

**Mala Direta  
Postal**

9912297003/2012-DR/MG  
PGJ

///CORREIOS///

**MPMG**  
Ministério Público  
do Estado de Minas Gerais

# Revista Jurídica De Jure

[www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure)

Alexandra Fátima Saraiva Soares  
Amanda Maria Martins  
André Pedrolli Serretti  
Aristhéa Totti Silva Castelo Branco de Alencar  
Carolina Costa Val Rodrigues  
Eduardo Cambi  
Fernanda Almeida Lopes  
Guilherme de Sá Meneghin  
João Gaspar Rodrigues  
Joaquim Adelson Cabral de Souza  
Luis Maria Desimoni  
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos  
Marcelo Azevedo Maffra  
Márcio Adriano Gomes de Oliveira  
Mônica Maria Diniz Leão  
Rafaela de Oliveira Carvalhaes  
Rafael da Silva Maia  
Rafael Theodor Teodoro  
Thiago Moreira  
Virgínia Márcia Nepomuceno Chaves de Assis

jan. | jun. 2015

ISSN n.º : 1809-8487

vol. 14

24



# Revista Jurídica De Jure

[www.mp.mg.gov.br/dejure](http://www.mp.mg.gov.br/dejure)

Alexandra Fátima Saraiva Soares  
Amanda Maria Martins  
André Pedrolli Serretti  
Aristhéa Totti Silva Castelo Branco de Alencar  
Carolina Costa Val Rodrigues  
Eduardo Cambi  
Fernanda Almeida Lopes  
Guilherme de Sá Meneghin  
João Gaspar Rodrigues  
Joaquim Adelson Cabral de Souza  
Luis Maria Desimoni  
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos  
Marcelo Azevedo Maffra  
Márcio Adriano Gomes de Oliveira  
Mônica Maria Diniz Leão  
Rafaela de Oliveira Carvalhaes  
Rafael da Silva Maia  
Rafael Theodor Teodoro  
Thiago Moreira  
Virgínia Márcia Nepomuceno Chaves de Assis

jan. | jun. 2015 **24**  
ISSN n.º : 1809-8487  
vol. 14

jan. | jun.  
2015

**CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**  
**DIRETORIA DE PRODUÇÃO EDITORIAL**

Endereço/Address:  
Av. Álvares Cabral, 1.740, 3º andar  
Santo Agostinho, Belo Horizonte - MG  
CEP: 30170-916, Brasil  
[www.mp.mg.gov.br/dejure](http://www.mp.mg.gov.br/dejure)  
[dejure@mpmg.mp.br](mailto:dejure@mpmg.mp.br)  
+55 (31)3330-8179

De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Ministério Público do Estado de Minas Gerais.  
v. 14, n.24 (jan./jun. 2015). Belo Horizonte: Ministério Público do Estado de Minas Gerais / Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional / Diretoria de Produção Editorial, 2015.

Semestral.

ISSN: 1809-8487

Continuação de: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito – Periódicos. I. Minas Gerais. Ministério Público.

CDU. 34  
CDD. 342

Descritores / Main entry words: Direito, Ministério Público, Direito Coletivo, Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Multidisciplinariedade, Transdisciplinariedade / Law, Public Prosecution Service, Collective Rights, Fundamental Rights, Neoconstitutionalism, Multidisciplinarity, Transdisciplinarity.

PEDE-SE PERMUTA  
WE ASK FOR EXCHANGE  
ON DEMANDE L'ÉCHANGE  
MANN BITTET UM AUSTAUSCH  
SI RIQUIERE LO SCAMBIO  
PIDEJE CANJE

**Linha Teórica:**

A Revista De Jure foi sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista transdisciplinar e multidisciplinar, permitindo o acesso à informação em diversas áreas do Direito e de outras ciências. A revista destina-se aos operadores de Direito e sua linha teórica segue, principalmente, o pós-positivismo jurídico no que é denominado neoconstitucionalismo, valorizando a Constituição Federal de 1988 como centro de irradiação do sistema e como fonte fundamental do próprio Direito nacional. O neoconstitucionalismo é a denominação atribuída a uma nova forma de estudar, interpretar e aplicar a Constituição de modo emancipado e desmistificado. A finalidade é superar as barreiras impostas ao Estado Constitucional Democrático de Direito pelo positivismo meramente legalista, gerador de bloqueios ilegítimos ao projeto constitucional de transformação, com justiça, da realidade social.

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

**Theoretical Profile:**

The Journal De Jure was systematized according to a new philosophy pluralist, transdisciplinar and multidisciplinary, allowing the access to information in many areas of Law and of other Sciences. It is intended for law enforcement agents and its theoretical grounds mainly follow the legal post-positivism doctrine, with a special emphasis on the neoconstitutionalist approach. Neoconstitutionalism is a new theory to study, interpret and enforce the Constitution, aiming at overcoming barriers imposed to the lawful democratic states by the legal positivism, which blocks the constitutional project of transformation of the social reality.

The responsibility for the content of the articles is solely of their respective authors.

**REVISTA DE JURE – REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)**

Publicação semestral editada pela Diretoria de Produção Editorial, órgão do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em circulação desde 1997.

**JOURNAL DE JURE – REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO  
DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ISSN 1809-8487)**

De Jure is a technical-scientific journal that has been published twice a year by the Center of Professional Development of the Public Prosecution Service of the State of Minas Gerais since 1997.

**FOCO**

A De Jure tem como foco a publicação de trabalhos técnico-científicos no campo do Direito ou ciências afins, tendo como tema principal o estudo das áreas de atuação do Ministério Público.

**FOCUS**

De Jure focuses on the publication of technical and scientific works in the areas of law that interest the Public Prosecution Service and other correlate areas.

**MISSÃO**

Divulgar a produção intelectual sobre estudos de áreas pertinentes à atuação funcional ou áreas de interesse do Ministério Público, democratizando o conhecimento e valorizando pesquisas acadêmicas, avanços teóricos e empíricos na área do Direito.

**MISSION**

The mission of De Jure is to disseminate intellectual production concerning areas of interest to the Public Prosecution Service, allowing wide access to information, and valuing academic research, theoretical and empirical improvements.

**OBJETIVOS**

- Promover a produção intelectual sobre temas relacionados às áreas de atuação ou de interesse do Ministério Público;
- Disseminar os conhecimentos teórico, metodológico e empírico do Direito junto aos operadores do Direito e à comunidade acadêmica;
  - Estimular a reflexão sobre temas relacionados às áreas de atuação do Ministério Público e outras áreas correlatas;
- Contribuir para melhorias nos processos de gestão estratégica das organizações, decorrentes da identificação de tendências e transformações no ambiente.

**OBJECTIVES OF THE JOURNAL**

- Promote intellectual production on topics related to the areas of interest of the Public Prosecution Service;
- Disseminate theoretical, methodological and empirical knowledge on Law amongst legal practitioners and the academic community;
  - Stimulate discussion on topics related to the areas of interest to the Public Prosecution Service;
- Contribute to improvements in the strategic management processes, due to the identification of environmental trends and transformation.

### **PÚBLICO ALVO**

A De Jure está voltada a um público de membros do Ministério Público, magistrados, juristas, operadores do Direito em geral, pesquisadores, professores, estudantes, tomadores de decisão de alta qualificação que atuam na área de administração de organizações públicas, privadas e do terceiro setor.

### **TARGET AUDIENCE**

De Jure is intended for an audience of public prosecutors, judges, public defenders, lawyers, legal practitioners, scholars, researchers, professors, post-graduation and undergraduate students, upper-managers and decision-maker agents who work in the administration of public, private and third sector organizations.

### **COPYRIGHT**

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus respectivos autores. Permite-se a reprodução total ou parcial dos trabalhos, desde que explicitamente citada a fonte.

A Revista De Jure requer aos autores que estes concedam a propriedade de seus direitos de autor, para que os artigos e materiais sejam reproduzidos e publicados em meio impresso ou na homepage da Revista De Jure, para fins exclusivamente científicos e culturais, sem fins de lucro.

### **COPYRIGHT**

The responsibility for the content of material published is solely of their respective authors. Partial or total reproduction of works is allowed provided there is explicit citation of the source.

De Jure requires that authors renounce their authorship rights so that the articles and other materials are reproduced and published in printed version or at the homepage of Journal De Jure, for non-profit scientific and cultural purposes.

### **INDEXAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO**

A revista encontra-se depositada nas principais bibliotecas do sistema nacional (COMUT) e indexada em: RVBI – Senado Federal; Biblioteca Virtual do Ministério Público de Minas Gerais; Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia (IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). A Revista De Jure recebeu ainda a qualificação de periódicos da QUALIS – sistema nacional de avaliação do Ministério da Educação (MEC), utilizado para avaliar e classificar periódicos como meios de produção científica. A revista é distribuída por meio de permuta e doação.

### **INDEXATION AND DISTRIBUTION**

De Jure can be found in the main libraries of the Brazilian national system (COMUT) and it is indexed at: RVBI – Brazilian Federal Senate; Virtual Library of the Public Prosecution Service of Minas Gerais; Brazilian Institute of Information on Science and Technology (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia - IBICT); Ulrich's Periodicals Directory; Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal (LATINDEX). De Jure was also qualified in the QUALIS system – the national system of the Brazilian Ministry of Education (MEC) to evaluate and classify journals as means of scientific production. De Jure is distributed by means of exchange or donation only.

# DE JURE - REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS

## **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**

Procurador de Justiça Carlos André Mariani Bittencourt

## **DIRETOR DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**

Promotor de Justiça Luciano Luz Badini Martins

## **COORDENADOR PEDAGÓGICO DO CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**

Promotor de Justiça Fernando Rodrigues Martins

## **ASSESSORA ESPECIAL DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA (CEAF)**

Promotora de Justiça Danielle de Guimarães Germano Arlé

## **SUPERINTENDENTE DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO**

Tereza Cristina Santos Barreiro

## **DIRETORA DE PRODUÇÃO EDITORIAL**

Alessandra de Souza Santos

## **EDITOR RESPONSÁVEL**

Promotor de Justiça Fernando Rodrigues Martins, Doutor

## **CONSELHO EDITORIAL**

- Procurador de Justiça Adilson de Oliveira Nascimento, Doutor (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Procurador de Justiça Rodrigo Cançado Anaya Rojas, Mestre (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Procurador de Justiça Rogério Greco, Doutor (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Promotor de Justiça Bergson Cardoso Guimarães, Mestre, (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Promotor de Justiça Carlos Alberto Valera, Mestre (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Promotor de Justiça Leonardo Barreto Moreira Alves, Mestre (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Promotor de Justiça Rosângelo Rodrigues de Miranda, Doutor (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Promotor de Justiça Wagner Marteleto Filho, Mestre (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)
- Prof. Dr. Antônio Gidi (Houston University, Estados Unidos)  
Prof. Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo (Universidad de Alcalá, Espanha)  
Prof. Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Universidad Nacional Autónoma de México, México)  
Prof. Dr. Eduardo Martínez Álvarez (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)  
Prof. Dr. Giovanni Aldo Luigi Allegretti (Investigador sênior no Centro de Estudos Sociais, Coimbra, Portugal)  
Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva, Espanha)  
Prof. Dr. Luis María Desimoni (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina)  
Prof. Dr. Mário Frota (Associação Portuguesa de Direito do Consumo, Portugal)  
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Salento, Itália)  
Prof. Dr. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin (Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Brasil)  
Prof. Dr. Aziz Tuffi Saliba (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)  
Profa. Dra. Belinda Pereira da Cunha (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)  
Profa. Ma. Cristina Godoy de Araújo Freitas (Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)  
Esp. Dermeval Farias Gomes Filho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasil)  
Prof. Dr. Elton Venturi (Procurador da República do Estado do Paraná, Brasil)  
Prof. Dr. Emerson Garcia (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)  
Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira (Conselheiro do Conselho Nacional Ministério Público, Brasil)  
Prof. Dr. Humberto Theodoro Júnior (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. José Aroudo Mota (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, Brasil)  
Prof. Me. José dos Santos Carvalho Filho (Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)  
Prof. Dr. José Roberto Marques (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Juares Estevam Xavier Tavares (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)



Profa. Dra. Jussara S. A. Nasser Ferreira (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)  
Prof. Dr. Leonardo Silva Nunes (Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)  
Prof. Me. Luciano José Alvarenga (Centro de Atualização em Direito - CAD, Universidade Gama Filho, Brasil)  
Prof. Dr. Luiz Flávio Gomes (Coordenador Rede LFG – São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior (Fundação Universidade de Itaúna, Brasil)  
Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges (Universidade Federal da Paraíba, Brasil)  
Profa. Dra. Maria Garcia (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)  
Profa. Dra. Maria Tereza Aina Sadek (Universidade de São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)  
Profa. Dra. Miracy Barbosa de Sousa Gustin (Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Dr. Nelson Nery Junior (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)  
Prof. Dr. Nilo Batista (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)  
Prof. Dr. Ricardo Carneiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)  
Prof. Dr. Robson Renault Godinho (Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)  
Profa. Dra. Rosânia Rodrigues de Sousa (Fundação João Pinheiro, Brasil)  
Prof. Dr. Rosemíro Pereira Leal (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)

#### **EDITORACÃO**

Alessandra de Souza Santos  
Helena Carvalho Moysés  
João Paulo de Carvalho Gavidia

#### **REVISÃO**

Fernanda Cunha Pinheiro da Silva  
Josane Fátima Barbosa  
Renato Felipe de Oliveira Romano  
Arthur Almeida Passos (estágio supervisionado)  
Marilda Mendes da Silva (estágio supervisionado)  
Vairson Cássio dos Santos (estágio supervisionado)

#### **CAPA**

João Paulo de Carvalho Gavidia  
Rafael de Almeida Borges

#### **PROJETO GRÁFICO**

João Paulo de Carvalho Gavidia

#### **DIAGRAMAÇÃO**

Rafael de Almeida Borges

#### **TRADUÇÃO**

Alessandra de Souza Santos

#### **COLABORARAM NESTA EDIÇÃO COMO REVISORES AD HOC**

Promotora de Justiça Andressa de Oliveira Lanchotti, Doutora (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil)  
Promotor de Justiça Eduardo Sens dos Santos, Especialista (Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Brasil)  
Prof. Dr. Luciano Santos Lopes (Faculdade de Direito Milton Campos, Brasil)  
Prof. Me. Charley Teixeira Chaves (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brasil)  
Prof. Me. Patrícia Carvalho Brandão Ataíde Ribeiro (Fundação João Pinheiro, Brasil)  
Prof. Me. Ricardo Ferreira Sacco (Fundação Mineira de Educação e Cultura – Fumec, Brasil)

# DE JURE - JOURNAL OF THE PUBLIC PROSECUTION OFFICE OF THE STATE OF MINAS GERAIS

## **ATTORNEY-GENERAL**

Carlos André Mariani Bittencourt - Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais

## **DIRECTOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT**

Minas Gerais State Prosecutor Luciano Luz Badini Martins

## **PEDAGOGICAL COORDINATOR OF THE CENTER OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT**

Minas Gerais State Prosecutor Fernando Rodrigues Martins

## **SPECIAL ADVISOR OF THE ATTORNEY-GENERAL (CEAF)**

Minas Gerais State Prosecutor Danielle de Guimarães Germano Arlé

## **SUPERINTENDENT OF PROFESSIONAL DEVELOPMENT**

Tereza Cristina Santos Barreiro

## **DIRECTOR OF EDITORIAL PRODUCTION**

Alessandra de Souza Santos

## **CHIEF EDITOR**

Minas Gerais State Prosecutor Fernando Rodrigues Martins, PhD

## **EDITORIAL BOARD**

Adilson de Oliveira Nascimento, PhD

(Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Rodrigo Cançado Anaya Rojas, MA

(Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Rogério Greco, PhD

(Prosecutor in the Court of Appeal of the State of Minas Gerais, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Bergson Cardoso Guimarães, MA

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Carlos Alberto Valera, MA

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Leonardo Barreto Moreira Alves, MA

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Rosângelo Rodrigues de Miranda, PhD

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Minas Gerais State Prosecutor Wagner Marteleto Filho, MA

(Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)

Prof. Antônio Gidi, PhD (Houston University, USA)

Prof. Carlos Francisco Molina del Pozo, PhD (Universidad de Alcalá, Spain)

Prof. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, PhD (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

Prof. Eduardo Martínez Álvarez, PhD (Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina)

Prof. Giovanni Aldo Luigi Allegretto, PhD (Senior researcher – Center of Social Studies, Coimbra, Portugal)

Prof. Juan Carlos Ferré Olivé, PhD (Universidad de Huelva, Spain)

Prof. Luis María Desimoni, PhD (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Argentina)

Prof. Mário Frota, PhD (Portuguese Association of Consumer Law, Portugal)

Prof. Vittorio Manes, PhD (University of Salento, Italy)

Prof. Antônio Hermen de Vasconcellos e Benjamin, PhD (Minister of Brazilian Superior Court, Brazil)

Prof. Aziz Tuffi Saliba, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)

Prof. Belinda Pereira da Cunha, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)

São Paulo State Prosecutor Cristina Godoy de Araújo Freitas, MA (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)

Distrito Federal e Territórios Prosecutor Dermeval Farias Gomes Filho, BA (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brazil)  
Federal Prosecutor Elton Venturi, PhD (Procuradoria da República do Estado do Paraná, Brazil)  
Rio de Janeiro State Prosecutor Emerson Garcia, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)  
Prof. Fabiano Augusto Martins Silveira, PhD (Conselho Nacional Ministério Público, Brazil)  
Prof. Humberto Theodoro Júnior, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. José Aroudo Mota, PhD (Institute of Economic Applied Research, Brazil)  
Rio de Janeiro State Prosecutor José dos Santos Carvalho Filho, MA (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)  
São Paulo State Prosecutor José Roberto Marques, PhD (Ministério Público do Estado de São Paulo, Brazil)  
Prof. Juarez Estevam Xavier Tavares, PhD (Vice Attorney-General, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)  
Prof. Jussara S. A. Nasser Ferreira, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)  
Prof. Leonardo Silva Nunes, PhD (Universidade Federal de Ouro Preto, Brazil)  
Prof. Luciano José Alvarenga, MA (Centro de Atualização em Direito – CAD, Universidade Gama Filho, Brazil)  
Prof. Luiz Flávio Gomes, PhD (Coordinator of the LFG Co. – São Paulo, Brazil)  
Prof. Luiz Manoel Gomes Júnior, PhD (Fundação Universidade de Itaúna, Brazil)  
Prof. Maria Creusa de Araújo Borges, PhD (Universidade Federal da Paraíba, Brazil)  
Prof. Maria Garcia, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)  
Prof. Maria Tereza Aina Sadek, PhD (Universidade de São Paulo, Brazil)  
Prof. Mário Lúcio Quintão Soares, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Miracy Barbosa de Sousa Gustin, PhD (Universidade Federal de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Nelson Nery Junior, PhD (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brazil)  
Prof. Nilo Batista, PhD (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brazil)  
Prof. Ricardo Carneiro, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)  
Rio de Janeiro State Prosecutor Robson Renault Godinho, PhD (Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Brazil)  
Prof. Rosânia Rodrigues de Sousa, PhD (Fundação João Pinheiro, Brazil)  
Prof. Rosemiro Pereira Leal, PhD (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)

#### **EDITING**

Alessandra de Souza Santos  
Helena Carvalho Moysés  
João Paulo de Carvalho Gavidia

#### **PROOF READING**

Fernanda Cunha Pinheiro da Silva  
Josane Fátima Barbosa  
Renato Felipe de Oliveira Romano  
Arthur Almeida Passos (intern)  
Marilda Mendes da Silva (intern)  
Vairson Cássio dos Santos (intern)

#### **COVER**

João Paulo de Carvalho Gavidia  
Rafael de Almeida Borges

#### **GRAPHIC PROJECT**

João Paulo de Carvalho Gavidia

#### **LAYOUT**

Rafael de Almeida Borges

#### **TRANSLATION**

Alessandra de Souza Santos

#### **COLLABORATION AND REVIEW IN THIS ISSUE**

Minas Gerais State Prosecutor Andressa de Oliveira Lanchotti, PhD (Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brazil)  
Santa Catarina State Prosecutor Eduardo Sens dos Santos, BA (Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Brazil)  
Prof. Luciano Santos Lopes, PhD (Faculdade de Direito Milton Campos, Brazil)  
Prof. Charley Teixeira Chaves, MA (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Brazil)  
Prof. Patrícia Carvalho Brandão Ataíde Ribeiro, MA (Fundação João Pinheiro, Brazil)  
Prof. Ricardo Ferreira Sacco, MA (Fundação Mineira de Educação e Cultura – Fumec, Brazil)

## PREFÁCIO

---

**C**hegamos à 24ª edição da Revista De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Seguimos firmes no nosso propósito de disseminar o conhecimento através da publicação de artigos doutrinários que abrangem diversas áreas do Direito. Mais uma vez trazemos a lume questões da atualidade, discutidas e analisadas sob um enfoque multidisciplinar. Além dos artigos, a De Jure também publica comentários à jurisprudência brasileira. São textos de discussão, fundamentados, a respeito de jurisprudência recente dos tribunais pátrios.

