremo Tribunal de Justiça português, que, no entanto, foram declarados inconstitucionais em controle abstrato requerido pelo Ministério Público, nos termos do artigo do 281, nº 3, da CRP (*repetição do julgado*) (Portugal, 1996).

Não obstante os impactos positivos na redução no número de processos distribuídos anualmente com as inovações implementadas, mormente a partir da repercussão geral, o volume de processos em trâmite no STF remanesce excessivo<sup>19</sup>, o que retarda a obtenção do julgamento definitivo da questão constitucional na via incidental e compromete a eficiência da jurisdição constitucional. Nesse sentido, o ministro Luís Roberto Barroso (2016, 57-156) destaca que o mecanismo precisa ser aprimorado, porquanto o número de repercussões gerais reconhecidas e que aguardam julgamento não é proporcional àqueles que são julgados, razão pela qual defende a criação de novos critérios de seletividade conforme a capacidade de julgamento do tribunal.

Quanto à eficácia, a declaração de inconstitucionalidade do STF em controle concreto produz efeitos *interpartes*, valendo tão somente para o caso concreto, e *ex tunc*, restabelecendo para as partes o *status quo ante* do direito violado pelo ato inconstitucional, que é também declarado nulo<sup>20</sup>. O mecanismo previsto para generalizar a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo STF é a suspensão da eficácia da norma com efeitos gerais pelo Senado Federal, cuja competência é discricionária (art. 52, X, da CF/88).

Sem embargo, admitindo um polêmico caso de *mutação constitucional*, o Plenário do STF entendeu que o artigo 52 da CF/88 perdera eficácia e reconheceu a atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão de inconstitucionalidade proferida pelo tribunal em controle concreto independentemente da suspensão dos efeitos da lei pelo Senado Federal<sup>21</sup>.

19 No ano de 2019 (última atualização disponível), foram distribuídos no STF um total de 87.595 processos (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>>. Acesso em: 06 jan. 2021). Acerca do problema da multiplicação dos processos no Supremo e outras disfunções do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, como o protagonismo legislativo, midiático e político do tribunal, além da falta de colegialidade, confira: SACRAMENTO, 2018, p. 338 ss.

20 Nesse sentido, Ana Cândida da Cunha Ferraz (2007, p. 77 ss.) acrescenta que o modelo difuso se configura como um típico instrumento de proteção e defesa de direitos subjetivos em face de uma violação inconstitucional concreta.

21 A tese já defendida pelo Ministro Gilmar Mendes e vencida em oportunidades anteriores acabou sendo acolhida pelo Plenário do STF no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3406 e 3470 (BRASIL, 2017).

### 2.1.1. Atuação do Ministério Público

No âmbito do controle concreto de constitucionalidade, o MP brasileiro poderá intervir quando intimado a emitir parecer sobre a questão da constitucionalidade arguida como questão prejudicial por quaisquer das partes nos processos em que não figure como autor, na qualidade de fiscal da lei (cf. artigo 178 do Código de Processo Civil-CPC), além de lhe ser permitido formular a arguição autonomamente enquanto atue nessa mesma condição. Se o processo tramitar em segunda instância, o parecer do MP é obrigatório em função do procedimento legal que disciplina a cláusula da reserva de plenário (cf. art. 948 do CPC).

A intervenção do MP como *custos legis* também está prevista nas leis que disciplinam os remédios constitucionais<sup>22</sup> e no caso de ação popular ou ação civil pública ajuizada por outro colegitimado<sup>23</sup>. Atuando nessa condição, o MP também poderá interpor recurso extraordinário, sem que o recurso perca a natureza subjetiva, uma vez que tem por escopo solucionar o conflito intersubjetivo com repercussão constitucional; embora não se possa perder de perspectiva que o objetivo da intervenção do *Parquet* em última instância seja sempre fiscalizar a aplicação da lei e obter um julgamento compatível com o interesse público<sup>24</sup>.

#### 2.1.1.1. Controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública

Para além da atuação como fiscal da lei, é no contexto dos processos coletivos<sup>25</sup> nos quais a instituição atua como órgão agente,

22 Cf. artigo 12 da Lei nº 9.507/97 (regula o rito do *habeas data*); artigo 12 da Lei nº 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança); e artigo 7º da Lei nº 13.300/2016 (Lei do Mandado de Injunção).

23 Cf. artigos 6º, § 4º, da Lei nº 4.717/1965 (regula a ação popular) e 5º, § 1º, da Lei nº 7.347/1985 (Lei da ACP).

24 Interesse público no sentido comumente utilizado de alcançar o bem geral, isto é, o interesse da coletividade como um todo (MAZZILLI, 2010, p. 47).

25 As ações coletivas ganharam configuração constitucional a partir da Constituição brasileira de 1988 mediante a previsão do mandado de segurança coletivo (cf. artigo 5º, XXXV); da ação popular (cf. artigo 5º, LXXIII) e da ação civil pública (cf. artigo 129, II). Apesar de já haver disciplina legal destas duas últimas espécies (cf. Leis nº 4.717/65 e 7.347/85, respectivamente), foi com a redemocratização, mormente após a regulamentação pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que o processo coletivo evoluiu no país. Possuem origem mais remota nas *class actions* do direito norte-americano, mas ressurgiram no



que o controle incidental da constitucionalidade suscitado pelo MP ganha maior relevância, uma vez que os efeitos da sentença podem extrapolar os limites tradicionais do processo civil e beneficiar partes que não figuraram no processo original. Tanto o mandado de segurança como o mandado de injunção podem ser ajuizados pelo MP para tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais indisponíveis, estando previsto expressamente o ajuizamento desses remédios constitucionais na modalidade coletiva, seja pelo Ministério Público ou por outros legitimados, a exemplo de entidades de classe ou associativas e os sindicatos (cf. artigo 5º, LXX, da CF e artigo 12 da Lei nº 13.300/2016). Todavia, o controle difuso de normas é mais comumente suscitado pelo *Parquet* através da ação civil pública.

A jurisprudência do STF consolidou-se no sentido de reconhecer a ACP como meio idôneo para promover o controle difuso de constitucionalidade, tendo como pressuposto a circunstância de o pedido principal não se exaurir na declaração de inconstitucionalidade, que deve ser alegada *incidenter tantum* como fundamento para a obtenção de uma tutela concreta e específica que jamais poderia ser alcançada por meio de uma ação de controle concentrado<sup>26</sup>.

Por outro lado, afigura-se razoável defender a atribuição de efeitos *erga omnes* à própria declaração incidental de inconstitucionalidade proferida pelo STF nos autos de ação coletiva, independentemente do exercício da competência do Senado prevista no artigo 52, X, da CF. A pertinência desse entendimento se revela em virtude da amplitude intrínseca à jurisdição coletiva, a qual objetiva evitar demandas repetitivas, justificando-se a extensão dos efeitos da decisão na hipótese da declaração incidental pelo Supremo Tribunal, ao qual compete apreciar em última ou única instância as arguições de constitucionalidade em sede concreta e abstrata, respectivamente.

---

Brasil influenciadas por estudos de processualistas italianos durante a década de setenta. Segundo apontam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2009, p. 23 ss.), conquanto as ações coletivas não tenham se desenvolvido na Europa, os trabalhos científicos realizados e publicados naquele período forneceram a base teórica para a criação das ações coletivas no direito brasileiro e para a releitura das ações coletivas já existentes, nomeadamente a ação popular.

26 Admitindo o controle difuso em sede de ACP, confirmam-se, por exemplo, AgRg no RE 372571/GO, relator ministro Ayres Britto, 2ª Turma, 27 de mar. 2012, publicação: DJe 26 de abr. de 2012 (BRASIL, 2012a); e AgReg nos EDcl no RE nº 633195/SP, relator ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, 12 de jun. de 2012, publicação: DJe de 29 de jun. de 2012 (BRASIL, 2012b).

Oswaldo Luiz Palu (2000, p. 753-774), de forma mais abrangente, defende que o controle difuso de forma geral pode ser aprimorado com a atribuição de efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade do STF, porquanto considera que não há justificativa para se manter a atuação do Senado Federal nessa esfera por não mais subsistirem as razões históricas que motivaram a criação dessa competência. No mesmo diapasão, Uadi Lammêgo Bulos (2014, p. 227) entende não haver necessidade de o Senado estender os efeitos da decisão do Supremo no caso das sentenças declaratórias de inconstitucionalidade, proferidas em ações coletivas, a exemplo de ações civis públicas e mandados de segurança coletivos, porém por fundamento diverso em relação ao qual se apresentam ressalvas. Segundo o autor, tais decisões equivalem àquelas proferidas nos processos de controle concentrado porque alcançariam a todos na prática, ainda que teoricamente busquem efeitos apenas entre as partes envolvidas no processo.

Não obstante, essa questão parece ter perdido o sentido ante o entendimento sobre a mutação constitucional do artigo 52, X, da CF – mencionado no tópico anterior –, que, acaso de fato se consolide na jurisprudência do STF, implicará a extensão da eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade do tribunal em qualquer modalidade de controle difuso de normas.

## 2.2. O sistema português

Na Constituição da República de 1976, em sua versão original, a fiscalização abstrata era competência do Conselho da Revolução, e a fiscalização concreta permaneceu como atribuição dos juízes e tribunais com previsão de recurso para a Comissão Constitucional (órgão auxiliar do Conselho da Revolução em matéria de constitucionalidade). Com a revisão constitucional de 1982, tem-se a configuração do sistema vigente com a extinção do Conselho da Revolução e a criação do Tribunal Constitucional com competência exclusiva e originária no que concerne à fiscalização abstrata e, em grau de recurso, na fiscalização concreta<sup>27</sup>. Nesse sentido, diz-se que o controle concreto da constitucionalidade

<sup>27</sup> Para um breve histórico sobre a jurisdição constitucional em Portugal, confira-se Costa, 2019, p. 13-17.

em Portugal é difuso na base, em virtude da possibilidade conferida a qualquer juiz ou tribunal de conhecer e julgar as questões de constitucionalidade (cf. artigo 204 da CRP), e concentrado no topo, em face da competência do Tribunal Constitucional de decidir em última instância os processos de fiscalização concreta (cf. artigo 280) (BLANCO DE MORAIS, 2011, p. 597 ss.).

O sistema português de fiscalização da constitucionalidade não incorporou o instituto do *reenvio prejudicial*, por meio do qual o juízo *a quo* suspende o processo diante de uma arguição de inconstitucionalidade e devolve a questão para a Corte Constitucional decidir, típico do modelo europeu baseado no princípio da separação entre as jurisdições constitucional e infraconstitucional<sup>28</sup>. Com efeito, em Portugal, o sistema do reenvio prejudicial foi substituído pelo recurso dirigido ao TC interposto em face de decisões judiciais que afastem ou apliquem normas reputadas inconstitucionais<sup>29</sup>.

Ao julgar o recurso, o Tribunal Constitucional se limita a apreciar a questão constitucional, que constitui seu objeto (cf. artigo 280, n<sup>o</sup> 6), restituindo os autos ao juiz ou tribunal *a quo* para que reforme a decisão conforme a tese sobre a inconstitucionalidade da norma firmada pelo tribunal, no caso de procedência da irresignação recursal (cf. artigo 80 da LOTC<sup>30</sup>). A decisão proferida pelo tribunal em qualquer hipótese somente faz coisa julgada no caso concreto, sem que esteja previsto no sistema português mecanismo que permita a atribuição de efeitos *erga omnes* às decisões de inconstitucionalidade do TC em controle difuso, como a já referida competência do Senado no caso do sistema brasileiro.

---

28 Consoante destaca Maria Lúcia Amaral (2007, p. 24), o princípio da separação de jurisdições é estruturante do modelo kelseniano e se funda num duplo monopólio: “o do Tribunal Constitucional para julgar questões atinentes a matérias jurídico-constitucionais, e dos tribunais comuns para julgar questões atinentes a todas as outras matérias (...)”, não tendo nenhum juiz competência para declarar a inconstitucionalidade de normas que deveriam aplicar em casos concretos.

29 De acordo JJ. Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 941), a fiscalização concreta portuguesa não se converte em um simples incidente ou mera questão prejudicial, cuja decisão é enviada para um tribunal constitucional, uma vez que os tribunais em geral conhecem da inconstitucionalidade e julgam a causa, independentemente do recurso cabível sobre a questão da constitucionalidade de competência do TC. Sobre as diferenças entre o reenvio prejudicial e o recurso de fiscalização concreta portuguesa, consulte-se também Beleza, 2016, pp. 71-73.

30 Lei de organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional.

Apesar de produzir efeitos restritos ao caso concreto, podem ser citados como efeitos indiretos do julgamento incidental de inconstitucionalidade de uma norma pelo TC: (i) passa a constituir fundamento autônomo de recurso obrigatório para o MP, caso a norma venha a ser novamente aplicada (cf. artigo 280, nº 5, da CRP); e (ii) se a mesma norma for declarada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos, poderá vir a ser desencadeado um processo de controle abstrato por iniciativa de qualquer dos juízes do TC ou do Ministério Público denominado *repetição do julgado* (cf. artigo 82 da LOTC).

Segundo Carlos Blanco de Moraes (2011, p. 1031 ss.), a eficácia *interpartes* constitui o problema principal do sistema português de controle da constitucionalidade em razão da insegurança jurídica causada pela ausência de força obrigatória geral das decisões do TC em sede de fiscalização concreta. Nesse sentido, entende que a regra da *repetição do julgado* esteja obsoleta e propõe, como forma de contornar o *deficit* apontado e aprimorar o controle da constitucionalidade em Portugal, que o sistema seja modificado a fim de que não seja necessário aguardar três julgamentos em controle concreto para o Ministério Público ingressar com o processo de fiscalização abstrata no intuito de conferir eficácia geral e obrigatória à decisão de inconstitucionalidade do TC. O que seria operacionalizado através de uma reclamação ou recurso obrigatório do MP dirigido ao plenário sempre que o tribunal se pronunciasse, por meio de uma de suas seções, pela inconstitucionalidade para, no caso de confirmação, serem atribuídos efeitos *erga omnes* ao julgamento (BLANCO DE MORAIS, 2012, p. 60).

Autores como Jorge Reis Novais (2017a, p. 179-201; 2017b, p. 174 ss.) e outros (ALEXANDRINO, 2006, p. 482-491) defendem reformas mais amplas, como a introdução de um mecanismo jurisdicional específico para tutela de direitos fundamentais no âmbito do Tribunal Constitucional português semelhante ao recurso de amparo espanhol ou à queixa constitucional alemã. Nesse sentido, o nominado autor português apresenta críticas contundentes ao sistema português de fiscalização da constitucionalidade, em especial no que diz respeito ao controle concreto, o qual reputa irracional e desequilibrado.

A irracionalidade, segundo Jorge Reis Novais (2017b, p. 127-129), deve-se à ausência de filtros de ordem material, admitindo a reclamação de qualquer tipo de interesse, mesmo destituído de relevância constitucional; ao mesmo tempo em que o acesso é restrito em razão dos custos para se recorrer aos tribunais. E o desequilíbrio decorre do *deficit* de proteção dos direitos fundamentais por se restringir a apreciar violações a direitos fundamentais quando decorrentes de atos normativos, excluindo da jurisdição constitucional suprema aquelas que resultem de ações concretas ou omissões inconstitucionais. Por fim, apresenta objeções ao *conceito funcional de norma* resultante da ampliação conferida pelo TC, para fins de fiscalização concreta, por não possuir critérios claros e definidos, gerando insegurança e arbitrariedades na admissibilidade dos recursos e via de consequência no acesso ao tribunal, consoante aduz.

### 2.2.1. Atuação do Ministério Público português

O Ministério Público português possui uma atuação bastante destacada no âmbito da fiscalização concreta, tendo em vista a previsão de recursos obrigatórios, para além da possibilidade de recorrer facultativamente como parte principal ou interveniente. Não obstante as especificidades de cada espécie recursal, o traço comum dos recursos interpostos pelo MP, mormente os obrigatórios, é a natureza preponderantemente objetiva. Nesse sentido, o MP recorre com o objetivo precípuo de defender a integridade do ordenamento jurídico e uniformizar a jurisprudência em matéria constitucional, conferindo a última palavra ao TC<sup>31</sup>; enquanto a tutela dos direitos e interesses das partes processuais é feita de forma adjacente.

Com efeito, nos chamados *recursos obrigatórios*, o Ministério Público recorre de forma vinculada, independentemente de ostentar a condição de parte ou mesmo de haver restado vencido na questão da constitucionalidade, uma vez que a reforma da decisão não é o objetivo

---

31 Conforme Jorge Miranda (2013, p. 266), os recursos do Ministério Público possuem um caráter misto, uma vez que, ao lado da finalidade subjetiva de defesa de direitos e interesses das partes, possuem também uma finalidade objetiva de defesa da integridade da ordem jurídica; o que se reforça na hipótese do obrigatório (art. 280, n.º 3, da Constituição).

precípua do recurso e sim submeter a questão à apreciação do TC<sup>32</sup>. São hipóteses em que, em razão de sua relevância, a CRP entendeu pela imprescindibilidade do pronunciamento da corte constitucional, por isso a previsão de intervenção obrigatória do MP justificar-se-ia ante sua condição de defensor da conservação e uniformidade do sistema jurídico (BLANCO DE MORAIS, 2011, p. 733-735) Em razão disso, conforme o entendimento doutrinário dominante, o recurso obrigatório deve ser imediato e direto para o TC, ainda que o processo admita outros recursos; embora as partes a rigor possam optar por exaurir as instâncias antes de recorrer da questão da constitucionalidade (BLANCO DE MORAIS, 2011, p. 735; CANOTILHO, 2011, p. 995; CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 947; e RODRIGUES, 2012, p. 241)<sup>33</sup>.

### 2.2.2. Duplo papel do Ministério Público

Pode acontecer de o juiz ou tribunal proferir uma decisão positiva de inconstitucionalidade que fora requerida pelo MP e, paradoxalmente, o(a) Procurador(a) da República estar obrigado(a) a recorrer da decisão favorável à sua tese, caso a norma desaplicada seja uma das espécies normativas previstas no artigo 280, n<sup>o</sup> 3, da CRP<sup>34</sup>. Configura-se nessa hipótese o que Carlos Blanco de Moraes (2011, p. 699) denomina de *dupla personalidade processual*, uma vez que o mesmo órgão age inicialmente com autonomia de parte ao arguir a inconstitucionalidade nos autos e, por outro lado, atua de forma vinculada na condição de *defensor público da presunção de validade* de determinadas espécies normativas ao interpor o recurso obrigatório.

32 De acordo com Vitalino Canas (1984, p. 73-75), o MP goza de um estatuto diferente dos particulares, razão pela qual não é necessário que seja parte vencida quanto ao mérito da causa ou ao incidente de constitucionalidade, salvo nos casos de recurso facultativo. Com efeito, embora vencedor quanto à questão principal, deve verificar se não houve ofensa ao interesse público (por exemplo, embora o juiz condene o réu, como requerido pelo órgão ministerial, poderá caber recurso para que o TC examine a questão da inconstitucionalidade da norma levantada durante o processo).

33 Na mesma direção, a Circular n<sup>o</sup> 9/90, de 08 de agosto de 1990, da Procuradoria-Geral da República portuguesa, que regulamenta a “Intervenção do Ministério Público na fiscalização da constitucionalidade e da legalidade das normas”, segundo a qual os recursos obrigatórios devem ser interpostos direta e imediatamente no TC, salvo nos casos de recurso ordinário obrigatório, nos termos do artigo 70, n<sup>o</sup> 5, da LOTC.

34 “Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de ato legislativo ou de decreto regulamentar, os recursos previstos na alínea a) do n.º 1 e na alínea a) do n.º 2 são obrigatórios para o Ministério Público.”

Como nos recursos obrigatórios o objetivo da pretensão recursal não é necessariamente a reforma da decisão recorrida, mas suscitar o pronunciamento do TC enquanto guardião da Constituição, o procedimento aparentemente contraditório estaria justificado. Nesse sentido, Carlos Blanco de Moraes (2011, p. 699) sugere que, uma vez sendo o MP dispensado de apresentar alegações quando interpõe recurso obrigatório, é preferível que de fato se abstenha de oferecer razões recursais quando pretenda ver confirmada a decisão positiva de inconstitucionalidade da qual recorre obrigatoriamente.

Entende-se, porém, que essa não é a melhor solução, mas sim uma sistemática de atuação que permite ao magistrado agir com mais independência, conforme as especificidades de cada hipótese concreta nos moldes do que acontece no sistema jurídico brasileiro.

Nessa senda, Vitalino Canas (1986, p. 78-80) adotou posicionamento mais consentâneo com a natureza, prerrogativas e funções de uma instituição como o Ministério Público ao defender que, mesmo no caso dos recursos obrigatórios, cabe ao magistrado decidir qual a melhor estratégia a adotar para a defesa dos direitos e interesses sob sua tutela, seja tanto em relação ao momento de interposição, podendo aguardar o trâmite regular dos recursos ordinários se assim achar mais adequado, seja quanto à própria decisão de recorrer<sup>35</sup>. Assim, pode-se concluir que não há nenhuma fragilidade à defesa da legalidade objetiva num modelo em que a decisão quanto à remessa da questão da constitucionalidade à corte constitucional caiba ao agente do MP no caso concreto.

## CONCLUSÃO

Consoante todo o exposto ao longo do desenvolvimento do trabalho, é perceptível que a natureza e o perfil institucional dos MPs brasileiro e português implicam uma atuação bastante distinta da instituição no âmbito da justiça constitucional em cada um desses dois países. Em relação ao MP brasileiro, a guinada institucional a partir da

---

<sup>35</sup> Em sentido contrário, Carlos Blanco de Moraes (2011, p. 792) discorre que a autonomia processual do MP para interpor recurso obrigatório é bastante reduzida, razão pela qual deve recorrer independentemente de sua vontade processual manifestada no julgamento da questão da constitucionalidade da norma.

Constituição de 1988 assegurou-lhe uma total autonomia em relação aos demais poderes públicos e independência funcional, além de definir claramente suas funções ao qualificá-lo como defensor do Estado democrático de direito, dos direitos sociais e individuais indisponíveis, o que permite a seus membros atuar livre e criteriosamente, com vinculação somente à Constituição e às leis, devendo submeter ao Supremo Tribunal apenas a questões que repute de fato relevantes e cuja tutela de interesses não tenha sido alcançada nas instâncias inferiores.

No caso do MP português, apesar dos avanços incorporados pela CRP e revisões constitucionais posteriores no sentido de garantir-lhe autonomia orgânica e funcional e de incluir entre as suas funções essenciais, para além daquelas relacionadas à persecução penal, a defesa da legalidade democrática e de outros interesses previstos na lei, a permanência da função de representar o Estado manteve os vínculos da instituição com o Poder Executivo, o que, ao lado da ausência de independência funcional, impõe aos magistrados uma atuação vinculada e obstaculiza o pleno desenvolvimento das funções do MP português no âmbito da cidadania, mormente na tutela dos direitos fundamentais.

Destarte, o modelo em que a advocacia estatal é exercida pelo Ministério Público já foi ultrapassado na generalidade dos países, como no Brasil desde a CF de 1988, que optou por estruturar quadros próprios de advogados públicos para o desempenho dessa importante tarefa, mas que frequentemente revela-se inconciliável com os interesses da sociedade a que incumbe o MP proteger. Com efeito, o risco de conflitos entre a defesa dos interesses estatais e a tutela dos direitos sociais e individuais indisponíveis é inevitável, razão pela qual a representação de direitos patrimoniais e específicos do Estado não se compatibiliza com a autonomia e independência da instituição destinada à defesa do Estado democrático de direito e do interesse coletivo.

Com relação ao Ministério Público brasileiro, foi justamente a revisão da mentalidade jurídica dominante que revigorou a instituição e permitiu o desempenho eficiente das amplas e relevantes funções que



foram conferidas à instituição pela Constituição de 1988. Do contrário, os poderes de iniciativa e mecanismos postos à disposição do MP pelo sistema jurídico de nada adiantariam e não passariam de instrumentos meramente formais de atuação. Impulsionado pelo período de redemocratização no país, pode-se afirmar que o MP brasileiro efetivamente assumiu o papel de defensor da cidadania e redirecionou suas funções para a tutela dos interesses sociais, priorizando sua atuação como órgão agente e investigador, tanto no âmbito penal como cível, através do inquérito civil, além do investimento em suas novas atribuições, nomeadamente a de *ombudsman* e o controle externo da atividade policial.

Os desafios, contudo, não cessam, sendo necessária a adoção de medidas para enfrentar a crescente demanda de uma sociedade bastante desigual e dominada pelo poder econômico, como a eleição de prioridades, planejamento estratégico e a busca por novas formas de resolução de conflitos coletivos, judiciais e extrajudiciais.

O controle de constitucionalidade das normas é sem dúvida uma das principais áreas de atuação do Ministério Público brasileiro para defesa de direitos constitucionais do cidadão. No âmbito da fiscalização concreta, em que a tutela de direitos subjetivos dos cidadãos se manifesta com maior nitidez, o MP pode suscitar o controle difuso de normas atuando como *custos legis*. Todavia, é especialmente como órgão agente, por meio do ajuizamento de ações civis públicas, que a promoção do controle incidental da constitucionalidade possui maior relevância ante a possibilidade de produzir efeitos que ultrapassam as partes da relação processual, como é próprio do processo coletivo, para beneficiar os titulares dos direitos difusos e coletivos protegidos através da ação.

Diferentemente, a atuação do MP português no âmbito da fiscalização da constitucionalidade é voltada preponderantemente à defesa da legalidade objetiva, a fim de conferir sempre a última palavra ao TC e promover a uniformidade da jurisprudência. Tais objetivos, de fato imprescindíveis para uma prestação efetiva da jurisdição constitucional, podem ser alcançadas em maior escala e

com mais eficiência através de ações diretas de inconstitucionalidade, como já ocorre no Brasil. Tratando-se de controle concreto com efeito *interpartes*, entende-se que a vinculação à interposição obrigatória de recursos, até mesmo quando o(a) Procurador(a) da República esteja de acordo com a decisão recorrida, não é a melhor solução para o MP exercer as suas funções no âmbito da justiça constitucional, cuja essência não pode se desvincular da tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse sentido, o entendimento de Vitalino Canas, ao defender uma atuação mais autônoma e independente da instituição em sede de fiscalização difusa, mostra-se mais condizente com a realidade social e aquilo que se pode esperar da jurisdição constitucional. Em Portugal, onde existe um *deficit* de proteção dos direitos fundamentais em razão da ausência de mecanismos para contestar atos concretos e omissões inconstitucionais perante o Tribunal Constitucional, uma atuação do Ministério Público mais proativa e direcionada aos casos concretos seria bastante relevante e significativa.

Por fim, conforme ressaltado nas linhas acima, a tutela coletiva da constitucionalidade pelo Ministério Público traz o benefício de prevenir o ajuizamento de ações individuais repetitivas e evita que tais processos sobrecarreguem as instâncias ordinárias e cheguem até a corte constitucional. Assim, corrobora a tendência de objetivação dos recursos constitucionais e extraordinários no sentido de que a jurisdição constitucional fique reservada para as causas efetivamente relevantes e de efeitos transcendentais.

## REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ALEXANDRINO, José Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. vol. II - A construção dogmática, Coimbra: Almedina, 2006.

AMARAL, Maria Lúcia. “O modelo português de justiça constitucional – Análise crítica”, in **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, vol. 11, Madrid, 2007, p. 17-40.

AZEVEDO, Luís Eloy. Os interesses difusos no quadro da história do Ministério Público em Portugal. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, a. 25, n.º 100, out. dez. 2004, p. 135-151.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. Tutela judicial efectiva e acesso dos cidadãos ao Tribunal Constitucional, in **Julgare**, n.º 29, 2016, p. 61-75.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. **Justiça Constitucional**, tomo II - O direito do contencioso constitucional, 2ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 2011.

\_\_\_\_\_. “Insuficiências dos efeitos *inter partes* das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídica portuguesa”, in RAMOS, Elival da Silva; BLANCO DE MORAIS, Carlos (coords.). **Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2012, p. 53-61.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário** (AgRg no RE) nº 372571/GO, relator ministro Ayres Britto, 2ª Turma, 27 de mar. de 2012, publicação: DJe de 26 de abr. de 2012a. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2084578>>. Acesso em: 09 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário** (AgReg nos EDcl no RE) nº 633195/SP, relator ministro Dias Toffoli, 1ª Turma, 12 de jun. de 2012, publicação: DJe de 29 de jun. de 2012b. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3997736>>. Acesso em: 09 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3406/RJ e 3470/RJ**, relatora ministra Rosa Weber,

Tribunal Pleno, 29 de 11 de nov. 2017, publicação: DJe 01/12/2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339388378&text=.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

CALABRICH, Bruno (org.), **Modelos de Ministérios Públicos e Defensorias del Pueblo**, vol. 3, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2014.

CANAS, Vitalino. “O Ministério Público e a defesa da Constituição”, in **Revista do Ministério Público**, Lisboa, ano 5, vol. 20, dezembro/1984, p. 41-90.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2011 (9ª reimp.).

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, vol. I, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CORREA, Thiago Pinheiro. “O Ministério Público e sua atuação como *ombudsman*”, in VITORELLI, Edilson (org.), **Temas Atuais do Ministério Público Federal**, 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 107-124.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A jurisdição constitucional em Portugal**, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2019 (reimp.).

DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paula; LIMA, Teresa Maneca, “O Ministério Público em Portugal”, in DIAS, João Paulo; DE AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli (coords.). **O papel do Ministério Público – Estudo comparado dos países latino-americanos**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 27-69.

DIAS, João Paulo; DE AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli (coords.). **O papel do Ministério Público – Estudo comparado dos países latino-americanos**. Coimbra: Almedina, 2008.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 4, 4ª ed., Salvador: JusPodivm, 2009.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. “Anotações sobre o controle de constitucionalidade no Brasil e a proteção dos direitos fundamentais”, in **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, vol.11, Madrid, 2007, p. 73-98.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público - Organização, Atribuições al did.**, 6º ed. (e-book), São Paulo: Saraiva, 2017.

GAVRONSKY, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Manual do Procurador da República – Teoria e prática**, 3ª ed., Bahia: JusPodivum, 2017.

MAIA, Rodrigo de Almeida. “Em nome da sociedade: o Ministério Público nos sistemas constitucionais do Brasil e de Portugal”, in **O direito**. Coimbra, a. 144, n. 2, 2012, p. 373-410.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 23º ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. “Controle de constitucionalidade”, in MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1470-1572.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, Tomo VI - Inconstitucionalidade e garantia da Constituição, 4ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2017a.

\_\_\_\_\_. **O sistema português de fiscalização da constitucionalidade – Análise crítica**, Lisboa: AAFDL, 2017b (reimp).

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 743/96**, processo nº 240/94, relator Conselheiro Monteiro Diniz, 1ª Seção/plenário, 28 de maio de 1996. Disponível em: <<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960743.html>>. Acesso em: 06 jan. 2021.

PALU, Oswaldo Luiz. “O controle coletivo de constitucionalidade no direito brasileiro - uma evolução democrática e simplificadora”, in **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. vol. 5, maio/2011 DTR\2000\39, p. 753-74.

RODRIGUES, Cunha. **Em nome do povo**. Coimbra: Coimbra editora, 1999.

RODRIGUES, Joana Amaral. “O papel do Ministério Público na fiscalização da constitucionalidade”, in **Revista do Ministério Público**, Lisboa, nº 132, outubro/dezembro de 2012, p. 221-257.

SACRAMENTO, Bruno. “Déficits e disfunções no controle de constitucionalidade em Portugal e no Brasil”, in ALEXANDRINO, José Melo (coord.). **Estudos sobre o constitucionalismo no mundo de língua portuguesa**. vol. II, Lisboa: AAFDL, 2018, p. 303-360.



# A PRODUÇÃO NORMATIVA DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FORMULADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS

## *THE REGULATIONS ESTABLISHED BY THE NATIONAL BOARD OF THE PUBLIC PROSECUTORS' OFFICE REGARDING ENVIRONMENTAL PUBLIC POLICIES*

**Guilherme Balbi**

Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) – Largo São Francisco. Graduado pela mesma instituição (2019). Pesquisador do Núcleo de Justiça e Constituição (NJC) da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP).  
guilhermibalbi95@gmail.com

**Rebeca Mathias Lins**

Mestra em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (USP). Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisadora Líder no Núcleo de Justiça e Constituição (NJC) da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV Direito SP).  
rlins775@gmail.com

Recebido em: 1/4/2021

Aprovado em: 12/7/2021

**Resumo:** O objetivo deste artigo é analisar empiricamente a produção normativa do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) na área ambiental sob a ótica do conceito de políticas públicas, respondendo aos seguintes problemas de pesquisa: o CNMP produz normativas visando à definição de prioridades de atuação em matéria ambiental? Iniciamos com uma explicação sobre a literatura da *policy analysis* e a sua relação com a produção normativa do CNMP, seguida por uma descrição do



funcionamento do órgão. Para a análise empírica, selecionamos 11 proposições normativas, as quais foram classificadas entre estruturais e funcionais e de acordo com as etapas do ciclo de política públicas. Concluímos – por meio dessas classificações e pela constatação de que maioria (63,6%) das proposições foram aprovadas pelo Plenário – que o CNMP avoca para si a função de coordenador da atuação ambiental do MP brasileiro, exercendo-a por meio da criação de políticas públicas.

**Palavras-chave:** Ministério Público. Políticas públicas. Meio ambiente. Ciclo de políticas públicas. Coordenação institucional.

**Abstract:** *The paper aims to empirically analyze the regulations of the National Board of the Public Prosecutor's Office (Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP) in the environmental field from the perspective of public policies, in order to answer the following research problems: does the CNMP draft regulations aimed at defining priorities for action in environmental matters? We begin with an explanation of the policy analysis literature and its relation to the regulations established by the CNMP, followed by a description of the functioning of the public agency. For the empirical analysis we selected eleven normative propositions, which were classified between structural and functional and according to the stages of the public policy cycle. We conclude - through these classifications and by noting that most (63.6%) of the propositions were approved by the plenary session - that the CNMP assumes the role of coordinator of the environmental performance of the Brazilian Public Prosecutor's Office, exercising it through the creation of public policies.*

**Keywords:** Public Prosecutor's Office. Public policies. Environment. Public policy cycle. Institutional coordination.

**Sumário:** Introdução. 1. O Conselho Nacional do Ministério Público como formulador de políticas públicas: conceitos e terminologias. 2. Poder regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público: entre a coordenação e a autonomia. 3. CNMP e o ciclo de políticas públicas: análise das normativas relativas ao meio ambiente. 3.1. Normativas estruturais. 3.2. Normativas funcionais. 4. Discussão dos resultados. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

A estrutura do Estado e as estratégias utilizadas para o alcance de seus objetivos – sejam estes expressos em leis ou em programas de governo – têm sido cada vez mais estudadas. Tal análise vem sendo construída pela literatura de políticas públicas, em uma abordagem interdisciplinar que, reconhecendo a complexidade desse objeto, busca racionalizar as interferências recíprocas entre as instituições e os atores que as compõem (BUCCI, 2008). Entender como se estruturam os processos políticos e administrativos que resultam em políticas

públicas vem se tornando cada vez mais importante para o ramo do direito, considerando a positivação dos direitos sociais, difusos e coletivos, especialmente na Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Conjuntamente a esse debate, a participação das instituições do sistema de justiça<sup>1</sup> nas políticas públicas vem sendo cada vez mais estudada, levando à compreensão da necessidade de incluí-las em seu processo decisório (BARREIRO, FURTADO, 2015, p. 293-314; OLIVEIRA, 2013, p. 225-240; TAYLOR, 2007, p. 229-257; XIMENES, OLIVEIRA, SILVA, 2019, p. 155-188). O Poder Judiciário se tornou um grande exemplo desse fenômeno, seja por meio da judicialização das políticas setoriais (saúde, educação, meio ambiente, entre outras), seja pela definição de objetivos e prioridades internas que visam ao enfrentamento de problemas públicos. Este último caso, alvo de estudos recentes, recebeu o nome de políticas públicas judiciárias ou política judicial, quando voltada à elaboração de medidas visando à melhoria dos serviços jurisdicionais.

No caso do Ministério Público (MP)<sup>2</sup>, a interface entre a produção de políticas judiciárias e as setoriais, elaboradas pelos outros poderes, fica ainda mais acentuada devido às suas atribuições institucionais conferidas pela CF/88. O papel de defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis e as funções a ele vinculadas trazem diferentes formas de atuação e implicações nessa temática. Por outro lado, os princípios da autonomia institucional e independência funcional do MP não garantem uma atuação unificada e estratégica. Tendo em vista essa dificuldade de coordenação, diretrizes e normativas que buscam orientar e regular a atuação do MP têm sido expedidas por seu órgão de controle, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Aplicável a todas as unidades do MP, elas abordam a atuação do órgão nas políticas setoriais (ambientais, saúde pública, direito do consumidor, entre outras) e disciplinam questões administrativas internas e relacionadas ao serviço jurisdicional.

---

1 Aqui entendemos como sistema de justiça o Poder Judiciário e as instituições relacionadas ao seu funcionamento, como Ministério Público, Advocacia e Defensoria Pública (SADEK, 2002).

2 Por MP, neste artigo, estamos considerando todas as suas unidades (estaduais e federais) e ramificações (Ministério Público do Trabalho e Ministério Público Militar).

A fim de analisar empiricamente a produção normativa do órgão, levantamos aquelas relativas ao tema ambiental, devido à sua expressividade e importância para o MP: segundo o relatório do CNMP de 2018, o tema ambiental foi o segundo assunto processual mais citado dos procedimentos extrajudiciais instaurados em 2017, representando 14,2% da atuação nacional, atrás apenas do tema de improbidade administrativa. A atuação do MP nessa área guarda ainda motivos históricos: conforme destacado pela literatura (ARANTES, 2002), a legislação ambiental foi uma das mais importantes para alargar a atuação do MP na área de direitos difusos e coletivos em sua trajetória de ascensão institucional. Essa importância, conforme se verá, reflete-se no CNMP, dotado de uma comissão temática fixa de meio ambiente.

Devido ao caráter exploratório da pesquisa e o objetivo de analisar os conteúdos e eventuais controvérsias presentes entre os membros do CNMP, optamos por coletar apenas os tipos normativos de proposição, todos de competência decisória do plenário, expressos no Quadro 1. Esses também visam à coordenação e à uniformização da atuação do MP, sendo um recorte adequado para a pesquisa, excluindo-se, portanto, normativas voltadas às competências disciplinar e administrativa do CNMP. A leitura das 11 normativas selecionadas confirmou um teor adequado ao conceito de políticas públicas, motivo pelo qual decidimos analisá-las sob a ótica da *policy analysis*, seguindo o caminho apontado pela literatura de incluir as instituições de justiça no *policy-making*. Por meio do conteúdo das normativas e dos debates que levaram à aprovação ou à rejeição delas, procuramos responder às seguintes perguntas: o CNMP produz normativas visando à definição de prioridades e objetivos na atuação de seus membros em matéria ambiental? Se sim, quais são os seus conteúdos e quais são as controvérsias expressas nas decisões?

O conteúdo dessas decisões foi estudado visando a identificar como as etapas do *policy cycle* estavam presentes nele, partindo do pressuposto de que o órgão possui capacidade institucional para agir em políticas públicas ambientais. Outro objetivo foi identificar os órgãos e as estruturas que a política destinou para sua formulação,

implementação e avaliação, resultando na classificação disposta no Quadro 2. Além disso, analisamos brevemente a deliberação dessas normas, especialmente os motivos levantados pelos/as conselheiros/as em caso de rejeição e arquivamento. Para isso, criamos duas categorias de normas: (i) normativas estruturais – voltadas a criar e a regular procedimentos internos ao MP; e (ii) normativas funcionais – voltadas à atuação de seus membros e à definição de prioridades temáticas na política ambiental. Não identificamos nenhum mecanismo claro de punição em caso de desrespeito às normativas pelos membros do MP, gerando dúvidas sobre a sua real eficácia ou mecanismos existentes de *enforcement* – aspectos que abrem uma ampla agenda de pesquisa e que não foram objeto deste estudo.

O artigo está organizado da seguinte forma: no item 1 apresentamos a literatura da *policy analysis* e os motivos para analisar a produção do CNMP sob essa ótica; no item 2 descrevemos brevemente o funcionamento do CNMP, as suas possibilidades normativas e o paradoxo entre coordenação e autonomia; no item 3 trazemos a classificação das normativas e a análise do seu conteúdo (bem como a metodologia correspondente), seguidas pelos resultados empíricos, no item 4. Por fim, concluímos com reflexões para a necessária agenda de pesquisas sobre o CNMP, trazendo os seguintes ganhos analíticos: (i) melhor compreensão da estrutura e funcionamento do CNMP como um regulador nacional da atividade do MP; e (ii) articulação teórico-metodológica entre os conceitos da *policy analysis* e a produção normativa do CNMP na área ambiental, situando o órgão no campo que analisa as interações entre o sistema de justiça e as políticas públicas.

## **1. O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FORMULADOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS: CONCEITOS E TERMINOLOGIAS**

Devido à variedade de forma e conteúdo que a ação do Estado pode assumir, não há consenso, inclusive, sobre o conceito de políticas públicas, que aqui entendemos como um sistema de decisões públicas que estipula ações e omissões voltadas a produzir resultados em

determinadas realidades por meio da definição de objetivos, estratégias e alocação de recursos (SARAVIA, 2007, p. 29). Prova dessa diversidade está na recente inclusão das instituições do sistema de justiça como formuladoras e implementadoras de suas próprias políticas públicas, como veremos.

A literatura da *policy analysis*<sup>3</sup> tem como um dos principais elementos de análise o ciclo de políticas públicas (*policy cycle*), ferramenta conceitual que “subdivide o agir público em fases parciais do processo político-administrativo de resolução de problemas” (FREY, 2000, p. 226). Embora tais fases apresentem diferentes subdivisões conforme as variadas análises, é possível identificar um padrão comum entre elas, em que toda política pública é precedida de uma fase de formulação, de implementação e de controle de seus impactos ou avaliação (FREY, 2000, p. 226). Vale ressaltar que tais etapas buscam retratar e sistematizar um processo muito mais dinâmico e complexo, em que tais fases comumente estão interligadas e sofrem influências mútuas. Apesar dessa limitação, a classificação é muito útil para compreender os atores, práticas político-administrativas e redes políticas presentes em cada fase. É esse esforço analítico que iremos empregar, a fim de identificar os conteúdos e as controvérsias expostos na etapa de formulação de políticas pelo CNMP.

Resumidamente, a formulação compreende a elaboração dos problemas e a definição de prioridades entre eles, bem como a escolha das melhores soluções e estratégias para que sejam enfrentados. Tais políticas podem estar presentes em programas de governo, legislações próprias ou em diversas normativas, com variados graus de especificação dos métodos adotados. A implementação é a execução das soluções escolhidas, aplicando-se a lei ou programa nos termos, métodos e estratégias por ele escolhidos. Nessa fase, adquire bastante protagonismo o Poder Judiciário (BARREIRO, FURTADO, 2015, p. 293-314) mas também a própria administração em seus diversos níveis, que pode formular leis ou programas destinados a cunhar estratégias para aplicar um programa diante de dificuldades particulares. Por fim,

3 A *policy analysis* compreende o campo que pretende analisar a inter-relação entre as instituições políticas, o processo político e os conteúdos de política com o arcabouço dos questionamentos tradicionais da ciência política (WINDHOFF-HÉRITIER, 1987, p. 7 apud FREY, 2000, p. 214).

a fase de avaliação de uma política pública busca medir seus efeitos de acordo com as metas formuladas, examinando a adequação entre os meios empregados e os fins alcançados (VIANNA, 1996, p. 35). Nessa fase, é imprescindível<sup>4</sup> o estabelecimento de critérios, indicadores e padrões, de eficiência econômica e administrativa (se os recursos utilizados são produtivos) e de eficácia (analisando o percentual de efetivação das metas ou objetivos preestabelecidos) (SECCHI, 2012, p. 50).

Embora os diferentes conceitos de políticas públicas e a literatura que dele decorrem assumam enfoque na ação governamental – protagonizada pelos poderes políticos –, estudos identificaram a necessidade de incluir os atores do sistema de justiça no *policy-making*, seja como atores de pressão, seja como formuladores de políticas públicas. No primeiro caso, há literatura sobre a atuação do Poder Judiciário e do MP patrocinando demandas próprias de suas instituições (COUTO, OLIVEIRA, 2019, p. 139-162), ou mediante a judicialização de políticas advindas dos outros poderes (OLIVEIRA, 2013, p. 225-240; XIMENES, OLIVEIRA, SILVA, 2019, p. 155-188; TAYLOR, 2007, p. 229–257). Além disso, tais atores têm sido recentemente estudados como formuladores de suas próprias políticas, com potencial de impactar a agenda pública em temas sociais relevantes, conjuntamente com os demais poderes (SILVA, FLORÊNCIO, 2011, p. 127).

O conceito que analisa as instituições do sistema de justiça como formuladores ficou conhecido como políticas públicas judiciárias ou políticas judiciais, referindo-se à forma como se organizam para prestar o serviço de acesso à justiça – que também pode ser entendido como uma política pública<sup>5</sup>. Silva e Florêncio (2011, p. 126) o definem como o

4 Conforme ressalta Dallari Bucci (2006), ainda que não prevejam metas ou indicadores, políticas públicas podem ser assim consideradas caso se constate uma movimentação estatal no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou de concretizar algum direito. É o caso do ProUni: instituído pela Medida Provisória n. 213/04, convertida na Lei n. 11.096/2005, esta apenas alterou hipóteses de imunidade constitucional para entidades educacionais beneficentes e disciplinar hipótese de isenção tributária para as que participassem do programa – não explicitou metas e resultados, tampouco explicitou marcos temporais. Entretanto, estabeleceu condições estruturais de inclusão de alunos pobres em universidades, trazendo a marca ideológica do governo de inclusão social via aumento de oportunidades para populações desfavorecidas, mantendo caráter de política pública (BUCCI, 2006, pp. 13-14).

5 O uso do termo políticas públicas “judiciárias” busca especificá-lo como um tipo de políticas públicas convencionais, aprovadas pelo Legislativo e regulada pelo Executivo, bem como diferenciá-lo do termo judicial *policies*, utilizado nos Estados Unidos e usualmente relacionado à interferência das Cortes Superiores nas decisões de cortes inferiores (SILVA, FLORÊNCIO, 2011, p. 126). Apesar dessa diferença terminológica, entendemos que ambas constituem políticas públicas, mas formuladas por órgãos não eleitos e

“conjunto de ações formuladas e implementadas pelo Poder Judiciário em sua própria esfera para o aprimoramento de sua atuação e efetivo exercício de suas atribuições”. Essas incluem identificação, análise e diagnóstico dos problemas que afetam a função jurisdicional do Estado e abrangem medidas como a edição de normas, o estabelecimento de metas, a coleta de dados estatísticos e a mobilização de recursos humanos. Apesar do enfoque do conceito e da literatura no Poder Judiciário, veremos que essa ação está presente também no CNMP.

O enfoque no acesso à justiça não exclui a possibilidade de que a atuação do sistema de justiça como formulador de política influencie as políticas setoriais, já que muitas delas preveem, em seu desenho jurídico-institucional, a participação direta ou indireta das primeiras em alguma etapa – ou em decorrência da judicialização. No caso da política ambiental, por exemplo, o MP aparece como instituição de *enforcement* na política nacional do meio ambiente e na própria CF/88, e a produção normativa do CNMP, ao disciplinar áreas e formas de atuação prioritárias, interage diretamente com esta<sup>6</sup>. Assim, podemos identificar um duplo movimento das políticas judiciárias: elas envolvem tanto medidas voltadas ao serviço jurisdicional quanto políticas setoriais elaboradas por outros poderes, seja pela configuração jurídico-institucional destas ou pela atuação mais política do sistema de justiça.

Nesse sentido, o CNMP possui, pela sua capacidade de regulamentação, controle e uniformização em nível nacional, um forte potencial para se tornar ator relevante como formulador de políticas – elemento que pode assumir grandes dimensões ao considerarmos as atribuições relativas à defesa dos direitos difusos e coletivos pelo MP. A CF/88 consolidou a atuação do MP nos direitos sociais, conferindo-lhe poderes institucionais (autonomia institucional e independência funcional) e processuais (como a Ação Civil Pública e Termo de

---

destinadas principalmente a aprimorar a política de acesso à justiça, preconizada na CF/88.

6 Como exemplo de uma interação direta com a execução da política ambiental, podemos citar o Acordo de Cooperação Técnica nº 22/2018, celebrado entre o CNMP, o Ministério do Meio Ambiente e o Serviço Florestal Brasileiro visando à transferência e ao compartilhamento de informações do Sistema de Cadastro Ambiental Rural (SICAR). O termo pode ser acessado em: < [https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Comissoes/CMA/TERMO\\_DE\\_ACORDO\\_DE\\_COOPERA%C3%87%C3%83O\\_T%C3%89CNI-CA\\_E\\_PLANO\\_DE\\_TRABALHO-\\_CNMP\\_E\\_MMA.\\_Assinado.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Comissoes/CMA/TERMO_DE_ACORDO_DE_COOPERA%C3%87%C3%83O_T%C3%89CNI-CA_E_PLANO_DE_TRABALHO-_CNMP_E_MMA._Assinado.pdf)>. Acesso em: 29 set. 2020.

Ajustamento de Conduta) para cumprir a sua função de garantidor dos direitos constitucionais.

Esse potencial do CNMP pode enfrentar um obstáculo na própria configuração institucional do MP. Nesse sentido, é importante distinguir a autonomia institucional (relativa à instituição) e a independência funcional (referente às garantias de seus membros), apesar de o artigo não objetivar uma análise normativa desses conceitos. Utilizaremos a definição de Arantes (2007), segundo a qual a CF/88 conferiu ao MP uma independência bidimensional: externa – conquista de instrumentos de autogoverno combinados à ausência de mecanismos de *accountability* – e interna – garantias conferidas aos seus membros individuais como a vitaliciedade e a inamovibilidade, entre outras. Para o autor, isso lhes confere um “alto grau de independência funcional e controle completo sobre as ações que conduzem” (ARANTES, 2007, p. 329). Completa ainda que “no desempenho de suas atividades, os membros do MP estão subordinados apenas à lei e à própria consciência”. (ARANTES, 2007, p.329).

Essa configuração institucional evoca a seguinte questão para a ação coordenadora do CNMP: como coordenar e estipular prioridades e formas de atuação para membros com independência funcional e unidades com autonomia? Conforme afirmou Sadek (2009, p.06), o MP é um tipo de organização monocrática, “não havendo uma hierarquia baseada em estritos princípios de mando e obediência”. Como veremos, esse obstáculo é refletido em alguns acórdãos aqui analisados, em que a autonomia institucional e a complexidade regional do MP foram levantadas como argumentos para a rejeição de propostas.

## **2. PODER REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: ENTRE A COORDENAÇÃO E A AUTONOMIA**

Originado no âmbito da reforma do Poder Judiciário, contexto marcado por debates envolvendo a necessidade de mecanismos de *accountability* e responsividade para o sistema de justiça, o CNMP possui como funções constitucionalmente previstas o controle da atuação administrativa e financeira do MP, o zelo pela autonomia



funcional e administrativa, podendo expedir atos regulamentares e recomendar providências (art. 130-A, CF/88). Os últimos possibilitam uma atuação voltada à produção de políticas públicas e de coordenação institucional.

Em sua configuração atual, o CNMP conta com 14 membros, indicados pelas unidades do MP, pela advocacia e pela sociedade civil, e nomeados pelo Presidente da República, conforme art. 139-A da CF/88. Os principais órgãos do conselho são: o Plenário; a Presidência; a Corregedoria Nacional do Ministério Público; os Conselheiros; as Comissões; e a Ouvidoria Nacional (conforme Resolução 92, de 2013).

O Plenário é a instância máxima do CNMP, composta por todos os Conselheiros, no qual se concretizam as funções disciplinar e regulamentar do órgão. É nele que são apresentadas e votadas pelos Conselheiros suas propostas individuais de normativas. Entre os demais órgãos, todos subordinados ao Plenário, assume importância para a matéria regulamentar a Presidência e as Comissões. A Presidência – sempre ocupada pelo PGR – é dotada de prerrogativas como a de presidir a sessão (art. 12, V) e definir a organização e a competência dos órgãos internos do Conselho (art. 12, XVII), entre outros.

Já as comissões podem ser criadas pelo CNMP para “o estudo de temas e de atividades específicas, relacionados às suas áreas de atuação” (art. 30). As Comissões permanentes devem ser compostas por, no mínimo, três Conselheiros, sendo um deles não integrante do MP, ao passo que as temporárias têm forma e atribuições definidas no ato de que resultar sua criação. Ambas possuem presidentes eleitos pelo Plenário do CNMP para o mandato de um ano, ou, no caso das comissões temporárias, até que suas atividades se encerrem.

Tal estrutura pode ser movimentada, no poder regulamentar, por cinco diferentes normativas de tipo proposição<sup>7</sup> previstas no Regimento Interno do CNMP (RICNMP), dispostas no Quadro 1<sup>8</sup>. As demais

7 Conforme estipula o RICNMP, “Art. 147. Qualquer membro ou Comissão poderá apresentar Proposta de: I – Resolução; II – Enunciado; III – Emenda Regimental; IV – Recomendação; V – Súmula”. Essas normativas constituem formas de proposição (classe processual prevista no art. 37, XVI) e são apreciadas e votadas pelo Plenário (art. 151).

8 A definição dessas normativas consta no “Manual de Padronização de Atos do CNMP”, disponível em: <<https://www2.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/245-cartilhas-e-manuais/9206-manual-de-padronizacao-de-atos-do-cnmp>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

classes processuais possuem dimensão disciplinar (inspeção, correição, reclamação disciplinar) ou administrativa (procedimento interno de comissão, procedimento de controle administrativo), razão pela qual não foram selecionadas. Uma vez propostas pelos Conselheiros ou pelas Comissões, é escolhido um relator dentre os Conselheiros, aberto um prazo para a proposição de emendas e, ao final, votada pelo Plenário, podendo ser aprovada ou arquivada por maioria simples de seus membros. O resultado desse julgamento é consubstanciado em um acórdão, contendo o relatório do Conselheiro relator (em que são relatadas as diligências ao longo do processamento da proposição, tais como a proposição de emendas por Conselheiros ou por unidades do MP) e os votos dos Conselheiros, favoráveis ou contrários às medidas.

Quadro 1 – Tipos de normativas do CNMP

<b>Normativa</b>	<b>Órgão Competente</b>	<b>Objetivo</b>
<b>Resolução</b>	Plenário (art. 151 do RICNMP)	Regular práticas administrativas e uniformizar procedimentos.
<b>Enunciado</b>	Plenário (art. 151 do RICNMP)	Elucidar dúvidas ou esclarecer questões relacionadas à interpretação e execução de atos do CNMP, como o RICNMP.
<b>Emenda Regimental</b>	Plenário (art. 151 do RICNMP)	Alterar o Regimento Interno da instituição
<b>Recomendação</b>	Plenário e Corregedor Nacional do CNMP (art. 151 e art. 18, X, do RICNMP)	Ato por meio do qual determinado órgão sugere ou adverte o seu destinatário a respeito da necessidade de praticar ou abster-se de praticar determinada conduta. Pode se dar em caráter geral ou específico.
<b>Súmula</b>	Plenário (art. 151 do CNMP)	Consolidação, em uma tese, de um entendimento assumido pelo CNMP em uma série de precedentes.

Fonte: elaboração própria

Para além dessas normativas, o RICNMP também prevê instrumentos de manutenção dessas decisões – como é o caso da

Reclamação para Preservação da Competência e da Autoridade das Decisões do Conselho (arts. 118 a 122 do RICNMP) – e de controle dos atos administrativos – como o Procedimento de Controle Administrativo (arts. 123 a 128 do RICNMP), por meio do qual o CNMP pode determinar a suspensão ou a desconstituição de ato administrativo de membros ou servidores do MP.

Em seu repertório institucional, o CNMP ainda possui instrumentos voltados ao controle disciplinar – como Sindicância, Correição, Reclamação Disciplinar –, ao subsídio técnico de seus Conselheiros e à participação política em temas afetos ao MP. É o caso, respectivamente, da Nota Técnica, destinada a esclarecer informações técnicas ao Conselho, e do Anteprojeto de Lei, que, uma vez aprovado pelo Plenário, é encaminhado ao Congresso Nacional<sup>9</sup>.

Tais instrumentos normativos permitem que o CNMP exerça uma função de coordenação das ações do MP em que, como verificamos empiricamente, o conteúdo das normativas analisadas constituem a etapa de formulação de políticas públicas. Entretanto, pela leitura do regimento interno e do manual de padronização, não foi possível depreender quais seriam os mecanismos institucionais de *enforcement* dessas medidas, uma vez que não há previsão clara de sanções aos membros em caso de descumprimento das normas apresentadas no Quadro 1. Em relação aos instrumentos desenhados para garantir a executoriedade desses atos, como a Reclamação para Manutenção das Decisões do Conselho ou o procedimento de controle administrativo, seria necessário verificar como de fato são utilizados pelo CNMP, elemento que poderá ser explorado em futuras pesquisas.

9 Previsto no art. 37, XXIII, § 1º, VI do RICNMP, o Anteprojeto de Lei tem sido usado majoritariamente para aprovação de questões orçamentárias (conforme se depreende de: <<https://www2.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/11404-plenario-aprova-proposta-orcamentaria-do-cnmp-para-2019?highlight=WyJhbnRlcHJvamVobyBkZSBsZWkiXQ==>; e <<https://www2.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/13310-plenario-aprova-proposta-orcamentaria-do-cnmp-para-2021?highlight=WyJhbnRlcHJvamVobyBkZSBsZWkiXQ==>>). Entretanto, já foi instrumento utilizado para veicular normas mais amplas sobre o CNMP e o MP, como tentativas de criar código de ética para os membros do MP (Cf. <<https://www2.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/12084-proposta-de-anteprojeto-de-lei-visa-a-criar-codigo-de-etica-e-de-conduta-para-membros-do-ministerio-publico?highlight=WyJhbnRlcHJvamVobyBkZSBsZWkiXQ==>>) e para estabelecer regras gerais para uniformizar procedimentos disciplinares no Ministério Público (Cf. <<https://www2.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/154-anteprojeto-de-lei-complementar-uniformiza-procedimentos-disciplinares-em-todo-o-mp?highlight=WyJhbnRlcHJvamVobyBkZSBsZWkiXQ==>>). Acesso em: 06 ago. 2020.

## 2. CNMP E O CICLO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: ANÁLISE DAS NORMATIVAS RELATIVAS AO MEIO AMBIENTE

As normativas foram coletadas no site da instituição: na seção de “Atos e Normas”<sup>10</sup>, filtramos a pesquisa pela palavra-chave “meio ambiente”, selecionando as normativas dispostas no Quadro 1, que correspondem àquelas de competência do Plenário, conforme o RICNMP. A pesquisa nos trouxe 19 resultados: após excluirmos as normativas que não abordavam a temática ambiental (como a Resolução nº 199/2019, que tratava de uso de aplicativos de recursos tecnológicos para comunicação de atos processuais), selecionamos sete normativas, sendo quatro Recomendações, duas Resoluções e uma Emenda Regimental, todas aprovadas pelo Plenário. A pesquisa foi complementada por consulta à seção sobre a Comissão de Meio Ambiente no site do CNMP<sup>11</sup>, em que coletamos quatro normativas propostas pela Comissão e não aprovadas pelo Plenário. No Quadro 2 apresentamos todas as 11 normativas analisadas (as sete aprovadas e as quatro proposições), com o conteúdo resumido, o resultado e a data do acórdão. Além disso, obtivemos, por meio da consulta pública de decisões disponível no sistema ELO, os acórdãos do Plenário que as julgaram, que constituem importante fonte de análise da deliberação e do modo como o CNMP exerce suas atribuições. As normativas foram identificadas a partir do nome constante no site do CNMP, que obedece ao padrão de tipo da normativa, número e ano – que se refere ao momento em que ela foi proposta. As normativas não aprovadas foram identificadas pelo número de protocolo que elas receberam, por meio do qual se pode acessar seu processo de tramitação no sistema ELO do site do CNMP.

A partir desses dados, procedemos à classificação dessas normativas de acordo com as categorias da *policy analysis* abordadas no item 1. Para fins de descrição e análise, as normativas analisadas serão divididas em duas categorias dedutivamente criadas, com base na leitura de seu conteúdo e dos debates que a geraram: estruturais

10 Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-separador/atos-e-normas-resultados>>. Acesso em: 16 out. 2020.

11 Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-meio-ambiente/apresentacao>>. Acesso em: 16 out. 2020.

(se buscaram instituir e implementar estruturas nas unidades do MP ou CNMP ou se buscaram influenciar no modo de organização dessas unidades, a fim de aprimorar sua atividade na área ambiental) ou funcionais (aquelas que buscaram disciplinar como os promotores devem atuar, impondo-lhes diretrizes, fins prioritários ou elegendo meios ideais de atuação). O quadro 2 apresenta também os seguintes critérios:

- Proposição: órgão ou conselheiro que propôs a normativa;
- Formulação: identificação do(s) órgão(s) que formulou(aram) a política, de acordo com o acórdão da decisão;
- Implementação: órgão(s) ao(s) qual(is) a política formulada destinou a sua execução;
- Avaliação: órgão(s) ao(s) qual(is) a política formulada destinou a sua avaliação.

Aqui mencionamos brevemente as normas relativas à criação da CMA (Resoluções nº 145, 184 e Emenda Regimental 20), a fim de nos concentrarmos na análise das normativas destinadas às unidades do MP a seguir. A CMA foi instituída como temporária em 2016 e se tornou definitiva em 2019 e, nesse período, propôs uma série de normativas ao Plenário. Sua criação foi justificada pela necessidade de planejamento e criação de práticas coordenadas na área ambiental, visando à maior eficiência do MP (CNMP, 2019, p. 11). Essas normativas foram classificadas de acordo com os critérios do quadro 2 a fim de fornecer subsídios para a análise quantitativa apresentada no item 4.

A seguir, abordaremos o conteúdo das normativas de acordo com as classificações do quadro 2, a fim demonstrar a presença destas e identificar as dificuldades e os argumentos apresentados nos casos tanto de aprovação quanto de reprovação. Desta forma, poderemos entender melhor o papel do órgão em cada uma das fases da produção de suas políticas e eventuais obstáculos para a sua aprovação e implementação.

Quadro 2 – Classificação das normativas do CNMP sobre meio ambiente

Normativa	Conteúdo resumido	Resultado	Data do acórdão	Classificação	Proposição	Formulação	Implementação	Avaliação
Recomendação 6/2007	Instituiu Comissões de Gestão Ambiental nas unidades do MP, voltadas ao estudo de medidas internas para adotar rotinas administrativas ecologicamente sustentáveis.	Aprovada	Não encontrado	Estrutural	CNMP (não específica)	CNMP (não específica)	Unidades do MP	Não específica
Resolução 145/2016	Criou a Comissão Temporária do Meio Ambiente.	Aprovada	14.06.2016	Estrutural	Conselheiro Sérgio Ricardo de Souza	CNMP	CNMP	Não específica
Recomendação 45/2016	Atuação do MP no acompanhamento à substituição dos lixões pelos aterros sanitários, conforme Lei nº 12.305/2010.	Aprovada	18.10.2016	Funcional	CNMP	CNMP	Unidades do MP	Não específica
Recomendação 61/2017	Recomenda às unidades do MP a realização de encontros com os movimentos sociais.	Aprovada	25.07.2017	Funcional	CNMP	CNMP e movimentos sociais	Unidades do MP	Não específica
Proposta de Recomendação nº 1.00683/2017-05	Unificação das atribuições cíveis e criminais nos órgãos de execução do MP brasileiro responsáveis pela tutela do meio ambiente.	Arquivada	10.03.2020	Estrutural	CMA	CNMP e unidades do MP	Unidades do MP	Não específica

Emenda à Proposta de Resolução 1.01044/2018-84	Institui, nas unidades do MP, Unidade de Gestão Ambiental, voltada à adoção de rotinas ecologicamente sustentáveis.	Arquivada	11.02.2020	Estrutural	CMA	CNMP e unidades do MP	Unidades do MP	Comissão Gestora indicada pela política
Recomendação 65/2018	Integração da atuação do MP para a proteção dos recursos hídricos.	Aprovada	25.06.2018	Funcional	CMA	CNMP e unidades do MP	Unidades do MP	Não específica
Resolução 184/2018	Prorroga prazo de funcionamento da Comissão do Meio Ambiente	Aprovada	24.01.2018	Estrutural	CMA	CNMP	CNMP	Não específica
Proposta de Recomendação nº 1.00359/2019-77	Recomenda que MP acompanhe a destinação dos recursos oriundos de medidas alternativas oriundas de atos atentatórios ao meio ambiente.	Não apreciada	Não há	Externa	CMA	CNMP	Unidades do MP	Não específica
Proposta de Recomendação nº 1.00460/2019-64	Recomenda que MP brasileiro priorize persecução penal relativa aos crimes praticados contra defensores de direitos socioambientais.	Arquivada	05.05.2020	Funcional	CMA	CNMP e unidades do MP	Unidades do MP	Não específica
Emenda Regimental 20/2019	Tornou permanente a Comissão de Meio Ambiente.	Aprovado	12.02.2019	Estrutural	CMA	CNMP	CNMP	Não específica

Fonte: elaboração própria

### 3.1. Normativas estruturais

Nessa categoria, em que o CNMP buscou criar estruturas especializadas na temática ambiental nas unidades do MP, enquadrámos três normativas: a Recomendação 6/2007; a Proposta de Recomendação nº 1.00683/2017-05; e a Emenda à Proposta de Resolução 1.01044/2018-84. Dessas, apenas a primeira foi aprovada.

O engajamento do CNMP na criação de estruturas para se adequar ao consumo ambientalmente responsável aparece já em 2007 com a aprovação da Recomendação nº 6. Afirmando a importância do MP na área ambiental, a normativa recomendou que as unidades do MP instituíssem Comissões Institucionais de Gestão Ambiental, com a tarefa de “estudar, sugerir e acompanhar a implementação de medidas administrativas voltadas à adoção de hábitos ecologicamente sustentáveis” (CNMP, 2007, p. 2). Diferentemente de normativas que a sucederam, essa recomendação é de redação bastante lacônica, limitando-se, para além do preâmbulo, à sugestão acima transcrita.

Essa normativa constitui uma política pública voltada para a criação de estruturas no próprio MP, adequando-o às rotinas administrativas ecologicamente apropriadas, a fim de evitar padrões de consumo degradantes ao meio ambiente. Houve um reconhecimento do papel do poder público no agravamento desse problema e uma necessidade de mudança diante do dever constitucional de proteção ao meio ambiente atribuído ao MP. É importante ressaltar que a normativa não traz parâmetros de avaliação da política pública, tampouco metas a serem cumpridas e examinadas posteriormente.

Iniciativa semelhante seria retomada 11 anos depois, quando a Comissão de Meio Ambiente tentou, por meio de Emenda a uma Proposta de Resolução (de número 1.01044/2018-84), instituir Unidades Socioambientais de Planejamento e Gestão Ambiental nas unidades do MP e criar um Plano de Logística Sustentável (PLS). O objetivo era instituir em todo o MP a adoção de rotinas administrativas ecologicamente adequadas. Ao buscar tal mudança, o CNMP afirmou que estava cumprindo o seu papel de fortalecimento do caráter nacional



da instituição, padronizando procedimentos, direitos e deveres de cada unidade a fim de mitigar desigualdades regionais (CNMP, 2019, p. 11).

A proposta consistia em uma política pública completa: estipulava práticas e critérios às unidades em relação aos padrões de compra, consumo e gestão documental, que deveriam levar em conta critérios de sustentabilidade. Ela também continha um esboço detalhado dos indicadores e índices que seriam utilizados na implementação e na avaliação dessa política. Isso indica a preocupação com a criação de critérios para futura mensuração e avaliação de determinado programa. A proposta também previa a criação de uma comissão gestora do PLS, responsável por diretrizes, implantação, avaliação, revisão e manutenção do plano.

O primeiro relator da matéria opinou pela aprovação da proposição como recomendação, a fim de uma melhor adequação ao princípio da autonomia administrativa de cada unidade – com o intuito de que cada Procurador-Geral de Justiça a adequasse conforme as necessidades e as possibilidades de seu contexto, sem impedir uma futura conversão para resolução, após um período de adaptação (CNMP, 2019b, p. 11). Por fim, a proposição foi rejeitada devido ao elevado número de emendas redacionais propostas<sup>12</sup>. A autonomia administrativa de cada ramo do MP foi um elemento relevante considerado pelos Conselheiros – motivando a substituição da normativa Resolução para uma normativa mais recomendatória.

Também com a finalidade de instituir novas estruturas no MP, a proposta de Recomendação nº 1.00683/2017-05 dispunha sobre a unificação das atribuições cíveis e criminais nos órgãos de execução do MP brasileiro. A normativa partia do diagnóstico de que as questões ambientais, sejam cíveis ou criminais, possuíam semelhantes dificuldades práticas, necessidade de conhecimento técnico especializado e mútuas repercussões, de modo que seria mais eficiente unificá-las. Após ser apresentada em Plenário, ela foi remetida a todas as unidades do MP pelo relator, para que elas propusessem redações

---

<sup>12</sup> A justificativa pode ser encontrada no minuto 1:46:00 da gravação da sessão no YouTube, disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=R54NmMQPKAQ>>. Não há acórdão disponibilizado até maio de 2020, constando apenas o voto do primeiro relator da matéria, o Conselheiro Fábio Bastos Stica.

ou criticassem a proposição. Colocada em votação no plenário apenas em 2020, o relator afirma em seu voto que a matéria toca no inegável papel do CNMP de uniformizar a atuação do MP brasileiro buscando sua máxima efetividade, mas a discussão não poderia prescindir da realidade fática e das particularidades de cada unidade da instituição, sob pena de ter sua eficácia comprometida. Opinando que ela colidiria com a autonomia das unidades de cada ramo e unidade do MP, o Plenário rejeitou a proposta por unanimidade<sup>13</sup> (CNMP, 2017, p. 5).

A análise dessas normativas indica que, já na etapa de formulação dessas políticas, a previsão de dificuldades na implementação e as fortes diferenças regionais frustraram tais tentativas do CNMP: embora ele tenha tentado coordenar a prática ambiental da instituição, ao fomentar práticas sustentáveis e maximizar a eficiência de sua atuação, a autonomia de cada unidade e as diferentes realidades locais dificultaram a sua aprovação.

### **3.2. Normativas funcionais**

Por meio dessas normativas, o CNMP buscou disciplinar o modo de atuação dos seus membros: em vez de instituir estruturas ou modificar a organização das unidades, nessas normativas os Conselheiros buscaram impor objetivos prioritários aos seus membros no âmbito da política ambiental, eleger meios ideais de atuação ou traçar diretrizes gerais funcionais. Interferem mais diretamente, portanto, no conteúdo da política ambiental.

É o caso da Recomendação nº 45/2016, que busca regular a atuação do MP no acompanhamento à substituição de lixões por aterros sanitários exigida pela Lei Nacional dos Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010). Nesse caso, fica clara a regulação, por parte do CNMP, de política pública: uma vez que a obrigação fixada pela lei não havia sido cumprida por diversos municípios, o CNMP incumbiu-se da tarefa de unificar o modo como as unidades do MP deveriam buscar

<sup>13</sup> Embora o único voto constante no acórdão, do relator, não faça referência expressa à autonomia administrativa como fundamento para a rejeição da normativa – apontando apenas a necessidade de se atentar à realidade local das unidades –, a ementa o faz, ao mencionar que a “necessidade de preservação da autonomia das unidades do Ministério Público brasileiro em definir as atribuições dos seus órgãos de execução em consonância às demandas da realidade local” (CNMP, 2017, p. 1).

sua efetivação, maximizando a atuação do MP no sentido de pressionar os poderes políticos em matéria ambiental.

Dentre as diversas recomendações presentes na normativa, ganha destaque a celebração de termos de ajustamento de conduta e ajuizamento de ações de obrigação de fazer (art. 2º da Recomendação), bem como a atuação conjunta do MP com os órgãos ambientais na realização de estudos e inspeções sobre os aterros sanitários, conforme seu art. 3º. O voto do relator, que norteou a aprovação da proposição, deixa claro, ainda, o fomento à atuação do MP no sentido de defesa do meio ambiente frente à postura morosa e negligente dos poderes políticos, com potenciais impactos ambientalmente inadequados (CNMP, 2016, p. 4-5). O plenário acatou o argumento da necessidade de criação de procedimentos e estratégias comuns, aprovando a recomendação.

Na Recomendação nº 61/2017, a indicação de um determinado método de atuação para os promotores por parte do CNMP se fez ainda mais presente. Afirmando existir um anseio por aproximação da sociedade com o MP – não só para que a instituição resolva as demandas da população, como também para que o próprio órgão cumpra adequadamente sua atribuição constitucional –, a proposição recomenda que tais encontros sejam promovidos, dentro das especificidades e capacidades de cada unidade, com propósitos diversos, tais como capacitar lideranças sociais sobre os serviços prestados pelo MP e modo de acessá-los, auxiliar no estabelecimento das metas institucionais, entre outros (art. 1º). Fruto de Encontros Nacionais com o MP e os Movimentos Sociais realizados pela Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais entre 2013 e 2017, o relator afirmou que esse tipo de encontro contribui para o aprimoramento institucional, a transparência e a ampliação da atuação extrajudicial do MP, devendo ser incentivado pelo CNMP (CNMP, 2017b, p. 6). A proposta foi aprovada pelo Plenário.

Prorrogada a vigência da CMA pela Resolução nº 145/2018 – que mencionava a necessidade de o CNMP acompanhar e estimular a atuação do MP especificamente na área de recursos hídricos –, esse tema foi

objeto de proposição consubstanciada na Recomendação nº 65, de 2018, aprovada na 10ª Sessão Ordinária de 2018. Em debates anteriores, os membros da CMA afirmaram a necessidade de o MP aprimorar a sua atuação em prol da proteção dos recursos hídricos (acesso à água e ao saneamento), agindo de forma unificada. Para isso, trouxe a proposta de criação, nas unidades do MP, de grupos integrados de atuação por bacias e sub-bacias hidrográficas, a fim de fixar metodologia de trabalho e/ou teses que orientem a atuação institucional visando à efetividade socioambiental. Adotada essa proposta pela CMA, a Resolução dispunha que tais grupos teriam o escopo de mobilizar promotorias e procuradorias regionais em torno da defesa desses recursos hídricos, além de mensurar os resultados alcançados, fomentar a consciência ambiental da população e acompanhar a implementação das políticas públicas desenvolvidas pelos municípios e estados integrantes da bacia, entre outras atribuições.

Em seu julgamento, o relator valorizou a construção coletiva da proposta em meio à Ação Nacional, o que garantiria o respeito à autonomia administrativa das unidades do MP e traria clara vantagem de eficiência no enfrentamento da questão em contraposição a uma atuação isolada. (CNMP, 2020, p. 12). A emenda também foi objeto de discussão com as diferentes unidades após sua proposição – contando, inclusive, com a incorporação de emendas propostas pelos MPs de São Paulo e Acre.

Já em junho de 2019, a CMA apresentou proposta de recomendação que buscava recomendar que o MP brasileiro priorizasse, em sua atuação, a persecução penal relativa a crimes praticados contra defensores de direitos socioambientais (Proposta de Recomendação n.º 1.00460/2019-64). Argumentando que a eficiência do MP passaria por sua atuação integrada – de acordo com os princípios da unidade e indivisibilidade –, somado aos altos índices de violência contra defensores do meio ambiente e o papel de coordenação do CNMP nesse contexto, a normativa recomendava uma atuação de priorização desses crimes nas unidades do MP.

A despeito de reconhecer a relevância da matéria, o voto do relator apontou para a necessidade de se ater às particularidades regionais de cada unidade do MP, com prioridades variadas e adaptadas a cada um dos diferentes contextos em que eles se encontram. Fixar a priorização de crimes ambientais em locais onde eles não são tão recorrentes poderia “conduzir a um excesso protetivo em certas unidades em detrimento de outros delitos cuja priorização seria mais necessária” (CNMP, 2019c, p. 9). Por meio dessa trajetória, o CNMP identifica um problema social – a violência contra defensores do meio ambiente, baseada em *rankings* internacionais – e busca estruturar-se internamente para aprimorar sua solução. Entretanto, dificuldades em sua implementação, dada a complexidade do órgão, frustraram tal tentativa. Por fim, a proposta de Recomendação n.º 1.00359/2019-77 ainda não foi votada.

#### 4. DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

As normativas analisadas congregam diretrizes consideradas relevantes pelo CNMP que buscam balizar as atuações de promotores e procuradores em todo o território nacional. Como vimos, elas priorizam desde uma atuação resolutiva por parte dos membros do MP até uma interlocução com a sociedade.

A análise empírica (Quadro 2) resultou nos seguintes números: 63,6% das normativas propostas obtiveram sucesso (sete de um total de 11), sendo que, das quatro que não foram aprovadas, apenas uma não foi apreciada e as demais foram arquivadas. O perfil do tipo de normativa utilizado na área ambiental foi majoritariamente de recomendações (representado 63,6%), seguido de resoluções e, por fim, uma emenda regimental. Em relação ao órgão propositor, a CMA desempenhou um papel de destaque, propondo também 63,6% de normativas do total, das quais três foram aprovadas.

Em relação à classificação entre normativas estruturais e funcionais, observamos que 63,6% das normativas são funcionais – estas também tiveram maior sucesso, com um percentual de 75% das normativas aprovadas em contraposição a 33,3% daquelas classificadas

como estruturais. Sobre a classificação do conteúdo em relação ao ciclo de políticas públicas, temos os seguintes resultados:

- A etapa da formulação ficou a cargo do CNMP (seis normativas), seguido do CNMP e unidades do MP (quatro) e, por fim, CNMP e Movimentos Sociais (uma);
- A etapa da implementação foi destinada às unidades do MP (oito normativas), seguida do CNMP (três);
- A etapa da avaliação não foi identificada na maioria das normativas, sendo que apenas uma previu a criação de comissão gestora para esse fim.

O fato de a maioria das propostas terem sido aprovadas demonstra que o CNMP avoca para si a função de coordenador da atuação ambiental do MP brasileiro, exercendo essa função por meio da criação de políticas públicas. Estas possuem destinatários certos – as unidades do MP – e variam em grau de detalhamento e compreensão do ciclo de políticas públicas – visto que a maioria não prevê a avaliação dessas medidas.

Apesar disso, a maioria das políticas aprovadas constituem em recomendação, não possuindo um mecanismo de *enforcement* claro em caso de descumprimento. Pelo que pudemos inferir do debate da Emenda à Proposta de Resolução 1.01044/2018-84, a recomendação seria mais “branda” em comparação com a resolução, evitando que argumentos relativos à autonomia administrativa pudessem impedir a aprovação da política. Esse achado também coincide com a classificação entre normativas estruturais e funcionais, visto que a última reúne mais recomendações e possui um grau maior de sucesso. Como as estruturais também implicam criação e regulamentação de práticas administrativas, esse aspecto pode influenciar no resultado.

Esse mapeamento abre possibilidades para diversas pesquisas que busquem aprofundar as associações aqui identificadas entre a “força” da norma e a sua chance de aprovação, bem como o tipo de conteúdo e de providência implicada nelas para as unidades do MP. É cedo para fazer afirmações sobre o que seria mais eficaz ou “coercitivo” para as políticas formuladas pelo CNMP – aprovar mais resoluções do que

recomendações, por exemplo –, pois a aprovação das recomendações pode ser fator de pressão para a adesão pelos Procuradores-Gerais, por exemplo. Além disso, as unidades do MP mantêm como princípio a autonomia administrativa e a independência funcional, elementos que podem obstar a adesão de resoluções, inclusive. A partir dessa análise empírica da área ambiental, foi possível encontrar uma infinidade de possibilidades analíticas que lançariam luz sobre o CNMP.

## CONCLUSÃO

Como demonstrado, o CNMP avocou para si o papel de coordenador da atuação do MP na área ambiental: a maioria das propostas com esse objetivo são aprovadas em plenário. Entretanto, a maioria delas possui caráter de recomendação, e aquelas rejeitadas o foram pelo argumento da complexidade regional das unidades do MP e autonomia administrativa. As normativas analisadas revelam todas as características de uma política pública, destinada tanto às estruturas do CNMP ou MP quanto à atividade funcional dos membros em relação à política ambiental: (i) identificação de problemas e elaboração de programas, prioridades ou medidas para solução destes, papel que foi exercido pelos próprios conselheiros do CNMP, ao realizarem e justificarem as suas proposições; (ii) estipulação de órgãos responsáveis pela implementação dessas medidas e programas – majoritariamente as unidades do MP e, por fim, (iii) a avaliação dessas políticas – só foi identificada em uma das políticas.

Por meio dessas normativas, o CNMP institui estruturas administrativas nas unidades, elege objetivos prioritários ou aponta para determinados métodos e estratégias de atuação para promotores e procuradores. Tais políticas influenciam a sua atuação e a própria política pública ambiental, ao direcionar os promotores para a implementação de uma lei, ao tentar privilegiar a persecução penal de crimes ambientais, entre outros.

É certo que a “agenda pública” do CNMP foi construída de forma diferente das dos poderes políticos – objetos de estudos convencionais da *policy analysis* – tendo em vista que a linguagem jurídica tende

a predominar sobre aquela mais gerencial (relativas à estipulação de indicadores, metas, etc.). Essa constatação não altera o fato de que problemas foram identificados e soluções foram criadas visando à maior eficiência e uniformidade da atuação do MP na política ambiental. Ainda assim, foi possível observar algo similar à linguagem gerencial quando o órgão tentou estipular práticas sustentáveis em suas rotinas administrativas, prevendo indicadores e índices para isso.

A ausência de mecanismos de avaliação pode decorrer tanto da ainda incipiente tarefa de formulador de políticas públicas quanto das já mencionadas complexidades institucionais do MP que dificultam tanto a implementação de políticas unitárias quanto a avaliação destas. Entretanto, a produção normativa do CNMP mostrou-se profícua e, apesar das dificuldades, indica que o primeiro passo para que o órgão seja um *player* importante no *policy-making* ambiental foi tomado.

## REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil**. São Paulo: Educ. 2002.

\_\_\_\_\_. Ministério Público na fronteira entre a Justiça e a Política. **Justitia**, São Paulo, v. 64, n. 197, p. 325-338, 2007.

BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; FURTADO, Renata Pedretti Moraes. Inserindo a judicialização no ciclo de políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, v. 49, n. 2, p. 293-314, 2015.

COUTO, Cláudio Gonçalves; OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Politização da Justiça: atores judiciais têm agendas próprias? **Cadernos Adenauer**, v. 1, p. 139-162, 2019.

BRASIL, 2004. Emenda Constitucional Nº 45, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>. Acesso em: 1º set. 2020.



BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Orgs). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.1-49.

\_\_\_\_\_. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVE, Júlio Cesar dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2008, p. 225-260.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2016. Acórdão da Proposição nº1.00452/2016-57, 2016.

\_\_\_\_\_. Acórdão da Proposição nº 1.00683/2017-05, 2017.

\_\_\_\_\_. Acórdão nº 1.00230/2017-70, 2017b.

\_\_\_\_\_. “Ministério Público um retrato: 2018”, 2018.

\_\_\_\_\_. Acórdão nº 1.00822/2018-45, 2019.

\_\_\_\_\_. Acórdão nº 1.01044/2018, 2019b.

\_\_\_\_\_. Acórdão nº 1.00460/2019-64, 2019c.

\_\_\_\_\_. Acórdão nº 1.00228/2018-54, 2020.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e políticas públicas**, n. 21, 2000.

OLIVEIRA, Luciano Moreira de. O Ministério Público brasileiro e a implementação de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 50, Número 198, abr./jun. 2013, p. 225-240.

SADEK, Maria Tereza. **Estudos sobre o sistema de justiça**. In: O que ler na ciência social brasileira, Editora Sumaré, São Paulo. 2002.

SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. Políticas públicas. **Coletâneas**. v. 1, 2007.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SILVA, Jeovan Assis da; FLORÊNCIO, Pedro de Abreu e Lima. Políticas judiciárias no Brasil: o Judiciário como autor de políticas públicas.

**Revista do Serviço Público Brasília**, v. 62, n.2, p. 119-136 Abr/Jun. 2011.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil.

**Dados**, v. 50, n.2, p. 229–257, 2007. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0011-52582007000200001>>.

VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas.

**Revista de administração pública**, v. 30, n. 2, p. 5-43, 1996.

XIMENES, Salomão Barros; OLIVEIRA, Vanessa Elias de; SILVA,

Mariana Pereira da. Judicialização da educação infantil: efeitos da

interação entre o Sistema de Justiça e a Administração Pública. **Revista**

**Brasileira de Ciência Política**, n. 29, p. 155-188, 2019.



## SAÚDE E MEIO AMBIENTE URBANO: DIREITO À INFRAESTRUTURA URBANA COMO PRESSUPOSTO DO DIREITO À SAÚDE

---

### *HEALTH AND URBAN ENVIRONMENT: THE RIGHT TO URBAN INFRASTRUCTURE AS A GROUND FOR HEALTH RELATED RIGHTS*

**Giselle Ribeiro de Oliveira**

Especialista em Direito, Impacto e Recuperação Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Especialista em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Especialista em Direito Sanitário pela Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Promotora de Justiça em Minas Gerais.  
giselleribeiro@mpmg.mp.br

Recebido em: 25/3/2021

Aprovado em: 12/7/2021

**Resumo:** O processo de urbanização traz consigo enormes repercussões no meio ambiente urbano e, conseqüentemente, na saúde da população. Muitas doenças são diretamente relacionadas à ausência de saneamento ambiental e, mais especificamente, de infraestrutura urbana, de forma que o investimento nessa área importa na diminuição do número de ocorrência de doenças e, em última análise, de gastos com saúde. Na história recente, vários entes internacionais reconhecem a inter-relação entre meio ambiente e saúde, o que tem repercutido nas políticas e legislação nacionais. Uma vez que é condição indispensável ao pleno exercício do direito à saúde, a garantia deste só se concretizará se garantido o fornecimento de infraestrutura básica aos cidadãos brasileiros.

**Palavras-chave:** Meio ambiente urbano. Saúde. Saneamento ambiental. Infraestrutura básica. Direitos fundamentais.

**Abstract:** *The urbanization process has enormous repercussions on the urban environment and, consequently, on the population's health. Many diseases are directly related to the lack of environmental sanitation, and, more specifically, of urban infrastructure. Investments in this area implies in reducing the number of occurrences of diseases and, ultimately, of health expenditures. In recent history, several international entities have recognized the interrelationship between environment and health, which has had repercussions on national policies and legislation. Since it is an indispensable condition for the full exercise of the health law, the guarantee of this will only be realized if the provision of basic infrastructure to Brazilian citizens is guaranteed.*

**Keywords:** *Urban environment. Health related rights. Environmental sanitation. Basic infrastructure. Fundamental rights*

**Sumário:** Introdução. 1. Breve retrospectiva histórica sobre o reconhecimento institucional da relação entre meio ambiente e saúde. 2. Ausência de infraestrutura urbana básica como causa de agravos à saúde. 3. Direito à infraestrutura urbana básica como pressuposto do direito à saúde no Brasil. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

Sob o ponto de vista histórico, o fenômeno urbano surge e se intensifica como algo espontâneo, próprio e característico do desenvolvimento socioeconômico de um país. Aglomeram-se as populações e as comunidades em determinados locais, em busca de melhores condições, sob a promessa de serem inseridas no contexto global que é definido pela cidade, em suas funções de habitação, trabalho, lazer e circulação.

Impulsionado pela quebra da hegemonia da economia agrícola, concomitante com um processo de mecanização do campo e de dinamização da indústria, desde meados do século XX, o Brasil abandonou uma configuração de nucleação esparsa e desarticulada, passando por um intenso movimento migratório rural-urbano.

Segundo Santos (2008, p. 77), a partir dos anos 1970, o processo de urbanização alcançou um outro patamar, sendo que

[...] desde a revolução urbana brasileira, consecutiva à revolução demográfica dos anos de 1950, tivemos, primeiro, uma urbanização aglomerada, com o aumento do número – e da população respectiva – dos núcleos com mais de 20 mil habitantes e, em seguida,

uma urbanização concentrada, com a multiplicação de cidades de tamanho intermédio, para alcançarmos, depois, o estágio da metropolização, com aumento considerável do número de cidades milionárias e de cidades médias (em torno de meio milhão de pessoas).

Paralelamente, descobertas e mudanças nos campos da saúde e saneamento ocasionaram importante redução nos níveis de mortalidade da população, com aumento do crescimento vegetativo e, conseqüentemente, da demanda por moradia.

No Brasil, segundo projeções realizadas durante a construção das bases de discussão para elaboração da Agenda 21 Brasileira, até 2020, cerca de 88,94% da população brasileira estaria vivendo em centros urbanos; os dados do IBGE de 2020 mostram a proximidade da realidade brasileira com essa projeção, já que informam que 137.953.959 pessoas vivem em cidades brasileiras, totalizando uma percentagem de cerca de 81,25% de população urbana (IBGE, 2020).

O Estado, no entanto, tem se mostrado incapaz de ordenar o processo social urbano, e as cidades brasileiras nunca estiveram preparadas para receber esse contingente humano.

Essa ausência ou carência de planejamento estatal e o não atendimento da demanda por recursos e serviços de toda ordem fazem com que o processo de crescimento urbano no Brasil venha se caracterizando pela exclusão social e segregação espacial, com a proliferação de diversas formas de ilegalidade<sup>1</sup>.

Nas palavras de Fernandes (2003, p.174):

Tal fenômeno se torna ainda mais importante no que se refere aos processos socioeconomicos e culturais de acesso ao solo e produção da moradia: um número cada vez maior de pessoas tem descumprido a lei para ter um lugar nas cidades, vivendo sem segurança jurídica da posse, em condições precárias ou mesmo insalubres e perigosas, geralmente em áreas periféricas ou em áreas centrais desprovidas de infra-estrutura urbana adequada.

---

<sup>1</sup> Para melhor compreensão da questão da moradia e do acesso à terra na sociedade brasileira, recomenda-se a leitura de Gomes *et al* (2003).

De fato, em um país essencialmente urbano e socialmente desigual, ganha relevância o processo de invasão de terras urbanas nas cidades brasileiras e começam a surgir os loteamentos urbanos não regularizados, ambas as soluções servindo a uma população incapaz de arcar com os custos de sua colocação no espaço urbano.

Nesse contexto, para além dos problemas urbanísticos e ambientais, o padrão excludente de urbanização afeta a sadia qualidade de vida e, em última análise, a saúde humana.

No presente artigo, pretende-se explorar a relação entre infraestrutura urbana básica e saúde, passando pela compreensão das interfaces entre meio ambiente/saúde e saneamento/saúde, demonstrando-se que o direito fundamental à saúde não será concretizado se não for garantido o direito ao meio ambiente urbano saudável aos cidadãos.

## **1. BREVE RETROSPECTIVA HISTÓRICA SOBRE O RECONHECIMENTO INSTITUCIONAL DA RELAÇÃO ENTRE MEIO AMBIENTE E SAÚDE**

Embora remonte às antigas culturas a preocupação intuitiva quanto ao impacto que fatores ambientais podem causar na saúde humana, o conhecimento sobre a associação entre meio ambiente e saúde não teve desenvolvimento linear na história da humanidade, havendo períodos em que sua existência era negada e outros em que sua importância era enfatizada.

A doutrina é uníssona em afirmar que os escritos da escola hipocrática, especialmente a famosa obra “Sobre os Ares, as Águas e os Lugares”, inauguraram o debate acadêmico sobre a influência do ambiente no desencadeamento de patologias. Partindo da observação das funções do organismo e de suas relações com o meio natural (periodicidade das chuvas, ventos, calor ou frio) e social (trabalho, moradia, posição social etc.), Hipócrates desenvolveu uma teoria que entendia a saúde como resultante do equilíbrio entre o homem e seu meio, bem como relacionou os elementos – ar, águas e os lugares –

com as enfermidades, principalmente as doenças endêmicas, e a localização de seus focos.

As ideias hipocráticas foram reforçadas, nos séculos XVI e XVII, pela Teoria dos Miasmas, a qual, grosso modo, concebia que a transmissão de doenças se dava pelo ar, que espalhava emanações etéreas (chamados miasmas), que se originavam da putrefação de matéria orgânica no solo e na água.

No final do século XVIII, a influência do entorno ambiental e do meio social no desenvolvimento das enfermidades também foi fundamento da corrente de pensamento higienista.

O paradigma hipocrático vigorou por muito tempo e, neste contexto, especialmente a partir do século XIX, as cidades passaram a ser vistas como locais potencialmente favoráveis à proliferação de moléstias (GUIMARÃES, 2001, p. 156), o que motivou a incorporação de ações sobre o meio ambiente urbano às políticas de saúde. Núcleos urbanos existentes passaram a ser avaliados, criticados e repensados com a finalidade de valorizar, entre outros aspectos, a ação dos ventos e a utilização da água.

Segundo Abreu (2001, p. 1-4), em várias cidades, inclusive no Brasil, buscou-se atingir esse objetivo com a adoção de medidas urbanísticas profiláticas como o alargamento de ruas, exigência de afastamento entre as construções e da existência de janelas externas nelas, combate às habitações coletivas, proibição de enterros intramuros e busca de tratamento final adequado ao lixo; outrossim, a criação de novas cidades foi guiada por preocupações semelhantes. O pensamento higienista sustentou a maior parte da reflexão urbana brasileira da segunda metade do século XIX, tendo grande influência na redação de várias leis que instituíram Códigos de Posturas municipais.

Com a chamada *revolução bacteriológica* – iniciada e impulsionada com a Teoria dos Organismos Causadores de Doenças Infecciosas, postulada por Henle, em 1840; a teoria dos Germes de Pasteur, em 1861, e com o descobrimento por Koch do bacilo da tuberculose e do vibrião da cólera em 1882 e 1883 –, os postulados do



higienismo foram desacreditados, sendo dada maior ênfase à concepção biológica da doença.

O período – que ficou conhecido como sanitarista –, embora tenha excluído o meio ambiente com fatos de doenças, também se caracterizou por um controle crescente do espaço urbano pelo Estado. No plano urbanístico, esse novo paradigma implicou uma mudança na concepção de como intervir nas cidades, priorizando-se, então, ações de saneamento básico e redes de infraestrutura – circulação, iluminação pública, abastecimento d'água, esgotos sanitários. Segundo Abreu (2001, p.2), foi justamente a partir dessas iniciativas, que remontam ao final do século XIX e início do século XX, que a prática do planejamento urbano teve início efetivo no Brasil.

Com a descoberta dos primeiros casos de resistência aos antibióticos, surgiram críticas ao modelo biomédico de saúde pública e houve uma volta às pesquisas sobre a relação da saúde com o ambiente.

O assunto passou, gradativamente, a ganhar reconhecimento por organismos internacionais e nacionais, o que veio a possibilitar o direcionamento normativo no sentido da busca da equidade em saúde ambiental.

No âmbito das discussões referentes à proteção ambiental, desde a década de 1950, as questões levantadas pelos movimentos ambientalistas reinseriram o assunto na pauta global e ampliaram a compreensão dos problemas ambientais. No bojo desse processo, surge um novo enfoque, que identifica a repercussão de impactos ambientais de ações humanas – tais como contaminação, poluição, mudanças climáticas, mudanças na cobertura vegetal, etc. – na saúde humana.

No âmbito das discussões sanitaristas, a Organização Mundial da Saúde (OMS) passou a reforçar sistematicamente conceitos mais amplos de saúde, reconhecendo sua relação com o meio ambiente e, em especial, com a moradia, sendo de se observar que, em sua própria Constituição, está estabelecido que, para alcançar seus objetivos, deverá, em cooperação com outros organismos especializados, sempre que necessário, promover o melhoramento da habitação, do saneamento, do recreio, das condições econômicas e de trabalho e de outros fatores

de higiene do meio ambiente (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1948, art. 2º, I).

A concepção e a prática de promoção de saúde de forma mais ampla foram impulsionadas a partir de 1974, com a publicação do documento *Uma Nova Perspectiva Para a Saúde dos Canadenses (A New Perspective on the Health of Canadians)*, também conhecido por Relatório Lalonde, que apontava, entre outros aspectos, a insuficiência de ações centradas apenas na assistência médica e a importância da criação de ambientes saudáveis para a garantia da saúde dos cidadãos. Ali estão os alicerces para a formação, entre os profissionais de saúde, de uma nova mentalidade, integrando a consciência ecológica no trato das questões afeitas à promoção, à proteção e à recuperação da saúde da população, bem como para uma proposta de construção de “cidades saudáveis”, projeto posteriormente adotado em escala global pela Organização Mundial da Saúde (CORDEIRO, 2008, p. 24).

Em 1978, a Declaração de Alma-Ata – produto da I Conferência Internacional sobre Atenção Primária em Saúde – realçou esse novo pensamento de incorporação da dimensão ambiental, além da social, política, cultural, e econômica, como componentes indispensáveis às ações e aos serviços de saúde.

Essa paulatina constatação da importância dos determinantes mais gerais da saúde serviu de pano de fundo para a OMS organizar, em 1986, a I Conferência Internacional pela Promoção da Saúde, cujo produto foi a Carta de Ottawa. Considerada um dos principais marcos da promoção da saúde em todo o mundo, a Carta de Ottawa reconheceu a importância do meio ambiente urbano para a saúde da população e apontou como condições e recursos fundamentais para o incremento nas condições de saúde, entre outros, a habitação, o ecossistema estável, os recursos sustentáveis, a justiça social e a equidade. Ademais, estabeleceu cinco áreas operacionais para implementar a estratégia de promoção da saúde, das quais se destacam a elaboração de políticas públicas saudáveis e a criação de ambientes favoráveis (BRASIL, 2002).

A Carta de Ottawa referenciou a temática de diversas conferências internacionais que se seguiram (a exemplo de Adelaide, 1988, e

Jakarta, 1997), sendo de se enfatizar a Conferência de Sundsvall, 1991, com nítida influência ligada à saúde ambiental e às questões ecológicas, cujo tema foi justamente “Os Ambientes Favoráveis à Saúde”.

Ainda, reconhecendo que o favorecimento dos espaços saudáveis constitui-se em uma operacionalização do conceito de promoção à saúde, a partir de 1982, a Organização Mundial da Saúde inicia um trabalho conjunto com o Centro de Medicina Coletiva de Buffalo, estabelecendo uma comissão com o objetivo de delinear uma política de habitação saudável. Segundo Cohen *et al* (2007, p. 193) isso originou um movimento de “pesquisa e produção de conhecimento técnico e aplicado em torno do ambiente construído, dos fatores de risco e do impacto na saúde humana, promovendo debates e reflexões fundamentais para o desenvolvimento desta temática”. A Organização abraça, então, a partir da década de 1980, o *Movimento Cidade Saudável*, que surge para operacionalizar os fundamentos da promoção da saúde nos contextos locais.

Especificamente no tocante à habitação, a OMS, por meio do Comitê de Especialistas em Higiene da Habitação, estabeleceu critérios para um ambiente residencial saudável e, reconhecendo que a infraestrutura sanitária tem direta influência na saúde das pessoas, apontou exigências quanto à proteção sanitária, ressaltando a necessidade de que as habitações fossem localizadas em bairros executados segundo normas adequadas de planejamento urbano, rural e regional, com serviço público de abastecimento de água, coleta e tratamento de águas residuárias, coleta e tratamento do lixo e outros dejetos e escoamento das águas pluviais (OMS *apud* OLIVEIRA, s/d).

O conceito de ambientes saudáveis, nessa perspectiva, incorpora o saneamento básico, além de espaços físicos limpos e estruturalmente adequados.

Buscando a concretização de ações, em 2005, a Organização Mundial da Saúde criou a Comissão sobre Determinantes Sociais da Saúde, que atua buscando a conscientização dos países justamente no sentido de que a situação de saúde não depende exclusivamente de serviços e ações de saúde, concentradas nas causas imediatas das

doenças, mas está intimamente ligada às condições de vida da pessoa, inclusive ambientais e sociais. A comissão elaborou, em processo de consulta pública, um documento dedicando um tópico ao ambiente urbano, no qual restou recomendado que “o governo local e a sociedade civil, com apoio do governo nacional, estabeleçam mecanismos de governabilidade participativa que permitam às comunidades e ao governo local a parceria na construção de cidades mais saudáveis e seguras” (OMS *apud* VIANA; OLIVEIRA, 2011, p.12).

Nesses termos, a Organização Mundial de Saúde estabelece que as questões ambientais são importantes matérias que devem ser incorporadas nas agendas de todos os países, de forma intersetorial, na busca da equidade em saúde.

No âmbito da América Latina e do Caribe, observando que os problemas de saúde ambiental estariam relacionados tanto às necessidades não atendidas enquanto saneamento ambiental tradicional quanto às necessidades crescentes de proteção ambiental, que se tornam mais graves devido à urbanização intensiva em um entorno caracterizado por um desenvolvimento econômico insuficiente, a Organização Pan-Americana de Saúde (OPS), com apoio de outras organizações internacionais, passou a envidar esforços para apoiar as políticas públicas saudáveis, elaborando programas e projetos de intervenções habitacionais como caminhos estratégicos de promoção da saúde humana e do ambiente (OPS, 1996, p. 2).

A concepção de um município saudável, para a OPS, começa quando o Poder Público, as organizações locais e os cidadãos têm o compromisso e iniciam o processo de melhorar continuamente as condições de saúde e bem-estar de seus habitantes, acometendo, ao menos inicialmente, problemas ambientais (água, saneamento, resíduos, zoonoses e infraestrutura viária) (OPS, 1996, p. 3-4).

Para estabelecer o apoio cogestor e de facilitação da Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde (OPS/OMS) e representar os interesses das redes nacionais formalmente constituídas, em 1995, é criada a *Red Interamericana de la Vivienda Saludable*, cujo objetivo é fomentar o fortalecimento das capacidades nacionais

para enfrentamento das questões locais e de reforço ao movimento em torno das habitações saudáveis.

Segundo Westphal e Oliveira,

A agenda Cidades Saudáveis, estimulada pela OMS e também pela sua correspondente nas Américas – Opas –, tem sido uma estratégia fundamental para a melhoria da qualidade de vida das populações. Para além de reconhecer a saúde em sua positividade como expressão de qualidade de vida, uma cidade que se pretende saudável gera processos participativos, sociais e institucionais na elaboração coletiva de determinada visão de cidade e, sobretudo, busca acordar uma intervenção coletiva e direcionada a todas as políticas sociais para uma meta: melhorar continuamente a vida de todos os cidadãos (WESTPHAL e OLIVEIRA, 2015, p. 98).

Paralelamente, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em junho de 1992, que propiciou o comprometimento dos países com uma série de acordos coletivos firmados entre as representações governamentais e não governamentais, entre os quais a Agenda 21. Considerada como instrumento orientador das políticas públicas dos estados nacionais, na Agenda 21 foi previsto capítulo que trata do tema Proteção e Promoção das Condições da Saúde Humana, além de diversos outros capítulos que abordam os vínculos existentes entre saúde, meio ambiente e desenvolvimento. O documento propõe ações também para o setor Saúde na busca da promoção do desenvolvimento sustentável, sob a ótica do desenvolvimento social e econômico estável, a fim de garantir qualidade de vida e preservação dos ecossistemas às gerações presentes e futuras<sup>2</sup>.

Assim, verifica-se que a reflexão gerada pela constatação das consequências das ações e contradições do meio ambiente – especialmente o urbano – na promoção da saúde possibilitou o avanço atual no conhecimento da determinação ambiental, seja do meio ambiente natural, seja do meio ambiente urbano, no processo saúde-doença (PREDEBON *et al* 2010, p. 1583-1584).

<sup>2</sup> Ainda nesse sentido, a Resolução “Direitos Humanos e Meio Ambiente como Parte do Desenvolvimento Sustentável” (Res. 2003/71), da ONU, destacou que os danos ao meio ambiente podem ter efeitos negativos sobre o gozo de direitos humanos e sobre uma vida saudável.

Foi-se estruturando, nesse contexto, a área específica do conhecimento para tratar inter-relação entre saúde e meio ambiente: a Saúde Ambiental<sup>3</sup>, definida como

(...) o conjunto de ações técnicas e socioeconômicas, entendidas fundamentalmente como de saúde pública, tendo por objetivo alcançar níveis crescentes de salubridade ambiental, compreendendo o abastecimento de água em quantidade e dentro dos padrões de potabilidade vigentes, o manejo de esgotos sanitários, resíduos sólidos e emissões atmosféricas, a drenagem de águas pluviais, o controle ambiental de vetores e reservatórios de doenças, a promoção sanitária e o controle ambiental do uso e ocupação do solo e prevenção e controle do excesso de ruídos, tendo como finalidade promover e melhorar as condições de vida urbana e rural (BRASIL, 2005, p.96).

Essa reaproximação entre saúde e ambiente traz importantes resultados em ambas as áreas, como “a valorização do ambiente como fator determinante de agravos à saúde” e, por outro lado, “a contribuição de resgatar o impacto sobre a homem nas preocupações do enfoque ambiental” (HELLER, 1998, p. 74).

Nesse contexto, em 2010, a Organização das Nações Unidas reconheceu o acesso aos serviços de saneamento como um direito de todo ser humano, sendo um fator primário de prevenção para problemas de saúde (Resolução da Assembleia-Geral da ONU A/RES/64/292).

## **2. AUSÊNCIA DE INFRAESTRUTURA URBANA BÁSICA COMO CAUSA DE AGRAVOS À SAÚDE**

Estabelecido o reconhecimento histórico e institucional da íntima relação entre meio ambiente urbano e a saúde coletiva, cabe, neste ponto, tratar sobre quais são as doenças mais relacionadas pela doutrina como diretamente ocasionadas ou promovidas pela ausência

---

3 O conceito de saúde ambiental abarca, portanto, não apenas o saneamento básico, como também outros fatores do meio ambiente que influenciam nas condições de saúde relacionadas com o desenvolvimento, como a poluição atmosférica e sonora, ausência de planejamento e estrutura urbana etc.

de saneamento ambiental e, para efeitos dos objetivos deste artigo, de infraestrutura urbana básica.

As enfermidades associadas à deficiência ou à inexistência de saneamento ambiental e a consequente melhoria da saúde devido à implantação de tais medidas têm sido objeto de discussão em diversos estudos.

Como visto, a relação entre saúde e saneamento básico<sup>4</sup> foi uma das principais precursoras e atualmente ainda reside no cerne da discussão sobre saúde e meio ambiente, sendo o principal aspecto do saneamento ambiental a ser considerado, especialmente no processo de urbanização de países em desenvolvimento.

Confirmando a afirmativa anterior, a Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento (1997) consignou que, na maioria dos países em desenvolvimento, é justamente a precariedade ou a inexistência de infraestrutura sanitária a responsável pela alta morbidade por doenças de veiculação hídrica e por um grande número de mortes evitáveis a cada ano. No mesmo sentido, Paes e Silva (1999, p. 99) destacam a relevância do papel das doenças infecciosas e parasitárias entre as causas de morte no Brasil, sustentando que essas estão diretamente associadas às condições de habitação e de higiene precárias. Ainda sobre precárias condições de saneamento, Benício e Monteiro (2000, p. 84) afirmam ser estas um fator determinante para o aumento da mortalidade infantil, especialmente ocasionada por diarreia. Segundo dados da Funasa (2010, p. 230), a taxa de mortalidade no Brasil associada a doenças relacionadas a um saneamento ambiental inadequado era de cerca de 8,33 por 100.000 habitantes, em 1999; a Funasa ainda aponta que, nos anos 2000, a taxa de internação média por doenças relacionadas a um saneamento ambiental inadequado era de 333,49 por 100.000 habitantes no Brasil (2010, p. 145). Em 2009, a Organização Mundial da Saúde apontava a ausência de saneamento como o 11º fator de risco para as mortes no mundo (OMS, 2009). Teixeira *et al* (2014, p. 87), analisando apenas as doenças de notificação compulsória associadas

---

4 Entendido como o conjunto de ações e medidas que visam à melhoria da salubridade ambiental, com a finalidade de prevenir doenças e promover a saúde.

a deficiências ou inexistência de saneamento básico – cólera, dengue, doença de Chagas aguda, esquistossomose, febre amarela, febre tifóide, hepatite, leishmaniose visceral, leptospirose e malária –, concluiu que esses agravos levaram a uma despesa total de 2,141 bilhões de reais no período 2001 a 2009, ou seja, 2,84% do gasto total do SUS com consultas médicas e internações hospitalares.

Segundo Odir Roque,

[...] a implantação de 1% na cobertura sanitária da população de 01 a 05 salários mínimos reduziria em 6,1% as mortes na infância. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), quase 25% de todos os leitos hospitalares do mundo estão ocupados por enfermos portadores de doenças veiculadas pela água, facilmente controladas por ações de saneamento. No Brasil, este percentual pode chegar a 65%. Nenhuma dúvida persiste, portanto, no sentido de que o saneamento das populações urbanas e rurais constitui a maior contribuição para a prevenção de enfermidades (s/d, p.5).

Essa relação entre a ausência de infraestrutura e a ocorrência de doenças fica bastante evidente quando se observa a diferença do índice de ocorrência de determinadas doenças em países desenvolvidos e em países em desenvolvimento. A título de exemplo, o número total de anos de vida perdidos por habitante em consequência de fatores ambientais é 15 vezes menor nos países desenvolvidos que nos países em desenvolvimento; essa disparidade é ainda maior quando se observa doenças específicas, relacionadas à falta de saneamento, sendo que a porcentagem de doenças diarreicas, por exemplo, resultou ser entre 120 e 150 vezes maior em regiões de países em desenvolvimento, quando comparada com regiões de países desenvolvidos (PRÜSS-ÜSTÜN *apud* MEDEIROS *et al.*, 2014, p. 600). A mesma diferença é observada nos dados da Funasa (2010), referentes às regiões Norte e Nordeste em contraposição aos dados da região Sul do Brasil.

A diferença estatística é facilmente explicada pelo fato de que os países e as regiões em desenvolvimento são justamente os que apresentam menores índices de cobertura de saneamento básico, além



de espaços físicos limpos e estruturalmente adequados, conforme ressaltado por Heller:

Em geral, países com mais elevado grau de desenvolvimento apresentam menores carências de atendimento de suas populações por serviços de saneamento. Ao mesmo tempo, países com melhores coberturas por saneamento têm populações mais saudáveis, o que por si só constitui um indicador de nível de desenvolvimento (HELLER, 1998, p.77).

Para além do abastecimento de água em quantidade e dentro dos padrões de potabilidade vigentes, do manejo de esgotos sanitários, dos resíduos sólidos, da drenagem de águas pluviais e do manejo de resíduos sólidos – que constituem os componentes do saneamento básico<sup>5</sup> – o ambiente saudável deve abranger também o controle do uso e da ocupação do solo e outros aspectos relacionados a espaços físicos limpos e estruturalmente adequados, que influenciam nas condições de saúde.

Nessa perspectiva, tratando-se do meio ambiente urbano, a principal faceta do saneamento ambiental a ser considerada é aquela que constitui a infraestrutura básica de uma localidade, ou seja, os equipamentos de saneamento básico somados a alguns aspectos urbanísticos que influenciam nas condições de saúde, como as vias de circulação dotadas de pavimentação e o fornecimento de energia elétrica.

Adota-se, aqui, o conceito de infraestrutura básica previsto na Lei nº 6.766/79, tratando-se das obras necessárias para que o terreno, em uma gleba subdividida, possa ser considerada lote:

Art. 2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

(...) § 5º- A infra-estrutura básica dos parcelamentos é constituída pelos equipamentos urbanos de

<sup>5</sup> Segundo o Decreto 7.217/2010, os serviços públicos de saneamento básico abarcam os serviços públicos de manejo de resíduos sólidos, de limpeza urbana, de abastecimento de água, de esgotamento sanitário e de drenagem e manejo de águas pluviais, bem como infraestruturas destinadas a esses serviços (BRASIL, 2010, art. 2º, XI).

escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação (BRASIL, 1979, art. 2º, §5º).

Assim, há que se observar que o planejamento urbano desempenha papel importante para o alcance do bem-estar da população e da saúde coletiva, devendo ser exigido como seus pressupostos.

O quadro abaixo correlaciona alguns aspectos do saneamento ambiental referentes à infraestrutura básica às consequências, fatores de risco e agravos à saúde que podem ser ocasionados por sua ausência:

**Quadro 01 – Correlação entre ausência de infraestrutura básica e agravos à saúde**

Obra de infraestrutura básica	Consequência de sua ausência	Fatores de Risco	Agravos à saúde / Doenças relacionadas (exemplos)
<b>Fornecimento de água tratada</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Utilização de poços artesanais ou coleta de água disponível no ambiente;</li> <li>- Insuficiência na quantidade de água fornecida aos usuários para usos comuns;</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Contato e/ou ingestão de água contaminada ou de alimentos contaminados pela água não tratada;</li> <li>- Higiene pessoal e doméstica precárias;</li> </ul>	<p>Má nutrição; doenças parasitárias; hepatite; diarreias e disenterias; infecções etc.</p>
<b>Coleta de Esgotos</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Disposição inadequada dos efluentes líquidos no ambiente;</li> <li>- Contaminação de solo e corpos hídricos;</li> <li>- Fornecimento de condições para procriação de vetores transmissores de doenças;</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Contato com a pele;</li> <li>- Ingestão de alimentos e/ou água contaminados;</li> <li>- Contato com vetores</li> </ul>	<p>Hepatite; doenças parasitárias; diarreia; febre tifóide; disenterias; filariose etc.</p>

<p><b>Coleta de lixo</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Disposição inadequada dos resíduos sólidos no ambiente, facilitando a contaminação de solo e corpos hídricos;</li> <li>- Inundações;</li> <li>- Provisão de alimentos para vetores;</li> <li>- Acúmulo de água em recipientes, proporcionando a reprodução de vetores;</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Contato com a pele e/ou a ingestão de alimentos e/ou água contaminados;</li> <li>- Contato com vetores alimentados pelos resíduos</li> </ul>	<p>Doenças transmitidas por mosquitos, como a dengue; tifo; leptospirose; salmonelose; cólera etc.</p>
<p><b>Drenagem</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Escoamento superficial da água com carreamento de resíduos existentes na via;</li> <li>- Inundações e/ou empocamento de água;</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Multiplicação de vetores em água parada;</li> <li>- Contato da água contaminada com a pele;</li> </ul>	<p>Leptospirose; doenças transmitidas por mosquitos, como a dengue etc.</p>
<p><b>Pavimentação</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Erosão, ravinações ou buracos na via de circulação;</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Criação de obstáculos à locomoção, principalmente de pessoas com necessidades especiais;</li> </ul>	<p>Traumas ocasionados por acidentes de trânsito e/ou quedas; doenças relacionadas ao sedentarismo</p>
<p><b>Iluminação</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Falta de visibilidade;</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Dificuldade de locomoção, especialmente para pedestres;</li> <li>- Diminuição na segurança pública;</li> </ul>	<p>Traumas ocasionados por acidentes de trânsito e/ou quedas e esbarrões; traumas relacionados à violência urbana; doenças relacionadas ao sedentarismo.</p>

Fonte: elaborado pela autora

Considerando todos os agravos à saúde pública ocasionados pela ausência da infraestrutura básica, em termos práticos, a consequência de um processo ordenado de ocupação do solo, com fornecimento de infraestrutura básica, é a redução dos recursos aplicados no tratamento de doenças.

Odir Roque destaca que se gasta milhões de dólares no custeio de assistência médica que poderiam ser reduzidos à metade se houvesse infraestrutura de saneamento, atuando como prevenção (s/d, p.5).

Na literatura, encontram-se diversas estimativas que apontam a relação entre os gastos com saneamento e a saúde, em termos de efetividade custo-benefício, sendo que a margem varia de 1 para 4 (a cada um dólar investido em saneamento, economiza-se 4 dólares em gastos com saúde), até pouco menos de 1 para 1,5 (SEROA MOTTA e MENDONÇA *apud* NERI, 2007, p. 30). De qualquer forma, mesmo as estimativas mais conservadoras demonstram que o investimento em saneamento importa em economia de orçamento no gasto com a saúde pública, além das vantagens relacionadas ao bem-estar da população e proteção ao meio ambiente.

Pelo exposto, dúvidas não há sobre a relação de causalidade existente entre a inexistência do saneamento ambiental e, mais especificamente, da infraestrutura urbana básica e a ocorrência de doenças, bem como sobre os consequentes benefícios em saúde trazidos pelos investimentos nessas áreas para a saúde pública.

### **3. DIREITO À INFRAESTRUTURA URBANA BÁSICA COMO PRESUPOSTO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL**

No Brasil, a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, adotou o conceito de saúde em dimensão ampla, como o “resultado das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso aos serviços de saúde” (MINAYO, 1986, p. 10) e reconheceu a ideia de que o pleno exercício do direito à saúde implica

garantir também a moradia higiênica e digna, além da qualidade adequada do meio ambiente (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 1986).

As conclusões dessa conferência inspiraram os constituintes de 1988, estimulando a ampliação do conceito de saúde vigente e as alterações da estrutura jurídico-institucional<sup>6</sup>.

O direito à saúde foi garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, que prevê: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988, artigo 196).

Essa garantia constitucional possui dois aspectos a serem considerados: o direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde; e o direito às medidas e prestações estatais visando à prevenção e ao tratamento das doenças.

A previsão da saúde como direito de todos recebe reforço da disposição que prevê ações e serviços públicos de saúde organizados para o atendimento integral, priorizando-se as atividades preventivas e assistenciais (BRASIL, 1988, art. 198, II).

Especificamente no tocante à saúde ambiental, ao definir o Sistema Único de Saúde (SUS), a Constituição Federal estabelece ser de sua competência “participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico” e participar na proteção ao meio ambiente (BRASIL, 1988, art. 200, IV e VIII). Assim, compete ao SUS formular, conjuntamente com o gestor de saneamento, as políticas de

---

6 De se mencionar que, após a RIO-92, iniciou-se a elaboração de uma Política Nacional de Saúde Ambiental no Brasil, como processo preparatório para a Conferência Pan-Americana sobre Saúde e Ambiente no Desenvolvimento Humano Sustentável, em 1994. Produziu-se, então, um documento oficial a respeito das inter-relações entre Saúde e Ambiente, no contexto do desenvolvimento sustentável: o Plano Nacional de Saúde e Ambiente no Desenvolvimento Sustentável. Nas suas diretrizes de implantação, encontram-se instruções para políticas e ações dos setores saúde, meio ambiente, saneamento e recursos hídricos, bem como requisitos para ações integradas que envolvem outros setores (BRASIL, 1995). Para a concretização das políticas, com a implementação da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano e pelas políticas setoriais de habitação, saneamento ambiental, trânsito e mobilidade urbana, em 2003, foi criado, no âmbito federal, o Ministério das Cidades e a Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental.

forma integrada e intersetorialmente, bem como executar as ações de saneamento visando à promoção e à proteção da saúde da população.

Regulamentando os dispositivos constitucionais, a Lei n. 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) dispõe sobre as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e estabelece que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL, 1990, art. 2º). Para tanto, o Estado tem o dever de formular e executar “políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1990, art. 2º, parágrafo 1º).

A nova redação do artigo 3º do diploma, dada pela Lei nº 12.864/13, previu que

os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (BRASIL, 1990).

Ainda, a Lei 8.080/1990 estabelece como diretrizes e princípios do Sistema Único de Saúde que as ações e os serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que o integram são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas na Constituição Federal, obedecendo, entre outros, ao princípio da integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico (BRASIL, 1990, art. 7º, X, XI e XIII).

Da leitura sistemática dos dispositivos acima mencionados, verifica-se que o direito à saúde jamais será concretizado se não for garantido o direito ao meio ambiente urbano saudável.

Nessa linha de pensamento, Mappes e Zembaty qualificam o direito a um ambiente saudável como direito humano, a afirmar que

Cada pessoa tem esse direito enquanto ser humano

porque um ambiente propício à vida é essencial para que desenvolva todas suas capacidades. Dados os perigos ao ambiente hoje e, em conseqüência, o perigo à própria existência, o acesso a um ambiente saudável deve ser concebido como um direito que impõe sobre cada um obrigação a ser respeitada (MAPPES e ZEMBATY *apud* RIBEIRO, 2004, p. 79).

Isso significa que a infraestrutura urbana básica – incluída nos conceitos de saneamento ambiental, moradia, saneamento básico e meio ambiente –, mais que condição para se alcançar a equidade em saúde, é reconhecida como condicionante direta da saúde da população.

Observado que é dever do Estado formular e executar políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos, bem como priorizar ações preventivas de saúde, é também dever do Estado promover (direta ou indiretamente) as condições urbanísticas necessárias ao pleno exercício do direito social à saúde.

É de se destacar que, para além de ser pressuposto à concretização do direito fundamental à saúde, o direito ao saneamento ambiental e, especificamente, a infraestrutura básica também encontram guarida na legislação ambiental e urbanística.

De maneira coerente e integrada com os dispositivos referentes ao direito à saúde, a Constituição tratou do meio ambiente estabelecendo, no artigo 225, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem essencial à sadia qualidade de vida, e impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de defender este bem de uso comum do povo.

Já no título referente à política urbana, determinou que “a política de desenvolvimento urbano (...) tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (BRASIL, 1988, art. 182).

No âmbito infraconstitucional, o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) dispôs sobre a política urbana, prevendo como diretrizes no ordenamento do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade a garantia do direito às cidades sustentáveis – entendido como



o direito também ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte, ao lazer e aos serviços públicos – e o tratamento prioritário às obras e edificações de infraestrutura de abastecimento de água e saneamento (BRASIL, 2001, artigo 2º, I e XVIII).

Ademais, a Lei 11.445/07, que estabelece as diretrizes nacionais do saneamento básico, firma, como princípios fundamentais do serviço, entre outros:

I - universalização do acesso e efetiva prestação do serviço

II - integralidade, compreendida como o conjunto de atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento que propicie à população o acesso a eles em conformidade com suas necessidades e maximize a eficácia das ações e dos resultados;

III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de forma adequada à saúde pública, à conservação dos recursos naturais e à proteção do meio ambiente;

IV - disponibilidade, nas áreas urbanas, de serviços de drenagem e manejo das águas pluviais, tratamento, limpeza e fiscalização preventiva das redes, adequados à saúde pública, à proteção do meio ambiente e à segurança da vida e do patrimônio público e privado;

V - adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais;

VI - articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde, de recursos hídricos e outras de interesse social relevante, destinadas à melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante;

[...]

XI - segurança, qualidade, regularidade e continuidade;

XII - integração das infraestruturas e dos serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos;

[...]

XVI - prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. (BRASIL, 2007, artigo 2º)

Dos dispositivos acima colacionados, é possível aferir-se que, no Brasil, como bem essencial à sadia qualidade de vida, a infraestrutura urbana é necessidade de todos os seres humanos, sendo cogente o encontro de soluções para seu atendimento, dentro dos princípios de equidade e de universalidade, observado o planejamento urbano.

## CONCLUSÃO

A inter-relação entre meio ambiente e saúde foi reconhecida através da história e por organismos internacionais diretamente voltados à saúde. Neste sentido, a Organização Mundial de Saúde prevê que o favorecimento dos espaços saudáveis constitui uma operacionalização do conceito de promoção à saúde e tem buscado incentivar os países a adotar as medidas necessárias à construção de cidades saudáveis, como forma de garantia do direito à saúde.

Com base em dados epidemiológicos, a literatura também é uníssona ao afirmar que a ausência de saneamento ambiental e, especificamente, de seus componentes relacionados à infraestrutura urbana básica, é causa determinante da ocorrência de várias doenças.

A legislação brasileira reconhece a salubridade ambiental como determinante de saúde e prioriza as ações preventivas nessa área. Tratando-se do meio ambiente urbano, a principal faceta do saneamento ambiental a ser considerada é aquela que constitui a infraestrutura básica de uma localidade, ou seja, os equipamentos de saneamento básico somados a alguns aspectos urbanísticos que influenciam nas condições de saúde.

Uma vez que é condição indispensável ao pleno exercício do direito à saúde, a garantia desse direito só se concretizará se garantido o fornecimento de infraestrutura básica aos cidadãos brasileiros.

Considerando que é mandamento constitucional que as políticas sociais e econômicas de saúde visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos, evidenciando a prevalência da dimensão preventiva de doenças; que as ações de saneamento ambiental são ações de saúde pública, além de servirem à proteção ambiental, constituindo serviços

essenciais; que o fornecimento de infraestrutura urbana é forma de garantia de salubridade ambiental nas cidades; considerando, por fim, que as diretrizes da política urbana visam à garantia do saneamento ambiental e da sadia qualidade de vida, pode-se concluir que o saneamento ambiental e, no contexto deste trabalho, a infraestrutura urbana são também direitos sociais do cidadão e dever do Estado.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, Maurício de Almeida. Cidade brasileira, 1870-1930. In: **Memorias de los Encuentros Geográficos de América latina** – EGAL 8. Santiago do Chile, 2001. Disponível em: <<http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal8/>>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- ADRIANO, Jaime Rabelo *et al.* A construção de cidades saudáveis: uma estratégia viável para a melhoria da qualidade de vida? **Ciência & saúde coletiva**. 2000, vol.5, n.1, pp.53-62.
- AGRELLI, Vanusa Murta; SILVA, Bruno Campos. **Direito Urbanístico e Ambiental** – estudos em homenagem ao professor Toshio Mukai. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2008.
- AMORA, Ana Albano. **A moderna arquitetura de saúde e a cidade**. Disponível em: <<http://www.iph.org.br/revista-iph/materia/a-moderna-arquitetura-de-saude-e-acidade>>. Acesso em: 30 fev. 2015.
- ANDREAZZI, Marco Antonio Ratzsch *et al.* Velhos indicadores para novos problemas: a relação entre saneamento e saúde. **Revista Panamericana de Salud Publica**. 2007. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/article/rpsp/2007.v22n3/211-217/#ModalArticles>>. Acesso em: 19 mar. 2021.
- BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). **Modelagem de desestatização do setor de saneamento básico**: trabalho realizado por um consórcio de empresas contratadas. Rio de Janeiro: BNDS, 1998.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **1ª Conferência Nacional de Saneamento**. Brasília: Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2000.

\_\_\_\_\_. Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 21 Nacional. **Agenda 21 Brasileira: Bases para Discussão**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2000.

\_\_\_\_\_. Conferência Pan-Americana Sobre Saúde e Ambiente no Desenvolvimento Humano Sustentável – COPASAD. **Plano nacional de saúde e ambiente no desenvolvimento sustentável**. Brasília: Ministério da Saúde, 1995. Disponível em: <<http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Planonac.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Fundação Nacional de Saúde. **Impactos na saúde e no sistema único de saúde decorrentes de agravos relacionados a um saneamento ambiental inadequado**. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2010.

\_\_\_\_\_. Ministério das Cidades. Organização Pan-Americana da Saúde. **Política e plano municipal de saneamento ambiental: experiências e recomendações**. Programa de Modernização do Setor de Saneamento. Brasília: OPAS, 2005.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento e Orçamento-MPO. **Política Nacional de Saneamento**. Brasília. 39p.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. 8ª Conferência Nacional de Saúde. **Relatório Final**. Brasília, 1986.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Organização Pan-Americana da Saúde. **Avaliação de impacto na saúde das ações de saneamento: marco conceitual e estratégia metodológica**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Secretaria de Políticas de Saúde. Projeto Promoção da Saúde. **As Cartas da Promoção da Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Política nacional de saúde ambiental para o setor saúde.** Brasília: Secretaria de Políticas de Saúde, 1999.

CARNEIRO, Fernando Ferreira *et al.* Saúde ambiental e desigualdades: construindo indicadores para o desenvolvimento sustentável. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 6, p. 1419-1425, jun 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232012000600006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000600006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 19 mar. 2021

COHEN, Simone Cynamon *et a.* Habitação saudável e ambientes favoráveis à saúde como estratégia de promoção da saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 191-198, 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232007000100022&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000100022&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 19 mar. 2021.

CORDEIRO, Joselma Cavalcanti. **A Promoção da Saúde e a Estratégia de Cidades Saudáveis:** um estudo de caso no Recife. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Centro de Pesquisas Aggeu, Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz. Pernambuco, 2008.

DIAS, Daniella S. **O direito a moradia digna e a eficácia dos direitos fundamentais sociais.** Revista Eletrônica do CEARF. Vol. 1. N.1. Out.2011/Jan.2012. Porto Alegre/RS. Disponível em: <[https://www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao\\_01/vol1no1art1.pdf](https://www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art1.pdf)>. Acesso em: 17 mar. 2021.

FERNANDES, Edésio. Legalização de favelas em Belo Horizonte: um novo capítulo da história? In FERNANDES, Edésio; AFFONSIN, Betânia (Coord). **A Lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano.** 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FERREIRA, João Sette Whitaker. **Anais do Simpósio Interfaces das representações urbanas em tempos de globalização.** UNESP Bauru e SESC Bauru, 21 a 26 de agosto de 2005. Disponível em: <[https://www.fau.usp.br/docentes/deprojeto/j\\_whitaker/artigos.html](https://www.fau.usp.br/docentes/deprojeto/j_whitaker/artigos.html)>. Acesso em: 21 mar. 2021.

FLECK, Marcelo Pio de Almeida. O instrumento de avaliação de qualidade de vida da Organização Mundial da Saúde: características e perspectivas. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 33-38, 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232000000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232000000100004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 21 mar. 2021.

GOMES, Rita de Cássia da Conceição *et al.* **Política habitacional e urbanização no Brasil**. Disponível em: <<https://www.raco.cat/index.php/ScriptaNova/article/view/63889>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

GOUVEIA, Nelson. Saúde e meio ambiente nas cidades: os desafios da saúde ambiental. **Saúde soc.**, São Paulo, v. 8, n. 1, pág. 49-61, 1999. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12901999000100005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12901999000100005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 21 mar. 2021.

GROSTEIN, Marta Dora. **Metrópole e Expensão Urbana: A persistência de processos “insustentáveis”**. São Paulo Perspec., São Paulo, v. 15, n. 1, pág. 13-19, janeiro de 2001. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88392001000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000100003&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 21 mar. 2021.

GUIMARÃES, Raul Borges. Saúde urbana: velho tema, novas questões. **Terra Livre**, v. 17, 2001, p. 155-170.

HELLER, Léo. Relação entre saúde e saneamento na perspectiva do desenvolvimento. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, pág. 73-84, 1998. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/csc/v3n2/7152.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. (2020) **Principais resultados - Características da População e dos Domicílios, 2020**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9663-censo-demografico-2000.html?edicao=9771&t=destaques>>. Acesso em: 11 mar. 2021.

KRAN, Faida; FERREIRA, Frederico Poley Martins. **Qualidade de vida na cidade de Palmas – TO**: uma análise através de indicadores habitacionais e ambientais urbanos. *Ambiente e Sociedade*. Vol. IX. N.2. jul/dez, 2006.

MARTINE, George *et al.* **A urbanização no Brasil**: retrospectiva, componentes e perspectivas. Disponível em: <<http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/1988/t88v02a01.pdf>>. Acesso em: 22 de mar. 2015.

MEDEIROS, Marcílio Sandro de *et al.* Custo das Doenças atribuíveis a fatores ambientais na cidade de Manaus, Amazonas, Brasil. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 2, p. 599-608, Feb. 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/csc/v19n2/1413-8123-csc-19-02-00599.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

MENEZES, Luiz Carlos C. Considerações sobre saneamento básico, saúde pública e qualidade de vida. **Revista Engenharia Sanitária e Ambiental**, Rio de Janeiro, v.23, n.1, jan./mar. 1984. p. 55-61.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **A saúde em estado de choque**. 3. ed. Rio de Janeiro: FASE, 1986. p. 9-20.

MORAES, Luis Roberto Santos. **Conceitos de Saúde e Saneamento**. DHS/UFBA, Salvador. 6pp. 1993. Não Publicado.

NERI, Marcelo Cortês (Coord.). **Trata Brasil**: Saneamento e Saúde. Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS, 2007. Disponível em: <[http://www.cps.fgv.br/ibrecps/CPS\\_infra/texto.pdf](http://www.cps.fgv.br/ibrecps/CPS_infra/texto.pdf)>. Acesso em: 10 maio 2015.

OLIVEIRA, Walter Engracia de. Saneamento da Habitação. **Revista D.A.E.** s/d. Disponível em: <<http://revistadae.com.br/site/artigo/955-Saneamento-da-habitacao>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Conferência das Nações Unidas Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. 2ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997.

\_\_\_\_\_. **Resolução da Assembleia Geral 64/292.** The human right to water and sanitation. 28 de julho de 2010.

\_\_\_\_\_. **Resolução da Comissão de Direitos Humanos 2003/71:** Direitos Humanos e o Meio Ambiente como Parte do Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <<https://www.refworld.org/docid/43f3134dc.html>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Carta de Constituição da OMS 1948.** Disponível em: <<http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/OI/OMS/OMS.htm>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. **Carta de Ottawa.** Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde. Ottawa, novembro de 1986. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta\\_ottawa.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf)>. Acesso em: 1º fev. 2015.

\_\_\_\_\_. **Global health risks** – mortality and burden of disease attributable to selected major risks. Genebra, Suíça, 2009.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE (OPS). **Hacia um Nuevo Enfoque de la Salud Ambiental en el Sector Salud en la Región de las Américas.** Washington D.C., 1994.

\_\_\_\_\_. **Carta panamericana sobre salud y ambiente en el desarrollo humano sostenible.** Plan regional de acción para implementar la carta panamericana sobre salud y ambiente en el desarrollo humano sostenible. Washington, D.C. 1995a.

\_\_\_\_\_. **Veinte pasos para formular un proyecto de ciudades sanas.** Washington, D.C; Organización Panamericana de la Salud; 1995b. 64 p.

\_\_\_\_\_. **El movimiento de municipios saludables:** una estrategia para la promoción de la salud en América Latina. v. 96-14. Washington/DC, abril, 1996.



ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Vivienda**

**Saludable:** reto Del Milenio en los asentamientos precarios de la América Latina y el Caribe – Guía para las autoridades nacionales y locales. Caracas: OPS; 2006.

PAES, Neir Antunes; SILVA, Lenine Angelo A. Doenças infecciosas e parasitárias no Brasil: uma década de transição. **Revista Pan-Americana de Salud Publica**, v.6, n.2, p.99-109, 1999.

PEREIRA, Heronides dos Santos *et al.* **Saneamento básico e seus impactos na saúde pública no brasil.** Disponível em: <<https://docero.com.br/doc/nvxcnvv>>. Acesso em: 10 mar. 2021.

PREDEBON, Kelen Marja et al. Desigualdade sócio-espacial expressa por indicadores do Sistema de Informações sobre Nascidos Vivos (SINASC). **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 8, p. 1583-1594, Aug. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2010000800012&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000800012&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 21 mar. 2021.

RIBEIRO, Helena. Saúde Pública e meio ambiente: evolução do conhecimento e da prática, alguns aspectos éticos. **Saúde soc.**, São Paulo, v. 13, n. 1, p. 70-80, 2004. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12902004000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902004000100008&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 21 mar. 2021.

ROQUE, Odir C. Educação para a Qualidade de Vida em Vista do Saneamento Ambiental. In: PDBG. **Subprojeto de Educação Ambiental**, módulo IV. Rio de Janeiro: UERJ, s/d.

ROSEN, George. **Uma História da Saúde Pública.** São Paulo: HUCITEC. (Saúde em debate; 74). 1994.

SANTOS, Lenir. Saúde e Meio Ambiente: Competências. Intersetorialidade. **Revista de Direito do Trabalho.** Vol 120. P.135. out/2005.

SANTOS, Milton. **Saúde e meio ambiente no processo de desenvolvimento.** Ciência & Saúde Coletiva. V.8.n.1.Rio de Janeiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **A urbanização brasileira**. 5ª. Ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

SHELTON, *et al.* Direitos humanos e o meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. Vol. 74/2014. p.131.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Kleber Roberto Matos da. Saneamento ambiental e desenvolvimento urbano e regional. In: Conferência Estadual das Cidades – **Desenvolvimento Urbano com Participação Popular e Justiça Social**: Avançando na Gestão Democrática das Cidades, 3., 2007. Belém: Governo do Estado do Pará, SEDURB, 2007.

SOARES, Sérgio R. A. et al. Relações entre saneamento, saúde pública e meio ambiente: elementos para formulação de um modelo de planejamento em saneamento. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v.18, n. 6, p. 1713-1724, Dec. 2002. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2002000600026&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2002000600026&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 21 mar. 2021

SOBRAL, André; FREITAS, Carlos Machado de. Modelo de organização de indicadores para operacionalização dos determinantes socioambientais da saúde. **Saude soc.**, São Paulo , v. 19, n. 1, p. 35-47, mar. 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-12902010000100004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902010000100004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 21 Mar. 2021.

TAMBELLINI, Anamaria Testa; CAMARA, Volney de Magalhães. A temática saúde e ambiente no processo de desenvolvimento do campo da saúde coletiva: aspectos históricos, conceituais e metodológicos. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 47-59, 1998. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81231998000200005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81231998000200005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 21 mar. 2021.

TEIXEIRA, Júlio César et al. Associação entre cobertura por serviços de saneamento e indicadores epidemiológicos nos países da América latina: estudos com dados secundários. **Rev. Panam. Salud Publica**. 2012;32(6):429-25. Disponível em: <<https://www.scielosp.org/article/rpsp/2012.v32n6/419-425/#ModalArticles>>. Acesso em: 1º mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Estudo do impacto das deficiências de saneamento básico sobre a saúde pública no Brasil no período de 2001 a 2009. **Eng. Sanit. Ambient.**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 87-96, Mar. 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-41522014000100087&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-41522014000100087&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 21 mar. 2021.

URTEAGA, Luis. **Miseria, miasmas y microbios**: las topografías médicas y el estudio del medio ambiente en el siglo XIX. *Geo Critica - Cuadernos Criticos de Geografía Humana*. Ano V. Número: 29, nov. 1980. Disponível em: <<http://www.ub.es/geocrit/geo29.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2015.

VIANNA, Paula Vilhena Carnevale; OLIVEIRA, Jucelia. Saúde e cidade: possibilidades e limites de transformação urbana nas propostas da saúde coletiva. **Anais do XIV Encontro Nacional da ANPUR**. Rio de Janeiro, Maio de 2011. Disponível em: <<http://unuhostedagem.com.br/revista/rbeur/index.php/anais/article/view/2706>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

WESTPHAL, Marcia Faria; OLIVEIRA, Sandra Costa. Cidades Saudáveis: uma forma de abordagem ou uma estratégia de ação em saúde urbana? **Revista USP**. São Paulo n. 107. p. 91-102. outubro/novembro/dezembro 2015.

# MEDIDAS PARA A EFETIVIDADE DO TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA RELACIONADO À ORDEM URBANÍSTICA

## *MEASURES FOR THE EFFECTIVENESS OF CONSENT DECREES RELATED TO THE URBAN ORDER*

**Paulo Antonio Locatelli**

Mestre em Ciências Jurídicas pela UNIVALI, com dupla titulação com a Universidade de Alicante – IUACA/Espanha. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Público, ambas pela UNOCHAPECÓ. Promotor de Justiça desde março de 1994, titular da Promotoria do Meio Ambiente de Florianópolis/SC. Diretor e Professor da Escola do MPSC. Diretor da ABRAMPA.  
plocatelli@mpsc.mp.br

Recebido em: 29/3/2021

Aprovado em: 14/7/2021

**Resumo:** O presente artigo aborda a atuação do MP como defensor da ordem jurídica e dos interesses sociais e a imperiosa necessidade de cumprimento das obrigações firmadas nos termos de compromisso de ajustamento de conduta (TAC). O trabalho enfoca, mais especificamente, os ajustes relacionados ao reordenamento urbano e na estruturação dos órgãos públicos responsáveis pela implantação da política pública da regularização fundiária urbana (REURB), estabelecendo obrigações para a melhoria das condições de sustentabilidade dos núcleos urbanos informais. O desafio é apresentar algumas medidas que poderão garantir a exequibilidade do TAC, incentivando o cumprimento voluntário das obrigações assumidas dentro do prazo e da maneira indicada, bem como abordar encaminhamentos possíveis administrativamente por meio de institutos jurídicos que agilizarão o cumprimento forçado das obrigações. A abordagem prestigia a inserção de condicionantes e garantias para o fiel cumprimento das obrigações fixadas no TAC de maneira a garantir o resultado prático equivalente ao seu adimplemento.

**Palavras-chave:** Ministério Público. Meio Ambiente Urbano. Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta. Efetividade do TAC.

**Abstract:** *This article addresses the role of the Brazilian Public Prosecutor's Office as a defender of the legal order and social interests and the imperative need to fulfill the obligations entered into under the terms of a consent decree. The work focuses, more specifically, on the adjustments related to urban reorganization and the structuring of public bodies responsible for implementing the public policy for urban land regularization (REURB), establishing obligations for the improvement of the conditions of sustainability of informal urban centers. The challenge of the present work is to present some measures that can guarantee the feasibility of a consent decree, encouraging the voluntary fulfillment of the obligations assumed within the established term and in the indicated manner, as well as addressing possible administrative routes through legal institutes that will expedite the forced compliance with the obligations. The approach gives prestige to the insertion of conditions and guarantees for the faithful fulfillment of the obligations established in a consent decree to guarantee the practical result equivalent to its performance.*

**Keywords:** *Brazilian Public Prosecutor's Office. Urban Environment. Consent Decree for Urban Matters. Effectiveness of consent decrees.*

**Sumário:** Introdução. 1. O papel do Ministério Público na defesa do meio ambiente urbano. 2. A efetividade do TAC. 3. Medidas para a efetividade do TAC. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto abordar a atuação do MP na defesa dos interesses supraindividuais, mais especificamente na utilização de instrumentos jurídicos visando à efetividade dos TACs, mormente aqueles celebrados visando ao reordenamento urbano e à adequação ambiental. O objetivo é identificar os meios postos à disposição juridicamente para permitir o cumprimento integral das obrigações que não foram atendidas da maneira e no prazo fixados no acordo.