Nesta edição, trazemos dois ensaios na seção de Doutrina Internacional: o primeiro é um estudo do professor argentino Luis Maria Desimoni sobre a necessidade irrestrita do respeito aos direitos humanos. O outro ensaio é um trabalho realizado em coautoria pelas professoras Alexandra Fátima Soares e Mônica Maria Diniz Leão a respeito da contaminação dos mananciais e da precariedade dos sistemas convencionais de tratamento para potabilização da água.

A atual edição da De Jure conta também com artigos e comentá-

rios à jurisprudência que abordam assuntos atuais das diversas áreas do Direito: Penal, Civil, Coletivo, Constitucional e Administrativo.

Ressaltamos que o sucesso da revista se dá, indubitavelmente, à colaboração preciosa de todos aqueles que nos enviam seus textos para serem publicados.

Aproveitamos a oportunidade para reafirmar o convite aos autores interessados em enviar à De Jure seus artigos doutrinários e comentários à jurisprudência. Lembramos que o cadastro dos trabalhos e a sua submissão à avaliação do Conselho Editorial são realizados exclusivamente pelo site da revista: <[www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure)>.

LUCIANO LUZ BADINI MARTINS  
Promotor de Justiça  
Diretor do Centro de Estudos e  
Aperfeiçoamento Funcional  
do Ministério Público do Estado  
de Minas Gerais

**P**rezados leitores da Revista De Jure, com muita alegria apresentamos a vocês a edição n. 24 da revista. Buscando sempre manter a ampliação do seu reconhecimento no cenário acadêmico, trazemos mais inovações em relação ao DOI – *Digital Object Identifier*.

O DOI é um sistema de identificação numérica para livros, artigos eletrônicos e documentos em geral disponibilizados digitalmente; ele atribui a esses documentos um número único e exclusivo, permitindo a localização e acesso de materiais na web, especialmente aqueles publicados em periódicos e obras protegidas por copyright, muitas das quais localizadas em bibliotecas virtuais. O DOI possibilita a identificação individualizada de artigos por meio de bases de dados e recuperação e transmissão de conteúdos. No Brasil, por exemplo, a Plataforma Lattes, do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), utiliza o DOI como uma forma de certificação digital das produções bibliográficas registradas pelos pesquisadores em seus currículos.

Todos os artigos publicados nas duas últimas edições da revista receberam esse número de identificação. A novidade é que o DOI também será atribuído aos artigos publicados nas edições de n. 17 a 21, pois foi a partir da 17ª edição que a De Jure passou a publicar exclusivamente artigos inéditos.

O êxito da revista deve-se, principalmente, à colaboração dos operadores do Direito que submetem seus textos – artigos e comentários à jurisprudência – para avaliação e consequente publicação. Essa interação reforça a posição da De Jure como espaço legítimo de disseminação de ideias e de discussão acadêmica. Assim, convidamos todos a continuar participando da revista, contribuindo para a formação do conhecimento.

Boa leitura!

CARLOS ANDRÉ MARIANI BITTENCOURT  
Procurador-Geral de Justiça  
Ministério Público do  
Estado de Minas Gerais

## **ALEXANDRA FÁTIMA SARAIVA SOARES**

Pós-Doutora em Direito (Responsabilidade Civil do Estado) pela Università degli Studi di Messina, Itália (2014). Doutora e Mestre em Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos pela Universidade Federal de Minas Gerais (2011 e 2003). Bacharel em Direito (2008), Engenheira Civil e Sanitarista (2000). Especialista em Gestão e Manejo Ambiental em Sistemas Agrícolas (2008) e em Direito Ambiental (2013). Atualmente é Perita no Ministério Público do Estado de Minas Gerais e Professora Universitária do Instituto Metodista Izabela Hendrix e da Escola Superior Dom Helder Câmara.

## **AMANDA MARIA MARTINS**

Graduanda em Direito pela Faculdade de Patos de Minas- FEPAM. Estagiária do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

## **ANDRÉ PEDROLI SERRETTI**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG. Especialista em Direito Penal pela Unip/SP. Mestre e doutorando em Direito Penal pela Universidade de Salamanca/Espanha.

## **ARISTHÉA TOTTI SILVA CASTELO**

### **BRANCO DE ALENCAR**

Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho – UGF/CAD. Especialista em Direito das Telecomunicações pelo Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB. Especialista em Direito Público: Teoria e Prática pelo Centro Universitário UNISED. Especialista em Advocacia Pública pelo Centro Universitário UMA. Advogada da União em exercício na Consultoria Jurídica da União em Minas Gerais.

## **CAROLINA COSTA VAL RODRIGUES**

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Pós-Graduada em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul) e em Controle Externo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

## **EDUARDO CAMBI**

Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria Geral de Justiça do Paraná. Coordenador Estadual do Movimento Paraná Sem Corrupção. Coordenador Estadual da Comissão de Prevenção e Controle Social da Rede de Controle da Gestão Pública do Paraná. Coordenador do Grupo de Trabalho de Combate à Corrupção, Transparência e Controle Social da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Diretor Financeiro da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR). Foi Assessor de Pesquisa e Política Institucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2012-2014).

## **FERNANDA ALMEIDA LOPES**

Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduada em Direito Público pelo Instituto Metodista Izabela Hendrix em convênio com o Praetorium e em Gestão Pública pela Universidade Cândido Mendes em convênio com o Praetorium.

**GUILHERME DE SÁ MENEGHIN**

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Mestrando em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto.

**JOÃO GASPAR RODRIGUES**

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Autor dos livros: O Ministério Público e um novo modelo de Estado, Manaus: Valer, 1999; Tóxicos..., Campinas: Bookseller, 2001; O perfil moral e intelectual do juiz brasileiro, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007; Segurança pública e comunidade: alternativas à crise, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009; Ministério Público Resolutivo, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

**JOAQUIM ADELSON CABRAL DE SOUZA**

Coronel da Reserva da Polícia Militar de Minas Gerais. Advogado. Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2009), graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (2002), graduação em Curso de Formação de Oficiais pela Academia de Polícia Militar de Minas Gerais (1987). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Defesa Social. Atualmente, ministra aula de Direito Constitucional e Direito Penal na Academia de Polícia Militar.

**LUIS MARIA DESIMONI**

Advogado pela Universidad de Buenos Aires, Argentina. Doutor em Direito. Investigador. Reitor do Instituto Universitário da Polícia Federal Argentina desde agosto de 1996, cargo obtido por concurso. Foi assessor legal da liderança da Polícia Federal Argentina. Especialista em Direito Penal Autoral, Intelectual e Conexo. Autor de livros e artigos publicados em revistas especializadas. Professor em Garantias Constitucionais e Direitos Humanos, Academia Federal Superior, desde 1985.

**MARCELO AUGUSTO CARMO DE VASCONCELLOS**

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho – UGF/CAD. Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica da União em Minas Gerais.

**MARCELO AZEVEDO MAFFRA**

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Coordenador Regional de Meio Ambiente. Membro do Conselho Estadual de Política Ambiental - COPAM na URC Noroeste. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2003). Especialização em Direito Ambiental pela Universidade Gama Filho (2014).

**MÁRCIO ADRIANO GOMES DE OLIVEIRA**

Mestre em Direito Empresarial, pela Universidade de Itaúna (2010). Pós-graduado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais no curso de Mecanismos Extrajudiciais de solução de controvérsias (conciliação, mediação e arbitragem) (2003). Graduado em Direito pela Universidade de Itaúna (1996). Advogado especializado em Direito Empresarial, Bancário e Direito do Trabalho. Professor universitário titular de Direito Empresarial; Direito do Trabalho e Previdenciário na FABE – Faculdade Betim.

**MÔNICA MARIA DINIZ LEÃO**

Doutora em Génie de L'Antipollution - Institut National des Sciences Appliquées (Toulouse, França, 1984). Especialista em Engenharia de Segurança do Trabalho pela Universidade Federal de Minas Gerais (1999). Engenheira Química pela Universidade Federal de Minas Gerais (1980). Atualmente é professora associada da Universidade Federal de Minas Gerais. Tem atuado nas seguintes áreas: tratamento e reuso de efluentes industriais, processos oxidativos avançados, adsorção, qualidade da água e química aquática, reuso de resíduos industriais.

**RAFAELA DE OLIVEIRA CARVALHAES**

Especialista em Direito Administrativo pelo Centro Universitário de Brasília – Uniceub. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Anhanguera/LFG. Advogada da União em exercício na Consultoria Jurídica da União em Minas Gerais.

**RAFAEL DA SILVA MAIA**

Advogado. Pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas.

**RAFAEL THEODOR TEODORO**

Analista Jurídico do Ministério Público do Estado do Pará. Ex-Advogado. Ex-Analista Judiciário. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Direito Constitucional, Direito Tributário e Ciências Penais pela Universidade Uniderp / Anhanguera. Autor de diversos artigos jurídicos publicados em revistas e sites especializados.

**THIAGO MOREIRA**

Graduado em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC/MG de Juiz de Fora. Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais junto à 5ª Promotoria de Justiça, Comarca de Juiz de Fora.

**VIRGÍNIA MÁRCIA NEPOMUCENO CHAVES DE ASSIS**

Graduada em Engenharia Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais e em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduada em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes e em Gestão Microrregional de Saúde pelo SENAC/Minas. Oficial do Ministério Público do Estado de Minas Gerais junto à 1ª Promotoria de Justiça de Poços de Caldas.





# SUMÁRIO

## 1 ASSUNTOS GERAIS

### Doutrina Internacional • Ensaio

#### 25 | 35 LA NECESIDAD IRRESTRICTA DEL RESPETO A LOS DD.HH. COMO REFERENTE ÉTICO UNIVERSAL Y PERMANENTE

Luis Maria Desimoni

### Doutrina Internacional • Ensaio

#### 36 | 85 CONTAMINAÇÃO DOS MANANCIAIS POR MICROPOLUENTES E A PRECÁRIA REMOÇÃO DESSES CONTAMINANTES NOS TRATAMENTOS CONVENCIONAIS DE ÁGUA PARA POTABILIZAÇÃO

CONTAMINATION OF WATER SOURCES BY MICROPOLLUTANTS AND THE LOW REMOVAL OF THERE CONTAMINANTS IN CONVENTIONAL DRINKING WATER TREATMENT

Alexandra Fátima Saraiva Soares  
Mônica Maria Diniz Leão

### Doutrina Nacional • Artigo

#### 86 | 137 INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

FUNCTIONAL INDEPENDENCE AND STRATEGIC PLANNING OF THE PUBLIC MINISTRY

Eduardo Cambi

### Diálogo Multidisciplinar • Artigo

#### 138 | 176 MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO E UM NOVO PERFIL NA SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS: LINEAMENTOS SOBRE A NOVA DINÂMICA

DECISIVE PUBLIC MINISTRY AND A NEW PROFILE IN EXTRAJUDICIAL RESOLUTION OF CONFLITS: OUTLINING THE NEW DYNAMICS

João Gaspar Rodrigues

## 2 DIREITO PENAL

### Artigo

#### 181 | 195 **A** CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL: ANÁLISE DE UM FUNDAMENTO DA CUSTÓDIA CAUTELAR

THE BUILDING OF THE CONCEPT OF PUBLIC ORDER IN CRIMINAL PROCEDURAL LAW:  
ANALYSIS OF THE FUNDAMENTALS OF INJUNCTION CUSTODY

André Pedrolli Serretti

### Artigo

#### 196 | 224 **O** JUIZ E A GESTÃO DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO: ANÁLISE A PARTES DOS ARTS. 155 E 156, MODIFICADOS COM A LEI Nº 11.690/2008

JUDGES AND PROOF MANAGEMENT IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURAL LAW:  
ANALYSIS OF ARTICLES 155 AND 156, MODIFIED WITH LAW Nº 11.690/2008

Rafael da Silva Maia

### Comentário à Jurisprudência

#### 225 | 241 **V**IGIAR E NÃO PUNIR: UMA ANÁLISE SOBRE O PRAZO PRESCRICIONAL DAS FALTAS GRAVES NA EXECUÇÃO PENAL

Guilherme de Sá Meneghin

# 3 DIREITO CIVIL

## Artigo

### 245 | 274 **B**REVES REFLEXÕES SOBRE A INCIDÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES - LIBERDADE DE INFORMAÇÃO V. DIREITOS DA PERSONALIDADE - UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO

BRIEF REFLECTIONS ABOUT THE INCIDENCE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN RELATIONS BETWEEN PRIVATE - FREEDOM OF INFORMATION V. PERSONALITY RIGHTS - A COMPARATIVE STUDY OF LAW

Thiago Moreira

## Comentário à Jurisprudência

### 275 | 293 **T**UTELA ANTECIPADA: A IRREVERSIBILIDADE RECÍPROCA E A PROTEÇÃO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

Marcelo Azevedo Maffra  
Amanda Maria Martins

# 4 DIREITO COLETIVO

## Artigo

### 297 | 310 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COM MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO

CONSIDERATIONS ABOUT THE JUDICIALIZATION OF THE HEALTH SYSTEM  
BY MEANS OF EXPENSIVE DRUGS

Virgínia Márcia Nepomuceno Chaves de Assis

## Comentário à Jurisprudência

### 311 | 329 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ COMO BALIZADOR DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Carolina Costa Val Rodrigues  
Fernanda Almeida Lopes

# 5 DIREITO CONSTITUCIONAL

## Artigo

### 333 | 368 **D**A GARANTIA FUNDAMENTAL DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA À PESSOA JURÍDICA: UM MECANISMO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO LEGAL ASSISTANCE TO A LEGAL PERSON: A CONSTITUTIONAL MECHANISM FOR ACCESS TO JUSTICE

Márcio Adriano Gomes de Oliveira

## Comentário à Jurisprudência

### 297 | 324 **D**A DEFINIÇÃO DO CARÁTER TÉCNICO-CIENTÍFICO PARA FINS DE ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS PÚBLICOS: ASPECTOS JURÍDICOS DO ART. 37, XVI, B, DA CONSTITUIÇÃO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Rafael Theodor Teodoro

# 6 DIREITO ADMINISTRATIVO

## Artigo

### 385 | 399 **C**ULTURA DO SEGREDO: A CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

CULTURE OF SECRECY: CORRUPTION IN PUBLIC ADMINISTRATION

Joaquim Adelson Cabral de Souza

## Comentário à Jurisprudência

### 400 | 411 **O** CREDENCIAMENTO COMO PROCEDIMENTO PARA COMPLEMENTAR A ESTRUTURA BÁSICA DE SAÚDE OFERECIDA PELOS ENTES PÚBLICOS

Aristhêa Totti Silva Castelo Branco e Avelar  
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos  
Rafaela de Oliveira Carvalhaes

# 7 ANEXOS

### 415 **N**ORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES

### 422 **W**RITERS' GUIDELINES

### 428 **N**UMERAÇÃO DOI





# 1

## Assuntos Gerais

Doutrina Internacional  
Doutrina Nacional  
Diálogo Multidisciplinar



**LA NECESIDAD IRRESTRICTA DEL RESPETO  
A LOS DD.HH. COMO REFERENTE ÉTICO,  
UNIVERSAL Y PERMANENTE**

LUIS MARIA DESIMONI

Reitor

Instituto Universitario da Polícia Federal Argentina, Argentina

luisdesimoni@yahoo.com.ar

**RESUMO:** O homem nasce livre e digno por natureza, mas ele mesmo compromete esses valores, em certo momento, por medo e, em outro, pela ânsia de poder, culminando em violações recorrentes que se tentam conter pelos Direitos Humanos, cuja dimensão é pluricultural, epicentro das questões que envolvem a vida em sociedade. A dignidade humana precisa ser conquistada, paradoxalmente. Luta sem fim: fome, doença e insegurança são pragas que vertem da falta de amor ao próximo, da falta de educação e da falta de algo valoroso como a ética, componentes universais e inalienáveis que a ONU defende e haverá de incluir aspectos culturais asiáticos, africanos e indígenas da América Latina para salvaguardá-los e salvaguardar a humanidade da insensatez do homem frente ao outro e, assim, dos atropelos da globalização, tudo em prol da harmonia social e da dignidade humana<sup>1</sup>.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos humanos; dignidade humana; globalização.

**SUMÁRIO:** 1. Introducción. 2. Función y necesidad extrajurídica de los DH. 3. Una defensa recurrente e inconclusa. 4. Concluyendo.

---

<sup>1</sup> Resumo de autoria do Professor Doutor Francisco Vieira Chagas.

## 1. Introducción<sup>2</sup>

Ciertamente que la temática acerca de los Derechos Humanos (DH)<sup>3</sup> es una cuestión que nos llega muy profundamente a quienes sentimos que la dignidad humana es un valor no negociable. Ellos se han convertido en un desafío y en un clamor para todos los hombres que aspiran a vivir en un mundo digno del hombre. Es por eso que llena de esperanza el ver cómo los DH son un tema recurrente; que hay en torno a él una bibliografía abundante; que surgen instancias a favor de ellos en ámbito nacional e internacional; y que ocupa un lugar destacado en la educación y en los Medios de Comunicación Social (MCS).

Por otra parte, contemplamos realidades que nos lastiman: 1) La continua y persistente violación de los DH en muchas regiones del planeta, a pesar de Pactos, Declaraciones, Acuerdos, Doctrina y acciones de diversos grupos por defenderlos. 2) Se politizan los DH, esgrimiéndolos para cualquier reivindicación; o frente a cualquier tipo de límite que la autoridad quiera expresar. De manera que terminan siendo parte de un “juego de poder” para destituir a tal o cual persona, o para crear “héroes o paladines”. 3) Una vanalización y trivialización del tema. Incluso, preocupa la ligereza con que algunos Medios abordan el tema. Este uso indebido y exagerado puede llevar a una cierta saturación del tema. 4) Algunas naciones poderosas no admiten “de hecho” la universalidad de los DH. Pongamos algunos ejemplos: A. Exigen que sean juzgados los miembros de países subdesarrollados que han violado los DH, pero no juzgan a sus ciudadanos que han ejercido prácticas aberrantes tanto en sus países como en otros. B. Naciones de las más influyentes no aceptan que sus soldados sean juzgados por el flamante Tribunal Internacional que juzga crímenes contra los DH (por ejemplo EE. UU.). Es decir, el conflicto es que algunos Estados tratan la temática de los DH como algo que se circunscribe solo a su soberanía, sin captar que su juzgamiento es hoy una temática internacional. 5) Podemos agregar a esta cuestión, que muchas veces los MCS generan denuncias muy dispares acerca de las violaciones a los

---

<sup>2</sup> Cf. MOLTSMANN, J. “Théologie et droits de l’homme”, *Revue des sciences religieuses* 52 (1978) 299-314.

<sup>3</sup> Vamos a abreviar Derechos Humanos con las siglas DH.

DH, Por ejemplo, dan mucho espacio al homicidio de un periodista, y callan que pueblos enteros están sufriendo persecución (el caso de los miles de cristianos sometidos a campos de concentración en algunas naciones islámicas africanas, por ejemplo, Sudán). Es decir, buscando posturas corporativas o que le reditúen económicamente, olvidan problemas fundamentales.

Más allá de estas trabas, entendemos que los DH son un tema central para la efectiva humanización del hombre. De este modo, deben ser la expresión de los esfuerzos por la justicia y dignificación en las relaciones humanas. Son instancias legitimadoras que hacen posible y eficaz la dignidad humana.

Ante todo debemos reconocer que encontramos una gran diversidad de definiciones acerca de lo que son los DH. Lo común a todas ellas es afirmar que estos derechos son una exigencia de y para toda la humanidad. Por nuestra parte, definimos a los DH como aquellas atribuciones que posee toda persona por el solo hecho de ser persona, y que deben ser respetados en tiempos de paz<sup>4</sup>.

Reconocemos que los DH son, ante todo, una exigencia moral, que necesita una concreción jurídica y que debe tener en cuenta la necesaria dimensión pluricultural. Vayamos por partes. Los DH deben entenderse como una exigencia ética. Ese es su fundamento<sup>5</sup>. Como instancia moral son un reaseguro al poder omnímodo de los Estados. Desde esta base ética se han de ir concretizando en un planteamiento jurídico. La ley debe permitir que los DH sean unas atribuciones jurídicas a las que se asigna la función de actuar como mecanismos de defensa de la persona ante cualquier posible atropello de la autoridad. Es por ello que tienen importancia radical. Los DH son así condiciones jurídicas inalienables de la persona

---

<sup>4</sup> En cuanto a los DH, debe señalarse que es un comportamiento ético diseñado intelectualmente para preservar su dignidad en el comportamiento interactivo de los hombres en tiempos de paz. Bien sabemos que en severas conflagraciones bélicas juegan diferentes comportamientos que son regulados por el derecho internacional. Cuando esos derechos son gravemente afectados se llega a cometer el delito de *lesa humanidad* o crímenes de guerra.