Para tanto, o artigo está dividido em três tópicos. No primeiro, trata-se, em linhas gerais, do Ministério Público na defesa do meio ambiente urbano. No segundo, aborda-se a efetividade do TAC. Na seção derradeira, apresentam-se as medidas para a efetividade do TAC, como a possibilidade do protesto do título executivo, a inclusão de cláusulas para garantir o cumprimento das obrigações a exemplo da

imposição de garantias reais e fidejussórias, o protesto, a comunicação às certificadoras e à Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Para o desenvolvimento do trabalho, de acordo com as diretrizes metodológicas explanadas por Pasold, utilizou-se o método indutivo, além do uso das Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional, da Pesquisa Bibliográfica e do Fichamento (2018, p. 31-115).

## **1. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE URBANO**

Segundo define a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), o Ministério Público (MP) “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988, art. 127); consagrou-se à instituição o árduo e indispensável mister de velar pelos valores fundamentais do Estado enquanto sociedade.

Nesse sentido, a CRFB/88 (BRASIL, 1988, art. 127, §1º) elenca como princípios institucionais do MP a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional e estabelece como suas funções institucionais, além de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, também 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.

Conforme salienta Fonteles, o exercício da missão constitucional do MP depende do domínio da gramática dos direitos fundamentais (2019, p. 25). Como complementação e pressuposto para o atendimento de suas atribuições, foram criados instrumentos como o inquérito civil (IC) e a ação civil pública (ACP), para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (BRASIL, 1988, art. 129, III).

Nesse particular, especificamente quanto ao tema de responsabilidade por danos ao meio ambiente, salienta Mancuso, “este não

há de ser tomado apenas no sentido naturalístico (= biota), mas em sua acepção contemporânea - holística e abrangente” (2011, p. 374). Sobre atribuição e definição da forma de atuação do membro do MP que atua na defesa do meio ambiente, em Santa Catarina, o Ato nº 486/2017/PGJ dispõe que é atribuição do Promotor de Justiça que atua na área do meio ambiente promover ações e medidas de natureza administrativa, civil ou criminal para defender o meio ambiente, desde temas como a proteção da flora e da fauna, poluição do ar e da água, poluição visual e sonora, preservação do patrimônio cultural, histórico, turístico e paisagístico, ordem urbanística, parcelamento do solo, usucapião e regularização fundiária em áreas urbanas, sanidade, preservação ambiental e qualidade de vida (SANTA CATARINA, 2017, art. 3º, III, a). Ainda no que tange a Santa Catarina, para otimizar o desempenho de suas funções, foram criadas Promotorias de Justiça Regionais do Meio Ambiente e de atuação estadual. O objetivo compreende a racionalização e a eficiência do trabalho, permitindo uma ação integrada, equilibrada e célere em diversos temas que ultrapassam o interesse local. A atuação, por certo, não fica limitada ao meio ambiente natural, mas a questões e demandas atinentes a quaisquer dos ramos do direito ambiental, como o meio ambiente cultural, artificial ou natural.

O crescimento desordenado urbano aliado ao uso desmedido dos recursos naturais ampliou a participação do membro do MP nessa temática. A defesa do meio ambiente requer uma mudança da mentalidade na atuação jurídica. A atuação deve trazer também uma modificação do comportamento do membro do MP, comprometendo-se com a realidade social e com as estratégias e prioridades da Instituição<sup>1</sup>, respeitada a sua independência funcional. A observância do dever cívico impõe agir de forma racional e eficiente, envolto por uma atmosfera de verdade, pautado na excelência moral incontestável, inspirando o respeito e despertando na sociedade o inconformismo com atos ilegais,

---

<sup>1</sup> O PGA 2020-2021 do MPSC traz a defesa da ordem urbanística como prioridade institucional na área ambiental. Nesse aspecto, o objetivo geral é “Buscar a estruturação e o fortalecimento dos órgãos públicos municipais para o efetivo exercício do poder de polícia voltado ao combate às construções e às ocupações urbanas clandestinas e irregulares, além da intensificação das responsabilizações nas esferas criminal e cível, aí incluída a tutela da probidade administrativa”. MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Plano Geral de Atuação 2020-2021**. 2020.

restituindo confiança a todo o sistema. A hermenêutica equilibrada, valendo-se do diálogo das fontes legislativas pautada na atuação homeostática, deve ser uma constante, além do espírito de solidariedade e colaboração, sem falar do conhecimento multidisciplinar, fulcrado em uma base cognitiva interdisciplinar.

Os principais instrumentos judiciais e extrajudiciais postos à disposição do MP foram elencados na Lei nº 7.347/85 (LACP) e na Lei nº 8.078/90 (CDC) que, a partir do seu Título III, foi considerada como parte integrante da própria LACP, o que a doutrina denominou de princípio da integração (ANDRADE; MASSON; ANDRADE, 2019, p. 53).

Como a atuação do *Parquet* nas questões ambientais pode se dar tanto na área criminal quanto na esfera civil, diante da possibilidade do tríplice sancionamento ao infrator ambiental, em razão do disposto no art. 225, § 3º, da CRFB/88 (BRASIL 1988), diversos meios são disponibilizados para a busca do resultado prático equivalente ao adimplemento das obrigações. A tarefa é desempenhada por meio de instrumentos administrativos e jurídicos próprios, como recomendações, termos de cooperação, IC, TAC e ACP. Esse amplo arsenal ampara investigações, tendo como objetivo, além de punir o infrator, a reordenação urbana e a recuperação dos danos ambientais.

Os conflitos relacionados às questões ambientais urbanísticas envolvem aspectos de ordem ecológica, social, econômica e jurídica, exigindo conhecimento da realidade, ou seja, da própria situação fática. O representante do MP deve projetar empatia de forma natural e efetiva, por meio da sua experiência e especialização, mas principalmente do seu conhecimento generalizado dos diversos temas envolvidos. A interlocução e mediação só será possível com essa atuação interagente e solidária através de uma visão holística das questões, do reconhecimento de padrões e da ampla integração de conhecimentos multidisciplinares, em que os envolvidos possuam uma ampla variedade de domínios básicos. Nesse ponto, fundamental não ceder ao entrincheiramento cognitivo (aprender boas práticas e exemplos exitosos de outros MPs), utilizando-se, quando necessário, do pensamento analógico de grande amplitude. Forjado com base nesses



ideais e municiado de conhecimento, terá no TAC o seu mais efetivo instrumento de resolutividade.

## **2. A EFETIVIDADE DO TAC**

No exercício de suas funções, em consonância com o que dispõe o art. 8º, §1º, da LACP (BRASIL, 1985) e a Resolução CNMP nº 23/2007 (BRASIL, 2007), o MP poderá instaurar IC e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los, poderá requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da Administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de requisitar informações e documentos a entidades privadas para instruir procedimento ou processo em que officie. O IC é um procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado por portaria, em face de representação ou de ofício, em decorrência de qualquer outra notícia que justifique o procedimento, e necessitará de instrução e produção de prova.

Nessa perspectiva, a LACP também permitiu aos órgãos públicos legitimados a celebração de TAC, cuja eficácia tem sido largamente defendida e reconhecida, principalmente em razão do seu caráter não litigioso e resolutivo de conflitos ambientais. O TAC tem sua origem no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85 (BRASIL, 1985) e foi concebido como um instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos cuja defesa incumbe ao MP defender (ALMEIDA; COSTA; ALVARENGA, 2019, p. 247). Explicitamente, a legislação a amparar o TAC deve constar da sua motivação (RODRIGUES, 2002, p. 191). Dada a natureza jurídica de título executivo extrajudicial, corroborada pelo disposto no art. 1º da Resolução CNMP nº 179/2017 do CNMP (BRASIL, 2017), as obrigações do TAC deverão revelar certeza e liquidez ao apresentar de forma cristalina os elementos que o constituem (sujeitos, natureza da relação e objeto) e, igualmente, ao especificar obrigações expressamente determinadas (GAVRONSKI, 2010, p. 390-391).

Independentemente da espécie de obrigação avençada, o compromitente assume o dever de adequar a sua conduta às exigências legais, sob pena de incorrer nas sanções fixadas no próprio TAC, sendo que se este for descumprido, acarretará no ajuizamento de ação de execução, objetivando o cumprimento da obrigação assumida no título extrajudicial. Está sedimentado inclusive que, além de ser possível a execução dos TACs celebrados por seus próprios órgãos, o MP também possui legitimidade para executar os ajustes firmados por qualquer outro órgão público (BRASIL, 1985, art. 5º, § 6º), em casos de omissão deste. Isso, sem prejuízo da adoção de medidas de natureza civil ou criminal pertinentes, nos termos do art. 12 da Resolução nº 179/2017 do CNMP (BRASIL, 2017).

Em relação à temática do ordenamento urbano, frequentemente atingido pela indiscriminada proliferação de parcelamentos e construções clandestinas ou irregulares, exige-se que o TAC, quando celebrado, cerque-se de garantias que possam assegurar e incentivar o cumprimento da obrigação, dentro dos prazos e condições acertadas. Quando o objetivo acordado for a retirada das edificações ou de qualquer obra e a recuperação integral da área, faz-se necessário ter instrumentos e mecanismos jurídicos que garantam a sua execução. Da mesma forma, na situação em que ocorrerá a permanência dos empreendimentos, o que implicará na obrigatória melhoria das condições de sustentabilidade no local, tanto ambiental como urbanística e habitacional, é necessário convencionar as medidas para o reordenamento urbano, o que implicará investimentos com suporte financeiro que poderão estar elencados no TAC, viabilizando o seu cumprimento.

Sob essa ótica, ressalta-se que o TAC permite a fixação de cláusulas visando garantir o aspecto financeiro das obrigações a serem cumpridas, bem como facilidades e flexibilidades procedimentais em uma eventual demanda futura. Pode-se pactuar que, na hipótese de ser necessário ajuizar ações para remoção ou permanência, ocorra a inversão do ônus da prova, compartilhamento de prova, renúncias a recursos, entre outros. O pacto permitirá, ainda, a confecção de um procedimento próprio desde que dentro dos limites permitidos e

contando com a anuência, ou seja, abre-se a possibilidade de diversas convenções processuais que poderão ser inseridas e documentadas em cláusulas do TAC. Uma atuação eficiente é que irá manter, renovar e ampliar o reconhecimento, pelos vários setores da sociedade, do Ministério Público como uma Instituição republicana séria, engajada e comprometida com a realização do projeto emancipatório, de inclusão, redução de desigualdades e de desenvolvimento econômico e social delineado na Constituição de 1988, preocupada com os direitos humanos, com a dignidade da pessoa humana, com a redução da violência e da corrupção, com a proteção do meio ambiente, com a eficiência e acessibilidade dos serviços públicos, enfim, com a edificação de um Brasil mais livre, mais justo e repleto de pessoas solidárias (CAMBI; GUARANI, 2016, p. 240).

### **3. AS MEDIDAS PARA A EFETIVIDADE DO TAC**

Na sequência, após a celebração do TAC, ocorre a promoção de arquivamento do IC respectivo com a consequente instauração de um procedimento administrativo (PA) para o acompanhamento do cumprimento das obrigações fixadas no acordo (SANTA CATARINA, 2018, art. 1º, I). O PA terá a duração necessária para fiscalizar a implantação integral de todas as medidas pactuadas consistentes em obrigações de fazer, não fazer e de indenizar, relacionadas ao objeto em questão cujas garantias estão previstas no título executivo extrajudicial. Desse modo, o PA acompanhará e receberá as informações periódicas por parte do responsável pela promoção do acordado, sendo que os atos e os documentos poderão ser avaliados e conferidos pelo membro do MP que celebrou o TAC e diretamente responsável pela fiscalização e pela equipe técnica da instituição.

#### **3.1. A inclusão de cláusulas para garantir o cumprimento das obrigações: imposição de garantias reais e fidejussórias**

Para assegurar o cumprimento dos compromissos assumidos no TAC, o membro do MP responsável pelo documento poderá valer-

se das garantias reais ou pessoais (fidejussórias). As garantias reais como a hipoteca, o penhor e a anticrese podem ser originados de um negócio jurídico convencionado entre as partes, os quais se revelam como mecanismos para a viabilização do cumprimento das obrigações contidas em títulos executivos extrajudiciais (BRASIL, 2002, art. 1.424). As garantias reais, estampadas no art. 1.225, incisos VII, IX e X, do Código Civil, consistem na entrega de um bem por parte do devedor, objetivando assegurar o cumprimento da obrigação assumida perante o credor (BRASIL, 2002).

Nos termos de compromisso relacionados à cessação de empreendimentos irregulares ou que obriguem a investimentos para a regularização dos imóveis, é fundamental cercar-se dessas garantias para a eficácia do acordo e efetividade das medidas previstas. A garantia pode se dar por meio de penhor, quando recair sobre bens móveis (BRASIL, 2002, art. 1.431); hipoteca, quando incidir sobre bens imóveis (BRASIL, 2002, art. 1.473); ou anticrese, quando a garantia se fundar no direito de perceber os frutos e os rendimentos de determinado bem imóvel (GONÇALVES, 2008, p. 605). Importante acautelar-se ainda mais e destacar no TAC que a hipoteca e a anticrese deverão constar na margem do registro do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis (BRASIL, 1973, art. 167). Porém, quando se tratar de penhor comum, este deverá ser gravado sobre o bem móvel no Registro de Títulos e Documentos (BRASIL, 1973, art. 127, II).

É viável arbitrar as garantias pessoais ou fidejussórias, que são obrigações acessórias, materializadas por meio de aval quando tratar-se de título de crédito ou fiança, na hipótese de contratos em geral. Nessa situação, usual nos negócios jurídicos que envolvam obrigações de dar, fazer ou pagar, uma terceira pessoa assumirá, perante o credor, a responsabilização pelo pagamento da dívida assumida pelo compromitente – devedor –, se este não honrar com o seu compromisso. A exigência de caução nada mais é do que uma forma de garantir o cumprimento da obrigação assumida, sem a necessidade de ação judicial.

### **3.2. O protesto**

Considerando a natureza de título executivo extrajudicial conferido ao TAC, naquelas situações em que houver cláusula fixando pagamento, tanto como obrigação principal ou como multa por descumprimento do acordo (o que é usual em se tratando de TAC para o reordenamento urbano), é perfeitamente cabível o seu protesto, desde que, como já citado, possua o título certeza e liquidez.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por meio da Circular nº 127/2014, salientou que a redação do art. 1º da Lei nº 9.492/97, ao ampliar o rol de documentos que podem ser levados a protesto e, por consequência, abranger outros documentos que não apenas os títulos cambiais, propiciou a interpretação no sentido de ser viável o protesto de qualquer documento de dívida que expresse obrigação pecuniária líquida, certa e exigível (BRASIL, 2014, p. 3).

Durante o tempo em que não houver disciplina expressa acerca do que se defina por “outros documentos de dívida”, a compreensão da abrangência do disposto deve ser interpretada de forma ampla, cabendo ao jurista a análise quanto à certeza, à liquidez e à exigibilidade de cada documento representativo de dívida (BRASIL, 2014, p. 3).

### **3.3. A comunicação às certificadoras**

Em se tratando de TAC celebrado com empresas que promoveram irregularidades ambientais e urbanísticas e que possuam certificados de gestão de qualidade, o acordo poderá prever que o seu descumprimento implicará, além das medidas judiciais cabíveis, a comunicação à respectiva certificadora. A ISO 9001 é uma norma internacional, cuja versão brasileira é a ABNT ISO 9001, que estabelece requisitos para o Sistema de Gestão de Qualidade (SGQ) de uma organização, de qualquer setor e porte, que deseja comprovar sua capacidade de fornecer produtos ou serviços que atendam às necessidades de seus clientes, além das normas legais e das regulamentações administrativas aplicáveis à sua situação (COMITÊ BRASILEIRO DE QUALIDADE, [20--]).

Na hipótese em que a desconformidade legal que acarretou o TAC decorra de uma organização que detém a ISO 9001, comprovada

a infração ao ajuste de conduta, incidirá na imediata notificação à certificadora, com a solicitação para que a auditoria se antecipe ao cronograma existente. Faz-se necessário enfatizar que, ainda que inexistente a previsão expressa em cláusula do TAC nesse sentido, é possível a comunicação às entidades certificadoras acerca do descumprimento das condicionantes estabelecidas no TAC e que consequentemente configuram os requisitos para uma eventual suspensão ou até mesmo cancelamento da certificação, de modo que o zelo pelo devido cumprimento do pactuado é medida que impacta não só ao bem da credibilidade intangível da instituição comprometente, mas também no seu aspecto palpável da certificação de qualidade.

### **3.4. A comunicação à CVM**

É notório que alguns fatos de grande repercussão e abrangência cuja resolução perpassa objeto pactuado em TAC poderão ter implicações no mercado de capitais, a exemplo da exploração mineral, que acarreta rompimento de barragens ou desabamento de edificações, cuja reparação dos danos influencia diretamente o dimensionamento dos lucros das empresas envolvidas, quando então devem ser observados os deveres e as responsabilidades acerca da adequada disseminação das informações. Assim, ao tratar de fato relevante no TAC, nos termos do art. 2º, parágrafo único, XIX, da Instrução CVM nº 358/02<sup>2</sup>, pode-se expedir representação à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) para que tome ciência, bem como para apurar, mediante processo administrativo, a ocorrência de eventuais atos ilegais e práticas não equitativas com a Lei nº 6.385/1976 (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2002).

### **3.5. A fixação de multa pessoal**

---

<sup>2</sup> O art. 157, § 4º, da Lei nº 6.404 (Lei das Sociedades Anônimas), bem como o art. 2º da Instrução CVM 358, determina a divulgação ao mercado de qualquer ato ou fato relevante que possa influir “de modo ponderável”: (i) na cotação dos valores mobiliários de emissão das companhias abertas ou a eles referenciados; ou (ii) na decisão de comprar, vender ou manter tais títulos, ou mesmo de exercer quaisquer direitos a eles inerentes. O ato ou fato relevante pode decorrer de decisão de acionista controlador, deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, bem como de eventos externos à companhia, de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro, ocorrido ou relacionado aos seus negócios (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2002).

Embora em algumas situações a multa pelo descumprimento poderá ser dispensada para viabilizar a celebração do TAC, em muitos casos, será a multa que garantirá a efetivação das obrigações. Nas hipóteses de celebração de TAC com entes públicos ou privados, mormente quando o cumprimento das obrigações deva ocorrer no mesmo mandato ou gestão, a par da previsão de multa fundamentada no art. 28, parágrafo único, do Ato nº 395/2018/PGJ (SANTA CATARINA, 2018) em desfavor da pessoa jurídica, afigura-se possível a estipulação de medida coercitiva ao administrador. Isso porque a multa deve representar estímulo ao cumprimento da obrigação. Como a pessoa jurídica não pratica atos por si própria diretamente, mas pela ação de seu representante legal, a imposição de multa ao gestor constitui-se em mais uma ferramenta com o potencial de impulsionar o adimplemento. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina já admitiu a imposição da multa em desfavor do agente público quando, no TAC celebrado com o MP, for pactuada multa pessoal. Tal medida tem por objetivo conferir efetividade ao cumprimento do dever e, quando assumida pela pessoa natural do gestor, chefe do executivo municipal, inexistente óbice legal à sua exigência<sup>3</sup>.

Sob essa ótica, é importante estabelecer no TAC se a multa será específica ao agente, solidária com a da pessoa jurídica ou subsidiária à desta. Nessa última hipótese, é essencial que se estabeleça um prazo fixo para o cumprimento da obrigação pelo ente, e, ultrapassado esse lapso, inicia-se a incidência da multa pessoal, sem prejuízo da confluência da sanção monetária já aplicada à pessoa jurídica. Como os TACs relacionados à ordem urbanística e ambiental obrigam a fixação de prestações vincendas com prazos longos que poderão ultrapassar

3 “Conquanto os efeitos jurídicos da obrigação assumida por representante do Poder Público são a este imputados, mostra-se imprópria a alegação de ilegitimidade de parte quando consta no termo de ajustamento de conduta cláusula de responsabilidade pessoal da pessoa natural na eventualidade de descumprimento da obrigação assumida”. (AC n. 2006.003282-3, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Ricardo Roesler, Segunda Câmara de Direito Público, j. 12-8-2008). “Patente, portanto, que embora o apelante estava no exercício regular do seu mandato legislativo, utilizando-se das prerrogativas inerentes ao representante da municipalidade, anuiu com todas as cláusulas do termo, inclusive com a que previa sua responsabilidade pessoal, não obstante sabedor de que restavam poucos meses para o término do seu mandato. Importante registrar, a propósito, que à mingua de qualquer cominação sancionatória, no caso a multa, estaria o apelante livre para cumprir ou não a obrigação assumida, sabendo de antemão que não seria punido por sua desídia, o que, logicamente, é inadmissível, sobretudo em razão da indisponibilidade do interesse difuso que se buscou preservar (meio ambiente).” (grifo nosso). BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão em Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 2013.016747-2/0001.00. Relator: Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Florianópolis, SC, 17 de novembro de 2015.

até mesmo uma determinada administração pública de um Município, é recomendável que seja incluída cláusula estabelecendo o dever de o titular do mandato eletivo comunicar ao seu sucessor acerca dos TACs pendentes de cumprimento. É salutar que o Promotor de Justiça, se entender conveniente, informe ao novo mandatário a esse respeito, bem como mantenha o procedimento administrativo instaurado, com o devido escrutínio quanto ao integral cumprimento das cláusulas pactuadas.

### **3.6. O dever de contratar seguro**

Ainda no que tange à efetividade do TAC, observa-se que a exigência da contratação de seguros ambientais pode impelir uma alteração comportamental de quem opera atividades potencialmente causadoras de impactos ambientais, contribuindo para um cenário de maior proteção ambiental. Isso porque, na ótica da prevenção e da precaução de danos, os seguros impõem deveres de cuidado ao segurado e, assim, protagonizam a contenção de sinistro. Apesar do que uma visão superficial dessa garantia possa levar a crer, seguros não são um incentivo à displicência (SARAIVA NETO, 2019, p. 158-160).

Dessa forma, salienta Saraiva Neto:

[...] a lógica operacional dos seguros induz à construção de soluções com menor vulnerabilidade e maior capacidade de resiliência na medida em que reduz a magnitude e as consequências dos riscos. [...] seguros ligam-se aos princípios da prevenção e da precaução na medida em que constituam garantias de indenizações e sirvam à prevenção de riscos. [...] O seguro ambiental é um importante mecanismo de compensação em caso de danos causados por acidentes, desde que o custo da restauração esteja coberto por uma apólice. – Prevenção de riscos: As seguradoras desempenham um papel fundamental na prevenção de riscos, uma vez que, em primeiro lugar, nenhuma delas fornecerá cobertura sem primeiro certificar-se de que o segurado tomou algumas medidas para evitar a realização do acidente. [...] A companhia de seguros pode se tornar um verdadeiro auditor em questões ambientais e a compra de seguros é uma ferramenta útil para a gestão



ambiental. (2019, p. 158-160).

Alguns TACs envolvem temas complexos e questões delicadas nos âmbitos social (integridade dos ocupantes) e ambiental (degradação ambiental), com possíveis danos ambientais que deverão ser previamente avaliados, de forma a ser estipulada a melhor alternativa técnica disponível de proteção ambiental e gestão de riscos, em respeito aos princípios da prevenção e da precaução. Nesse sentido, deve-se observar que certos compromitentes não possuem condições técnicas tampouco financeiras para suportar as eventuais indenizações. Além disso, ainda que atue dentro da conformidade técnica exigida, situações alheias à sua vontade poderão ocorrer, como a imprevisibilidade dos desastres naturais ou outras situações de sinistro. Afigura-se prudente exigir do responsável que está celebrando o TAC a obrigatoriedade da contratação de um seguro em relação às ações que deverá praticar para o cumprimento integral do acordo, mormente as relacionadas à recuperação ambiental. Por certo, a contratação de um seguro ambiental não desonera o responsável em relação à obrigação principal e seus reflexos individuais, mas mostra a aproximação de quem assume o dever de reparar com o princípio da sustentabilidade.

Nesse passo, ao classificar as modalidades de seguros passíveis de contratação, Saraiva Neto afirma que o seguro-garantia ambiental pressupõe a existência de um dano ambiental, enquanto, no seguro de responsabilidade civil ambiental, o risco está na possibilidade de o dano ocorrer. No seguro-garantia, o dano, e um passivo, é pressuposto, quando o risco estará atrelado à obrigação de repará-lo e à possibilidade de o responsável por ele não cumprir com a obrigação principal assumida, sua utilidade é específica em face dos danos ecológicos. Havendo um passivo e a determinação do Poder Público por sua recuperação, o autor afirma que o órgão ambiental ou o MP poderá exigir uma garantia de prestação e de execução da obrigação. O órgão público atuará como segurado, enquanto o responsável pela área ou recurso natural contaminado ou degradado figurará como tomador do seguro. Diante do não cumprimento de sua obrigação, incidirá o

seguro que poderá ser *performance bond* ou de execução, que atuará até o valor fixado na apólice<sup>4</sup> (2019, p. 160-162).

O seguro-garantia, que objetiva caucionar o fiel cumprimento das obrigações assumidas, apresenta-se como um contrato tripartite, no qual a seguradora, nos termos estabelecidos na apólice, garante que serão cumpridas as obrigações dispostas no TAC, tornando-se corresponsável pelo fiel cumprimento das obrigações assumidas. O seguro diminuiria os riscos de descumprimento total ou parcial do ajuste, bem como de eventual dano ambiental (ecológico ou patrimonial). A grande discussão se concentra em definir, entre todas as obrigações fixadas para a ordem urbanística, quais seriam passíveis de serem asseguradas com a cobertura do seguro. O art. 757 do Código Civil dispõe que: “Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados” (BRASIL, 2002). Compete aos envolvidos definirem as obrigações e os riscos predeterminados, afinando as expectativas das partes. Em uma situação envolvendo obrigações assumidas para a regularização fundiária, por exemplo, temas como desfazimento de obras e recuperação da área degradada deverão ser sopesados quanto à inclusão na cobertura. Em regra, a contratação de um seguro-garantia ocasionará a necessidade de uma contragarantia de quem tem a responsabilidade de custear e arcar com os investimentos e melhorias, de forma a preservar a sua oportuna efetividade.

### **3.7. A comunicação periódica sobre o cumprimento das obrigações**

4 O autor acrescenta exemplos práticos que podem ser aplicados analogicamente na hipótese de necessidade de reparação da área degradada objeto de REURB em APP. Afirma que “Em relação ao TAC: estando um proprietário do imóvel em situação de irregularidade, em razão, por exemplo, de não manutenção, uso inadequado ou supressão de vegetação em APP, e sendo constatada tal situação pelo Ministério Público em ICP ou pelo próprio órgão ambiental em vistoria ou ação de fiscalização, firma-se um TAC que exija, para a recuperação da área, uma garantia de cumprimento segundo o PRAD. Para garantir a performance com a qual se comprometeu, e com uma adequada execução do PRAD, poderão ser oferecidas ou exigidas pelo poder público um seguro garantia ambiental. O risco de tal modalidade de seguro é o inadimplemento. Outro exemplo é a desativação de atividades: será imposta a obrigação de reparar o passivo, e o empreendedor assumirá obrigações mediante um plano de desativação e remediação de áreas contaminadas seguindo a mesma lógica de garantia de uma obrigação assumida como essa que presentemente se propõe.” (SARAIVA NETO, 2019, p. 214-215).

Sob outra perspectiva, ainda no que tange à pretensão de obtenção da máxima efetividade às obrigações firmadas no TAC, um ato simples e eficiente é a inclusão no corpo do TAC de uma singela e produtiva cláusula que obrigue o compromissário a prestar informações periódicas quanto à execução do acordo firmado, buscando o efetivo cumprimento do pactuado e diminuindo, desta forma, a possibilidade de inadimplemento. Tal medida é ainda mais benéfica em se tratando de TAC envolvendo o reordenamento urbano que, como já visto, é extremamente custoso e demorado, o que implicará a longevidade dos procedimentos administrativos instaurados com a finalidade de acompanhar o cumprimento dos acordos. Isso porque, em Santa Catarina, o Ato nº 395/2018 da PGJ/MPSC dispõe que o acompanhamento e a fiscalização do cumprimento dos TACs devem ser realizados pelo órgão de execução que celebrou o ajuste ou aquele que o suceder (SANTA CATARINA, 2018, art. 31). Por sua vez, na esfera nacional, a Resolução nº 179/2017 do CNMP corrobora a supracitada compreensão, estipulando, em seu art. 9º, que o órgão ministerial deve diligenciar a fim de fiscalizar o efetivo cumprimento das obrigações, valendo-se, sempre que possível e necessário, do auxílio de técnicos especializados para acompanhar e analisar os trabalhos (BRASIL, 2017).

### **3.8. O negócio jurídico processual**

Com base no paradigma da consensualidade, os elementos consignados no CPC, em especial aqueles dedicados ao negócio jurídico processual, conferem certa liberdade às partes para convencionarem e buscarem celeridade e economia processual (BRASIL, 2015, art. 3º).

A Resolução nº 118/2014, editada pelo CNMP, discorre sobre a solução e a pacificação de litígios de maneira extrajudicial, com mais celeridade e economia de recursos (BRASIL, 2014). Assim, o referido ato normativo demonstra o espírito de colaboração e incentivo elevado à autocomposição no âmbito do *Parquet*, estando em consonância com os valores propalados pelo CPC. Nessa perspectiva, a Lei nº 13.105/15 propôs, por meio de uma cláusula geral de negócio processual

(BRASIL, 2015, art. 190), que as partes possam celebrar convenções processuais atípicas, visando à democratização do processo. Dessa feita, visando dirimir conflitos urbanísticos, sociais e ambientais que de antemão são identificados como possíveis demandas judiciais, acordos preliminares prévios poderão ser fixados criando as regras processuais futuras. Inspirados no novo processo civil, são aceitos alguns pontos de flexibilização amparados no art. 190 do CPC, se as partes expressamente convencionarem como: o foro de eleição (BRASIL, 2015, art. 63); a calendarização (BRASIL, 2015, art. 191); a convenção sobre o ônus da prova (BRASIL, 2015, art. 373, § 3º) ou de escolha do perito (BRASIL, 2015, art. 471).

Enfim, diversas convenções processuais podem e devem ser utilizadas pelos membros do MP em termos de ajustamento de conduta, de maneira a flexibilizar o procedimento e a imprimir eficiência à implementação dos direitos coletivos. Alguns exemplos: acordos em matéria de competência, convenções probatórias relacionadas tanto sobre os meios de prova como referente ao seu o ônus, sobre a duração do processo, acerca dos recursos, mas especificamente sobre a sua renúncia e convencionada a meios de impugnação, e ainda, eventuais acordos sobre os meios executivos (CABRAL, 2016, p. 331-332).

## **CONCLUSÃO**

Em um Estado Socioambiental de Direito é fundamental a integração do desenvolvimento econômico, dos direitos sociais e do meio ambiente, ainda mais considerando o crescimento desordenado dos núcleos urbanos, caracterizados em sua maior parte pela informalidade. Essa coexistência é abalada diante da crescente ocupação ilegal com a presença de um poder público áspero na abordagem, cético quanto à orientação técnica, tímido em investimentos e apegado a ritmos procedimentais prolixos e entediantes. A recorrência de órgãos públicos inertes auxiliados por empreendedores que desrespeitam a legislação exige a intervenção do membro do MP agindo estrategicamente para propiciar a resolução dos conflitos fundiários urbanos e a garantia dos direitos sociais fundamentais, atuação que poderia ser prescindível,

uma vez assegurado o cumprimento das leis vigentes ou com a efetivação sustentável da Lei nº 13.465/17.

O órgão de execução do MP encontra nos procedimentos administrativos de natureza extrajudicial a sua base de atuação na tutela ambiental urbanística, utilizando-se do TAC não como um termo de imposição de conduta ou contrato de adesão, mas como um pacto entre as partes e a Terra. A transgressão contumaz às obrigações pactuadas em TAC geram descrédito à instituição que o celebrou, e a permissibilidade ocasiona o descontrole. A passividade e a impunidade impulsionam e incentivam a ilegalidade, acarretam transtornos urbanísticos, mazelas sociais e problemas ambientais, e, o mais alarmante, acarretam danos sinérgicos irreparáveis inviabilizando não só o bem-estar da população, mas a própria existência do Planeta.

Por fim, o TAC, quando celebrado, deve se cercar de condicionantes que possibilitem o seu fiel cumprimento de forma voluntária ou mediante intervenção judicial, pautado em instrumentos jurídicos previamente estabelecidos no título executivo extrajudicial, permitindo celeridade e eficiência na sua execução.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira; ALVARENGA, Samuel. Ministério Público como Função Essencial à Justiça na Tutela de Direitos ou Interesses Coletivos. In: VITORELLI, Edilson (org.). **Manual de Direitos Difusos**, 2019.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cléber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Método, 2019. 1 v.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007. Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil. Brasília, DF, 07 nov. 2007. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-0231.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 118, de 1 de dezembro de 2014. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Brasília, DF, 27 jan. 2015. Disponível em: <[https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o\\_n%C2%BA\\_118\\_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Brasília, DF, 27 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Acórdão em Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 2013.016747-2/0001.00. Relator: Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Florianópolis, SC, 17 de novembro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**. Florianópolis. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANpLmAAK&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANpLmAAK&categoria=acordao)>. Acesso em: 26 fev. 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. In: ZANETI JUNIOR, Hermes. (Org.) **Processo Coletivo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André. **Ministério Público e Princípio da Proteção Eficiente**. São Paulo: Almedina, 2016.

COMITÊ BRASILEIRO DE QUALIDADE - ABNT. **O que significa a ABNT NBR ISO 9001 para quem compra?** [20--]. Disponível em: <<http://www.inmetro.gov.br/qualidade/pdf/CB25docorient.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2021.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução CVM nº 358, de 03 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas, disciplina

a divulgação de informações na negociação de valores mobiliários e na aquisição de lote significativo de ações de emissão de companhia aberta, estabelece vedações e condições para a negociação de ações de companhia aberta na pendência de fato relevante não divulgado ao mercado, revoga a Instrução CVM no 31, de 8 de fevereiro de 1984, a Instrução CVM nº 69, de 8 de setembro de 1987, o art. 3º da Instrução CVM no 229, de 16 de janeiro de 1995, o parágrafo único do art. 13 da Instrução CVM 202, de 6 de dezembro de 1993, e os arts. 3º a 11 da Instrução CVM no 299, de 9 de fevereiro de 1999, e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ, 28 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst358.html>>. Acesso em: 26 fev. 2021.

FONTELES, Samuel Sales. Tutela Coletiva e Direitos Fundamentais: uma hermenêutica de equilíbrio. In: VITORELLI, Edilson (org.). **Manual de Direitos Difusos**. Cap. 1, 2019.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva**: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública**: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**: Teoria e Prática. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTA CATARINA. Ministério Público de Santa Catarina. Ato nº 486, de 06 de julho de 2017. Estabelece as diretrizes para a proposta de fixação de atribuições às Promotorias de Justiça e especifica as áreas de atuação especializada no âmbito do Ministério Público de Santa

Catarina. Florianópolis, SC, 06 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.mpsc.mp.br/atos-e-normas/detalhe?id=2188>>. Acesso em: 26 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ato nº 395, de 11 de junho de 2018. Disciplina a notícia de fato, a instauração e tramitação de inquérito civil e de procedimento preparatório, a expedição de recomendações e a celebração de compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público de Santa Catarina. Florianópolis, SC, 2018. Disponível em: <<https://www.mpsc.mp.br/atos-e-normas/detalhe?id=2366>>. Acesso em: 26 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Ministério Público de Santa Catarina. Ato nº 398, de 11 de junho de 2018. Disciplina a instauração e a tramitação de Procedimento Administrativo no âmbito do Ministério Público de Santa Catarina. Florianópolis, SC, 2018. Disponível em: <<https://www.mpsc.mp.br/atos-e-normas/detalhe?id=2369>>. Acesso em: 26 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Circular nº 127, de 04 de julho de 2014. Termo de Ajustamento de Conduta. Título executivo extrajudicial com múltiplas espécies de obrigações. Florianópolis, SC, 04 jul. 2014. Disponível em: <<http://cgj.tjsc.jus.br/consultas/provcirc/circular/a2014/c20140127.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2021.

SARAIVA NETO, Pery. **Seguros ambientais**: elementos para um sistema de garantias de reparação de danos socioambientais estruturado pelos seguros. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.





# RETRIBUIÇÃO E OS FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL

## RETRIBUTION AND THE FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW

**Fernando Pinho Chiozzotto**

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) – Largo São Francisco.  
Promotor de Justiça de Miguelópolis-SP (Ministério Público do Estado de São Paulo).  
fernandochiozzotto@mpsp.mp.br

Recebido em: 22/3/2021

Aprovado em: 12/7/2021

**Resumo:** O artigo tem por objetivo o estudo das finalidades da pena. Parte-se da tradicional divisão dogmática das teorias do fim da pena em duas espécies principais: preventivas – analisando-se todas as suas subespécies (prevenção especial negativa e positiva; e prevenção geral negativa e positiva) – e retributivas. Inicialmente, analisam-se as teorias preventivas, preponderantes na doutrina moderna, indicando-se as críticas a cada uma delas e as deficiências a que todas estão submetidas: instrumentalização do indivíduo e perda de proporcionalidade da sanção quando seu fim é exclusivamente preventivo. Na sequência, estudam-se teorias clássicas e modernas da retribuição. Ao final, abordam-se e refutam-se as críticas mais comuns às teorias absolutas e conclui-se pela relevância do fim retributivo da pena, seja em modelos puros ou mistos, como forma de se garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, a limitação do Direito Penal e a proporcionalidade das penas à tutela de bens jurídicos.

**Palavras-chave:** Pena. Finalidade. Prevenção. Retribuição. Proporcionalidade.

**Abstract:** *This paper aims to study the purposes of punishment. Its starting point is the traditional dogmatic division of the theories of the purpose of punishment into two main types: preventive – analyzing all its subspecies (negative and positive special prevention; and negative and positive general prevention) – and retributive. Initially, the preventive theories, predominant in the modern doctrine, are analyzed,*

*indicating the criticism to each one of them and the deficiencies to which they are all subjected: instrumentalization of the individual and loss of proportionality of the sanction when its purpose is exclusively preventive. After that, classical and modern theories of retribution are studied. At the end, the most common criticisms to absolute theories are addressed and refuted, and the relevance of the retributive purpose of punishment is demonstrated, whether in pure or mixed models, as a way to ensure the respect for human dignity, the limitation of Criminal Law, and the proportionality of punishments to the protection of legal assets.*

**Keywords:** *Punishment. Effects. Prevention. Retribution. Proportionality.*

**Sumário:** Introdução. 1. Teorias da Pena. 1.1. Teorias da Prevenção. 1.1.1. Prevenção Especial Negativa. 1.1.2. Prevenção Especial Positiva. 1.1.3. Prevenção Geral Negativa. 1.1.4. Prevenção Geral Positiva. 1.1.5. Teorias Mistas. 1.2. Teorias da Retribuição. Conclusão: a relevância da retribuição.

## INTRODUÇÃO

A definição da finalidade da pena é uma das questões fundamentais do Direito Penal. A adoção ou a prevalência de determinada teoria impacta a regulamentação de diversos institutos centrais das legislações criminais (DIAS, 2001, p. 66). Concepções diversas sobre os fins da pena, em última instância, refletem divergências quanto à missão e aos fundamentos do próprio Direito Penal, assim como sobre a relação entre Dogmática e Política Criminal. O tema é um dos mais analisados pela doutrina e um dos que menos apresenta consenso.

Inicialmente, ressalta-se a lição de Santiago Mir Puig (BITENCOURT, 2000, p. 66), diferenciando o conceito da pena e a função por ela exercida. Conceitualmente a pena é um castigo: a imposição de uma sanção ao indivíduo que comete uma infração penal. Seria equivocado, porém, partir desse conceito para concluir imediatamente que a função da pena é a retribuição. É diferente questionar “o que é a pena?” (conceito) e “para que ela se presta?” (função); e essas perguntas não podem ser confundidas, sob o risco de se limitar a compreensão da sanção.

Contudo, também seria errôneo utilizar-se dessa constatação para negar a finalidade retributiva. Ainda que o conceito da pena não seja idêntico à sua finalidade, somente é possível buscar um fim

racional para a sanção a partir da compreensão de sua natureza. Em consequência, a diferenciação entre conceito e função não implica necessariamente desconsideração da finalidade retributiva.

O debate quanto à finalidade da pena envolve, portanto, a compreensão, a partir do já exposto conceito de pena, do que legitima o *ius puniendi* estatal e quais devem ser os limites para esse uso da força oficial contra os indivíduos (GARCIA, 1992, p. 10-11).

## **1. TEORIAS DA PENA**

### **1.1. Teorias da Prevenção**

As teorias da prevenção, também denominadas teorias relativas, são aquelas formuladas por doutrinadores que entendem que a finalidade da pena é evitar a prática de delitos futuros, ou seja, impedir que voltem a ocorrer infrações (BITENCOURT, 2000, p. 75). As concepções preventivas buscam na pena instrumento eficaz para que não se viole a norma novamente.

As teorias preventivas costumam ser classificadas segundo dois critérios. O primeiro toma por base o sujeito em relação a quem busca prevenir a prática de novos delitos: se apenas o indivíduo que cometeu o delito (especial) ou todos os membros da sociedade (geral). Já o segundo funda-se na espécie de valor que se quer passar com a pena: se positivo ou negativo. Deste modo, as teorias de prevenção costumam ser classificadas em geral e especial, e ambas subdivididas em espécie negativa e positiva.

#### **1.1.1. Prevenção Especial Negativa**

Os defensores das teorias da prevenção especial negativa entendem que a função da pena é prevenir a ocorrência de novos delitos a partir de intimidação, neutralização, inocuidade ou, em última instância, eliminação do condenado. Busca-se que aquele que

sofre a sanção penal não volte a delinquir mediante seu isolamento da sociedade (DITTICIO, 2007, p. 101).

Dentre as várias correntes dessa concepção, destaca-se a obra de Franz Von Liszt. O referido autor entendia que a pena possui finalidades de prevenção especial (não só negativa), variando o objetivo de sua aplicação conforme a personalidade do infrator. Von Liszt (1998, p. 63-76) classificava os criminosos em categorias e indicava finalidades diversas da pena para cada grupo: ressocialização (prevenção especial positiva), intimidação e inocuização.

As teorias da prevenção especial negativa tiveram seu desenvolvimento sob a perspectiva do positivismo criminológico. No século XIX, a Ciência do Direito aproximou-se de estudos médicos, nos quais prevalecia o enfoque de higienização social. Neste período foram formuladas as classificações dos criminosos em diferentes grupos e buscadas as origens do delito em aspectos biológicos e psíquicos (DITTICIO, 2007, p. 101).

Apesar de o modelo tradicional de periculosidade ter por base concepções filosóficas deterministas, novas correntes têm se desenvolvido nas últimas décadas, principalmente nos Estados Unidos. Em vez de partirem do determinismo positivista, seus defensores aplicam métodos de cálculos atuariais, técnicas de análise de probabilidade e gestão de riscos para prevenir a ocorrência de delitos futuros (EAGLEMAN, 2012, p. 191-206). Desta forma, em certos ordenamentos – em especial anglo-saxões e escandinavos –, começaram-se a neutralizar determinadas categorias de delinquentes não com base em suas características psicológicas, mas em estatísticas, modelo este denominado “neutralização seletiva” (SÁNCHEZ, 2002a, p. 132).

A difusão dessas novas correntes de neutralização decorre da crise das teorias da prevenção especial positiva e da obsessão por segurança, aspecto típico da sociedade de risco.

As teorias da prevenção especial negativa são alvo de crítica, pois não conseguem justificar a aplicação da pena em todos os casos. Partindo-se de classificações criminológicas dos infratores, em casos envolvendo criminosos primários ou ocasionais, é comum que não

haja o perigo de que estes voltem a delinquir. Não seria necessário, portanto, punir para neutralizar ou intimidar. Há também casos de criminosos habituais sobre os quais a intimidação da pena não faria efeito e, ainda, hipóteses em que os delitos praticados não apresentam gravidade para justificar a neutralização (PUIG, 2007, p. 69-70).

Em um modelo de Direito Penal no qual a finalidade da pena fosse exclusivamente a da prevenção especial haveria casos em que delitos cometidos não seriam punidos por falta de necessidade.

As teorias da prevenção especial são também alvo de críticas em razão da importância excessiva conferida à personalidade do agente, o que as aproxima dos conceitos de periculosidade e culpabilidade do autor, e, em consequência, do Direito Penal do Autor. Quando a pena é aplicada visando à neutralização do infrator, o Direito Penal se afasta da punição exclusiva do fato delituoso e passa a correr o risco de reprovar o indivíduo por seu modo de vida.

Ainda, aplica-se também às teorias da prevenção especial negativa uma crítica comum a todas as teorias relativas: se a finalidade da pena é apenas neutralizar ou intimidar o indivíduo para que não cometa delitos futuros, não existe elemento que limite a quantidade da sanção a ser aplicada. A pena deveria ser imposta em quantidade suficiente para impedir novos delitos, ignorando-se a gravidade concreta da infração cometida pela pessoa. Abandona-se, então, a ideia de proporcionalidade da pena.

### **1.1.2. Prevenção Especial Positiva**

As teorias da prevenção especial positiva também apontam como fim da pena evitar que o indivíduo que cometeu o delito volte a fazê-lo. Porém, estas baseiam-se em valor diverso do da prevenção especial negativa. Em vez de buscarem a intimidação ou a neutralização, visam ressocializar o condenado, ou seja, entendem que a sanção deve fazer com que o indivíduo volte a compartilhar os valores sociais vigentes e, em consequência, não cometa novos delitos (DITTICIO, 2007, p. 101).

Essas teorias também têm como foco, em última instância, a personalidade do agente. O criminoso é visto como alguém que se

afastou da virtude, e a sanção serviria como meio para trazê-lo de volta à harmonia com a sociedade.

Em relação a essas teorias, afirma Sánchez (2002b, p. 28), que a proposta é proporcionar ao criminoso:

*...los médios que le capaciten para una vida futura en libertad dentro de la sociedad. De ahí que exprese no solo una función legítima del Derecho penal, sino, más aún, una necesidad indeludible, a la que ningún sistema penal puede sustraerse: no puede, pues, renunciarse a la reinserción.*<sup>1</sup>

As teorias ressocializadoras costumam ser vistas como uma tentativa de humanização do Direito Penal. A pena deixa de ser apenas castigo ou meio de isolar o infrator da sociedade para se tornar instrumento de reinserção do criminoso na comunidade. Evitar-se-ia, assim, que o agente voltasse a delinquir ao mesmo tempo em que ele poderia reiniciar sua vida no meio social.

Porém, as referidas teorias também não superam as críticas formuladas.

Em primeiro lugar, esse modelo entrou em crise a partir da constatação empírica do fracasso da ideia do cárcere como meio ressocializador. A pena privativa de liberdade muitas vezes acaba exercendo o papel inverso do desejado pela teoria da prevenção especial positiva. Segundo a teoria criminológica do *labelling approach*, em vez de evitar a ocorrência de novos delitos, a pena acaba por funcionar como elemento dessocializador, aumentando a probabilidade de o indivíduo cometer crimes no futuro (BERLA, 2010, p. 408).

De fato, é difícil vislumbrar o caráter de ressocialização da sanção quando a pena privativa de liberdade traz como consequência o isolamento do indivíduo condenado em relação à sociedade.

Além da crítica quanto ao caráter criminógeno do cárcere, a própria ideia de que a ressocialização seria humanitária é criticada.

C. S. Lewis apontou como falaciosa essa concepção nos seguintes termos: “*Minha contestação é que esta doutrina, embora pareça*

<sup>1</sup> “...os meios que o capacitem para uma vida futura em liberdade dentro da sociedade. Daí que expresse não apenas uma função legítima do Direito Penal, porém, mais ainda, uma necessidade inevitável, a que nenhum sistema penal pode escapar: não se pode, então, renunciar à reinserção” (tradução nossa).

*misericordiosa, na verdade implica que cada um de nós, a partir do momento em que infringe a lei, é privado dos direitos de um ser humano”* (LEWIS, 1987, p. 148 – tradução nossa).

Nas palavras de Sánchez, as teses de ressocialização têm por fundamento a “ideologia do tratamento” (2002b, p. 29).

Essa crítica se divide em dois aspectos. Sob um primeiro prisma, a adoção do modelo ressocializador permite que seja violada a proporcionalidade entre o delito e a pena imposta, ignorando-se o limite da culpabilidade para que se atinja o fim de ressocialização total do indivíduo. A gravidade da conduta praticada é desconsiderada, e a pessoa passa a ser alvo da sanção penal pelo tempo que for preciso para sua recuperação.

O segundo aspecto é que a pena com o fim de ressocialização adquire caráter de imposição de valores morais àquele que comete um delito, ou seja, é uma tentativa de moldar a personalidade do agente (COSTA, 2008, p. 72). De fato, a imposição de um determinado modo de ser pelo Estado, por vezes, remete a modelos autoritários, em oposição ao Estado de Direito.

Na literatura, a obra distópica “Laranja Mecânica”, de Anthony Burgess, exemplifica o lado perverso da “ideologia de tratamento” ao retratar o tratamento comportamental aplicado a Alex. O protagonista é obrigado a assistir cenas de violência após receber uma injeção que o faz sentir náuseas com a finalidade de que se sintam mal toda vez que protagonizar ou presenciar cenas violentas. Nas palavras do personagem Dr. Brodsky, cientista que desenvolveu o método de tratamento-sanção: *“O que está acontecendo com você agora é o que deveria acontecer com qualquer organismo humano saudável que contempla as ações das forças do mal... Estamos tornando você sadio; estamos tornando você uma pessoa saudável”* (BURGESS, 2004, p. 110).

A tentativa de ressocialização não pode ser negada totalmente, pois representa legítima tentativa de humanização do cárcere. Porém, além da falta de proporcionalidade, a interferência na autodeterminação do indivíduo configura aspecto deletério destas teorias que também não podem ser esquecidas (SÁNCHEZ, 2002b, p. 31).



### 1.1.3. Prevenção Geral Negativa

As teorias da prevenção geral buscam na pena a prevenção do cometimento de delitos futuros pela totalidade da sociedade. Em seu aspecto negativo, a pena passa a ter a função de símbolo de intimidação da coletividade. Ao aplicar a pena àquele que comete o delito, o Estado instrumentaliza tanto a sanção quanto o indivíduo para demonstrar ao restante do corpo social quais são as consequências para os atos que impliquem descumprimento do ordenamento jurídico.

As teorias da prevenção geral negativa remetem ao modelo de sanção do Antigo Regime. Em um momento no qual a prisão não era a pena por excelência, as execuções em praça pública exerciam a função de intimidar o restante da população. Ao mesmo tempo em que a pena representava um castigo àquele que cometia o delito, havia o caráter simbólico na punição que se voltava para o restante da comunidade (PUIG, 2007, p. 63).

Já na perspectiva do Direito Penal moderno, Feuerbach elaborou a “teoria da coação psicológica”. Segundo esta teoria, o problema da criminalidade é resolvido em dois momentos do procedimento penal: (i) da cominação da pena, que representa uma constante ameaça aos membros da sociedade; e (ii) da aplicação da pena, que demonstra a efetividade da ameaça advinda da cominação (BITENCOURT, 2000, p. 76). Tem-se assim, entre a concepção do Antigo Regime e a doutrina liberal de Feuerbach, uma mudança quanto ao momento da intimidação, que passa a ocorrer já na cominação.

As teorias modernas da prevenção geral negativa costumam ter por base modelos filosóficos utilitaristas. Prepondera o entendimento antropológico de que os indivíduos agem racionalmente e sopesam as vantagens e desvantagens de suas condutas. Desta forma, para que as pessoas não cometam delitos, é preciso que a pena as intimide de forma suficiente, evitando que o crime seja encarado como vantajoso frente às atitudes em conformidade com as normas (SÁNCHEZ, 2002b, p. 213).

Assim como as demais teorias relativas expostas, a prevenção geral negativa não escapa às críticas quanto a sua legitimação.

Em primeiro lugar, apesar de o desconhecimento da lei não ser escusável para fins penais, fato é que muitos não são influenciados pelo efeito de intimidação da pena por desconhecer o conteúdo das normas.

Uma segunda crítica, também com base empírica, está na questão da capacidade da norma de intimidar, uma vez que o ser humano não é, de fato, o *homo oeconomicus*, avaliando sempre de forma racional se sua conduta é vantajosa ou não.

Por fim, também há a crítica quanto à falta de proporcionalidade entre o delito e a pena (comum às teorias relativas), uma vez que a busca por intimidação da sociedade sem qualquer base na reprovabilidade da ação concreta pode levar ao obscurecimento dos limites da pena (BITENCOURT, 2000, p. 79).

Em termos axiológicos, ao se instrumentalizar a pessoa para que sirva de símbolo ao restante da comunidade, desconsidera-se sua dignidade. O indivíduo, através da sanção, é tratado como meio para a consecução de finalidades sociais.

#### 1.1.4. Prevenção Geral Positiva

Os adeptos das teorias da prevenção geral positiva defendem que o fim da pena é impedir a ocorrência de delitos futuros a partir da manutenção normativa da sociedade, reforçando a confiança da coletividade no sistema normativo vigente. Segundo Janaina Conceição Paschoal, no contexto da prevenção geral positiva: “*A punição passa a ser uma forma de acalmar os ânimos, de mostrar que existe um Estado, que existem normas e que compensa continuar a cumpri-las.*” (2009, p. 152). A pena, ao invés de intimidar a comunidade, visaria fortalecer o respeito pelas normas.

Santiago Mir Puig, citando Armin Kaufmann, afirma que prevenção geral positiva tem três funções (2007, p. 64/65):

(...) em primeiro lugar, uma função informativa do que está proibido e do que se deve fazer; em segundo lugar,

a missão de reforçar e manter a confiança na capacidade da ordem jurídica de se manter e de se impor; por fim, a tarefa de criar e fortalecer, na maioria dos cidadãos, uma atitude de respeito pelo Direito – não uma atitude moral.

Essas teorias ganharam força, a partir de 1950, com a crise e com as críticas às teorias da prevenção especial positiva e da prevenção geral negativa. A base teórica costuma ser as obras de Durkheim e de Luhmann (COSTA, 2008, p. 73).

As teorias da prevenção geral positiva são divididas pela doutrina em: fundamentadoras e limitadoras. Enquanto os teóricos das primeiras entendem que a prevenção geral positiva fundamenta a aplicação do Direito Penal e, em consequência, implica a expansão de sua aplicação, os defensores das últimas vislumbram a prevenção geral positiva como forma de limitação à aplicação do Direito Penal (BITENCOURT, 2000, p. 85-90).

A teoria de Winfried Hassemer, exposta por Helena Regina Lobo da Costa, é um exemplo de visão limitadora da prevenção geral positiva.

Para Hassemer, a criminalidade moderna difere da tradicional por não apresentar vítimas, pela dificuldade em se definir os danos causados pelo delito e por ser praticada a partir de atividades negociais (COSTA, 2008, p. 74-75). Como consequência desse novo paradigma, o sistema criminal é alterado para responder às novas demandas com eficiência.

Algumas mudanças são típicas do novo modelo: reformas com o fim de agravar a pena e coibir novos delitos (econômicos, ambientais, criminalidade organizada etc.); expansão da previsão normativa dos delitos de perigo abstrato; proteção a bens jurídicos universais e de difícil definição; redução das liberdades individuais no processo penal; expansão da imputação coletiva; e, por fim, no âmbito da execução, redução das hipóteses de benefícios (COSTA, 2008, p. 76-68).

Hassemer entende que a Dogmática passou a ser encarada como instrumento de Política Criminal. O sistema penal foi funcionalizado em prol da eficácia. As teorias da pena deixam de ter por base e limite

a culpabilidade, e as sanções passam a ser legitimadas na efetivação de sua função exclusivamente preventiva.

A resposta do autor a esse modelo baseia-se no fato de que o Direito Penal não pode ser o solucionador de todos os problemas sociais. Os princípios fundamentais da Dogmática clássica não podem ser sacrificados em prol de objetivos sociais, e, assim, caberia a outra instância do direito tutelar a nova criminalidade: o direito da intervenção. Este novo ramo do direito, situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, tutelaria atos praticados por pessoas jurídicas, basear-se-ia na ideia de perigo (em vez de apreciar o dano das ações) e teria instrumentos que o permitiriam atuar de forma rápida e preventiva (COSTA, 2008, p. 80-81).

É com base nessa tentativa de limitar a expansão do Direito Penal moderno que Hassemer desenvolve sua teoria da pena. A função da prevenção geral positiva, dentro do Direito Penal, deve ser limitada por garantias básicas, em especial, o Direito Penal do Fato, o princípio da culpabilidade e a regra da proporcionalidade (BITENCOURT, 2000, p. 88-89).

A prevenção geral positiva, apesar de preponderante, não é, porém, o único fundamento da pena, existindo também fins da ressocialização e da retribuição, por exemplo. Desta forma, Hassemer adota um modelo misto das teorias da pena, apesar de haver clara preponderância da função de prevenção de novos delitos a partir da difusão do respeito pela norma, bem como do conhecimento dos conteúdos do sistema normativo (COSTA, 2008, p. 86).

A principal crítica à teoria de Hassemer, elaborada por Sánchez, é que a aproximação do Direito Penal com as demais formas de controle social, em especial, o direito administrativo, coloca em risco a formalização e as garantias tuteladas pelo sistema penal (COSTA, 2008, p. 119).

Por sua vez, a tese de Günther Jakobs é o exemplo mais conhecido de teoria da prevenção geral positiva fundamentadora.

Jakobs toma por base a teoria dos sistemas de Luhmann. A estrutura do Direito Penal depende da função que este exerce como

subsistema do sistema social. Neste modelo, também denominado de funcionalismo sistêmico, a função do sistema penal é a de estabilização das normas (BUSATO, 2008, p. 623).

Para Jakobs, a sociedade tem como fundamento a ideia de comunicação. A segurança das relações em uma sociedade – entendida como comunicação – está nas expectativas quanto aos diversos atos e fatos da vida. É de suma importância para este modelo o conceito de expectativa normativa, pois é ele que garante o funcionamento da vida em sociedade.

Ocorre que, ao contrário das leis da física, as normas jurídicas não têm capacidade de garantir as expectativas quanto a elas próprias, ou seja, não se bastam para alcançarem sua própria estabilização. Assim, para que seja garantida a vigência social das expectativas normativas é que existe a pena (COSTA, 2008, p. 106-107). Consequência desta estruturação teórica é que o delito representa a quebra da expectativa normativa e, por isso, deve ser negado pela sanção jurídica.

As normas penais para essa concepção não têm como fim a proteção de bens jurídicos, mas a proteção do sistema jurídico. Cria-se, então, um modelo penal fechado, voltado para si e para a manutenção de sua existência.

Relevante ressaltar que Jakobs também não entende que a prevenção geral positiva é a única finalidade existente na pena, uma vez que, enquanto cumprindo a pena, o indivíduo fica impedido de cometer novos delitos, o que implica também aspecto da prevenção especial (JAKOBS, 2009, p. 02).

Atualmente, constata-se considerável adesão da doutrina às teorias da prevenção geral positiva.

Contudo, adotadas em sua forma pura, elas também não resistem à crítica comum às teorias relativas. A aplicação da pena com fim exclusivo de manutenção do ordenamento jurídico, garantindo as expectativas sociais na segurança decorrente das normas, afasta da pena o elemento limitador da proporcionalidade.

Se a pena não tem por base a reprovabilidade concreta da conduta, mas a manutenção da expectativa de vigência das normas, as sanções devem ter a duração necessária a se garantir a segurança da comunidade, instrumentalizando o indivíduo que a ela é sujeito.

Não se olvida que as teorias limitadoras buscam eliminar esse problema, agregando elementos que impediriam a desproporcionalidade das penas em prol de fins preventivos. Contudo, os elementos limitadores em questão (como o limite da proteção a bens jurídicos) nada mais são do que a adoção da teoria retributiva. Com efeito, a limitação do *quantum* da reprimenda ao valor do bem jurídico tutelado pelo tipo penal significa que a pena não pode ultrapassar o grau de reprovabilidade da conduta.

Nesse sentido, a crítica de Ricardo Dip (2001, p. 88):

Obscurecida toda consideração do direito penal como res justa, passou-se simplesmente à idéia de utilidade da pena como ‘prevenção’ ou ‘defesa social’: olvidou-se que nenhuma eficácia preventiva seria possível, no entanto, se não se supusesse, já e à raiz, uma reta proporção das penas cominadas para cada um dos vários ilícitos. Isso robustece a idéia de retributividade essencial das penas – o que Wilfried Botke designou, num eufemismo, como ‘efeito primário’ de produção indefectível, numa curiosa transposição. A retribuição não se consideraria nessa linha como um valor-fim da pena, e, bem por isso, como sua causa final, senão que como um efeito de sua aplicação. Se a aplicação da pena não tem fim e limite na retribuição da culpa e restauração da ordem jurídica, não se saberia como encontrá-la, post facto, como efeito de uma pena que, já não podendo em rigor, nessa trilha, vincular-se coerentemente à culpabilidade, não se sabe por que haveria de produzir o conseqüente – indefectível – de retribuir uma culpa.

#### 1.1.5. Teorias Mistas

As teorias apresentadas acima e a retributiva nem sempre são defendidas em sua forma pura. Como exposto anteriormente, Hassemer e Jakobs, por exemplo, aceitam a existência de outros fins da pena

que não o da prevenção geral positiva, apesar de entenderem que há preponderância desta.

De fato, na prática, é raro ocorrer a aplicação da pena privativa de liberdade apenas visando a um dos fins citados. A legislação brasileira, por exemplo, indica as finalidades de prevenção e retribuição (art. 59 do Código Penal)<sup>2</sup>.

Em regra, a integração de aspectos das diferentes teorias é que norteia a aplicação da pena, o que varia é a preponderância de algum ou alguns dos fins citados.

## 1.2. Teorias da Retribuição

As teorias retributivas, também denominadas absolutas, baseiam-se na ideia de retribuição justa, segundo a qual a prática de um mal tem que ser respondida com outro mal. A ação delituosa, valorada negativamente, tem como resposta o mal da sanção penal aplicada (DITTICIO, 2007, p. 100).

As teses absolutas costumam ser classificadas segundo as diferentes razões que as fundamentam: religiosa, ética e jurídica (PUIG, 2007, p. 58).

A tese retributiva de cunho religioso liga a função da pena ao conceito de justiça divina. O principal exemplo dessa tese está na doutrina cristã antiga, aplicada no período do Estado Absolutista. A pena era vista como uma forma de castigo voltada à expiação do pecado cometido. Em alguns casos, em decorrência da associação existente entre o monarca absolutista e Deus (teorias justificadoras do poder estatal baseadas no direito divino), o delito era entendido como ofensa ao rei e, em consequência, à vontade divina (BITENCOURT, 2000, p. 67).

O retribucionismo fundamentado em concepções éticas, por sua vez, é associado, em regra, com Immanuel Kant. Normalmente se

---

<sup>2</sup> Art. 59 do Código Penal – “O juiz (...) estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

interpreta que, para o filósofo de Königsberg, a lei seria um “imperativo categórico”, ou seja, teria sua obrigatoriedade encontrada em si própria, incondicionada a considerações de base utilitária (PUIG, 2007, p. 59).

Sobre o conceito de imperativo categórico, explica Julián Marías (MARIAS, 2004, p. 323):

Kant quer fazer uma ética do dever ser. E uma ética imperativa, que obrigue. Procura, portanto, um imperativo. Contudo, a maioria dos imperativos não serve para fundamentar a ética porque são hipotéticos, ou seja, dependem de uma condição. Quando digo: alimenta-te, supõe-se uma condição: se queres viver, no entanto, o imperativo não tem validade para um homem que queira morrer. Kant necessita de um imperativo categórico, que mande sem nenhuma condição, absolutamente.

Com base nessa noção, a sanção jurídica não poderia ser encarada como meio para consecução de utilidades sociais, sua única função seria a de castigar aquele que descumpriu a lei (BITENCOURT, 2000, p. 71), uma vez que, para Kant, o ser humano somente poderia ser tratado como “fim em si mesmo”, impedindo sua instrumentalização. Segundo a interpretação dominante, não seria possível para Kant que houvesse outro fim da pena que não a punição de condutas que atentem contra a justiça, não importando se desta advém ou não qualquer espécie de utilidade ou vantagem para a sociedade (PUIG, 2007, p. 59).

Ocorre que, em geral, aqueles que interpretam a obra de Kant não consideram o fato de o autor separar o âmbito moral e o âmbito jurídico, além de não confundirem a ideia de fundamentação da punição com o critério de determinação da pena.

Assim é que, apesar de defender o retribucionismo moral, Kant reconhecia a existência também de elementos utilitaristas sob o enfoque jurídico, como a necessidade do ordenamento jurídico de impor, por meio da aplicação de penas, a obediência a si próprio, configurando uma espécie de retribucionismo parcial na fundamentação do direito de punir. No mais, a classificação de Kant como retribucionista decorre do fato de o autor defender como critério de determinação da pena o *ius talionis*, de aspecto retributivo (TAFANI, 2000, p. 67-75).



Nesse sentido, Daniela Tafari contesta a visão usualmente atribuída a Kant sobre a retribuição penal (TAFANI, 2000, p. 59-60):

Apesar de constantemente atribuída a Kant, a tese que o fundamento do direito de punir se encontra na retribuição moral não só não foi proferida por ele, mas também é inconciliável com a distinção entre direito e ética, a qual ele propõe. Exatamente o direito de punir distingue para Kant o direito e a ética uma vez que as penas constituem elemento que produzem o movimentador jurídico, ou seja, o meio de constrição que, em âmbito jurídico, busca a obediência as leis. Tal movimentador não constitui um elemento exterior, que se soma as leis a fim que essas sejam respeitadas, mas é analiticamente elemento constituinte das leis. De fato, Kant coloca como caráter definidor de uma lei que essa não se limite a prescrever uma conduta como devida, mas que seja, além disso, capaz de impor-se de forma efetiva à vontade (tradução nossa).

Por fim, costuma-se apontar como exemplo de retribucionismo jurídico a teoria desenvolvida por Hegel. Segundo seu modelo dialético, a “tese” é a ordem jurídica – entendida como a expressão da vontade racional ou da vontade geral –, enquanto a “antítese” é o delito, entendido como a negação da ordem jurídica. A punição, então, é a “síntese” entre a ordem jurídica e sua negação, o que leva à famosa formulação de que “a pena é a negação da negação do Direito”. Em Hegel a sanção deixa de ser apenas a imposição de um mal àquele que pratica o delito, tendo também a finalidade de restabelecer a ordem jurídica, contraditada pela vontade do criminoso, expressa em uma conduta (BITENCOURT, 2000, p. 72-73).

Ao abordar as teorias da retribuição, a doutrina brasileira costuma se limitar a apontar as teses acima. Fica-se, então, com a impressão de que as teorias absolutas são teses ultrapassadas, defendidas por autores que não são contemporâneos. Contudo, o estudo aprofundado indica que há uma tradição de pensadores que adotam o viés da retribuição que culmina com autores modernos, cientes e críticos das inconsistências apontadas das teorias relativas.

John Finnis, defensor moderno do Direito Natural, partindo da obra de Tomás de Aquino, defende que o fim da pena é a retribuição,

tomando por base os princípios da igualdade e da liberdade. A pena teria por fim aplicar uma punição proporcional ao indivíduo que abusou de sua liberdade ao praticar o delito, compensando com a sanção a vantagem indevida (desigualdade) obtida por aquele que deixou de restringir sua liberdade em relação aos comandos do bem comum – restrição esta que o restante dos membros da comunidade costuma acatar (FINNIS, 1999, p. 91/103).

A teoria acima exposta costuma ser denominada como teoria retributiva da vantagem injusta. Há, porém, autores atuais que adotam teses absolutas da pena com bases diversas, criticando a teoria de Finnis porque: (i) não se pode falar que a liberdade excessiva anterior é, de fato, compensada por uma restrição de direitos em momento posterior; e (ii) basear a retribuição na liberdade indevida não fornece critério para a adoção de penas proporcionais aos diferentes delitos (HIRSCH, 1998, p. 32-34).

Em oposição à teoria da vantagem injusta, Andrew Von Hirsch defende que a finalidade retributiva da pena deve basear-se na censura, na reprovabilidade. Nesse sentido (HIRSCH, 1998, p. 34-35):

As justificações reprobatórias do castigo são aquelas que enfocam em seus traços condenatórios, isto é, em sua capacidade de expressar censura ou reprovação. A sanção penal expressa claramente reprovação. Castigar alguém consiste em impor uma privação (um sofrimento), porque supostamente causou um dano, de forma que expresse desaprovação à pessoa por seu comportamento.

Ao adotar a finalidade da pena como retribuição, a teoria em questão parte do pressuposto de que as pessoas são agentes morais, capazes de entender a valoração que o restante da comunidade faz de sua conduta. A pena seria uma espécie de comunicação valorativa entre agentes racionais. O próprio Estado, ao prever e impor sanções, estaria atuando como uma “voz moral”. Deixar de considerar esse aspecto moral da pena implicaria ignorar a dignidade do ser humano (agentes morais capazes de compreensão de juízos de reprovação), instrumentalizando o indivíduo ao aplicar a sanção apenas com fins preventivos (HIRSCH, 1998, p. 36-37).

A teoria defendida por Von Hirsch mostra-se como uma das mais relevantes formuladas em razão dos fundamentos acima expostos. Seu modelo de retribuição supera a crítica comum às teorias relativas (instrumentalização do ser humano), definindo precisamente os limites da pena com base na regra da proporcionalidade.

Não só a gravidade concreta do fato criminoso cometido passa a representar limite para o exercício do poder punitivo do Estado, mas também os atos que podem ser criminalizados devem ser reconhecidos como moralmente legítimos. O agente moral Estado somente pode punir aquilo que os indivíduos, agentes morais, reconhecem como repreensível.

Nesse sentido (HIRSCH; SIMESTER, 2014, p. 08):

*Rational coercion may or may not be justified. That the threatened consequence is deserved punishment becomes crucial, however, to the justification of criminal prohibitions. It matters to the moral legitimacy of the act of coercion, as well as to the ex post act of punishment. It is still a threat, but it is a moral threat. This is the key move: punishment is (and will be, th threat goes) imposed only to the extent it is deserved – that is, justified on retributive grounds, and not determined by considerations of deterrence<sup>3</sup>.*

Importante ressaltar, por fim, que Andrew Von Hirsch reconhece também a existência de fins preventivos na pena, uma vez que a ameaça da sanção não deixa de ser um símbolo que visa impedir a ocorrência da conduta delituosa. Assim, ainda que baseada na retribuição, sua teoria não deixa de ser eclética (HIRSCH; SIMESTER, 2014, p. 06).

## **CONCLUSÃO: A RELEVÂNCIA DA RETRIBUIÇÃO**

As críticas expostas em relação às teorias preventivas indicam sua insuficiência, ao menos se adotadas de forma exclusiva, para justificar

---

3 “A coerção racional pode ou não ter justificativa. Torna-se crucial que a consequência ameaçada seja uma punição merecida para a justificação das proibições criminais. Isto importa para a legitimidade moral do ato de coerção, assim como para o *ex post* ato de punir. Continua a ser uma ameaça, mas é uma ameaça moral. Este é o ponto chave: punição é (e será, conforme segue a ameaça) imposta apenas na medida em que é devida – ou seja, que é justificada com bases retributivas, e não determinada por considerações preventivas” (tradução nossa).

não só a aplicação da sanção penal, mas a própria criação de normas penais, em harmonia com a dignidade do ser humano.