<sup>5</sup> Cf. FERNÁNDEZ, E. *Teoría de la Justicia y los Derechos Humanos*. Madrid: Teoría. 1974.

humana<sup>6</sup>. Estos derechos han de ser reconocidos y resguardados tanto por la jurisprudencia nacional como internacional.

Completemos la conceptualización de los DH, señalando que en su formulación se ha de tener presente el diálogo pluricultural. Los hombres se realizan dentro de una cultura y esas culturas pueden dialogar buscando valores básicos. Toda persona está dotada de una “competencia comunicativa” que debe efectivizar en la explicitación de aquellos valores sin los cuales se crea un mundo indigno del hombre. Esta dimensión conlleva la dificultad de que existen culturas y subculturas, las cuales conllevan sistemas de creencias y códigos sociales, que no siempre son posibles compatibilizar.

Evidentemente, los DH se han ido concretizando a través de un largo diálogo de la humanidad, la cual fue lentamente descubriendo derechos universales. La forma actual más vigente de la proclamación de estos derechos la produjo la ONU en 1948, elaborando la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>7</sup>.

Debemos reconocer que en la conformación de los DH encontramos una pluralidad de fuentes, las cuales siempre están unidas al concepto “hombre”. Vamos a intentar señalar a las fuentes más significativas:

1) El pensamiento greco-romano: en especial debemos evidenciar ciertos sofistas como Hippias, que enseñaban la universalidad de la libertad para los hombres, y que la esclavitud era tan solo un invento humano. También está igual de importancia el aporte del derecho natural.

2) El pensamiento judeo-cristiano: este proclama la igualdad y la dignidad de todos los hombres por ser esos imagen de Dios. En particular, el catolicismo extendió y perfeccionó el concepto clásico de derecho natural, como fundamento objetivo para señalar la

---

<sup>6</sup> Cf. HUBERT, W. “Derechos humanos: Historia de un concepto”, *Concilium* 15 (1979) 10-21.

<sup>7</sup> Algunos sectores no se ven reflejados en esta Declaración, en cuanto la encuentran muy vinculada a una visión excesivamente occidental; otros no la aceptan por entender que es un pedido de derechos elaborado desde el concepto burgués de libertad. Ciertamente que esta declaración puede ser ampliada y perfeccionada en la medida que el diálogo intercultural se vaya ampliando.

igualdad de todos los hombres. Mención particular merecen los teólogos Hugo Groot, Francisco Suárez y Francisco de Vitoria.

3) El aporte del pensamiento ilustrado: proclaman la libertad de conciencia y de expresión, así como la tolerancia religiosa.

4) Las corrientes revolucionarias que se opusieron al absolutismo, las cuales tuvieron una significativa presencia en los siglos XVIII-XIX en la Revolución Francesa y en las guerras de la Independencia, tanto de EE.UU. como en Latinoamérica.

5) El liberalismo aportó su defensa de la libertad, y la promoción de la democracia.

6) El socialismo contribuyó con la búsqueda de la igualdad, y con la lucha a favor de que los bienes elementales sean para todos.

Hagamos dos aclaraciones:

No negamos que cada una de estas seis corrientes hayan tenido sus errores, y que ciertamente muchas veces actuaron contra los DH; pero, en este juego de contradicciones que es la vida, queremos resaltar, en este apartado, su aporte positivo.

En su expresión moderna, los DH son un fenómeno secular, pero que hunde sus raíces en una visión trascendente de la vida.

En perspectiva de futuro: la profundización de los DH se debe enriquecer con el aporte de las culturas asiáticas y africanas, así como las tradiciones de las culturas indígenas en Latinoamérica. Aquí encontramos un valioso tesoro a favor de una cultura que respete los DH, por ejemplo, ciertas normas penales de los indígenas ecuatorianos, que más que el castigo del culpable, buscan el bien de los afectados y la educación del trasgresor. Súmenos a estos aportes el diálogo interreligioso. Agreguemos que a partir del siglo XX la humanidad ha tomado mayor conciencia de la centralidad de los DH. Pero, para que esta realidad dé más frutos, es necesaria la complementariedad entre las diversas culturas, así como entre las

variadas religiones. Asimismo, se ha de luchar tanto por los derechos individuales como por los grupales, sin oponerlos.

## **2. Función y necesidad extrajurídica de los DH<sup>8</sup>**

La práctica de los DH tiene una serie de fecundas funciones para la humanidad:

1) En este mundo globalizado, los DH dan criterios y pautas sobre los que se pueden estructurar las relaciones humanas. 2) Posibilita la defensa del individuo o de grupos frente a los atropellos ejercidos por los Estados. 3) Salvaguarda a los más débiles frente a una cultura utilitarista, que considera “bueno” solo lo que satisface la propia necesidad, o que consigue sus objetivos más allá de cualquier consideración humanitaria.

Las características de los DH consiste en ser conforme a la ética: universales, absolutos, innegociables, inalienables. Cada ser humano puede y debe vivirlo y exigirlo, dentro de lo racionalmente posible. Otra característica de los DH es que ellos no están (o no deberían estar) sometidos al regateo político, ni a la demagogia gubernamental. Su ejercicio no puede estar limitado por otros derechos, ni postergado por ninguna urgencia.

Ciertamente que no es fácil encontrar una fundamentación básica que satisfaga a todos los defensores de los DH. Más bien, lo que se expresa es que se sabe que los DH son una realidad a favor del hombre y que debemos defenderlos.

Para este autor la necesidad de defensa de los DH nace de características de los humanos que están fuera del mundo normativo, y si en la naturaleza humana tales como: a- La identificación proyectiva de la que hablaba Melanie Klein, b- El fenómeno de la agresión adaptativa y destructiva de la que hablan Bandura, Conrad y Hess, y c- el fenómeno consecuente de la deshumanización que deviene de esos fenómenos naturales y que son utilizados por los gobiernos

---

<sup>8</sup> Cf. CLAIR, A. “Les droits de l’homme: une notion en débat”, *Etbique* 3 (1992) 10-24.



autoritarios y expansionistas para provocar el “brain washing” de sus soldados desde los espartanos hasta los marines estadounidenses, para citar dos ejemplos, porque la lista es muy larga.

Aún así, es necesario para otros doctrinarios, como el importante filósofo católico argentino Andrés Moto, intentar una fundamentación de los DH. Ella surge a partir de una antropología filosófica que encuentra que el hombre conlleva una serie de derechos inalienables. La humanidad, al reflexionar sobre sí misma, descubre lentamente que el hombre posee un valor supremo. En coherencia con lo afirmado, debe propiciar la práctica de su racionalidad, de su libertad, así como la aceptación de la igualdad humana. Por tanto, como explicitación del valor de la persona humana, y que ella es el valor límite de la organización social, surge la proclamación de los DH. Estos actúan como un elemento de legitimación del valor del hombre.

En la búsqueda de una fundamentación es clásica la puja entre iusnaturalistas e iuspositivistas. Los iusnaturalistas señalan que los DH son aquellos que nos corresponden en virtud del derecho natural y son anteriores a toda norma. Están inscriptos en nuestra naturaleza, previo a toda normativa externa que los legitime<sup>9</sup>. Por su parte, los iuspositivistas señalan que los DH solo existen cuando son proclamados e incluidos en una norma jurídica, en un código<sup>10</sup>.

Creo que si iusnaturalistas e iuspositivistas se mantienen en una actitud fanática e intransigente es difícil dialogar. En vez de ello, un coloquio respetuoso puede llevar a una postura de síntesis: aceptar que el hombre que realiza una seria introspección encuentra un “eco” de una ley que le hace vivir de acuerdo a su naturaleza racional. Digo “eco” porque esta normativa no aparece “clara y distinta”; por tanto, esta “ley” solo se hace nítida mediada por un

<sup>9</sup> Las ideas iusnaturalistas llevaron a la práctica la independencia de EE.UU. y la Revolución Francesa. Esta inspiración se constata en la Declaración de Virginia de 1776 y en la de París de 1789. No olvidemos las severas violaciones a los DH en las plantaciones de algodón del Sur norteamericano pre-guerra de Secesión, ni las explotaciones en durísimas e inhumanas condiciones en las minas del hoy Ouro Preto por los portugueses colonialistas.

<sup>10</sup> Se puede encontrar una sólida defensa del iuspositivismo en PECES-BARBA, G. *Derechos fundamentales*. Madrid: Guadiana de publicaciones, D. L., 1976; *Escritos sobre derechos fundamentales*. Madrid: Eudema, 1988.

diálogo sostenido a través de la historia y las culturas. Es cierto que los diversos modelos que el hombre experimentó acerca de cómo se debe convivir no se dieron “sin errores y sin horrores”; por tanto, esta temática nunca está del todo aclarada y adquirida.

Es cierto que para que funcionen de hecho los DH hace falta una sociedad pluralista y democrática, ya que ellos están para frenar los posibles atropellos que el Estado ejerza sobre algunos miembros, pero al mismo tiempo se necesita de un Estado con capacidad de autocrítica, capaz de castigar sus propios excesos.

Para una mejor aplicación de los DH se tiende a estructurarlos en “familia” de derechos. Hay varias clasificaciones, y nosotros optamos por la siguiente: 1) Derechos vinculados con la vida y los medios necesarios para que ella sea digna y plena (libertad, alimentación, seguridad, etc.). 2) Derechos referentes a los valores morales, culturales y religiosos. 3) Derechos civiles y políticos. 4) Derechos sociales y económicos<sup>11</sup>.

Es claro que los DH también se fundamentan en la comprensión de que todo ser humano, por el hecho de ser un ser inteligente y libre, está sometido a derechos y deberes. Durante muchos siglos se elaboró extensamente las obligaciones a las que el hombre estaba sometido. En un movimiento pendular, y se nota que en las últimas décadas se ha insistido mayoritariamente en los derechos. El problema radica en que, en una sociedad individualista, existe una asimetría entre derechos y deberes, es decir, se exagera el tema de los derechos y se minimiza el tema de los deberes. Una educación facilista y demagógica va por la misma línea.

Sostiene el profesor Motto ya referido que el hombre también tiene deberes y eso se ha convertido en un tema cercano al de un tabú<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Esta enumeración de derechos, para que sean plenamente válidos, debe vivirse simultáneamente en carácter individual y social. También debe reconocerse que así como la humanidad tiene derechos, el planeta tiene “derechos”, es decir, debe evitarse todo tipo de explotación de la naturaleza. Además, a la medida que la sociedad va adquiriendo los derechos más elementales, postula derechos más sutiles, por ejemplo derecho a la privacidad o intimidad.

<sup>12</sup> Algunos señalan que junto a la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de la ONU, tendría que haberse elaborado más la declaración de los deberes (los cuales están

Evidentemente que afirmar solo los derechos o solo los deberes es catastrófico. Deberes y derechos deben ser entendidos y ejercidos desde la reciprocidad y la indivisibilidad.

### 3. Una defensa recurrente e inconclusa

El tema de los derechos humanos y su violación a nuestro juicio está fuertemente ligado con la naturaleza humana, por ello su defensa es históricamente recurrente y siempre inconclusa.

Y por qué pensamos que ello es así?

Pensamos que es así porque el hombre es un ser conflictivo y dramático “per se”, nos eximimos de aportar pruebas a favor de ello porque la lista sería abrumadora. Los estudios humanísticos señalan que al ser humano siempre le ha costado encauzar su tendencia al poder, a distribuir los bienes y encauzar su sexualidad. Veamos, cuando Hobbes se refería a la maldad insita del hombre, debió haberse referido al egoísmo del hombre que lo torna en un incesante amante del poder sobre su prójimo, lo cual sumado a su instinto de auto-conservación y la desconfianza en el otro por esa propia naturaleza, lo torna, no pocas veces, en un preocupante predador, que se torna muy agresivo sin finalidades específicas a diferencia de las demás especies que actúan movidas por las necesidades básicas de alimento y apareamiento. Por su parte, la *Iliada* nos muestra con toda su crudeza el uso de la violencia. Ella animaliza al fuerte y humilla mil veces al débil. E incluso, la violencia logra que no halla roles fijos, es decir, tan implacablemente como la fuerza aplasta, así implacablemente embriaga a quien la posee o cree poseerla. En *La Iliada* los hombres no se dividen en vencidos, esclavos, suplicantes por un lado, y en vencedores, jefes por el otro; no se encuentra en ella un solo hombre que en algún momento no se vea obligado a inclinarse ante la fuerza. De modo tal que el que una ocasión hace temblar, luego tiembla.

---

sucintamente descriptos en los art. 1 y 29). Pero se debe recordar la circunstancia histórica de 1948, cuando la humanidad salía de los grandes abusos cometidos por los regímenes totalitarios. Se buscaba que no se repitieran las atrocidades de la 2ª Guerra Mundial y que se valoraran la libertad y la dignidad del individuo frente a los Estados. Por tanto, en esa época lo que se buscaba era resguardar al ser humano, proclamando sus derechos.

Debemos, de todos modos, reconocer que la arbitrariedad del presente en modo alguno podría compararse con los excesos del pasado, con la excepción de los rasgos involutivos que estamos advirtiendo en los seres humanos y que venimos comentando regularmente (por ejemplo la vuelta a la justificación del uso de la tortura), lo cual no permite hacer pronósticos valederos a largo plazo.

Como señalamos, los DH son un reaseguro contra la arbitrariedad de los detentadores del poder, a efectos que no liberen esa tendencia al abuso del poder que presentan los hombres. Para concluir, señalemos con un ejemplo literario estos excesos, nacido de la fecunda imaginación de Saramago, cuando narra la muerte de José en Séforis en manos de los romanos:

José fue el último en ser sacrificado, le tocó así y tuvo que asistir uno tras otro al tormento de sus treinta y nueve desconocidos compañeros y cuando le llegó a la vez el turno, abandonada ya toda esperanza, no tuvo fuerza ni para repetir sus protestas de inocencia, quizá perdió la oportunidad de salvarse cuando el soldado que manejaba el martillo le dijo al sargento éste era el que decía que era inocente, el sargento dudó un momento, exactamente el momento en que José podría haber gritado soy inocente, pero se calló, desistió... entonces el sargento hizo un gesto y fueron hincados los clavos<sup>13</sup>.

Este ejemplo del notable autor que fue merecidamente premiado como el Premio Nobel, narra en su “El Evangelio según Jesucristo” que ello, expresa una trágica y arbitraria forma de terminar una existencia humana signada por la desesperación de un inocente que desiste de clamar por su inocencia y dignidad, vencido por el abuso de un poder circunstancial terreno, que lo ejecuta sin la posibilidad de ejercer el derecho más sagrado del hombre: el de la defensa de su vida y dignidad, violación de los derechos a la dignidad humana a través de los siglos.

---

<sup>13</sup> SARAMAGO, José. *El evangelio según Jesucristo*. Santillana: Alfaguara, 2009. p. 68.

#### 4. Concluyendo

De todo lo expresado se desprende que la tarea nuestra será velar incansablemente por la defensa de los DH, y que con el devenir de los siglos ello se internalice en el inconsciente colectivo su necesidad como un referente ético universal que, más allá de lo normativo y lo sociológico, se debe respetar a ultranza porque hace a la dimensión “dikelógica” (del griego: *diké*: justicia), que traducido sería a la defensa recurrente del abstracto valor del concepto de la JUSTICIA. Porque esa arista no nos viene dada genéticamente, sino que, por el contrario, es una construcción cultural, si nos permite civilizatoria y ajena a la naturaleza pulsional agresiva del humano.

Y concluyo este trabajo con un interrogante, porque la profundidad del tema no acepta conclusiones definitivas ¿Señores Juristas, creen que será ello alguna vez posible?

Autor convidado

DOI: 10.5935/1809-8487.20150001

**CONTAMINAÇÃO DOS MANANCIAIS POR  
MICROPOLUENTES E A PRECÁRIA REMOÇÃO  
DESSES CONTAMINANTES NOS TRATAMENTOS  
CONVENCIONAIS DE ÁGUA PARA POTABILIZAÇÃO**

**CONTAMINATION OF WATER SOURCES BY  
MICROPOLLUTANTS AND THE LOW REMOVAL  
OF THESE CONTAMINANTS IN CONVENTIONAL  
DRINKING WATER TREATMENT**

ALEXANDRA FÁTIMA SARAIVA SOARES

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

alexandra@mpmg.mp.br

MÔNICA MARIA DINIZ LEÃO

Professora

Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

monica@desa.ufmg.br

**RESUMO:** Os micropoluentes emergentes são compostos que apresentam potencial danoso ao meio ambiente e à saúde, mesmo em baixas concentrações. Essas substâncias se denominam “emergentes” porque apenas com o desenvolvimento recente de técnicas analíticas complexas/sensíveis foi possível detectá-los e quantificá-los nas águas. Os micropoluentes são um novo desafio para a comunidade científica, que vem conduzindo pesquisas em nível mundial para subsidiar o desenvolvimento de padrões de qualidade ambiental e consumo humano. O lançamento de esgotos sanitários e es-

coamento superficial em áreas agrícolas, que utilizam agrotóxicos, correspondem a importantes vias de introdução de micropoluentes nas águas. No Brasil, os monitoramentos de micropoluentes em esgotos e águas ainda são incipientes. As técnicas de tratamento biológico de esgotos, especialmente as anaeróbias, não são eficientes para remover esses micropoluentes. Corpos d'água contaminados podem se tornar mananciais de abastecimento público, e as técnicas convencionais de tratamento para a potabilização da água também são inadequadas para propiciar a remoção desses contaminantes.

**PALAVRAS-CHAVE:** contaminação de águas; agrotóxico; micropolvente; tratamento convencional de água.

**ABSTRACT:** Emergent micropollutants are compounds that present hazardous potential to environment and health, even in low concentrations. These substances are named “emerging” because only after the recent development of complex/sensitive analytical techniques it was possible to detect and quantify these contaminants in water. Micropollutants are at present a new challenge to scientific community, now leading researches worldwide to provide environment and drinking water quality standards. Sewerage discharges and runoff in agricultural areas are important ways of introduction of micropollutants in waters. Micropollutants monitoring in sewerage and water is still incipient in Brazil. Contaminated water bodies can become water sources for public supply and conventional drinking water treatment are also inadequate to remove these micropollutants.

**KEY WORDS:** contamination of water; pesticide; micropollutant; conventional drinking water treatment.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Fontes de micropoluentes nas águas. 2.1. Agrotóxicos. 2.2. Esgotos. 3. Eficiência dos tratamentos de água para potabilização na remoção de micropoluentes. 4. Legislação de potabilidade da água (Brasil e outros países). 4.1. Brasil. 4.2. Estados Unidos. 4.3. Canadá. 4.4. Comunidade Européia. 4.5. Valores Guias (OMS) e padrões de potabilidade (VMP) referentes a agrotóxicos para Brasil, Austrália, Argentina, Canadá, Chile, EUA, Nova Zelândia, Uruguai e Venezuela. 5. Considerações finais. 6. Referências.

## 1. Introdução

A cada dia nossos recursos hídricos tornam-se menos disponíveis e os mananciais para abastecimento público mais escassos e contaminados. A consciência da preservação do meio ambiente saudável constitui-se uma das premissas básicas para a qualidade de vida. A preservação dos recursos naturais é imprescindível para a vida da geração de hoje e das futuras.

A água é um elemento vital da sociedade, da biodiversidade e um recurso de valor econômico para o desenvolvimento. Trata-se de matéria-prima que tende a escassear tanto em quantidade, quanto em qualidade, tornando-se, portanto, cada vez mais onerosa. A disponibilidade da água constitui um dos fatores mais importantes para a definição dos ecossistemas. É fundamental que os recursos hídricos apresentem condições físicas e químicas adequadas para serem utilizados pelos organismos vivos. A água deve conter substâncias essenciais à vida e estar isenta de outras que possam produzir efeitos deletérios aos organismos que compõem as cadeias alimentares (BRAGA et al, 2002).

Nesse contexto, a disponibilidade de água significa não somente quantidade adequada, mas também qualidade satisfatória para atender a uma determinada biota.

No Brasil, considera-se potável a água que atenda aos requisitos estabelecidos na Portaria do Ministério da Saúde nº 2.914/2011. No entanto, essa norma relaciona poucos parâmetros denominados “micropoluentes” ou “contaminantes emergentes”. Tais substâncias chamam-se “emergentes” porque apenas com o desenvolvimento recente de técnicas analíticas complexas e sensíveis foi possível detectar e quantificar esses contaminantes nas águas, onde ocorrem em baixas concentrações, na ordem de microgramas ou nanogramas por litro ( $\text{mg.l}^{-1}$  ou  $\text{ng.l}^{-1}$ ).

Assim, é possível que uma água considerada potável apresente contaminação por substâncias ainda não legisladas, as quais, todavia, podem ser potencialmente nocivas ao ecossistema aquático e à saúde.



de humana. Exemplos desses contaminantes são os agrotóxicos, amplamente utilizados nas lavouras brasileiras e mineiras, os fármacos (medicamentos), os hormônios, os parasitas de veiculação hídrica e príons, os compostos químicos presentes em produtos de higiene pessoal, de limpeza, e outros diversos produtos químicos.

Na Europa, não há lista taxativa dos agrotóxicos que devem ser monitorados na água potável. Os parâmetros e respectivos valores são referidos na diretiva Drinking Water Directive 98/83/EC (COUNCIL DIRECTIVE, 1998), que se baseia nos guias da Organização Mundial de Saúde (OMS) e na opinião de um Comitê Científico Europeu (European Commission's Scientific Advisory Committee). Essa diretiva contempla 26 parâmetros químicos, incluindo "agrotóxicos" e "agrotóxico total", 20 indicadores e 4 parâmetros microbiológicos. Os Estados-membros, não sendo menos rigorosos, podem seguir os preceitos desta diretiva para estabelecer seus próprios padrões de qualidade. No que concerne aos agrotóxicos, a Diretiva 98/83 estabelece os parâmetros: agrotóxico e agrotóxico total, sendo os valores máximos permitidos (VMP), respectivamente, 0,10 e 0,50 mg.<sup>L-1</sup>. Assim, para cada substância, individualmente, a concentração máxima permitida é de 0,10 mg.<sup>L-1</sup>, à exceção do aldrin, dieldrin, heptachlor e heptachlor epóxido, cujo VMP é de 0,030 mg.<sup>L-1</sup>. Para o parâmetro agrotóxico total, a soma das concentrações de todas as substâncias detectadas na água deve ser inferior a 0,50 mg.<sup>L-1</sup> (COUNCIL DIRECTIVE, 1998).

A presença de contaminantes emergentes (micropoluentes) em sistemas hídricos tem sido objeto de estudos em diversas partes do mundo, onde se discutem os critérios para regulamentação (IAREN, 2012). Depara-se, ainda, com as dificuldades encontradas nas análises laboratoriais, que representam obstáculos para a detecção e para o estabelecimento de padrões.

A introdução contínua dessas substâncias persistentes nos ecossistemas aquáticos é uma das causas de deterioração da qualidade das águas destinadas ao abastecimento público. Estudos revelam que muitos micropoluentes são resistentes ao tratamento convencional de esgotos e de águas para potabilização (RAHMAN et al, 2009; CLARRA et al, 2012; LUO et al, 2014).

Quanto às águas superficiais em Minas Gerais, há que se destacar a deliberação normativa que regulamenta a qualidade dessas águas e o lançamento de efluentes nos corpos d'água no estado (DN Conjunta COPAM/CERH 01/2008). Essa norma estabeleceu arbitrariamente<sup>1</sup> padrões menos rigorosos para o lançamento de esgotos sanitários em cursos d'água, sendo menos exigente do que a norma anterior (DN COPAM 10/1986) e contrapondo-se, conforme Garcia et al. (2005), pelo menos, aos princípios da prevenção e da motivação<sup>2</sup>, bem como à regra do não retorno da concretização ou do não retrocesso social, fundada no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito. De acordo com essa regra, não é possível mutilar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque mutilá-las significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais, no caso o art. 225 da CR/88.

Atualmente, são exigidas menores remoções de matéria orgânica, expressa em termos de DBO<sup>3</sup> e DQO<sup>4</sup>, nas estações de tratamento de esgotos domésticos (ou sanitários), e não há limite para o lançamento de nitrogênio amoniacal, quanto a esses efluentes (SOARES et al, 2008).

Isso se contrapõe aos instrumentos, aos objetivos e aos fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433/1997), ao permitir a alteração do enquadramento do curso d'água (na zona de mistura) e ao não estabelecer uma extensão máxima, em função das características dos corpos d'água receptores, para que isso ocorra.

---

<sup>1</sup> De acordo com Garcia *et al.* (2005) a “arbitrariedade é desprovida de motivação ou os motivos expostos são inexistentes ou insuficientes”.

<sup>2</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello (2000) define o motivo como “a situação de direito ou de fato que autoriza ou exige a prática do ato”. Garcia *et al.* (2005) mencionam que “nas relações de direito administrativo, ou melhor, na prática de atos administrativos o motivo se reveste de especial importância, devendo ser estritamente legal, sempre assentado no interesse público. Isto porque, a Administração Pública não gera negócios próprios, mas representa interesse de terceiros – o povo.”

<sup>3</sup> DBO: demanda bioquímica de oxigênio (matéria orgânica biodegradável).

<sup>4</sup> DQO: demanda química de oxigênio (matéria orgânica: inclui a fração biodegradável e a não biodegradável).

Tal fato pode comprometer os usos múltiplos das águas de usuários situados a jusante do lançamento, na extensão da zona de mistura.

Assim, a referida deliberação normativa permitiu que as estações de tratamento de esgotos sanitários pudessem ser menos eficientes, acarretando lançamento de efluentes com maior concentração de poluentes orgânicos nos corpos d'água. Dessa maneira, nossos cursos de água recebem legalmente maior concentração de matéria orgânica, nitrogênio amoniacal e diversos micropoluentes, oriundos dos esgotos.

Em Minas Gerais, encontra-se em vigor a lei de proteção dos mananciais (Lei nº 10.793/1992), que veda a instalação, nas bacias de mananciais, de empreendimentos que comprometam os padrões mínimos de qualidade das águas, tais como indústrias químicas, estabelecimentos hospitalares, cemitérios, aterros sanitários, parcelamento de solo e atividade agropecuária intensiva com agrotóxicos e produtos veterinários em doses maciças. No entanto, essa legislação abrange apenas os mananciais enquadrados na Classe Especial e na Classe 1. O art. 1º da mencionada lei estadual define assim o termo manancial:

Art. 1º Ficam considerados mananciais, para os efeitos desta lei, aqueles situados a montante do ponto de captação previsto ou existente, cujas águas estejam ou venham a estar classificadas na Classe Especial e na Classe 1 [...].

Outra legislação que merece destaque na proteção dos mananciais é o Código Florestal (Lei nº 12.651/2012). Esse dispositivo jurídico estabelece, em seu art. 4º, faixas marginais mínimas ao longo dos cursos d'água, preservação da vegetação em encostas e topos de morros, entre outras áreas, consideradas de preservação permanente. Segundo o Código Florestal, as faixas de mata ciliar variam de 30 a 500 metros em função da largura dos cursos de água. No artigo 3º, inciso II, essa lei define a área de preservação permanente como

[...] área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a *função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem,*

a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, *proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas*. (grifo nosso).

Isso se justifica porque a vegetação ciliar, entre outras funções, auxilia na retenção do solo, assim como de nutrientes e poluentes que seriam carreados para as águas superficiais.

No que se refere aos corpos de água que podem receber esgotos, o legislador preocupou-se em não permitir lançamento de efluentes nas águas enquadradas na Classe Especial, mas todas as demais podem ser corpos de água receptores e, mais adiante, podem ser mananciais de abastecimento público. Nesse aspecto dispõe a DN Conjunta COPAM/CERH 01/2008:

Art. 27. Nas águas de *classe especial* é vedado o lançamento de efluentes ou disposição de resíduos domésticos, agropecuários, de aquicultura, industriais e de quaisquer outras fontes de poluição, mesmo que tratados.

§ 1º *Nas demais classes de água, o lançamento de efluentes* deverá, simultaneamente:

- I - atender às condições e padrões de lançamento de efluentes;
- II - não ocasionar a ultrapassagem das condições e padrões de qualidade de água, estabelecidos para as respectivas classes, nas condições da vazão de referência; e
- III - atender a outras exigências aplicáveis, especialmente aquelas estabelecidas nos planos de recursos hídricos. (grifo nosso).

Há que se destacar que os métodos biológicos de tratamento de esgotos, especialmente os anaeróbios, não são eficientes na remoção dos contaminantes emergentes (CLARA et al, 2012; QIANG et al, 2013).

Cabe esclarecer ainda que as tecnologias de tratamento para potabilização de água, normalmente utilizadas no país, também não são adequadas para promover a remoção de micropoluentes. O método convencional para tratamento de águas de abastecimento, também

denominado de “ciclo completo”, que inclui as etapas de coagulação e floculação, constitui a técnica mais complexa dentre as que são atualmente adotadas no país e não remove, de forma eficiente, uma série de micropoluentes orgânicos, tais como agrotóxicos, fármacos, produtos de higiene pessoal e outros.

Portanto, nossos mananciais estão cada vez mais contaminados, e a água distribuída à população é submetida a tratamento ineficiente para remoção de micropoluentes.

A norma de potabilidade também é restrita, no que concerne ao estabelecimento de padrões para esses contaminantes. Assim, a água pode atender aos requisitos da portaria de potabilidade, isto é, ser considerada potável, e não estar isenta de substâncias maléficas à saúde.

Diante do exposto, o objetivo geral deste trabalho é apresentar a vulnerabilidade à contaminação das águas, especialmente as superficiais, que podem se tornar mananciais de abastecimento público, e a limitação dos métodos convencionais para a potabilização da água.

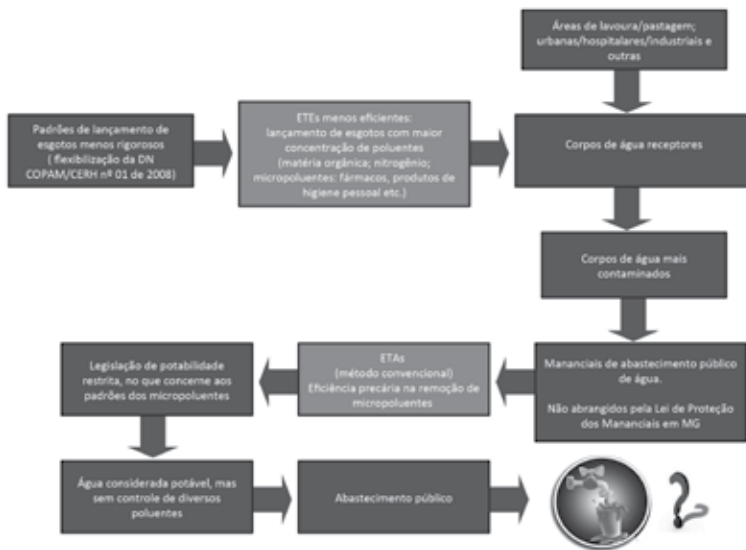


Figura 1. Rota de contaminação das águas de abastecimento público.

A figura 1 apresenta, de forma esquemática, o cenário que aqui se pretende demonstrar, indicando a rota de contaminação das águas de abastecimento público.

## 2. Fontes de micropoluentes nas águas

As fontes de micropoluentes em ambientes aquáticos são diversas, e muitos desses contaminantes se originam de produtos industrializados. A tabela 1 apresenta algumas fontes de micropoluentes nos ambientes aquáticos.

Tabela 1. Fontes de micropoluentes em ambientes aquáticos

Categoria	Subclasse importante	Principais fontes	Observações
Fármacos	Drogas (anti-inflamatórios, anticonvulsivos, antibióticos, estimulantes, analgésicos e outros)	Esgotos domésticos, efluentes de hospital, escoamento CAC*, aquicultura	
Produtos de cuidado pessoal	Fragrâncias, desinfetantes, filtros solares, repelentes de insetos e outros	Esgotos domésticos	Fontes que não são exclusivas para categorias individuais incluem: efluentes industriais (provenientes de descargas de produtos manufaturados) e lixiviado de aterro (proveniente da disposição inadequada dos resíduos)
Hormônios esteroides	Estrogênicos	Esgoto doméstico, escoamento CAC	
Surfactantes	Surfactantes não iônicos	Esgoto doméstico, efluente industrial	
Químicos industriais	Retardantes de chama	Esgoto doméstico, efluentes industriais	
Agrotóxicos	Inseticidas, herbicidas, fungicidas e outros	Esgoto doméstico, escoamento superficial em áreas agrícolas	

\*CAC: Criadouros de animais confinados.

Fonte: Luo *et al.* (2014)

Mais de 100 compostos químicos sintéticos são utilizados em uma grande variedade de produtos de uso doméstico, industrial e agrícola, e atingem as águas superficiais por lançamento de águas residuárias ou carreamento (escoamento superficial) em áreas agrícolas, com aplicação de agrotóxicos. Para substâncias lipofílicas, as rotas possíveis são: (a) a substância é mineralizada a dióxido de carbono e água; (b) a substância lipofílica é pouco ou lentamente degradável; assim, parte da substância é retida no lodo das estações de tratamento; (c) a substância é metabolizada a uma forma hidrofílica, mas ainda persistente, atingindo o ambiente aquático (HALLING-SORENSEN et al, 1998). Geralmente, substâncias hidrofóbicas – caracterizadas por baixa solubilidade em água e alto coeficiente de partição octanol-água ( $K_{ow}$ ) – são detectadas em teores elevados em amostras de sólidos (base seca), e compostos hidrofílicos (alta solubilidade e baixo  $K_{ow}$ ) apresentam baixa concentração em sólidos e teores mais elevados após o tratamento (STACKELBERG et al, 2007).

Em 2001, a União Européia elegeu 33 compostos orgânicos como prioritários no controle de poluição das águas, sendo 16 agrotóxicos. Desde então, vários projetos vêm buscando alternativas de atendimento dos padrões de qualidade de água para esses compostos, cada vez mais restritivos (EUROPEAN UNION, 2001). Atualmente, a ocorrência de micropoluentes no ambiente tem sido avaliada em termos de suas concentrações em diferentes tipos de água, incluindo esgoto doméstico, efluente industrial, água superficial, água subterrânea e água potável (LUO et al, 2014).

## 2.1. Agrotóxicos

Os agrotóxicos são substâncias sintetizadas artificialmente para combater pragas, doenças e plantas daninhas, a fim de garantir uma elevada produção agrícola e reduzir as perdas pós-colheita. Esses compostos vêm sendo usados extensamente em todo o mundo, e, por conseguinte, a contaminação por agrotóxicos constitui um problema de poluição em escala global.

O mercado de agrotóxicos tem característica de oligopólio. Em 2007, de acordo com Londres (2011), seis empresas concentravam

86% das vendas mundiais desses produtos. Muitas fábricas de agrotóxicos estão situadas em países em desenvolvimento, como China e Índia, embora a indústria química europeia continue contribuindo com grande parcela do suprimento brasileiro. Entre 2001 e 2008, o Brasil ocupou a posição de maior consumidor mundial de agrotóxicos, sendo o maior importador mundial de insumos, que depois são transformados em agroquímicos (ANVISA, 2011). Muitos estados brasileiros (MG, SP, PE, PR, ES, CE e RJ)<sup>5</sup> possuem políticas de incentivo à comercialização desses agroquímicos, com reduções significativas de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), que podem alcançar, em determinadas épocas ou períodos, 100% (SOARES, 2011).

De acordo com o Sindicato Nacional da Indústria de Produtos para Defesa Agrícola (SINDAG), trata-se de um setor em expansão no país, como revelam os dados da figura 2, que demonstram a evolução das vendas no período de 2005 a 2011 (SINDAG, 2011).

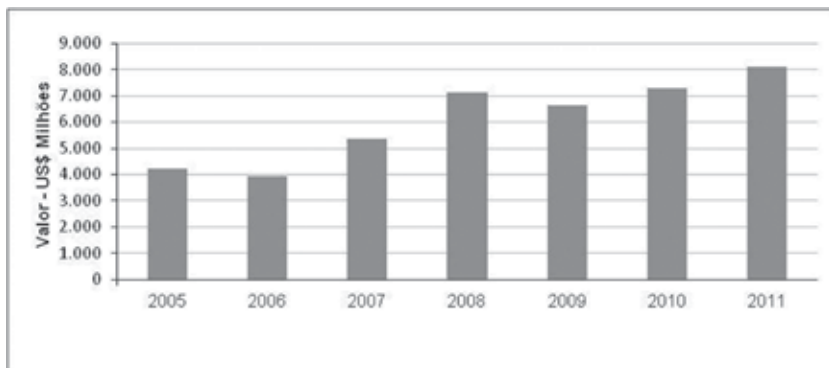


Figura 2. Evolução das vendas de agrotóxicos no Brasil (2005 a 2011).

Fonte: SINDAG (2011).

Nos Estados Unidos, existem mais de 17.000 agrotóxicos registrados e cerca de 800 ingredientes ativos relacionados a esses produ-

<sup>5</sup> (MG) Decreto nº 43.080/02; (SP) Decreto nº 45.490/00; (PE) Decreto nº 14.876/91; (PR) Decreto nº 1.908/07; (ES) Decreto nº 1.090/02; (CE) Decreto nº 13.640/97; (RJ) Decreto nº 45.490/00.



tos (USEPA, 2010). No Brasil, em 2011 estavam autorizados 1.458 produtos formulados e 366 ingredientes ativos (LONDRES, *op. cit.*). Esses produtos são divididos em classes, sendo as três mais importantes constituídas pelos herbicidas, fungicidas e inseticidas. No entanto, existem outras, que, embora quantitativamente menos importantes, apresentam grande contribuição no cômputo geral.

Acerca do movimento dos agrotóxicos na atmosfera, as preocupações aumentaram durante os anos de 1970 e 1980. Transporte e redeposição de agrotóxicos podem ocorrer a longas distâncias por movimentos atmosféricos. Exemplo disso foi a constatação de agrotóxicos organoclorados, principalmente endosulfan  $\alpha$  e dieldrin, em neblinas sobre o oceano no noroeste do Canadá e na neve do Ártico, relatada nos trabalhos desenvolvidos por Gregor e Gummer (1989); e Schomburg e Glotfelty (1991) *apud* Van der Werf (1996), respectivamente. Assim, a contaminação do ambiente por agrotóxicos deve ser analisada globalmente, uma vez que não se trata de poluição pontual.

A perda sazonal total em escoamento superficial por aplicação do agrotóxico no solo-superfície, de acordo com estudos de Leonard (1990) e Schiavon *et al.* (1995), é de cerca de 2% da aplicação e raramente excede 5-10% do total aplicado. Já a fração removida por lixiviação é geralmente ainda menor do que esses valores, segundo pesquisas desenvolvidas por Schiavon *et al.* (1995) e Taylor e Spencer (1990). Por outro lado, perdas por volatilização de 80-90%, em razão da pressão de vapor dos compostos, têm sido mensuradas em poucos dias após a aplicação (GLOTFELTY *et al.*, 1984 *apud* VAN DER WERF, 1996; TAYLOR; SPENCER, 1990). No entanto, cabe ressaltar que tais perdas/dispersões dependem de fatores ambientais da região onde o agrotóxico é aplicado, tais como clima, relevo, características e manejo do solo, velocidade dos ventos, quantidade de precipitações pluviais e propriedades dos agrotóxicos.

Saliente-se que as características dos solos interferem direta e indiretamente no comportamento dessas substâncias no ambiente. Dessa forma, a quantidade de matéria orgânica, a textura e a granulometria, que resultam na porosidade de um solo, constituem fatores de importância na determinação do comportamento dos agentes contaminantes no ambiente (SOARES, 2011). Grande parte

dos agrotóxicos pode ser sorvida pelo material orgânico do solo, impedindo que atinjam o lençol freático por percolação. No entanto, essas substâncias, por ocasião das precipitações pluviais, podem atingir as águas superficiais, se esse solo contaminado for carregado pelo escoamento superficial (KHAN, 1980).

A contaminação da água por agrotóxicos pode ocorrer diretamente pela deriva das pulverizações aéreas, por meio da erosão dos solos contaminados, pelo escoamento superficial (*runoff*), pela lixiviação e ainda pelo descarte e lavagem de tanques e embalagens de produtos (VAN DER WERF, 1996; PIMENTEL, 1995; HOLVOET et al, 2007). Quando os agrotóxicos atingem o ambiente aquático, são expostos a diferentes processos físicos, químicos e microbiológicos. De acordo com Holvoet *et al.* (2007), dois processos apresentam maior impacto no destino dos agrotóxicos no ambiente – sorção/dessorção e biodegradação. Ambos são fortemente influenciados pela presença da camada de sedimento no corpo d'água. Há ainda que se destacar a importância de considerar a meia-vida das substâncias na avaliação do comportamento (persistência) delas no ambiente.

Estudo concluído no final de 2011, realizado em sub-bacia hidrográfica ao norte de Manhuaçu (MG), constatou a presença de agrotóxicos, principalmente dos grupos químicos organoclorado, organofosforado, piretróide, triazol e carbamato, nas águas superficiais (SOARES, 2011). A ocorrência de agrotóxicos foi mais representativa no período chuvoso, concordando com os estudos que antecederam as análises laboratoriais.