Conforme exposto, todas as teorias preventivas ostentam como defeito instrumentalizar o ser humano. As penas passam a ser aplicadas para que fins sociais sejam atingidos, desconsiderando o indivíduo como pessoa digna de ser tratada de forma justa (capaz de entender a reprovabilidade de sua conduta), acarretando, em consequência, a perda de critérios que justifiquem a quantidade proporcional (justa) da pena.

Além disso, adotando-se uma visão exclusivamente preventiva dos fins da pena, estaria aberta a possibilidade de criação de normas penais que não refletem a proibição de condutas consideradas reprováveis pela sociedade, mas apenas como meios de se atingir fins sociais diversos.

A adoção da teoria retributivista, seja em sua forma pura ou eclética, é imprescindível para a legitimação do Direito Penal – não apenas como meio de controle da criminalidade, mas como limitador do poder estatal.

Somente ao se tratar o indivíduo como agente moral, ou seja, capaz de valorar sua conduta e de entender sua reprovabilidade perante o restante da comunidade, é que se cria um sistema de penas lastreado na dignidade humana.

Apenas com a retribuição atende-se às demandas de justiça quando da previsão e aplicação das penas. Somente é possível distribuir sanções de forma proporcional ao se considerar que estas representam a reprovação das condutas valoradas negativamente pela sociedade por causarem dano a bens relevantes (bens jurídicos).

Nesse sentido, as teses retribucionistas são de suma importância, pois, ao garantirem a proporcionalidade entre os delitos e as penas, instituem o padrão do Direito Penal do Fato e a medida da culpabilidade como limite ao *ius puniendi* estatal. Com efeito, a ideia de culpabilidade (reprovabilidade) harmoniza-se com a teoria retributiva da pena. Se a pena tivesse por fim apenas parâmetros preventivos, o Direito Penal deveria basear-se em noções diversas, como a periculosidade.

De fato, a adoção da teoria retributiva à pena passa a ser entendida unicamente como a resposta a um ato reprovável do autor, devendo então ser limitada por este grau de reprovabilidade, o que remete ao sentido da culpabilidade como limite da pena<sup>4</sup>.

Nesse sentido, Luis M. Garcia aponta que (1992, p. 19-20):

*Según la opinión más generalizada, la pena presupone la reprochabilidad del comportamiento sometido a ella, y expresa esa reprochabilidad. Es justamente la reprochabilidad del acto aquello en lo que reposa la culpabilidad del autor. El haberse mantenido al margen de las exigencias que planteaba el orden jurídico, no obstante haber podido ajustarse a ellas – en otras palabras, el haber podido obrar de otro modo –, es el criterio generalmente aceptado sobre el cual se funda el juicio de culpabilidad. La medida del reproche que expresa la pena estará dada por la medida de la culpabilidad. Por ello las teorías señaladas se apoyan en la culpabilidad del autor para legitimar la retribución.*

A principal crítica que se faz à ideia de retribuição seria a de que o Estado aplicaria a pena para vingar-se do indivíduo que comete o delito. A crítica em questão, porém, somente se sustentaria caso o Estado não tivesse legitimidade para a aplicação das sanções, punindo condutas que não afetam bens jurídicos relevantes para a sociedade.

Não se pode confundir a finalidade da retribuição, quando situada em um modelo de Estado de Direito, no qual o Direito Penal é norteado pela legalidade e pela proporcionalidade, com a aplicação de penas abusivas ou desrespeitosas aos direitos fundamentais. Como defende Paschoal (2009, p. 161):

Ao defender-se a finalidade retributiva, mormente quando temperada pelo princípio da proporcionalidade em conjunto com o da legalidade, não se está a advogar quaisquer das ilegalidades penais, civis e administrativas que se verificam no cumprimento da pena.

4 “Segundo a opinião predominante, a pena pressupõe a reprovabilidade do comportamento a ela subsumido, e expressa essa reprovabilidade. É justamente na reprovabilidade do ato que repousa a culpabilidade do autor. O haver se mantido às margens das exigências previstas pelo ordenamento jurídico, não obstante ter podido se ajustar a elas – em outras palavras, ter podido agir de outro modo – é o critério em geral aceito sobre o qual se funda o juízo de culpabilidade. A medida da reprovação expressa pela pena decorrerá da medida da culpabilidade. Por isso as teorias apontadas se apoiam na culpabilidade do autor para legitimar a retribuição” (tradução nossa)

A retribuição, trazendo em si a ideia de proporcionalidade, implica limitação ao poder de punir respeitando os limites da dignidade humana e do Direito Penal do Fato. A prevalência da retribuição é a defesa do Direito Penal Mínimo (PASCHOAL, 2009, p. 160).

Da mesma forma, a alegação de que a teoria da retribuição representaria a aplicação de penas sem qualquer fim e de forma incompatível com a missão do Direito Penal de proteção a bens jurídicos (DIAS, 2001, p. 70-71) reflete apenas incompreensão de sua natureza por parte da doutrina. O que se busca retribuir com a aplicação da pena é exatamente a lesão a bens jurídicos. A sanção implica o castigo a um indivíduo capaz de compreender que foi punido porque causou lesão, através do crime, a um valor socialmente relevante.

Quanto à alegada ausência de fim ao se adotar a retribuição, é importante destacar a obra de René Girard sobre a relevância do desejo, da violência e do sacrifício na formação do corpo social.

Segundo Girard, nas sociedades primitivas o ciclo interminável de vingança decorrente da violência humana colocava em risco a própria existência da comunidade. Somente com a canalização dessa violência para a “vítima sacrificial” é que a ordem da sociedade era preservada (1990, p. 15-27).

A sociedade moderna somente não sente os riscos da “violência contagiosa” porque foi criado um mecanismo soberano, imparcial e independente que detém a exclusividade da vingança: o Poder Judiciário (GIRARD, 1990, p. 30). Deste modo, a aplicação da pena justa, a retribuição, é uma forma moral de vingança por um ente imparcial, mas que não deixa de ter uma finalidade fundamental: a própria manutenção da ordem da sociedade. A aplicação retrospectiva da pena não apenas concretiza a justiça, mas tem por efeito – ainda que muitas vezes não notado – a própria possibilidade de manutenção das condições de coexistência em sociedade.

Nesse sentido (GIRARD, 1990, p. 28):

Não há, no sistema penal, nenhum princípio de justiça realmente diferente do princípio de vingança. O mesmo princípio funciona nos dois casos: a reciprocidade

violenta, a retribuição. Ou esse princípio é justo e a justiça já está presente na vingança, ou então não existe justiça em lugar nenhum. A língua inglesa afirma, sobre aquele que executa sua própria vingança: *He takes the law into his own hands*. Embora não haja uma diferença de princípio entre vingança pessoal e pública, essa diferença é enorme no plano social: a vingança não é mais vingada, o processo termina, o perigo de escalada é afastado.

No mais, os defensores da teoria da prevenção geral positiva alegam em vão que a proteção retrospectiva dos bens jurídicos seria inaceitável, somente cabendo sua tutela de forma prospectiva, ou seja, mediante a tutela da confiança e das expectativas comunitárias na manutenção da norma (DIAS, 2001, p. 105). A percepção desses teóricos de que a culpabilidade é o limite ultrapassável para se fixar o *quantum* da pena apenas confirma que, sem a finalidade retributiva, a pena poderia ser fixada de forma indeterminada para o alcance de objetivos sociais (DIAS, 2001, p. 109). O reconhecimento da culpa como limite da pena nada mais é do que a manutenção da retribuição, ainda que a doutrina moderna tente se afastar desse fim da pena.

O abandono das teorias retributivas pela doutrina brasileira representa, portanto, verdadeiro retrocesso em relação a aspectos fundamentais da Dogmática Penal.

Eventual adoção de modelo preventivo puro implicaria distanciamento do Direito Penal da tutela dos direitos fundamentais. Se a sanção deixasse de considerar o ser humano como agente moral capaz de compreender e valorar sua conduta, punindo-o apenas com a intenção de concretizar finalidades sociais (como a garantia de segurança, a redução da criminalidade, tratamento, estabilização das expectativas normativas etc.), o Direito Penal deixaria de ser proporcional, as penas não teriam limites legítimos, o conceito de culpabilidade seria obscurecido e os próprios tipos penais não mais precisariam ser limitados à proteção dos bens jurídicos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

- BERLA, Gabriel Silva. Reincidência: uma perspectiva crítica de um instituto criminógeno. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza Nucci (org.). **Doutrinas Essenciais: direito penal**. Vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. Vol. 1. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 18 mar. 2021.
- BURGESS, Anthony. **Laranja Mecânica**. São Paulo: Aleph, 2004.
- BUSATO, Paulo César. Modernas Teorias do Delito: funcionalismo e significado e garantismo. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (coord.). **Direito Penal no Terceiro Milênio: estudos em homenagem ao prof. Francisco Muñoz Conde**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. **A Dignidade Humana: teorias da prevenção geral positiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas Básicos da Doutrina Penal: sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- DIP, Ricardo Henry Marques. **Direito Penal: Linguagem e Crise**. 1ª edição. Campinas: Millennium, 2001.
- DITTICIO, Mário Henrique. **Crítica Tridimensional da Reincidência**. Tese de Mestrado da Universidade de São Paulo, 2007.
- EAGLEMAN, David. **Incógnito: as vidas secretas do cérebro**. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.
- FINNIS, John M. Retribution: Punishment`s Formative Aim. **Journal Articles**. NDLS Scholarship. Paper 871. 1999.



GARCIA, Luis M. **Reincidencia y Punibilidad**: aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena. Buenos Aires: Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992.

GIRARD, René. **A Violência e o Sagrado**. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1990.

HIRSCH, Andrew Von. **Censurar y Castigar**. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_; SIMESTER, A. P. **Crimes, Harms, and Wrongs**: on the principles of criminalisation. Oregon, Hart Publishing, 2014.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LEWIS, Clive Staples. The Humanitarian Theory of Punishment. **AMCAP Journal**. Vol. 13, n. 01 – 1987.

LISZT, Franz Von. **La Idea Del Fin En El Derecho Penal**. Bogotá: Temis, 1998.

MARÍAS, Julián. **História da Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Ingerência Indevida**. Tese de Livre-Docência pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

PUIG, Santiago Mir. **Direito Penal**: fundamentos e teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002a.

\_\_\_\_\_. Jesús-María Silva. **Aproximación al Derecho Penal Contemporâneo**. Barcelona: J.M. Bosch, 2002b.

TAFANI, Daniela. Kant e Il Diritto di Punire. In: **Quaderni Fiorentini**: per la storia del pensiero giuridico moderno. N° 29. Milão: Giuffrè, 2000.

# OS CRIMES MILITARES AMBIENTAIS E A DEFINIÇÃO DA SUA DOGMÁTICA PENAL EM TRÊS DEGRAUS INTERPRETATIVOS

## *ENVIRONMENTAL CRIMES UNDER BRAZILIAN MILITARY LAW AND THE GROUNDS FOR THEIR LEGAL INTERPRETATION BY MEANS OF STATUTORY LAW*

**Karolyne Leite**

Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Direito Militar pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina/UNISUL. Diplomada no Curso Superior de Política e Estratégia (CSUPE) pela Escola Superior de Guerra ESG-Brasília. Diplomada no Curso de Direito Internacional dos Conflitos Armados (CDICA) pela Escola Superior de Guerra ESG-Brasília. Servidora pública do MPU. Assessora jurídica de gabinete de Subprocurador-Geral Geral de Justiça Militar.

karolyne.leite@mpm.mp.br

Recebido em: 1/4/2021

Aprovado em: 12/7/2021

**Resumo:** O artigo trata dos *crimes militares ambientais* e da definição de sua dogmática penal. Com o advento da Lei 13.491/2017, surgiu a categoria *crime militar extravagante* ou *crime militar por extensão*, da qual é espécie o crime militar ambiental. O presente trabalho busca sistematizar, no âmbito do labor interpretativo do juiz, a definição da dogmática penal a ser adotada nos *crimes militares ambientais*. Utilizou-se o método teórico, partindo da análise normativa, principiológica e doutrinária. O resultado alcançado é a compreensão do direito penal comum como um direito macropenal, do qual se decotam parcelas especializadas e individualizadas pelo bem jurídico tutelado, constituindo os microssistemas ambiental e

militar. A solução alvitrada se dá em três degraus interpretativos, a iniciar com o cotejo de leis e a aplicação do princípio da especialidade, findando com a ponderação de valores no caso concreto e a definição da dogmática mais sustentável.

**Palavras-chave:** Direito Criminal. Direito Militar. Legislação penal especial. Crimes ambientais. Interpretação jurídica.

**Abstract:** *The paper analyzes environmental crimes under Brazilian military law and the grounds for their legal interpretation by means of statutory law. After Law 13,491 of 2017 was passed, new categories of crimes were defined under Brazilian Criminal Law, including exceptional military crimes (crimes militares extravagantes) and military crimes “by means of extension” (por extensão), which includes “military” environmental crimes. The present work seeks to systematize, within the judge’s interpretation field, the legal grounds for such interpretation. By using the theoretical method and starting from the analysis of statutory law, principles and legal scholarship, the paper advocates the ordinary criminal law as a macro-criminal law, from which segments are separated to analyze both environmental crimes and military crimes. The proposition is divided into three interpretative steps, starting with the comparison of laws and the principle of specialty of laws, ending with the weighting of values in the specific case and definition of the most adequate interpretation method.*

**Keywords:** Criminal Law. Military Law. Crimes defined under separate laws. Environmental crimes. Legal interpretation.

**Sumário:** Introdução. 1. A Lei 13.491/2017 e a ampliação do rol de crimes militares. 2. As opções de dogmática penal para os crimes militares ambientais. 3. O Direito Penal comum e o Direito Penal especial. 4. Conflito aparente de normas penais. 5. Solução alvitrada para a antinomia entre as partes gerais do Código Penal comum, do Código Penal Militar e da Lei de Crimes Ambientais. 5.1. Primeiro degrau: cotejo entre leis gerais e especiais e aplicação do princípio da especialidade e do art. 12 do Código Penal comum. 5.2. Segundo degrau: cotejo entre leis especiais e aplicação do princípio da especialidade e do art. 17 do Código Penal Militar. 5.3. Terceiro degrau: ponderações de valores no caso concreto para se chegar à dogmática mais sustentável e adequada na tutela penal e aplicação do princípio constitucional da sustentabilidade. 6. Inocorrência de *lex tertia*. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

A especificidade dos bens jurídicos tutelados pelas leis penais constitui o elemento especializante do direito penal que dá ensejo aos direitos penais especiais. Dentro dessas molduras encontram-se o direito penal militar e o direito penal ambiental. A Lei 13.491/2017,

ao trazer para o ordenamento penal castrense os chamados *crimes militares ambientais*, espécie de crime militar extravagante, nada dispôs sobre a dogmática penal a ser adotada na persecução penal dos chamados *crimes militares ambientais*, pairando a dúvida entre as partes gerais dos diplomas penais, comum e militar, e da lei penal especial que tipifica os crimes ambientais.

## **1. A LEI 13.491/2017 E A AMPLIAÇÃO DO ROL DE CRIMES MILITARES**

É recente o surgimento dos *crimes militares ambientais* no ordenamento jurídico castrense, pois implica a transmutação para crime de natureza militar de um delito previsto exclusivamente na legislação penal comum – ou seja, sem previsão no Código Penal Militar (CPM), Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969.

Esse fenômeno só foi possível com o advento da Lei 13.491, de 16 de outubro de 2017, que alterou o art. 9º, inciso II, do CPM, constituindo um novo tablado normativo, no qual surge inédita categoria de crime militar, designada “crimes militares extravagantes” por Cícero Robson Coimbra Neves (2018, p. 63), ou “crimes militares por extensão”, como preferem Ronaldo Roth (2017, p. 29-36) e Jorge Cesar de Assis, (2018, p. 116-118).

Os *crimes militares ambientais* resultam, portanto, da combinação de dois diplomas legais de matriz constitucional: Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998), que regula, na esfera penal, “mandado expresso de criminalização” veiculado no §3º do art. 225 da Constituição Federal (THOMÉ, 2018, p. 713); e Código Penal Militar, que define os crimes militares, em cumprimento ao mandamento constitucional do art. 124 (ROMEIRO, 1994), a contar da edição da Lei 13.491/2017.

Para melhor compreensão, insta lembrar que a adequação típica de todo crime militar em tempo de paz transita necessariamente pelo art. 9º do CPM, tido como o sustentáculo do direito penal militar ou, na expressão cunhada por Jorge Roberto Romeiro, “a chave reveladora

da configuração [...] dos crimes descritos em tese na sua Parte Especial” (1994, p. 76).

A aplicação do art. 9º do CPM aperfeiçoa a tipificação dos crimes militares, porquanto a configuração de uma das hipóteses nele previstas define se o delito tem natureza de crime militar ou não, funcionando como *norma de extensão* (LEITE, 2018, p. 218). Ou seja, verifica-se um “juízo de tipicidade indireta ou adequação típica de subordinação mediata” (NEVES; STREIFINGER, 2014, p. 245).

A mesma dinâmica ocorre com os crimes militares por extensão ou extravagantes. Com efeito, a possibilidade de um tipo penal previsto exclusivamente na legislação penal comum ganhar roupagem de crime militar se dá, primeiramente, com a subsunção do fato ao tipo penal incriminador daquela legislação penal e, seguidamente, com o enquadramento em uma das hipóteses dos incisos II e III do art. 9º do CPM – inclui-se o inciso III em razão de ele aludir expressamente ao inciso II, o que lhe pôs no campo de incidência da Lei 13.491/2017.

Também se diz que a alteração legislativa mudou o conceito de crime militar impróprio, haja vista que “este sempre se caracterizava quando um fato típico estivesse previsto, ao mesmo tempo no CPM *embora também estivesse*, com igual definição na lei penal comum” (ASSIS, 2018, p. 116). Noutro falar, a forma como redigido o dispositivo, pós Lei 13.491/2017, “faz com que não se exija mais a dupla previsão para incidência do inciso II do art. 9º. Ou seja, o fato não precisa ser previsto como crime em ambos os Códigos Penais, Militar e comum” (LEITE, 2018, p. 218).

Remanescem fora da competência da Justiça Militar os *crimes eleitorais*, “cujo processo e julgamento foi devidamente excepcionado pela Constituição Federal que deu ênfase à sua especialidade” (ASSIS, 2018, p. 116).

Destrinchando os efeitos da Lei 13.491/2017, Cícero Robson Coimbra Neves bem os elucida em dois eixos: “[1º] ampliação do conceito de crime militar e [2º] pormenorização da competência para processar e julgar o crime militar doloso contra a vida de civil” (2018, p. 1-2).

No que atine à capitulação dos *crimes militares ambientais* no art. 9º do CPM, a posição majoritária é no sentido de enquadrar o delito ambiental praticado por militar da ativa “na hipótese da alínea ‘e’ do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, que demanda seja o delito praticado ‘contra o patrimônio sob a administração militar’, já que todas as demais alíneas do referido inciso II descrevem crimes cometidos contra pessoas físicas” (STJ, CC 162.248, Rel. Min. Reynaldo Soares das Fonseca, DP 04/12/2018, grifo acrescentado).

Na hipótese de a autoria do delito militar ambiental ser atribuída a civil, a capitulação do crime migrará para a alínea “a” do inciso III do art. 9º (“contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar”). A exemplo, cita-se caso de civil que furta areia acondicionada em área sujeita à administração militar, incorrendo, em tese, nos crimes de furto qualificado (art. 240, § 5º, do CPM), em concurso formal com o crime militar ambiental previsto no art. 44 da Lei 9.605/1998 c/c art. 9º, III, “a”, do CPM. A ocorrência de crimes militares ambientais praticados por militares é bastante crível porquanto as Forças Armadas também exercem suas atribuições constitucionais e legais nas unidades conservação, em conjunto com a Polícia Federal, consoante disposto no Decreto 4.411, de 7 de outubro de 2002.

Para além, há importante atuação do Exército Brasileiro na faixa de fronteira contra delitos transfronteiriços e ambientais, constituindo ação estratégica da Força Terrestre, com supedâneo, especialmente, no art. 142 da Constituição Federal e no inciso III do art. 15 da Lei Complementar 97/1999.

São, pois, crimes militares ambientais passíveis de acontecer na faixa de fronteira os de tráfico de plantas e de animais, bem como os que importem em atos lesivos ao meio ambiente – com previsão na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998), no Código Florestal (Lei 12.651/2012) e no Código de Proteção à Fauna (Lei 5.197/1967).

Sem olvidar que os planejamentos de emprego do Exército na repressão aos delitos transfronteiriços e ambientais também podem incluir atuação de prevenção e repressão em áreas indígenas ou de

preservação ambiental localizadas na faixa de fronteira (Decretos 4.411 e 4.412/2002).

Com isso, cabe análise do sistema jurídico-penal para definição do corpo normativo a ser aplicado aos *crimes militares ambientais*, de forma a reger os seus fundamentos, os institutos penais e o exercício do direito de punir pelo Estado.

## **2. AS OPÇÕES DE DOGMÁTICA PENAL PARA OS CRIMES MILITARES AMBIENTAIS**

Paulo César Busato (2010, p. 77, *apud* GOMES FILHO, 2019, p. 33) entende a dogmática como uma “gramática, no sentido de um conjunto de regras que servem para ordenar a leitura e compreensão do Direito Penal vigente”.

A *primeira opção* reside na utilização dos primeiros 120 artigos do Código Penal comum (Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940), que constituem a parte geral desse diploma.

O art. 12 do CP dispõe sobre a aplicação das regras gerais desse código aos “fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”. Portanto, abre espaço para defender-se a aplicação da parte geral do Código Penal comum a todo crime previsto no ordenamento penal brasileiro, desde que inexista disposição diversa especial.

Em recente obra sobre dogmática penal, Dermeval Farias Gomes Filho aponta a da parte geral do Código Penal como a mais bem elaborada no ordenamento jurídico. Segundo o autor, “é [a] mais rica de conceitos, sistemas e teorias, estabelece as regras e os enunciados normativos sobre a estrutura analítica do delito e sobre a imposição de pena, sendo essa última uma característica exclusiva do Direito Penal” (2019, p. 227).

Seguindo para a *segunda opção*, os operadores do direito dispõem do Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969), notadamente do artigo 1º ao 135, interregno de normas que compõem a parte geral desse cinquentenário diploma.

Com influência dos códigos penais militares italianos, a legislação penal castrense, desde o anterior Código Penal Militar de 1944, executa, além da divisão do seu conteúdo normativo entre parte geral e especial, uma subdivisão pautada na circunstância de guerra e paz, definindo os crimes militares em tempo de paz, arts. 136 a 354 do CPM, e os crimes militares em tempo de guerra, arts. 355 a 408 do CPM (COSTA, 2005, p. 44-45).

No cotejo das codificações penais comum e militar, depara-se com ligeira similitude na sistematização. Não por outra razão, Álvaro Mayrink da Costa sustenta que “A legislação penal militar se afina com a legislação penal comum com sua fisionomia orgânica e acabada” (COSTA, 2005, p. 43). E aponta o autor o Código Penal Militar como o *corpus* mais completo e sistemático na legislação penal especial, muito atribui ao fato de as normas penais militares serem organizadas em torno da “*ratio* dos institutos: o ordenamento militar, que vive e opera no Estado com uma estrutura fortemente individualizada e hierarquizada, com um patrimônio de princípios e tradições, dentro de um mundo próprio de sujeitos e interesses jurídicos” (COSTA, 2005, p. 43-44)

Os códigos penais em questão, comum e especial (militar), sistematizam, na parte geral, os critérios a partir dos quais o Estado exercerá o direito de punir (fundamentos, teoria geral do crime, institutos penais e consequências jurídicas do crime). No confronto entre essas normas, denota-se que ambas possuem títulos nominados de igual forma e ordem: “Título I – Da Aplicação da Lei Penal [Militar]”; “Título II – Do Crime”; “Título III – Da Imputabilidade Penal”; “Título IV – Do Concurso de Pessoas [Agentes]”; “Título V – Das Penas”; “Título VI – Das Medidas de Segurança”; “Título VII – Da Ação Penal”; “Título VIII – Da Extinção da Punibilidade”. Já no conteúdo, há diferenças substanciais, mormente quanto à teoria do delito.

O Código Penal Militar, a despeito de ser uma norma que data de 21 de outubro de 1969, “trouxe, desde sua edição, institutos progressistas, que inclusive vieram posteriormente incorporar-se na legislação penal comum” (ASSIS, 2014, p. 48). À guisa de ilustração,



cita-se: (a) adoção da Teoria Diferenciadora do estado de necessidade, distinguindo o exculpante do justificante pelo CPM – ao contrário da Teoria Unitária do Código Penal comum, que adota apenas a modalidade justificante; (b) o CPM inaugura o sistema vicariante no ordenamento jurídico, o que só foi previsto no Código Penal comum após reforma da sua parte geral, em 1984; (c) previsão do princípio da bagatela em alguns dispositivos da parte especial do CPM (p. ex., desclassificação para transgressão disciplinar); e (d) instituição da delação voluntária, no art. 152, parágrafo único, do CPM (ASSIS, 2014, p. 48).

Por fim, a *terceira opção* de dogmática consta da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998), que traz premissas para a responsabilidade penal por dano ao meio ambiente, especialmente sobre: possibilidade de persecução penal contra pessoa jurídica (art. 3º); desconsideração da pessoa jurídica em caso de “sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente” (art. 4º); aplicação da pena (arts. 6º a 24); apreensão de produto e do instrumento de infração administrativa ou de crime (art. 25); ação e processo penal (arts. 26 a 28); previsão dos crimes contra o meio ambiente (arts. 29 a 69-A – contra a fauna, flora, poluição, ordenamento urbano e patrimônio cultural e administração ambiental); previsão da infração administrativa (arts. 70 a 76); e cooperação internacional para a preservação do meio ambiente (arts. 77 e 78).

Na lição de Paulo Afonso Leme Machado, apontam-se avanços normativos na Lei 9.605/1998, a exemplo da não previsão do encarceramento como regra para a responsabilização do agente pessoa física, o marco legislativo da responsabilização penal das pessoas jurídicas e o incremento da intervenção da Administração Pública, por meio de atos administrativos como autorização, licença e permissão (2016, p. 856).

A par de tudo isso, percebe-se que haverá, não raro, três soluções para um mesmo fato que configure crime militar ambiental, com distinto regramento de alguns institutos penais, por exemplo: pena restritiva de direito, suspensão condicional da pena, pena de

multa, transação penal, suspensão condicional do processo, causas de justificação, princípio da insignificância, sujeito passivo, agravantes e atenuantes, reincidência, causas excludentes de antijuridicidade, entre outros.

A doutrina especializada tem se debruçado sobre a questão, movida pela inquietude advinda do silêncio da Lei 13.491/2017, quanto à dogmática que deverá prevalecer nos “crimes militares por extensão” ou “crimes militares extravagantes”.

Nesse sentido, tem alertado Cícero Robson Coimbra Neves (2018), utilizando-se do didático exemplo sobre a reincidência. É que, muito embora seja esse instituto penal comum aos três regramentos acima citados, eles forjam soluções bem diferentes.

Confira-se: (A) No Código Penal comum, a reincidência está regulada no art. 63 (“Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”) e a reincidência nos incisos I e II do art. 64 (“não prevalece a condenação anterior, se [...] decorrido período de tempo superior a 5 [...] anos, *computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação*” e “*não se consideram os crimes militares próprios e políticos*” – grifos acrescentados); (B) no Código Penal Militar, a seu tempo, a reincidência resta configurada quando o agente comete novo crime, “depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (art. 71), havendo semelhante disposição sobre a temporariedade da reincidência (“§ 1º Não se toma em conta, para efeito da reincidência, a condenação anterior, se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e o crime posterior, decorreu período de tempo superior a cinco anos”), e específica regra sobre crimes não considerados para efeito da reincidência (“§ 2º Para efeito da reincidência, *não se consideram os crimes anistiados*” – grifos acrescentados); e, por fim, (C) a Lei de Crimes Ambientais disciplina a reincidência dentro das circunstâncias agravantes (“Art. 15. São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: I – reincidência nos crimes de natureza ambiental”).

Explica Cícero Robson Coimbra Neves (2020) que os arts. 63 e 64 do Código Penal comum “idealizam um *conceito genérico* de reincidência”, do qual se extraem: (i) a reincidência configura-se por meio do cometimento de novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior; (ii) possui “período depurador” de cinco anos; e (iii) prevê o *cômputo do período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não houver revogação*. Ainda, ressalte-se que o Código Penal comum *não considera crimes militares próprios e políticos para fins de reincidência*.

Por sua vez, o Código Penal Militar traz “um *conceito próprio* de reincidência, em que, além do período depurador [cinco anos], *excluem-se apenas os crimes anistiados*” (NEVES, 2020).

E, concernente à Lei de Crimes Ambientais, destaca-se a previsão de *reincidência específica em crimes de natureza ambiental* (art. 15, I, da Lei 9.605/1998) (NEVES, 2020).

Esse cenário de indefinição da dogmática penal nos crimes militares ambientais fomentam outras discussões como: (i) a possibilidade ou não de pessoa jurídica praticar *crime militar ambiental*, porquanto prevista constitucionalmente a sua responsabilidade penal por crime ambiental; (ii) a escolha do rol de agravantes e atenuantes, entre o rol dos artigos 63 e 65 do Código Penal comum, o rol dos artigos 70 e 72 do Código Penal Militar, e o rol dos artigos 14 e 15 da Lei 9.605/1998; (iii) a incidência ou não dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/1995, haja vista que permitida nos crimes ambientais (art. 7º da Lei 9.605/1998), mas vedada nos crimes militares (art. 90-A).

Expostos os três corpos normativos suscetíveis de aplicação aos crimes militares ambientais, passa-se à busca da solução mais técnica, sustentável e eficiente à tutela penal do bem jurídico.

### **3. DIREITO PENAL COMUM E DIREITO PENAL ESPECIAL**

Faz-se uso da clássica divisão doutrinária do Direito Penal comum e Direito Penal especial em socorro à *vexata quaestio* proposta, uma

vez que a definição da dogmática penal para os crimes militares ambientais requer a compreensão dos critérios que fundamentam o recorte no direito penal da parcela que lhe é especial.

Segundo a doutrina majoritária, o critério mais usado para distinguir o direito penal comum do direito penal especial é o balizado nos órgãos que aplicam o direito positivo: “se a norma penal objetiva pode ser aplicada através da justiça comum, sua qualificação será de Direito Penal comum” (2016, p. 41); ao passo que “se somente for aplicável por órgãos especiais, constitucionalmente previstos, trata-se de norma especial” (BITENCOURT, 2016, p. 41).

Essa foi a posição de renomados doutrinadores no Brasil, como Damásio de Jesus, que diferencia o direito penal comum como aquele que “se aplica a todos os cidadãos” e o penal especial o que “tem o seu campo de incidência adstrito a uma classe de cidadãos, conforme sua particular qualidade”. Em seguida, diz o autor, com ensinamento de Frederico Marques (JESUS, 2011, p. 50):

Como escrevia José Frederico Marques, direito comum e direito especial, dentro de nosso sistema político, são categorias que se diversificam em razão do órgão que deve aplicá-los jurisdicionalmente. Este é o melhor critério para uma distinção precisa, pelo menos no que tange ao direito penal: se a norma objetiva somente se aplica por meio de órgãos especiais constitucionalmente previstos, tal *norma agendi* tem caráter especial; se a sua aplicação não demanda jurisdições próprias, mas se realiza pela justiça comum, sua qualificação será a de norma penal comum (JESUS, 2011, p. 50).

Na obra de 1994 sobre Direito Penal Militar, de Jorge Alberto Romeiro, são apontadas duas razões para o caráter especial do direito penal militar: uma na perspectiva do destinatário da norma, porquanto “(...) se aplicam exclusivamente aos militares, que têm especiais deveres para com o Estado, indispensáveis à sua defesa armada e à existência de suas instituições militares”; outra advindo da competência constitucional exclusiva dos órgãos da justiça castrense para processar e julgar os crimes militares definidos em lei (art. 124 e 125 da Constituição Federal) (1994, pp. 4-5).

Contudo, irrompem vozes contrárias à classificação do direito penal especial em razão do órgão, como alertado por Célio Lobão, para quem tal classificação “demonstra evidente confusão entre Direito Penal especial e Direito Processual Penal especial, talvez em razão de existir, igualmente, Direito Processual Penal comum e Direito Processual Penal especial que se diversificam (...)” (2006, p. 42). Em reforço, cita o professor Magalhães da Rocha, com os dizeres “[referida distinção] não oferece critério aceitável cientificamente, tendo em vista a separação nítida dos conceitos de tipos de ilícitos e de jurisdição” (LOBÃO, 2006, p. 42).

A crítica mais contundente de Célio Lobão extrai-se do seguinte excerto:

(...) se a justiça especial não serve de critério único e determinante do processo penal especial porque [...] na justiça comum pode, igualmente, tramitar processo penal especial, com muito mais razão não serve para extremar o Direito Penal comum do Direito Penal especial, mesmo porque, [...], a especialização do direito processual penal militar, a exemplo do direito penal especial, resulta não somente da especialidade do órgão jurisdicional e sim, principalmente, do bem jurídico objeto da tutela penal (LOBÃO: 2006, p. 43).

Nesse intento, trouxe o autor lições do processualista Frederico Marques:

(...) o Direito Processual (civil ou penal) tem por objeto nuclear e principal a jurisdição, isto é, a função que o Estado exerce para resolver um litígio ou lide. Para exercer a jurisdição penal, o juiz aplica o direito Penal, que é assim o instrumento de que se vale para dar solução ao litígio penal. Diante disso, dúvida não pode haver de que o Direito Penal tem objeto próprio e o Direito Processual Penal, igualmente. O primeiro conceitua e estrutura juridicamente o crime e estabelece a sanção a que dá lugar a prática de ato delituoso: o segundo regula o exercício da jurisdição, para a resolução da lide. Crime, sanção penal e a respectiva ligação, eis o objeto do Direito Penal; jurisdição, processo e resolução da lide penal, eis o objeto do Direito Processual Penal. (LOBÃO, 2006, p. 43.)

A especialidade do Direito Penal Militar também tem relação com a natureza dos bens jurídicos tutelados. Nesse sentido, afirma Célio Lobão que “o Direito Penal Militar é especial não só porque se aplica a uma classe ou categoria de indivíduos, como afirma Heleno Fragoso, como também, pela natureza do bem jurídico tutelado” (2006, p. 48).

No caso, são os bens e os interesses das instituições militares em prol do cumprimento da missão constitucional das Forças Armadas, insculpida no art. 142 da Constituição Federal (defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e garantia da lei e da ordem), e das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, determinada no art. 42 da Carta Magna (segurança pública, no sentido da preservação da ordem pública, das pessoas e do patrimônio).

Marcelo Uzeda de Faria destaca os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Militar, a saber, “a autoridade, a disciplina, a hierarquia, o serviço, a função e o dever militar, que podem ser resumidos na expressão ‘regularidade das instituições militares’” (2019, p. 25).

De outra banda, Álvaro Mayrink da Costa (2005, p. 47) compreende a lei especial a partir de três acepções: “lei que não está contida em um código comum, mas que é integrativa” (lei especial); “lei que se aplica a uma determinada categoria de pessoas” (direito penal especial); e “lei que constitui *species* relativa a um *genus* (lei geral) e que contém (...) elementos especializantes” (norma especial). Isso posto, o autor explica a lei penal militar:

No caso de lei penal militar, podemos dizer que é especial porque é complementária do Código Penal comum; é especial porque a máxima parte de sua norma, (SIC) se dirige a uma determinada categoria de sujeitos; é especial, enfim, porque sua norma incriminadora. (2005, p. 47)

Daí conclui especial o Código Penal Militar e, segundo Álvaro Mayrink da Costa (2005, p. 43), toda lei especial pressupõe a existência da lei comum – *in casu*, Código Penal comum – e dela extrai “princípios e institutos, introduzindo modificações, ou derogando com maior amplitude ou intensidade”. Por essa razão, o autor defende

que o direito penal militar deve ser interpretado mediante “constante consulta à legislação penal comum” (COSTA, 2005, p. 44).

No mais, a própria tutela penal e processual penal do meio ambiente consolidada em lei especial (Lei 9.605/1998) prova o acerto da fala de que “o critério do órgão encarregado da aplicação do direito objetivo não se presta a identificar o direito penal especial” (LOBÃO, 2006, p. 45). Embora constitua lei especial em razão da natureza do bem jurídico tutelado, não há justiça especializada em matéria ambiental para aplicar a Lei 9.605/1998.

#### 4. CONFLITO APARENTE DE NORMAS PENAIS

O fenômeno conhecido como *concurso aparente de normas* ou *conflito aparente de normas* – também chamado pelos penalistas germânicos de *concorrência de leis* ou *aparente concorrência* (ROMEIRO, 1994, p. 54) – pressupõe a unidade de fato ou de conduta e a coexistência de duas ou mais leis penais, as quais incidem sobre eles “(...) ao mesmo tempo, mas pelo relacionamento existente entre elas, de conexão e fim, uma só tem aplicação, excluindo as outras” (ROMEIRO, 1994, p. 53).

O conflito não é real, mas aparente, porque, como acentua Cezar Roberto Bittencourt, pensamento contrário permitiria “o Direito Penal deixar de constituir um *sistema*, ordenado e harmônico, onde suas normas apresentam entre si uma relação de dependência e hierarquia, permitindo a aplicação de uma só lei ao caso concreto, excluindo ou absorvendo as demais” (2016, p. 254).

A solução dessa concorrência fictícia de normas não foi regulada pela lei, devendo ser encontrada na interpretação, valendo-se dos princípios regentes do concurso aparente de normas: especialidade, subsidiariedade e consunção.

Com arrimo no *princípio da especialidade*, “As normas de direito penal militar prevalecem sempre sobre o direito comum, que não as derroga nem ab-roga (*lex specialis derogat lex generalis*)” (ROMEIRO: 1994, p. 20).

Idêntica orientação depreende-se do art. 12 do Código Penal comum (“As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”).

Se aludida regra for aplicada ao cotejo dos diplomas penais, comum e militar, e percebendo-se este especial em relação àquele, impõe-se a *prevalência da parte geral do Código Penal Militar*.

Contudo, tal solução não logra desfecho para a *quaestio* presente, porque, ultrapassado esse primeiro confronto de normas, por óbvio aparente, remanesce vívida a terceira opção para dogmática dos *crimes militares ambientais*, as disposições gerais da Lei dos Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998).

Segue-se o mesmo percurso comparativo, na forma do art. 12 do Código Penal comum, aplicando o princípio na especialidade no cotejo analítico deste Códex, agora, com a Lei de Crimes Ambientais.

Como assevera Romeu Thomé, “as regras previstas na Lei 9.605/98 são específicas e prevalecem sobre as regras gerais do Código Penal [comum] e do Código Processual Penal [comum]” (2018, p. 713), sobrepujando-as por força do princípio da especialidade ao mesmo tempo que, quando omissa, atrai sua incidência subsidiária (THOMÉ, 2018, p. 713).

As regras gerais do Código Penal comum, portanto, cedem espaço para as leis especiais, colocando-se na retaguarda normativa para suprir eventuais lacunas na aplicação do direito *in concreto*.

Até a edição da Lei 13.491/2017, o princípio da especialidade era suficiente para dirimir a aparente antinomia descortinada em hipóteses de crimes militares ou de crimes ambientais.

No entanto, os “crimes militares por extensão” ou “crimes militares extravagantes” desafiam outra solução, tendo em vista que, por força da Lei 13.491/2017, podem advir de tipo penal previsto tanto no Código Penal comum quanto em lei penal extravagante. No caso de o crime militar emanar de legislação penal extravagante, haverá, em tese, duas leis especiais: de um lado, obrigatoriamente, o Código Penal Militar, pois dele depende a tipicidade indireta do crime militar;



e do outro, a legislação penal extravagante, que carrega a norma penal incriminadora.

De igual modo, os *crimes militares ambientais* fundamentam-se em duas leis, em tese, especiais (Código Penal Militar e Lei de Crimes Ambientais). Ou seja, ainda que afastada a prevalência da parte geral do Código Penal comum, pela regra do seu art. 12, remanesce o concurso aparente das duas normas, tidas por especiais no primeiro cotejo.

Há no Código Penal Castrense disposição semelhante ao art. 12 do Código Penal comum para regular a aplicação da legislação especial. Trata-se da primeira parte do art. 17 do Código Penal Militar, segundo a qual: “Art. 17 As regras gerais dêste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei penal militar especial, se esta não dispõe de modo diverso (...)”. (grifo acrescentado).

Comentando a referida norma, Jorge Cesar de Assis ressalta que “As normas gerais dos Códigos (e aí incluem-se as do diploma castrense) não precisam ser repetidas em cada lei. Elas subsistem até que sejam revogadas ou alteradas para cada caso” (2018, p. 143). Quer-se, com isso, dizer que, mesmo que o Código Penal Militar seja lei especial se comparado ao Código Penal comum, adquirirá roupagem de norma geral diante de outra lei penal especial.

Por conseguinte, no confronto do Código Penal Militar com a Lei de Crimes Ambientais, esta é norma especial em relação àquela, autorizando a aplicação da parte geral do Código Penal Militar aos *crimes militares ambientais* de forma subsidiária (art. 17 do CPM). A Lei 9.605/1998 será, portanto, compreendida como norma “igualmente regida pelos mesmos princípios gerais, salvo se expressamente estabelecidas outras normas ou criados diferentes conceitos” (ASSIS, 2018, p. 143).

No mesmo sentido, é a lição de Enio Luiz Rosseto:

A primeira parte da norma determina a aplicação das regras gerais do CPM (arts. 1º ao 135) aos fatos incriminados por lei penal militar especial, que pode ter regras gerais (normas penais não incriminadoras) – nesse caso, as regras gerais do Código Penal Militar são aplicáveis aos fatos incriminados pela lei penal militar

e se ela não dispuser de modo diverso. Por exemplo: consta na Parte Geral do Código Penal Militar a regra do art. 80, que determina que no crime continuado as penas da mesma espécie são somadas. Se a lei penal militar especial dispuser que no crime continuado as penas da mesma espécie não são somadas, mas uma delas aumentada de 1/6 a 2/3, aplica-se a regra da lei penal militar especial, pois dispõe de modo diverso. (2012, p. 136)

Em moderno artigo científico, Cícero Robson Coimbra Neves (2020) propõe uma solução bem estruturada, por meio da “Aplicação por eclusas de dispositivos de ‘Parte Geral’ nos crimes militares extravagantes”, expressão que intitulou o estudo. Para o autor, consiste a “primeira eclusa” na aplicação do art. 12, Código Penal comum; e a “segunda eclusa”, do art. 17 do Código Penal Militar.

Em que pese, a concordância com o sistema de “eclusas” construído pelo doutrinador Cícero Robson Coimbra Neves, o presente estudo ousa explorar mais alguns passos hermenêuticos.

## **5. SOLUÇÃO ALVITRADA PARA A SELEÇÃO DA PARTE GERAL, ENTRE AS EXISTENTES NO CÓDIGO PENAL COMUM, CÓDIGO PENAL MILITAR E LEI DE CRIMES AMBIENTAIS**

Desde logo, anuncia-se de forma resumida as premissas construídas para alcançar a dogmática mais sustentável e adequada para a persecução penal dos *crimes militares ambientais*.

Parte-se da primeira premissa da (I) compreensão do direito penal comum como *direito macropenal*, por assim dizer, seguida da premissa de que, (II) dele, decotam-se parcelas especializadas e individualizadas pelo bem jurídico tutelado, as quais constituirão um *direito penal especializado*, formando *microssistemas jurídicos* (a exemplo do direito eleitoral, direito ambiental e do direito militar). Sem olvidar de que alguns desses microssistemas, em grau tal de especialização, chegam a ensejar a criação de uma justiça exclusivamente vocacionada à sua matéria, como se vê na Justiça Eleitoral e Justiça Militar, por exemplo.

Fixadas as premissas, apresenta-se solução interpretativa em três degraus.

### **5.1. Primeiro degrau: cotejo entre leis gerais e especiais e aplicação do princípio da especialidade e do art. 12 do Código Penal comum**

Neste primeiro degrau, faz-se estudo comparativo de leis, tendo como norma de referência o Código Penal comum. Ou seja, são postos, separadamente, o Código Penal Militar e a Lei de Crimes Ambientais em cotejo com aquele diploma penal comum para incidência do princípio da especialidade e da regra interpretativa do art. 12 do CPB.

O doutrinador Álvaro Mayrink da Costa preleciona que, “Segundo a doutrina tradicional, uma norma é especial em relação a outra, geral, quando possui em sua definição todos os elementos típicos desta e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva – especializantes, apresentando um ‘minus’ ou um ‘plus’ de severidade” (2005, p. 47).

Nesse sentido, conclui Jorge Alberto Romeiro que, “Se o caso concreto comporta o elemento especializante, a norma especial prefere, logicamente, à norma geral” (1994, p. 54). Esse recurso interpretativo materializa-se na regra já falada da “*lex specialis derogat legi generali*”, própria do princípio da especialidade.

Nesse quadrante, indubitável a prevalência dos microssistemas de direito ambiental e militar, por serem especiais, sobre as normas de caráter geral, que, nesse primeiro degrau, refere-se à parte geral do Código Penal comum, reservando-se esta à aplicação subsidiária (art. 12 do CPB).

A dogmática do Código Penal comum, desde logo, no primeiro degrau, cede espaço para as regras gerais dispostas nas leis especiais. A dificuldade surge com o avanço da análise para os dois regramentos com elementos especializantes.

Noutro dizer, o traslado do crime ambiental para o sistema jurídico castrense e sua transformação em *crime militar ambiental* requer um passo além, o da análise das leis especiais remanescentes, entre si.

## 5.2. Segundo degrau: cotejo entre leis especiais e aplicação do princípio da especialidade e do art. 17 do Código Penal Militar

No segundo degrau, a atividade interpretativa acontece nos espectros do que ora se chama de *direito macropenal*, contida na observação e no cotejo de direitos penais especiais, no caso, o militar e o ambiental. Trabalha-se com as leis remanescentes do primeiro degrau, aplicando-se igualmente o princípio da especialidade e tomando como referência o Código Penal Militar, nos termos do art. 17 deste diploma.

O resultado alcançado nesse patamar interpretativo é no sentido de que as regras gerais do Código Penal Militar serão aplicadas aos fatos incriminados por lei penal especial, ou, lhamo ao texto legal, “por lei penal *militar* especial” (art. 17 do CPM, grifo nosso), salvo disposição específica.

Cícero Robson Coimbra Neves (2020) enfrentou, no mencionado estudo da “Aplicação por eclusas de dispositivos de ‘Parte Geral’ nos crimes militares extravagantes”, o fato de art. 17 do diploma penal militar mencionar especificamente a “lei penal militar especial”, que, “a rigor, não é o caso exato de leis penais comuns extravagantes que ‘emprestam’ seus tipos ao Direito Penal Militar (...)”, firmando o entendimento de que, ainda assim, “a *ratio* do art. 17 pode muito bem abrir a possibilidade de mesma compreensão nestes casos”.

Já dito exhaustivamente que o Código Penal Militar é lei especial em relação ao Código Penal comum, mas quando analisado ante a Lei de Crimes Ambientais, é esta quem eleva-se especial, passando aquele a configurar normas gerais nesse contexto.

Com efeito, até onde possível alcançar nesse patamar, com a interlocução do art. 17 do Código Penal Militar e do princípio da especialidade, resulta dizer que, nos *crimes militares ambientais*, preponderam as normas gerais da Lei de Crimes Ambientais (lei especial), em detrimento da parte geral do Código Penal Militar (lei geral). Contudo, frise-se, o presente estudo segue na tarefa interpretativa.

### **5.3. Terceiro degrau: ponderações de valores no caso concreto para se chegar à dogmática mais sustentável e adequada na tutela penal e aplicação do princípio constitucional da sustentabilidade**

Por intuitivo, a tutela penal dos *crimes militares ambientais* não pode ser dissociada da Lei 9.605/1998, na parte voltada à responsabilização penal em matéria ambiental, como também não se admite o prévio e absoluto distanciamento das premissas gerais contidas no Código Penal Militar.

Não parece razoável uma solução que estabeleça aplicação acromática do art. 17 do CPM, conduzindo ao afastamento em abstrato do Código Penal Militar sempre que presente disposição específica na Lei de Crimes Ambientais. De igual modo, não se tem por defensável a prevalência do Código Penal Militar somente por sua especificidade na tutela da hierarquia e disciplina, quando aplicado em prejuízo de avanços normativos na tutela do meio ambiente, de ordem nacional e internacional.

Tendo em foco a explanação alhures do princípio da especialidade que abrangeu estudo dos bens jurídicos tutelados pelo microssistema do direito penal militar (item “3. Direito Penal comum e Direito Penal especial”), por ora, acrescentar-se-á um dado relevante e, depois, segue-se à exposição dos bens jurídicos afetos ao microssistema do direito penal ambiental.

No microssistema penal castrense, destaca-se a tutela de bens jurídicos que, por sua natureza, marcam a especialidade desse espectro do *direito macropenal*, vale anotar, os valores basilares das Forças Armadas, consubstanciados no art. 142 da Constituição Federal (“As Forças Armadas [...] são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, [...], e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e [...] da lei e da ordem”).

Para além de princípios fundantes das Forças Armadas, segundo observa Adriano Alves-Marreiros (2020, p. 29), a hierarquia e a

disciplina também são os principais institutos que caracterizam a *índole do direito militar*, “expressão (...) positivada no Código de Processo Penal Militar”, segundo o qual os casos omissos deverão ser supridos “(...) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar” (art. 3º).

A índole de direito militar foi reconhecida tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina (ALVES-MARREIROS, 2020, p. 30-31), conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal firmado no julgamento do HC 94685, sobre a inaplicabilidade do princípio da insignificância a porte de drogas em estabelecimento militar, em que a “índole do direito militar justifica um tratamento diferente do comum” (ALVES-MARREIROS, 2020, p. 30-31). Citando obra clássica de Vasquez (1948), o autor reverbera (2020, p. 30-31):

(...) uma índole no direito penal militar que não está presente no comum e que é determinada por se destinar à manutenção estrita da disciplina, pela necessidade social, e que isso é motivo para uma maior permanência do direito penal militar face a um direito penal comum mais mutante.

A Constituição Federal, por força do art. 225, assegura a todos o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Partindo dessa perspectiva, Édis Milaré acentua que “o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na sua concepção moderna, é um dos direitos fundamentais da pessoa humana” (2015, p. 458). Além disso, citando trecho do artigo “Grito das maritacas”, de Walter Ceneviva, publicado na Folha de São Paulo (20.06.1998), o autor continua: “a garantia do meio ambiente saudável transcende o que está nas leis, parecendo próxima do direito natural do ser humano” (MILARÉ, 2015, p. 458).

Em razão desse desiderato constitucional, salutar é trazer comentário, ainda que brevíssimo, sobre a tese de Juarez Freitas apresentada na premiada obra “Sustentabilidade: Direito ao Futuro”.

O autor trata o desenvolvimento sustentável (ou sustentabilidade) como paradigma axiológico, de patamar constitucional, que estatui determinações ético-jurídicas para alcançar o desenvolvimento que viabiliza o direito ao futuro, tais como: “assegurar, às gerações presentes e futuras, o ambiente propício ao bem-estar, monitorado por indicadores qualitativos”; promover a “responsabilização objetiva do Estado pela prevenção e pela precaução”; “sindicabilidade ampla das escolhas públicas e privadas”, de modo a desconstituir “mitos”, “armadilhas falaciosas” e “desalinhamento das condutas com o desenvolvimento material e imaterial”; responsabilização pelo “desenvolvimento de baixo carbono” (FREITAS, 2019, *e-book* 601-624).

A proposta é a “releitura valorativa ‘esverdeada’” de todo o ordenamento jurídico, não apenas do Direito Ambiental (FREITAS, 2019, 601-624), por força do “princípio ‘cogente da sustentabilidade multidimensional’”, que gera obrigações em todos os ramos do Direito, das quais não se furtam os “pensadores da teoria geral do direito e os encarregados de sua inteligente aplicação” (FREITAS, 2019, p. 749). Assim, a sustentabilidade como princípio jurídico tem o condão de alterar a visão global do Direito (FREITAS, 2019, p. 1803).

Ora, se crises sistêmicas exigem soluções sistêmicas, natural falar em interdisciplinaridade na matéria, revelada com as múltiplas dimensões da sustentabilidade (natureza poliédrica) – dimensão social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental. E, de todas, cabe destaque para dimensão jurídico-política, da qual ecoa a eficácia direta, imediata e vinculante do princípio constitucional da sustentabilidade, independentemente da regulamentação do direito ao futuro (FREITAS, 2019, p. 1703).

Segundo Juarez Freitas, a sustentabilidade “pressupõe que os deveres de precaução de prevenção convoquem a inteira reescrita da teoria da responsabilidade civil, administrativa e penal” (FREITAS,

2019, p. 1730). E também atua na tutela de direitos fundamentais, a exemplo do “direito ao processo judicial e administrativo com desfecho tempestivo e a melhor definição de competências (...)” (FREITAS, 2019, p. 1730).

Sendo assim, o princípio constitucional da sustentabilidade aterrissa no presente trabalho para nortear a definição da dogmática penal a ser aplicada nos crimes militares ambientais, no ponto em que determina “a eficácia dos direitos fundamentais de múltiplas dimensões (não somente os de terceira dimensão)” (FREITAS, 2019, p. 1803).

Continuando, a Lei 9.605/1998 tutela a proteção do meio ambiente equilibrado, o qual configura direito fundamental da pessoa humana, ligado ao direito à vida e à proteção da dignidade da vida humana (THOMÉ, 2018, p. 63).

A proteção do meio ambiente é também matéria de interesse da comunidade jurídica internacional, pelo que, válida a referência à Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente (1972), influenciou especificamente o capítulo da nossa Constituição Federal que trata da proteção ambiental, e à Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (conhecida por todos nós como ECO 92 ou Rio 92), na qual foram aprovados documentos sabidamente relevantes, a exemplo da Declaração do Rio e Agenda 21.

Nesses compromissos internacionais, ainda que *soft law*, os Estados se prontificaram a promulgar leis eficazes sobre o meio ambiente e assumiram o dever de cooperar na aplicação dos princípios consagrados na Declaração do Rio, entre outros.

O mandado de proteção internacional do meio ambiente espraia por todo o ordenamento jurídico interno e alcança a administração pública e a sociedade civil como um todo.

Além disso, a interpretação dos direitos humanos tem por função a sua concretização e possui força expansiva, que, segundo André de Carvalho Ramos, “acarreta a jusfundamentalização do Direito, fazendo com que todas as facetas da vida social sejam atingidas pelos direitos humanos” (2020, p. 116).



É desses comandos internacionais e do mandado de criminalização do art. 225 da Constituição Federal – “tríplice responsabilização em matéria ambiental” (penal, administrativa e civil) – que decorre a tutela penal e processual penal do meio ambiente disposta na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998), cabendo sua releitura, como visto, com dicção do princípio constitucional da sustentabilidade.

Entre os princípios de direito ambiental, optou-se para o deslinde da questão pelos seguintes: (a) princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana; (b) dimensão ecológica e dignidade da vida em geral; (C) vedação do retrocesso socioambiental (ou ecológico ou, ainda, efeito *cliquet* ambiental), ou seja, “As garantias de proteção ambiental, uma vez conquistadas, não podem retroagir. É inadmissível o recuo da salvaguarda ambiental para níveis de proteção inferiores aos já consagrados” (THOMÉ, 2018, p. 88-89). Isso acontece porquanto a humanidade caminha em direção à ampliação da dessa salvaguarda, o que conforma a “ideia de um patrimônio político-jurídico, consolidado ao longo do seu percurso histórico-civilizatório” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 293)

A solução alvitrada, após a aplicação dos artigos 12, do Código Penal comum, e 17, do Código Penal Militar, e a observância do princípio da especialidade, segue para um conteúdo principiológico, sopesando-se valores e interesses tutelados pelas normas sob exame.

Na responsabilidade penal (militar e ambiental), destacam-se os princípios da hierarquia e da disciplina, bem como a índole do direito militar, que norteiam o ordenamento penal castrense; ao passo que a razão de existir da responsabilização penal na lei ambiental permeia os princípios do ambiente ecologicamente equilibrado, lido como direito fundamental da pessoa humana, e da vedação do retrocesso ecológico (ou efeito *cliquet* ambiental).

O certo e indubitável é que ambos os corpos normativos tutelam bens jurídicos específicos e de grandeza maior. Assim, a aplicação prevalente da norma ambiental editada pelo Estado para proteger o meio ambiente não pode conflitar ou interferir no cumprimento de outro dever do Estado, o de proteger os bens jurídicos especialmente

tratados no ordenamento penal militar, e vice-versa, pelo que a harmonização das normas se impõe.

Há de se fazer uma interação dialógica dos microsistemas jurídicos militar e ambiental para, *in concreto*, e tão somente nessa circunstância, realizar a ponderação de interesses e valores (princípio da proporcionalidade).

No terceiro degrau da solução da antinomia apresentada, pois, sugere-se fortemente a ponderação de interesses e valores no caso concreto para revelar a dogmática penal mais sustentável e adequada à tutela penal posta, de modo a confirmar ou não a prevalência apontada no segundo degrau interpretativo: Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998).

## 6. INOCORRÊNCIA DE *LEX TERTIA*

Registra-se que não se olvidou em momento nenhum a preocupação quanto à vedação da *lex tertia*, verificada na combinação de leis pelo juiz, com recortes das partes favoráveis de cada norma, para aplicar ao caso concreto quando da prestação jurisdicional.

No julgamento do RE 600.817 (*leading case*), em que decidiu o Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, restou consignado que “Não é possível a conjugação de partes mais benéficas das referidas normas, para criar-se uma terceira lei, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação de Poderes” (ementa).

Contudo, não é disso que se trata a solução apresentada neste estudo, pois a temática focada não reside no conflito intertemporal de normas, cuja solução passa necessariamente pelo princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. No caso da pesquisa presente, busca-se sistematizar, no âmbito do labor interpretativo do juiz, a definição da dogmática penal a ser adotada nos *crimes militares ambientais*.

Em caso análogo (RE 596.152), o Supremo Tribunal Federal enfrenta de forma minudente a questão possibilidade ou não de

combinação de leis, enveredando pela distinção entre lei e norma penal como objeto da vedação constitucional: “O que a Lei das Leis rechaça é a possibilidade de mistura entre duas normas penais que se contraponham, no tempo, sobre o mesmo instituto ou figura de direito”. Esse entendimento tem repercussão direta, pois determina que “a escolha tem que recair é sobre a inteireza da norma comparativamente mais benéfica. Vedando-se, por conseguinte, a fragmentação material do instituto (...)”. Por seus fundamentos, que ora se tomam emprestados, confira-se trecho da ementa:

**(...) 3. A discussão em torno da possibilidade ou da impossibilidade de mesclar leis que antagonicamente se sucedem no tempo (para que dessa combinação se chegue a um terceiro modelo jurídico-positivo) é de se deslocar do campo da lei para o campo da norma; isto é, não se trata de admitir ou não a mesclagem de leis que se sucedem no tempo, mas de aceitar ou não a combinação de normas penais que se friccionem no tempo quanto aos respectivos comandos. 4. O que a Lei das Leis rechaça é a possibilidade de mistura entre duas normas penais que se contraponham, no tempo, sobre o mesmo instituto ou figura de direito. Situação em que há de se fazer uma escolha, e essa escolha tem que recair é sobre a inteireza da norma comparativamente mais benéfica. Vedando-se, por conseguinte, a fragmentação material do instituto, que não pode ser regulado, em parte, pela regra mais nova e de mais forte compleição benéfica, e, de outra parte, pelo que a regra mais velha contenha de mais benfazejo. (...) 6. A retroatividade da lei penal mais benfazeja ganha clareza cognitiva à luz das figuras constitucionais da ultra-atividade e da retroatividade, não de uma determinada lei penal em sua inteireza, mas de uma particularizada norma penal com seu específico instituto. (...) Uma figura é repelente da outra, sob pena de embaralhamento de antagônicos regimes jurídicos de um só e mesmo instituto ou figura de direito. 7. (...). 10. Recurso extraordinário desprovido. (RE 596152, Relator RICARDO LEWANDOWSKI, Relator p/ Acórdão: AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2011) (grifos nossos)**

## CONCLUSÃO

Verifica-se que em nada restou obstada a solução apresentada, por meio da qual, em três degraus interpretativos, fixa a dogmática penal dos crimes militares ambientais a partir de duas premissas: a compreensão do direito penal comum como um direito macropenal; e a de que parcelas especializadas e individualizadas pelo bem jurídico tutelado são decotadas do chamado direito macropenal, constituindo microssistemas jurídicos.

Dito isso, conclui-se pela definição da dogmática penal da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998) para processamento e julgamento dos *crimes militares ambientais*, naquilo que for compatível com os valores sobrepujantes no caso concreto, após interação dialógica entre os microssistemas jurídicos ambiental e militar.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 22. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2016.

FOUREAUX, Rodrigo. A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da Justiça Militar. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 24, n. 5796, 15 maio 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61251>>. Acesso em: 2 out. 2020.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

HOFFMANN, Henrique; COSTA, Adriano Sousa. Conceito de crime militar não foi ampliado pela Lei 13.491/17. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 de janeiro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/academia-policia-conceito-crime-militar-nao-foi-ampliado-lei-1349117>>. Acesso em: 2 out. 2020.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, Karolyne Christina Queiroz. Crimes militares por extensão à luz da Constituição Federal de 1988. **Revista do Ministério Público Militar**, v. 43, n. 29, p. 199-240, out. 2018.

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Marreiros, 2016.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. A Lei 13.491/2017 e os reflexos na aplicação da parte geral do Código Penal Militar e nas penas. **Observatório da Justiça Militar Estadual direito penal militar**. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/09/26/a-lei-n%C2%BA-1349117-e-os-reflexos-na-aplica%C3%A7%C3%A3o-da-parte-geral-do-c%C3%B3digo-penal-militar-e-nas>>. Acesso em: 4 mar. 2020.

\_\_\_\_\_. Aplicação por eclusas de dispositivos de “Parte Geral” nos crimes militares extravagantes. Disponível em: <<https://blog.grancursosonline.com.br/aplicacao-por-eclusas-de-dispositivos-de-parte-geral-nos-crimes-militares-extravagantes/>>. Acesso em: 5 out. 2020.

\_\_\_\_\_; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 4. ed. São Paulo: 2014.

PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul. A prescrição do crime de deserção. In: \_\_\_\_\_; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira et al. (Coords.) **Coletânea de estudos jurídicos**. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.

ROMEIRO, Jorge Alberto, **Curso de Direito Penal Militar** (parte geral), São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSSETO, Enio Luiz. **Código penal militar comentado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da Justiça Militar (Lei 13.491/17). **Revista Direito Militar**. Florianópolis: AMAJME, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.



# VÍTIMAS ESQUECIDAS: A CRIMINALIZAÇÃO DA EXPOSIÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À VIOLÊNCIA INTERPARENTAL

*FORGOTTEN VICTIMS: THE CRIMINALIZATION OF CONDUCTS THAT EXPOSE CHILDREN AND YOUNGSTERS TO EXISTING VIOLENCE AMONG PARENTS*

**João Luiz de Carvalho Botega**

Mestre em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Santa Catarina, atualmente ocupando o cargo de Coordenador do Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude. Coordenador da Comissão Permanente da Infância e Juventude (COPEIJ), vinculada ao Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH) do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais (CNPGE). Integra o GT SINASE, o GT da Convivência Familiar e Comunitária e o GT Conselho Tutelar do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).  
jbotega@mpsc.mp.br

**Juliana Klein Zamboni**

Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Assistente de promotoria no Ministério Público do Estado de Santa Catarina.  
juliana.zamboni@live.com

Recebido em: 22/3/2021

Aprovado em: 12/7/2021

**Resumo:** O presente trabalho busca discutir a possibilidade de aplicação do tipo penal descrito no artigo 232 da Lei n. 8.069/90 em casos de exposição de crianças e adolescentes à violência interpARENTAL. Utilizando-se dos parâmetros da Lei n. 11.340/06, que trata da violência doméstica e/ou familiar contra a mulher, e em razão dos severos danos diretos e indiretos que as crianças e os adolescentes expostos a tais condutas podem sofrer,



analisou-se o princípio constitucional da proteção integral sob o prisma penal. Em conclusão, verificou-se a possibilidade de aplicação do crime estabelecido no art. 232 da Lei n. 8.069/90 quando esse é examinado pela ótica do dolo de segundo grau. A partir disso, buscou-se apontar a necessidade de atenção às crianças e aos adolescentes submetidos a tal espécie de violência.

**Palavras-chave:** Violência interparental. Criança. Adolescente. Direito Penal. Proteção de menores.

**Abstract:** *This paper discusses the possibility of indictments under article 232 of Law n. 8,069/1990 in cases of exposure of children and youngsters to existing violence among their parents. By using the criteria established under Law n. 11,340/2006, which criminalizes domestic violence and family violence against women, and considering the severe direct and indirect damage that children and youngsters may suffer due to such situations, the paper analyzes the constitutional principle of full protection from a criminal law point of view. In conclusion, the paper advocates for the possibility of indictments of such conducts under the crime established in article 232 of Law n. 8,069/1990 by means of second degree deceit. Based on these conclusion, the paper intends to evidence the need for attention to children and youngsters that are subject to such forms of violence.*

**Keywords:** *Violence among parents. Children. Youngsters. Criminal law. Protection of minors.*

**Sumário:** Introdução. 1. Violência doméstica e familiar: noções introdutórias e a violência interparental como objeto de estudo. 2. A exposição de crianças e adolescentes à violência interparental e suas consequências. 3. O princípio da proteção integral da criança e do adolescente e sua relação com a tutela penal. 4. A aplicação do artigo 232 do ECA em casos de violência interparental presenciada por crianças e/ou adolescentes. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

A violência interparental, fenômeno abrangido pela violência doméstica, ainda é pouco discutida na seara jurídica. Não obstante a promulgação, em 7 de agosto de 2006, da Lei n. 11.340 – popularmente conhecida como Lei Maria da Penha, voltada à criminalização da violência doméstica e/ou familiar perpetrada em desfavor da vítima mulher – o ordenamento jurídico pátrio não estabelece diretamente nenhuma diretriz para atendimento, proteção e eventual criminalização da exposição de crianças e adolescentes a tal espécie de conduta, circunstância que motivou a realização do presente estudo.

Inicialmente, busca-se produzir um breve panorama acerca da Lei n. 11.340/06, desde sua criação até sua abrangência, estabelecendo a violência interpaparental dentro do campo das violências ocorridas no âmbito doméstico. Após, em revisão bibliográfica de estudos da seara da Psicologia, definem-se os diversos danos – diretos e indiretos – aos quais crianças e adolescentes podem estar submetidos quando presenciam situações de violência praticadas dentro do seio familiar, a fim de demonstrar a gravidade de tal testemunho e a necessidade da atuação estatal.

Nesse contexto, o princípio da proteção integral, presente no texto constitucional brasileiro e ratificado na Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), é discutido sob a ótica penal, culminando com a necessidade de aplicação de sanção penal. Em seguida, busca-se tipo penal adequado, analisando a possibilidade de sua aplicação no contexto estudado, bem como entendimentos jurisprudenciais sobre o tema.

Não se pretende, por certo, realizar análise aprofundada sob o tema ante sua grande complexidade. No entanto, espera-se fomentar o debate acerca da violência interpaparental e trazer à luz das discussões a necessidade de atenção às vítimas indiretas de tal violência.

## **1. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: NOÇÕES INTRODUTÓRIAS E A VIOLÊNCIA CONJUGAL COMO OBJETO DE ESTUDO**

A violência doméstica é um fenômeno intrinsecamente ligado à condição de existência do ser humano, vinculando-se às relações sociais por ele construídas – podendo expressar tanto aquelas entre classes como as de natureza interpessoal. Em sua essência, nega valores fundamentais como a liberdade, a igualdade e até mesmo a vida, demonstrando padrões de sociabilidade e modos de vida dos indivíduos. Logo, seu entendimento perpassa diretamente pela análise das estruturas sociais e dos sujeitos que a praticam (GUERRA, 2001, p. 31).

A temática da violência doméstica passou a ter relevância no ordenamento jurídico brasileiro somente com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (DIAS, 2012, p. 26), a qual, além de consolidar um processo de mudança de valores no tocante ao tratamento jurídico da família – passando de um modelo “matrimonializado, patriarcal e hierarquizado” para um conceito mais flexível de comunidades afetivas com função social (PEREIRA, 2007, p. 87-88) –, determinou ainda, em seu artigo 226, § 8<sup>o</sup>, a criação de mecanismos de repressão à violência no âmbito familiar.

Atendendo ao comando constitucional mencionado; buscando consolidar tratados internacionais ratificados sobre o tema – notadamente a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher<sup>2</sup>; e a fim de cumprir as recomendações contidas no Relatório n. 54 da Organização dos Estados Americanos (OEA) que, entre outras medidas, recomendou a simplificação dos processos judiciais relacionados à violência doméstica, em 7 de agosto de 2006 sancionou-se a Lei n. 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria da Penha (DIAS, 2012, p. 15-17).

Tal legislação surgiu com o escopo de criar “mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”<sup>3</sup>, e introduziu, no ordenamento brasileiro, alguns conceitos fundamentais para o enfrentamento do tema. Entre eles, cita-se a definição de violência doméstica, disposta no artigo 5<sup>o</sup> da Lei n. 11.340/06<sup>4</sup>, assim

1 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]§ 8<sup>o</sup> 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.

2 Também conhecida como Convenção de Belém do Pará.

3 Art. 1<sup>o</sup> Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8<sup>o</sup> do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

4 Art. 5<sup>o</sup> Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de co-

como suas principais formas de manifestação, elencadas no artigo 7º da mesma legislação<sup>5</sup>. Os fundamentos em questão foram construídos integralmente em torno da mulher em razão da histórica violência de gênero que pauta o papel feminino na sociedade (BIANCHINI, 2014, p. 31).

Segundo Dias (2012, p. 19), a ideologia patriarcal e os papéis de gênero diferenciados são fatores essenciais para a formação, na sociedade, de “verdadeiro código de honra”, o qual outorga “ao macho um papel paternalista, exigindo uma postura de submissão da fêmea”. Essa conjuntura social acaba por incentivar o sentimento de posse e ciúmes entre os parceiros; gerar “expectativas em relação ao trabalho doméstico da mulher”; e fomentar uma posição de dominação masculina, onde o homem crê em seu direito de punir a mulher por situações que ele acredita não serem corretas (SANI, 2016, p. 852) – ensejando, dessa forma, os alarmantes dados de mulheres que sofrem as mais diversas formas de agressão no contexto doméstico e/ou familiar (BIANCHINI, 2014, p. 71-81).

Tendo em vista tão amplo contexto, cumpre delimitar o objeto deste estudo, que parte do gênero violência doméstica e limita-se a analisar os conflitos oriundos de relações íntimas de afeto, as quais são descritas no artigo 5º, III, da Lei n. 11340/06<sup>6</sup>. Logo, fala-se em espécie denominada violência parental, a qual acaba por englobar “a

---

abitação. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

- 5 Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.
- 6 Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...] III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

violência perpetrada entre o casal, que vive em regime matrimonial ou em união de *facto*; reflete a violência bidirecional; e, sobretudo, sublinha a relação pais-criança” – independentemente de ligação por laços biológicos entre as partes (SOARES, 2013).