Na sub-bacia inserida em Manhuaçu, selecionada a partir de recursos de geoprocessamento e estudos de avaliação de risco, foram detectados 24 agrotóxicos distintos e analisadas 40 amostras de água. Constatou-se a presença de agrotóxicos em 67% das amostras coletadas no período de chuvas e 21% das amostras coletadas no período de estiagem, indicando que a qualidade da água está relacionada com a sazonalidade. Agrotóxicos com uso proibido no Brasil – tais como os organoclorados: DDT, heptachlor, metolachlor e mirex – foram detectados nas águas. Esse fato pode ser justificado pela persistência de até 17 anos desses compostos no ambiente – degradação do DDT no solo (meia-vida típica) em condições aeróbias,

conforme IUPAC (2011) – e transporte por escoamento superficial. As concentrações detectadas foram inferiores a  $0,05 \mu\text{g.L}^{-1}$ . Muitos dos agrotóxicos detectados qualitativamente nas águas da sub-bacia ao norte de Manhuaçu não estão preconizados na legislação brasileira de potabilidade, tais como: bifenthrin, cyfluthrin, deltamethrin, fenpropathrin, fenvalerate, L-cyhalothrin, mirex, pirimiphos, amethrin, epoxiconazole, ethion, flutriafol, pirimicarb, pirimiphos, propargite e temephos (SOARES et al, 2013).

A pesquisa realizada em Manhuaçu (MG) também reforça a importância da manutenção da vegetação das áreas de preservação permanente (APP), estabelecidas no Código Florestal brasileiro, para diminuir a contaminação das águas. Essas áreas de preservação reduzem o transporte do agrotóxico associado ao solo (escoamento superficial), que revelou ser a principal causa de contaminação das águas na região de estudo (SOARES et al, 2012).

## 2.2. Esgotos

O lançamento de esgotos provenientes de estações de tratamento biológico nas águas superficiais (córregos, rios, etc.) é considerado a principal fonte de micropoluentes no ambiente aquático (KASPRZYK-HORDERN et al, 2009). Quando introduzidos nos corpos d'água, os micropoluentes estão sujeitos a vários processos de atenuação natural, tais como diluição, sorção em sólidos suspensos e sedimentos, fotólise direta e indireta e degradação aeróbia (PAL et al, 2010).

Quando os compostos farmacêuticos presentes nos esgotos são lançados no corpo d'água, sua concentração pode reduzir em níveis de, pelo menos, uma ordem de magnitude, por causa da diluição (GROS et al, 2007). Gómez *et al.* (2012) relatam que a atenuação natural dos produtos de cuidado pessoal resulta, mais provavelmente, da diluição da água do rio ou da sorção dos compostos em sólidos presentes no ambiente aquático do que da degradação propriamente dita.

Dessa forma, o aumento da ocorrência dos níveis de micropoluentes durante a estação seca e a significativa redução durante a estação chuvosa têm sido relatados nos trabalhos científicos (WANG et al, 2011, LUO et al, 2014). Esse fato pode ser devido à biodegrada-

ção dos fármacos em temperatura mais elevada e ao aumento da diluição dos compostos nos períodos chuvosos. No entanto, cabe destacar que as precipitações podem carrear micropoluentes para as águas superficiais.

Luo *et al.* (2014), comparando a ocorrência de micropoluentes nas águas superficiais de diferentes países, relataram que, em geral, a poluição de contaminantes emergentes nos corpos de água das regiões densamente povoadas é maior, por causa do uso massivo desses contaminantes pela população e pela consequente composição dos esgotos domésticos.

A ocorrência de micropoluentes nas estações de tratamento de esgotos varia de modo significativo no tempo e no espaço, em razão de inúmeros fatores, como a produção, os hábitos de consumo de produtos, o metabolismo (taxa de excreção), o consumo de água *per capita*, a persistência ambiental dos produtos e a eficiência dos processos de tratamento de efluentes (JELIC *et al.*, 2012; PETROVIC *et al.*, 2009).

O uso/consumo de produtos com micropoluentes determina a variedade e a quantidade dos contaminantes que alcançam as estações de tratamento (CHOI *et al.*, 2008). Zhang *et al.* (2008) indicaram que o consumo *per capita* anual de drogas (fármacos) no mundo é cerca de 15 g e que países desenvolvidos consomem em torno de três a dez vezes mais (45 a 150 g). Daí se pode esperar que os esgotos brutos nos países desenvolvidos apresentem maior concentração desses contaminantes.

Fármacos ingeridos oralmente, contendo contaminantes potenciais, são metabolizados no corpo humano e consequentemente excretados por via de urina e fezes. A elevada taxa de excreção e o uso intensivo desses compostos exercem papel determinante na introdução de fármacos nos esgotos domésticos. Também condições climáticas podem interferir na prevalência de determinadas doenças, no consumo de medicamentos e na composição dos efluentes. Outros importantes fatores são as chuvas, as temperaturas e a incidência solar, porque interferem na diluição e na degradação dos compostos nas águas (KASPRZYK-HORDERN *et al.*, 2009).

Estações de tratamento de esgotos são projetadas para controlar inúmeros poluentes, tais como partículas, substâncias carbonáceas, nutrientes e patógenos. Se, por um lado, essas substâncias podem ser eficientemente e consistentemente eliminadas, por outro a remoção de micropoluentes é em geral insuficiente (LUO et al, 2014).

Um processo de tratamento primário, secundário e um opcional tratamento terciário podem ser empregados nas estações de tratamento de esgotos. Os tratamentos terciários são comumente utilizados na produção de uma melhor qualidade do efluente tratado para atender a determinados propósitos, como reuso da água, e estão sempre associados a elevados custos de tratamento.

Sólidos suspensos são removidos pelos processos de tratamento primário. No entanto, esses processos são ineficientes na remoção da maioria dos micropoluentes (CARBALLA et al, 2005). A remoção de micropoluentes é feita principalmente por sorção no lodo primário, porque a distribuição de um composto na camada orgânica (lipofílica) é um meio predominante de sorção (TERNES et al, 2004).

No tratamento secundário, micropoluentes estão sujeitos a diversos processos, como dispersão, diluição, partição, biodegradação e transformação abiótica. A remoção total durante o tratamento secundário normalmente se refere às perdas de um composto original por diferentes mecanismos de transformação química e física, biodegradação, sorção em sólidos. Biodegradação/biotransformação e sorção são os dois mecanismos mais representativos na remoção de micropoluentes, durante o tratamento biológico (JELIC et al, 2012). Nessa etapa os micropoluentes são degradados biologicamente, e a degradação parcial resulta em alguns casos na geração de subprodutos. No caso dos fármacos, ainda que os compostos pertençam ao mesmo grupo terapêutico (antibióticos, anticonvulsivos, etc.), suas degradabilidades podem apresentar grandes variações. Sorção de micropoluentes ocorrem principalmente por absorção e adsorção, envolvendo as interações eletrostáticas dos grupos positivamente carregados com as superfícies negativamente carregadas dos micro-organismos e do lodo (TERNES et al, 2004). Camacho-Muñoz *et al.* (2012) relatam que, em geral, os compostos que tendem a ser sorvidos em sólidos são mais bem eliminados pelo tratamento com

lodos ativados do que por tratamentos secundários de baixo custo, tais como sistemas anaeróbios, filtros biológicos e *wetland*. Isso pode ser devido à biodegradação, sob aeração forçada, durante os tratamentos biológicos convencionais, juntamente com uma sorção estimulada por grandes quantidades de lodo gerado em sistemas de tratamento denominados “lodos ativados”.

Em estações de tratamento de esgotos de 14 diferentes países ou regiões, os resultados de estudos para avaliação de vários micropoluentes demonstraram remoções em diferentes níveis (12,5% a 100%), até mesmo para compostos pertencentes a uma igual classe de uso (agrotóxicos, fármacos, produtos de cuidado pessoal e hormônios). Em geral, essa variação de remoção se explica por diferentes fatores intervenientes, como propriedades dos micropoluentes e condições operacionais das estações (CLARA et al, 2012; LUO et al, 2014).

Quanto aos fármacos, os antibióticos estudados mostraram baixa ou moderada remoção (35% a 64%). Os reguladores de lipídios e betabloqueadores também não foram eficazmente eliminados (37% a 73%). Anticonvulsivos foram os fármacos mais persistentes, sendo reduzidos em 32%, em média. No caso dos produtos de cuidado pessoal, hormônios esteroides e surfactantes, foram reveladas reduções relativamente altas (superiores a 70%). Já os agrotóxicos estudados (uso doméstico) foram resistentes ao tratamento convencional de esgotos (KÖCK-SCHULMEYER et al, 2013; LUO et al, 2014).

Fatores externos e internos governam o destino de micropoluentes nas estações de tratamento de esgotos. Fatores internos estão relacionados com as características dos micropoluentes (hidrofobicidade, biodegradabilidade e volatilidade, por exemplo). Geralmente compostos polares e não voláteis são mais propensos a não remoção pelos processos de tratamento. Fatores externos relacionam-se com a natureza dos esgotos (pH e temperatura) e com as características específicas das estações, tais como condições de tratamento e mistura de micropoluentes.

Em geral, as substâncias facilmente degradadas incluem: 1) compostos lineares com curtas cadeias; 2) compostos alifáticos não saturados, e 3) compostos com grupos funcionais de doação de elétrons.

Por outro lado, as substâncias persistentes contêm: 1) compostos com longas e ramificadas cadeias; 2) compostos saturados ou policíclicos, e 3) compostos com sulfato, halogênio ou retirada de elétrons de grupos funcionais (JONES et al, 2005; TADKAEW et al, 2011). No entanto, para alguns compostos farmacêuticos não há nenhuma relação óbvia entre estrutura química, grupos funcionais e remoção.

O tempo de retenção do lodo controla o tamanho e a diversidade de uma comunidade microbiana. Se os processos de tratamento tiverem o tempo estendido, a eliminação estimulada de micropoluentes pode ser alcançada, facilitando um crescimento mais lento das bactérias (nitrificação). Contudo, um elevado tempo de retenção de lodo não necessariamente significa maior eficiência de remoção.

Cabe esclarecer que atualmente nenhum tratamento específico está disponível para assegurar a completa remoção de vários micropoluentes, devido à diversidade de propriedades dessas substâncias. Ainda está para serem desenvolvidos processos confiáveis e capazes de remover os micropoluentes de modo eficaz. Assim, contaminantes emergentes, potencialmente danosos ao ambiente e à saúde (mesmo em baixas concentrações), são introduzidos nas águas superficiais pelos esgotos “tratados” nas estações. Uma vez em águas superficiais, os produtos farmacêuticos, por exemplo, interrompem a bioquímica natural de diversos organismos aquáticos, incluindo peixes e algas (LUO et al, 2014).

Com a publicação da Deliberação Normativa Conjunta COPAM/CERH nº 01/2008, estações de tratamento de esgotos domésticos (ETE) menos eficientes tornaram-se legalizadas, culminando com o lançamento, em cursos d’água, de esgotos “tratados” com maior concentração de poluentes, elevando assim a concentração desses poluentes no meio aquático (SOARES et al, 2008).

Os corpos de água, receptores de diversos tipos de poluentes, podem se tornar mananciais de abastecimento público em localidades a jusante do ponto de lançamento dos efluentes.

Cabe salientar que o fato de a norma supracitada estar mais permissiva, no que tange à matéria orgânica expressa em termos dos parâ-

metros “DBO” e “DQO”, conforme demonstra a tabela 2, significa que menos substâncias orgânicas são removidas para que o efluente seja considerado apto a ser lançado nos corpos de água.

Tabela 2. Remoção de matéria orgânica exigida no tratamento dos esgotos (legislação mineira anterior e atual)

DN COPAM 10/86 (anterior)		DN Conj. COPAM/CERH 01/2008 (atual)	
DBO	DQO	DBO	DQO
85%	90%	60%	75%

Com isso, concentrações mais elevadas de poluentes orgânicos são lançadas nas coleções hídricas. Agrava a situação o fato de as estações de tratamento de água para potabilização, normalmente adotadas no país, também não promoverem a remoção eficiente dos micropoluentes orgânicos. Dessa forma, e considerando a rota apresentada na figura 1, esses contaminantes atingem o ambiente e os seres humanos pela água de abastecimento.

Estudos realizados em Cape Cod, Massachusetts, Estados Unidos – em 2010 e 2011 – revelaram a presença de diversos micropoluentes em mananciais subterrâneos de abastecimento, contaminados por esgotos domésticos (SCHAIDER et al, 2011). O instituto americano “Primavera Silenciosa” tem estudado a qualidade das águas de Cape Cod por cerca de dez anos, com o objetivo de compreender se há relação de fatores ambientais com a elevada incidência de câncer de seio na região. Uma das questões é se os disruptores endócrinos e outros contaminantes na água potável contribuem de algum modo. Pesquisas prévias sugeriram que pode haver uma relação entre a exposição a certos micropoluentes (disruptores endócrinos) e doenças ativas hormonais, como o câncer de seio. Foram detectados fármacos e hormônios na água de Cape Cod, especialmente em águas situadas em áreas mais densamente povoadas, o que sugere o esgoto sanitário (sistema séptico) como fonte desses contaminantes. Outros contaminantes emergentes, tais como produtos de higiene pessoal, foram também encontrados. Acredita-se que muitas dessas substâncias sejam disruptores endócrinos, que mascaram ou interferem no comportamento dos hormônios naturais no organismo.



Embora possam apresentar efeitos na saúde humana, essas substâncias não são rotineiramente monitoradas nas águas potáveis e também se encontram regulamentadas nos Estados Unidos. Dos 121 contaminantes emergentes analisados nos mananciais americanos, 27 foram detectados pelo menos uma vez.

Nesse estudo, a concentração de matéria orgânica também se relacionou com a concentração de micropoluentes. Águas com concentrações acima de  $1 \text{ mg.L}^{-1}$  de COT (carbono orgânico total) tenderam a conter mais contaminantes emergentes e concentrações mais elevadas desses poluentes (SCHAIDER et al, 2011).

Os resultados dessas pesquisas revelam que há razões para limitar as exposições aos micropoluentes emergentes através da água potável. Fármacos são biologicamente ativos em pequenas quantidades e não se destinam à população em geral, sendo que alguns efeitos podem ocorrer em doses muito inferiores às utilizadas terapeuticamente. Ademais, a exposição em estágios de desenvolvimento humano em fase mais sensível (fetos e bebês) pode ter efeitos em doses mais baixas do que a exposição durante outras fases da vida. Também é limitada a compreensão acerca dos potenciais efeitos na saúde da mistura de fármacos e outros químicos em baixos níveis. Por exemplo, um recente estudo mostra que um analgésico comum (*acetaminophen*) afeta a produção de testosterona em níveis 100 vezes mais baixos do que a dose típica, e relata problemas de reprodução em meninos cujas mães usaram analgésicos enquanto grávidas. Além disso, ao passo que as pessoas estão expostas a complexas misturas de substâncias químicas, a maior parte dos estudos visa a um químico por vez. Portanto, tem-se limitada compreensão dos potenciais efeitos na saúde das misturas farmacêuticas e de outras substâncias químicas em baixos níveis.

Alguns estudos sugerem que possíveis alterações na saúde humana, envolvendo câncer de mama e de testículo, além da infertilidade masculina, podem estar relacionadas à exposição a esses micropoluentes (GHISELLI; JARDIM, 2007).

Por fim, deve-se destacar que os efluentes das atividades industriais e agroindustriais também contribuem para o aporte de micropo-

luentes nas águas superficiais. Porém a legislação pertinente (DN Conjunta COPAM/CERH 01/2008) não favoreceu esses empreendimentos, com relação à maior permissividade para lançamento de seus efluentes, como ocorreu com os esgotos sanitários.

### 3. Eficiência dos tratamentos de água para potabilização na remoção de micropoluentes

Uma limitada quantidade de publicações está disponível a respeito da ocorrência de micropoluentes em água potável (VULLIET et al, 2011). Os níveis mais elevados de contaminantes emergentes nas águas podem ser explicados por suas altas persistências no ambiente.

No Brasil, a técnica mais completa e usual, no que tange ao tratamento de água para potabilização, consiste no método denominado “convencional” ou de “ciclo completo”. Nessa modalidade de tratamento a água bruta é coagulada geralmente com um sal de alumínio ou de ferro e, na sequência, floculada (coagulação-floculação). Esses métodos, se bem conduzidos, são eficientes na remoção dos sólidos que conferem turbidez e cor às águas. No entanto, têm-se mostrado ineficientes para a remoção de micropoluentes emergentes, ao passo que várias tecnologias de tratamento avançado, tais como ozonização, processos avançados de oxidação (POA), adsorção em carvão ativado, osmose reversa e nanofiltração, mostraram-se mais eficientes. Cabe ressaltar que tais técnicas de tratamento ainda não apresentam viabilidade econômica, se aplicadas em grande escala.

A despeito das limitações do método convencional de tratamento de água para abastecimento público, essa técnica é a mais utilizada em nosso país. Também no Brasil, em muitos casos, há um agravante quanto à vulnerabilidade das águas superficiais, que são expostas à contaminação por agrotóxicos e lançamento de esgotos.

Pesquisa desenvolvida por Thuy *et al.* (2008) avaliou a remoção de quatro agrotóxicos (aldrin, dieldrin, atrazine, bentazone) em água, por meio dos processos de coagulação-floculação, com diferentes dosagens de sulfato de alumínio (0-300 mg.L<sup>-1</sup> de Al<sub>2</sub>(SO<sub>4</sub>)<sub>3</sub>.18H<sub>2</sub>O) e de contaminante (0,1-100 µg.L<sup>-1</sup>), em água destilada e água do Rio

Dijle, na Bélgica. Os resultados desse estudo indicaram remoções inferiores a 50%, para todos os compostos e em todas as condições avaliadas, e demonstraram que o aumento nas concentrações do coagulante apresentou efeito baixo ou insignificante na eficiência das remoções dos contaminantes. Ademais, os estudos apresentaram uma eficiência pior para os experimentos conduzidos com água destilada, indicando que a remoção dos micropoluentes, nesses tratamentos, ocorre mais em razão do processo de sorção à matéria orgânica do que por causa da desestabilização dos colóides, propiciada pela adição do coagulante.

Ormad *et al.* (2008) estudaram a eficiência de tratamentos de água para potabilização que costumam ser usados na Espanha. O estudo avaliou a remoção de 44 agrotóxicos, comumente detectados na bacia do Rio Ebro. Avaliou-se a aplicação das seguintes técnicas, isoladamente e combinadas: pré-oxidação com cloro ou ozônio, coagulação com sulfato de alumínio e adsorção em carvão ativado. A pré-oxidação com cloro degradou eficientemente alguns agrotóxicos, sendo notável que a combinação com os processos de coagulação, floculação e decantação melhora a remoção da maioria dos compostos. O estudo indicou remoção para 60% dos compostos estudados. Mas esse tratamento possui a desvantagem de gerar trihalometanos. Já a pré-oxidação com ozônio removeu 70% dos agrotóxicos estudados, e os autores mencionaram que a combinação dessa pré-oxidação com a coagulação, floculação e decantação não melhorou a eficiência do tratamento. De acordo com a pesquisa, a técnica de tratamento por adsorção em carvão ativado foi eficiente para a maioria dos compostos estudados, principalmente se combinada com pré-oxidação por ozônio. Os autores relatam que a coagulação mostrou-se o menos eficiente dentre os processos avaliados, sendo praticamente indiferente a dosagem de coagulante usado no tratamento.

A presença de agrotóxicos em águas potabilizáveis, submetidas ao tratamento convencional, também é apontada nas pesquisas de Kruawal *et al.* (2005) e Stackelberg *et al.* (2007). Nesta última, a remoção desses produtos é avaliada após cada etapa do tratamento, composto de coagulação com cloreto férrico, desinfecção com hipoclorito de sódio, filtração com areia e carvão ativado granulado e uma segunda desinfecção com hipoclorito de sódio, mantendo

cloro residual em torno de  $1,2 \text{ mg.L}^{-1}$ . Os resultados mostraram que a remoção média de orgânicos foi na ordem de 15% na clarificação, 32% na desinfecção e 53% na filtração em carvão ativado. Estudo publicado pela USEPA (2001), sobre a eficiência de remoção de agrotóxicos em estações de tratamento de água para potabilização, já indicava baixa eficiência obtida nos processos de coagulação com sulfato de alumínio, de abrandamento seguido de clarificação, de oxidação química com cloro, dióxido de cloro, permanganato de potássio ou peróxido de hidrogênio.

Saraiva Soares *et al.* (2013) estudaram a remoção de três agrotóxicos/metabólitos bastante utilizados em culturas de café de Minas Gerais – endossulfan e os metabólitos do mancozeb (ethylenethiourea – ETU) e do epoxiconazole (1,2,4-triazole). Os estudos também concluíram pela baixa eficiência de remoção desses micropoluentes.

No que concerne à remoção dos contaminantes estudados, os metabólitos ETU e 1,2,4-triazole obtiveram menores percentuais de remoção (ETU: mediana  $\leq 11\%$  na água decantada e 1,2,4-triazole  $\leq 18\%$  na água decantada) em relação ao endossulfan (mediana  $\leq 54\%$  na água decantada). A maior remoção constatada para o organoclorado (endossulfan) pode ser justificada pela baixa solubilidade em água a  $20^\circ\text{C}$  e elevado coeficiente de adsorção à matéria orgânica ( $K_{oc}$ ) apresentados pela substância em relação às outras. Os resultados indicaram que a hidrofobicidade dos compostos constitui fator importante a ser considerado na remoção dos agrotóxicos das águas.

A literatura técnica especializada relata a baixa eficiência dos métodos convencionais de tratamento de água para remoção de outros micropoluentes, além dos agrotóxicos (BOYD *et al.*, 2003; RODRIGUEZ-MOZAZ *et al.*, 2004; CHEN *et al.*, 2007; KIM *et al.*, 2007).

#### 4. Legislação de potabilidade da água (Brasil e outros países)

Com relação à água potável, a legislação brasileira e até a mundial é limitada no que concerne aos padrões explícitos dos micropoluentes. A água pode ser considerada potável mesmo sem haver o controle de diversos poluentes, o que põe em dúvida sua qualidade total e as consequências do consumo a longo prazo na saúde humana e no ecossistema aquático.

## 1.1. Brasil

No Brasil, com o advento da Constituição da República em 1988 e com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), além da publicação da segunda edição dos Guias da OMS, foi necessário revisar a portaria de potabilidade vigente até então (Portaria GM nº 36/1990). Assim, o Ministério da Saúde publicou em 29 de dezembro de 2000 a Portaria MS nº 1469, e importantes avanços foram observados.

Com o novo arranjo estrutural do Ministério da Saúde, em junho de 2003, criou-se a Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS), que assumiu as atribuições do Centro Nacional de Epidemiologia, estruturado na Fundação Nacional de Saúde (FUNASA). No ano seguinte, em 25 de março de 2004, revogou-se a Portaria MS nº 1469/2000 e entrou em vigor a Portaria MS nº 518/2004 (FERNANDES NETO, 2010).

Os agrotóxicos referenciados nessa legislação foram os mesmos definidos na Portaria nº 36/1990, cuja priorização, segundo levantamento realizado por Fernandes Neto (2010), considerou não apenas as substâncias mais consumidas no país, mas ainda o conhecimento científico acumulado sobre riscos à saúde, associados às evidências toxicológicas a respeito da ingestão de substâncias químicas.

Do total das 23 substâncias, nove têm uso proibido no Brasil (aldrin/dieldrin, DDT, endrin, heptachlor, heptachlor epóxido, lindano, metoxicloro e pentaclorofenol). Fernandes Neto (2010) esclarece que algumas dessas substâncias não constituem parâmetro referenciado nas normas da Austrália, Canadá, EUA e Nova Zelândia, uma vez que tiveram a fabricação/utilização suspensa ou restrita e, portanto, pouco provavelmente seriam detectadas na água para consumo humano. No entanto, representam substâncias muito persistentes no ambiente e com características de bioacumulação, o que as torna importantes no processo de monitoramento.

O padrão de potabilidade brasileiro, em termos de valores máximos permitidos (VMP), segue, com algumas poucas exceções, os valores sugeridos pela OMS. Importante salientar que a OMS apresenta “diretrizes ou guias” e não estabelece “padrões”. A distinção legal entre esses dois termos é que a não conformidade com um “padrão” impli-

ca uma penalidade, ao passo que não há penalidade por não haver conformidade com uma “diretriz”. É essa distinção que confere a um padrão um *status* regulatório (mandatório) no sentido legal, em contraste com as diretrizes (PRODUCTIVITY COMMISSION, 2000).

Em dezembro de 2011 entrou em vigor a Portaria MS nº 2.914, que dispõe sobre os procedimentos de controle e de vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade.

Essa portaria inova ao dispor que o monitoramento de agrotóxicos deverá considerar os usos na bacia hidrográfica do manancial de contribuição e a sazonalidade das culturas, conforme art. 41, § 5º:

Art. 41. [...]

§ 5º O plano de amostragem para os parâmetros de agrotóxicos deverá considerar a avaliação dos seus usos na bacia hidrográfica do manancial de contribuição, bem como a sazonalidade das culturas.

A nova portaria de potabilidade incluiu na lista dos agrotóxicos a serem monitorados o *mancozeb*. Cabe esclarecer que, de acordo com Soares (2011), esse agrotóxico apresentou médio potencial de contaminação das águas superficiais por solubilização em água e foi o sexto agrotóxico mais comercializado na região de Manhuaçu (massa total de 1.751,94 kg em 2007), além de poder causar câncer, segundo IUPAC (2011). No entanto, a meia-vida dessa substância no ambiente é de apenas 0,1 dia (no solo)<sup>6</sup> e 0,2 dia (em ambiente aquoso)<sup>7</sup> (IUPAC, 2011). Portanto, dificilmente essa substância, agora com exigência de análise na água potável, será detectada no ambiente, já que é rapidamente transformada em seus metabólitos. Assim, a inclusão desse parâmetro na nova lista dos agrotóxicos a serem monitorados não possui relevância técnica.

---

<sup>6</sup> DT50 típica em solos. A persistência dos agrotóxicos e seus produtos de degradação (metabólitos) no ambiente é normalmente medida pela meia-vida (DT50), que é definida como o tempo necessário para que ocorra a dissipação de 50% da quantidade inicial do agrotóxico aplicado.

<sup>7</sup> DT50 fase aquosa.

## 4.2. Estados Unidos

Nos Estados Unidos é atribuída à USEPA (*United States Environmental Protection Agency*) a responsabilidade por estabelecer os padrões para prevenir ou limitar a exposição humana aos contaminantes naturais ou antropogênicos, presentes nos sistemas públicos de abastecimento (USEPA, 2004). As substâncias que compõem o atual padrão de potabilidade nos EUA estão agrupadas em (USEPA, 2004; USEPA, 2009):

- (i) *National Primary Drinking Water Regulation* (NPDWR) – Padrão primário: objetiva proteger a saúde pública por meio da limitação dos níveis de contaminantes na água e agrupa seis categorias, dentre as quais se encontram os agrotóxicos. Ademais, possui caráter mandatório.
- (ii) *National Secondary Drinking Water Regulation* (NSDWR) – Padrão Secundário: compreende as substâncias que podem causar efeitos estéticos ou não estéticos (sabor e gosto). Não possui caráter mandatório.

Os EUA relacionam 53 substâncias orgânicas regulamentadas em seu padrão de potabilidade, sendo 23 agrotóxicos (USEPA, 2009). É estabelecida também, a cada cinco anos, relação de contaminantes cuja ocorrência na água seja conhecida ou esperada, com o intuito de constituir futuros parâmetros normatizados. Dessa lista, selecionam-se aqueles contaminantes que serão prioritariamente submetidos a pesquisas adicionais para averiguar a necessidade de regulamentação (USEPA, 2004; FERNANDES NETO, 2010).

## 4.3. Canadá

No Canadá, os guias de qualidade da água para consumo humano são desenvolvidos pelo *Federal-Provincial-Territorial Committee on Drinking Water* (FPT CDW) e publicado pelo Health Canada. Trata-se de referência nacional, que possibilita que sejam adotados pelas províncias, consideradas as especificidades locais (PRODUCTIVITY COMMISSION, 2000; HEALTH CANADA, 2008).

Os guias de qualidade de água do Canadá estão baseados em pesquisas científicas continuamente publicadas e relacionadas com os efeitos na saúde, estéticos, e considerações operacionais de campo. As diretrizes de saúde encontram-se estabelecidas com base em uma extensa revisão de efeitos na saúde conhecidos e associados com cada contaminante nos níveis de exposição e na disponibilidade de tratamento e de tecnologias analíticas. Considerações operacionais são observadas quando a presença de uma substância pode interferir ou atrapalhar um processo de tratamento (por exemplo: a turbidez que interfere na desinfecção por radiação ultravioleta) ou comprometer a infraestrutura da rede de distribuição de água (por exemplo: a corrosão da tubulação).

O FPT CDW estabelece as diretrizes para a qualidade da água potável do Canadá, especialmente para contaminantes que encontram todos os seguintes critérios:

- (i) exposição aos contaminantes pode levar a efeitos adversos na saúde;
- (ii) o contaminante é frequentemente detectado, ou se poderia esperar encontrá-lo em um grande número de fontes de água potável por todo o país;
- (iii) o contaminante é detectado, ou se poderia esperar detectá-lo em nível que seja de possível significância na saúde.

Se um contaminante de interesse não encontra todos esses critérios, o FPT CDW pode escolher não estabelecer diretrizes numéricas ou desenvolver um Documento de Diretriz Técnica para a substância. Nesse caso, o documento de diretriz pode ser desenvolvido.

O documento de orientação passa por um processo similar ao do documento de orientação técnica, incluindo consultas públicas pelo *website* de saúde do Canadá. São oferecidas a eles como informações para as autoridades da água potável e ajudam a fornecer orientação relacionada aos contaminantes, questões de administração de água potável ou situações de emergência.

Fernandes Neto (2010) explica que a definição do valor máximo aceitável para substâncias químicas no Canadá (*Maximum Acceptable Concentration* – MAC) é semelhante à metodologia adotada pe-



los EUA para determinação do *Maximum Contaminant Level Goal* – MCLG. Assim, para substância provavelmente não cancerígena, o valor de MAC é definido segundo a ingestão diária tolerável (IDT) correspondente. Já para substâncias cancerígenas ou provavelmente cancerígenas, utiliza-se modelagem matemática de extrapolação para níveis específicos de risco.

#### 4.4. Comunidade Europeia

Os parâmetros e respectivos valores são referenciados na diretiva *Drinking Water Directive 98/83/EC* (COUNCIL DIRECTIVE, 1998), que se baseia nos guias da OMS e na opinião de um Comitê Científico Europeu (*European Commission's Scientific Advisory Committee*). Essa diretiva contempla 26 parâmetros químicos, 20 indicadores e 4 parâmetros microbiológicos. Os Estados-membros, não sendo menos rigorosos, podem seguir os preceitos desta diretiva para estabelecer seus próprios padrões de qualidade.

No que concerne aos agrotóxicos, a Diretiva 98/83 estabelece os parâmetros: agrotóxico e agrotóxico total, sendo os valores máximos permitidos (VMP), respectivamente, 0,10 e 0,50  $\mu\text{g.L}^{-1}$ . Assim, para cada substância individualmente, a concentração máxima permitida é de 0,10  $\mu\text{g.L}^{-1}$ , à exceção do aldrin, dieldrin, heptachlor e heptachlor epóxido, cujo VMP é de 0,030  $\mu\text{g.L}^{-1}$ . Para o parâmetro *agrotóxico total*, a soma das concentrações de todas as substâncias detectadas na água deve ser inferior a 0,50  $\mu\text{g.L}^{-1}$  (COUNCIL DIRECTIVE, 1998).

Esses valores foram estabelecidos a partir do limite de detecção analítico para inseticidas organoclorados na época da 1ª Diretiva em 1980, e sob a premissa de que essas substâncias não devem estar presentes na água de abastecimento público (FERNANDES NETO, 2010).

#### 4.5. Valores Guias (OMS) e padrões de potabilidade (VMP) referentes a agrotóxicos para Brasil, Austrália, Argentina, Canadá, Chile, EUA, Nova Zelândia, Uruguai e Venezuela

A tabela 3 apresenta valores guias preconizados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e padrões de potabilidade (VMP) referentes a agrotóxicos para nove países, incluído o Brasil. Nota-se que a legislação da Austrália é a que contempla maior número de parâmetros para esses micropoluentes na água potável.

Tabela 3. Valores Guias (OMS) e Valores Máximos Permitidos (legislações brasileira e internacionais) para agrotóxicos em água de abastecimento.

Substância	OMS (2008)	Brasil (2004)	Brasil (2011)	Austrália (2004; 2011)	Argentina (2008)	Canadá (2010)	Chile (2006)	EUA (2009)	Nova Zelândia (2008)	Uruguai (2006)	Venezuela (1998)
	Valores Máximos Permitidos (µg.L <sup>-1</sup> )										
Acetate	-	-	-	(8) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Alachlor	20	20	20	-	-	-	-	2	20	20	-
Aldicarb	10	-	10	1 (3-5)(f)	-	9	-	-	10	-	-
Aldrin, Dieldrin	0,03	0,03(g)	0,03(g)	0,01 (0,3)(f)	0,03	0,7	-	-	0,04	0,03	0,03
Ametyyn	-	-	-	5 (70) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Amitraz	Excluído(a)	-	-	-(9) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Amitrole	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-
Atrazine	2	2	2	0,1 (20) (f)	-	5	-	3	2	3	-
Azinphos-methyl	-	-	-	2	-	20	-	-	4	-	-
Bendiocarb	-	-	-	-	-	40	-	-	-	-	-
Bentazone	-(b)	300	-	-(350) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Bromacil	-	-	-	10	-	-	-	-	400	-	-
Bromoxynil	-	-	-	(10) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Captao	-	-	-	(350) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Carbaryl	-(b)	-	-	5 (30) (f)	-	90	-	-	-	-	-
Carbendazim + benomil											
											120

Substância	OMS (2008)	Brasil (2004)	Brasil (2011)	Austrália (2004; 2011)	Argentina (2008)	Canadá (2010)	Chile (2006)	EUA (2009)	Nova Zelândia (2008)	Uruguai (2006)	Venezuela (1998)
	Valores Máximos Permitidos ( $\mu\text{g.L}^{-1}$ )										
Carbofuran	7	-	7	5 (10) (f)	-	90	-	40	8	-	-
Carboxin	-	-	-	2 (300) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Chlorantraniliprote	-	-	-	(5.500) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Chorfenvinphos	-	-	-	(2) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Chlordane (isômeros)	0,2	0,2(g)	0,2	0,01 (1,5) (f)	0,3	-	-	2	0,2	0,2	0,2
Chlorobenzilate	Excluído(c)	(g)	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Chlorothalonil	Excluído(c)	-	-	0,1 (50) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Chlorotoluron	30	-	-	-	-	-	-	-	40	-	-
Chlorpyrifos	30	-	30	- (10) (f)	-	90	-	-	40	-	-
Cyanazine	0,6	-	-	-	-	10	-	-	0,7	-	-
Cyfluthrin	-	-	-	(50) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Cypermethrin	Excluído(c)	-	-	- (200) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Cyprodinil	-	-	-	(90) (f)	-	-	-	-	-	-	-
2,4 - D (2,4-Dichlorophenoxy)	30	30	30	0,1(30) (f)	100	100	30	70	40	30	30
2,4 DB	90	(g)	-	-	-	-	-	-	100	-	-
DDT (isômeros)	-	2(g)	1	0,06 (9) (f)	1	-	2	-	1	2	2

Substância	OMS (2008)	Brasil (2004)	Brasil (2011)	Austrália (2004; 2011)	Argentina (2008)	Canadá (2010)	Chile (2006)	EUA (2009)	Nova Zelândia (2008)	Uruguai (2006)	Venezuela (1998)
Valores Máximos Permitidos (µg.L <sup>-1</sup> )											
Valores Guias (µg.L <sup>-1</sup> )											
1,2-Dibromo-3-clopropane (DBCP)	1	-	-	-	-	-	-	0,2	1	-	-
1,2-Dibromoethane	0,4	-	-	-	-	-	-	-	0,4	-	-
1,2-Dicloropropane (1,2-DCP)	40	-	-	-	-	-	-	5	50	-	-
1,3-Dicloropropene	20(c)	-	-	-(100) (f)	-	-	-	-	20	-	-
2,4,5-T (trichlorophenol)	9	-	-	0,05	-	-	-	-	10	-	200
Deltamethrin	Excluído(c)	-	-	-(40) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Diazinon	Excluído(c)	-	-	1 (3-5) (f)	-	20	-	-	-	-	-
Dicamba	-	-	-	(100) (f)	-	120	-	-	-	-	-
Dieldrin	100	-	-	-(110) (f)	-	-	-	-	100	-	-
Dichlorvos	-	-	-	1 (5) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Diclofop-methyl	-	-	-	(110) (f)	-	9	-	-	-	-	-
Dicofol	-	-	-	(4) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Diphenamid	-	-	-	2	-	-	-	-	-	-	-
Diiflubenuron	-	-	-	(70) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Dimehoate	6	-	-	-(7) (f)	-	20	-	-	8	-	-

Substância	OMS (2008)	Brasil (2004)	Brasil (2011)	Austrália (2004; 2011)	Argentina (2008)	Canadá (2010)	Chile (2006)	EUA (2009)	Nova Zelândia (2008)	Uruguai (2006)	Venezuela (1998)
Valores Máximos Permitidos ( $\mu\text{g.L}^{-1}$ )											
Dinoseb	Excluído(c)	-	-	-	-	10	-	7	-	-	-
Diquat	-(b)-(f)	-	-	0,5 (7) (f)	-	70	-	20	-	-	-
Disulfoton	-	-	-	1 (4) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Diuron	-	-	90	(20) (f)	-	150	-	-	20	-	-
Endossulfân	-(b)	20	20	0,05 (20) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Endrin	0,6	0,6(g)	0,6	-	-	-	-	2	1	2	-
Endothal	-	-	-	10 (130) (f)	-	-	-	100	-	-	-
EPIC (ethyl dipropylthiocarbamate)	-	-	-	1 (300) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Esfenvalerate	-	-	-	(30) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Ethylene-thiourea	Excluído(c)	-	-	-(9) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Ethion	-	-	-	(4) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Ethoprophos	-	-	-	1 (1) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Etridiazole	-	-	-	0,1 (100) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Fenamiphos	Excluído(c)	-	-	-(0,5) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Fenarimol	-	-	-	1 (35) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Fenitroton	-(b)	-	-	-(7) (f)	-	-	-	-	-	-	-

Substância	OMS (2008)	Brasil (2004)	Brasil (2011)	Austrália (2004; 2011)	Argentina (2008)	Canadá (2010)	Chile (2006)	EUA (2009)	Nova Zelândia (2008)	Uruguai (2006)	Venezuela (1998)
Valores Máximos Permitidos (µg.L <sup>-1</sup> )											
Fenthion	-	-	-	(7) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Fenoprop	9	-	-	-	-	-	-	-	10	-	-
Fensulfothion	-	-	-	10	-	-	-	-	-	-	-
Fenvalerate	-	-	-	(60) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Fipronil	-	-	-	(0,7) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Flamprop-methyl	-	-	-	(4) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Fluometuron	-	-	-	(70) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Fluproprinate	-	-	-	(9) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Formothion	Excluído(c)	(g)	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Glyphosate	(b)	500	500	10 (1000) (f)	-	280	-	700	-	900	-
Haloxifop	-	-	-	(1) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Heptachlor	-	0,03(g)	-	0,05 (0,3) (f)	0,10	-	-	0,4	-	0,03	0,03
Heptachlor Epoxide	(b)	-	-	0,05	-	-	-	0,2	-	0,03	0,1
Hexachlorobenzene	(b)	1(g)	-	-	0,01	-	-	1	-	1	1
Hexachlorociclohexane	Excluído(c)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Hexazinone	-	-	-	2 (350) (f)	-	-	-	-	400	-	-
Imazapyr	-	-	-	(9.000) (f)	-	-	-	-	-	-	-

Substância	OMS (2008)	Brasil (2004)	Brasil (2011)	Austrália (2004; 2011)	Argentina (2008)	Canadá (2010)	Chile (2006)	EUA (2009)	Nova Zelândia (2008)	Uruguai (2006)	Venezuela (1998)
Valores Máximos Permitidos ( $\mu\text{g.L}^{-1}$ )											
Iprodione	-	-	-	(140) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Isoproturon	9	-	-	-	-	-	-	-	10	-	-
Lindane	2	2(g)	2	0,05 (10) (f)	3	-	2	0,2	2	2	2
Mancozeb	-	-	180	-	-	-	-	-	-	-	-
Methyl-4-chlorophenoxyacetic acid (MCPA)	2	-	-	-(40) (f)	-	100(f)	-	-	2	-	-
MCPB	Excluído(c)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Malathion	-(b)	-	-	-(70) (f)	35	190	-	-	-	-	-
Mecoprop	10	-	-	-	-	-	-	-	10	-	-
Metaldéhyde	-	-	-	(18) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Methamidophos	Excluído(c)	-	12	-	-	-	-	-	-	-	-
Metaxyl	-	-	-	-	-	-	-	-	100	-	-
Methidathion	-	-	-	(6) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Methiocarb	-	-	-	5 (7) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Merolachlor	10	10	10	2 (300) (f)	-	50	-	-	10	-	-
Methomyl	Excluído(c)	-	-	5 (20) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Metribuzin	-	-	-	1 (70) (f)	-	80	-	-	70	-	-