Frisa-se que o estudo a ser apresentado permanece sob a ótica da Lei n. 11.340/06, centrando-se na mulher como vítima da violência primária. Assevera-se desde já que não há qualquer óbice para a utilização de tais parâmetros legais, haja vista que a legislação em comento acabou por inserir, em seu âmbito de proteção, a entidade familiar como um todo<sup>7</sup> – porquanto a prática de violência doméstica contra a mulher pode afetar bens jurídicos diversos. Dessa forma, deixa-se de apreciar tão somente o contexto familiar em que ocorreu a violência, buscando-se resguardar os direitos fundamentais de todos os membros da família (DIAS, 2012, p. 43), ante a possibilidade de diversas vitimizações dentro de um mesmo contexto (CHAVES; SANI, 2015).

## **2. A EXPOSIÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES À VIOLÊNCIA INTERPARENTAL E SUAS CONSEQUÊNCIAS**

A exposição de crianças e adolescentes à violência interpARENTAL é um problema social antigo (SANI, 2006, p. 849), que somente alcançou atenção acadêmica com a publicação, em 1975, do artigo “*Yo-yo children-victims of matrimonial violence*”, de J. G. Moore, assistente social inglês (CHAVES; SANI, 2015). No mencionado estudo, o autor nomeava as crianças expostas a esse tipo de conduta como “crianças *yo-yo*”, em alusão ao “padrão disfuncional de interação conjugal que deixa a criança figurativamente suspensa no ar”, como o brinquedo infantil (SOARES, 2013).

A demora para o reconhecimento e a avaliação do fenômeno deu-se em razão de múltiplos fatores, entre eles a falsa sensação de que a família é um local seguro; a tolerância de certos comportamentos, advindos de uma sociedade patriarcal; e a desconsideração das

<sup>7</sup> A fim de exemplificar tal posicionamento, cita-se a possibilidade de concessão de medidas protetivas de proibição de aproximação e contato do agressor com a vítima, seus familiares e até mesmo testemunhas (art. 22, II, a, Lei n. 11.340/06).

necessidades das crianças e adolescentes no ambiente familiar, notadamente em casos em que a violência não é perpetrada diretamente contra eles. Esses aspectos, em conjunto, mantiveram omissa a vitimização indireta de tais crianças, que são designadas pela doutrina especializada como “vítimas escondidas, desconhecidas, esquecidas ou silenciosas” (SANI, 2006, p. 851).

Importante salientar que, quando se refere à prática de violência, essa não é somente pautada na violência física direta, podendo advir também da observação de condutas violentas entre seus responsáveis, bem como da posterior constatação de marcas de agressão em seus familiares (CHAVES; SANI, 2015) – circunstâncias que acabam por tornar a família um “lugar de perigo” (SANI, 2006, p. 851), colocando em risco o pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes inseridos em tal contexto (CHAVES; SANI, 2015, p. 1-13).

Conforme exemplifica Sani (2006, p. 855), em revisão ao trabalho de Fontes, citando Ganley e Schechter como fundamento explícito:

Muitos desses comportamentos de potencial risco para a criança têm lugar em casa e a frequência, conteúdo e intensidade da violência podem variar e determinar os conseqüentes efeitos. A criança pode assistir *directamente* aos incidentes, ouvi-los noutra quarto ou observar no outro dia as conseqüências do abuso (Fontes, 2000). São inúmeras as formas adicionais de a criança experienciar a violência doméstica entre adultos, por exemplo, pelo bater ou ameaçar da mãe quando está com a criança no colo, fazer de a criança refém para forçar a mãe a voltar para casa, usar a criança como arma física contra a vítima, usar a criança como espiã ou interrogando-a acerca das atividades da mãe (Ganley e Schechter. 1996, cit. Edleson, 1999).

Essa exposição à violência dentro do ambiente doméstico acaba por afastar a criança ou o adolescente de sua realidade, em busca de tornar tolerável a experiência de tais condutas – processo que faz parte da necessidade de significação do evento traumático. Dessa forma, “a exposição à violência interparental é uma experiência poderosa na medida em que irá influenciar fortemente a forma que a criança que a testemunha percebe a realidade” (CAPRICHOSO, 2010).

Outrossim, os estudos acerca do tema apontam de forma unânime que o desenvolvimento de crianças e adolescentes que são submetidos à violência conjugal é afetado de forma devastadora e em diversos níveis, porquanto de maior impacto do que a exposição a situação de violência em contextos diversos. O grande fator de diferenciação entre as duas conjunturas é a proximidade afetiva entre os envolvidos, que acaba por igualar a submissão de criança e adolescente à violência interparental a outros eventos traumáticos como alcoolismo parental, desordem psiquiátrica grave na família e testemunhos de homicídio (SANI, 2006, p. 857).

Na área da Psicologia, estudos realizados com crianças expostas à violência intrafamiliar acabaram por constatar que tais vulnerabilidades se apresentam a curto, médio e longo prazos (SANI, 2006, p. 850).

Em revisão bibliográfica, Soares (2013, p. 31-33) elencou cinco principais áreas que apresentam efeitos adversos diretos em infantes submetidos a tais condutas violentas, quais sejam: “desenvolvimento emocional, cognitivo e comportamental, ajustamento social e funcionamento físico ou biológico”.

Tais efeitos, na seara do desenvolvimento cognitivo, podem afetar “a capacidade de atenção, concentração e de memória”, causando baixo desempenho acadêmico e absenteísmo escolar. Quanto ao desenvolvimento emocional, a exposição à situação de violência pode gerar “profundos sentimentos de perda, tristeza, raiva, vergonha, medo e culpa”, podendo a última ser agravada quando o teor das contendas domésticas se relaciona com a própria criança ou adolescente. Esses sentimentos surgem da impossibilidade de cessar a violência observada, ou mesmo da crença de ser fonte dos problemas conjugais – podendo associar-se ainda à baixa autoestima e eventualmente à Perturbação de Pós-Stress Traumático, ansiedade e até mesmo quadros de depressão (SOARES, 2013, p. 34).

Em relação aos danos gerados ao desenvolvimento comportamental, observou-se que as crianças e os adolescentes expostos à violência interparental “tendem a ser mais desobedientes, hostis e agressivos, assim como a apresentar mais frequentemente comportamentos disruptivos e antissociais”, sendo propensos a utilizar

a violência como forma de resolução de seus próprios conflitos pessoais, visto que “as crianças tendem a reproduzir as estratégias de resolução de conflitos que observam os pais utilizar nos seus relacionamentos” (SOARES, 2013, p. 35).

Nesse sentido, assevera Sani (2016, p. 850):

[...] a exposição à violência interpaparental, quer os maus tratos físicos, adicionalmente e interativamente, aumentam o risco, na idade adulta, de perpetração de abuso infantil, de violência sobre companheiro e vitimação do próprio.

O ajustamento social dessas crianças e adolescentes também sofre influência direta da violência aos quais esses são submetidos, verificando-se o grande índice de isolamento de seus pares, bem como a dificuldade de estabelecer relações sociais – fruto do baixo nível de autorrespeito, autoestima e confiança em outros indivíduos.

Por fim, quanto ao funcionamento físico e biológico, verificou-se a propensão a “apresentar problemas de sono e de alimentação, sintomas somáticos, dores de cabeça, dores de estômago, queixas de excessivo cansaço” e, tardiamente, eventuais problemas de abuso de substâncias como álcool e drogas (SOARES, 2013, p. 36).

A literatura especializada ainda indica a possibilidade de danos indiretos às crianças e aos adolescentes submetidos a situação de conflito familiar, sendo um dos mais relevantes a indisponibilidade emocional do genitor que sofre a violência – notadamente a mulher. Em razão do “aumento dos níveis de depressão, de vulnerabilidade ao stress, de baixa autoestima, ansiedade, irritabilidade, medo e sentimento de impotência e culpa”, o responsável pode acabar não observando as necessidades de seus filhos, ou não se encontrar apto a suportá-las de forma consistente, ensejando eventual comprometimento ao desenvolvimento do infante (SOARES, 2013, p. 37).

No Brasil, não há dados que indiquem de forma precisa a exposição de crianças e adolescentes à situação de violência interpaparental. No entanto, em pesquisa divulgada pelo Ligue 180, pôde-se inferir que, das 72.839 ligações recebidas no serviço durante o ano de 2018,



14.267 delas informaram que os filhos do casal presenciaram violência perpetrada em desfavor da mulher (CENTRAL DE ATENDIMENTO À MULHER – LIGUE 180), demonstrando a gravidade e a amplitude do tema.

### **3. O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SUA RELAÇÃO COM A TUTELA PENAL**

A Constituição Federal, em seu artigo 227, estabelece que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A fim de consolidar o texto constitucional e alterar drasticamente a compreensão acerca das crianças e dos adolescentes fornecida pelo então Código de Menores vigente (Lei n. 6.697/1979), em julho de 1990 publicou-se a Lei n. 8.069, nomeada de Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (VERONESE; SILVEIRA, 2011, p. 25). Referida legislação buscou resguardar os direitos infantojuvenis de forma integral, “zelando para que não sejam sequer ameaçados” (VERONESE; SILVEIRA, 2011, p. 26). Essa importante mudança de paradigma – retirando seus destinatários de posição inferior e estabelecendo-os como “merecedores de direitos próprios e especiais” – foi diretamente influenciada pela Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada em 1989 pela Assembleia das Nações Unidas, a qual apresentou ao universo jurídico a Doutrina da Proteção Integral. Essa, por sua vez, tem como objetivo reconhecer a criança ou o adolescente como sujeito de direitos, devendo o Estado priorizar seus interesses e adotar políticas públicas para assegurá-los. Passa-se a adotar uma postura de “proteção especializada, diferenciada e integral”, a fim de respeitar a condição de pessoas em desenvolvimento de crianças e adolescentes (VERONESE; SILVEIRA, 2011, p. 26-27). A evidente opção legislativa

pela adoção de tal teoria encontra-se estabelecida no primeiro artigo da Lei n. 8.069/90, o qual explicita “Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente” (NUCCI, 2018, p. 06).

Cita-se ainda como pilar do Estatuto da Criança e do Adolescente o que a doutrina especializada denomina “princípio da absoluta prioridade ou do superior interesse”. Tal princípio determina que jovens e crianças devem “ser tratados em primeiríssimo lugar [...] em todos os aspectos”, seja na adoção de políticas públicas pelo Poder Executivo, seja no resguardo de seus direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, a fim de fazer valer, acima de tudo, os seus interesses (NUCCI, 2018, p. 09-10).

A fim de efetivar mencionados princípios, e buscando proteger penalmente os menores de dezoito anos, criou-se no Estatuto infrações penais específicas, cometidas em desfavor de crianças e adolescentes – sem prejuízo das já existentes no Código Penal (VERONESE, 2011, p. 487-488).

Entre tais infrações penais, aquela objeto deste estudo encontra-se cominada no artigo 232 da mencionada legislação, possuindo a seguinte redação: “Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou constrangimento: Pena – detenção de seis meses a dois anos”.

A doutrina especializada indica que o objeto jurídico de tal conduta é a “integridade psíquica e moral” da criança e do adolescente, descrita no art. 17 da Lei n. 8.069/90 (VERONESE; SILVEIRA, 2011, p. 495), que assim assevera:

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

O verbo submeter é o “núcleo” do tipo penal em análise e significa sujeitar, subjugar. O vexame contido no preceito primário relaciona-se à vergonha ou ultraje, e o constrangimento referencia situação de

violência ou coação psicológica. O objeto da conduta, por certo, é a criança ou o adolescente (NUCCI, 2018, p. 822).

Quanto ao sujeito ativo, o tipo penal apresenta algumas possibilidades, todas relacionadas à existência de poder sobre o infante. Conforme dispõe Ishida (2001, p. 375):

Detém a autoridade quem se responsabiliza em definitivo pelo menor: o pai (pátrio poder), o tutor, o curador. Possui a guarda aquele que detém o termo de guarda e responsabilidade judicial [...] Possui a vigilância aquele que exerce momentaneamente o controle sobre o menor: o professor, o funcionário da creche, etc.

O elemento subjetivo exigido é o dolo, não havendo previsão legal de forma culposa da conduta (NUCCI, 2018, p. 824). No entanto, por tratar-se de crime comissivo, cabe a ocorrência de tentativa (VERONESE; SILVEIRA, 2011, p. 495).

Exposto o delito objeto de discussão, bem como suas particularidades, cumpre discutir sua aplicação frente às situações de exposição de criança e adolescente à violência doméstica.

#### **4. A APLICAÇÃO DO ARTIGO 232 DO ECA EM CASOS DE VIOLÊNCIA INTERPARENTAL PRESENCIADA POR CRIANÇAS E/OU ADOLESCENTES**

Conforme as particularidades da infração penal cominada no artigo 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente já expostas no item anterior, verifica-se que, para a caracterização de tal conduta criminosa, é necessária, em conjunto, a submissão de criança ou adolescente a constrangimento ou vexame; a existência de relação de poder entre o autor e a vítima; e o dolo como elemento subjetivo (VERONESE; SILVEIRA, 2011, p. 495-496).

No tocante à aplicação do dispositivo penal nos casos de crianças ou adolescentes expostos à situação de violência interpARENTAL, verifica-se que os dois primeiros requisitos são intrínsecos à própria ação: por ocorrer essencialmente no âmbito doméstico, não há dúvida acerca

da autoridade exercida pelo autor da conduta; quanto à submissão a vexame ou constrangimento, essa também é inerente à violência – notadamente ao avaliarem-se as consequências que tal ação acarreta nos indivíduos em desenvolvimento, minimamente descritas no item 2 deste estudo.

Sendo assim, pende de discussão somente o elemento subjetivo da infração penal em análise, consubstanciado no dolo. Segundo Paccelli e Callegari, o dolo “é a vontade de uma ação orientada à realização de um delito, ou seja, é o elemento subjetivo que concretiza os elementos do tipo” – tratando-se da parte subjetiva para a caracterização de um tipo penal (PACELLI; CALLEGARI, 2018, p. 272-273). Portanto, “constitui o elemento central do injusto pessoal da ação, representado pela vontade consciente de ação dirigida imediatamente contra o mandamento normativo” (BITENCOURT, 2019, p. 367).

É composto fundamentalmente por dois elementos: o intelectual e o volitivo. Enquanto aquele exige a consciência do indivíduo acerca da conduta que pretende realizar; este é pautado pela vontade – na qual se pressupõe a previsão. (BITENCOURT, 2019, p. 370-371).

Em que pese alguns Tribunais de Justiça estaduais já terem analisado a possibilidade de condenação de agressor nas sanções do artigo 232 do ECA em ocasiões em que a prática da violência doméstica ocorre na presença de criança ou adolescente, em pesquisas jurisprudenciais verifica-se que o entrave, para determinadas Cortes, perpassa essencialmente pela inexistência de dolo do autor. Conforme extrai-se de acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao analisar o tema:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE LESÃO CORPORAL, PRATICADO SOB CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E/OU FAMILIAR CONTRA A MULHER E DE SUBMETER CRIANÇA A VEXAME OU CONSTRANGIMENTO [ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL, C/C OS ART. 7º I, DA LEI N. 11.340/06 E ART. 232 DA LEI N. 8.069/90]. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO DA DEFESA DE AMBOS OS RÉUS. [...] CRIME DO ART. 232 DA LEI N. 8.069/90: PLEITO

GENÉRICO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. POSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO POR FUNDAMENTO DIVERSO DO ALEGADO. RÉUS QUE OFENDEM À INTEGRIDADE FÍSICA DA GENITORA NA PRESENÇA DOS INFANTES. FATO QUE NÃO CARACTERIZA SUBMISSÃO A CONSTRANGIMENTO OU VEXAME. AUSÊNCIA DO DOLO EXIGIDO PELO TIPO PENAL. FATO ATÍPICO. ART. 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. “Deve ser absolvido o agente, em relação ao crime de submissão de criança a constrangimento, quando o dolo da conduta era dirigido apenas a prática dos crimes de lesão corporal e de ameaça contra a ex-companheira, e não ao do Estatuto da Criança e do Adolescente, que deve ter como vítima direta o infante, para sua efetiva configuração. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS (TJSC, Apelação Criminal n. 0045113-40.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 27-08-2018).

E, ainda, julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DA DEFESA - LESÃO CORPORAL - CRIME COMETIDO NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, “f”, DO CÓDIGO PENAL - INCIDÊNCIA NO CRIME DO ART. 129, §9º, DO CÓDIGO PENAL - “BIS IN IDEM” - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - SUBMISSÃO DE CRIANÇA A VEXAME OU CONSTRANGIMENTO - CONDENAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. Comprovadas a materialidade e a autoria do crime, bem como o elemento subjetivo do injusto penal, ausentes causas excludentes de ilicitude ou de isenção de pena, não há como se acolher a pretensão defensiva de absolvição por insuficiência de provas ou por atipicidade da conduta. Sendo a circunstância de o crime ter sido praticado no âmbito das relações domésticas, com violência contra mulher, elementar do tipo penal do art. 129, §9º, do Código Penal, a incidência da agravante prevista no art. 61, II, f, do Código Penal constitui dupla apenação por um mesmo fato, não podendo ser mantida, em respeito ao princípio do “non bis in

idem”. Inexistindo nos autos provas de que o réu agiu com a intenção de humilhar, de submeter as vítimas a situação vexatória ou constrangimento, deve ser mantida a sentença absolutória. (TJMG - Apelação Criminal 1.0024.14.268187-3/001, Relator(a): Des. (a) Maria Luíza de Marilac, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 11/04/2017, publicação da súmula em 20/04/2017).

Observa-se, da análise de tais acórdãos, que as crianças e os adolescentes expectadores de violência interpaparental são classificados como espécie de sujeitos passivos indiretos, concluindo-se que os agressores não possuem “vontade ou consciência de realizar os elementos do tipo incriminador” (MASSON, 2018, p. 293) descrito no artigo 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ou seja, inexistindo dolo em sua conduta.

Em que pese o respeitável entendimento, verifica-se que esse se funda em análise unidimensional acerca do dolo direto de primeiro grau disposto no artigo 18, inciso I, primeira parte do Código Penal<sup>8</sup>, no qual o agente possui “a vontade consciente de realização do fato típico” (PACELLI; CALLEGARI, 2018, p. 276). No entanto, os Tribunais pátrios deixam de considerar segunda espécie de dolo: o dolo direto de segundo grau.

Em tal modalidade, “a vontade do agente [é] dirigida a determinado resultado, efetivamente desejado, em que a utilização dos meios para alcançá-lo inclui, obrigatoriamente, efeitos colaterais de verificação praticamente certa” (MASSON, 2018, p. 300). O agente nem sempre desejará o resultado secundário, porém o produzirá conscientemente a fim de cumprir seu intento principal (PACELLI; CALLEGARI, 2018, p. 276).

Ora, em situações de exposição de crianças e adolescentes à violência interpaparental, o dolo direto – classificado como de primeiro grau (BITENCOURT, 2019, p. 372) – de fato é a violência do agente contra o cônjuge e/ou companheiro. Entretanto, não se pode desconsiderar que, ao cometer tais atos em frente ao demais membros da estrutura familiar – notadamente aqueles em desenvolvimento –,

8 Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; [...].

há consequências secundárias muito prováveis (BUSATO, 2018, p. 398), entre elas a submissão das vítimas indiretas a constrangimento ou vexame em razão de seus atos.

Verifica-se que tal construção parte do mesmo pressuposto utilizado nas jurisprudências previamente mencionadas – qual seja, da vitimização indireta de crianças e adolescentes. Contudo, aborda o contexto familiar sob uma ótica de respeito e proteção aos direitos infantojuvenis, realizando uma leitura interdisciplinar sobre o tema, utilizando-se da extensa base principiológica expressa tanto no estatuto da Criança e do Adolescente como na própria Constituição Federal.

Nesse sentido, a Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (COPEVID) do Grupo Nacional de Direitos Humanos (GNDH), vinculado ao Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPJ), exarou enunciado favorável à aplicação do artigo 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente em casos de exposição desses à violência interpaparental:

Enunciado nº 17 (003/2014): A prática de atos de violência doméstica contra a mulher na presença de crianças ou adolescentes constituiu forma de violência psicológica contra estes, a demandar o imediato encaminhamento de cópia das peças de informação ao Conselho Tutelar, para garantia de direitos. Nessa situação, caso o agressor exerça a autoridade, guarda ou vigilância sobre a criança ou adolescente, o Ministério Público pode oferecer denúncia com base no artigo 232 do Estatuto da Criança e Adolescente. Nas demais hipóteses, é possível pleitear a elevação da pena base (CP, art. 59) no crime de violência doméstica contra a mulher, diante das consequências mais gravosas do crime. (Aprovado na Plenária da II Reunião Ordinária do GNDH de 09/05/2014 e pelo Colegiado do CNPJ).

Do mesmo modo, já se verifica certo avanço jurisprudencial sobre o tema, com a existência de alguns julgados favoráveis à condenação do agressor que perpetra violência doméstica em frente a crianças e adolescentes, conforme acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A

DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO. CRIMES CONTRA A PESSOA. LESÕES CORPORAIS – *VIOLÊNCIA DOMÉSTICA* (ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL). ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. *SUBMISSÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE SOB SUA AUTORIDADE, GUARDA OU VIGILÂNCIA A VEXAME OU A CONSTRANGIMENTO*. CRIME DE ESTUPRO (FATO 3) MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADA. Como é cediço, a palavra da vítima, em particular nos crimes contra a liberdade sexual, constitui elemento de convicção de grande importância, porquanto estes crimes, na quase totalidade das vezes, são cometidos na clandestinidade, e alguns não deixam vestígios. No caso em apreço as declarações da vítima são uniformes e coerentes, estando em consonância com os demais subsídios factuais carreados aos autos, portanto sendo merecedoras de credibilidade e assim dando sustentação à condenação. LESÕES CORPORAIS (FATO 2) MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. A conduta típica do crime de lesões corporais leves (Art. 129 do Código Penal) consiste em ofender, isto é, lesar, ferir a integridade corporal ou saúde de outrem. A prova colhida nos autos, sobretudo o relato da vítima S., aliada ao teor do laudo pericial da fl. 73, demonstra que o réu ofendeu a integridade física da ofendida, sua ex-companheira, causando-lhe lesões corporais. *SUBMISSÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE SOB SUA AUTORIDADE, GUARDA OU VIGILÂNCIA A VEXAME OU A CONSTRANGIMENTO* (FATO 5). AUTORIA COMPROVADA. Tendo o crime de estupro e de lesões corporais sido praticados na presença da filha comum do casal, com apenas 3 anos de idade na ocasião do fato, configurado está o crime previsto no Art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Criminal, Nº 70082717984, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em: 21-11-2019).

No mesmo sentido, extrai-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

APELAÇÃO CRIMINAL. LITISPENDÊNCIA. PRELIMINAR REJEITADA. AMEAÇA. LESÃO CORPO-



RAL. SUBMISSÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE A VEXAME OU A CONSTRANGIMENTO. CRIMES PRATICADOS EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRETENSÃO PUNITIVA JULGADA PROCEDENTE. RECURSO DA DEFESA. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE PROVAS. DESCABIMENTO. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE CORROBORA A ACUSAÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA E PROVA TESTEMUNHAL. SUFICIÊNCIA DE PROVAS. CONDENAÇÃO. MANUTENÇÃO. DOSIMETRIA. CRITÉRIO DENTRO DOS PARÂMETROS DA LEGALIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Não há litispendência quando os processos criminais movidos em desfavor de um mesmo agente destinam-se a apurar fatos delitivos diversos. 2. Em que pese a negativa de autoria do réu em juízo, os depoimentos das testemunhas, realizados na delegacia, somado aos demais elementos de prova coligidos aos autos, entre eles a palavra das vítimas ouvidas na fase processual, com observância do contraditório e da ampla defesa, possuem o condão de estabelecer a autoria e a materialidade do delito e embasar um decreto condenatório, não havendo que se falar em insuficiência de provas. 3. O crime de ameaça possui natureza formal e se configura com a promessa de um mal grave e injusto, de sorte que a consumação se verifica no momento em que a vítima toma conhecimento do conteúdo da ameaça e que esta seja suficiente para abalar sua tranquilidade psíquica. 4. O Superior Tribunal de Justiça tem preconizado ser razoável e proporcional o incremento da fração de 1/6 na segunda fase da dosagem da pena, de modo que o incremento adotado pelo magistrado observou os ditames legais e jurisprudenciais. (Acórdão 1278679, 00030859420158070002, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 27/8/2020, publicado no PJe: 21/9/2020.)

No entanto, ressalta-se que, a despeito de tais condenações, na pesquisa jurisprudencial realizada não se verificou debate aprofundado sobre o tema, ou sequer discussão acerca do dolo dirigido aos infantes objeto da conduta descrita no art. 232 do Estatuto da Criança e Adolescente. Os julgados analisados, em sua maioria, limitaram-se a indicar a existência de autoria e materialidade suficientes para ensejar

a condenação do agressor, notadamente pelo cometimento de delitos na presença infantojuvenil, sem realizar qualquer apontamento quanto ao elemento subjetivo da infração penal em discussão.

Na mesma pesquisa, verificou-se ainda que parte dos Tribunais de Justiça estaduais vem reconhecendo parcialmente a necessidade de criminalização da violência interparental, criando espécie de terceira corrente acerca do tema. Embora não acolham a existência de dolo nas condutas do agressor direcionadas à criança ou ao adolescente – seja pela falta de imputação na exordial acusatória, seja pela ausência de avaliação do dolo de segundo grau –, a presença de pessoas em desenvolvimento em situações envolvendo violência doméstica e/ou familiar vem sendo considerada como circunstância judicial desfavorável, a ser avaliada na primeira etapa da dosimetria da pena.

Nesse sentido, já se pronunciou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO PELOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL PRATICADA NO ÂMBITO DOMÉSTICO (ART. 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL) E DE CONSTRANGIMENTO DE CRIANÇA SOB SUA GUARDA (ART. 232 DA LEI 8.069/90), AMBOS COM A INCIDÊNCIA DA LEI N. 11.340/06. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE EM RELAÇÃO AO CRIME DE LESÃO CORPORAL. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS PELA CONFISSÃO JUDICIAL, DEPOIMENTOS DA VÍTIMA, DAS TESTEMUNHAS E LAUDO PERICIAL. ADEMAIS, ALEGAÇÃO DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA NÃO COMPROVADA. EXAME NÃO PLEITEADO NO CURSO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ÔNUS QUE INCUMBIA À DEFESA (ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). LAUDO DE SANIDADE MENTAL REALIZADO EM PROCESSO ANTERIOR, JUNTADO AOS AUTOS, QUE APONTA A PLENA CAPACIDADE DO APELANTE. INGESTÃO VOLUNTÁRIA DE DROGAS QUE NÃO EXCLUI A RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO AGENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA QUANTO A ESTE. POSSIBILIDADE, NO ENTANTO, DE ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO DELITO DO ART. 232 DO ECA.

OFENSA, NA PRESENÇA DE INFANTE DE DEZ MESES DE IDADE, À INTEGRIDADE CORPORAL DE SUA GENITORA, QUE NÃO CONFIGURA SUA SUBMISSÃO A CONSTRANGIMENTO OU VEXAME. FATO ATÍPICO. ABSOLVIÇÃO COM FULCRO NO ART. 386, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL QUE SE IMPÕE. UTILIZAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA, CONTUDO, PARA AGRAVAR A PENA-BASE DO CRIME REMANESCENTE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SENTENÇA CONDENATÓRIA PARCIALMENTE CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 0000516-81.2010.8.24.0048). EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000869-89.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 10-04-2018).

O Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo, também já manifestou entendimento favorável ao aumento dosimétrico – muito embora a conduta cominada no artigo 232 do ECA não tenha sido objeto do recurso em questão:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. LESÃO CORPORAL EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. IDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL NA VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. MOTIVAÇÃO ADEQUADA. VÍTIMA AGREDIDA COM CRIANÇA NO COLO. PROPORCIONALIDADE. EXASPERAÇÃO EM 1/6 (UM SEXTO). UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO. ENTENDIMENTO DA SÚMULA 588 DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus

substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. A dosimetria da pena deve ser feita seguindo o critério trifásico descrito no art. 68, c/c o art. 59, ambos do Código Penal - CP, e, no caso de majoração da pena-base, o Juiz sentenciante deve efetuar a dosimetria da pena “atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima”. Na hipótese, verifica-se que a majoração da pena-base foi devidamente fundamentada no que se refere à culpabilidade, em que as instâncias ordinárias observaram que a conduta do paciente, dolosa, excedeu a normalidade, haja vista que agrediu a vítima com a filha do casal no colo, de 9 meses, o que não impediu o acusado de ainda assim puxar os seus cabelos e até lhe desferir socos na cabeça, a denotar o perigo a que submeteu a sua própria filha. 3. No caso do delito de lesão corporal no contexto de violência doméstica, deve ser observada a gravidade do delito, cabendo ao Magistrado aumentar a pena de forma sempre fundamentada e apenas quando identificar dados que extrapolem as circunstâncias elementares do tipo penal básico, verificando os limites mínimo e máximo, de 3 meses a 3 anos de detenção. In casu, presente apenas uma circunstância judicial negativa, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça tem entendido adequada e suficiente a exasperação da pena-base no patamar de 1/6 (um sexto) da reprimenda mínima. 4. Não resta evidenciado constrangimento ilegal no que se refere ao regime inicial de cumprimento de pena imposto ter sido o semiaberto, a despeito da reprimenda corporal ter sido estabelecida em patamar inferior a 4 anos, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da circunstância judicial desfavorável presente na hipótese. 5. A vedação à substituição da pena por restritiva de direitos encontra-se fundamentada pelas instâncias ordinárias, em razão da pena-base ter sido fixada acima do mínimo legal, bem como pelo crime ser cometido com violência

ou grave ameaça à pessoa, que justificam a referida vedação, de acordo com o disposto no art. 44, incisos I e III, do Código Penal. Ademais, a recente Súmula n. 588 deste Superior Tribunal de Justiça dispõe que “A prática de crime ou contravenção penal contra a mulher com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.” Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 430.866/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 02/05/2018).

Dessa forma, verifica-se que a criminalização da violência interparental é um tema recente e ainda pouco desenvolvido na seara jurídica, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Trata-se de questão que necessita de atenção ante sua complexidade, não podendo ser limitada por análises simplistas, que desconsideram o prisma protetivo determinado pela legislação pátria, notadamente aquele estabelecido pela Constituição Federal à criança e ao adolescente.

Assim, com a alteração da ótica dirigida aos infantes expostos a situação de violência doméstica, busca-se não só promover a repressão de tais condutas, mas principalmente promover preocupação social sobre a temática, orientando os agentes responsáveis acerca de suas consequências – as quais atualmente são tratadas como forma menos expressiva que um atentado direto à pessoa (SANI, 2006, p. 851) –, trazendo, dessa forma, a devida atenção às vítimas esquecidas.

## CONCLUSÃO

O trabalho desenvolvido buscou avaliar a possibilidade de criminalização da exposição de crianças e adolescentes à violência interpaparental, utilizando-se, para tanto, do tipo penal descrito no artigo 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tal construção iniciou-se com uma breve explicação acerca da Lei n. 11.340/06 – que trata do gênero violência doméstica e/ou familiar restrito às vítimas mulheres – a fim de estabelecer o conceito de violência interpaparental, espécie derivada da primeira.

Realizou-se breve comentário acerca dos danos diretos e indiretos aos quais as crianças e os adolescentes podem ser submetidos ao presenciarem tais ações, bem como a necessidade de aplicação do princípio da proteção integral – estabelecido no artigo 227 da Constituição Federal – combinado com a tutela penal a fim de efetivar integralmente o comando constitucional.

Ato contínuo, discutiu-se a possibilidade de aplicação da conduta ilícita descrita no artigo 232 da Lei n. 8.069/90 em casos de crianças e adolescentes que presenciam violência interpaparental – o qual se concluiu plenamente válido ao ser apreciado sob a ótica do dolo de segundo grau –, ou seja, quando o agente deseja conduta certa, produzindo resultados secundários conscientes e previsíveis a fim de alcançar sua vontade.

Por fim, foram analisados alguns julgados pátrios sobre o tema, demonstrando o posicionamento dos Tribunais de Justiça estaduais e como eles vêm lidando com a criminalização da exposição infantojuvenil à violência interpaparental.

Por certo que a punição penal de tal conduta não deve ser medida isolada, porquanto inócua. Essa deve vir acompanhada de políticas públicas voltadas às vítimas indiretas de violência perpetrada no âmbito doméstico, bem como de acompanhamento especializado a fim de que crianças e adolescentes possam superar os danos oriundos de tais experiências traumáticas, buscando conscientizar a sociedade acerca da gravidade de tal conduta e, assim, evitar a prática de novas ocorrências nesse sentido.

## REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1 v.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 430.866/SP**, Quinta Turma, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 17 abr. 2018. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201703335919&dt\\_publicacao=02/05/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703335919&dt_publicacao=02/05/2018)>. Acesso em: 06 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal n. 1.0024.14.268187-3/001**, Terceira Câmara Criminal, relatora Desembargadora Maria Luíza de Marilac, julgado em 11 abril 2017. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=8&paginaNumero=6&linhasPorPagina=1&palavras=viol%Eancia%2dom%E9stica%20submiss%E3o%20constrangimento&pesquisar-Por=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=-Clique%-20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 06 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 0000869-89.2016.8.24.0023**, da Capital, Terceira Câmara Criminal, relator Desembargador Ernani Guetten de Almeida, julgado em 10 abr. 2018. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora)>. Acesso em: 06 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Apelação Criminal n. 0011861-91.2015.8.24.0008**, de Blumenau, Quinta Câmara Criminal, relatora Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva

Bittencourt Schaefer, julgado em 08 nov. 2018. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAAA1bcAAI&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAAA1bcAAI&categoria=acordao_5)>. Acesso em: 14 set. 2019

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 0045113-40.2015.8.24.0023**, da Capital, Segunda Câmara Criminal, relator Desembargador Sérgio Rizello, julgado em 27 ago. 2018. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAANSZYAAC&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAANSZYAAC&categoria=acordao_5)>. Acesso em: 14 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Criminal n. 00030859420158070002**, Primeira Turma Criminal, relator Desembargador J. J. Costa Carvalho, julgado em 27 ago. 2020. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 7 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Criminal n. 70082717984**, Sétima Câmara Criminal, relator Desembargador José Conrado Kurtz de Souza, julgado em 21 nov. 2019. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo\\_busca=ementa\\_completa](https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa)>. Acesso em: 7 fev. 2021.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CAPRICHOSO, Daniela Raquel de Oliveira. **Percepção de crianças expostas à violência interparental**. 108 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Jurídica) Universidade de Fernando Pessoa. 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10284/1638>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

CENTRAL DE ATENDIMENTO À MULHER – LIGUE 180. **Relatório Semestral, 2018**. Disponível em: <[https://assets-dossies-ipg-v2.nyc3.digitaloceanspaces.com/sites/3/2018/12/SPM\\_Ligue180Relatorio1Semestre2018.pdf](https://assets-dossies-ipg-v2.nyc3.digitaloceanspaces.com/sites/3/2018/12/SPM_Ligue180Relatorio1Semestre2018.pdf)>. Acesso em: 26 maio 2019.



CHAVES, Eva; SANI, Ana Isabel. Violência familiar: da violência conjugal à violência sobre a criança. **Edupsi**, v. 2, jan. 2015. Semestral. Disponível em: <<http://edupsi.utad.pt/index.php/component/content/article/79-revista2/85-xx>>. Acesso em: 15 set. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei n. 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. **Violência de pais contra filhos: a tragédia revisitada**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte geral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 1 v.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANI, Ana Isabel. Vitimação indirecta de crianças em contexto familiar. **Análise Social**, vol. XLI, n.180. 2016, ISSN 0003-2573, p.852. Disponível em: <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218722582J2vZMoqboXf05ZG5.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2019.

SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES. Notícias. Destaques. **Atualização: enunciados da COPEVID** (Comissão nacional de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher). Disponível em: <<http://www.compromissoeatitude.org.br/enunciados-da-copevid-comissao->

nacional-de-enfrentamento-a-violencia-domestica-e-familiar-contr-a-mulher/>. Acesso em: 14 set. 2019.

SOARES, Liliana Isabel Moreira da Silva. **Trajetória de crianças pautadas pela violência interparental**. 162 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Clínica e da Saúde) - Curso de Psicologia, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Fernando Pessoa, Porto, 2013. Disponível em: <<https://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/4034/1/TESE%20-%20Liliana%20Soares.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.



# **A IMPOSSIBILIDADE DA CONDUÇÃO COERCITIVA DE CRIANÇA E ADOLESCENTE, VÍTIMA OU TESTEMUNHA DE VIOLÊNCIA, NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

*THE UNFEASIBILITY OF COERCIVE CONDUCT OF  
CHILDREN AND YOUNGSTERS, EITHER VICTIMS OR  
WITNESSES OF VIOLENCE, IN THE BRAZILIAN CRIMINAL  
PROCEDURE SYSTEM*

**Sandro Carvalho Lobato de Carvalho**

Especialista em Ciências Criminais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Especialista em Direitos Difusos, Coletivos e Gestão Fiscal pela Escola Superior do Ministério Público do Maranhão. Especialista em Psicologia Jurídica pela Universidade Candido Mendes. Promotor de Justiça no Maranhão.

sclobato@mpma.mp.br

Recebido em: 15/3/2021

Aprovado em: 12/7/2021

**Resumo:** O artigo procura demonstrar que a condução coercitiva de crianças e adolescentes, vítimas ou testemunhas de violência, é inconstitucional, ilegal e inconveniente, pelo fato de a criança e o adolescente terem o direito de prestar declarações em Juízo e não o dever, sendo sua condução coercitiva caracterizadora de violência institucional e de revitimização das pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, e que por isso exige uma nova postura do Ministério Público na defesa dos direitos humanos.

**Palavras-chave:** Direito das crianças e adolescentes vítimas e testemunhas. Condução coercitiva no processo criminal. Direito Processual Penal. Direito Penal. Ministério Público.

**Abstract:** *The paper intends to evidence that the coercive conduct of children and youngsters, either victims or witnesses of violence, is unconstitutional, illegal and unusual, since children and youngsters have the right to make statements in court instead of being their duty to do so. The coercive conduct in criminal proceedings characterize institutional violence and revictimization of people in a peculiar condition of development, which therefore requires a new attitude by the Public Prosecutor's Office while protecting human rights.*

**Keywords:** *Children and youngsters' rights as victims and witnesses. Coercive conduct in criminal proceedings. Criminal procedure law. Criminal law. Public Prosecutors' Office.*

**Sumário:** Introdução. 1. Lei nº 13.431/2017. 2. Vítimas e testemunhas: um novo olhar. 3. Os direitos das vítimas e testemunhas crianças e adolescentes. O direito de prestar declarações e de silenciar. A Impossibilidade de condução coercitiva de crianças e adolescentes. 4. Os princípios do superior interesse e *pro persona*. 5. A atuação do Ministério Público. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

As crianças e os adolescentes são pessoas em peculiar condição de desenvolvimento que merecem proteção integral.

O legislador nacional reconhece a existência de um grupo de pessoas vulneráveis que merecem atenção e proteção diferenciadas por parte da Justiça e do Poder Público; entre essas pessoas estão as crianças e os adolescentes.

Jurisprudência e doutrina também reconhecem que esse grupo de pessoas vulneráveis devem ter uma proteção diferenciada, sendo que a interpretação da lei deve levar em consideração justamente essa vulnerabilidade para poder garantir a igualdade material.

Devido à vulnerabilidade em que se encontram, crianças e adolescentes, vítimas ou testemunhas de violência sempre encontraram dificuldade em relatar sua situação para as autoridades responsáveis pela persecução penal em Juízo. Quando conseguiam relatar a situação de violência, ficavam sujeitas a procedimentos inadequados realizados pelas instâncias formais de controle penal, o que gerava uma nova vitimização nas crianças e adolescentes.

A Lei nº 13.431/2017, em consonância com a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e as diversas Convenções de Direitos Humanos firmadas pelo Brasil, procurou promover uma verdadeira revolução no tratamento dado à criança e ao adolescente, vítima ou testemunha de violência, deixando evidenciada a peculiaridade da condição dessas pessoas em desenvolvimento e a necessidade de sua proteção quando tiverem que comparecer em Juízo.

O arcabouço jurídico nacional deve ser interpretado de acordo com as normas internacionais de proteção aos direitos humanos e com a jurisprudência dos Tribunais Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos, sobretudo quanto aos direitos humanos de crianças e adolescentes.

Nessa perspectiva, tendo a Lei nº 13.431/2017 previsto o direito de a criança e o adolescente, vítima ou testemunha de violência, serem ouvidos em Juízo, assim como de silenciarem, direitos esses previstos e reconhecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 e na própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é preciso que se dê uma nova interpretação aos dispositivos do Código de Processo Penal, que permite a condução coercitiva de vítimas e testemunhas de crime, quando estas forem crianças e adolescentes.

Nesse ponto, o Ministério Público, como órgão de tutela dos direitos humanos e fundamentais, tem importante e essencial papel na garantia dos direitos de crianças e adolescentes, atuando para evitar a violência institucional e a revitimização dessas pessoas, realizando uma releitura convencional, constitucional e legal das normas do Código de Processo Penal para impedir que crianças e adolescentes sejam constrangidas a, contra a sua vontade, prestar declarações ao órgão judicial ou policial, usando de todos os meios e instrumentos legais para impedir a condução coercitiva de crianças e adolescentes.

O objetivo do presente trabalho, sem a pretensão de esgotar o tema, é demonstrar que as normas de processo penal que autorizam a condução coercitiva de vítimas e testemunhas não podem mais ser aplicadas quando se tratar de vítimas e testemunhas crianças

e adolescentes, por força da Lei nº 13.431/2017 e das diretrizes internacionais e como o Ministério Público; como uma instituição de garantia de direitos fundamentais e humanos, tem o dever de atuar para garantir a proteção integral das crianças e dos adolescentes, vítimas ou testemunhas de violência.

## **1. LEI Nº 13.431/2017**

A Lei nº 13.431/2017 estabeleceu o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, e entre esses direitos encontramos o de *“ter a intimidade e as condições pessoais protegidas quando vítima ou testemunha de violência”* (art. 5º, III), o de *“ser ouvido e expressar seus desejos e opiniões, assim como permanecer em silêncio”* (art. 5º, VI) e o de *“ser ouvido em horário que lhe for mais adequado e conveniente, sempre que possível”* (art. 5º, IX).

O objetivo primordial da lei é o de proteção às crianças e aos adolescentes expostos ao sistema de justiça, seja como vítimas, seja como testemunhas de violência física, psicológica ou sexual, possibilitando serem tratados com dignidade pelas instâncias formais de controle e pela rede de proteção, sempre procurando evitar sua revitimização.

Ou seja, a lei visa impedir que criança/adolescente vítima/testemunha de um crime seja igualmente vítima do sistema legal (vitimização secundária ou revitimização), tanto que previu como uma das formas de violência a violência institucional, sendo esta entendida como a praticada por agente público no desempenho de função pública, em instituição de qualquer natureza, por meio de atos comissivos ou omissivos que prejudiquem o atendimento da vítima, inclusive quando gerar revitimização (art.4º, IV, da Lei nº 13.431/2017 e no art.5º do Decreto nº 9.603/2018).

Revitimização ou vitimização secundária ou ainda sobrevitimização, por sua vez, é o sofrimento adicional causado à vítima gerado pelo indevido funcionamento, inadequado atendimento e irregular atuação das instâncias de controle penal formal (polícia,

judiciário, Ministério Público etc.) que pouca atenção dá a ela no decorrer do processo de registro, investigação e processamento do crime, tratando-a somente como mero objeto de investigação.

Nos dizeres de Barros (2008, p.70):

Já a vitimização secundária, também denominada sobrevitimização, pode ser compreendida como aquela gerada a partir da atuação dos órgãos responsáveis pelo controle social, incluindo todo o aparato policial, que receberá os primeiros reclamos relacionados à vítima, até os sujeitos que participarão do processo penal: juízes, promotores, peritos oficiais e serventuários da justiça.

A Lei nº 13.431/2017 apareceu no ordenamento jurídico brasileiro justamente para evitar que crianças e adolescentes, vítimas ou testemunhas de violência, fossem novamente, por meio de sua oitiva em juízo (ou em sede policial), revitimizados.

Então, pode-se dizer que, com a edição da Lei nº 13.431/2017, ficou evidenciado, ainda mais, o dever do sistema legal de evitar a revitimização de vítimas e testemunhas crianças e adolescentes.

O conceito de criança e de adolescente é previsto no art.2º da Lei nº 8.069/1990, ou seja, criança é a pessoa até 12 anos de idade incompletos e adolescente é aquela entre doze e dezoito anos de idade. Essas pessoas são as que a Lei nº13.431/2017 objetiva proteger<sup>1</sup>.

Ressalte-se que a Convenção sobre os Direitos da Criança considera criança todo ser humano com menos de 18 (dezoito) anos de idade (art.1º).

Quando a criança ou o adolescente são expostos a eventos violentos, na condição de vítima ou testemunha, o Estado é chamado a intervir para combatê-los através do sistema penal repressivo e também para atuar na promoção de direitos através de medidas de proteção.

---

<sup>1</sup> Ressalte-se que a própria lei admite a sua aplicação facultativa para vítimas e testemunhas de violência entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos (art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 13.431/2017). Assim, a lei é obrigatória para crianças e adolescentes, e facultativa, em determinados casos concretos, para aqueles com idade entre 18 e 21 anos.



## 2. VÍTIMAS E TESTEMUNHAS: UM NOVO OLHAR

Na lição de Bonfim (2007, p.325): “Testemunha é a pessoa estranha ao processo – isto é, que não seja parte – chamada a juízo para narrar fatos dos quais tenha tomado conhecimento, que se apresentem relevantes para a causa”.

Para efeitos deste escrito, considerando a Lei nº 13.431/2017, não faremos qualquer distinção entre testemunha e informantes ou declarantes.

Já vítima é a pessoa que sofre a ofensa ou a ameaça a seus bens jurídicos essenciais por conduta comissiva ou omissiva tipificada como infração penal praticada por um agente infrator.

Sobre o conceito de vítima, vale mencionar a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Delitos e Abuso de Poder da Organização das Nações Unidas de 1985 (Resolução 40/34 da ONU):

1 – Entende-se por ‘vítimas’ as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados-membros, incluída a que prescreve o abuso criminal de poder.

Segundo o Código de Processo Penal<sup>2</sup>, vítima e testemunha podem até mesmo ser conduzidas coercitivamente para prestarem depoimento em Juízo (o que inclui a Sessão do Tribunal do Júri), conforme arts. 201, § 1º, 218 e 461, §1º.

No que diz respeito ao art. 201 do CPP, Cunha e Pinto (2020, p. 651) pontuam que a norma cria para o Juiz o dever jurídico de ouvir a vítima, sendo esta oitiva de dupla natureza, funcionando a vítima como um meio de prova e também como um objeto de prova, permitindo, assim, sua condução coercitiva.

<sup>2</sup> O Código de Processo Civil também permite a condução coercitiva da testemunha (Art.455, § 5º. A testemunha que, intimada na forma do § 1º ou do § 4º, deixar de comparecer sem motivo justificado será conduzida e responderá pelas despesas do adiamento), sendo certo que as conclusões do presente texto são totalmente aplicáveis ao processo civil.

Já as testemunhas, de acordo com a doutrina clássica (AQUINO, 2020, p. 147), possuem o dever cívico de testemunhar, estando essa obrigação prevista no início do art. 206 do CPP, ao dispor que: “A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor”<sup>3</sup>, e por isso seria possível sua condução coercitiva, bem como aplicação de multa (art. 218 e art. 219 do CPP).

Contudo, essas ideias sobre a vítima ser mero objeto de prova, auxiliar da Justiça, deve ser revista. Certo que o abandono da vítima de crime é um fato incontestável (MOLINA; GOMES, 2008, p.74) e que perdura ao longo dos anos no processo penal.

Entretanto, nos últimos anos, a vítima tem recebido uma melhor atenção no processo penal, inclusive no Brasil. Ainda é pouco, mas parece ser um caminho sem volta.

A vítima – seja ela quem for – deve ser reconhecida como um sujeito de direitos, e não como mero objeto de provas. E como sujeitos de direitos, deve o Ministério Público tratá-las como pessoas que necessitam de proteção, amparo e atendimento digno, sendo a elas devido o respeito a seus direitos humanos.

O papel de proteção dos direitos da vítima por parte do Ministério Público, como não poderia deixar de ser, é reconhecido pelo Conselho Nacional do Ministério Público, expresso no “Guia Prático de Atuação do Ministério Público na Proteção e Amparo às Vítimas de Criminalidade”<sup>4</sup>. Vejamos:

O papel do Ministério Público na proteção, amparo e atendimento às vítimas de criminalidade decorre da própria titularidade da ação penal pública, conferida ao órgão, nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal de 1988, bem como decorre do exercício de outras funções, compatíveis com sua finalidade, nos termos do art. 129, IX, da CF/88, especificamente o dever de manutenção e proteção aos direitos humanos (art. 4º, II, da CF/88).

3 É certo, entretanto, que o próprio artigo já ressalva esse dever em relação a algumas pessoas.

4 Disponível em: <Guia\_Prático\_de\_Atuação\_do\_MP\_na\_Proteção\_às\_Vítimas\_de\_Criminalidade\_digital.pdf> (cnmp.mp.br).

O reconhecimento da vítima como sujeito de direitos no processo penal encontra respaldo em algumas previsões normativas de seus direitos.

O art. 201 do CPP, por exemplo, já expressa alguns direitos da vítima: direito de indicar provas; de ser comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem; espaço reservado antes e durante a audiência; preservação de sua intimidade, honra, imagem e vida privada.

Já na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) há previsão de diversos direitos da vítima, entre eles: direito a um tratamento policial e pericial especializado; direito a um tratamento digno e humanizado; direito de não ter contato direto com o ofensor; direito de ser inquirida o menor número de vezes possível, em local adequado; direito à informação sobre seus direitos; direito à assistência jurídica e aos serviços da Defensoria Pública etc.

Também a Lei nº 13.431/2017 traz em seu texto diversos direitos de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. Mais à frente elencaremos alguns desses direitos.

A Resolução 40/34 da ONU (Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder) expressa diversos direitos das vítimas, a saber: direitos de ser tratada com compaixão e respeito pela sua dignidade; direito de ter acesso aos mecanismos da justiça; direito a uma pronta reparação do dano que tenha sofrido; direito de ser informada dos direitos que lhe assistem; direito de ser ouvida expondo suas preocupações e opiniões; direito a uma assistência adequada ao longo do processo; direito à preservação de sua intimidade; direito a um processo célere (Itens 4, 5 e 6).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) também indica diversos direitos da vítima, entre eles: o direito de ser ouvido e atuar nos respectivos processos; o direito de acesso à justiça e de proteção judicial; direito a um recurso simples

e rápido ou a qualquer remédio adequado à defesa de um direito (art. 8.1 e art. 25).

Adicionalmente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – órgão jurisdicional do sistema interamericano voltado a interpretar e aplicar as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – construiu vasta jurisprudência reconhecendo diversos direitos das vítimas, entre eles: direito à verdade (*Caso Bécama Velásquez vs Guatemala*); direito a um processo com tramite num tempo razoável; direito a uma tutela efetiva, devendo os juízes conduzirem os processos a evitar dilações indevidas que levem à impunidade (*Caso Bulacio vs Argentina*; *Caso Bayarri vs Argentina*); direito à participação no processo (*Caso Valle Jaramillo e outros vs Colômbia*; *Caso “Meninos de Rua – Villagrán Morales e outros – vs Guatemala*); direito de ver o seu caso investigado, julgado e de punição do autor (*Caso Juan Humberto Sánchez vs Honduras*; *Caso Heliodoro Portugal vs Paraná*; *Caso Bulacio vs Argentina*); direito a uma investigação séria, diligente, imparcial e em tempo razoável para garantir eventual responsabilização penal dos autores (*Caso Rochac Hernández e outros vs El Salvador*); direito à reparação e a indenizações (*Caso Durand y Ugarte vs Peru*).

Como se nota, a vítima é um sujeito de direitos, que merece ser tratada com dignidade e respeito, devendo, portanto, dar-se uma nova interpretação aos artigos do Código de Processo Penal que tratam da vítima, rechaçando a ideia de ser ela apenas um meio/objeto de prova.

Quando a vítima é pessoa especialmente vulnerável (como crianças, adolescentes, mulheres em situação de violência doméstica, idosos etc.), há clara necessidade de uma maior proteção das vítimas e de garantia de seus direitos, evitando-se ao máximo a ocorrência de revitimização.

Também quanto às testemunhas, há de se dar uma nova interpretação a seu “dever de prestar declarações” quando as testemunhas também se encontram no grupo de pessoas especialmente vulneráveis, posto que também as testemunhas não podem sofrer uma vitimização por parte dos órgãos do estado.

Esclarece Lima (2020, p.771-773):

Testemunha vulnerável é aquela pessoa que, em virtude de suas próprias condições pessoais, ou em face da natureza da infração penal praticada contra ela, pode ser intimidada com facilidade, tornando-se incapaz de prestar declarações com liberdade, caso venha a prestar depoimento na presença física do acusado. Nesse conceito estão incluídas não apenas aquelas pessoas listadas no art.217-A do Código Penal – menores de 14 anos, enfermos ou deficientes mentais que não tenham o necessário discernimento para a prática de ato sexual, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência - como também idosos e testemunhas ou vítimas de crimes cometidos no contexto familiar ou de núcleo social fechado.

[...]

No caso de depoimento de vulneráveis, o interesse social caracteriza-se pela necessária proteção à integridade física, psíquica e emocional da testemunha, considerada sua condição peculiar, assim como pela necessidade de se evitar a revitimização do depoente.

Dessa forma, os dispositivos do Código de Processo Penal devem ser interpretados de modo a compatibilizar os direitos de vítimas e testemunhas, sobretudo crianças/adolescentes, com a normativa constitucional, legal (sobretudo a Lei nº 13.431/2017) e internacional (Convenções, Tratados de Direitos Humanos e jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos).

E aqui é de suma importância a lição de Mazzuoli (2019, p. 3-4) quando trata da necessária observância dos Tratados de Direitos Humanos firmados pelo Brasil e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos por parte do Poder Judiciário brasileiro e também do Ministério Público e demais órgãos nacionais. Vejamos.

O Brasil é parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos desde 1992, tendo aceitado a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998. A partir desse momento, toda a jurisprudência desse tribunal internacional influencia a nossa ordem jurídica, devendo conduzir

as atividades de todos os juízes e tribunais nacionais (sobretudo nos casos em que o Estado condenado é o próprio Brasil). Tal é assim porque as sentenças da Corte Interamericana, já se disse, irradiam efeitos *para além* dos Estados condenados, atingindo também terceiros Estados. Ademais, quando os Estados assumem compromissos mútuos pela via dos tratados internacionais, criando, *v.g.*, uma instância (corte) internacional de proteção, *eles mesmos* reconhecem que é seu dever respeitar e cumprir com as determinações dela provenientes, especialmente nos países (como o Brasil) cujos tratados de direitos humanos guardam hierarquia diferenciada.

Ademais, o juiz brasileiro deve controlar a convencionalidade das leis de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Brasil e conforme a jurisprudência dos tribunais internacionais a que o nosso país se vincula. No que tange à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o juiz brasileiro deve controlar a convencionalidade das leis tendo como paradigma a Convenção conjuntamente à interpretação que dela faz a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que é a sua intérprete última.

[...]

Não há dúvidas de que para controlar corretamente a convencionalidade das leis os juízes e tribunais do país devem conhecer, além dos tratados de direitos humanos em vigor no Estado, também a jurisprudência da corte regional de direitos humanos a que o nosso país se vincula, a dizer, a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Não só, porém, os magistrados, senão todos os operadores do Direito devem investigar esse *corpus juris* jurisprudencial de direitos humanos para o fim de exigir internamente a sua efetiva aplicação, tais os Advogados, Defensores Públicos, membros do Ministério Público e da Polícia Judiciária Civil.

### **3. OS DIREITOS DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES. O DIREITO DE PRESTAR DECLARAÇÕES E DE SILENCIAR. A IMPOSSIBILIDADE DE CONDUÇÃO COERCITIVA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

Anteriormente, indicaram-se algumas normas nacionais onde constam alguns direitos das vítimas, bem como a normativa da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os direitos das vítimas em geral.

No caso especificamente de vítimas e testemunhas crianças e adolescentes, tem-se, no Brasil, a já citada Lei nº 13.431/2017, em que há previsão de diversos direitos.

Para uma melhor interpretação e aplicação da referida Lei, é importante sempre ter em mente os arts. 2º e 3º, *in verbis*:

Art. 2º. A criança e o adolescente gozam dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhes asseguradas a proteção integral e as oportunidades e facilidades para viver sem violência e preservar sua saúde física e mental e seu desenvolvimento moral, intelectual e social, e gozam de direitos específicos à sua condição de vítima ou testemunha.

Art. 3º. Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento, às quais o Estado, a família e a sociedade devem assegurar a fruição dos direitos fundamentais com absoluta prioridade.

Já no art. 5º da Lei nº 13.431/2017 constam os direitos e as garantias de crianças/adolescentes vítimas/testemunhas de crimes, entre eles: a) receber prioridade absoluta e ter considerada a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento (inciso I); b) receber tratamento digno e abrangente (inciso II); c) ter a intimidade e as condições pessoais protegidas quando vítima ou testemunha de violência (inciso III); d) ser ouvido e expressar seus desejos e opiniões, assim como permanecer em silêncio (inciso VI); e) ser resguardado

e protegido de sofrimento, com direito a apoio, planejamento de sua participação, prioridade na tramitação do processo, celeridade processual, idoneidade do atendimento e limitação das intervenções (inciso VIII); f) ser ouvido em horário que lhe for mais adequado e conveniente, sempre que possível (inciso IX).

A combinação dos artigos acima citados com o art. 4º, IV, da Lei nº 13.431/2017 indicam claramente que a criança/adolescente vítima ou testemunha de violência tem o direito de ser ouvida, assim como tem o direito de permanecer em silêncio (art. 5º, VI). Essa conclusão decorre claramente dos dispositivos legais citados, bem como da interpretação da Constituição Federal e da Lei nº 8.069/90.

Mas não é só. No campo internacional, vale citar a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, ratificada integralmente pelo Brasil em 1990, que em seu art. 12 consta:

1. Os Estados-partes assegurarão à criança, que for capaz de formar seus próprios pontos de vista, o direito de exprimir suas opiniões livremente sobre todas as matérias atinentes à criança, levando-se devidamente em conta essas opiniões em função da idade e maturidade da criança.
2. Para esse fim, à criança será, em particular, dada a oportunidade de ser ouvida em qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhe diga respeito, diretamente ou através de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais do direito nacional.

E também o art. 8º, item 1, alínea “c”, do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil:

1. Os Estados Partes adotarão as medidas apropriadas para proteger os direitos e interesses de crianças vítimas das práticas proibidas pelo presente Protocolo em todos os estágios do processo judicial criminal, em particular:

[...]

- c) permitindo que as opiniões, necessidades e preocupações das crianças vitimadas sejam apresentadas e consideradas nos processos em que seus



interesses pessoais forem afetados, de forma coerente com as normas processuais da legislação nacional;

Importa ainda mencionar que a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos “considera que as crianças devem ser informadas de seu direito a serem ouvidas diretamente ou por meio de um representante, se assim o desejarem” (*Caso Atala Riffo e meninas vs Chile*) e que

A obrigação de proteger o interesse superior das crianças durante qualquer procedimento no qual esteja envolvido pode implicar o seguinte [...] assegurar especialmente em casos nos quais crianças tenham sido vítimas de delitos como abusos sexuais ou outras formas de maltrato que seu direito a ser escutados seja exercido garantindo-se sua plena proteção, vigilando para que o pessoal esteja capacitado para lhes atender e que as salas de entrevistas representem um entorno seguro e não intimidatório, hostil, insensível ou inadequado [...] (*Caso Rosendo Cantú e outra vs México*).

Isso reforça ainda mais que criança/adolescente tem o direito (não o dever) de ser ouvida.

A Lei nº 13.431/2017 e as normativas internacionais acima (incluindo a decisão da Corte IDH) deixam claro que é um direito da criança/adolescente ser ouvida, e não um dever, tanto que pode até ficar em silêncio e, como tal, não pode ser constrangida a comparecer perante a autoridade judicial (ou policial) para prestar depoimento, não podendo, portanto, ser conduzida coercitivamente, sob pena de prática de violência institucional e vitimização secundária praticada pelo órgão judicial (ou policial).

Em suma, a criança/adolescente tem o direito de ser ouvida (e de silenciar), mas não pode ser obrigada a isso.

Compartilhando da mesma conclusão, Zavattaro (2018, p.38), ao analisar o disposto na Convenção e no Protocolo Facultativo acima citados, sentenciou:

Verifica-se, pela leitura dos documentos, que em se tratando de ofendido ainda criança, a sua oitiva no processo penal não é tratada como dever. Não é prevista

qualquer medida coercitiva ou obrigatória para sua apresentação frente à autoridade. De outro lado, sua oitiva e a valoração de sua opinião são claramente colocadas como um direito da criança.

Igualmente Souza (2018, p.202):

Na prática forense é comum que os juízes expliquem às vítimas sobre a possibilidade de que não estão compromissadas a falarem a verdade, embora exista claro estímulo direto, no sentido de que devem falar o que for perguntado. Agora, a lei explicitou o direito ao silêncio, não cabendo, sequer condução coercitiva das vítimas, perante os juízes e tribunais para participarem das audiências, exatamente como ocorre com os acusados, que possuem o direito de participarem dos processos, inclusive de serem informados de suas fases, nos termos da legislação processual.

Logo, para evitar revitimização e violência institucional, crianças/adolescentes quando vítimas ou testemunhas de crimes não podem ser conduzidos coercitivamente para prestarem depoimento perante a autoridade policial ou judicial, pois não podem ser constrangidas a prestar declarações contra a sua vontade.

Nesse sentido, importante orientação do Conselho Nacional do Ministério Público constante no “Guia Prático para a Implementação da Política de Atendimento de Crianças e Adolescentes Vítimas ou Testemunhas de Violência”<sup>5</sup> sobre o aqui tratado. Vejamos:

Em qualquer hipótese, a autoridade policial ou judiciária deverá avaliar se é indispensável a oitiva da criança ou do adolescente, consideradas as demais provas existentes, de forma a preservar sua saúde física e mental e seu desenvolvimento moral, intelectual e social (valendo lembrar que, de uma forma ou de outra, a vítima ou testemunha não pode ser constrangida a prestar o depoimento contra sua vontade manifesta, sob pena da prática da já referida “violência institucional”).

Sobre a questão, complementa Souza (2018, p.211):

Outro ponto interessante é que, seja em virtude da impossibilidade dos juízes e delegados de polícia

5 Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/12388-guia-pratico-para-implementacao-da-politica-de-atendimento-de-criancas-e-adolescentes-vitimas-ou-testemunhas-de-violencia>>.

determinarem a condução coercitiva das vítimas pela impossibilidade das partes fazerem perguntas diretamente às vítimas e testemunhas menores de 18 anos de idade, ocorreu revogação tácita dos citados dispositivos do CPP, quando forem contrários à nova inteligência da Lei n. 13.431/2017.

Essa é uma interpretação consentânea com a legislação interna (Lei nº 13.431/2017) e com a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, sendo importante lembrar que o próprio Código de Processo Penal, em seu art. 1º, já deixa ressalvada a possibilidade de aplicação de tratados, convenções e regras de direito internacional nos processos penais.

Relevante é o cuidado observado por Iulianello (2019, p.257):

Justamente por ser um direito, como já mencionado, a vítima menor de dezoito anos não pode ser obrigada, portanto, a participar do processo. Com base neste raciocínio, pode-se afirmar que, caso não deseje, a criança ou o adolescente vítima poderia, de antemão, se recusar a comparecer em juízo, afirmando que não deseja falar sobre a violência sofrida, hipótese em que, em tese, não seria cabível a sua condução coercitiva, ante a impossibilidade de aplicação do §1º do artigo 201 do Código de Processo Penal em razão do que dispõe o artigo 5º, inciso VI, da Lei n. 13.431/17.

Cumprido ressaltar, contudo, que, de acordo com as especificidades do caso concreto, eventual recusa da vítima a comparecer em juízo pode evidenciar uma patente situação de risco e a tentativa de eximir o autor do fato de possível responsabilização penal. Não se pode deixar de levar em consideração que, em se tratando de pessoa menor de idade, a decisão sobre eventual recusa de comparecimento em juízo para prestar depoimento acerca dos fatos não é tomada pela vítima isoladamente, tendo em vista que a intimação para comparecimento será encaminhada ao seu representante legal. Portanto, pode ser que, no caso concreto, a decisão de não prestar depoimento não tenha sido tomada efetivamente pela vítima, sendo possível, ainda, que ela esteja sendo influenciada por alguém, justamente para garantia da impunidade do agressor.

Na pertinente hipótese acima, vale a pena uma breve investigação pela equipe multidisciplinar do Juízo, para melhor avaliar a recusa da criança/adolescente e, sendo ela verdadeira, onde a oitiva poderá causar mais danos à criança ou ao adolescente, nada mais acertado que dispensar a escuta, protegendo a criança ou o adolescente, com base no princípio da proteção integral, sob pena de cometimento de verdadeira violência institucional (artigo 4º, inciso IV, da Lei nº 13.431/17).

Na situação, Schmidt esclarece (2020, p.319):

Caso não compareça após intimação, a equipe técnica deverá avaliar os motivos de sua ausência e, caso seja imprescindível sua oitiva, desde que o infante concorde ou seu representante legal, poderá ser intimado a comparecer novamente, de livre e espontânea vontade. Não comparecendo novamente nenhum prejuízo lhe acarretará, presumindo que prefere o silêncio a comparecer em juízo.

Não há, pois, possibilidade de condução coercitiva.

Interessante decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

RECLAMAÇÃO (CORREIÇÃO PARCIAL). CRIME DE LESÃO CORPORAL COMETIDO NO ÂMBITO DOMÉSTICO. FILHO DO CASAL, COM 10 (DEZ) ANOS, ARROLADO COMO INFORMANTE. RECUSA A COMPARECER EM JUÍZO. INSISTÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA OITIVA DA CRIANÇA. DECISÃO DO MAGISTRADO QUE INDEFERIU O PEDIDO DA ACUSAÇÃO. ALEGADA IMPRESCINDIBILIDADE DA PROVA. TESE NÃO ACOLHIDA. A violência doméstica vitimiza não somente o alvo direto da agressão, mas também os filhos que presenciam o infortúnio. Logo, ao se exigir de crianças e adolescentes que, na presença de autoridades, relatem o fato violento ou testemunhem contra um dos genitores, deve-se primar pela harmonização da busca da verdade real com a máxima proteção integral. A recusa da criança em rememorar a relação conflituosa entre seus pais, especialmente quando colhido seu testemunho na fase inquisitiva, remete ao entendimento da revitimização, intervenção que viola as medidas legais de amparo direcionadas à infância e juventude. De sorte que a obrigatoriedade de comparecimento do infante para relatar o evento que

supostamente presenciou, mesmo que não se defira o compromisso legal, torna-se, no caso, prescindível, especialmente nos crimes cometidos no ambiente doméstico, em que a palavra da vítima, aliada ao laudo pericial, tem significativa relevância. RECLAMAÇÃO DESPROVIDA. (Correição Parcial n. 8000239-11.2018.8.24.0900, rel. Volnei Celso Tomazini, 2ª Câmara Criminal, j. 30-10-2018).

#### **4. OS PRINCÍPIOS DO SUPERIOR INTERESSE E *PRO PERSONA***

Ademais, não se pode esquecer de dois importantes princípios que devem sempre ser levados em consideração quando está em debate qualquer situação que envolva direitos de crianças e adolescentes na Justiça: o princípio do superior interesse da criança e do adolescente e o princípio *pro persona*.

O princípio do interesse superior da criança está previsto no art. 3.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança, *in verbis*: “1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”

A Constituição Federal de 1988 adotou, em consonância com a Convenção sobre os Direitos da Criança, a doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes, doutrina esta reafirmada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e na também na Lei nº 13.431/2017 (art. 2º), inserindo no ordenamento jurídico nacional o princípio do superior (ou melhor) interesse da criança e do adolescente.

Importa consignar que, apesar de o princípio do interesse superior da criança e do adolescente estar expressamente previsto no art. 100, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ele é um princípio norteador não só na aplicação de medidas de proteção da criança e do adolescente, mas também em todo o processo, medidas e ações afirmativas relativas à proteção e garantia dos direitos de crianças e adolescentes.

Em resumo, o princípio do interesse superior da criança e do adolescente é um princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras (AMIN, 2016, p. 72), compreendendo que a interpretação e a aplicação da legislação devem ser feitas sempre de forma mais favorável à criança e ao adolescente, para atender justamente ao seu melhor e superior interesse.

Em adição, aponta-se que todas as normas devem ser interpretadas conforme os direitos humanos, sem qualquer exceção (MAZZUOLI, 2021, p. 34) e, nesse aspecto, a interpretação deve ser sempre aquela mais benéfica à proteção dos direitos humanos, ou seja, a norma a ser aplicada é a que mais protege os direitos humanos; a interpretação deve ser sempre favorável à proteção dos direitos humanos.

É a aplicação do princípio *pro homine ou pro persona*. Princípio este previsto no art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e também no art. 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Sobre o princípio *pro homine ou pro persona*, leciona Mazzuoli (2021, p.34-35):

A interpretação conforme os direitos humanos impede, por igual, que seja aplicada norma menos benéfica ao ser humano em detrimento de norma a ele mais favorável, eis que o princípio básico presente em todos os tratados de direitos humanos, bem assim no costume internacional relativo a esses direitos, é o princípio *pro homine* ou *pro persona*, por meio do qual o intérprete, num dado caso concreto, deve sempre aplicar a norma *mais favorável* à pessoa. [...] Tal significa que, aplicando a interpretação conforme os direitos humanos, *sempre* há de ser encontrada a solução *mais benéfica* ou *mais protetiva* (e também *mais justa*) ao ser humano sujeito de direitos diante de uma situação concreta.

Então, a condução da criança e do adolescente para prestar declarações em Juízo contra a sua vontade, com base nos permissivos

artigos do Código de Processo Penal, não deve ser aceita por parte do Ministério Público, já que desconsidera criança/adolescente como sujeito de direitos, desconsidera que criança/adolescente possui o direito de prestar declarações em Juízo e não um dever, além de não levar em consideração sua condição peculiar como pessoa em desenvolvimento, desconsiderando as normativas da Lei nº 13.431/2017 e as normativas internacionais, bem como ignorando o princípio do interesse superior da criança e do adolescente e do princípio *pro homine ou pro persona*, o que acarreta revitimização dessas pessoas que se encontram em condições especiais de desenvolvimento, não assegurando a fruição de seus direitos fundamentais com absoluta prioridade.

## 5. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público tem a missão constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo uma das suas funções institucionais a promoção, de forma privativa, da ação penal pública (Art.127, *caput*, e art. 129, I, da CF), além de ser o fiscal da execução da lei (Art. 257, II, do CPP) e da ordem jurídica (Art.178 do CPC).

Outrossim, é dever do Estado, com absoluta prioridade, assegurar à criança e ao adolescente a proteção a todos os seus direitos (art. 227 da CF), e, como os direitos e interesses ligados à proteção da criança e do adolescente sempre têm caráter social ou indisponível, claro está que o Ministério Público atua em toda causa em que se discute tais interesses, bem como nas causas de interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos ligados à área da infância e juventude.

Não há dúvidas de que foi o Ministério Público eleito o grande protagonista na defesa dos interesses das crianças e dos adolescentes, considerando a gama de atribuições, expressa ou implicitamente, conferidas à instituição pelo ECA. E essas normas não se limitam à aplicação nos Juízos da Infância e Juventude. São normas que direcionam a atuação do Ministério Público em todo o seu campo de atuação, inclusive no processo penal.

E não é só. As crianças e os adolescentes são titulares plenos de direitos humanos, e é o Ministério Público uma instituição de garantia de direitos fundamentais e de proteção dos direitos humanos.

Na lição de Mazzuoli (2021, p.408):

O Ministério Público (dos Estados e da União) é, como se nota, protetor dos direitos individuais e da coletividade, à luz das garantias estabelecidas pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Estado, cabendo-lhe assegurar que a ordem jurídica e o regime democrático sejam efetivamente respeitados. Nesse sentido, o Ministério Público passa a ser defensor também direto dos direitos fundamentais e humanos em vigor na ordem interna, contando, para tanto, com instrumentos de tutela específicos ao cumprimento desses misteres.

Mais uma vez vale afirmar: criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência tem o direito de ser ouvida, de prestar declarações em Juízo, mas não o dever e, por isso, não pode ser constrangida a prestar declarações contra a sua vontade. Direito este garantido pela Lei nº 13.431/2017 e pela normativa internacional de proteção aos direitos humanos das crianças e adolescentes.

E ainda: o direito de ser ouvida deve ser exercido através do depoimento especial. Essa deve ser a regra. Contudo, mesmo para a garantia desse direito, deve-se ter em mente o superior interesse da criança e do adolescente e a necessidade de se evitar a revitimização, sendo certo que é preciso avaliar se é realmente necessária a oitiva da criança/adolescente ou se as provas constantes nos autos já não são suficientes para provar a autoria e a materialidade do delito, tudo isso para não tornar a modalidade de depoimento especial também uma nova forma de violência institucional, entendida esta como *a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização* (Art. 4º, IV, da Lei nº 13.431/2017).

Nesse ponto, é relevante o disposto no art. 22 da Lei nº 13.431/2017: *“Os órgãos policiais envolvidos envidarão esforços investigativos para que o depoimento especial não seja o único meio de prova para o julgamento do réu”*.



O dispositivo citado deixa evidente que há necessidade de uma investigação mais ampla e completa, não devendo ser dependente do depoimento especial, uma vez que esse, por força do Decreto nº 9.603/2018, somente ocorrerá se for indispensável, *consideradas as demais provas existentes, de forma a preservar sua saúde física e mental e seu desenvolvimento moral, intelectual e social*.

Como pontua Souza (2018, p. 215):

Um ponto que restou expresso no art. 22 da Lei n. 13.431/2017 foi no sentido de orientar as autoridades policiais que produzem outras provas criminais, além da escuta especializada e do depoimento especial. É que embora seja reconhecidamente difícil a produção de mais provas criminais, além da palavra da vítima, é possível a utilização das interceptações telefônicas por determinação judicial; a oitiva de vizinhos e colegas das vítimas; oitivas de professores e profissionais da saúde que atenderam as vítimas, especialmente antes dos fatos; enfim, torna-se fundamental o esgotamento das diligências policiais no sentido da identificação da autoria, materialidade, direta ou indireta e a justa causa para as ações penais.

[...]

É, assim, preciso mais rigor no controle da qualidade das investigações policiais, de modo que o depoimento especial, em pouco tempo, não se torne a única prova criminal possível de ser obtida regulamente.

Nesse sentido, importante orientação do Conselho Nacional do Ministério Público constante no “Guia Prático para a Implementação da Política de Atendimento de Crianças e Adolescentes Vítimas ou Testemunhas de Violência”<sup>6</sup> sobre o aqui tratado. Vejamos:

Importante destacar que a coleta do depoimento especial da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência (e muito menos sua repetição, no plenário do Tribunal do Júri, após já ter sido este colhido na fase da pronúncia - Especialmente após decorrido um prolongado lapso temporal desde o fato criminoso) não é, de modo algum, “obrigatória”, sendo inclusive expressamente prevista, pelo art.

<sup>6</sup> Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/12388-guia-pratico-para-implementacao-da-politica-de-atendimento-de-criancas-e-adolescentes-vitimas-ou-testemunhas-de-violencia>>.

5º, inciso VI, da Lei nº 13.431/2017, a possibilidade daquela se recusar a depor, caso em que não poderá ser constrangida a fazê-lo, sob pena de acarretar a mencionada “violência institucional”.

Em qualquer caso, é preciso ter em mente que a criança ou o adolescente não pode ser tratado como mero “objeto de produção de prova”, mas sim uma pessoa em desenvolvimento que, por força nada menos que do art. 227, *caput*, parte final, da Constituição Federal (que é reproduzido pelo art. 5º da Lei nº 8.069/90), deve ser colocada a salvo de toda e qualquer forma de “negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, sendo este verdadeiro comando constitucional, aliás, a própria razão de ser da Lei nº 13.431/2017.

A própria Constituição Federal, ademais, prevê que todos os meios lícitos de prova são admissíveis em Direito, razão pela qual deve-se buscar comprovar a ocorrência de eventual crime contra a criança ou adolescente, ou por ela testemunhado, por outros meios.

Diante dessas diretrizes, quando viável a demonstração da ocorrência dos fatos por outros meios de prova permitidos em lei, o Ministério Público deve evitar efetuar a coleta do depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, ressalvada a manifesta intenção de estas prestarem tais declarações.

Nesse prisma, cabe ao Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade policial (Art. 129, VII, da Constituição Federal), atuar fortemente para que, na fase policial, a autoridade policial promova uma investigação completa, privilegiando a oitiva de familiares e testemunhas, bem como a produção de prova pericial, se possível, para que não haja a necessidade de se ouvir a criança/adolescente, ficando dependente, por vezes, da palavra da criança/adolescente unicamente, uma vez que, ainda que se reconheça a dificuldade de obtenção de outras provas em crimes ocorridos às ocultas, no ambiente doméstico, sobretudo, justamente por ser um ambiente reservado, é de se reconhecer que o peso que recai sobre a criança/adolescente é grande e pode gerar revitimização e temor, sendo importante a produção de outras provas da violência, sempre levando-

se em consideração a proteção integral e o princípio do interesse superior da criança e do adolescente e sua especial condição de pessoa em desenvolvimento.

Efetivamente, se for imprescindível a oitiva da criança/adolescente, que o Ministério Público, ainda na fase policial, utilize-se de ação para antecipar a oitiva dessa criança/adolescente na modalidade cautelar (art. 11 da Lei nº 13.431/2017).

Mas, sendo o Ministério Público defensor da ordem jurídica, dos interesses das crianças e dos adolescentes e defensor dos direitos humanos, jamais deve permitir que a autoridade policial conduza coercitivamente a criança/adolescente para prestar declarações, ainda que na modalidade especial em sede de Polícia, atuando para impedir qualquer tentativa de constranger a criança/adolescente a prestar declarações contra a sua vontade.

Já no processo penal, além de promover privativamente a ação penal pública, atua-se como fiscal da ordem jurídica e da lei em todos os feitos criminais e há o dever de assegurar que todos os direitos da vítima sejam observados, entre eles o de ser tratada com compaixão e respeito pela sua dignidade.

Por isso, visando evitar a revitimização e garantir um tratamento digno, respeitoso e humano para a criança/adolescente vítima ou testemunha de violência, o Ministério Público deve, sempre que possível, evitar a coleta de depoimento de crianças/adolescentes, fazendo uso de outros meios para comprovar a autoria e a materialidade delitiva, ressalvada a manifesta intenção de crianças e adolescentes exercerem o seu direito de serem ouvidos em Juízo.

Contudo, como já consignado, se imprescindível for a oitiva da criança/adolescente no entender do Ministério Público, ou se a criança/adolescente expressamente manifestar a vontade de prestar declarações, tais declarações devem ser efetivadas por meio de depoimento especial, na forma da Lei nº 13.431/2017.

E mais: o Ministério Público tem o dever de impedir ordens de condução coercitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. Se a criança/adolescente não desejar exercer o seu direito

de ser ouvida, não pode ela ser constrangida a comparecer em Juízo para prestar declarações contra a sua vontade, sendo papel do defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos humanos atuar para que uma violência institucional não ocorra contra as pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, evitando que crianças e adolescentes sejam revitimizadas no Sistema de Justiça.

O Ministério Público deve dar uma nova interpretação e aplicação às normas que permitem a condução coercitiva de vítimas e testemunhas crianças/adolescentes. Interpretação esta em que exista a prevalência dos direitos de crianças/adolescentes previstos na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei nº 13.431/2017, bem como nos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos e na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como lecionam Mazzuoli, Faria e Oliveira (2021, p. 29):

No momento em que se manifesta nos autos, o Ministério Público, como órgão essencial à função jurisdicional do estado, deve se posicionar firmemente pelo afastamento da norma contrária aos tratados de direitos humanos em vigor no Brasil, se for mais benéfica a tutela prevista na norma convencional, em homenagem ao princípio *pro homine* ou *pro persona*. Portanto, em caso de conflito entre norma interna e a prevista no tratado de direitos humanos, deverá o Ministério Público optar pela fonte que proporciona a norma *mais favorável* à pessoa protegida (princípio *pro homine*), pois o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos humanos.

Assim, caso seja imprescindível, a criança e o adolescente vítima ou testemunha de violência será ouvida em Juízo por meio de depoimento especial. Mas, se no dia designado para a oitiva a criança/adolescente não comparecer, o Ministério Público, como órgão de proteção dos direitos humanos, deve, inicialmente, diligenciar para que a equipe multidisciplinar do Poder Judiciário, ou a própria equipe do Ministério Público (raramente existente, é verdade, infelizmente), ou mesmo os próprios órgãos da rede de proteção da infância (Conselho

Tutelar, CREAS, CRAS), promova uma visita à criança/adolescente para a averiguar o motivo da ausência em Juízo, analisando se a ausência partiu efetivamente da vontade da criança/adolescente de não querer prestar declarações ou se ela sofreu algum tipo de constrangimento para deixar de ir ao Fórum.

Constatando a diligência que efetivamente a criança/adolescente não deseja prestar declarações em Juízo por vontade própria ou que eventual oitiva, devido à situação de vulnerabilidade da criança/adolescente, no caso concreto, causará ainda mais dano a essa pessoa em especial condição de desenvolvimento, a postura aguardada do Ministério Público é que, com base no princípio da proteção integral, reconhecendo ser um direito da criança/adolescente ser ouvida, e não um dever, dispense a sua oitiva e se posicione contrariamente a eventual pedido ou ordem judicial de condução coercitiva da criança/adolescente, alertando o Poder Judiciário que eventual ordem nesse sentido, além de ser contrária à Lei nº 13.431/2017 e à Constituição Federal, ofende as Convenções e Tratados de Direitos Humanos firmados pelo Brasil, bem como acarreta verdadeira violência institucional (artigo 4º, inciso IV, da Lei n. 13.431/17) e revitimização de pessoas que estão em especial condição de desenvolvimento.

Como diz Mazzuoli (2021, p. 254):

Doravante, espera-se que o Poder Judiciário exerça, sempre que necessário, o devido controle de convencionalidade das normas internas sob os paradigmas das normas internacionais de proteção às crianças e adolescentes, resolvendo as antinomias eventualmente existentes pela aplicação do princípio *pro homine*, que manda aplicar sempre a norma “mais favorável” ao ser humano sujeito de direitos.

## CONCLUSÃO

Os direitos humanos das vítimas de criminalidade devem primordialmente ser respeitados e tutelados pelo Ministério Público<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Disponível em: <Guia\_Prático\_de\_Atuação\_do\_MP\_na\_Proteção\_às\_Vítimas\_de\_Criminalidade\_digital.pdf> (cnmp.mp.br).

Um adequado, humanizado, respeitoso e digno atendimento para toda e qualquer vítima de crimes é extremamente necessário no procedimento processual penal brasileiro e, em relação ao tratamento das pessoas vulneráveis, incluído as crianças e os adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, a urgência é mais que evidente.

É preciso que se dê efetividade às normas de proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes. É preciso uma nova visão, interpretação e aplicação das normas de processo penal brasileiro quando se está diante de interesses que envolvam crianças e adolescentes.

A Lei nº 13.431/2017 explicitou, em conformidade com a Convenção sobre os Direitos da Criança e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o direito da criança e do adolescente de prestarem declarações em Juízo, inclusive o de silenciar. E, sendo um direito, jamais pode ser constrangida a exercer esse direito contra a sua vontade.

As normas processuais penais – e também cíveis – que permitem a condução coercitiva de vítimas e testemunhas para prestarem declarações em Juízo precisam, quando se tratar de crianças e adolescentes, ser interpretadas de forma integrada com a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei nº 13.431/2017, bem como com o disposto na normativa internacional de proteção aos direitos humanos, sobretudo a Convenção sobre os Direitos da Criança e a Convenção Americana de Direitos Humanos e, também, em conformidade com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse aspecto, os dispositivos dos artigos 201, §1º, 218 e 461, §1º, do CPP devem sofrer uma nova interpretação, desta feita, constitucional, legal e convencional, para que não possam ser aplicados quando a recusa em comparecer em Juízo for expressada por crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência.

A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento em que se encontram as crianças e os adolescentes deve ser sempre levada em

consideração, observando-se ainda os princípios da proteção integral, prioridade absoluta e interesse superior da criança e do adolescente.

O pedido e a eventual ordem de condução coercitiva de crianças e adolescentes violam, ao mesmo tempo, esses princípios protetores dos direitos de crianças e adolescentes, bem como a Lei nº 13.431/2017 e a Convenção sobre os Direitos da Criança, assim como afronta a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Cabe ao Ministério Público, como órgão de garantia e defesa dos direitos fundamentais e humanos, atuar fortemente no controle da atividade policial para garantir uma investigação completa, privilegiando a oitiva de familiares e testemunhas, bem como a produção de prova pericial, se possível, para que não haja a necessidade de ouvir a criança/adolescente, visando sempre a evitar revitimização dessas pessoas em especial condição de vulnerabilidade.

Se imprescindível for a oitiva de crianças e adolescentes, o Ministério Público deve garantir que essa oitiva somente possa ser realizada por meio de depoimento especial. Contudo, se a vítima ou a testemunha criança/adolescente se recusar a comparecer para prestar declarações, deve o Ministério Público atuar para garantir esse direito, posicionando-se contrariamente a pedidos e decisões que constroem a criança/adolescente a comparecerem em Juízo contra a sua vontade, demonstrando a incompatibilidade constitucional, legal e convencional da condução coercitiva de crianças e adolescentes.

Em resumo: a) crianças e adolescentes têm o direito de ser ouvidas em Juízo; b) crianças e adolescentes podem permanecer em silêncio; c) crianças e adolescentes não tem o dever de prestar declarações em Juízo, mas sim, repita-se, um direito; d) crianças e adolescentes não podem ser constrangidas a prestar declarações contra a sua vontade; e) a condução coercitiva de crianças e adolescentes viola a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 13.431/2017, a Convenção sobre os Direitos da Criança, bem como afronta a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; f) não se pode aplicar os artigos 201, § 1º, 218 e 461, §1º, do CPP (nem o Art. 455, § 5º, do CPC) quando se tratar de crianças e adolescentes

vítimas ou testemunhas de violência; g) a condução coercitiva de crianças e adolescentes é uma forma de violência institucional e causa revitimização; h) na interpretação da norma, deve-se sempre buscar a que atenda ao interesse superior da criança e do adolescente e a que mais otimize os direitos humanos, sempre aplicando a mais favorável à proteção dos direitos humanos (princípio *pro persona* ou *pro homine*); i) o Ministério Público é órgão protetor dos direitos humanos; j) o Ministério Público deve garantir que os direitos humanos das vítimas sejam respeitados; l) o Ministério Público, como defensor dos direitos humanos, deve atuar para que não haja ordem de condução coercitiva de crianças e adolescentes, utilizando-se de todos os meios legais para evitar que a criança e o adolescente sofram violência institucional e revitimização por parte do Sistema de Justiça.

## REFERÊNCIAS

- AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.62-75.
- AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro**. 7 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da Vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados** – artigo por artigo. Salvador: JusPodivm, 2020.
- IULIANELLO, Annunziata Alves. **Depoimento Especial** – um instrumento de concretização da proteção integral de crianças e adolescentes submetidos a abuso sexual. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019.



LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume único. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense/Método, 2021.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais**. Rio de Janeiro: Forense/Método, 2019.

\_\_\_\_\_; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa e; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MOLINA, Antônio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 6 ed. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SCHMIDT, Flávio. **Lei do Depoimento Especial Anotada e Interpretada**. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **Depoimento Especial de Crianças e Adolescentes no Sistema de Justiça**. São Paulo: Pillares, 2018.

ZAVATTARO, Mayra dos Santos. **Depoimento especial: aspectos jurídicos e psicológicos de acordo com a Lei n. 13.431/2017**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

## O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

### *THE USE OF DE MINIMIS DOCTRINE FOR TAX CRIMES IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM*

**Michelle de Medeiros Fidélis**

Pós-graduada em Jurisdição Federal pela Escola Superior da Magistratura Federal do Estado de Santa Catarina (ESMAFESC). Assistente da 2ª Procuradoria de Justiça Cível (Ministério Público do Estado de Santa Catarina)  
chellefidelis@yahoo.com.br

**Monique de Medeiros Fidélis**

Doutoranda em Direito Internacional no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Mestra em Direito Internacional (UFSC).  
moniquemfidelis@gmail.com

Recebido em: 31/3/2021

Aprovado em: 14/7/2021

**Resumo:** O presente estudo tem como objetivo descrever e compreender, à luz da doutrina e da jurisprudência, a aplicabilidade jurídica do Princípio da Insignificância nos Crimes contra a Ordem Tributária, bem como expor quais parâmetros devem ser utilizados para aplicação desse princípio em cada um dos âmbitos federativos (federal, estadual – dando especial atenção ao Estado de Santa Catarina – e municipal), e, assim, auxiliando na atuação não apenas do Ministério Público Estadual e Federal, mas também no trabalho do judiciário. Eis que a questão é sensível, pois o instituto penal interfere na arrecadação monetária que mantém os serviços essenciais à população e os preceitos da ordem econômica, ainda mais em tempos pandêmicos (devido ao novo coronavírus – Covid-19).

**Palavras-chave:** Crimes contra a Ordem Tributária. Princípio da Insignificância (Princípio da Bagatela). Defesa dos interesses da sociedade

e da ordem econômica. Direito Tributário. Direito Criminal.

**Abstract:** *In light of legal scholarship and precedents, the present study aims to describe and define the use of de minimis doctrine for tax crimes in the Brazilian legal system, while explaining the parameters for the application of such doctrine at federal level, state level – specially in the state of Santa Catarina, Brazil – and municipal level. In this sense, the paper intends to aid the duties of Public Prosecutors' Office, both in federal and state levels, and the Judiciary branch for such issue, since the doctrine is related to collection of monetary resources which are used to maintain essential services to the population and the economic order, specially during the COVID 19 coronavirus pandemic crisis.*

**Keywords:** *Tax crimes. De minimis doctrine. Protecting the interests of society and the economic order. Tax law. Criminal law.*

**Sumário:** Introdução. 1. O Princípio da Insignificância. 2. Do valor de alçada no âmbito federal, estadual e municipal. 3. Demais quesitos de atenção. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

O Estado Social Democrático de Direito, como do próprio nome se pode inferir, tem em sua base o Estado Social Fiscal, ou seja, ele capta recursos não somente para manter sua estrutura, mas para prover as necessidades coletivas. A cobrança de tributos, a principal fonte de receitas públicas, é voltada para atingir os objetivos insertos no art. 3º da Constituição Federal: construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e marginalização, tendente à redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem-estar da coletividade. Logo, seu fim é evitar o prejuízo ao erário e, por via de consequência, à coletividade.

Após a chegada da pandemia ocasionada pelo novo coronavírus (Covid-19), foi possível perceber a importância de todo o conjunto do sistema tributário (desde os princípios e normas reguladores da criação, fiscalização e arrecadação das prestações tributária; do trabalho dos auditores fiscais; até a discussão de temas tributários dentro dos três poderes – Executivo, Legislativo, Judiciário), pois, afinal de contas, é com o valor arrecadado dos tributos que se faz diversas políticas para o combate da calamidade sanitária.

Para alcançar todos os objetivos, o sistema tributário possui diversas regras dispostas principalmente na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional e, entre elas, há regramentos quanto à obrigação compulsória de pagar e ao limite do poder de tributar, assim como também às igualdades tributárias entre os contribuintes.

Diante desse cenário e de tão pontuais definições, percebe-se a sensibilidade ao se pensar da possibilidade de aplicar o princípio da insignificância aos crimes da ordem tributária.

Entretanto, adianta-se que a aplicação do instituto supralegal de exclusão de tipicidade é possível em tais crimes.

Mas, então, quais são os critérios para tal ocorrência, por consequência, alcançar padronização das decisões (ou seja, segurança jurídica)? É justamente isso que este artigo se propõe a solucionar, dando atenção a todos os âmbitos federativos (em especial ao estadual, dando uma maior ênfase ao Estado de Santa Catarina), tendo por objetivo auxiliar não apenas a atuação do Ministério Público Estadual e Federal, mas para também os demais atores do processo judiciário.

No primeiro capítulo, este estudo trata sobre o instituto supralegal penal conhecido como o Princípio da Insignificância. Em capítulo seguinte é abordado sobre o valor de alçada no âmbito federal, estadual e municipal. Por fim, no terceiro capítulo, convenientemente, situa-se sobre os demais quesitos de atenção no tema, os quais são de fundamental importância para uma melhor compreensão em cada caso.

Quanto à sua natureza, a pesquisa foi pura abordando o problema de forma teórica, tendo como técnica de pesquisa essencialmente a bibliográfica e jurisprudencial. Quanto aos fins, a pesquisa foi de cunho descritivo tendo por método de abordagem o hipotético-dedutivo, e os resultados foram expostos em forma de texto.

## **1. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA**

O Princípio da Insignificância trata de instituto do Direito Penal que objetiva afastar o direito de punir (*ius puniendi*) do Estado sobre condutas de lesividade mínima aos bens jurídicos protegidos.

Logo, é cediço que este princípio está atrelado aos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado na aplicação penal, tratando-se de uma causa supralegal de exclusão de tipicidade. Tal princípio repousa na ideia de que não pode haver crime sem ofensa jurídica (*nullum crimen sine injuria*).

Também conhecido como Princípio da Bagatela, eis que surgiu em 1964 com Claus Roxin, que posteriormente o repetiu na obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* (BITENCOURT, 2012, p. 68). Entretanto, tem origem no Direito Romano, fundando-se no princípio do *minimis non curat praetor*, o qual significa que o juiz não deve se ocupar com as condutas irrelevantes, ou seja, aquelas que não têm potencialidade lesiva aos bens jurídicos tutelados pela legislação (CAPEZ, 2012, p. 29).

Nas palavras de Maximiliano Roberto Ernesto Führer (2010, p. 84), “nasceu como um instrumento prático de política criminal, para possibilitar ao juiz afastar a possível condenação por fato típico, antijurídico e culpável, quando a grandeza valorativa do fato é ínfima em relação à possível pena a aplicar”.

Acrescenta Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 94) que “a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida [...]”.

Assim, de modo geral, o princípio da insignificância é aplicado aos casos em que a conduta do agente atinge de modo ínfimo o bem jurídico tutelado pela norma penal, ou seja, a conduta não possui grave potencial lesivo.

Vale ressaltar que o Princípio da Insignificância recai sobre a *atipicidade* material da conduta, visto que, em razão da ausência de lesão ao bem jurídico tutelado, porquanto intocado ou tocado de maneira mínima. Inexistindo ofensa ao bem jurídico tutelado, desaparece o injusto jurídico-penal.

Uma vez que o princípio em discussão originou-se de uma construção doutrinária e inexistente previsão em lei, não há critérios

positivados que estabeleçam quando a conduta é insignificante. Assim, coube à doutrina e à jurisprudência elencá-los.

O Supremo Tribunal Federal (STF) entende que, para a insignificância ser reconhecida, é obrigatória a presença simultânea de requisitos objetivos que, sem os quais, não há que se falar em atipicidade. São eles: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada (BRASIL, 2009a; BRASIL, 2004).

Logo também, nesse sentido, sendo aplicado nos crimes tributários:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE DESCAMINHO (CP, ART. 334, *CAPUT*, SEGUNDA PARTE) - TRIBUTOS ADUANEIROS SUPOSTAMENTE DEVIDOS NO VALOR DE R\$ 8.135,12 - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como **(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada** - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mí-

nima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. **APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AO DELITO DE DESCAMINHO. - O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. Aplicabilidade do postulado da insignificância ao delito de descaminho (CP, art. 334), considerado, para tanto, o inexpressivo valor do tributo sobre comércio exterior supostamente não recolhido.** Precedentes.(BRASIL, 2009c, p. 1, grifo nosso).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também elencou como requisitos subjetivos o valor sentimental do bem, a condição econômica da vítima, as circunstâncias e o resultado do crime. Vejamos:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. FURTO DE PULSOS TELEFÔNICOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. **O pequeno valor da res furtiva não se traduz, automaticamente, na aplicação do princípio da insignificância. Há que se conjugar a importância do objeto material para a vítima, levando-se em consideração a sua condição econômica, o valor sentimental do bem, como também as circunstâncias e o resultado do crime, tudo de modo a determinar, subjetivamente, se houve relevante lesão.** Precedente desta Corte. [...] (BRASIL, 2007, p. 1, grifo nosso).

Os requisitos enumerados não foram conceituados pelo Tribunal Superior, entretanto, pode-se extrair o significado de alguns deles, pela análise de alguns julgados.

No HC 115.383/RS, o STF não aplicou o princípio da insignificância em razão do valor sentimental do bem, pois o objeto subtraído era um disco de ouro de um renomado artista brasileiro, ou seja, era um bem singular que não poderia ser substituído (BRASIL, 2013).

Em outro caso de furto, no HC 96.003/MS, cujo bem subtraído foi uma bicicleta, o princípio da insignificância também não foi aplicado pelo STF, pois, ainda que de pequeno valor, tratava-se do meio de transporte da vítima para o trabalho. Assim, o resultado do crime para a vítima afasta o princípio da insignificância (BRASIL, 2009b). Aqui já pode perceber a atenção para os crimes de ordem tributária, já que não se pode deixar de dar atenção ou desprezar situações de dano à sociedade, transpondo, assim, o simples dano ao patrimônio público inicialmente notado.

No caso da condição econômica da vítima, conforme pode ser vislumbrado no AgRg no AREsp 786.838/MS, o princípio foi afastado, uma vez que o valor do furto (R\$ 200,00) não poderia ser considerado irrisório para a situação concreta, ou seja, o fato não poderia ser considerado como de lesividade mínima, o que inviabiliza a aplicação da benesse do princípio da bagatela (BRASIL, 2015a).

E, por fim, em questão das circunstâncias do crime, consoante o HC 459.145/MG, apesar de o princípio da insignificância poder recair nos casos de apreensão de pequena quantidade de munição, no presente caso, além da apuração da prática de tráfico de drogas na residência do paciente, munições de uso restrito foram encontradas, onde ainda o paciente era reincidente e estava foragido. Tal contexto demonstra o afastamento do princípio, já que as circunstâncias do crime demonstram que a incidência do Direito Penal é necessária como forma de coibir a reiteração delitativa e preservar, conseqüentemente, a ordem pública e social (BRASIL, 2018a).



De forma geral e no fim, o princípio da insignificância é uma ferramenta que descongestiona o Poder Judiciário, tendo critérios de preenchimento para dar a tão almejada segurança jurídica.

## **2. DO VALOR DE ALÇADA NO ÂMBITO FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL**

Nos crimes contra a ordem tributária, o princípio da insignificância também é aplicado, entretanto, os critérios adotados possuem uma peculiaridade. A jurisprudência baseia-se também no valor dos tributos que deixaram de ser pagos para aplicar ou não o princípio em questão. Assim, para poder ser aplicada a causa supralegal de exclusão da tipicidade, deve, além de preencher os requisitos analisados acima, obter o valor da alçada.

É interessante notar que, nos valores de alçada, para declarar se ingressa ou não com a ação de execução fiscal, não passa por suas cogitações a aplicação do princípio da insignificância. O valor definido se baseia na economicidade, ou seja, a realização do princípio da eficiência na Administração Pública. “A administração Pública reconhece que há custos na cobrança, por isso efetua cálculos que estimam gasto decorrente da movimentação da estrutura”. Assim, aclarando, utilizam-se como base os dispêndios do custo do processo de uma execução fiscal (remuneração dos juízes, oficiais de justiça, analistas, técnicos, o gasto com energia, sistemas de informática, manutenção dos prédios, entre outros) (FARIAS; ARANHA NETO, 2017, p. 124, 126).

No caminhar desse valor, de início, em se tratando de tributos federais, o critério adotado pela jurisprudência tinha como base o artigo 20 da Lei nº 10.522/2002, que previa o valor mínimo a ser observado pela Fazenda Nacional para propositura da execução fiscal, qual seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais)<sup>1</sup>. Assim, entendia-se que, para aplicar a insignificância, o julgador deveria analisar o valor do tributo ilidido e verificar se esse valor ultrapassa ou não aquele patamar.

<sup>1</sup> Art. 20 da Lei nº 10.522/2002: “Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004)”. (BRASIL, 2002, p. 1).

Nesse sentido, pode-se perceber que, de acordo com o entendimento dos Tribunais Superiores, não há sentido lógico em permitir que alguém seja processado criminalmente por não recolher um tributo que provavelmente não será cobrado no âmbito administrativo-tributário do Estado. Não se admite, portanto, que uma conduta seja irrelevante para a Administração Fazendária e não para o Direito Penal, pois, nesses casos, o direito penal perderia a característica de *ultima ratio*.

Sobre esse assunto, Cezar Roberto Bitencourt (2013, p. 96) esclarece que:

Assim é o próprio Estado que declara que os débitos fiscais naqueles valores não são significativos nem mesmo para efeito de cobrança judicial. Muito menos o serão para efeito de persecução penal e aplicação de pena criminal. Se o Estado não possui interesse em ajuizar execuções fiscais contra devedores, cujo débito seja igual ou inferior a R\$ 10.000,00, muito menos o terá para a instauração de um processo penal, como instrumento de coerção para o pagamento.

Destaca-se que, em 29 de março de 2012, foi publicada a Portaria do Ministério da Fazenda nº 75, a qual determina, no art. 1º, inciso II, “o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)” (BRASIL, 2012, p. 1).

Com a Portaria MF nº 75/2012, o Poder Executivo elevou o valor considerado insignificante para ajuizamento de execuções fiscais, ou seja, a partir disso, a Fazenda Nacional passou a não executar no âmbito administrativo-tributário valores abaixo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Diante disso, começou a ser discutida a tese de que o parâmetro para análise da insignificância penal nos crimes tributários passou de dez mil reais (de acordo com o art. 20 da Lei nº 10.522/2002) para 20 mil reais (com base na Portaria MF nº 75). Entretanto, de início, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça divergiam nesse ponto.

Para o STF, sempre foi no sentido de dever ser considerado, para fins de análise da insignificância, o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), previsto nas Portarias nºs 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda, vez que a majoração prevista na referida Portaria produz efeitos penais. É o que se colhe do julgado abaixo transcrito:

Habeas corpus. Penal. Crime de descaminho (CP, art. 334). Trancamento da ação penal. Pretensão à aplicação do princípio da insignificância. Incidência. **Valor inferior ao estipulado pelo art. 20 da Lei nº 10.522/02, atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda. Preenchimento dos requisitos necessários. Ordem concedida. 1. No crime de descaminho, o Supremo Tribunal Federal tem considerado, para a avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00, previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002 e atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda.** Precedentes. 2. Na espécie, como a soma dos tributos que deixaram de ser recolhidos perfaz a quantia de R\$ 19.750,41 e o paciente, segundo os autos, não responde a outros procedimentos administrativos fiscais ou processos criminais, é de se afastar a tipicidade material do delito de descaminho com base no princípio da insignificância. 3. Ordem concedida para se restabelecer o acórdão de segundo grau, no qual se manteve a sentença absolutória proferida com base no art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2018d, p. 1, grifo nosso).

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. DESCAMINHO. VALOR INFERIOR AO ESTIPULADO PELO ART. 20 DA LEI 10.522/2002. PORTARIAS 75 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A pertinência do princípio da insignificância deve ser avaliada considerando-se todos os aspectos relevantes da conduta imputada. 2. **Para crimes de descaminho, considera-se, para a avaliação da insignificância, o patamar de R\$ 20.000,00, previsto no art. 20 da Lei n.º 10.522/2002, atualizado pelas Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda.** Precedentes. 3. Na espécie, aplica-se o princípio da insignificância,

pois o descaminho envolveu elisão de tributos federais que perfazem quantia inferior ao previsto no referido diploma legal. 4. Ordem concedida. (BRASIL, 2014b, grifo nosso).

Por outro lado, o STJ entendia que o valor de 20 mil reais, estabelecido pela Portaria MF nº 75/12 como limite mínimo para a execução de débitos contra a União, não podia ser considerado para efeitos penais. Para isso, apontava dois argumentos principais: a) a opção da autoridade fazendária sobre o que deve ou não ser objeto de execução fiscal não pode ter a força de subordinar o exercício da jurisdição penal (afronta ao princípio da separação dos poderes fixado na regra do art. 2º da Constituição Federal, o que, por consequência, retiraria a legitimidade de interpretação elástica dos tribunais); e b) não é possível majorar o parâmetro previsto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002 por meio de uma portaria do Ministro da Fazenda. Logo, a discussão era de que a Portaria emanada do Poder Executivo não possui força normativa passível de revogar ou modificar lei em sentido estrito (DIZER O DIREITO, 2018).

Portanto, de acordo com orientação que estava firmada pelo STJ, o valor máximo para aplicar o princípio da insignificância quando nos crimes contra a ordem tributária continuava sendo R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (nesse sentido, pode-se, por exemplo, citar o AgRg no AREsp 331.852/PR, julgado em 11/02/2014 e o AgRg no AREsp 303.906/RS, julgado em 06 de fevereiro de 2014).

Porém, mais tarde, discutiu-se a revisão da tese fixada no REsp 1.112.748/TO (representativo de controvérsia) – tema 157, a fim de adequá-la ao entendimento externado pela Suprema Corte, no sentido de considerar o parâmetro estabelecido nas Portarias nº 75 e 130/MP (20 mil reais), ambas do Ministério da Fazenda, e do teor disposto no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, para a aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários e de descaminho. A tese firmada foi no sentido de incidir o princípio quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 reais (vinte mil reais), conforme pode perceber<sup>2</sup>:

<sup>2</sup> Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&sg\\_classe=REsp&num\\_processo\\_classe=1709029](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1709029)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

**RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DOS REPETITIVOS PARA FINS DE REVISÃO DO TEMA N. 157. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AOS CRIMES TRIBUTÁRIOS FEDERAIS E DE DESCAMINHO, CUJO DÉBITO NÃO EXCEDA R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS). ART. 20 DA LEI N. 10.522/2002.**

**ENTENDIMENTO QUE DESTOA DA ORIENTAÇÃO CONSOLIDADA NO STF, QUE TEM RECONHECIDO A ATIPICIDADE MATERIAL COM BASE NO PARÂMETRO FIXADO NAS PORTARIAS N. 75 E 130/MF - R\$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). ADEQUAÇÃO.**

**1. Considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, deve ser revisto o entendimento firmado, pelo julgamento, sob o rito dos repetitivos, do REsp n. 1.112.748/TO - Tema 157, de forma a adequá-lo ao entendimento externado pela Suprema Corte, o qual tem considerado o parâmetro fixado nas Portarias n. 75 e 130/MF - R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para aplicação do princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho.**

**2. Assim, a tese fixada passa a ser a seguinte: incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/2002, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.**

**3. Recurso especial provido para cassar o acórdão proferido no julgamento do Recurso em Sentido Estrito n. 0000196-17.2015.4.01.3803/MG, restabelecendo a decisão do Juízo da 2ª Vara Federal de Uberlândia - SJ/MG, que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor do recorrente pela suposta prática do crime previsto no art. 334 do Código Penal, ante a atipicidade material da conduta (princípio da insignificância). Tema 157 modificado nos termos da tese ora fixada. (BRASIL, 2018c, p. 1, grifo nosso).**

No que tange aos tributos Estaduais, bem como aos municipais, importante destacar que os valores estabelecidos pela União (R\$ 20

mil) não podem ser utilizados como patamar para o reconhecimento da insignificância da conduta delitiva, pois a “inexpressividade da lesão jurídica” (requisito subjetivo) deve estar de acordo com o ente federativo lesado, ou seja, para fins de crimes de sonegação fiscal que envolvam tributos estaduais ou municipais, deve ser analisado se há lei estadual ou municipal dispensando a execução fiscal no caso de tributos abaixo de determinado valor (valor este que será o parâmetro para a insignificância).

Dessa forma já julgou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS  
CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

ICMS. PRETENDIDO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE QUE O VALOR DO TRIBUTOS ILUDIDO É INFERIOR A DEZ MIL REAIS. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. TRIBUTOS DE COMPETÊNCIA ESTADUAL. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO PATAMAR DISPOSTO NO ART. 20 DA LEI N. 10.522/02.**

**LEGISLAÇÃO APLICÁVEL APENAS AOS TRIBUTOS DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO.**

HABEAS CORPUS DESPROVIDO.

I - Esta Corte Superior de Justiça, em recente julgamento proferido no âmbito da Terceira Seção, no Recursos Especiais n. 1.709.029/MG e 1.688.878/SP, sob a sistemática dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que incide o princípio da insignificância aos crimes tributários federais e de descaminho quando o débito tributário verificado não ultrapassar o limite de R\$ 20.000,00, a teor do disposto no art. 20 da Lei n. 10.522/02, com as atualizações efetivadas pelas Portarias n. 75 e 130, ambas do Ministério da Fazenda.

II - **Referido entendimento, contudo, tem aplicação somente aos tributos da competência da União. Para ser estendido ao âmbito estadual, necessária seria a existência de lei local no mesmo sentido**, o que não restou demonstrado in casu.

III - Incabível a aplicação do princípio da insignificância ao caso em exame, uma vez que o paciente deixou de recolher ICMS, tributo de competência estadual,

conforme o art. 155, II, da Constituição Federal.  
Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.  
(BRASIL, 2018b, p. 1, grifo nosso).

Tal entendimento não poderia ser o contrário, afinal,

[...], um dos requisitos indispensáveis à aplicação do princípio da insignificância é a inexpressividade da lesão jurídica provocada, que pode se alterar de acordo com o sujeito passivo, situação que reforça a impossibilidade de se aplicar o referido entendimento de forma indiscriminada à sonegação dos tributos de competência dos diversos entes federativos da União.  
(BRASIL, 2014a, p. 1).

Em Santa Catarina, há a Lei Estadual nº 15.856/12 (alterada pela Lei nº 17.427/17), que dispensa a Procuradoria-Geral do Estado de ajuizar execução cujo montante, em nome do devedor, não exceda a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), ou seja, o valor abaixo desse patamar tem sido considerado insignificante nos crimes contra a ordem tributária (art. 16).

De tal modo, a fim de estabelecer parâmetros para a aplicação do princípio da insignificância no exercício da ação penal no âmbito estadual, o artigo 5º da Lei Estadual nº 12.646/03 veda o encaminhamento à Procuradoria-Geral do Estado, para fins de cobrança judicial, de dívida inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) relativa ao ICMS, e de até R\$ 700,00 (setecentos reais) nos demais casos, estando ou não prescritas.

Importante denotar que tal patamar, em virtude da edição da Lei nº 14.967/09, foi elevado. Essa Lei Estadual previa que, para o ICMS, o patamar era de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). E em se tratando de IPVA e ITCMD, estabeleceu o artigo 3º da Lei 14.967/09 como valores dispensados de inscrição em dívida ativa o montante de R\$ 300,00 (trezentos reais) para o IPVA e R\$ 500,00 (quinhentos reais) para o ITCMD (municipal).

Entretanto, desde 29 de dezembro de 2017, tais patamares de ICMS, IPVA e ITCMD que estavam dispostos no art. 3º da Lei Estadual nº 14.967/09 foram revogados pela Lei Estadual nº 17.427/17 (art. 47, IV), resultando, assim, no fenômeno da repriminção, ou seja, os

valores dispostos no supradito art. 5º, incisos I e II, da Lei Estadual nº 12.646/03.

Aliás, a aplicação do art. 5º da Lei Estadual nº 12.646/03 tem sido utilizada na Corte de Justiça Catarinense, como se pode ver, no seguinte exemplo:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/90, C/C O ART. 71, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). [...]. AGENTE QUE, NA QUALIDADE DE ADMINISTRADOR (CONTRIBUINTE DE DIREITO), DEIXA DE RECOLHER AOS COFRES PÚBLICOS, NO PRAZO LEGAL, TRIBUTOS (ICMS) COBRADOS E EFETIVAMENTE PAGOS PELOS CONTRIBUINTE DE FATO. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. MONTANTE QUE ULTRAPASSA O PISO ESTADUAL PARA O NÃO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL (LEI N. 12.646/03).** CONDENAÇÃO MANTIDA. READEQUADA A DOSIMETRIA DA PENA. RECURSO NÃO PROVIDO. Os elementos coligidos - sobretudo o termo de inscrição em dívida ativa, o contrato social da empresa e os balanços patrimoniais - embora produzidos na fase extrajudicial, permitem a condenação, pois enquadrados na exceção prevista na parte final do art. 155 do Código Penal e suficientes para demonstrar que o réu, na qualidade de administrador, deixou de recolher tributos (ICMS) no prazo legal. Conforme o Superior Tribunal de Justiça, “configura-se, em tese, o crime previsto no art. 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.137/1990, em qualquer hipótese de não recolhimento de ICMS, seja próprio ou por substituição, uma vez comprovada em juízo, após regular instrução criminal, a pretensão do agente de apropriar-se - *animus rem sibi habendi* - dos valores tributados, ao não efetuar, no prazo legal, o recolhimento do imposto por este apenas retido pela venda de mercadorias” (AgRg no AREsp n. 1.464.941/GO, Mina. Laurita Vaz, j. em 3/9/2019). **Além de os valores que deixaram de ser recolhidos ultrapassarem o montante estabelecido pelo art. 5º da Lei Estadual n. 12.646/03, é assente que “a prática do crime previsto no art. 2º, II, da Lei 8.137/1990, em continuidade delitiva**



**[...], caracteriza a periculosidade social e a reprovabilidade do comportamento do agente, de modo que, por essas razões, não há falar em aplicação do princípio da insignificância”** (TJSC, Apelação n. 0030278-70.2013.8.24.0038, Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 8/3/2016). (SANTA CATARINA, 2020, p. 1).

Não obstante, também é importante lembrar que ainda deve ser observado o supracitado art. 16 da Lei nº 15.856/2012, o qual define que no montante dos tributos estaduais, conjuntamente, o patamar do valor não superar a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

E acrescenta a Súmula 22 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que

A desproporção entre a despesa pública realizada para a propositura e tramitação da execução fiscal, quando o crédito tributário for inferior a um salário mínimo, acarreta a sua extinção por ausência de interesse de agir, sem prejuízo do protesto da certidão de dívida ativa (Prov. CGJ/SC n. 67/99) e da renovação do pleito se a reunião com outros débitos contemporâneos ou posteriores justificar a demanda. (SANTA CATARINA, 2007, p. 1).

Em relação à sonegação de tributos municipais, a questão é ainda mais sensível, pois, além de dever analisar se há lei municipal dispensando a execução fiscal, há a “inexpressividade da lesão jurídica”, que deve ser especialmente analisada de acordo com as características de cada município, pois existem, no território brasileiro, municípios com flagrante insuficiência financeira.

Por exemplo, uma dívida tributária de R\$ 1.000,00 (mil reais) pode não trazer grandes transtornos para o município de Florianópolis, que possui uma arrecadação total de receita tributária, referente ao ano de 2020, de R\$ 823.828.394,68 (oitocentos e vinte e três milhões, oitocentos e vinte e oito mil, trezentos e noventa e quatro reais e sessenta e oito centavos) (SANTA CATARINA, 2021a). Por outro lado, para o município de Santiago do Sul, no interior do Estado, que no ano de 2020 arrecadou R\$ 589.322,06 (quinhentos e oitenta e nove

mil, trezentos e vinte e dois reais e seis centavos), seria um montante bastante significativo (SANTA CATARINA, 2021b)<sup>3</sup>.

De modo elucidativo, o Município de Criciúma estipulou o valor que deve ser utilizado como parâmetro para a incidência ou não do princípio da insignificância, o qual é o de um salário mínimo vigente à época dos fatos, consoante dispõe o art. 4<sup>o</sup> da Lei Municipal de Criciúma n<sup>o</sup> 4.459/02<sup>5</sup>, com alteração dada pela Lei n<sup>o</sup> 5.634/10<sup>6</sup> <sup>7</sup>.

Assim, estabelecer patamares para aplicação do princípio da insignificância no âmbito dos tributos municipais seria inviável, trazendo sérias consequências para os municípios de pequeno porte.

### 3. DEMAIS QUESITOS DE ATENÇÃO

Primeiramente, cabe lembrar que próprio STJ entende que o princípio da insignificância só pode ser aplicado no momento da consumação do crime, ou seja, quando o débito tributário foi definitivamente constituído (o valor do crédito tributário apurado originalmente no procedimento de lançamento):

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1<sup>o</sup>, IV, DA LEI 8.137/90. VALOR DO DÉBITO INFERIOR A DEZ MIL REAIS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. NÃO INCLUSÃO DE JUROS E MULTA NO MONTANTE.

I - A Terceira Seção desta eg. Corte Superior firmou orientação, no julgamento do Recurso Especial representativo da controvérsia n. 1.112.748/TO, de minha relatoria, que, nos crimes contra a ordem

3 Tais dados estão disponíveis para pesquisa em: <<http://servicos.tce.sc.gov.br/sic/home.php>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

4 *In verbis*: “Art. 4<sup>o</sup> Fica a Procuradoria Geral do Município autorizada, por se tratar de débito cujo montante é inferior ao dos respectivos custos de cobrança, a não executar o crédito da fazenda pública municipal, de natureza tributária e não tributária, inscrito em Dívida Ativa, de valor consolidado igual ou inferior ao salário mínimo vigente.” (CRICIÚMA, 2002, p. 1)

5 Disponível em: <<http://www.camaracriciuma.sc.gov.br/documento/lei-no-4459-4351>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

6 Disponível em: <<http://www.camaracriciuma.sc.gov.br/documento/lei-no-5634-2010-12251>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

7 Tal princípio foi análise em um processo recorrido no TJSC, em que o princípio municipal no caso era o ISS. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=princ%EDpio%20da%20in-signific%E2ncia%20iss&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAGbEOAAF&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=princ%EDpio%20da%20in-signific%E2ncia%20iss&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAGbEOAAF&categoria=acordao_5)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

tributária, o princípio da insignificância somente afasta a tipicidade da conduta se o valor dos tributos iludidos não ultrapassar a quantia de dez mil reais, estabelecida no art. 20 da Lei n. 10.522/02.

II - Outrossim, na linha da jurisprudência desse eg. Superior Tribunal de Justiça, **“o valor a ser considerado para fins de aplicação do princípio da insignificância é aquele fixado no momento da consumação do crime, vale dizer, da constituição definitiva do crédito tributário, e não aquele posteriormente alcançado com a inclusão de juros e multa por ocasião da inscrição desse crédito na dívida ativa”** (REsp n. 1.306.425/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 1º/7/2014). Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2015b, grifo nosso).

Aliás, nesse sentido se encontra a Súmula Vinculante nº 24 do Supremo Tribunal Federal: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo.” (BRASIL, 2005, p. 1).

A posição revela-se acertada, **já que assegura as garantias constitucionais do contribuinte, priorizando o direito do contraditório e a ampla defesa na constituição definitiva do crédito antes da propositura da ação penal (EUGENIO, 2013, p. 165).**

Entendimento em sentido contrário levaria ao absurdo dese permitir quitação de tributos, para efeitos de extinção da punibilidade, de forma parcial, limitada ao *quantum* da insignificância penal, violando por completo a lógica desse benefício de natureza penal. Em suma, após sonegar, por exemplo, R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), bastaria ao autor pagar R\$ 20.000,01 (vinte mil reais e um centavo) para reduzir sua dívida à insignificância penal e assim gozar das benesses legais, em total detrimento do bem jurídico tutelado pela norma (higidez do sistema de arrecadação tributário do Estado).

Destarte, o princípio da insignificância deve ser aplicado em relação ao valor originário do débito, desconsiderados os acréscimos de multa e juros porventura incidentes, mas também eventuais reduções

do saldo devedor pelo pagamento como os valores decorrentes de parcelamentos tributários parcialmente adimplidos.

Não obstante, importante denotar que o valor estipulado na Portaria MF nº 75/2012 pode não ser observado mediante o juízo de valor:

Art. 1º [...]

[...]

**§ 6º O Procurador da Fazenda Nacional poderá, após despacho motivado nos autos do processo administrativo, promover o ajuizamento de execução fiscal de débito cujo valor consolidado seja igual ou inferior ao previsto no inciso II do *caput*, desde que exista elemento objetivo que, no caso específico, ateste elevado potencial de recuperabilidade do crédito.**

**§ 7º O Procurador-Geral da Fazenda Nacional, observados os critérios de eficiência, economicidade, praticidade e as peculiaridades regionais e/ou do débito, poderá autorizar, mediante ato normativo, as unidades por ele indicadas a promoverem a inscrição e o ajuizamento de débitos de valores consolidados inferiores aos estabelecidos nos incisos I e II do *caput*. (BRASIL, 2012, p. 1:), grifo nosso.**

E, por fim, relembra-se que é possível aplicar o limite (de 20 mil reais) de forma retroativa para fatos anteriores à edição das Portarias nº 75/2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda, considerando que se trata de norma mais benéfica, conforme entendimento estipulado pelo STF, *in verbis*:

**PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE DESCAMINHO. VALOR SONEGADO INFERIOR AO FIXADO NO ART. 20 DA LEI 10.522/2002, ATUALIZADO PELAS PORTARIAS 75/2012 E 130/2012 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. I - Nos termos da jurisprudência deste Tribunal, o princípio da insignificância deve ser aplicado ao delito de descaminho quando o valor**

sonogado for inferior ao estabelecido no art. 20 da Lei 10.522/2002, atualizado pelas Portarias 75/2012 e 130/2012 do Ministério da Fazenda, que, **por se tratar de normas mais benéficas ao réu, devem ser imediatamente aplicadas, consoante o disposto no art. 5º, XL, da Carta Magna.** II – Ordem concedida para restabelecer a sentença de primeiro grau, que reconheceu a incidência do princípio da insignificância e absolveu sumariamente o ora paciente com fundamento no art. 397, III, do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2014c, p. 1, grifo nosso).

Ademais, vale ressaltar que o Princípio da Insignificância não deve ser aplicado quando a conduta delitiva for habitual, pois a reiteração criminosa exclui “a ausência da reprovabilidade social da conduta”, que é um dos requisitos necessários para a aplicação da insignificância.

Nesse sentido, inclusive, decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. DESCAMINHO. ART. 334 DO CÓDIGO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MERCADORIA APREENDIDA DE VALOR INEXPRESSIVO. LEI 10.522/02. INAPLICABILIDADE NO CASO CONCRETO. REITERAÇÃO DA CONDUTA. 1. A Lei nº 10.522/02, alterada pela Lei nº 11.033/2004, estabeleceu, em seu art. 20, que somente serão executados os débitos inscritos na Dívida Ativa da União, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). A Portaria MF 75, de 22/03/2012, alterou o limite para o arquivamento das execuções fiscais, sem baixa na distribuição, para R\$20.000,00 (vinte mil reais). 2. Aplica-se o princípio da insignificância ao crime de descaminho nos casos em que o tributo devido, em razão do ingresso irregular da mercadoria, não é considerado relevante sequer pela Fazenda Nacional, a teor do art. 20 da Lei 10.522/02, alterado pela Portaria MF 75, que prevê o arquivamento dos autos das execuções fiscais de débitos cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$20.000,00 (vinte mil reais). 3. **A habitualidade criminosa exclui um dos**

**seus pressupostos, qual seja, a ausência de reprovabilidade social da conduta.** 4. Não se admite a aplicação do princípio da insignificância quando há reiteração de condutas criminosas, ainda que insignificantes se consideradas de forma isolada, em face da reprovabilidade da contumácia delitiva. 5. Recurso em sentido estrito a que se dá provimento para receber a denúncia. (BRASIL, 2014d, p. 1, grifo nosso).

Complementando nesse sentido:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. HABITUALIDADE DA CONDOTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ANTERIOR PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO FORMULADO PELO *PARQUET*. VINCULAÇÃO OBRIGATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. I - **Não é possível a aplicação do princípio da insignificância no crime de descaminho quando a existência de informações acerca de reiteração delitiva em delitos da mesma natureza demonstram elevado grau de reprovabilidade do comportamento do acusado e maior potencial de lesividade ao bem jurídico tutelado.** II - Nos termos da jurisprudência desta Corte, “o parecer do órgão do Ministério Público Federal não tem o condão de vincular esta Corte na solução das controvérsias que lhe são apresentadas” (AgRg no AREsp n.306.352/DF, Quinta Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Laurita Vaz, DJe de 11/6/2014). Agravo regimental desprovido. (BRASIL, 2017, grifo nosso).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. HABITUALIDADE DELITIVA. INCABÍVEL A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A questão relativa ao valor a ser aplicado para fins de insignificância penal no crime de descaminho - se R\$ 10.000,00, conforme o previsto no art. 20 da Lei n. 10.522/02, ou se R\$ 20.000,00, nos termos do que determina a Portaria n. 75/12 - apresenta-se irrelevante à hipótese sub judice. O afastamento do princípio da bagatela deu-se em razão do não preenchimento do requisito subjetivo - reiteração da conduta delitiva. 2. Conforme entendimento pacífico desta Corte Superior de Justiça, **apesar de não configurar reincidência, a existência de outras**

**ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos fiscais, é suficiente para caracterizar a habitualidade delitiva e, conseqüentemente, afastar a incidência do princípio da insignificância.** Precedentes do STJ. 3. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2016, p. 1, grifo nosso).

Consoante se extrai dos autos, o recorrente incorreu, em tese, 2 vezes no crime previsto no art. 2º, II, da Lei 8.137/1990, em **continuidade delitiva, razão pela qual a reprovabilidade do seu comportamento não pode ser considerada mínima.**[...] Além disso, não se pode considerar insignificante a conduta supostamente praticada pelo recorrente, na medida em que ela semostra extremamente prejudicial ao erário público, porque lhe subtraía capacidade de investimento em programas e serviços públicos essenciais à sociedade (saúde, segurança, infraestrutura, políticas públicas, etc.).

Afeta também, por repercussão, as empresas concorrentes e permite o enriquecimento indevido do contribuinte que se apropria de valor pertencente ao Fisco.

Logo, **tem-se presente a periculosidade social da conduta e a ofensividade do comportamento, não havendo, por esses motivos, falar em aplicação do princípio da insignificância.**

[...] (SANTA CATARINA, 2016, p. 1, grifo nosso).

De tal modo, observa-se que a ação criminosa deve ser analisada no sentido amplo, visando evitar que o “pretexto” da insignificância afaste a real finalidade da norma. Neste ponto, vale asseverar que os crimes contra a ordem tributária têm como objetivo jurídico a arrecadação tributária, a qual se visa proteger. Nas palavras de William Wanderlei Jorge, o bem jurídico tutelado compreende:

[...] os valores econômicos que o Estado entende que por direito lhe caiba receber, bem como o funcionamento eficaz e planejado das políticas públicas de redistribuição da riqueza nacional e a ocorrência de danos sociais que afetam vítimas determinadas (JORGE, 2017, p. 124).

Para Pedro Roberto Decomain, o termo “ordem tributária” compreende múltiplos bens jurídicos:

Deve compreender, essencialmente, a correção no pagamento das receitas tributárias, a lealdade no relacionamento com o fisco, não se procurando enganar seus agentes mediante falsificação de livros e documentos fiscais, ou mediante omissão da sua emissão ou escrituração, ou ainda mediante prestação de declarações falsas, a correta destinação de recursos tributários que se deixou de pagar em função de se obter específico benefício fiscal que a tanto autorizava o contribuinte e a correta atividade da Administração Pública, na perspectiva da arrecadação tributária (DECOMAIN, 2010, p. 65).

Desse modo, dada a amplitude do conceito do bem jurídico tutelado, os crimes contra a ordem tributária de modo geral atacam a estrutura financeira do Estado e comprometem o exercício de políticas sociais. Tal prática mostra-se deveras prejudicial ao erário, pois tolhe a capacidade de investimento do Poder Público em promover serviços essenciais à sociedade, o que *per se* já chama atenção para reflexão aos requisitos da mínima ofensividade da conduta e da ausência de periculosidade social, indispensáveis para a aplicação do princípio da insignificância. Soma-se a isso a incidência do requisito “reduzido grau de reprovabilidade do comportamento”.

## CONCLUSÃO

Nota-se que o princípio da insignificância – também aplicado aos crimes tributários – é caracterizado nos casos em que a conduta do agente não possui grave potencial lesivo. Uma vez que este princípio é uma fabricação doutrinária, não há previsão em lei, logo não há critérios positivados que estabeleçam quando a conduta é insignificante. Cabe, portanto, esclarecimentos por parte da doutrina e da jurisprudência.

Importante ressaltar que o princípio da insignificância é uma ferramenta que descongestiona o Poder Judiciário, tendo critérios de preenchimento para se alçar a segurança jurídica.

Em crimes contra a ordem tributária, esse princípio da insignificância possui critérios próprios. A jurisprudência baseia-se também no valor dos tributos que deixaram de ser pagos. Assim, para



poder ser aplicada a causa supralegal de exclusão da tipicidade, deve-se observar, além dos requisitos, o valor da alçada.

É entendimento dos Tribunais Superiores que não há lógica em permitir que um processo criminal ocorra pelo não recolhimento de um tributo que provavelmente não será cobrado no âmbito administrativo-tributário. No âmbito federal, em 2002, esse valor não poderia ultrapassar o montante de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Em 2012, o Poder Executivo elevou o valor considerado insignificante para ajuizamento de execuções fiscais, para valores abaixo de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Já, nos âmbitos estadual e municipal, os valores estabelecidos pela União (R\$ 20 mil) não podem ser utilizados como patamar para o reconhecimento da insignificância da conduta delitiva. Em Santa Catarina, há a dispensa ajuizar execução cujo montante, em nome do devedor, não exceda R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Em relação à sonegação de tributos municipais, deve-se considerar a arrecadação do município em questão a fim de evitar lesão ao erário de municípios de pequeno porte.

O STJ entende que o princípio da insignificância só pode ser aplicado no momento em que o débito tributário for definitivamente constituído. Isso para que sejam observadas as garantias constitucionais do contribuinte, priorizando o direito do contraditório e a ampla defesa na constituição definitiva do crédito antes da propositura da ação penal.

Importante também observar que o princípio em pauta deve ser aplicado em relação ao valor originário do débito, desconsiderados multas, juros e reduções do saldodevedor pelo pagamento; e que no âmbito federal é possível aplicar o limite de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) de forma retroativa para fatos anteriores a 2012.

Por fim, vale ressaltar que o Princípio da Insignificância não deve ser aplicado quando a conduta delitiva for reiterada pela caracterização de uma prática de conduta social reprovada.

Logo, além do esclarecimento da aplicação do princípio da insignificância e do apontamento da sua retroatividade, sugere-se que,

quando da análise e definição de critérios, para efeito de aforamento de ação penal por crime contra a ordem tributária no âmbito federal e estadual, seja considerada a possibilidade de, circunstancialmente, serem tomados em conta os valores monetários já referidos, bem como o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos elencados pela jurisprudência.

Quanto aos tributos municipais, deve-se observar que os valores a serem considerados, para efeito de eventual oferecimento de denúncia, devem, por conveniência, estar em consonância com o potencial econômico do município e suas peculiaridades sociais e culturais, tendo-se presente especialmente a representatividade da receita estadual na composição da receita pública municipal.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal**. Parte Geral. v. 1. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Ministério da Fazenda. Portaria nº 75**, de 22 de março de 2012. Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37631>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no Resp 1595547/RS**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma. Julgado em 18 out. 2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863068015/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1595547-rs-2016-0112667-0/inteiro-teor-863068032>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 786.838 – MS**. Relator:

Min. Gurgel de Faria. Julgado em 10 dez. 2015a. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=55518401&num\\_registro=201502478423&data=20160204&tipo=5&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=55518401&num_registro=201502478423&data=20160204&tipo=5&formato=HTML)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **AgRg no AREsp 625.888/SP**. Relator: Ministro Felix Fischer, Quinta Turma. Julgado em 15 set. 2015b. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52445966&num\\_registro=201403244012&data=20150922&tipo=5&formato=HTML](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52445966&num_registro=201403244012&data=20150922&tipo=5&formato=HTML)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.629.018 – PR**. Ementa: Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em 07 fev. 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/433498808/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1629018-pr-2016-0256310-9/inteiro-teor-433498818>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **HC 60.949/PE**. Relatora: Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma. Julgado em 20 nov. 2007. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201000778702&dt\\_publicacao=16/11/2010](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000778702&dt_publicacao=16/11/2010)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **HC 165003/SP (Info 540)**. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. Julgado em 20 mar. 2014a. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201000432892&dt\\_publicacao=22/04/2014](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000432892&dt_publicacao=22/04/2014)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS Nº 459.145 – MG**. Ementa: Relator: Min. Jorge Mussi. Julgado em 27 nov. 2018a. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89881313&num\\_](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=89881313&num_)

registro=201801731560&data=20181205&tipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **RHC 101.910/MG**. Relator: Ministro Felix Fischer, Quinta Turma. Julgado em 02 out. 2018b. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88435773&num\\_registro=201802073430&data=20181008&tipo=5&formato=HTML](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=88435773&num_registro=201802073430&data=20181008&tipo=5&formato=HTML)>. Acesso em: 25 mar; 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **REsp 1709029/MG**. Julgado em 28 fev. 2018c. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79666694&num\\_registro=201702518799&data=20180404&tipo=5&formato=HTML](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79666694&num_registro=201702518799&data=20180404&tipo=5&formato=HTML)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **AI 662132 AgR**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma. Julgado em 05 mai. 2009a. Disponível em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=AI%20662132&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=AI%20662132&sort=_score&sortBy=desc)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **HC 84412**. Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma. Julgado em 19 out. 2004. Disponível em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2084412%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=\\_score&sortBy=desc&isAdvanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22HC%2084412%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 96.003/MS**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma. Julgado em 02 jun.2009b. Disponível em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acor-daos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=HC%20](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acor-daos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=HC%20)>

96.003%2FMS&sort=\_score&sortBy=desc>. Acesso em: 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **HC 100316**. Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma. Julgado em 15 dez. 2009c. Disponível em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=HC%20100316&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=HC%20100316&sort=_score&sortBy=desc)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **HC 115.383/RS**. Relator: Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma. Julgado em 25 jun. 2013. Disponível em: <[https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa\\_inteiro\\_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=HC%20115.383%2FRS%20&sort=\\_score&sortBy=desc](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=HC%20115.383%2FRS%20&sort=_score&sortBy=desc)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **HC 120617/PR**. Relatora: Ministra Rosa Weber, Primeira Turma. Julgado em 04 fev. 2014b. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur255497/false>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **HC 122213**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma. Julgado em 27 mai. 2014c. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur267288/false>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **HC 155347**. Relator: Ministro Dias Toffoli, Segunda Turma. Julgado em 17 abr. 2018d. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14763951>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 24**, 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **RSE 0000906-32.2013.4.01.3601/MT**. Relator: Des. Federal Ney Bello, Terceira

Turma. Julgado em 01 jul. 2014d. Disponível em: <<https://trf-1.jus-brasil.com.br/jurisprudencia/162020482/recurso-em-sentido-estrito-rse-9063220134013601>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: Parte Geral**, volume 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRICIÚMA (ESTADO). **Lei n. 4.459**, de 30 de dezembro de 2002. Institui Normas Administrativas para a inscrição em Dívida Ativa da Fazenda Pública Municipal e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camaracriciuma.sc.gov.br/documento/lei-no-4459-4351>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

DIZER O DIREITO. **Qual é o valor máximo considerado insignificante no caso de crimes tributários e descaminho?** 2018. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/03/qual-e-o-valor-maximo-considerado.html>>. Acesso em 25 mar. 2021.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Crimes contra a ordem tributária**. 5. ed. Belo Horizonte; Fórum, 2010.

EUGENIO, Edgar Marques. O princípio da insignificância e a habitualidade delitiva do crime de descaminhos sob a perspectiva do STF e STJ. **Revista tributária e de finanças públicas - RTrib**, São Paulo, v. 21, n. 110, p. 153-186, Maio/Jun. 2013.

FARIAS, Felipe Medeiros de; ARANHA NETO, Waldemar Albuquerque. A aplicação do princípio da insignificância no Crime de Descaminho. **Revista Jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência**, São Paulo, v. 65, n. 473, p. 97-132, Mar. 2017.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Curso de Direito Penal Tributário Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

JORGE, William Wanderlei. **Curso de Direito Penal tributário**. Campinas: Millenium, 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. **Receita Tributária – Município de Florianópolis – 2020**. Disponível em: <<http://servi->

cos.tce.sc.gov.br/sic/home.php?id=420540&idmenu=municipio&menu=receitatributaria>. Acesso em: 25 mar. 2021a.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Receita Tributária – Município de Santiago do Sul – 2020**. Disponível em: <<http://servicos.tce.sc.gov.br/sic/home.php?id=421569&idmenu=municipio&menu=receitatributaria>>. Acesso em: 25 mar. 2021b.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal n. 0900643-97.2018.8.24.0020**. Relator: Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Segunda Câmara Criminal. Julgado em 17 nov. 2020. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=12.646/03%20&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AAIAAObDTAAH&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=12.646/03%20&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAIAAObDTAAH&categoria=acordao_5)>. Acesso em: 25 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso em Sentido Estrito n. 0900286-25.2015.8.24.0020**. Relator: Desembargador Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal. Julgado em 12 jul. 2016. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAf9ApAAF&categoria=acordao\\_5](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADAAf9ApAAF&categoria=acordao_5)>. Acesso em: 28 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Súmula n. 22**. Florianópolis, SC: Tribunal de Justiça, 2007. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/documentos/557855/3390160/S%C3%9AMULA+22.pdf/5714f9f6-39e4-a8a9-c9ff-a663639405e9>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

# ANÁLISE ECONÔMICA DA EXECUÇÃO DE MULTA CRIMINAL APÓS ADI 3.150/DF NO ESTADO DE MINAS GERAIS

## *ECONOMIC ANALYSIS OF COLLECTION PROCEDURES FOR CRIMINAL FINES IN THE STATE OF MINAS GERAIS, BRAZIL, AFTER BRAZILIAN SUPREME COURT PRECEDENT ADI 3.150/DF*

**Lucas Francisco Romão e Silva**

Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília. Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.  
lucasromaos@gmail.com

**Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis**

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Salamanca (Espanha). Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.  
rodrigomazieiro@gmail.com

Recebido em: 7/3/2021

Aprovado em: 12/7/2021

**Resumo:** A cobrança da multa criminal era atribuição da Fazenda Pública. Após decisão da ADI 3.150/DF, a pertinência tornou-se prioritária do Ministério Público nas Varas de Execução Penal. Em Minas Gerais, o Ministério Público editou ato compelindo membros a ajuizarem execução, independentemente do valor. Consequentemente, o Estado de Minas Gerais hoje lidera nacionalmente em quantidade de execuções judiciais de multas criminais. O artigo propõe-se a analisar a obrigatoriedade da execução judicial, sob o enfoque da eficiência, refletindo-se o equilíbrio entre custos e benefícios do processo, realizando-se pesquisa quantitativa, com a apreciação dos princípios da análise econômica do Direito e pesquisa com viés empírico-documental, com exame dos processos de execução de multa. Na primeira parte, demonstra-se que



o ajuizamento de execução de multa provocará recrudescimento de demandas de valor esperado negativo. Na segunda parte, verifica-se a necessidade de fixação de valor mínimo para cobrança judicial da multa e a utilização de mecanismos extrajudiciais.

**Palavras-chave:** Análise econômica. Execução Judicial. Multa criminal. Direito processual. Direito Penal.

**Abstract:** *The collection of criminal fines was originally assigned to tax authorities. After the Supreme Court's precedent established under ADIN 3,150/DF, such duty was assigned to the State's Public Prosecutors' Office, which shall be performed in criminal courts that are set to enforce convictions. In the state of Minas Gerais, the Public Prosecutors' Office issued an act requesting that prosecutors shall file a proper lawsuit to collect criminal fines, regardless of the amount. Due to such fact, currently the State of Minas Gerais is the national leader in the number of enforcement of criminal fines. In this sense, the paper aims to analyze the mandatory enforcement, under the scope of efficiency, reflecting the balance between costs and benefits of judicial proceedings. For this purpose, a quantitative-qualitative research was used, with an evaluation of the principles of economic analysis of the law and a research with an empirical-documental method, also with an examination of the electronic enforcement proceedings of criminal fines. In the first part, the paper evidences that the filing of the enforcement proceedings of any sort of criminal fines shall cause the growth of lawsuits with negative expected value. In the second part, the paper advocates the need to set a minimum amount for the judicial collection of criminal fines and the use of extrajudicial collection methods.*

**Keywords:** *Economic analysis. Enforcement proceedings. Criminal fine. Procedural law. Criminal law.*

**Sumário:** Introdução. 1. Obrigatoriedade da execução da pena de multa: demandas de valor esperado negativo. 2. A necessidade de fixação de um valor mínimo para a execução judicial da pena de multa. 3. Da utilização de mecanismos extrajudiciais de cobrança da multa criminal. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

A multa é prevista como espécie de sanção penal na alínea “c” do inc. XLVI do art. 5º da Constituição Federal. Trata-se de uma pena patrimonial, de caráter pecuniário (PRADO, 2010, p. 561). Tal modalidade de sanção surgiu para substituir as penas privativas de liberdade de curta duração, deixando subsistir a vida social do condenado, com o fim de evitar a estigmatização causada pela prisão. Ademais, pelo fato de numerosos crimes serem motivados pelo

sentimento de cupidez e ganância, nesse ponto específico a multa destinar-se-ia a ferir o delinquente (ALBERGARIA, 1987, p. 281).

Na redação original do Código Penal de 1940, a pena de multa poderia ser convertida em detenção, quando o condenado reincidente deixava de pagá-la ou o condenado solvente frustrava a sua cobrança, conforme art. 38 (BRASIL, 1940). Com a reforma penal de 1984, operacionalizada pelas Leis Federais nº 7.209/84 (BRASIL, 1984a) e nº 7.210/84 (BRASIL, 1984b), a conversão da pena de multa não adimplida em pena de detenção continuou possível, conquanto retirada a menção concernente ao reincidente inadimplente.