Substância	OMS (2008)	Brasil (2004)	Brasil (2011)	Austrália (2004; 2011)	Argentina (2008)	Canadá (2010)	Chile (2006)	EUA (2009)	Nova Zelândia (2008)	Uruguai (2006)	Venezuela (1998)	Valores Máximos Permitidos (µg.L <sup>-1</sup> )											
												Valores Máximos Permitidos (µg.L <sup>-1</sup> )											
Metsulfuron-methyl	-	-	-	(40) (f)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
Mexoxychlor	20	20(g)	-	0,2	30	900	20	40	20	20	20	20	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
Mevinphos	-	-	-	5 (6) (f)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
Mirex	Excluído(c)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
Molinate	6	6	6	0,5 (3-5) (f)	-	-	-	-	7	6	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
Monocrotophs	Excluído(c)	(g)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
Napropamide	-	-	-	1 (400) (f)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
Norflurazon	-	-	-	2 (50) (f)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
Ometoate	-	-	-	(1) (f)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
Oxamyl	Excluído(c)	(g)	-	5 (7) (f)	-	-	-	200	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
Oxadiazon	-	-	-	-	-	-	-	-	200	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
Oryzalin	-	-	-	(400) (f)	-	-	-	-	400	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
Paraquat	(-b)	-	-	1 (20) (f)	35	10	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
Parathion	(-b)	-	-	-(20) (f)	35	50	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
Parathion-methyl	(-b)	-	9	0,3 (0,7) (f)	7	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
Pebulate	-	-	-	0,5 (25) (f)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	
Pendimethalin	20	20	20	-(440) (f)	-	-	-	-	20	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	



Substância	OMS (2008)	Brasil (2004)	Brasil (2011)	Austrália (2004; 2011)	Argentina (2008)	Canadá (2010)	Chile (2006)	EUA (2009)	Nova Zelândia (2008)	Uruguai (2006)	Venezuela (1998)
Valores Máximos Permitidos ( $\mu\text{g.L}^{-1}$ )											
Pentachlorophenol	-	9	-	0,01(g) (10) (f)	10	60	9	1	9	9	9
Permethrin(h)	300(b)	20	20	1 (200) (f)	-	-	-	-	-	20	-
Phorate	Excluído(c)	-	-	-	-	2	-	-	-	-	-
Picloram	Excluído(d)	-	-	-(250) (f)	-	190	-	500	200	-	-
Piperonyl butoxide	-	-	-	(600) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Pirimicarb	-	-	-	(7) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Pirimiphos methyl	-	-	-	(90) (f)	-	-	-	-	100	-	-
Primsulfuron methyl	-	-	-	-	-	-	-	-	900	-	-
Pyriproxyfen	300	-	-	-	-	-	-	-	400	-	-
Procyimdone	-	-	-	-	-	-	-	-	700	-	-
Profenofos	-	-	60	(0,3) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Propachlor	-	-	-	1 (70) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Propazine	-	-	-	0,5 (50) (f)	-	-	-	-	70	-	-
Propoxur	Excluído(c)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Propargite	-	-	-	(7) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Propanil	-(e)	20	-	0,1 (700) (f)	-	-	-	-	-	20	-

Substância	OMS (2008)	Brasil (2004)	Brasil (2011)	Austrália (2004; 2011)	Argentina (2008)	Canadá (2010)	Chile (2006)	EUA (2009)	Nova Zelândia (2008)	Uruguai (2006)	Venezuela (1998)
Valores Máximos Permitidos (µg.L <sup>-1</sup> )											
Propiconazole	-	-	-	0,1 (140) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Propyzamide	-	-	-	2 (30) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Pyrasulfotole	-	-	-	(40) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Pyrazophos	-	-	-	(20) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Pyroxulam	-	-	-	(3.500) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Quintozene Excluído(c)	-	-	-	-(250) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Simazine	2	2	2	0,5 (20) (f)	-	10	-	4	2	2	-
Spirotetramat	-	-	-	(200) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Sulprofos	-	-	-	(10) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Temphos	-	-	-	300 (350) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Terbacil	-	-	-	10 (200) (f)	-	-	-	-	40	-	-
Tebuconazole	180										
Terbutylazine	7	-	-	-(10) (f)	-	-	-	-	8	-	-
Terbufos	-	-	1,2	0,5 (0,9) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Terbutryn	-	-	-	1 (350) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Tetrachlorvinphos	-	-	-	2	-	-	-	-	-	-	-

Substância	OMS (2008)	Brasil (2004)	Brasil (2011)	Austrália (2004; 2011)	Argentina (2008)	Canadá (2010)	Chile (2006)	EUA (2009)	Nova Zelândia (2008)	Uruguai (2006)	Venezuela (1998)
Valores Máximos Permitidos (µg.L <sup>-1</sup> )											
Thiabendazole	-	-	-	-	-	-	-	-	400	-	-
Thiobencarb	-	-	-	(35) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Thiometon	-	-	-	(4) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Thiram	-	-	-	(7) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Toxaphene	Excluído(c)	-	-	-	-	-	-	3	-	-	-
Triadimefon	-	-	-	100 (90) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Triclopyr	-	-	-	(20) (f)	-	-	-	-	100	-	-
Triazophos	Excluído(c)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Tributyltin oxide	Excluído(c)	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Trichlorfon	Excluído(c)	-	-	- (7) (f)	-	-	-	-	-	-	-
Trifluralin	20	20	20	0,1 (90) (f)	-	45	-	-	30	-	-
Vernolate	-	-	-	(35) (f)	-	-	-	-	-	-	-

Notas: Excluído: valor guia excluído na 3ª edição dos Guias da OMS; (-) Indicação de valor não estabelecido na legislação correspondente; (a) É rapidamente degradado no ambiente e não se espera que ocorra na água de abastecimento em concentrações mensuráveis; (b) Ocorre na água em concentrações muito abaixo daquelas em que os efeitos tóxicos podem ocorrer; (c) É improvável que ocorra na água de consumo. Essa é a justificativa da OMS; no entanto, cabe salientar que o consumo/utilização das substâncias varia entre os países. (d) Raramente é encontrado na água de consumo humano; (e) As informações científicas atuais são insuficientes para permitir indicar um valor guia; (f) Pode ser utilizado no controle de plantas aquáticas em ambientes hídricos; (g) Uso não autorizado no Brasil; (h) A OMS indica um valor guia para permethrin apenas quando for utilizado diretamente na água, como larvicida. Em outras situações, considera-se desnecessário atribuir valor guia, e esta substância seria apresentada no grupo sem valor guia estabelecido. (i) O VMP para o herbicida MCPA, na legislação canadense, foi introduzido em dezembro de 2010. (j) Entre parênteses valores apresentados na minuta da revisão da legislação atual (NHMRC, 2011).  
Fonte: WHO (2008); BRASIL (2004); BRASIL (2011); NHMRC (2004); NHMRC (2011); HEALTH CANADA (2010); USEPA (2009); ANMAT (2011); INN (2006); MSAS (1998); FERNANDES NETO (2010); OSE (2006); MINISTRY OF HEALTH (2008).

## 5. Considerações finais

Traços de contaminantes orgânicos em água potável (como fármacos, hormônios e agrotóxicos) têm se tornado uma crescente causa de preocupação em todo o mundo para os governos e autoridades relacionadas à água, porque os impactos da exposição prolongada de baixo nível – no ambiente e na saúde humana – ainda não são claramente compreendidos. Portanto, a mitigação da contaminação dos mananciais faz-se imperiosa, a fim de que seja diminuído qualquer risco potencial à saúde humana, relacionado ao consumo da água.

Os agrotóxicos, fármacos, produtos de higiene pessoal e hormônios, entre outros micropoluentes, são relevantes no estágio atual de desenvolvimento. Há diversos tipos desses produtos oferecidos no mercado. No entanto – apesar dos benefícios decorrentes do uso dessas substâncias –, elas apresentam potencial de contaminação do ambiente e riscos à saúde humana.

O uso indiscriminado de agrotóxicos, a flexibilização da legislação que estabelece os padrões para lançamento de efluentes nos recursos hídricos, entre outros fatores constatados no cenário mineiro, favorecem a contaminação dos mananciais de abastecimento público e apresentam risco para a saúde da população, tendo-se em conta a limitação das técnicas adotadas para potabilização da água.

Este trabalho objetivou demonstrar cientificamente a vulnerabilidade dos mananciais de abastecimento público no estado, bem como as restrições atinentes às tecnologias de tratamento de água normalmente adotadas e a limitação da legislação de potabilidade.

Os métodos convencionais de tratamento de água para a potabilização, tecnologias normalmente adotadas pelas autarquias e concessionária mineiras – responsáveis pela prestação dos serviços – são eficientes na remoção, por exemplo, dos sólidos que conferem turbidez e cor às águas, atendendo aos padrões estabelecidos pela legislação de potabilidade. No entanto, tais técnicas não são adequadas para promover a remoção de micropoluentes (agrotóxicos e outros contidos nos efluentes, como fármacos, produtos de higiene pessoal, etc.).

Os micropoluentes orgânicos são persistentes no ambiente e apresentam alta afinidade por matéria orgânica. A introdução desses compostos pode resultar em efeitos tóxicos, como alterações endócrinas, teratogenia e mutagenicidade. Sendo assim, os inúmeros casos de câncer e infertilidade humana, para citar alguns exemplos clássicos, podem ter relação com os fatos apresentados.

A água considerada potável pode conter micropoluentes que não foram regulamentados. Com a evolução da química analítica, essas informações se tornarão cada vez mais claras, propiciando a revisão da legislação pertinente, para maior controle da contaminação.

Tendo-se em vista a vulnerabilidade dos mananciais de abastecimento público de água, bem como a limitação da legislação de potabilidade e o dano potencial (ao ambiente e à saúde) dos micropoluentes, é preciso que medidas sejam adotadas a fim de preservar os recursos hídricos e evitar retrocessos desmotivados na legislação ambiental, como ocorreu com a publicação da DN Conjunta CO-PAM/CERH 01/2008.

## 6. Referências

ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE MEDICAMENTOS, ALIMENTOS Y TECNOLOGÍA MÉDICA (ANMAT). *Código Alimentario Argentino*. Capítulo XII – Bebidas hídricas, agua y agua gasificada. Argentina. Disponível em: <[http://www.anmat.gov.ar/alimentos/codigoa/CAPITULO\\_XII.pdf](http://www.anmat.gov.ar/alimentos/codigoa/CAPITULO_XII.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2011.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). *Sistema de informação sobre agrotóxicos (SIA)*. Disponível em: <<http://www4.anvisa.gov.br/agrosia/asp/default.asp>>. Acesso em: 22 fev. 2011.

BOYD, G. R.; REEMTSMA, H.; GRIMM, D. A.; MITRA, S. Pharmaceuticals and personal care products (PPCPs) in surface and treated waters of Louisiana, USA and Ontario, Canada. *The Science of the Total Environment*, v. 311, n. 1-3, p. 135-149, 2003.

BRAGA, B.; HESPANHOL, I.; CONEJO, J. G. L., *et al.* *Introdução à engenharia ambiental*. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm)>. Acesso em: 21 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Portaria MS nº 2.914, de 12 de dezembro. Dispõe sobre os procedimentos de controle e de vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade, 12 dez. 2011. *Diário Oficial da União*, 14 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.433. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, jan. 1997.

CAMACHO-MUÑOZ, D.; MARTÍN, J. *et al.* Effectiveness of conventional and low-cost wastewater treatments in the removal of pharmaceutically active compounds. *Water, Air, & Soil Pollution*, v. 223, n. 5, p. 2611-2621, jun. 2012.

CARBALLA, M.; OMIL, F.; LEMA, J. M. Removal of cosmetic ingredients and pharmaceuticals in sewage primary treatment. *Water Research*, v. 39, n. 19, p. 4790-4796, out. 2005.

CHEN, C.Y.; WEN, T.Y.; WANG, G.S. *et al.* Determining estrogenic steroids in Taipei waters and removal in drinking water treatment using high-flow solid-phase extraction and liquid chromatography/tandem mass spectrometry. *Science of the Total Environment*, v. 378, n. 3, p. 352-365, abr. 2007.

CHOI, K.; KIM, Y.; PARK, J.; *et al.* Seasonal variations of several pharmaceutical residues in surface water and sewage treatment plants of Han River, Korea. *Science of the Total Environment*, v. 405, n. 1-3, p. 120-128, nov. 2008.

CLARA, M.; WINDHOFER, G. *et al.* Identification of relevant micro-pollutants in Austrian municipal wastewater and their behaviour during wastewater treatment. *Chemosphere*, v. 87, n. 11, p. 1265-1272, jun. 2012.

CONSELHO DE POLÍTICA AMBIENTAL. Deliberação Normativa nº 10, de 16 de dezembro de 1986. Estabelece normas e padrões para qualidade das águas, lançamento de efluentes nas coleções de águas, e dá outras providências, 1987.

CONSELHO DE POLÍTICA AMBIENTAL. CONSELHO ESTADUAL DE RECURSOS HÍDRICOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Deliberação Normativa Conjunta nº 01, de 5 de maio de 2008. Dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências, 2008. Disponível em: <<http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=8151>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

COUNCIL DIRECTIVE. Directive 98/83/EC. Quality of water intended for human consumption. *Official Journal of the European Communities*. N. L 330/32. 3 de nov. 1998.

EUROPEAN UNION. Decision nº 2.455/2001/EC of the European Parliament and of the Council of 20 November 2001 establishing the list of priority substances in the field of water policy and amending, Directive 2000/60/EC. *Official Journal of the European Union*, L331/1 - L331/5, 2001.

FERNANDES NETO, M. L. *Norma brasileira de potabilidade de água: análise dos parâmetros agrotóxicos numa abordagem de avaliação de risco*. 2010. Tese (Doutorado) - FIOCRUZ/ENSP, Rio de Janeiro, 2010.

GARCIA, Emerson (Coord.) *et al.* *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GHISELLI, G.; JARDIM, W. Interferentes endócrinos no ambiente. *Química nova*, v. 30, p. 695-706, 2007.

GLOTFELTY, D. E.; TAYLOR, A. W.; TURNER, B. C. *et al.* Volatilization of surface-applied pesticides from fallow soil. *Journal of Agricultural and Food Chemistry*, v. 32, p. 638-634, 1984.

GÓMEZ, M. J.; HERRERA, S.; SOLÉ, D.; *et al.* Spatio-temporal evaluation of organic contaminants and their transformation products along a river basin affected by urban, agricultural and industrial pollution. *Science of the Total Environment*, 420, p. 134-145, mar. 2012.

GROS, M.; PETROVIĆ, M.; BARCELÓ, D. Wastewater treatment plants as a pathway for aquatic contamination by pharmaceuticals in the Ebro river basin (northeast Spain). *Environmental Toxicology and Chemistry*, v. 26, n. 8, p. 1553-1562, ago. 2007.

GREGOR, D. J.; GUMMER, W. D. Evidence of atmospheric transport and deposition of organochlorine pesticides and polychlorinated biphenyls in Canadian arctic snow. *Environmental Science & Technology*, v. 23, n. 5, p. 561-565, 1989.

HALLING-SORENSEN, B.; NORS NIELSEN, S. *et al.* Occurrence, fate and effects of pharmaceutical substances in the environment - A review. *Chemosphere*, v. 36, n. 2, p. 357-393, jan. 1998.

HEALTH CANADA. Guidelines for Canadian drinking water quality: Summary Table. Disponível em: <[http://www.hc-sc.gc.ca/ewh-semt/alt\\_formats/hecs-sesc/pdf/pubs/water-eau/2010-sum\\_guideres\\_recom/sum\\_guide-res\\_recom-eng.pdf](http://www.hc-sc.gc.ca/ewh-semt/alt_formats/hecs-sesc/pdf/pubs/water-eau/2010-sum_guideres_recom/sum_guide-res_recom-eng.pdf)> dec. 2010. Acesso em: 27 ago. 2011.

HOLVOET, K. M. A.; SEUNTJENS, P. *et al.* Monitoring and modeling pesticide fate in surface waters at the catchment scale. *Ecological Modelling*, v. 209, n. 1, p. 53-64, nov. 2007.

INSTITUTO DE ÁGUA DA REGIÃO NORTE (IAREN). Book of Abstracts. “7th European Conference on Pesticides and Related Organic Micropollutants in the Environment” and “13th Symposium on Chemistry and Fate of Modern Pesticides”. Porto: Maria de Fátima Alpendurada (ed.). 2012.



INSTITUTO NACIONAL DE NORMALIZACION (INN). CHILE. *Agua potable – Parte 1*. Norma Chilena Oficial Instituto Nacional de Normalizacion (INN). CHILE. Agua potable – Parte 1. Norma Chilena Oficial. NCh409/1.Of 2005. 2006. Disponível em: <[http://www.dinta.cl/docs/NCh409\\_1\\_2005.pdf](http://www.dinta.cl/docs/NCh409_1_2005.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2011.

INTERNATIONAL UNION OF PURE AND APPLIED CHEMISTRY (IUPAC) *Pesticide properties database (PPDB)*. Disponível em: <<http://sitem.herts.ac.uk/aeru/iupac/index.htm>>. Acesso em: nov. 2011.

JELIC, A.; GROS, M.; PETROVIĆ, M. *et al.* Occurrence, partition and removal of pharmaceuticals in sewage water and sludge during wastewater treatment. *Water Research*, v. 45, n. 3, p. 1165-1176, jan. 2011.

JONES, O. A. H.; VOULVOULIS, N.; LESTER, J. N. Human pharmaceuticals in wastewater treatment processes. *Critical Reviews in Environmental Science and Technology*, 35, p. 401-427, 2005.

KASPRZYK-HORDERN, B.; DINSDALE, R.M.; GUWY, A.J. The removal of pharmaceuticals, personal care products, endocrine disruptors and illicit drugs during wastewater treatment and its impact on the quality of receiving waters. *Water Research*, v. 43, n. 2, p. 363-80, nov. 2009.

KHAN, S. U. *Pesticides in the soil environment*. Amsterdam: Elsevier Scientific, 1980.

KIM, S. D.; CHO, J.; KIM, I. S., *et al.* A. Occurrence and removal of pharmaceuticals and endocrine disruptors in South Korean surface, drinking, and waste waters. *Water Research*, v. 41, n. 5, p. 1013-1021, mar. 2007.

KÖCK-SCHULMEYER M.; VILLAGRASA M. *et al.* Occurrence and behavior of pesticides in wastewater treatment plants and their environmental impact. *Science of The Total Environment*, v. 458-460, p. 466-476, ago. 2013.

KRUAWAL, K.; SACHER, F.; WERNER, A. *et al.* Chemical water quality in Thailand and its impacts on the drinking water production in Thailand. *Science of the Total Environment*, v. 340, n. 1-3, p. 57-70, mar. 2005.

LEONARD, R. A. Movement of pesticides into surface waters. In: CHENG, H. H. (ed.) *Pesticides in the soil environment*. Book Series n. 2, Madison, WI: *Soil Science Society of America*, 1990.

LONDRES, Flávia. *Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida*. Rio de Janeiro: AS-PTA - Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011.

LUO, Y.; GUO, W.; NGO, H. H., *et al.* A review on the occurrence of micropollutants in the aquatic environment and their fate and removal during wastewater treatment. *Science of the Total Environment*, v. 473-474, p. 619-641, mar. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Judicial*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MINAS GERAIS. Lei nº 10.793. Dispõe sobre a proteção de mananciais destinados ao abastecimento público no Estado, jul. 1992.

MINISTERIO DE SANIDAD Y ASISTENCIA SOCIAL (MSAS). Normas Sanitarias de Calidad del Agua Potable. Gaceta Oficial de La Republica de Venezuela. Año CXXV. Mes-V. Caracas, viernes 13 de febrero de 1.998. Número 36.395. Disponível em: <<http://www.bvsde.ops-oms.org/bvsacg/e/cd-cagua/normas/lac/20.VEN/01.norma.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

MINISTRY OF HEALTH. Drinking-water Standards for New Zeland 2005 (Revised 2008). 2008. Disponível em: <<http://www.moh.govt.nz/water/>>. Acesso em: 24 ago. 2011.