Entretanto, com a publicação de Lei nº 9.268/96 (BRASIL, 1996), conferindo nova redação ao art. 51 do Código Penal, a multa penal ganhou uma nova roupagem, transformando-se em dívida de valor e excluindo-se a possibilidade de sua conversão em sanção corporal, ou seja, não se retornaria ao mal que a multa combatia: a pena de prisão de curta duração. Aliás, tal alteração é consentânea com a disposição constitucional que proíbe a prisão por dívidas, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (art. 5º, inc. LXVII, da Constituição Federal), esta última possibilidade declarada ilícita pelo Supremo Tribunal Federal, conforme Súmula Vinculante nº 25 (BRASIL, 2009).

Por se tratar então de dívida de valor, a legitimidade para a execução fiscal de multa criminal pendente de pagamento imposta em sentença condenatória foi atribuída exclusivamente à Procuradoria da Fazenda Pública, nos termos da Súmula 521 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2015). Logo, no âmbito das execuções fiscais, as Fazendas Públicas passaram a adotar critérios de racionalidade para propor a ação executiva, evitando o ajuizamento de execuções fiscais de valores irrisórios, cujo custo de movimentação do Poder Judiciário acabaria sendo mais elevado do que o valor a ser cobrado na demanda.

Nesse diapasão, na esfera da União, a Portaria MF nº 75/2012 (BRASIL, 2012) determinou (i) a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); e (ii) o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a

Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). De maneira semelhante, observa-se que, na administração fiscal mineira, o Decreto Estadual nº 45.989/2012 (MINAS GERAIS, 2012), que dispõe sobre a cobrança de créditos do Estado, de suas autarquias e fundações, autorizou os procuradores do Estado a não ajuizarem ações quando o valor atualizado do crédito de multas não tributárias for equivalente ou inferior a 10.000 UFEMG (MINAS GERAIS, 2020b), correspondente a R\$ 37.100,00 (trinta e sete mil e cem reais).

Com efeito, enquanto de atribuição da Fazenda Pública, a exigibilidade da pena de multa seguia critérios econômicos, deixando-se de proceder à cobrança judicial de valores menores por entender que não compensariam os custos e as despesas atinentes ao processo de execução perante o Poder Judiciário.

Ocorre que, com o julgamento da ADI 3.150/DF (BRASIL, 2019c), em conjunto com a 12ª QO na AP 470, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, houve relevante alteração procedimental na execução dessa pretensão.

Ao iniciar a análise da lide, o relator, Min. Marco Aurélio Mello, posicionou-se pela improcedência do pedido formulado na ação, ao argumento central de que a Lei nº 9.268/96 transmutou a natureza jurídica da pena de multa para dívida de valor. Por consequência, ausente a conotação penal, o Ministério Público estaria despedido de legitimidade para provocar a execução; a atribuição seria exclusiva da Fazenda Pública. A posição do relator foi seguida pelo Min. Luiz Edson Fachin.

Deflagrando a divergência, que *a posteriori* sagrou-se vencedora, o Min. Luis Roberto Barroso alinhou que a Lei nº 9.268/96 não teria retirado da multa o caráter de sanção criminal, porquanto as disposições constitucionais a respeito do tema (art. 5º, inc. XLVI, alínea “c”) mencionam expressamente a multa com natureza de sanção criminal. Logo, como titular da ação penal (art. 129, inc. I, da Constituição Federal), caberia prioritariamente ao Ministério Público provocar o juízo da execução penal para cobrança da multa criminal.

Aliás, assim já determinava o art. 164 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84).

Registre-se ainda que a Suprema Corte acolheu, aos 17 de abril de 2020, os Embargos de Declaração opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU), modulando temporalmente os efeitos da decisão, estabelecendo a competência concorrente da Procuradoria da Fazenda Pública quanto às execuções findas ou iniciadas até a data do trânsito em julgado da ação direta de inconstitucionalidade – ADI 3.150/DF. O trânsito em julgado ocorreu aos 02 de junho de 2020.

Todavia, antes que a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal pudesse gerar efeitos concretos nas Promotorias e Juízos da Execução Penal, ao derradeiro do ano de 2019, especificamente em 24 de dezembro, foi promulgada a Lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2019b), conferindo nova redação ao art. 51 do Código Penal e estabelecendo expressamente que a multa será executada perante o Juízo da Execução Penal<sup>1</sup>.

Com esse novo panorama, decorrente do julgamento da ADI 3.150/DF no STF e da promulgação da Lei nº 13.964/2019, os Ministérios Públicos passaram a editar atos normativos para regulamentar a forma de atuação dos órgãos de execução na cobrança da pena de multa. Em Minas Gerais, o Ato da Corregedoria-Geral do Ministério Público nº 02, de 12 de maio de 2020 (MINAS GERAIS, 2020a), expressamente estabeleceu que, não havendo adimplemento voluntário da pena de multa, a execução por quantia certa deverá ser proposta pela Promotoria de Justiça responsável pela execução penal perante o próprio Juízo da Execução Penal (art. 49), independentemente do valor da multa imposta (§ 2º).

Nesse particular, registre-se que, nos termos do art. 49 do Código Penal, a pena de multa fixada no patamar mínimo (10 dias-multa) com o valor mínimo (um trigésimo do salário mínimo) atingiria, atualmente, a soma de R\$ 366,66 (trezentos e sessenta e seis reais e sessenta e seis centavos). Portanto, caberia ao promotor de Justiça,

---

1 “Art. 51. Transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será executada perante o juiz da execução penal e será considerada dívida de valor, aplicáveis as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição” (BRASIL, 1940).

obrigatoriamente, acionar o Poder Judiciário para a cobrança desse ínfimo valor, inferior inclusive à metade de um salário mínimo. Além do mais, como é de notório conhecimento, a população submetida ao sistema de justiça criminal é majoritariamente pobre, sendo que 75% dos indivíduos presos sequer completaram o ensino médio (PIRES, 2017), o que vaticina, inequivocamente, que a grande parcela dessas cobranças ainda estaria fadada ao insucesso.

Em razão dessa situação, este artigo propõe o seguinte problema de investigação: quais os efeitos da aplicação prática da obrigatoriedade da execução judicial de toda e qualquer pena de multa?

Com o desiderato de responder a tal indagação, examinar-se-á a obrigatoriedade da execução sob a perspectiva da análise econômica do processo, sob o enfoque da eficiência, refletindo-se o equilíbrio entre custos e benefícios do processo judicial, analisando especificamente as possíveis soluções encontradas para evitar a judicialização da cobrança de multas criminais.

A relevância do tema se ampara especialmente após o Sistema Eletrônico de Execução Unificada – SEEU (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021) apresentar um índice de mais de 2.500 (duas mil e quinhentas) execuções judiciais de pena de multa, sendo o líder nacional em quantidade de processos dessa estirpe o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com mais de 800 execuções de multa criminal em tramitação; ressalte-se que há poucos meses houve a habilitação do sistema SEEU para esse tipo de ação judicial (AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS, 2020). Além do mais, a problematização é justamente delimitada territorialmente para o Estado de Minas Gerais, porquanto o Ministério Público mineiro já ter expedido Ato da Corregedoria-Geral nº 02, de 12 de maio de 2020 (MINAS GERAIS, 2020a), compelindo os membros à execução judicial compulsória da multa, independentemente do valor da sanção.

O estudo, descritivo e exploratório, ampara-se em revisão da literatura e análise de dados. Esclarece-se que a presente investigação, de ordem empírico-teórica, com o suporte da abordagem quanti-qualitativa (LÜDKE; ANDRÉ, 2012), foi realizada a partir de duas

partes. A primeira consistiu na análise dos princípios, normas, decisões judiciais e atos administrativos acerca da análise econômica do direito e do sistema de execução da pena de multa (BITTAR, 2009). Posteriormente, realizou-se uma pesquisa com viés empírico-documental (BITTAR, 2009), com análise do último relatório Justiça em Números 2020 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020) e exame dos processos eletrônicos de execução pelo sistema eletrônico de execução unificado – SEEU (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021) do Estado de Minas Gerais, buscando identificar o aumento de demandas judiciais após a obrigatoriedade de judicialização da cobrança da pena de multa no Estado de Minas Gerais.

O Sistema Eletrônico de Execução Unificada – SEEU (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021) não é de acesso público, sendo permitido apenas para usuários cadastrados<sup>2</sup>. A coleta de dados ocorreu da seguinte forma: após acesso com o nome de usuário e senha, na barra de ferramentas clica-se no campo *processos*; em seguida, no campo *busca execução penal*; na página que surge, deverá ser marcada a opção de execução da pena de multa no campo definido como *classe processual*; após, clica-se em *pesquisar*; em seguida, o site apresentará o resultado da pesquisa. Para baixar o arquivo com os dados completos, utiliza-se a opção em *exportar*; o sistema carregará e em seguida fará o *download* do arquivo, em formato .CSV (Valores Separados por Vírgula), contendo todos os dados disponíveis. Os resultados da pesquisa serão apresentados no decorrer do artigo.

Diante de todo o exposto, demonstrar-se-á que a obrigatoriedade da execução da pena de multa resultará no aumento de demandas de valor esperado negativo (1), fazendo-se imperiosa a fixação de um valor mínimo para cobrança (2) e desjudicialização da execução (3), para garantir maior eficiência no acesso à Justiça.

---

<sup>2</sup> O autor teve acesso com sua senha cadastral de promotor de Justiça.

## 1. OBRIGATORIEDADE DA EXECUÇÃO DA PENAL DE MULTA: DEMANDAS DE VALOR ESPERADO NEGATIVO

A decisão entre ajuizar ou não uma demanda depende, diretamente, de um processo racional de análise do proveito esperado em relação ao processo judicial, consideradas as chances de êxito, custos da litigância, etc. Logo, pela análise econômica do Direito, um agente racional não ajuizaria uma demanda quando os seus custos para litigar forem superiores ao proveito esperado com a ação. Nesta situação, afirma-se existir uma demanda de valor esperado negativo (FUX; BODART, 2019, p. 87).

Aliás, a decisão de demandar judicialmente é sempre precedida de uma ponderação custo-benefício: se os benefícios esperados em caso de sucesso forem maiores que os custos do ajuizamento, a conclusão é pela propositura da demanda; se os custos forem maiores que os benefícios, a opção racional seria pela não judicialização (SILVA, 2020).

Além disso, é imperioso considerar a probabilidade de êxito da demanda; logo, deve-se calcular o proveito esperado pelo autor (PE), que é o resultado da multiplicação de benefício que pretende obter (B) pela probabilidade de que sua demanda seja procedente (v), reduzidos os custos sociais do processo (CS), resultando na seguinte equação:  $PE = (B \times V) - CS$  (BAGGENSTOSS, 2014).

Com efeito, considerando que a execução judicial da pena de multa pelo Ministério Público é isenta de custas de antecipação de despesas e de sucumbência à parte autora, poder-se-ia afirmar *a prima facie* que haveria sempre um resultado positivo na equação supramencionada, incentivando-se o órgão ministerial a litigar judicialmente, independentemente do valor da multa criminal a ser cobrada.

No entanto, deve o Ministério Público considerar os custos financeiros e temporais ao Poder Judiciário. No ano de 2011, o Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA), a requerimento do Conselho Nacional de Justiça, indicou que o custo médio de um processo de execução fiscal gira em torno de R\$ 4.685,39 (quatro mil

seiscentos e oitenta e cinco reais e trinta e nove centavos) (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2011); em 2012, o IPEA revelou que o tempo médio de tramitação da execução fiscal é de nove anos, nove meses e dezesseis dias, quando proposta pela Procuradoria da Fazenda Nacional (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2012). Portanto, em tempos de escassez de recursos humanos e estruturais, especialmente nas Varas de Execuções Penais, o excesso de demandas onerosas e duradouras pode gerar inviabilização de acesso à Justiça (SILVA, 2020).

Nesse particular, ressalte-se que, hodiernamente nas Varas de Execuções Penais, tramitam processos de execução de pena de pessoas privadas de liberdade, submetidas ao sistema carcerário brasileiro, sendo imperiosa uma rápida análise processual dos benefícios de progressão de regime, livramento condicional, indulto, comutação, saídas temporárias, entre outros, sob pena de prolongar irregularmente a privação da liberdade alheia, o que, inclusive, poderá configurar prática delitiva, conforme previsto no art. 12, parágrafo único, inc. IV, da Lei nº 13.869/2019 (BRASIL, 2019a).

No concernente ao excesso de demandas mencionado, registre-se que o Conselho Nacional de Justiça atualizou o sistema eletrônico de execução unificada (SEEU) em 23 de junho de 2020 (AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS, 2020), criando-se a ferramenta para ajuizamento eletrônico na ação de execução da pena de multa. Menos de seis meses depois, já se detecta mais de 2.500 (duas mil e quinhentas) execuções de multa criminal em tramitação, sendo que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais apresenta o maior número de demandas dessa espécie, com 809 execuções em andamento, cerca de 32% de todas as demandas em território nacional (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021). Dentro dessas execuções, há processos executivos com valores inferiores a R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais) (MINAS GERAIS, 2021). Destarte, o Poder Judiciário tem custos em torno de R\$ 4.685,39, para, ao final, caso exitosa a ação, arrecadar-se menos de 10% dos valores dispendidos.



Não se desconhece que a multa criminal não ostenta pretensões arrecadatórias, entretanto, deve-se levar em consideração a notória incapacidade do Poder Judiciário em dar vazão eficiente às demandas represadas e recebidas, como se constata da análise do último relatório Justiça em Números 2020, do Conselho Nacional de Justiça (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Segundo o documento, em 2019, foram distribuídos 2,4 milhões novos feitos criminais, dos quais 1,6 milhão (58,5%) estão na fase de conhecimento de 1º grau; 18,1 mil (0,6%), nas turmas recursais; 628,4 mil (22,4%), no 2º grau; e 121,4 mil (4,3%), nos Tribunais Superiores. Os casos pendentes equivalem à alarmante proporção de 2,5 vezes a demanda.

Especificamente no campo das execuções penais, foram 395,5 mil (14,1%) novos processos em 1º grau. A Justiça Estadual é o segmento com maior representatividade de litígios no Poder Judiciário, com 68,4% da demanda, o que é ainda mais significativo no campo criminal, com 91,4% do acervo. Ao cabo do ano de 2019, era 1,8 milhão de execuções penais pendentes, com 395 mil execuções iniciadas em 2019. A maioria das penas aplicadas em 2019 foram sanções privativas de liberdade, com um total de 228,2 mil execuções, 57,7% do total. Entre as penas não privativas de liberdade, 7 mil (3,9%) ingressaram nos juizados especiais e 161 mil (96,1%) no juízo comum.

Todos esses dados demonstram o baixo potencial de eficiência na execução das penas de multa, que deve integrar o processo de inferência racional sobre o custo-benefício do ajuizamento de uma demanda executória e o conduzi-lo à otimização pela prevalência de um referencial quantitativo mínimo que o justifique.

Não se olvide, ainda, que a execução da pena de multa depende, necessariamente, do trânsito em julgado da decisão penal condenatória, o que, no Brasil, alcança níveis sabidamente irrisórios, ainda mais pela tendência jurisprudencial à impossibilidade de execução provisória de penas restritivas de direito, conforme firmado recentemente na Súmula nº 643 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2021b).

O fator tempo também é indispensável a essa análise. Conforme os dados do referido estudo realizado pelo CNJ, na Justiça Estadual, a média temporal de tramitação dos processos criminais baixados na fase de conhecimento do 1º grau é de quatro anos e um mês, com destaque para o TJMG, cuja média é de três anos e um mês. O tempo médio de tramitação dos processos de execução penal de penas restritivas de direito, entre as quais se inclui a multa, é ainda maior: quatro anos e nove meses, sendo que, no TJMG, esse prazo é maior ainda, cinco anos e cinco meses.

Diante de causa com valores reduzidos, alenta-se o trabalho do Poder Judiciário, mobilizando recursos humanos e financeiros para demandas que não trarão resultados úteis, em verdadeiras demandas de valor esperado negativo. Aliás, essa situação está se desenhando no Estado de Minas Gerais, com a obrigatoriedade da execução judicial da multa e a conseqüente liderança nacional em quantidade de ações executivas em andamento nas Varas de Execuções Penais. Portanto, deverá o Ministério Público adotar medidas para evitar a judicialização de execuções de pena de multa, fixando-se um valor mínimo para a execução e utilizando-se de meios alternativos de cobrança.

## **2. A NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE UM VALOR MÍNIMO PARA A EXECUÇÃO JUDICIAL DA PENA DE MULTA**

O Ministério Público seria legitimado a promover a execução da multa penal como consectário da legitimidade exclusiva atribuída ao *Parquet* para promover a ação penal pública. Logo, *a prima facie*, concluir-se-ia que não poderia o órgão ministerial dispor sobre a execução da pena da multa, em razão do princípio da indisponibilidade da ação penal (art. 42 do Código de Processo Penal).

No entanto, levando-se em consideração os custos da máquina judiciária para intimação e realização de atos de constrição patrimonial, em valor aproximado de R\$ 4.685,39 (quatro mil seiscentos e oitenta e cinco reais e trinta e nove centavos) (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2011), deve haver racionalidade na atuação do Ministério Público, fixando-se um valor mínimo para justificar

a movimentação do ente estatal. Ressalte-se que a atuação racional é aquela que tem um objetivo claro e, para alcançá-lo, emprega os meios disponíveis com o menor desperdício possível de recursos (ARENHART, 2009, p. 30).

Com efeito, o ajuizamento de execuções de multas criminais de pequeno valor tem provocado acertadamente o indeferimento das iniciais pelos Juízos, ao argumento da cobrança judicial ser antieconômica para o Estado (SÃO PAULO, 2020b).

Registre-se que, no cenário anterior, em que a legitimidade para execução da multa criminal era exclusiva das Procuradorias da Fazenda Pública, a regulamentação mineira (Decreto Estadual nº 45.989/2012) excluía a possibilidade de execução de créditos não tributários equivalentes ou inferiores a 10.000 UFEMG, correspondente a R\$ 37.100,00 (trinta e sete mil reais) (MINAS GERAIS, 2020b).

Dessa forma, sustenta-se que o Ministério Público deverá seguir o ato regulamentar e executar judicialmente as multas criminais que ultrapassem o valor fixado, até a edição de ato específico pela instituição ou pelo Conselho Nacional do Ministério Público sobre o tema. Deve-se considerar as atuais estruturas das Varas de Execução penal, além dos recursos dispendidos na realização das diligências de constrição patrimonial, que não se mostrariam proporcionais sob o ponto de vista da eficiência, para as multas de baixo valor (PARANÁ, 2020).

Além disso, a situação pessoal do executado deverá ser levada em consideração. De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em 2014, 75% dos encarcerados tinham até o ensino fundamental completo, um indicador de baixa renda (CALVI, 2018). Logo, mesmo se a multa for de valor considerável, poderá haver indicativos de que o sentenciado não terá recursos para solver a dívida, tornando-se despicienda a ação judicial para cobrança, porquanto eventuais medidas de constrição patrimonial restariam infrutíferas, mas demandariam recursos ao Poder Judiciário para sua realização.

Como consequência, em relação a valores pequenos e em casos de executados pobres, entende-se que o Ministério Público poderá abster-

se de manejar a execução judicial da multa criminal. Nestes casos, deverá socorrer-se de mecanismos extrajudiciais de cobrança.

Por fim, há ainda de se sopesar o aspecto processual da questão, residente na falta de interesse processual para o exercício jurisdicional da pretensão sancionatória estatal em relação às demandas de pequena monta, em virtude da ausência de utilidade e de necessidade da demanda. Parte da doutrina define o interesse processual como condição da ação resultante da relação entre a utilidade e a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para a satisfação de um direito substancial.

Por utilidade, entende-se a aptidão que a demanda possui em promover um resultado prático favorável ao autor. Nesse prumo, útil será a providência que, “por sua natureza, verdadeiramente se revele – sempre em tese – apta a tutelar, de maneira tão completa quanto possível, a situação jurídica do requerente” (MOREIRA, 1986, p. 155). Por seu turno, a necessidade é concebida como a impraticabilidade do exercício de um direito por vias alternativas à judicial, imprescindibilidade que pode resultar de disposição legal, da resistência de pretensões ou da própria natureza do objeto da ação. Nesse sentido, vejamos a lição de Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 66-67):

Localiza-se o interesse processual não apenas na utilidade, mas especificamente na necessidade do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto, pois a tutela jurisdicional não é jamais outorgada sem uma necessidade, como adverte Allorio. Essa necessidade se encontra naquela situação que nos leva a procurar uma solução judicial, sob pena de, se não fizermos, vermo-nos na contingência de não podermos ter satisfeita uma pretensão (o direito de que nos afirmamos titulares).

Não se afigura útil nem tampouco necessária uma demanda de valor irrisório, tendo-se em conta o resultado da operação de análise da relação entre os custos e os benefícios do acionamento da máquina jurisdicional. Tendo como fatores o tempo, os custos de um processo de execução de pena pecuniária e a situação econômica da grande

maioria dos pretensos sujeitos passivos de um processo de execução para pagamento de quantia certa, bem como fundado nos dados já expostos alhures, outra conclusão não resta senão a de que a melhor solução para a execução de uma pena de multa de pequeno valor não é pela via judicial, absolutamente.

Os dados processuais trazidos ao presente trabalho demonstram a patente ineficácia do direito sancionador, ao menos no quesito do cumprimento das sanções aplicadas após o devido processo legal. Seja em razão do excesso de tempo para que se viabilize o cumprimento das sanções (trânsito em julgado), seja pela benevolência quantitativa que aniquila as finalidades de reprovação e ressocialização das penas, o processo penal já vem, há tempos, demonstrando a sua incapacidade de prover ao Direito Penal o cumprimento de suas funções precípua: prevenir a ocorrência do ilícito e reprimir o seu autor de forma eficiente. E isso tudo sem mencionar-se a “cifra negra”<sup>3</sup>, fator de desconto escancarado na realidade penal brasileira.

Avulta, inexoravelmente, a necessidade da busca de meios alternativos de solução de conflitos para a viabilização da execução das penas de multa de baixos importes.

### **3. DA UTILIZAÇÃO DE MECANISMOS EXTRAJUDICIAIS DE COBRANÇA DA MULTA CRIMINAL**

A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença penal condenatória, e compete ao Ministério Público fiscalizar a execução da pena e todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo. Logo, não poderá o órgão de execução ministerial simplesmente abster-se de cobrar a pena de multa.

Entretanto, com o escopo de racionalizar a atuação e evitar o excesso de demandas perante as já combalidas Varas de Execuções Penais, inclusive aquelas demandas de valor esperado negativo, o

<sup>3</sup> Em criminologia e sociologia, *cifra negra* é o termo utilizado para definir o quantitativo de crimes não reportados ou não investigados, conforme Walsh e Hemmens (2010).

Ministério Público poderá valer-se do protesto do título, em caso de inadimplemento, como meio alternativo de solução de conflitos.

Num cenário social pós-moderno, complexo e plural, a conflituosidade é latente e geradora do que a literatura especializada nomina “espirais de conflito” (PRUITT; RUBIN, 1986; KRIESBERG, 1998). Esse quadro, conforme escancarado pelos números já trazidos, têm demonstrado o efeito de colapso da prestação jurisdicional enquanto instância formal de solução de conflitos e de controle social, retirando da jurisdição sancionadora, especialmente a pecuniária, a eficácia esperada no cumprimento desse mister.

Deve-se recorrer, portanto, aos meios extrajudiciais de cobrança, sobretudo o protesto. Não há dúvidas que a sentença criminal irrecorrível é um título executivo judicial, conforme expressamente estabelecido no art. 515 do Código de Processo Civil. Além do mais, o art. 1º da Lei nº 9.492/97 dispõe que o “protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.” (BRASIL, 1997). Portanto, pelo atual cenário legislativo, mostra-se possível e adequado o protesto da multa imposta em sentença penal condenatória transitada em jugado.

O protesto é um ato solene e constitui prova oficial de falta de pagamento. Além disso, possui dupla função: precipuamente, tem o desiderato de comprovar a inadimplência de obrigações de títulos e outros documentos de dívida; secundariamente, há a função de coerção moral do devedor, pelo constrangimento legal que decorre da publicidade gerada pelo ato, de maneira especial no concernente ao envio de informações aos órgãos de proteção ao crédito.

Nesse particular, os órgãos de proteção ao crédito mantêm um banco de dados com informações completas sobre CPF com dívidas em atraso, protestos, entre outros. Esse serviço de informações com banco de dados é posteriormente negociado com empresas que desejam ter maiores garantias nas suas vendas a prazo ou financiamentos. Registre-se que, segundo a Súmula 359 do Superior Tribunal de Justiça

(BRASIL, 2008), os citados órgãos de proteção ao crédito notificam o devedor quando da inscrição da dívida

Não há dúvidas de que se trata de um meio célere e potencialmente bastante eficiente de cobrança extrajudicial, com prazo em dias úteis estabelecido na legislação (Lei nº 9.492/97), notadamente em comparação com o moroso processo de execução judicial, dependente do trânsito em julgado das decisões condenatórias e com prazo médio de tramitação de nove anos. Assim, evidencia-se que o protesto detém uma maior presteza, com resultados práticos de produtividade e economicidade, com a conseqüente redução de gastos ao erário.

Nesse contexto, o Ministério Público do Estado de São Paulo publicou a Resolução nº 1.229/2020-PGJ/CGMP, de 24 de setembro de 2020, autorizando o protesto para cobrança de pena de multa (SÃO PAULO, 2020a). Após a publicação do ato, o *Parquet* bandeirante e o Instituto de Estudos de Protestos de Títulos do Brasil – seção São Paulo, formalizaram um aditivo ao Termo de Cooperação Técnica firmado entre ambos em 2019, possibilitando, assim, de forma rápida e econômica, protestar as multas penais devidas pelos condenados em processos criminais (SÃO PAULO, 2021).

Portanto, se faz imperiosa a utilização dessa importante ferramenta extrajudicial de cobrança de relevante rendimento funcional, desafogando o judiciário e evitando o ajuizamento de demandas de valor esperado negativo, com a conseqüente redução de desperdício de dinheiro público.

## CONCLUSÃO

O escopo do presente trabalho foi examinar a obrigatoriedade da execução judicial da pena de multa com as lentes da análise econômica do processo, sob o enfoque da eficiência, refletindo-se o equilíbrio entre custos e benefícios do processo judicial.

Constatou-se que a solução encontrada pelo Ministério Público de Minas Gerais, com a obrigatoriedade do ajuizamento de ação de execução, independentemente do valor da multa criminal, permitirá o

ajuizamento de demandas de valor esperado negativo, com custos para litigar superiores ao proveito esperado com a ação. Aliás, o ajuizamento de demandas em excesso perante a Vara de Execuções Criminais poderá restringir o acesso à Justiça, especialmente com o atraso para análise de benefícios penais de indivíduos em cumprimento de pena privativa de liberdade, os quais são analisados também nas Varas de Execuções Penais e demandam uma maior celeridade em seu exame.

Nesse particular, registre-se que o Estado de Minas Gerais detém a segunda maior população carcerária do Brasil, com 74.712 presos (definitivos e provisórios), conforme levantamento do SISDEPEN (BRASIL, 2021a), sistema de apuração da questão prisional estabelecido na Lei nº 12.714, de 14 de setembro de 2012; agora, o Estado das Alterosas apresenta-se como líder nacional em execuções de pena de multa, com 32% de todas as execuções em território nacional estão em tramitação perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Assim, é de clareza solar a crescente demanda nas Varas de Execuções Penais mineiras, especialmente após as alterações procedimentais na cobrança da multa criminal.

Em uma constatação pragmática, mostra-se urgente a necessidade de alternativas ao ajuizamento de ações de execução de pena de multa. Em que pese tratar-se de uma sanção penal estabelecida em título executivo judicial, o Ministério Público, no âmbito da execução penal, deverá utilizar-se da ação judicial de cobrança apenas em valores relevantes que demandem mecanismos de constrição judicial. Aliás, deverá socorrer-se das normas já existentes da Fazenda Pública, para fixar o patamar mínimo para ajuizamento da ação, enquanto não editados atos internos.

Além disso, conquanto o fim do Estado ao impor uma multa criminal seja reprimir um delito e não aumentar sua renda ou criar uma nova fonte de recursos, em uma ponderação custo-benefício, vislumbra-se a preferência pela utilização de meios extrajudiciais de cobrança, como o protesto. Aliás, no Estado de São Paulo já é uma realidade a utilização dessa forma extrajudicial de cobrança para as multas penais. Deverá o Estado de Minas Gerais trilhar o mesmo caminho, abandonando-se a compulsoriedade da execução judicial da pena de multa.



Ante o exposto, os números evidenciam uma inescandível realidade no Estado de Minas Gerais após a publicação do Ato da Corregedoria-Geral do Ministério Público nº 02, de 12 de maio de 2020, que compeliu os membros do Ministério Público ao ajuizamento de ações judiciais para cobrança da pena de multa: o crescimento das execuções das penas de multa perante as Varas de Execuções Penais de Minas Gerais. Logo, são imperiosas a adoção das medidas para utilização de meios extrajudiciais de cobrança e a fixação de valor mínimo para ajuizamento de ações executivas, com o escopo de evitar futura obstaculização de acesso à Justiça diante do acúmulo de demandas perante as Varas de Execuções Penais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

## REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. **Comentários à Lei de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.

ARENHART, Fernando Santos. **Análise econômica da litigância: teoria e evidência**. 2009. Monografia (Bacharelado em Ciências Econômicas) – Departamento de Economia, Faculdade de Ciências Econômicas. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. Breves considerações acerca da análise econômica do processo judicial. **Revista Direito e Economia I**, Florianópolis, p. 436-452, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=363b688b0469919e>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Sistema de informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN**. Brasília, 2021. Disponível em: <<http://>>

depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Súmula nº 359. Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 set. 2008. Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012\\_31\\_capSumula359.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_31_capSumula359.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 3ª Seção. Súmula nº 521. A legitimidade para a execução fiscal de multa pendente de pagamento imposta em sentença condenatória é exclusiva da Procuradoria da Fazenda Pública. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 6 abr. 2015. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=521&&b=SUMU&thesaur=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 3ª Seção. Súmula nº 643. Execução da pena restritiva de direitos depende do trânsito em julgado da condenação. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 fev. 2021. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/12022021-Terceira-Secao-aprova-novas-sumulas.aspx>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. **Diário de Justiça**, Brasília, 23 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268&termo=>>>. Acesso em: 11 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Tribunal Pleno. ADI 3.150/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Roberto Barroso. **Diário de Justiça**, Brasília, 6 ago. 2019c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750449016>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

CALVI, Pedro. Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão. 2018. **Comissão dos Direitos Humanos e Minorias**.

Brasília, 6 ago. 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoespermanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

CNJ. AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. **CNJ atualiza SEEU com novos dispositivos do pacote anticrime**. Brasília, 23 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnj-atualiza-seeu-com-novos-dispositivos-do-pacote-anticrime/>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2021.

\_\_\_\_\_. **Sistema Eletrônico de Execução Unificado**. Brasília, 2021. Disponível em: <<http://seeu.pje.jus.br/seeu/>>. Acesso em: 27 jan. 2021.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 5. ed. Boston: Addison-Wesley, 2008.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo civil e análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal**. Brasília: IPEA, 2011. (Comunicados do IPEA, n. 83). Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331\\_comunicadoipea83.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf)>. Acesso em: 11/ jan. 2021.

\_\_\_\_\_. **Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**. Brasília: IPEA, 2012. (Comunicados do IPEA, n. 127). Disponível em: <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120104\\_comunicadoipea127ppt.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120104_comunicadoipea127ppt.pdf)>. Acesso em: 11/01/2021.

KRIESBERG, Louis. **Constructive Conflicts**: from escalation to resolution. Lanham: Rowman & Littlefield Publishers, 1998.

LÜDKE, Menga; ANDRÉ, Marli E. D. A. **Pesquisa em educação**: abordagens qualitativas. São Paulo: E.P.U, 2012.

MINAS GERAIS. Ministério Público de Minas Gerais. Corregedoria-Geral. Ato da Corregedoria Geral do Ministério Público nº 02, de 12 de maio de 2020. Aprova a revisão e a atualização dos Atos Orientadores expedidos pela Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Diário Oficial Eletrônico do MPMG**, Belo Horizonte, 2020a. Disponível em: <[https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-CBCE-39-ato\\_cgmp\\_02\\_2020\\_repub.pdf](https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-CBCE-39-ato_cgmp_02_2020_repub.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Estado de Fazenda. **Decreto nº 45.989, de 13 de junho de 2012**. Dispõe sobre a utilização de meios alternativos de cobrança de créditos do Estado e de suas autarquias e fundações. Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <[http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao\\_tributaria/decretos/2012/d45989\\_2012.html](http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/decretos/2012/d45989_2012.html)>. Acesso em: 12 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Resolução nº 5.425, de 15 de dezembro de 2020**. Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020b. Disponível em: <[http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao\\_tributaria/decretos/2012/d45989\\_2012.html](http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/decretos/2012/d45989_2012.html)>. Acesso em: 12 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Vara de Execuções Criminais da Comarca de Boa Esperança. Execução nº 4400099-77.2020.8.13.0071. Relator: Fabiano Teixeira Perlato. **Diário de Justiça do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ação declaratória e interesse. In: \_\_\_\_\_. **Direito processual civil** (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 1.

PARANÁ. Ministério Público do Paraná. **Pena de multa**: aspectos penais e procedimentais. Curitiba: MPPR, 2020.

Disponível em: <[http://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo\\_-\\_Pena\\_de\\_Multa\\_Aspectos\\_penais\\_procedimentais\\_-\\_atualizacao\\_-\\_01-12-2020.pdf](http://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_-_Pena_de_Multa_Aspectos_penais_procedimentais_-_atualizacao_-_01-12-2020.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2021.

PIRES, Breno. Maioria dos presos é jovem, negra e de baixa escolaridade. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 8 dez. 2017. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,maioria-dos-presos-e-jovem-negra-e-de-baixa-escolaridade,70002113030>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 7. ed. Austin: Wolters Kluwer, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: RT, 2010.

PRUITT, Dean G.; RUBIN, Jeffrey Z. **Social Conflict: escalation, stalemate and settlement**. New York: Random House, 1986.

SÃO PAULO. Ministério Público do Estado de São Paulo. Resolução nº 1.229/2020-PGJ/CGMP, de 24 de setembro de 2020. Disciplina o Protesto e a Execução da Certidão da pena de multa e dá outras providências. **Diário Oficial Eletrônico**, São Paulo, 2020a. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/DO\\_Estado/2020/DO\\_25-09-2020.html](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/DO_Estado/2020/DO_25-09-2020.html)>. Acesso em: 12 jan. 2021.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Vara de Execuções Criminais da Comarca de Itapetininga. Autos nº 1004026-95.2020.8.26.0269. Relator: Alessandro Viana Vieira de Paula. **Diário de Justiça do Estado de São Paulo**. Itapetininga, 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Estado de São Paulo. **MPSP firma acordo para cobrança de multas penais devidas por condenados**. São Paulo, 18 jan. 2021. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id\\_noticia=23912276&id\\_grupo=118](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=23912276&id_grupo=118)>. Acesso em: 12 jan. 2021.

SILVA, Jorge Luis da Costa. Fatores determinantes e instrumentos de dissuasão da litigância frívola. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, jan./abr. p. 165-191, 2020.

Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/44599/31770>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WALSH, Anthony; HEMMENS, Craig. **Introduction to criminology: a text/reader**. 3. ed. Thousand Oaks: Sage, 2010.



***SEÇÃO ESPECIAL***

***RESPEITO E DIVERSIDADE: PROMOÇÃO DA  
TOLERÂNCIA E DA CULTURA DA PAZ***

---





# TRANSVERSALIDADE DE GÊNERO NO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

## *GENDER TRANSVERSALITY ON CONTEMPORARY SLAVE LABOR: APPROACHES TO POTENTIAL ACTION BY THE BRAZILIAN LABOUR PROSECUTORS' OFFICE*

**Luísa Nunes de Castro Anabuki**

Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), área de concentração Direito, Estado e Constituição, sublinha “Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade”. Pesquisadora do Grupo Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPQ). Especialista em Direito aplicado ao Ministério Público do Trabalho pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo IDP. Procuradora do Trabalho (MPT)

[luisa.anabuki@mpt.mp.br](mailto:luisa.anabuki@mpt.mp.br)

Recebido em: 31/5/2021

Aprovado em: 26/7/2021

**Resumo:** Neste trabalho, é apresentado o conceito de transversalidade de gênero e são discutidas as possibilidades de sua aplicação à atuação promovida pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) na erradicação do trabalho escravo contemporâneo. Para tanto, o trabalho escravo é analisado como um problema transversalizável de acordo com os dados extraídos das estimativas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e do Observatório da Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas. Apresenta-se o enquadramento da atuação estatal como possivelmente promotor de discriminação indireta, nos termos da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando desconsidera as especiais vulnerabilidades das vítimas. Por fim, mostra-se o papel do MPT na reversão do impacto desproporcional decorrente do Trabalho Escravo para as mulheres vítimas.

**Palavras-chave:** Transversalidade de gênero. Trabalho Escravo. Discriminação indireta. Vulnerabilidades das vítimas.

**Abstract:** *In this paper, the concept of gender transversality is presented and the possibilities of its application to the practice of the Federal Labour Prosecution Office (MPT) in the eradication of contemporary slave labor are discussed. For that goal, slave labor is analyzed as a cross-cutting problem according to data extracted from the International Labor Organization (ILO) and the Observatory for the Eradication of Slave Labor and Human Trafficking. The framework for state action as a possible promoter of indirect discrimination is presented, in accordance with the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, when the special vulnerabilities of the victims are disregarded in practices. Finally, it shows the role of the MPT in reversing the disproportionate impact resulting from slave labor for the women affected.*

**Keywords:** *Gender transversality. Slavery. Indirect discrimination. Victim vulnerabilities.*

**Sumário:** Introdução. 1. Contextualização da transversalidade de gênero. 1.1. Apresentação do conceito. 1.2. Atuação estatal e a discriminação indireta. 2. Aplicação do conceito ao trabalho escravo contemporâneo. 2.1 Trabalho escravo: um problema transversalizável e interseccionalizado. 2.2 Possibilidades de atuação pelo Ministério Público do Trabalho. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

Esta pesquisa pretende analisar a aplicação do conceito de transversalidade de gênero à atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT) na erradicação do trabalho escravo contemporâneo.

O artigo foi desenvolvido a partir de trabalho de conclusão de curso de Pós-Graduação em Direito Aplicado ao Ministério Público do Trabalho da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) e apresenta um tema de atuação prioritária do Ministério Público do Trabalho com recorte da epistemologia de gênero.

No primeiro capítulo, será contextualizada a transversalidade de gênero, especialmente considerados os estudos de Lourdes Bandeira. Encerrando esta etapa, são apresentadas as pesquisas que afirmam que a ausência de aplicação desse conceito no agir estatal resulta em discriminação indireta contra grupos especialmente vulneráveis, posição corroborada pela jurisprudência da Corte Interamericana de

Direitos Humanos (Corte IDH), conforme precedentes importantes sobre o tema.

No segundo capítulo, será discutido o trabalho escravo contemporâneo como um problema transversalizável a partir dos estudos promovidos e dados coletados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e pelo Observatório da Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas. Traçadas essas premissas, serão identificadas as possibilidades de atuação do MPT para inserção dessa perspectiva na erradicação do trabalho escravo.

O estudo será desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e parte de marcos da epistemologia de gênero, em especial, da interpretação jurídica feminista. Neste caso específico, adota-se a “pergunta pela mulher”, como classificado e especificado por Katherine Bartlett (2011), forma de interpretação defendida por Daphne Barak-Erez (2012) por retornar resultados menos contraditórios com outros métodos interpretativos e detectar impacto de leis ou ações cujo efeito seja desproporcionalmente impactante para as mulheres.

## **1. CONTEXTUALIZAÇÃO DA TRANSVERSALIDADE DE GÊNERO**

Para que seja analisada a possibilidade de discussão do trabalho escravo contemporâneo sob foco da transversalidade de gênero, faz-se necessária a apresentação desse conceito e a consequência para o agir estatal da sua não utilização.

Nesse ponto é preciso fazer uma distinção entre os conceitos de transversalidade e interseccionalidade de gênero. Este termo é uma construção de feministas negras, que percebem a existência de camadas sobrepostas de opressão quando há encontro de uma ou mais vulnerabilidades, como raça, gênero, origem, religião, idade, entre outros (CRENSHAW, 2002). A transversalidade, por sua vez, é a exigência de uma profundidade de gênero na análise de um direito, como uma política pública, ou de uma medida efetiva de implementação a partir da perspectiva de gênero (BANDEIRA, ALMEIDA, 2013). Há pesquisas que usam os conceitos como sinônimos (FARAH; et al, 2018) ou que, embora adotem um deles, utilizam os conceitos em sentido

distinto ao aqui apresentado. Neste artigo, são apresentados como termos que, embora coabitem preocupações símile, são diferentes.

### 1.1. Apresentação do conceito

Para tratar da transversalidade de gênero, é importante, de início, explicitar o conceito de gênero utilizado por quem defende sua transversalização. Aquele, como afirmam Lourdes Bandeira e Tânia Almeida, é “uma forma de distinguir as diferenças biológicas das desigualdades socioculturais” (2013, p. 37), sendo, portanto:

constitutivo das relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos como o conjunto de normas, valores, costumes e práticas em que a diferença biológica (...) é culturalmente significativa (2013, p. 38).

Esse conceito foi desenvolvido para mostrar que diversas características atribuídas aos sexos como naturais são, em verdade, naturalizadas por imposições sociais, por estratégias de poder. Transversalidade de gênero, por outro lado, é o termo cunhado para transmitir a ideia de que é necessário, na efetivação de direitos, que haja uma preocupação específica voltada a esse conjunto complexo que compõe o gênero. Trata-se, portanto, de exigir da atuação estatal uma nova profundidade no dever de garantia, a profundidade de gênero (BRAUNMUHL, 2001).

A reivindicação de mulheres para inserção da discussão de gênero na ação estatal tem origens ligadas ao nascimento e ao fortalecimento do movimento feminista, ainda na década de 1970 (FARAH; et al, 2018). A imprescindibilidade desse recorte foi reconhecida na IV Conferência Mundial de Mulheres, realizada em Beijing, em 1995 (BANDEIRA, 2005), em que ficou registrada necessidade de se considerar, na atuação estatal, o *gender mainstreaming* (ONU, 1995).

A relação entre gênero e a atuação estatal, em especial por meio de suas políticas públicas, intensifica-se no Brasil, a partir da década de 1980, no contexto de redemocratização (FARAH, 2004). O processo, no entanto, ganha maior destaque com a criação da Secretaria de Políticas

para as Mulheres, em 2003, sendo resultado a criação da Política Nacional para as Mulheres e dos Planos Nacionais de Políticas para as Mulheres (FARAH *et al*, 2018).

Frise-se, no entanto, que as políticas públicas de gênero não se confundem com políticas públicas para as mulheres, sendo nestes casos atuações do Estado voltadas ao público feminino, mas que reproduzem o papel da mulher essencializado, normalmente voltado à reprodução, sem que haja necessariamente uma perspectiva de gênero ou a redução das desigualdades, desconsiderando a multiplicidade de formas de socialização das mulheres (BANDEIRA; ALMEIDA, 2013).

As políticas públicas de gênero ou que adotam a transversalidade de gênero, por sua vez, são aquelas que, independentemente de serem voltadas de forma específica para o público feminino, consideram, em seu planejamento, execução e avaliação de resultados os impactos e peculiaridades que o gênero, ou seja, as diferenças sociais impostas aos sexos, acarretam para a realização do direito que se pretenda efetivar. Ou ainda, nas palavras de Lourdes Bandeira e Tânia Almeida (2013, p. 39): “(...) partem da premissa de que as instituições estatais são partícipes da construção política e social dos gêneros e, portanto, devem combater a iniquidade e a desigualdade entre homens e mulheres”.

Para os Estados, a transversalidade de gênero pode ser lida, de acordo com a Plataforma de Ação de Beijing, como uma estratégia básica de promoção social (ONU, 1995), em que todos os órgãos e agentes do governo considerem esse elemento no planejamento, execução e avaliação de suas ações, tanto criando políticas específicas para áreas de gênero como sensibilizando todas as demais áreas para a questão (SEVERI, 2012).

Constata-se, assim, a premência de explicitar a questão de gênero para, então, efetivar a inclusão de forma não discriminatória (CRENSHAW, 2002), dever dos Estados como garantidores de direitos. Falar em transversalidade de gênero, portanto, é garantir acesso à Justiça (SEVERI, 2012). Em outras palavras, assim conclui Fabiana Siveri:

O reconhecimento explícito do princípio da transversalidade nos tratados internacionais e em políticas públicas brasileiras sobre gênero e direitos humanos das mulheres é uma importante conquista, que acaba por justificar uma revisão crítica de todo o ordenamento jurídico, de modo a impregná-lo pelo objetivo de se garantir a igualdade de gênero. Isso porque a transversalidade não está relacionada apenas à criação de programas específicos para mulheres, em áreas específicas, mas sim no fortalecimento das questões de gênero em qualquer âmbito de atuação do poder público e de tomada de decisão (2012, p. 336).

A transversalidade de gênero adéqua-se à concepção do Estado como garantidor ativo do direito à igualdade material, aplicável quando “certos setores da população estão em desvantagem no exercício de seus direitos por obstáculos legais ou fáticos e requerem, por consequência, a adoção de medidas especiais de equiparação” (ABRAMOVICH, 2010). A sua imposição, portanto, como dever de garantia do Estado, surge da percepção do gênero como categoria relevante e socialmente imposta (MACKINNON, 2014), representativa de relações assimétricas de poder e de uma série de normas de submissão das mulheres (KERGOAT, 2009), e que, por isso, torna exigível, como dever dos Estados, adoção de medidas práticas e efetivas para melhoria direta das condições de vida desse grupo.

Como mecanismos de reconstrução de realidade (BANDEIRA; ALMEIDA, 2013, p. 36), as políticas públicas têm que compreender as relações de poder nela já existentes, sendo uma delas as relações de gênero, reconhecendo que há experiências histórico-sociais pautadas nas diferenças sexuais que criam impactos diferentes aos sujeitos de direito a depender de seu gênero.

Assim, no momento de efetivar um direito, em especial por meio de criação de políticas públicas, mostra-se necessário se perguntar, desde o momento da idealização e formulação da política até a análise de seus resultados, como o público-alvo da política é afetado por ser de determinado gênero e como a política pode (e deve) atuar para alterar esse impacto.

## 1.2. Atuação estatal e a discriminação indireta

Para Lourdes Bandeira e Tânia Maria de Almeida (2004), a busca pela articulação da perspectiva de gênero nas políticas públicas decorre do reconhecimento de que as políticas não são em si neutras e que, quando elegem como público-alvo um sujeito de direito universalizado, sem indicação de gênero, raça, classe social, acabam por impactar de forma mais efetiva aqueles de menor vulnerabilidade ou de menos interseccionalidades.

A ideia de interseccionalidade de raça, por sua vez, nasce de uma construção de feministas negras, que percebem que existem camadas sobrepostas de opressão quando há encontro de uma ou mais vulnerabilidades, como raça, gênero, origem, religião, idade, entre outros. O termo é atribuído a Kimberlé Crenshaw, que o teria cunhado em 1989 (CRENSHAW, 2002). Piscitelli resume o termo como “a multiplicidade de diferenciações que, articulando-se a gênero, permeiam o social” (2008, p. 263). Foi bastante difundido por autoras que consideravam que havia pouco destaque para o papel do racismo como um elemento interno do patriarcado (HENNING, 2016).

Para Carlos Eduardo Henning, a noção de interseccionalidade contribui para o campo teórico e prático de duas formas:

Dessa maneira, é preciso frisar que ao mesmo tempo em que a noção de interseccionalidade abre um relevante espaço para análise de contextos específicos de construção de diferenciações e de desigualdades sociais, ela pode também proporcionar uma contrapartida em termos de um potencial para analisar e pôr em relevo as ferramentas agências para “desfazer”, “desmontar” e “desconstruir” possíveis desigualdades. Essa atenção, conseqüentemente, auxiliaria a evitar o risco de uma reificação da “produção” e “construção” da diferença, vista como sinônimo de desigualdade, e a frisar a potencialidade “igualitarista” que o conceito pode prover em termos de práticas sociais no campo de distintas formas de agência interseccional. (2016, p.118)

Esse conceito é útil por enfatizar que existem sujeitos que, por reunirem em si camadas sobrepostas de exclusão social, ficam



à margem dos efeitos de políticas consideradas neutras. Assim, “denuncia-se qualquer pretensão de neutralidade das políticas e de suas técnicas gerenciais e operacionais, afirmando-se que essas impactam na reprodução (...) das desigualdades” (MARCONDES et al., 2018, p. 40).

Não transversalizar o agir estatal é deixar de enxergar parcela da população especialmente vulnerável e criar uma política pública que represente uma discriminação indireta perpetrada pelo próprio Estado que se propõe a solucionar o problema.

A discriminação indireta se opõe à explícita, situação em que há intenção direta de discriminar. Na modalidade indireta, não se analisa a intenção discriminatória, mas o resultado ou impacto da ação (SILVA, 2016). Para Rodrigo Silva, há três elementos que informam se uma prática representa uma discriminação indireta, sendo eles:

O primeiro e principal está relacionado à não intencionalidade do ato discriminatório. O segundo consiste na existência de um prejudicial efeito, o qual restringe desproporcionalmente e de maneira desvantajosa indivíduos ou grupos. O terceiro elemento é se a prática discriminatória e seus meios são injustificáveis. (SILVA, 2016, p. 49).

O último elemento é essencial para distinguir as discriminações indiretas das políticas afirmativas ou ações afirmativas de inclusão, em que há uma justificativa sociojurídica para a distinção (SILVA, 2016).

Para reverter problemas sociais sensíveis, não basta ao Estado a adoção de postura neutra quanto ao gênero, sob pena de sua atuação ter como efeito uma discriminação indireta, que é aquela em que há adoção de medidas aparentemente neutras que têm impacto negativo sobre determinada pessoa ou grupo (RIOS, 2008). Como afirmam Bragati e Adamatti (2014, p. 96), “medidas (leis, políticas públicas e etc.) aparentemente neutras e não direcionadas a nenhum grupo específico acabam por reforçar as situações de vantagem e desvantagem já existentes na sociedade”.

Essa perspectiva também é tratada dentro do sistema onusiano, para o qual a questão ganha tamanha relevância que está explícita na Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas para o

Desenvolvimento Sustentável, por meio do princípio de número 5, que propõe alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas, que deve ser lido interligando os princípios de número 1, sobre erradicação da pobreza, 5, de igualdade de gênero, e 10, de redução de desigualdades. A ONU elenca, no item 5.1 da agenda, que se deve, até 2030, “Acabar com todas as formas de discriminação contra todas as mulheres e meninas em toda parte” e, no item 5.c, “dotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis”<sup>1</sup>. Demonstra-se, portanto, ser dever do Estado a adoção de medidas positivas e efetivas para redução das desigualdades.

Há, ainda no sistema global, casos em se que verifica o dever do Estado em levar em consideração as características de vulnerabilidade da população excluída do gozo de um direito. Um exemplo é o caso Aline Pimentel, em que, por meio de recomendação (Comunicado nº 17/2008, de 10 de agosto de 2011) do Comitê de Acompanhamento da Implementação da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), destacou-se a violação aos direitos à saúde, ao acesso à justiça e à não discriminação. Na análise do caso, o CEDAW detectou que a vítima sofreu discriminação por sua condição como mulher.

A preocupação com a transversalidade de gênero está exposta igualmente nos princípios fundamentais da OIT, que estabeleceu, na Declaração de Filadélfia, relativa aos fins e objetivos da organização, como princípio fundamental, eliminação de todas as formas de discriminação no emprego ou na ocupação, amparado nas convenções de número 100 e 111.

Na Convenção 156 da OIT, determina-se aos Estados membros o dever de considerar as necessidades de trabalhadores e trabalhadoras para efetivar uma política de igualdade de oportunidade e de tratamento, nos seguintes termos:

Com vista ao estabelecimento de uma efetiva igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores, serão tomadas

<sup>1</sup> Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/ods5/>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

todas as medidas compatíveis com as condições e as responsabilidades nacionais para:

(...)

b) levar em consideração suas necessidades nos termos e condições de emprego e de seguridade social.

A recém-aprovada Convenção 190 da OIT, ainda não ratificada pelo Brasil, entre outras questões, assevera ser dever dos Estados o combate ao assédio e à violência, incluída a de gênero, e determina ser violência de gênero o impacto desproporcional contra mulheres, bem como impõe a necessidade de uma abordagem sensível a gênero, ou seja, transversal, incluindo a atuação dos inspetores do trabalho. Afirma ainda que leis, regulamentações e políticas devem assegurar o direito à igualdade e à não discriminação, inclusive para as mulheres, em casos em que são desproporcionalmente impactadas.

No sistema regional, por sua vez, a Organização dos Estados Americanos expressamente previu, na Convenção Interamericana contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância, os seguintes conceitos:

1. Discriminação é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes.

(...)

2. Discriminação indireta é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha algum objetivo ou justificativa razoável e legítima, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

3. Discriminação múltipla ou agravada é qualquer preferência, distinção, exclusão ou restrição baseada, de modo concomitante, em dois ou mais dos critérios

dispostos no Artigo 1.1, ou outros reconhecidos em instrumentos internacionais, cujo objetivo ou resultado seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes, em qualquer área da vida pública ou privada.

4. As medidas especiais ou de ação afirmativa adotadas com a finalidade de assegurar o gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais de grupos que requeiram essa proteção não constituirão discriminação, desde que essas medidas não levem à manutenção de direitos separados para grupos diferentes e não se perpetuem uma vez alcançados seus objetivos.

Entre os deveres dos Estados, prevê a Convenção:

Os Estados Partes comprometem-se a formular e implementar políticas cujo propósito seja proporcionar tratamento equitativo e gerar igualdade de oportunidades para todas as pessoas, em conformidade com o alcance desta Convenção, entre elas políticas de caráter educacional, medidas trabalhistas ou sociais, ou qualquer outro tipo de política promocional, e a divulgação da legislação sobre o assunto por todos os meios possíveis, inclusive pelos meios de comunicação de massa e pela internet. (OAS)

A Corte IDH, com especial destaque para o caso Campo Algodonero contra o México, declarou que o Estado, como garante do direito à igualdade e à não discriminação, deve observar se há padrões de violência e subordinação dirigidos a determinado grupo, sendo o dever de efetivação mais intenso com relação a esse grupo (ABRAMOVICH, 2010).

O caso é especialmente emblemático porque marca a superação da jurisprudência da Corte IDH do paradigma da igualdade formal para a material ou substantiva, em que não basta ao Estado o não cometimento de atos discriminatórios, é preciso que haja uma postura ativa para gerar equilíbrio social, com o abandono da neutralidade para a busca de ferramentas e medidas especiais de proteção

(ABRAMOVICH, 2010). Nas palavras da própria Corte, ficou registrado como dever do Estado:

22. O Estado deve continuar implementando programas e cursos permanentes de educação e capacitação em direitos humanos e gênero; perspectiva de gênero para a devida diligência na condução de investigações prévias e processos judiciais relacionados com discriminação, violência e homicídios de mulheres por razões de gênero, e superação de estereótipos sobre o papel social das mulheres dirigidos a funcionários públicos nos termos dos parágrafos 531 a 542 da presente Sentença. O Estado deverá informar anualmente, durante três anos, sobre a implementação dos cursos e capacitações. (Corte IDH, 2009, p. 144)

Nesse sentido, esclarece Victor Abramovich:

O Estado é garante da igualdade, e, portanto, tem uma posição de garante frente a padrões de violência que afeta grupos subordinados. Seu dever de devida diligência na proteção do grupo discriminado é, em consequência, um dever qualificado ainda mais intenso. (ABRAMOVICH, 2010, P. 182)

Em 1º de novembro de 2019, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) apresentou à Corte IDH novo caso contra o Brasil, desta vez o Caso n. 12.263, de Márcia Barbosa de Souza e familiares. Trata-se da discussão quanto à apuração e condenação dos responsáveis pela morte de Márcia, em junho de 1998. Como medidas a serem adotadas pelo Brasil, caso haja a condenação, a Comissão recomendou que o Brasil continue a observar, na sua atuação, meios e medidas que resultem no fim da violência contra as mulheres.

Há, portanto, vasta normativa internacional a determinar como dever dos Estados a atuação para combater toda forma de discriminação, incluindo a sua própria prática de discriminação direta ou indireta.

Não é diferente a normativa nacional. A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 5º, *caput*, a igualdade entre homens e mulheres, que deve ser estendido às relações de trabalho por força do artigo 7º, inciso XXX, e artigo 461, normas replicadas em legislação infraconstitucional, como a Lei n. 9029/1995.

Assim, percebe-se que cumpre ao Estado monitorar sua atuação, sendo promotor direto de igualdade e vedando qualquer prática cujo resultado possa ser enquadrado como indiretamente discriminatório.

## **2. APLICAÇÃO DO CONCEITO AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO**

Para lançar luz sobre possíveis estratégias de atuação na erradicação do trabalho escravo contemporâneo de mulheres, faz-se necessário frisar que essa forma de exploração do ser humano é um problema social sério, cuja eliminação é um princípio fundamental para a OIT e um dos princípios da Agenda 2030 da ONU.

Tamanha é a sua importância que, diferente de outros princípios cujo prazo para a realização é 2030, como indica o nome da própria agenda, para o trabalho escravo o prazo é necessariamente menor, sendo estabelecido o ano de 2025 para a sua completa eliminação. Isto porque reconhece a própria ONU que há pressupostos para a consecução de outros objetivos, sendo a eliminação do trabalho escravo um pressuposto necessário para a concretização dos demais.

Assim, é patente a necessidade de atuação dos Estados para a realização desse objetivo. Ademais, o combate ao trabalho escravo é marcado pelo baixo número de denúncias (BALES, 2005), o que faz com que seu enfrentamento exija atuação ativa e propositiva do Estado (DELGADO; NOGUEIRA; RIOS, 2007).

Por ser um problema social cujo enfrentamento pressupõe e exige a atuação do Estado, deve ser levada em consideração, nessa atuação, a transversalidade de gênero.

Há, no entanto, elementos que fazem com que essa consideração seja ainda mais premente e necessária, como serem as mulheres e as meninas especialmente atingidas pelo trabalho escravo contemporâneo. Assim, para investigar se existe esse elemento adicional a reforçar a necessidade de uma política de gênero no enfrentamento da escravidão contemporânea, serão analisados dados e pesquisas a esse respeito.

## 2.1. Trabalho escravo: um problema transversalizável e interseccionalizado

A escravidão moderna atinge, no Brasil, especialmente pessoas negras ou pardas, migrantes internas, de baixa escolaridade e economicamente fragilizadas, segundo dados do Observatório da Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas<sup>2</sup>. Já há, portanto, interseccionalidade entre diversas vulnerabilidades sociais. Cabe verificar se há também um viés de gênero.

Segundo o Observatório Digital<sup>3</sup>, foram resgatados no Brasil 53.741 mil trabalhadores, entre 1995 e 2016, sendo, desse total, 95% homens.

Os dados coletados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 2016, por sua vez, apontam que, das mais de 40 milhões de pessoas vítimas de escravidão moderna no mundo, 71% são mulheres e meninas. A OIT entende que gênero é um fator importante para aumentar o risco de uma pessoa ser submetida a trabalho forçado. De acordo com suas estimativas globais, 58% das vítimas de trabalho forçado são mulheres e meninas. Esse número aumenta expressivamente se considerados também a exploração sexual (em que 99% das pessoas exploradas são meninas e mulheres) e o trabalho doméstico<sup>4</sup>.

Para a organização, mesmo em outras atividades, há elementos indicativos de que homens e meninos estejam desproporcionalmente representados, o que pode ser explicado pela seleção das pesquisas e um maior foco no trabalho forçado e na escravidão por dívida (ILO, 2017). Para a Organização, há um impacto desproporcional da escravidão moderna sobre mulheres e meninas (ILO, 2017)<sup>5</sup>.

O Protocolo Adicional à Convenção 29 da OIT, de 2014, que demonstra especial preocupação com a exploração sexual e com

2 Disponível em: <<https://smartlabbr.org/trabalhoescravo>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

3 Idem, ibidem.

4 Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_457317.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_457317.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2019.

5 Disponível em: <[http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_575479.pdf](http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf)>. Acesso em: 21 jan. 2020.

o conceito moderno de trabalho escravo, determina a criação e a implementação de um Plano de Ação com medidas coordenadas e sistemáticas voltadas à erradicação do trabalho escravo, com destaque para as vítimas especialmente vulneráveis.

Na conclusão do estudo de 2017, a Organização pondera que:

São necessários pisos de proteção social mais fortes para compensar as vulnerabilidades que podem levar as pessoas à escravidão moderna. É necessário estender os direitos trabalhistas na economia informal – em que a escravidão moderna é mais provável – para proteger os trabalhadores da exploração. Uma vez que uma grande parte da escravidão moderna pode ser atribuída à migração, uma melhor governança da migração é de vital importância para impedir o trabalho forçado e proteger as vítimas. Além disso, o risco e a tipologia da escravidão moderna são fortemente influenciados pelo gênero, e isso também deve ser levado em consideração no desenvolvimento de respostas políticas.

Para alcançar as causas profundas da escravidão por dívida, medidas generalizadas de coerção são outro elemento necessário da prevenção do trabalho forçado, enquanto a identificação aprimorada das vítimas é fundamental para estender a proteção à grande maioria das vítimas modernas de escravidão que atualmente não são identificadas ou não são atendidas. Finalmente, sabemos que grande parte da escravidão moderna hoje ocorre em contextos de fragilidade, conflito e crise do Estado, apontando para a necessidade de abordar o risco da escravidão moderna como parte de ações humanitárias nessas situações. (tradução livre).

A erradicação do trabalho escravo para a mulher trabalhadora envolve, simultaneamente, a efetivação de, pelo menos, três direitos: liberdade como não escravização, não discriminação e trabalho decente. Todos os três com reconhecimento em instrumentos internacionais e na própria Constituição Federal, que interagem na assunção da existência de um dever de erradicação do trabalho escravo qualificado pela imposição de que sejam consideradas as vulnerabilidades das vítimas.



Impacta nessa assertiva a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos. Flávia Piovesan (2016) recorda que a nova gramática dos direitos humanos é marcada pela universalidade, indivisibilidade e interdependência, conforme estampado na Declaração de Viena de 1993. Decorre desses princípios que, para a mulher trabalhadora, o trabalho decente só será efetivado se livre, não discriminatório e inclusivo. Tal preocupação deve voltar-se não apenas para a existência de normativa sobre a proteção ao trabalho (livre e não discriminatório), mas também à garantia de sua efetividade (DELGADO; NOGUEIRA; RIOS, 2007)

Não basta aos Estados, portanto, um sistema que declare a existência dos direitos humanos, é preciso que sejam reconhecidos, respeitados e garantidos (ARAY, 2009).

Na perspectiva do Direito Internacional, relembre-se que a Corte IDH, na sentença do caso Fazenda Brasil Verde (2018)<sup>6</sup>, ao reconhecer a prática de trabalho escravo no Brasil, destaca que o país deixou de considerar condições particulares das vítimas e suas vulnerabilidades, no caso específico, a discriminação em virtude da posição econômica. Ao assim fazê-lo, revela que a condenação do Estado brasileiro também

---

6 O resumo oficial da sentença Corte IDH assim descreve a situação dos trabalhadores: “Na Fazenda os trabalhadores dormiam em galpões de madeira sem energia elétrica, sem camas, nem armários. O teto era de lona, o que fazia com que eles se molhassem em caso de chuva. Nos galpões dormiam dezenas de trabalhadores em redes. O banheiro e a ducha se encontravam em muito mau estado, fora do galpão, no meio da vegetação, e não contavam com paredes nem teto. Além disso, como resultado da sujeira dos banheiros, alguns trabalhadores preferiam fazer suas necessidades pessoais na vegetação e tomar banho numa represa, ou não tomar banho. A alimentação era insuficiente, repetitiva, de má qualidade e descontada de seus salários. A rotina diária de trabalho era de 12 horas ou mais, com um descanso de meia hora para almoçar e apenas um dia livre por semana. Em virtude dessas condições, alguns trabalhadores adoecem com regularidade, entretanto não recebiam atenção médica. Ademais, para receber o salário, deveriam cumprir uma meta de produção difícil de alcançar, razão pela qual não recebiam nenhum pagamento por seus serviços. O trabalho era realizado sob ordens, ameaças e vigilância armada. Isso gerava nos trabalhadores o desejo de fugir, mas a fiscalização, a falta de salário, a localização isolada da fazenda, com a presença de animais selvagens, os impediam. Em março de 2000, após terem sido maltratados física e verbalmente, dois jovens conseguiram escapar e caminharam por dias até chegar à Polícia Federal de Marabá. Ali o funcionário não lhes ofereceu ajuda devido ao feriado de carnaval. Dias depois foram orientados a pedir ajuda à Comissão Pastoral da Terra (CPT) de Marabá. O agente policial então contactou o Ministério do Trabalho, o qual organizou uma inspeção à Fazenda, em companhia da Polícia Federal. Durante a fiscalização, os trabalhadores foram entrevistados e manifestaram sua “decisão unânime de sair”. Os inspetores do Ministério do Trabalho obrigaram um encarregado da fazenda a pagar os valores indenizatórios trabalhistas para encerrar os contratos de trabalho e a devolver as carteiras de trabalho aos trabalhadores. O relatório da fiscalização afirmou que havia 82 pessoas em situação de escravidão. CORTE IDH. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). Resumo Oficial emitido pela Corte Interamericana; CORTE IDH. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). Resumo Oficial emitido pela Corte Interamericana. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf)>. Acesso em: 14 dez. 2019.

está calcada no descumprimento do dever de não discriminação, e as medidas dela decorrentes devem, assim, reverter esse quadro.

No direito pátrio, a Lei 13.344, de 2016, apresentou expressamente o tema da transversalidade ao afirmar como um princípio de enfrentamento dessa prática, em seu artigo 2º, a “V - transversalidade das dimensões de gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, procedência, raça e faixa etária nas políticas públicas”. Assim, está legalmente assentado o conceito e juridicamente posicionado em matéria que envolve a temática do trabalho escravo, uma vez que uma das modalidades em que o tráfico de pessoas acontece é para fomento do trabalho escravo ou da exploração sexual.

A preocupação se agudiza quando se reconhece a relação entre precarização dos postos de trabalho e gênero. O estudo do sujeito trabalhador sexuado, especificamente da mulher trabalhadora, revela que, embora exista aumento das taxas de ocupação feminina e até feminização do mercado de trabalho (QUIRINO; FIDALGO, 2008), há persistência das desigualdades, sobretudo com a colocação das mulheres, em especial das mulheres negras, nos postos mais precários (HIRATA, 2018). De um lado há valorização de características socialmente identificadas como femininas pelo capitalismo, chamadas de competências sexuadas (QUIRINO; FIDALGO, 2008), mas que não corresponde, obrigatoriamente, a aumento e melhoria das condições de vida e emprego das mulheres (ILO, 2016). Em um contexto sociopolítico de aumento das taxas de desemprego ou empregos informais, há impacto considerável sobre o gênero feminino, empurrando as mulheres, em especial as mulheres negras, para o trabalho indigno.

Dessa forma, o trabalho escravo contemporâneo se mostra um objeto de preocupação transversalizável, cuja necessidade de um olhar específico sobre o tema se mostra cada dia mais relevante.

## **2.2. Possibilidades de atuação pelo Ministério Público do Trabalho**

A “transversalidade de gênero” significa, para os governos, não apenas sua incorporação em um Ministério ou Secretaria específica de

atuação na área da mulher, mas um impacto vinculante a ser assimilado pelas políticas propostas pelo Estado e desenvolvidas em cada área governamental. Cada ação política deveria contemplar tal perspectiva, uma vez que estaria sempre posta: modificar as condições de vida das mulheres e melhorar sua condição de empoderamento (BANDEIRA; ALMEIDA, 2013).

Como a proposta da transversalidade de gênero é lançar o olhar e a pergunta sobre o impacto e a importância dessa categoria para todo e qualquer agir estatal, em especial aquele assecuratório de direitos, é possível introduzir essa perspectiva na atuação do Ministério Público do Trabalho, sendo cabível fazê-lo no combate ao trabalho escravo contemporâneo.

Foi demonstrado no tópico anterior que o gênero não é elemento desimportante para trabalho escravo contemporâneo. Ao contrário, a OIT já declarou e reafirma que há impacto desproporcional para mulheres e meninas como vítimas dessa forma indigna de trabalho. Ademais, a ausência de mulheres nos índices de resgatados no Brasil se alinha com as pesquisas de transversalidade de gênero que afirmam que, ao atuar sem necessariamente considerar essa preocupação, os resultados serão uma prática que alcança mais homens que mulheres, em que pese a vulnerabilidade destas.

Assim, cabe ao MPT, como promotor de Justiça (e de acesso à Justiça) e transformação social, nos termos de sua missão constitucional, orientar sua atuação levando em consideração a transversalidade de gênero. Tal imperativo torna-se essencial no contexto de remodelação e reestruturação proposto pela Carta de Brasília<sup>7</sup>, que privilegia uma atuação extrajudicial, proativa e resolutiva por parte do Ministério Público.

O primeiro ponto diz respeito, portanto, a tornar a transversalidade de gênero um princípio geral da atuação do MPT, devendo ser refletido nos manuais de atuação, cartilhas, livros, orientações e enunciados dos órgãos que o compõem e incluído nos cursos de formação e atualização. Isto porque “reconhecer a transversalidade de gênero como um

<sup>7</sup> Disponível em: <[https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta\\_de\\_Bras%C3%ADlia-2.pdf](https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta_de_Bras%C3%ADlia-2.pdf)>. Acesso em: 19 nov. 2019.

princípio geral do direito pode favorecer a melhoria da sensibilidade de gênero no sistema de justiça e, sobretudo, a modificação da própria forma de compreensão do direito” (SEVERI, p. 336).

Assim, todo e qualquer projeto criado pelo *Parquet* trabalhista deve apresentar a transversalidade de gênero como premissa, bem como a atuação promocional, por meio dos procedimentos administrativos promocionais, também deve partir dessa perspectiva para, então, haver a sua execução.

O princípio da transversalidade de gênero também pode ser carreado pelo MPT em sua participação, como integrante ou convidado, em órgãos colegiados, pautando o tema nas discussões. São exemplos de estruturas assim a Comissão Nacional para Erradicação ao Trabalho Escravo (CONATRAE), vinculada ao Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, e o Comitê Nacional do Ministério Público de Combate ao Trabalho Escravo e ao Tráfico de Pessoas (CONATETRAP), do Conselho Nacional do Ministério Público.

Ademais, é importante buscar a introdução desse tema no Plano Nacional de Erradicação ao Trabalho Escravo, tendo em vista que o tema de trabalho escravo e mulheres não consta do Primeiro ou do Segundo Planos. No Plano Nacional de Políticas para as Mulheres, há uma única menção ao trabalho escravo, quando aponta a necessidade de promover campanhas e programas para fiscalizar condições de trabalho das mulheres jovens, em especial das que exercem a prostituição (ação 1.6.10).

Internamente, é essencial que haja formação e capacitação dos membros, servidores e trabalhadores da casa para o tema, com destaque para o trabalho de cuidado e do sexo. Deve-se ainda fomentar as pesquisas e os estudos na área, bem como difundir o resultado desse trabalho entre a rede de fiscalização e combate ao trabalho escravo.

Outro caminho é de ordem administrativa, na busca de segregação de dados, apontando nas atuações do MPT, sejam judiciais ou extrajudiciais, a presença de mulheres e meninas. Nesse sentido caminhou a Revisão dos 20 anos da Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (BEIJING, 1995) para

destacar a necessidade de se “avançar na produção e análise de dados desagregados – especialmente oriundos de registros administrativos” (2019, p. 18) e que há, “portanto, uma grande lacuna de informações que seriam decisivas para conhecer, monitorar e, conseqüentemente, enfrentar melhor as situações de vulnerabilidade e as desvantagens a que essas populações estão sujeitas” (ONU, 2019, p. 19).

É possível transversalizar ainda as forças-tarefas, começando por planejamento e escolha de alvos com atividades que, estatisticamente, revelam-se com maior presença feminina até mesmo no momento da execução, reconhecendo-se as mulheres trabalhadoras encontradas junto aos maridos, pais e filhos trabalhadores como vítimas do trabalho escravo. Importante ainda explicitar que o trabalho reprodutivo tem que ser reconhecido tanto quanto o produtivo para fins de resgate.

No âmbito do MPT, já há casos emblemáticos que revelam a existência de vítimas de trabalho escravo mulheres e o sucesso em resgatá-las, como a Operação Fada Madrinha<sup>8</sup>, que investigou e processou esquema de tráfico de pessoas e exploração sexual de mulheres transexuais. Nesta operação, a totalidade das vítimas era de mulheres. Outro exemplo são os resgates feitos de vítimas do trabalho escravo doméstico, em que, historicamente, há presença maior de vítimas mulheres. É necessário, no entanto, transformar a transversalidade num vetor orientador da atuação, extrapolando os casos concretos e pontuais de resgate de mulheres, para torná-las sujeito de direito visíveis e com acesso ao trabalho decente.

## CONCLUSÃO

Encerra-se esta pesquisa, que pretendeu lançar inquietações sobre o tema da transversalidade de gênero e sua aplicação ao trabalho escravo contemporâneo por meio da atuação do Ministério Público do Trabalho, concluindo que a transversalidade é dever que se impõe ao agir estatal, já reconhecido internacional e nacionalmente, fazendo parte, inclusive, dos Planos Nacionais de Políticas para Mulheres,

8 Para mais informações, consultar: <<http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/fada-madrinha-mpf-pf-e-mpt-deflagram-operacao-contra-esquema-de-trafico-de-pessoas-transexuais>>. Acesso em: 22 jan. 2020.

bem como estando expressamente previsto na Lei sobre Prevenção e Repressão ao Tráfico Interno e Internacional de Pessoas (Lei n. 13.344/2016).

Ademais, buscou-se demonstrar que o trabalho escravo contemporâneo é um problema social para o qual a categoria de gênero é especialmente relevante, sendo as conclusões da Organização Internacional do Trabalho no sentido de haver impacto desproporcional para mulheres e meninas. Mostrou-se também a preocupante discrepância entre os números de trabalhadores homens e mulheres resgatados no Brasil, de acordo com o Observatório da Erradicação do Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas, sendo premente trazer para este campo a discussão da transversalidade de gênero.

Por fim, como proposta de transversalização do campo, apontou-se a atuação do Ministério Público do Trabalho como alternativa, considerando-se sua missão constitucional e suas características institucionais, que permitem, na reafirmação dos direitos sociais trabalhistas, uma atuação proativa, coordenada, planeja e, por isso, cada vez mais efetiva na construção do Direito do Trabalho Digno.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “campo algodonoero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Anuario de Derechos Humanos CIDH**. [s.l.: s.n.], 2010, p. 167 a 182.

AGUIÃO, Silvia. Quais políticas, quais sujeitos? Sentidos da promoção da igualdade de gênero e raça no Brasil (2003 - 2015). **Cadernos Pagu**, n. 51, 2018.

ALVES, Raissa Roussenq. **Entre o silêncio e a negação: uma análise da CPI do trabalho escravo sob a ótica do trabalho “livre” da população negra**. 2017. 152 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

ARAYA, Mayren Vargas. El derecho internacional frente a la violencia de género. **Revista IIDH**, v. 68, p. 91–114, 2009.

BALES, Kevin; FLETCHER, Laurel; STOVER, Eric, Hidden Slaves Forced Labor In The United States, **Barkeley Journal of International Law** 23, 47-111, 2005.

BANDEIRA, Lourdes. **Brasil**: Fortalecimento da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres – CEPAL SPM. [s.l.: s.n.], 2005.

\_\_\_\_\_; ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. A transversalidade de gênero nas políticas públicas. **Revista do CEAM**, v. 2, p. 35-46, 2013.

BARAK-EREZ, Daphne. Her-meneutics: feminism and interpretation. In: **Feminist Constitutionalism: Global Perspectives**. [s.l.]: Cambridge University Press, 2012, p. 85–97.

BARLETT, Katharine T. Métodos Jurídicos Feministas. In: **Métodos Jurídicos Feministas: aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana**. Lima: Palestra, 2011, p. 19-116.

BORGES, Cláudia Andreia Mayorga. Interseccionalidade. in: FIOCRUZ, Editora (Org.), **Dicionário Feminino da Infâmia: acolhimento e diagnóstico de mulheres em situação de violência**, 2015, p. 184-187.

BRAGATO, Fernanda Frizzo; ADAMATTI, Bianka. Igualdade, não discriminação e direitos humanos – **São legítimos**: os tratamentos diferenciados. v. 204, p. 91–108, 2014.

BRAUNMUHL, Claudia von. Mainstreaming gender: entre el discurso crítico y el discurso burocrático del poder. In: **Género, feminismo y masculinidad en América Latina**. El Salvador: Fundación Heinrich Boll, 2001, p. 81–106.

CIDH. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 4 Derechos Humanos y Mujeres**. v. 2, p. 1–144, 2018. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf>>.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador**. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_298\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf)>.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil**. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_318\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf)>.

COSTA, Marli M. M. A transversalidade das políticas públicas na perspectiva de gênero. In.: COSTA, Marli M. M.; LEAL, Mônia C. H. **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013, p. 193-216.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. **Revista Estudos Feministas**, v. 10, n. 1, p. 171–188, 2002.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: Ltr, 2006.

\_\_\_\_\_; NOGUEIRA, L. K. M.; RIOS, S. E.. Trabalho escravo: instrumentos jurídico-institucionais para a erradicação no Brasil contemporâneo. **Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário**, v. 21, p. 53-73, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, Justiça Social e Justiça do Trabalho**. [s.l.]: Ltr, 2012.

FARAH, Marta Ferreira Santos; DINIZ, Ana Paula Rodrigues; MARCONDES, Mariana Mazzini; et al. Gender and public policy: an overview of academic research in Brazil ( 1983- 2015 ). **Caderno EBAPE.BR**, p. 428–443, 2018.

FOUDANTION, Free Walk. **Global Slavery Index**. Disponível em <<https://www.globalslaveryindex.org/>>. Acesso em: 07 jul. 2019.

HENNING, Carlos Eduardo. Interseccionalidade e pensamento feminista: as contribuições históricas e os debates contemporâneos



acerca do entrelaçamento de marcadores sociais da diferença.

**Mediações - Revista de Ciências Sociais**, v. 20, n. 2, p. 97, 2016.

HIRATA, Helena. Gênero, Patriarcado, Trabalho E Classe. **Revista Trabalho Necessário**, v. 16, n. 29, p. 14–27, 2018.

ILO, International Labour Office. **Time to Act for SDG 8: Integrating, Decent Work, Sustained Growth and Environmental Integrity**. Geneva: International Labour Office, 2019.

\_\_\_\_\_. **Global Estimates of Modern Slavery**. Geneva: International Labour Office, 2017. Disponível em: <[http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms\\_575479.pdf](http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf)>.

\_\_\_\_\_. **Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour**. Geneva: ILO, 214AD, 2016.

\_\_\_\_\_. **Conferencia Internacional del Trabajo. 87ª reunión**. Memoria Del Director General: Trabajo decente. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, OIT, 1999, p. 06. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em: 07 jul. 2019.

\_\_\_\_\_. **Women at Work: trends 2016**. Geneva: ILO, 2016.

KERGOAT, Daniele. Divisão Sexual do Trabalho e Relações Sociais de Sexo. In: **Dicionário Crítico do Feminismo**. São Paulo: Unesp, 2009, p. 67–75.

MACKINNON, Catharine. **Feminismo imodificado: discursos sobre la vida y el derecho**. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

MARCONDES, Mariana Mazzini *et al.* Transversalidade de gênero: uma análise sobre os significados mobilizados na estruturação da política para mulheres no Brasil. **Rev. Serv. Público Brasília**, v. 69, n. 2, p. 35–61, 2018.

MELO, Hildete Pereira de e SCHUMAHER, Shuma. **A Segunda Onda Feminista no Brasil**. Disponível em: <<http://www>>.

mulher500.org.br/wp-content/uploads/2017/06/3\_A-segunda-onda-feminista-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2019.

ONU, **Position Paper Direitos Humanos das Mulheres**. Revisão dos 20 anos da Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (Beijing 1995), 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/08/Position-Paper-Direitos-Humanos-das-Mulheres.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2019.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao Trabalho Decente e Proteção Internacional dos Direitos Sociais. In: **Como aplicar a CLT à luz da constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista**. [s.l.: s.n.], 2016.

PISCITELLI, Adriana. Interseccionalidade, categorias de articulação e experiências de migrantes brasileiras. **Sociedade e Cultura**, v.11, n.2, jul/dez, 2008, p. 263-274.

QUIRINO, Raquel; FIDALGO, Fernando. **O “sexo das competências” e a divisão social do trabalho** (The competence gender and the work social division). Educação e tecnologia, p. 36–41, 2008.

RIBEIRO, C. F.T.; LOUREIRO, S. M. S.; SILVA NETO, N. M. (Orgs.). **Observatório anual da rede amazônica de clínicas de direitos humanos**. Fortaleza (CE): RDS, 2015.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

RUA, M. G.. Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria. (Orgs.). **O Estudo da Política: Tópicos Selecionados**. Brasília: Paralelo 15, 1998, Disponível <[https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/13490/mod\\_folder/content/0/Bibliografia%20complementar/An%C3%A1lise%20de%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas%20-%20Maria%20das%20Gra%C3%A7as%20Rua.pdf?forcedownload=1](https://aprender.ead.unb.br/pluginfile.php/13490/mod_folder/content/0/Bibliografia%20complementar/An%C3%A1lise%20de%20pol%C3%ADticas%20p%C3%BAblicas%20-%20Maria%20das%20Gra%C3%A7as%20Rua.pdf?forcedownload=1)>.

SCOTT, Joan W. **Gender:** a useful category of analysis? *Diogenes*, p. 7–14, 2010.

SEVERI, Fabiana Cristina, Direitos Humanos Das Mulheres E A Transversalidade De Gênero No Sistema De Justiça, *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, 2012.

SCHUMAHER, Schuma – **Mulheres no poder:** trajetória na política a partir da luta das sufragistas do Brasil. Schuma Schumacher, Antonia Ceva. – 1ed. – Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015.

YANNOULAS, Silvia Cristina. **Dossiê:** políticas públicas e relações de gênero no mercado de trabalho. Brasília: CFEMEA; FIG/CIDA, 2002. 95p.

# O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO INDÍGENA NO MUNICÍPIO DE SANTARÉM/PA

*THE ROLE OF THE FEDERAL PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE ON THE IMPLEMENTATION OF THE RIGHT TO INDIGENOUS EDUCATION (AS ESTABLISHED IN BRAZILIAN LAW) IN THE CITY OF SANTARÉM, STATE OF PARÁ (BRAZIL).*

**Paulo Sérgio de Almeida Corrêa**

Doutor em Educação. Professor Titular na Faculdade de Educação do Instituto de Ciências da Educação da Universidade Federal do Pará.  
paulosac@ufpa.br

**Joniel Vieira de Abreu**

Mestre em Educação. Doutor em Direito. Advogado. Professor de Ensino Superior.  
jonielabreu@hotmail.com

**Rose Melry Maceió de Freitas Abreu**

Bacharela em Direito. Especialista em Docência do Ensino Superior. Advogada.  
Membro da Comissão dos Advogados Previdenciários da OAB Seccional/PA.  
rmelryabreu@gmail.com

Recebido em: 29/3/2021

Aprovado em: 26/7/2021

**Resumo:** Constitui finalidade deste artigo evidenciar a relevância da atuação do *Parquet* federal para o processo de implementação do direito à educação escolar indígena no município de Santarém, no Estado do Pará, iniciado no ano de 2006. A temática investigada destaca a intervenção do Ministério Público Federal para dar efetividade às suas funções previstas

na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promovendo os interesses sociais e individuais que são indisponíveis, mediante instauração de Inquérito Civil ou Ação Civil Pública, de modo a defender os direitos e os interesses dos povos indígenas.

**Palavras-chave:** Ministério Público Federal. Direito à educação. Povos indígenas. Lutas sociais. Direito Constitucional.

**Abstract:** *The purpose of this article is to highlight the relevance of the performance of the federal parquet for the process of implementing the right to indigenous school education in the municipality of Santarém, in the State of Pará, which began in 2006. The theme investigated highlights the intervention of the Public Ministry Federal to give effect to its functions foreseen in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, promoting the social and individual interests that are unavailable, through the establishment or Civil Inquiry or Public Civil Action, in order to defend the rights and interests of the indigenous peoples.*

**Keywords:** *Federal Public Prosecutor's Office. Right to education. Brazilian native people. Social struggles. Constitutional law.*

**Sumário:** Introdução. 1. Povos indígenas no contexto atual dos marcos legais. 2. Contexto da pesquisa. 3. A aproximação do MPF à causa indígena do Baixo Tapajós. 4. O MPF em Santarém no acompanhamento da efetivação do direito à educação. 4.1. A criação da Coordenação de Educação Escolar Indígena como medida de promoção do direito. 4.2. As reivindicações por abertura de escolas não representaram garantias de condições materiais à oferta do direito. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

A educação escolar indígena no município de Santarém, situado na Unidade Federada do Pará, ganhou maior destaque e incentivo como direito reivindicado pelos titulares, entre os anos de 2006 a 2012, momento em que passou a existir política pública direcionada a atender essa demanda, sendo o Ministério Público Federal (MPF) instituição com participação ativa nesse processo devido tanto aos próprios indígenas acreditarem que o órgão ministerial estava sempre ao seu lado, assim como não se manteve inerte, quanto, no uso de seu mister, atuou como verdadeiro fomentador e mediador para efetivação do direito ao receber as demandas indígenas e exigir implemento por parte do Poder Público.

Seguindo esse contexto, tem-se como finalidade deste artigo mostrar a relevância da atuação do *Parquet* federal para o processo de

implementação do direito à educação escolar indígena no município de Santarém, no Estado do Pará, iniciado no ano de 2006.

A pesquisa resultou da análise bibliográfica e documental, sendo os documentos de maior relevância: **(i)** Inquérito Civil Público (ICP) nº 1.00.000.001952/2004-27/ MPF; **(ii)** Documentos da Secretaria Municipal de Educação (SEMED).

Além da parte introdutória, das conclusões e referências, o artigo está estruturado em seções, nas quais abordamos o contexto da pesquisa; analisamos a aproximação do MPF à causa indígena do Baixo Tapajós; averiguamos o empenho desse órgão ministerial no intuito de tornar efetivo o direito à educação aos povos indígenas, enfatizando-se algumas medidas adotadas para viabilizar a promoção desse direito, bem como as reivindicações por abertura de escolas visando garantir condições materiais para a oferta do direito pretendido.

Como se efetivou a inserção do Ministério Público Federal em favor das reivindicações da população indígena habitante da região do Baixo Tapajós? Quais as iniciativas adotadas por esse órgão público federal, a fim de assegurar o direito à educação a esses povos indígenas?

Diante da análise realizada, ficou demonstrado que o órgão ministerial atuou de forma incisiva no processo de implementação do direito à educação escolar indígena no município de Santarém, no Estado do Pará, tanto como órgão de confiança dos indígenas para propor suas demandas como nas reivindicações e fiscalização da efetivação de um direito fundamental dos grupos étnicos que deveria ser promovido por obrigação legal pelo ente político.

Agindo com tanto afincio, percebeu-se que o MPF se esmerou em cumprir suas funções previstas no art. 127 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma vez que esse órgão “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Além disso, compete aos seus membros, no exercício de suas funções institucionais previstas no art. 129, III e V, “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros

interesses difusos e coletivos” e também “defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas” (BRASIL, 1988).

Ao estudar a implementação e o controle das políticas públicas através do inquérito civil, recomendação, termo de ajustamento e da ação civil pública pelo Ministério Público do futuro, Elzábio (2014, p. 141) demonstrou que o Ministério Público tem importante papel no processo de implementação e no controle das políticas públicas, uma vez que detém legitimidade para interpor inquéritos civis, fazer recomendações, pactuar termo de ajustamento e promover ação civil pública. Em razão de se constituírem enquanto normas que almejam dar efetividade a direitos metaindividuais, “as políticas públicas estão sujeitas ao processo de exigibilidade e fiscalização ou controle quanto aos seus aspectos funcionais”.

A respeito das demandas indígenas e sua inserção no âmbito do direito, Souza Filho e Pacheco (2008, p. 3501) destacam que tanto o discurso jurídico quanto o sistema jurídico atual podem servir como instrumentos de afirmação ou negação desses direitos. Entretanto, consideram que “Na realidade os direitos indígenas, embora amparados por legislações que vem desde os tempos coloniais, jamais foram aplicados de fato”. Embora muitas conquistas legais tenham sido alcançadas no decorrer das lutas sociais protagonizadas pelos povos indígenas, em cooperação com diferentes instituições e organizações, os autores consideram que “no plano da efetividade dessas legislações, como também na definição das políticas públicas e de sua implementação, percebemos a grande distância que se impõe entre o que está estabelecido e o que de fato, ocorre na prática” (p. 3509).

Foi justamente para dar efetividade aos direitos constitucionais e legais voltados aos povos indígenas que o Ministério Público Federal, intentou Inquérito Civil Público perante o Estado, a fim de assegurar diversas reivindicações, conforme serão analisadas nas próximas seções deste texto.

## 1. POVOS INDÍGENAS NO CONTEXTO ATUAL DOS MARCOS LEGAIS

De forma indiscutível, o período pós segunda guerra mundial alterou a relação entre os Estados nacionais e seus governados no ocidente, tendo como marco principal a criação da ONU como organismo internacional e a criação do Estado Democrático de Direito como ápice do movimento constitucionalista.

No âmbito internacional, a ONU foi criada em 1945 como organismo com finalidade de implementar uma política de paz entre as nações, inclusive positivado no art. 1º da Carta:

Art. 1º. ....

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz. (BRASIL. Decreto nº 19.841/45).

Entre os propósitos e princípios estabelecidos pela ONU para garantir a paz mundial, estabeleceu-se, no parágrafo 3º do art. 1º, que a promoção e o estímulo ao respeito dos direitos humanos e as liberdades fundamentais para todos, sem quaisquer distinções de raça, sexo, língua ou religião, seriam condições essenciais a serem levadas em consideração.

Em 1948, a Assembleia-Geral da ONU editou em Paris uma Resolução (Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH) objetivando preencher parte da lacuna existente na Carta da ONU envolvendo a matéria de direitos humanos. A DUDH foi editada para definir o que são direitos humanos e tornou obrigatória entre os Estados membros da ONU a promoção de políticas locais, considerando todos os seus governados, com as mesmas garantias expressas no texto da Declaração.

Foi a primeira vez que o termo “direitos humanos” foi expresso em documento internacional, motivo que levou a ONU, em 1948, a



declarar seu entendimento de direitos humanos com a promulgação da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Mesmo havendo avanços internacionais, a partir da segunda metade do século XX, na atribuição de direitos humanos, a temática indígena ganhou destaque específico na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho<sup>1</sup> (OIT), de 27 de junho de 1989, e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de setembro de 2007.

A relevância da Convenção 169 da OIT está em protagonizar, na ordem internacional, a interpretação de que os povos indígenas devem ser contemplados com políticas estatais em condições de igualdade, sem que isso promova a descaracterização, sendo assim necessária a manutenção das identidades dos grupos étnicos, conforme ficou expresso no artigo 2º da Convenção:

Artigo 2º

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.
2. Essa ação deverá incluir medidas:
  - a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;
  - b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;
  - c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio-econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida. (BRASIL. Decreto nº 5.051/2004).

<sup>1</sup> A OIT foi criada em 1919, por meio do Tratado de Versalhes, após a primeira guerra mundial para ditar regras, recomendações internacionais em matéria de direito internacional do trabalho. Esteve vinculada à “Liga das Nações” e, com sua substituição pela Organização das Nações Unidas (ONU), a OIT foi ingressada em 1946 na organização.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada em 2007, dentro desse contexto elencado pela Convenção 169.

Nessa Declaração, a preservação da cultura dos povos indígenas aparece como princípio norteador do direito positivado. A diversidade cultural é mostrada como a garantia da identidade étnica e forma autônoma de interagir com os demais membros da sociedade. O Estado não pode criar mecanismos integracionistas tendo como referência uma cultura dominante, pois, agindo assim, estaria construindo políticas uniformes, sem atender, com isso, à principal realidade dos seus governados, já que são caracterizados pela diversidade.

Kaingáng sintetiza a finalidade da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, com base no Art. 43, sendo ela o instrumento atribuidor do mínimo legal a ser respeitado pelos Estados *“para assegurar a sobrevivência, a dignidade e o bem-estar dos povos indígenas do mundo”* (KAINGÁNG, 2012, p. 134). O que torna os povos indígenas diferentes dos demais membros da sociedade é o fator cultural, por isso o Estado é responsável por garantir sua manutenção.

No âmbito nacional brasileiro, o destaque se faz à criação do Estado Democrático de Direito com a Constituição Federal de 1988.

A inovação desse novo modelo de Estado, apontam Streck e Moraes (2014), é sua base fundante na democracia, visto que é ela o elo entre o Estado e o Direito.

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, um novo projeto de sociedade passou a ser construído, sendo o Estado e o Direito os principais fomentadores da transformação social.

Justamente nesse novo contexto, a temática indígena ganhou destaque, com o art. 231 da Constituição, ao abolir todas as formas de assimilação já reprovadas na órbita internacional desde a Convenção da OIT 169, e no Brasil ganhou *status* constitucional.

Para Souza Filho (2009, p. 107), a Constituição de 1988 inaugurou uma nova fase na relação entre povos indígenas e o Estado nacional:

A Constituição de 1988 reconhece aos índios o direito de ser índio, de manter-se como índio, com sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. Além disso reconhece o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Esta concepção é nova, e juridicamente revolucionária, porque rompe com a repetida visão integracionista.

O marco constitucional obrigou o Estado a criar legislação de acordo com esse novo cenário jurídico em que o direito à diferença passou a ser o fundamento das políticas direcionadas aos povos indígenas.

Souza Filho (2013, p. 14) diz que o processo de formação dos Estados nacionais latino-americanos introduziu a integração e a assimilação como política pública para superar o problema da diferença dos povos indígenas:

Os Estados nacionais da América Latina, constituídos no início do século XIX à semelhança das Constituições europeias, elaboraram com ênfase maior ainda o discurso da integração de todas as pessoas como cidadãos. Nesta linguagem a palavra todos se traduz por cada um, cada pessoa, cada titular de direitos, cada sujeito, excluindo os coletivos, as comunidades, os grupos, as corporações, os povos. Para os povos indígenas a palavra passou a se **integração** que revela a provisoriedade da condição de povo diferenciado.

Certo que todas essas medidas integracionistas criadas pelo Estado antes de 1988 foram revogadas com a nova Constituinte. O artigo 232 da Constituição é enunciado reconhecedor da legitimidade dos povos indígenas para demandar judicialmente em defesa de seus direitos, cabendo ao Ministério Público a função de fiscal da lei, legitimando com isso aos grupos étnicos o pleno exercício da cidadania, sem com isso perderem suas diferenças no fato cultural.

Assim, a segunda metade do século XX, de forma incontroversa, garantiu aos povos indígenas, tanto no âmbito internacional como no âmbito nacional, uma constelação de direitos à manutenção da sua diferença cultural. Se antes desses marcos legais o consenso era pela integração e assimilação ao modelo de civilização ocidental, com o conjunto normativo criado a finalidade foi garantir a inviolabilidade da diversidade de cada povo.

## 2. CONTEXTO DA PESQUISA

O município de Santarém está localizado na Amazônia brasileira, no Estado do Pará, 807 km distante em linha reta da capital Belém. Banham a frente da cidade os rios Amazonas e o Rio Tapajós. O nome Santarém foi atribuído a essa então aldeia missionária, no ano de 1758, por Francisco Xavier Mendonça Furtado (Governador-Geral do Grão-Pará), por meio do Alvará de 7 de junho de 1775, como proposta política de criar na Amazônia um pedaço de Portugal, já que o nome se reportava a uma cidade portuguesa (TAVARES, 2008, p. 61).

Até o início da década de 1990, os povos indígenas da Região de Integração do Baixo Amazonas<sup>2</sup> eram apresentados como extintos. No final desse período, movimentos até então apontados como “caboclos” passaram a reivindicar para si a identidade indígena e demandavam perante o Estado o reconhecimento e os direitos inerentes ao grupo (terra, saúde e educação).

Segundo o censo referente ao ano de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, “A região Norte concentra a maioria das localidades indígenas: 4.504, 63,4% do total. Depois vêm as regiões Nordeste (1.211), Centro-Oeste (713), Sudeste (374) e Sul (301)”<sup>3</sup>.

Esse movimento de autoidentificação da identidade indígena pela luta do direito ao território foi apresentado em estudos realizados por Vaz (2010) e Peixoto *et all* (2012) como movimento de etnogênese<sup>4</sup> no Baixo Rio Tapajós.

Vaz (2010) considerou que a luta pela manutenção do território, que passou a ser alvo de madeireiros, sojeiros e garimpeiros, a partir da segunda metade da década de 1990, desencadeou o movimento de resistência na região do Baixo Tapajós, com base no resgate de suas verdadeiras identidades (a etnogênese), já que garantir o

2 Santarém está vinculada à Mesorregião Baixo Amazonas e na Microrregião Santarém. Cf. <<https://www.pa.gov.br/pagina/54/subdivisoos>>.

3 Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/2020/04/pais-tem-7-mil-localidades-indigenas-e-quase-6-mil-quilombolas-estima-ibge/>>.

4 Entende-se por Etnogênese o processo de emergência social e política dos grupos tradicionalmente submetidos a relações de dominação, vistos como grupos aculturados à sociedade nacional e totalmente extintos (BARTOLOMÉ, 2006).

reconhecimento de ser indígena naquela conjuntura representava a esses povos conquistar todos os direitos inerentes aos grupos étnicos, em que o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupavam, no que tange ao usufruto exclusivo, fazia parte do conjunto de direitos elencados que indígenas eram titulares esculpido na Constituição Federal de 1988.

Nesse mesmo raciocínio, Peixoto (2012) destaca que os movimentos contrários aos movimentos indígenas, na região do Baixo Tapajós, devem ser vistos sob o processo de transição de ser “caboclo” e “ser indígena”, devido ao sistema legislativo brasileiro, pois a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante a grupos étnicos uma constelação de direitos e obrigatoriedade de políticas públicas, como a terra, que não assistia a grupos intitulados como caboclos, sendo assim, positiva aos povos a afirmação de sua identidade para serem amparados pela lei já positivada.

A indianidade requerida no Baixo Tapajós foi fundamentada na (i) ancestralidade, no (ii) fenótipo e na (iii) forma de trabalho tradicional desenvolvido nas comunidades para subsistência.

A ancestralidade indígena dos assumidos como grupos étnicos na região do Tapajós foi vinculada aos grupos que habitaram a região, fazendo reaparecer com isso etnias que, até o início da década de 1990, eram tidas como extintas (Tapajó, Tapaíu, Tupinambá, Arapium, Borari, Maytapu, Munduruku, Cara Preta, Arara Vermelha e Jaraqui). A questão fenotípica foi característica importante do movimento indígena no Baixo Tapajós por ressaltar que a indianidade pode ser demonstrada nos próprios traços físicos do grupo que se assume como indígena. E quanto à forma tradicional de trabalho, foi apontada a subsistência com base em plantio de mandioca, e dela extraem o tucupi, tapioca, farinha para o consumo, além de serem os próprios criadores do tipiti, peneira, colares, etc., representando com isso sua cultura indígena (VAZ, 2010).

### 3. APROXIMAÇÃO DO MPF COM A CAUSA INDÍGENA DO BAIXO TAPAJÓS

Com a Constituição de 1988, os povos indígenas deixaram de ser “tutelados” e passaram à condição de autônomos e independentes para tomar suas decisões, pois a qualidade de cidadania por alteridade garantiu os mesmos direitos da sociedade nacional, assim como, diante do tratamento isonômico, mais incentivos para existir igualdade na efetivação das políticas públicas.

No âmbito da legislação interna, Kaingáng (2012, p. 124) sistematiza a inovação introduzida pela Constituição do Brasil de 1988, no que tange à matéria envolvendo indígenas, ao dizer:

Merece destaque a mudança de paradigma concretizada pela Constituição Federal de 1988 ao situar na esfera pública, de forma definitiva, todas as questões relacionadas aos povos indígenas: a demarcação e proteção das terras tradicionais, a educação a elas destinada e a possibilidade de ingressar em juízo na defesa de seus direitos, visando à solução de conflitos, assegurada a intervenção do Ministério Público Federal em sua defesa em todos os atos do processo.

Sem dúvida, esse texto constitucional foi elemento importante para a causa indígena no Brasil. No que se refere às reivindicações para implementação de direitos previstos na Carta Política e leis infraconstitucionais, observa-se que a Constituição deu mais ênfase ao movimento coletivo do que ao individual, ou seja, aos interesses difusos e indisponíveis.

Ao elencar sobre o reconhecimento das organizações sociais, demarcação de terras, educação diferenciada e legitimidade das comunidades e organizações, para demandarem judicialmente acerca da inviolabilidade de seus direitos, o legislador constitucional enfatizou o movimento coletivo “fazendo com que as comunidades indígenas se tornassem sujeitos coletivos de direitos” (PEIXOTO, 2012, p. 287).

Assis (2006) também ressaltou que a valorização constitucional à participação cidadã fortaleceu as “organizações indígenas”, que devem ser entendidas como a expressão máxima desse contexto vivenciado

pelos povos indígenas no Brasil, com o advento da Constituição de 1988. O anonimato, a exclusão social e a negação de direitos, nesse novo contexto, deram lugar para grupos que passaram a atuar com maior intensidade, para reivindicar junto ao Estado a implementação de políticas públicas que atendessem às suas especificidades. Destacasse, também, que o movimento organizado foi determinante para novas conquistas, como a do reconhecimento estatal de certos grupos como indígenas, que até então eram percebidos como grupos mestiços, desprovidos de quaisquer direitos inerentes aos grupos étnicos.

Em razão da ampliação do eixo democrático, por conta da derrocada dos governos militares, segmentos que estiveram excluídos da representação política, como as minorias étnicas e sociais, passaram a ter visibilidade. Mediante processos organizativos e aproveitamento de franquias democráticas, no caso específico dos indígenas, o que estabelece os artigos 210, § 2, 215 e 231 da Constituição Federal de 1988, que garante o direito à diferença, a LDB, Título VIII “Das Disposições Gerais”, Artigos 78 e 79 que asseguram a educação bilíngüe e intercultural, o reconhecimento e promulgação de diplomas internacionais como a Convenção 169 da OIT, o auxílio de uma rede de aliados nacionais e internacionais, propiciaram condições para que os povos indígenas construíssem novas relações com o Estado Nacional. As organizações indígenas, expressão do processo etnopolítico, assumiram em vários países, como é o caso das Américas, contornos próprios, tendo pontos em comum em sua política pelos direitos indígenas, entre eles a potencialização da identidade do ser índio. De identidades negadas a busca pelo reconhecimento, o quadro indígena brasileiro se transformou. Não exclusivamente o índio de plumária exuberante, mas também o índio ribeirinho, o índio urbano, está lançando mão de qualquer material cultural no dizer de Castells (1996), retomando uma nova identidade e posição no mundo social, obrigando que a própria academia e a sociedade revejam seus pressupostos quanto à temática indígena (ASSIS, 2006, p. 169-170).

Essas mobilizações destacadas por Assis, após os marcos legais de 1988, são vistas na região do Baixo Tapajós, no movimento

chamado pela literatura de etnogênese, quando grupos étnicos até então tidos como extintos reapareceram de forma organizada, com pessoas assumindo a identidade, reivindicando do Estado direitos historicamente negados e obrigando tanto a sociedade como a academia a reavaliar a questão indígena na região.

No que tange ao Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei, no caso dos povos indígenas existentes no Baixo Tapajós, estes passaram a reconhecer o órgão como ente aliado devido à qualidade de *custo legis*, que garantiu aos povos indígenas requerer acompanhamento e exigência do cumprimento da lei, motivo que fez uma espécie de substituição pela procura entre Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e o MPF.

Essa atuação de fiscal da lei do MPF, no caso dos povos indígenas no Baixo Tapajós, é demonstrada pelo Inquérito Civil Público (ICP) nº 1.00.000.001952/2004-27<sup>5</sup>, que foi instaurado com o propósito de acompanhar as demandas desses povos.

Sua deflagração foi impulsionada por meio de um documento intitulado de “Carta aberta às autoridades<sup>6</sup>”, escrito a punho pelos indígenas da região do Baixo Tapajós durante o IV Encontro dos Povos Indígenas da Região do Tapajós e Arapiuns na Aldeia Bragança, entre os dias 11 a 13 de julho de 2003. O documento foi direcionado à FUNAI, em Brasília, que o encaminhou para a 6ª Câmara da Procuradoria da República<sup>7</sup>, já que, nos termos do art. 129 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a função fiscalizadora das violações de direitos é de competência do *Parquet*.

5 O ICP foi instaurado para acompanhar a implementação de políticas públicas voltadas aos povos indígenas do baixo Tapajós, com ênfase no direito à educação escolar indígena diferenciada.

6 Essa Carta é apontada na pesquisa como principal documento para provocar o MPF em Santarém a acompanhar a implementação do direito à educação dos povos indígenas no baixo tapajós, a partir de 2008.

7 Existem atualmente 6ª Câmaras de Coordenação e Revisão (CCR) na estrutura do MPF, dedicadas aos seguintes temas: Constitucional (1ª CCR), Criminal (2ª CCR), Consumidor e Ordem Econômica (3ª CCR), Meio Ambiente e Patrimônio Cultural (4ª CCR), Patrimônio Público e Social (5ª CCR), Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais (6ª CCR). É um órgão do Ministério Público Federal encarregado da coordenação, de integração e de revisão do exercício funcional no que se refere à atuação judicial ou extrajudicial, na matéria populações indígenas e comunidades tradicionais. Dentre essas minorias têm tido atenção os quilombolas, as comunidades extrativistas, as comunidades ribeirinhas e os ciganos. Todos esses grupos têm em comum um modo de vida tradicional distinto da sociedade nacional de grande formato. De modo que o grande desafio para a 6ª CCR, e para os Procuradores que militam em sua área temática, é assegurar a pluralidade do Estado brasileiro na perspectiva étnica e cultural, tal como constitucionalmente determinada (informações extraídas do site oficial da 6ª Câmara - [http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/institucional/apresentacao/apresentacao\\_txt](http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/institucional/apresentacao/apresentacao_txt)).



O documento elaborado durante o encontro teve sua relevância por registrar as necessidades fundamentais dos povos do Baixo Tapajós após assumirem a identidade indígena no final da década dos anos 1990, como se vê:

Quadro nº 01 – Principais áreas de reivindicações dos povos indígenas.

ÁREAS	QUESTÕES-PROBLEMAS
Fundiária	<p>“Já é uma luta antiga, que vem aproximadamente há quinze anos. A nossa luta até então em meados de dois mil tivemos as lutas intensa de levar o conhecimento as autoridades estadual, federal e municipal e nesse mesmo ano começou a fase de estudos de conhecimento dos nossos povos Arapiuns e Tapajós.</p> <p>A partir dos estudos antropológicos da terra que sempre vivemos de fato no momento atual reivindicando mais uma vez que acelere a demarcação das nossas terras para evitarmos por parte de criadores, garimpeiros, mineradores, madeireiros e outros. Para que possamos usufruir dos nossos direitos assegurados nos artigos 231 e 232 da Constituição brasileira”.</p>
Saúde	<p>“Atualmente o atendimento a saúde, oferecido para nosso povo é executado pelos municípios o qual pertencemos e de péssima qualidade, com isso o numero de vítimas com óbitos é alarmante em nossas aldeias, não temos atendimentos diferenciado os profissionais que trabalham nesta área, não reconhece nossas diferenças culturais, por isso desrespeitam nossas crenças.</p> <p>Portanto exigimos em caráter de urgência, a implantação de saúde diferenciada em nossas aldeias instalando um DSEI, no município de Santarém visando o atendimento de saúde diferenciado ao nosso povo e a realização de um encontro em caráter de planejamento para a implantação da saúde no mês de setembro deste ano de 2003. Tendo em vista que o planejamento realizado no ano de 2001 não se leva mais em consideração visto que o numero de aldeias aumentaram e que a realidade já não é mais a mesma e precisa de mudança urgente”.</p>

ÁREAS	QUESTÕES-PROBLEMAS
Educação	<p>“O processo educativo desenvolvido em nossas aldeias é o mesmo desenvolvido em geral que parte do Brasil. No entanto somos cidadãos brasileiros de cultura diferentes. Diante desta realidade a garantia plena de nossos direitos a uma educação escolar indígena de qualidade e diferenciada, que atenda aos anseios dos povos indígenas.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- propomos a exigirmos a construção de um projeto pedagógico diferenciado e vinculado ao Estado tendo como base do projeto o cotidiano da criança e subsidio o material didático, criar uma cartilha de mitos e lendas. Que desenvolva a arte indígena nas atividades escolares dentro e fora da sala de aula.</li> <li>- Capacitação específica dos professores indígenas e contratar;</li> <li>- Criação de escolas nas aldeias indígenas;</li> <li>- Implantação do ensino fundamental e médio;</li> <li>- Que nas universidades seja criado um espaço para formação e capacitação dos professores indígenas;</li> <li>- Formar um fórum para discussão educação nas regiões Tapajós e Arapiuns”.</li> </ul>

Fonte: Carta Aberta às Autoridades, julho de 2003.

Sobre a questão do território, a reivindicação dos indígenas foi sobre a aceleração do processo de demarcação da área, iniciado em março de 2001 (Portaria nº 84/01, publicada no Diário Oficial da União), uma vez que o confronto desses povos com os empresários do agronegócio, vinculado à produção de soja, garimpeiros e madeireiros, era constante.

Em documentos direcionados à 6ª Câmara da Procuradoria da República, que também foram elaborados nesse mesmo Encontro, os líderes indígenas denunciaram a situação conflituosa envolvendo a questão fundiária na Gleba Nova Olinda (localizada no rio Maró e Aruá no município de Santarém) e Gleba Lago Grande (no rio Arapiuns, onde encontram-se as aldeias Caruci, Nossa Senhora de Fátima, Lago da Praia – Cumiçi)<sup>8</sup>.

Notadamente, o agronegócio vem desencadeando intensos conflitos agrários, impactando sobretudo em áreas localizadas na Amazônia Legal. Diante desse contexto, percebe-se que:

<sup>8</sup> Esse documento ocupa a folha 26 do ICP nº 1.00.000.001952/2004-27.

Os pequenos produtores e os rurais, além dos povos das comunidades tradicionais são amplamente prejudicados, devido serem afetados pelos impactos resultantes da atividade oriundas do agronegócio, não tendo acesso à terra e aos mesmos incentivos fiscais e de financiamento para implementarem os seus meios de produção por parte do governo, inviabilizando o emprego de máquinas agrícolas e a compra de sementes, insumos, etc., ocasionando em muitos casos a inviabilidade da atividade por esses produtores, tornando-os pessoas vulneráveis (ANTONIAZZI, 2018).

As reivindicações do movimento indígena pelo direito à terra também foram expressas em documento próprio direcionado à 6ª Câmara da Procuradoria da República, em Brasília, pela Aldeia Marituba, no ano de 2003<sup>9</sup>.

A aldeia Marituba, localizada no município de Belterra, também requereu, junto à 6ª Câmara da Procuradoria da República, agilidade no processo de demarcação da terra, pois eram recorrentes os embates conflituosos entre reivindicadores da identidade indígena e grupos que discordavam do movimento.

A área da saúde foi apontada na Carta como sendo precária e que precisava de planejamento para envolver os grupos que se assumiam como indígenas. A exigência para que o Estado implementasse uma política de saúde, com qualidade, foi apresentada como medida de intervenção urgente.

Em dezembro de 2003, um novo documento foi elaborado na Aldeia Takuara e endereçado à 6ª Câmara da Procuradoria da República, descrevendo o descaso do Estado com a saúde indígena e pedindo que o órgão buscasse medidas de sua competência para forçar os entes responsáveis a cumprirem com sua obrigação<sup>10</sup>.

Os relatos dos indígenas sobre a precariedade na área da saúde e pedido de agilidade do processo de demarcação das terras habitadas revelaram, também, a inexistência de políticas públicas educacionais para atender a indígenas na região do Baixo Tapajós.

---

9 Esse documento ocupa a folha 38 do ICP nº 1.00.000.001952/2004-27.

10 Esse documento ocupa a folha 40 e 41 do ICP nº 1.00.000.001952/2004-27.

O direito à educação escolar diferenciada recebeu uma abordagem mais detalhada no documento. Na Carta, foram apresentadas reivindicações envolvendo tanto a oferta da modalidade de ensino como a implementação das demais garantias intrínsecas a esse direito.

O ponto de partida para implementação da modalidade educação escolar indígena diferenciada no município de Santarém ocorreu somente em 2006, quando a “Carta Aberta às Autoridades”, de julho de 2003, elaborada pelos indígenas foi interpretada como sendo decisiva para fazer com que a Administração Pública se manifestasse com medidas objetivando implementar a educação diferenciada a esses povos, por ser registro que denuncia o descaso estatal para com a modalidade de ensino e requerer providências das instituições colaboradoras da causa indígena (FUNAI e MPF).

Conforme destacaram Souza Filho e Pacheco (2008), as lutas dos povos indígenas em torno dos direitos assumem formatos diferenciados, bem como delas fazem parte instituições religiosas, organizações não governamentais, entidades defensoras das causas indígenas.

#### **4. O MPF EM SANTARÉM NO ACOMPANHAMENTO DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO**

A “Carta Aberta às Autoridades” chegou até Brasília, na 6ª Câmara da Procuradoria da República, por meio do Ofício nº 126/CGE-2003 (datado em 17 de outubro de 2003), da Coordenação-Geral de Educação da FUNAI, levando ao conhecimento da instituição as violações de direitos fundamentais, das quais os indígenas da região do Baixo Tapajós vinham sendo vítimas.

Em novembro de 2004, por meio da Nota Técnica nº 206-Parecer/2004, foi instaurado o Procedimento Administrativo<sup>11</sup> (PA) nº 1.00.000.001952/2004-27, para apurar as informações oferecidas pelos indígenas na documentação referente ao IV Encontro dos Povos Indígenas, de julho de 2003.

<sup>11</sup> Esse Procedimento Administrativo foi convertido em Inquérito Civil Público. Esse documento vem sendo utilizado pelo MPF para acompanhar a implementação de direitos indígenas na região do Baixo Tapajós.

Em abril de 2005, por meio do Ofício nº 184/2005/CaDIM/MPF, os autos do PA instaurado em Brasília foram encaminhados ao Ministério Público Federal do Estado do Pará a fim de que fossem averiguadas *in loco* as denúncias registradas na Carta. No mês de novembro de 2006, atendendo a requerimento do MPF/Santarém, a Secretaria de Educação Municipal de Santarém (SEMED) apresentou como resposta, pelo Ofício nº 1.223/06, que teria criado a Coordenação da Educação Escolar Indígena para atender a 11 etnias com educação escolar diferenciada, que habitam as regiões do Tapajós, Arapiuns, e Planalto Santareno, como primeiras medidas para implementar o direito à educação dos grupos étnicos.

A inexistência da juridicização da matéria sobre educação escolar indígena diferenciada não significa que essa modalidade de ensino esteja plenamente ofertada e executada com qualidade e atendendo às especificidades dos povos indígenas da região, mas elucida que o MPF, no caso de Santarém, tem adotado uma postura ativa para se ter a efetiva implementação desse direito.

#### **4.1. A criação da Coordenação de Educação Escolar Indígena como medida de promoção do direito**

É inegável que a atuação do MPF decorreu da provocação dos grupos indígenas reivindicando seus direitos, todavia cabe destacar que a participação ativa do órgão ministerial determinou à gestão municipal<sup>12</sup> a obrigatoriedade de criar políticas de promoção do direito à educação, visto que sua inércia acarretaria responsabilidades por violações de direitos fundamentais.

Cabe destaque aos documentos protocolizados nos anos de 2004<sup>13</sup> e 2007 pedindo providências em matéria de educação.

---

12 Entre os anos de 2005 a 2020, sucederam-se na chefia do Poder Executivo Municipal de Santarém, os seguintes Prefeitos: Maria do Carmo Martins Lima – Partido dos Trabalhadores (PT) (2005-2008 e reeleita para o quadriênio 2009-2012); Alexandre Raimundo de Vasconcelos Wanghon – Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) (2013-2016); Francisco Nélio Aguiar da Silva – Democratas (DEM) (2017-2020) e venceu a reeleição para o período de 2021-2024. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-plebiscitos-e-referendos>.

13 Esse documento ocupa a folha 236 do ICP nº 1.00.000.001952/2004-27.

No primeiro, os indígenas da Aldeia Caruci, na região do Arapiuns, denunciaram o descaso da gestão municipal com a educação indígena em sua comunidade. Os indígenas destacaram a necessidade de abertura de novas turmas para atender à comunidade da 5ª série e que a oferta do ensino multissérie estaria a prejudicar a qualidade dos frequentadores da escola.

Três anos depois, no ano de 2007<sup>14</sup>, de forma organizada pelo Conselho Indígena da Terra Cobra Grande (COINTECOG), as lideranças indígenas, representando as aldeias Caruci e Arapium, reuniram-se na Aldeia Caruci para elaborar uma pauta de reivindicações e remetê-la à Secretaria Municipal de Educação, destacando a necessidade de construção de prédio escolar, autonomia das escolas, aberturas de novas turmas, fornecimento de recursos didáticos e contratação de professores indígenas. O documento também foi protocolizado no MPF.

A criação da Coordenação de Educação Escolar Indígena (CEEI), no ano de 2006, foi apresentada como medida do ente municipal para atender às etnias que estavam sob sua responsabilidade na promoção do direito à educação. De acordo com o documento elaborado pela SEMED, intitulado “Educação Escolar Indígena: o desafio se amplia no município de Santarém<sup>15</sup>”, escrito no ano de 2006, destacou-se que tal medida seria determinante no início de políticas educacionais voltadas a atender à especificidade dos grupos étnicos habitantes no município de Santarém, com uma educação escolar diferenciada e com qualidade, cumprindo-se, com isso, o conjunto normativo que regulamenta a matéria.

No Censo Escolar de 2006<sup>16</sup>, foi identificada, pela SEMED/Santarém, a existência de 17 escolas indígenas. No Censo de 2007, essa mesma quantidade de escolas. No Censo de 2008, houve um aumento significativo, que passou para 27 escolas indígenas. Já ano de 2012 foram identificadas 34 escolas indígenas.

14 Esse documento ocupa a folha 107 do ICP nº 1.00.000.001952/2004-27.

15 O documento ocupa as folhas 64 a 68 do ICP nº 1.00.000.001952/2004-27

16 As informações foram extraídas de um documento do próprio Ministério da Educação direcionado à Procuradoria da República (MPF/Santarém) por meio do Ofício nº 117/CGEEI/DEDI/SECAD/MEC.

A atuação da CEEI, entre 2006 a 2012, foi marcada por conquistas e desafios. Se, por um lado, houve aumento significativo no número de escolas caracterizadas como sendo da categoria indígena, por outro, os desafios repousaram em fazer uma escola indígena diferenciada e com qualidade, já que nessa modalidade de educação, além do bilinguismo e do ensino intercultural elencados nos marcos legais, são atribuídas as mesmas garantias inerentes à educação nacional.

Esses desafios enfrentados pelo CEEI são revelados pelas denúncias feitas por lideranças indígenas ao MPF/Santarém, expondo a precariedade da oferta e execução da modalidade educação escolar indígena no município. O intitulado “Documento Final do I Seminário de Mulheres Indígenas dos povos Resistentes de Aveiro, Belterra, Santarém e Santa Maria do Pará<sup>17</sup>”, de 2008, registrou casos de violações ao direito à educação dos povos indígenas pela SEMED/Santarém, ao fechar escolas indígenas sob alegação da inexistência de indígenas para frequentar esses espaços de escolarização, retirando, assim, a escola do censo da categoria escola indígena.

Estudo realizado por Colares (2006, p. 111) traçou um panorama histórico da educação em Santarém, retrocedendo ao período colonial, mas concentrando as análises nos anos de 1993-2020. As conclusões destacaram que:

A educação escolar em Santarém, apesar de suas especificidades, apresenta-se semelhante em muitas das mazelas que afetam o sistema educacional brasileiro, mas também dá indícios de melhoria, apesar de todos os obstáculos para a efetiva concretização das propostas e das promessas realizadas pelos governos, nos diferentes níveis. Gradativamente, vem ocorrendo a participação de outros atores na execução das políticas educacionais, como por exemplo: o Conselho de Acompanhamento e Controle Social do FUNDEF; o Conselho Municipal de Alimentação Escolar; Conselhos Escolares e o Conselho Municipal de Educação. Todavia, apesar da existência legal e formal destes Conselhos, não há garantia concreta de que seus integrantes atuem de maneira a fazer com que as suas finalidades sejam cumpridas. Ainda existe uma forte

---

17 Esse documento ocupa a folha 258 do ICP nº 1.00.000.001952/2004-27.

lacuna a ser preenchida quanto ao funcionamento destes organismos.

Goch (2017, p. 08), ao analisar as políticas educacionais da Secretaria Educacional de Educação de Santarém, no período que se estendeu entre os anos de 2003 a 2016, registrou a seguinte observação:

Constatou-se avanços na melhoria dos indicadores educacionais; investimentos na formação e qualificação docente por meio de parcerias com instituições universitárias; estabelecimento de convênios com programas e projetos federais por meio do FNDE para a realização de construções; ampliações, reformas de escolas da rede municipal. Por outro lado, foram evidenciados alguns retrocessos ocasionados pela descontinuidade de programas, projetos e ações locais.

Entende-se que as constantes reivindicações dos povos indígenas sobre seus direitos referentes a uma educação diferenciada e com qualidade, desde a Carta Aberta às Autoridades em 2003, renderam conquistas, que encontraram guarida no MPF de Santarém, mediante auxílio para fiscalizar e exigir a implementação do direito, sendo determinantes ao processo inaugural das políticas públicas municipais direcionadas à promoção do direito à educação escolar indígena no município de Santarém.

#### **4.2. As reivindicações por abertura de escolas não representaram garantias de condições materiais à oferta do direito**

No ano de 2006, o Conselho Indígena Tapajós Arapiuns (CITA) levou ao conhecimento do MPF/Santarém os conflitos envolvendo a escola da comunidade de São Miguel<sup>18</sup> (localizada as margens do rio Arapiuns). Segundo os relatos dos indígenas, grupos de pessoas não assumidas como indígenas passaram a agredir seus pares dizendo que a identificação da escola na categoria indígena era retrocesso para a comunidade, pois ser índio era voltar a ser “bicho do mato”.

---

18 Esse documento ocupa as folhas 123 a 124 do ICP nº 1.00.000.001952/2004-27



Outra escola envolvida nesse conflito foi aquela situada na Comunidade de São Pedro, no rio Arapiuns. O conflito na escola, deflagrado no ano de 2009, levou lideranças indígenas a reivindicarem na SEMED/Santarém a construção de uma escola exclusiva para atender somente à população assumida como indígena dessa comunidade<sup>19</sup>. A argumentação foi apresentada com base no processo de discriminação que indígenas eram vítimas, no espaço escolar, do grupo opositor ao movimento de autoidentificação da etnicidade. Os assumidos como indígenas eram pejorativamente tachados dentro da escola como “índios inventados”.

Esse constrangimento aos indígenas dentro do espaço escolar levou, no ano de 2009, líderes indígenas a reivindicarem, junto à SEMED/Santarém, a construção de uma escola na modalidade de educação diferenciada, para atender somente parte da população assumida como indígena. Além disso, o documento destacava que 60 alunos (40 do ensino fundamental e 20 do ensino médio) indígenas frequentavam aulas nas escolas não indígenas.

O processo de identificação das escolas indígenas não pode ser visto dissociado desses conflitos internos expressos nas escolas, entre assumidos indígenas e grupos de resistência ao movimento. É possível perceber que o aumento no número de escolas indígenas no município de Santarém, conforme indicadores oficiais da SEMED, também foi medida emergente na tentativa de assegurar a estabilidade dentro das escolas.

Essas conclusões foram formuladas com base nos seguintes documentos: (i) Relatório Anual da SEMED; (ii) reivindicações protocoladas por indígenas no MPF; e (iii) informações do Plano de Ações Articuladas Indígenas.

O Relatório da SEMED, em visita *in loco*, realizada entre 22 a 31 de maio de 2009, na região do Arapiuns, traçou o diagnóstico dos estabelecimentos de ensino indígenas dessa região, funcionando em sua maioria em barracões comunitários, sede de clubes, em condições

---

19 Esse documento ocupa as folhas 306 a 308 do ICP nº 1.00.000.001952/2004-27.

precárias, além da falta de transporte escolar, material didático, merendas insuficientes para os discentes<sup>20</sup>.

Situação semelhante foi apontada nas regiões do Tapajós, envolvendo sete escolas do Planalto com cinco escolas.

No final de 2012, o Conselho Indígena da Terra Cobra Grande (COINTECOG) comunicou ao MPF suas reivindicações feitas à SEMED, que não houve providências envolvendo aberturas de turmas do ensino fundamental nas séries iniciais; que havia falta de material didático; que a merenda escolar era insuficiente para atender aos alunos; e que faltava transporte escolar para as escolas das aldeias Garimpo, Lago da Praia e Arumum.

O diagnóstico anual e as reivindicações indígenas são confirmadas quando se analisa as informações do Plano de Ações Articuladas Indígenas (PAR) do município de Santarém, do final de 2011.

Na região do Arapiuns, de um total de 15 escolas identificadas como indígenas, nove foram indicadas no PAR Indígena precisando ser construídas. É evidenciado no documento que 60% do total de escolas dessa região funcionam em barracões comunitários ou chapéus de palha construídos pelos próprios habitantes indígenas.

Na região do Planalto, a situação se agravava ainda mais. Das cinco escolas sob a gestão do município, somente uma foi apontada necessitando de ampliação; as demais precisavam ser construídas.

O cenário dessa realidade também foi expresso por meio do pronunciamento do indígena Miguel Munduruku durante o I Encontro Estadual de Educação Escolar Indígena, no ano de 2008, em Belém:

As nossas escolas, todo caindo, os alunos tenho que se guardar nos cantinhos, pra não molhar seus precários cadernos, enquanto nós temos recursos pra trabalharmos a educação indígena e diferenciada. Cadê essa educação?

Isso nós vem sofrendo dentro do município de Santarém. A precariedade com a questão da merenda escolar, ela vai uma milhaga para os alunos indígenas, principalmente no município de Santarém, nós tamos sofrendo disso.

---

20 Esse documento ocupa as folhas 416 a 419 do ICP nº 1.00.000.001952/2004-27

Hoje no município de Santarém nossos professores que são indígenas, eles compro giz pra poder escrever na lousa, porque a Secretaria não dá nenhum material escolar, não dá nada, mas é uma educação boa, nós lá sofrendo esses grande problema e nós tamo reivindicando aqui é que sai do papel o que realmente o que ta na nossa lei, que garante pra nós indígenas uma educação diferenciada (PAIXÃO, 2010, p. 50).

Esses resultados indicam que a educação escolar indígena deve ser efetivada com as mesmas garantias da educação nacional, e o Estado tem o dever de direcionar maior investimento em recursos humanos e infraestrutura, já que essa modalidade de educação deve ser disponibilizada a seu público com respeito às diversidades étnicas de cada grupo.

Essa precarização de investimento estatal na escola indígena deixa nítido que o processo de identificação desses espaços educacionais, a partir do Censo Escolar de 2006, não pode ser visto apartado dos conflitos que passaram a ganhar visibilidade nos estabelecimentos de ensino, que eram freqüentados por grupos de pensamentos discrepantes à indianidade, na região do Baixo Tapajós, assim como a identificação de escolas destinadas à oferta da educação escolar indígena não representou investimento para proporcionar estrutura material de qualidade na promoção do direito reivindicado.

O aumento do número de escolas identificadas como indígenas, entre 2006 a 2012, em meio a tantas dificuldades operacionais, contribuiu para que houvesse melhoria nos indicadores do Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB), pois, no que se refere às séries dos 4º e 5º anos do Ensino Fundamental, o município de Santarém alcançou as metas previstas.

Quadro nº 2 – Evolução do IDEB nas séries dos 4º e 5º anos do Ensino Fundamental em Santarém

IDEB Observado								Metas Projetadas							
2005	2007	2009	2011	2013	2015	2017	2019	2007	2009	2011	2013	2015	2017	2019	2021
3.5	3.9	4.2	4.7	4.9	5.2	5.5	5.5	3.6	3.9	4.3	4.6	4.9	5.2	5.5	5.8

Fonte: INEP. IDEB – Resultados e Metas. <http://ideb.inep.gov.br/resultado/>

Sobre a qualidade da oferta do direito, entre os povos indígenas da região do tapajós há relativo consenso de que a atuação do MPF foi determinante nos avanços da implementação do direito, visto que as reivindicações feitas pelos indígenas sempre obtiveram amparo institucional junto ao órgão ministerial, cujos agentes, no exercício de suas funções constitucionais, formalizaram requerimentos e instauraram procedimentos para acompanhar a implementação do direito, obrigando o Poder Executivo Municipal de Santarém a formular políticas públicas voltadas à satisfação dessas demandas.

Todavia, a implementação da educação escolar indígena com qualidade requer investimento estatal envolvendo as questões físicas e pedagógicas para que o frequentador tenha acesso aos mesmos recursos e conhecimentos presentes na escola não indígena. O que torna essa modalidade de ensino diferenciada é seu objetivo em ofertar aos indígenas um conhecimento contextualizado com sua realidade histórica, política, econômica e cultural em sua conexão com o restante do país.

Diante dessas informações, não se pode negar que, no período de gestão do Partido dos Trabalhadores, as políticas públicas educacionais adotadas entre os anos 2006 a 2012 desencadearam crescimento significativo do número de escolas indígenas no município de Santarém, ampliando-se, portanto, o direito ao acesso à educação escolar. Todavia trata-se de espaços escolares que funcionavam em condições insuficientes para oferecer aos seus frequentadores um ambiente capaz de promover a plena qualidade da educação voltada aos povos indígenas.

No período de 2013 a 2020, outros partidos políticos (PSDB e DEM) assumiram o Poder Executivo Municipal, mas permaneceram as dificuldades para efetivar o direito à educação escolar indígena. Em 17 de fevereiro de 2014, houve instauração da Ação Civil Pública de nº 0000378-31.2014.4.01.3902 junto à 1ª Vara Justiça Federal em Santarém, visando assegurar o direito à educação fundamental e ensino médio. Por outro lado, ocorreu a redução de investimentos e a precarização das políticas públicas voltadas aos povos indígenas; a

atuação do MPF passou a ser mitigada, ainda que o direito garantido por lei demandasse a intervenção do órgão ministerial em face das necessárias diligências.

Embora tenha ocorrido evolução em termos da normatização do direito educacional indígena, são oportunas as conclusões apresentadas por Rodrigues (2019, p. 1094), ao considerar que “a legislação municipal se alinha às federal e estadual, mas demanda atualização, especialmente no que diz respeito a criação e normatização da categoria escola indígena”.

Além disso, deve-se ter em perspectiva analítica que:

Obviamente a consolidação da “escola diferenciada”, como dizem os indígenas, não tem sido fácil. A tensão entre os direitos garantidos na teoria da legislação e os interesses e limites dos governos municipais e estaduais tem gerado desgastes. De um lado os interesses dos indígenas e a legislação favorável, de outro, os interesses econômicos, fundiários e os limites técnicos, financeiros e de pessoal das secretarias de educação (RODRIGUES, 2019, p. 1095).

Se, de um lado, são notórios os avanços conquistados no âmbito da legislação regulamentadora dos direitos indígenas à educação escolar, de outro, também, evidenciaram-se essenciais os movimentos de reivindicações articulados nas lutas e conflitos judiciais instaurados pelos povos indígenas, assim como imprescindível foi a participação do Ministério Público Federal, de modo a assegurar a obrigatoriedade constitucional e legal.

São oportunas, portanto, as palavras de Rudolf von Ihering (2004, p. 27), ao considerar que “A vida do direito é a luta: luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos”, visto que “O direito não é uma simples ideia, é uma força viva”. E ressalta: “O direito é um trabalho sem tréguas, não só do Poder Público, mas de toda a população”.

## CONCLUSÃO

O direito à educação dos povos indígenas consiste nas mesmas garantias atribuídas à educação nacional, sendo obrigatório, no ato de sua implementação por parte do Poder Público, levar em consideração a especificidade de cada grupo étnico e sua identidade cultural.

Essa garantia atualmente estabelecida é o resultado de todo um processo internacional e nacional. No âmbito internacional, teve seu início com a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1945, a qual atribuiu aos homens direitos sem distinção de raças, sexo, língua ou religião. Todavia, somente a partir da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi que a temática indígena ganhou destaque sob o enfoque da interação em oposição às propostas de desindianização, em que, além dos direitos inerentes a todos os seres humanos, mostrou-se ser necessário o respeito e a tolerância à diversidade cultural.

No Brasil, a Constituição de 1988 representou o marco desse processo no âmbito nacional ao inserir como inovação no ordenamento jurídico o direito à diferença enquanto fundamento das políticas estatais direcionadas a povos indígenas.

O registro em marco legal sobre a diversidade étnica dos povos indígenas elucidou o caso da complexidade envolvendo a temática no que tange ao real sentido do “direito à diferença”, situação que resultou em interpretações com foco unicamente nas tradições dos povos, enfatizando ser necessário o aprofundamento de seus conhecimentos em seu universo cultural e interpretações, buscando a interação dos indígenas com a sociedade nacional, onde o etnoconhecimento da aldeia deve ser trabalhado com a finalidade de proporcionar uma leitura de mundo contextualizada e uma aprendizagem significativa em relação ao conteúdo ensinado nas instituições escolares indígenas.

Essas propostas interpretativas do direito à diferença objetivavam romper com a lógica integracionista até então vigente, para apresentar a obrigatoriedade estatal na manutenção da multiculturalidade existente em seu território.

A Constituição de 1988, no artigo 231, registrou o direito à diferença, sendo que no artigo 210, § 2º, foi elencado ser necessário o bilinguismo e o ensino intercultural no processo de implementação da educação indígena. A norma constitucional foi regulamentada nos artigos 78 e 79 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB). Todavia foram a Resolução 03/1999 (CNE) e a Lei 10172/2001 (PNE) que inseriram a visão restritiva do direito à diferença, ao vincularem o exercício desse direito limitado às escolas na “categoria indígena”.

Pensar a educação indígena diferenciada com foco somente na escola não elucida as questões socioculturais existentes nos territórios habitados pelos grupos étnicos. O modelo de gestão da escola seguia a lógica da divisão federativa do Estado brasileiro, onde os limites geográficos dos Municípios e/ou Estados eram percebidos como “barreiras” para atender à real necessidade dos territórios indígenas.

Ao se tornar obrigatório tal avanço normativo, não foi plenamente efetivado na realidade dos povos indígenas do município de Santarém, já que a promoção dessa modalidade de educação esteve voltada a atender a medidas paliativas, objetivando dar respostas emergentes às reivindicações do movimento indígena que eram feitas de forma direta na SEMED, ou via denúncias, formalizadas perante o órgão do Ministério Público Federal.

Nesse sentido, a SEMED/Santarém tem criado um discurso de promoção da escola indígena, enfatizando o aumento do número de escolas identificadas na categoria indígena, ato que não representou investimento suficiente do ente municipal para garantir educação com qualidade, motivo que justificou a judicialização da ação que tem como autor o MPF, a fim de garantir a inviolabilidade desse direito.

Esse contexto que envolveu a identificação das escolas indígenas no município de Santarém deve ser analisado levando em consideração a adesão de comunidades ao movimento de etnogênese do Baixo Tapajós, iniciado no final da década de 1990, o qual ganhou maior aceitabilidade de comunitários ao longo da década de 2000.

O fenômeno incomodou vários grupos que afirmavam de forma pejorativa tratar de “indígenas inventados”. Nas escolas das comunidades, os assumidos como indígenas passaram a ser alvo de discriminação daqueles que resistiam ao movimento, já que requeriam prova da indianidade com base em padrões indígenas tradicionais. O conflito dentro da escola chegou ao MPF, que exigiu da SEMED medidas de intervenção para garantir a estabilidade no ambiente. A criação de escolas para atender somente indígena assumido foi apontada como solução para o conflito.

A escola também foi vista pelo movimento como instituição necessária para afirmação da indianidade, já que a identificação de escolas na categoria indígena tornava o ente estatal reconhecedor da existência de grupos étnicos em seu território.

Assim, a identificação de escolas na categoria indígena no município de Santarém esteve vinculada à luta pelo reconhecimento oficial da indianidade na região do Baixo Tapajós, e não à iniciativa do ente municipal em promover um direito constitucionalmente garantido, exercendo o MPF função determinante nesse processo, devido à sua combativa atuação na qualidade de *custos legis* dos direitos indígenas.

A atuação do Ministério Público Federal em favor das reivindicações da população indígena foi primordial na tentativa de dar efetividade ao direito à educação na região do Baixo Tapajós. Porém as iniciativas empreendidas, mediante políticas públicas educacionais adotadas pela Secretaria Municipal de Educação de Santarém, que resultaram na criação de escolas destinadas ao atendimento dessa particularidade, não asseguraram a plenitude do direito reivindicado pelos povos indígenas.

O estudo com base no direito à educação indica que a violação desse preceito fundamental acarretou lutas que incidiram na responsabilização dos entes incumbidos pela promoção desse direito, situação que justificou tanto a participação ativa dos povos indígenas implicados nesses litígios quanto a determinante interferência do MPF no intuito de assegurar sua efetivação.



## REFERÊNCIAS

ANTONIAZZI, Guilherme Andrade. O agronegócio e os conflitos agrários: uma análise dos seus impactos na Amazônia Legal. **Revista Âmbito Jurídico** n° 169 – Ano XXI – Fevereiro/2018.

ASSIS, Eneida Correia de. **Direitos Indígenas num contexto interétnico**: quando a democracia importa. Tese de Doutorado em Ciência Política. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro (IUPERJ). Rio de Janeiro, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei 10.172/2001. **Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências**. Diário Oficial, 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm)>. Acesso em: 29 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Lei n° 9.394/1996. **Estabelece as Diretrizes e Normas da Educação Nacional**. Diário Oficial, Brasília, 23 de dez. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2021.

\_\_\_\_\_. Decreto n° 19.841/1945. **Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Entrou em vigor em 22 de outubro de 1945.

\_\_\_\_\_. Decreto n° 5.051/2004. **Promulga a Convenção n° 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Entrou em vigor em 19 de abril de 2004.

\_\_\_\_\_. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO MUNICÍPIO DE SANTARÉM-PA. **Inquérito Civil** n° 1.00.000.001952/2004-27.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Eleições, plebiscitos e referendos**. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-plebiscitos-e-referendos>>. Acesso em: 29 mar. 2021.

COLARES, Maria Lília Imbiriba Sousa. Panorama da educação em Santarém. **Revista HISTEDBR On-line**, Campinas, n.23, p. 95 –113, set. 2006 - ISSN: 1676-2584.

EUZÉBIO, Silvio Roberto Matos. A implementação e o controle das políticas públicas através do inquérito civil, recomendação, termo de ajustamento, e da ação civil pública pelo Ministério Público do futuro. **Revista do CNMP** – n. 4, ano 2014. p. 141-157.

GOCH, Greice Jurema de Freitas. **Políticas educacionais da Secretaria Educacional de Educação de Santarém no período de 2003 a 2016**. Santarém-PA, 2017. 159fls.: il. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Oeste do Pará, Instituto de Ciências da Educação, Programa de Pós-Graduação em Educação, Mestrado Acadêmico em Educação.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. São Paulo-SP: Editora Martin Claret, 2004.

KAINGÁNG, Lucia Fernanda Jofej. O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas em âmbito internacional. IN: LUCIANO, Gersem José dos Santos (et all) Org. **Olhares indígenas contemporâneos II**. Brasília-DF: Centro Indígena de Estudos e Pesquisas (CINEP), 2012.

PAIXÃO, Antonio Jorge Paraense da. **Interculturalidade e Política na Educação Escolar Indígena da Aldeia Teko Haw-Pará**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Educação da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010.

PEIXOTO, Rodrigo Correa. **O movimento indígena no baixo tapajós: etnogênese, território, Estado e conflito**. Belém-Pará: Novos Cadernos NAEA, 2012. Disponível: <<http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/ncn/article/viewArticle/719>>.

RODRIGUES, Gilberto Cesar Lopes. A normatização da educação escolar indígena de Santarém à luz da legislação do estado do Pará e do Brasil. **Revista Cocar** V.13. N. 27. Set./Dez./2019 p.1094-1114.

SOUZA FILHO; Carlos Frederico Mares de. Os povos indígenas e o direito brasileiro. IN: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013, p. 32.

\_\_\_\_\_. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. 6 ed. Curitiba – PR: Juruá, 2009

\_\_\_\_\_; PACHECO, Rosely Aparecida Stefanos. Os povos indígenas e os difíceis caminhos do diálogo intercultural. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Belo Horizonte. “**Pensar Globalmente: Agir Localmente**”. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. v. 01. p. 3498-3518.

STRECK, Lenio Luiz; MORAES, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8ª ed. Porto Alegre-RS: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TAVARES, Maria Goretti da Costa. A formação territorial do espaço paraense: dos fortes à criação de municípios. **Revista ACTA Geográfica**, ANO II, nº3, jan./jun. de 2008. p.59-83.

VAZ, Florêncio Almeida. **A emergência étnica de povos indígenas no baixo rio Tapajós, Amazônia**. Tese de Doutorado em Antropologia. Universidade Federal da Bahia. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais. Salvador, 2010.

\_\_\_\_\_. Povos indígenas e etnogênese na Amazônia. IN: LUCIANO, Gersem José dos Santos (et all) Org. **Olhares indígenas contemporâneos**. Brasília-DF: Centro Indígena de Estudos e Pesquisas (CINEP), 2010.



Projeto  
**RESPEITO**  
*e diversidade*

Promoção da tolerância  
e da cultura da paz



CONSELHO  
NACIONAL DO  
MINISTÉRIO PÚBLICO