NATIONAL HEALTH AND MEDICAL RESEARCH COUNCIL (NHMRC). *Draft Australian Drinking Water Guidelines*. National Water Quality Management Strategy. Natural Resource Management Ministerial Council. Chapter 10 — Monitoring for specific characteristics in drinking water. 2011. Disponível em: <<http://www.nhmrc.gov.au>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

OBRAS SANITARIAS DEL ESTADO (OSE). *Norma Interna de Calidad de agua potable*. R/D nº 1477/06. Administración de las Obras

Sanitarias del Estado. Montevideo-Uruguai, 20 de diciembre de 2006. Disponível em: <[http://www.ose.com.uy/descargas/clientes/reglamentos/normativa\\_interna\\_calidad\\_agua\\_potable.pdf](http://www.ose.com.uy/descargas/clientes/reglamentos/normativa_interna_calidad_agua_potable.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2011.

ORMAD, M. P.; MIGUEL, N., *et al.* Pesticides removal in the process of drinking water production. *Chemosphere*, v. 71, n. 1, p. 97-106, mar. 2008.

PAL, A.; GIN, K. Y. H., *et al.* Impacts of emerging organic contaminants on freshwater resources: review of recent occurrences, sources, fate and effects. *Science of The Total Environment*, v. 408, n. 24, p. 6062-6069, nov. 2010.

PETROVIC, M.; DE ALDA, M. J. L., *et al.* Fate and removal of pharmaceuticals and illicit drugs in conventional and membrane bioreactor wastewater treatment plants and by riverbank filtration. *Philosophical Transactions of the Royal Society A*, v. 367, n. 1904, p. 3979-4003, out. 2009.

PIMENTEL, D. Amounts of pesticides reaching target pests: environmental impacts and ethics. *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, v. 8, n. 1, p. 17-29, 1995.

PRODUCTIVITY COMMISSION. Arrangements for Setting Drinking Water Standards. International Benchmarking. *Commonwealth of Australia*. April 2000. Disponível em: <[http://www.pc.gov.au/\\_data/assets/pdf\\_file/0019/9190/drinkw.pdf](http://www.pc.gov.au/_data/assets/pdf_file/0019/9190/drinkw.pdf)>. Acesso em: out. 2011.

QIANG, Z.; DONG, H., *et al.* A comparison of various rural wastewater treatment processes for the removal of endocrine-disrupting chemicals (EDCs). *Chemosphere*, v. 92, n. 8, p. 986-992, abr. 2013.

RAHMAN, M. F.; YANFUL, E. K.; JASIM, S. Y. Occurrences of endocrine disrupting compounds and pharmaceuticals in the aquatic environment and their removal from drinking water: Challenges in the context of the developing world. *Desalination*, v. 248, n. 1-3, p. 578-585, nov. 2009.

RODRIGUEZ-MOZAZ, S.; LOPEZ DE ALDA, M. J.; BARCELÓ, D. Monitoring of estrogens, pesticides and bisphenol A in natural waters and drinking water treatment plants by solid-phase extraction-liquid chromatography-mass spectrometry. *Journal of Chromatography A*, v. 1045, n. 1-2, p. 85-92, ago. 2004.

SARAIVA SOARES, A. F.; LEÃO, M. M. D., *et al.* Efficiency of conventional drinking water treatment process in the removal of endosulfan, ethylenethiourea, and 1,2,4-triazole. *Journal of Water Supply: Research and Technology-AQUA*, v. 62, n. 6, p. 367-376, ago. 2013.

SCHAIDER, L.; ACKERMAN, J. *et al.* *Emerging Contaminants in Cape Cod Private Drinking Water Wells*. Reserching the environment and women's health. Silent Spring Institute, 2011. Disponível em: <<http://www.silentspring.org/sites/default/files/Emerging-contaminants-private-wells.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

SCHIAVON, M.; PERRIN-GANIER, C.; PORTAL, J. M. La Pollution de l'eau par les produits phytosanitaires: étal et origine. *Agronomie*, v. 15, n. 3-4, p. 157-170, 1995.

SCHOMBURG, C. J.; GLOTFLETTY, D. E. Pesticide occurrence and distribution in fog collected near Monterey, California. *Environmental Science & Technology*, v. 25, n. 1, p. 155-160, jan. 1991.

SINDICATO NACIONAL DA INDÚSTRIA DE PRODUTOS PARA DEFESA AGRÍCOLA (SINDAG). *Conexão SINDAG*. Ano 03, nº 22/2010. Disponível em: <<http://www.sindag.com.br>>. Acesso em: 21 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Estimativa do Mercado de Defensivos Julho 2010 vs 2011 (Milhões R\$). *Conexão SINDAG*. Ano 05, nº 31/2011. Disponível em: <<http://www.sindag.com.br/conexao/31/>>. Acesso em: nov. 2011.

SOARES, A. F. S.; MACHADO, A. O. V.; DINIZ, P. S. Informações técnicas referentes à Deliberação Normativa Conjunta COPAM/CERH-MG Nº 1, de 5 de maio de 2008. PARECER TÉCNICO. ID SGDP 1011391. 2008. Disponível em: <<https://intranet.mpmg.mp.br/intranetmpmg/institucional/central-de-suporte-tecnico/meio-ambiente/>>. Acesso em: jan. 2014.

SOARES, A. F. S. *Uso de agrotóxicos, contaminação de mananciais e análise da legislação pertinente: um estudo na região de Manhuaçu-MG*. 2011. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufmg.br>>. Acesso em: mar. 2014.

SOARES, A. F. S.; LEÃO, M. M. D., *et al.* Risk estimate of water contamination by pesticides used in coffee crops. *Revista Brasileira de Engenharia Agrícola e Ambiental*, v. 16, n. 4, p. 425-432, abr. 2012.

SOARES, A. F. S.; MOURA, A. C. M. *et al.* Critérios para determinação de uso irregular do solo em área de mananciais de abastecimento público. In: XV SILUBESA - Simpósio Luso-Brasileiro de Engenharia Sanitária e Ambiental, 2012, Belo Horizonte. Saneamento Ambiental: Inovação e gestão rumo à universalização, 2012.

SOARES, A. F. S.; LEÃO, M. M. D. *et al.* Occurrence of pesticides from coffee crops in surface water. *Revista Ambiente & Água - An Interdisciplinary Journal of Applied Science*, v. 8, n. 1, p. 62-72, abr. 2013.

STACKELBERG, P. E.; GIBBS, J. *et al.* Efficiency of conventional drinking-water-treatment processes in removal of pharmaceuticals and other organic compounds. *Science of the Total Environment*, v. 377, n. 2-3, p. 255-272, maio 2007.

TADKAEW, N.; HAI, F. I.; MCDONALD, J. A. *et al.* Removal of trace organics by MBR treatment: the role of molecular properties. *Water Research*, v. 45, n. 8, p. 2439-2451, abr. 2011.

TAYLOR, A. W.; SPENCER, W. F. Volatilization and vapor transport process. In: CHENG, H. H. (ed.). *Pesticides in the soil environment*. Book Series n. 2, Madison, WI: Soil Science Society of America, 1990.

TERNES, T. A.; JOSS, A.; SIEGRIST, H. Peer reviewed: scrutinizing pharmaceuticals and personal care products in wastewater treatment. *Environmental Science & Technology*, v. 38, n. 20, p. 392A-399A, out. 2004.

THUY, P. T.; MOONS, K.; VAN DIJK, J. C., *et al.* To what extent are pesticides removed from surface water during coagulation- flocculation? *Water and Environment Journal*, v. 22, n. 3, p. 217-223, jul. 2008.

UNITED STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY (USEPA). *Drinking Water Contaminants*. List of Contaminants & their MCLs. EPA 816-F-09-004. May 2009. Disponível em: <<http://water.epa.gov/drink/contaminants/upload/mcl-2.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2011.

\_\_\_\_\_. *El medio ambiente y su salud*: pesticida. Disponível em: <<http://www.epa.gov/espanol/saludhispana/pesticidas.htm>> Acesso em: 17 set. 2010.

\_\_\_\_\_. *Understanding the Safe Drinking Water Act*. EPA 816-F-04-030 June 2004. Office of Water (4606). Disponível em: <[http://www.epa.gov/ogwdw/sdwa/pdfs/fs\\_30ann\\_sdwa\\_web.pdf](http://www.epa.gov/ogwdw/sdwa/pdfs/fs_30ann_sdwa_web.pdf)> Acesso em: set. 2011.

\_\_\_\_\_. *The incorporation of water treatment effects on pesticide removal and transformations in Food Quality Protection Act (FQPA) drinking water assessments*. Office of Pesticides Programs. Washington, D.C. October, 2001. Disponível em: <[http://www.epa.gov/pesticides/trac/science/water\\_treatment.pdf](http://www.epa.gov/pesticides/trac/science/water_treatment.pdf)>. Acesso em: 2 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. *Waste disposal practices and their effects on groundwater*. Washington, DC: UESEPA, 1977 (Report to Congress).

VAN DER WERF, H. M. G. Assessing the impact of pesticides on the environment. *Agriculture, Ecosystems and Environment*, v. 60, n. 2-3, p. 81-96, dez.1996.

VULLIET, E.; CREN-OLIVÉ, C. Screening of pharmaceuticals and hormones at the regional scale, in surface and groundwaters intended to human consumption. *Environmental Pollution*, v. 159, n. 10, p. 2929-2934, maio 2011.

WANG, C.; SHI, H.; ADAMS, C. D. *et al.* Investigation of pharmaceuticals in Missouri natural and drinking water using high performance liquid chromatography–tandem mass spectrometry. *Water Research*, v. 45, n. 4, p. 1818-1828, dez. 2011.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *Guidelines for drinking – water quality*. Second Addendum to Third Edition. Vol. 1. Geneva: WHO, 2008. Disponível em: <[http://www.who.int/water\\_sanitation\\_health/dwq/fulltext.pdf](http://www.who.int/water_sanitation_health/dwq/fulltext.pdf)>. Acesso em: 27 ago. 2011.

ZHANG, Y.; GEISSEN, S-U; GAL, C. Carbamazepine and diclofenac: removal in wastewater treatment plants and occurrence in water bodies. *Chemosphere*, v. 73, n. 8, p. 1151-1161, nov. 2008.

Autoras convidadas

DOI: 10.5935/1809-8487.20150002

**INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E PLANEJAMENTO  
ESTRATÉGICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**FUNCTIONAL INDEPENDENCE AND STRATEGIC  
PLANNING OF THE PUBLIC MINISTRY**

EDUARDO CAMBI

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado do Paraná, Brasil

eascambi@mppr.mp.br

**RESUMO:** O Ministério Público brasileiro passa por significativa mudança na atuação funcional para atender as crescentes demandas sociais surgidas com a ampliação de suas atribuições pela Constituição Federal de 1988. Isso exige a compreensão do conteúdo do princípio da independência funcional e sua harmonização com a unificação da atuação ministerial trazida com o planejamento estratégico. A compatibilização da atuação individual com a coletiva do Ministério Público é imprescindível para ampliar a legitimação social da instituição no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público; independência funcional; planejamento estratégico.

**ABSTRACT:** The Brazilian Public Ministry suffers relevant changes after the 1988 Federal Constitution to attend the new social demands. The Public Ministry needs to find new ways to work to obtain better results. It is important to overcome the concept that the institutional members can work isolated, based on the functional independence principle. For the Brazilian Public Ministry to increase its social le-



gitimization it is indispensable to harmonize the functional independence principle with the institutional strategic planning.

**KEYWORDS:** Public Ministry; functional independence; strategic planning.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Compreensão dos princípios jurídicos. 3. Dimensão positiva do princípio da independência funcional. 4. Aplicação do princípio da independência funcional pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). 5. Independência funcional: princípio absoluto ou relativo? 6. Aplicação do princípio da independência funcional pelos Tribunais Superiores. 7. Dimensão argumentativa do princípio da independência funcional. 8. Vinculação do planejamento estratégico do Ministério Público e independência funcional. 9. Conclusão. 10. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução

A superação das grandes mazelas brasileiras – como a corrupção sistêmica, a falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais e a impunidade dos crimes elitizados – depende do fortalecimento das instituições republicanas.

O Ministério Público brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, vem passando por um processo de intensa modificação. Deixou de ser uma instituição com funções estritamente processuais para assumir outras funções tão ou mais relevantes, transformando-se em “agente político, produtor social e fomentador-efetivador de políticas públicas.” (CAMBI, 2011, p. 489).

A defesa de interesses individuais indisponíveis e homogêneos de pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade familiar, social e econômica, a intensificação de ações integradas de combate à macrocriminalidade e de controle da atividade policial, a tutela de interesses difusos e coletivos, do regime democrático e a implementação de políticas constitucionais, como a proteção integral da criança e adolescentes e as práticas ambientais sustentáveis, são algumas das preocupações contemporâneas que devem nortear a atuação do Ministério Público.

A eficiente atuação do Ministério Público demanda a ampliação da resolução extrajudicial de conflitos, a garantia de celeridade e eficácia da atuação judicial e extrajudicial, a ampliação da regionalização da ação institucional, a otimização da intervenção processual, o aprimoramento da estrutura organizacional, de registro e gestão de processos de trabalho, a intensificação da integração com a sociedade e o aperfeiçoamento das relações com os poderes constituídos, as instituições públicas e privadas e as organizações sociais.

Em razão do reduzido número de membros e servidores<sup>1</sup> em relação à população brasileira<sup>2</sup>, da escassez de recursos orçamentários e de limitações estruturais, a melhor resolutividade da atuação do Ministério Público depende de um planejamento estratégico que envolva a criteriosa definição de objetivos, metas e indicadores. Trata-se de uma cultura inovadora que deve permear toda a instituição, a fim de unir os esforços necessários e otimizar recursos humanos e materiais capazes de ampliar a legitimidade política e social, a credibilidade, a transparência e a efetividade do Ministério Público.

O objetivo deste trabalho é compreender as diversas dimensões do princípio da independência funcional (art. 127, § 1º, CF) e sua importância para a atuação do Ministério Público. Como se trata de um princípio-garantia, voltado à proteção social, pretende-se demonstrar que, mais que uma prerrogativa dos membros do Ministério Público, a independência funcional precisa ser orientada na consecução do artigo 127, *caput*, da Constituição Federal (defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis) e, por isso, deve ser contextualizada com os novos paradigmas de atuação institucional, que exigem a vinculação ao planejamento estratégico.

---

<sup>1</sup> Segundo dados do CNMP, em 2013 havia 10.426 Promotores e Procuradores de Justiça, além de 21.387 servidores de carreira providos, nos Ministérios Públicos Estaduais e do Distrito Federal e Territórios, e 1.836 membros nos Ministérios Públicos Federal, do Trabalho e Militar, com 11.592 cargos de servidores de carreira providos. (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2014, p. 35; p. 251).

<sup>2</sup> Estimada pelo IBGE, em julho de 2014, em 202 milhões e 700 mil habitantes.

## 2. Compreensão dos princípios jurídicos

“Princípio” é uma palavra que vem do latim *principium* e significa o momento em que algo tem origem, começo, causa primária; ou o elemento predominante na constituição de um corpo orgânico, teoria. (FERREIRA, 1969, p. 981).

No Direito, os princípios podem ser vistos como *standards* juridicamente vinculantes com base na “ideia de direito” (LARENZ, 1983, p. 200) ou nas exigências de “justiça” (DWORKIN, 1977, p. 22). Os princípios jurídicos condensam os valores mais relevantes para se dizer o que o Direito é e para que se destina.

Na percepção neoconstitucional, sob o aspecto filosófico assumido com o pós-positivismo, tanto os princípios quanto as regras são normas jurídicas. Supera-se, com isso, a concepção do positivismo jurídico que reservava aos princípios um papel secundário, de mero instrumento de integração de lacunas normativas, como se depreende do artigo 4º do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1962 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), e do artigo 126 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) (CAMBI, 2011, p. 82). Os processos de integração de lacunas, adotados nos dispositivos citados (analogia, costumes e princípios gerais do Direito), são *intersistemáticos* e referidos em *ordem hierárquica*. Caberia ao juiz buscar, em primeiro lugar, a analogia, depois os costumes e, por último, os princípios gerais do Direito. Assim sendo, os princípios não eram reconhecidos como *fonte autônoma do Direito* (ASCENSÃO, 2003, p. 251).

O Novo Código de Processo Civil, adaptado ao neoconstitucionalismo, deu a mesma dignidade normativa aos princípios e às regras, ao estabelecer, no artigo 140, que o “Juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. (BRASIL, 1973).

Embora princípios e regras sejam, igualmente, normas, possuem características diferentes. As regras se esgotam em si mesmas, não tendo nenhuma força constitutiva fora do que elas mesmas significam (ZAGREBELSKY, 2008, p. 110-111), isto é, proporcionam o cri-

tério das ações, dizendo *como* se deve ou não se deve agir em situações específicas, previstas pelas próprias regras. Em contrapartida, os princípios não dizem, diretamente, como se deve agir, podendo ser aplicados, tão somente, diante de situações concretas. Diferentemente das regras, não possuem *suporte fático*, tendo significado operativo apenas em face de determinado caso concreto.

Os princípios são *mandamentos* (ou comandos) *de otimização*. Jamais podem ser realizados completamente (*v.g.*, não é possível promover a integralidade da boa-fé, ou da liberdade, ou da igualdade, etc.) e, além disso, podem ser concretizados de modos diferentes, dependendo das diferentes ações concretas a serem adotadas. Os princípios não preveem, diretamente, a conduta a ser seguida, estabelecendo apenas *fins normativamente relevantes* (ÁVILA, 2001, p. 17). Contêm *comandos prima facie*, porque a esfera de aplicabilidade dos princípios é *relativamente indeterminada* (FARALLI, 2006, p. 17). Consequentemente, o conteúdo dos princípios não pode ser considerado definitivo, na medida em que eles se revelam após a ponderação ou o balanceamento, exigidos pela proteção de outros bens com ele coincidentes, momento em que, pelas circunstâncias concretas, se atribuirão *pesos* a cada um dos direitos contrapostos<sup>3</sup>.

Em síntese, as regras instituem *deveres definitivos*, não dependendo das possibilidades fáticas e normativas, ao contrário dos princípios, que instituem *deveres preliminares*, dependentes das possibilidades fáticas e normativas (ÁVILA, 2009, p. 26).

Outra diferença entre regras e princípios está no *modo de aplicação*. As regras são aplicadas por *subsunção*, enquanto os princípios, por *ponderação*.

As regras, por exigirem a realização de comandos determinados, têm *pretensão de exclusividade*, isto é, são consideradas ou cum-

---

<sup>3</sup> Conforme José Joaquim Gomes Canotilho, o “conteúdo, *prima facie*, de um direito pode não ser o seu conteúdo definitivo, quando, em virtude de um juízo de ponderação concreto, houver necessidade de o restringir conferindo maior peso a outros bens ou direitos” (CANOTILHO, 2008, p. 205).

pridas, ou descumpridas: *tudo ou nada*<sup>4</sup>. Se uma regra é válida, está ordenando exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Logo, não há como harmonizar a aplicação de duas regras contraditórias, senão excluindo uma delas para que a outra prevaleça<sup>5</sup>. Isso se dá mediante a aplicação dos tradicionais critérios normativos ou metarregras de resolução de antinomia jurídica: *lex superior derogat inferiori* (lei superior derroga a inferior), *lex specialis derogat generali* (lei especial derroga a geral) e *lex posterior derogat priori* (lei posterior derroga a anterior).

Por outro lado, os princípios, por serem mandamentos de otimização, devem ser aplicados na *maior medida possível*, isto é, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. As colisões de princípios não se resolvem no *plano da validade*, uma vez que os princípios, diferentemente das regras, não têm a *pretensão de exclusividade*. Havendo colisões principiológicas, não há como definir que sempre um princípio prevalecerá sobre o outro; tudo dependerá das circunstâncias do caso concreto. A colisão entre princípios depende da instituição de *critérios de prevalência* entre os princípios envolvidos, critérios esses que serão estabelecidos de acordo com as circunstâncias do fato concreto e em função do peso relativo de cada princípio, instituindo uma *hierarquia móvel* entre os princípios, a qual pode ser modificada, se alterado o contexto fático e normativo (ÁVILA, 2001, p. 7).

De qualquer modo, a norma é resultado da interpretação e, por isso, não se pode ignorar a dimensão argumentativa do Direito. A exegese da norma vai depender do significado que se atribui às palavras contidas no enunciado normativo.

<sup>4</sup> “As regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (DWORKIN, 2002, p. 39). Do mesmo modo, ensina Robert Alexy: “A teoria dos princípios é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais. [...] Ela possibilita um meio-termo entre vinculação e flexibilidade. A teoria das regras conhece somente a alternativa: validade ou não validade” (ALEXY, 1999, p. 79).

<sup>5</sup> “Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras” (DWORKIN, 2002, p. 43).

A individualização da norma jurídica, não raro, é uma atividade complexa que não se exaure no plano linguístico. A pluralidade de significados atribuíveis a um único significante, os distintos valores presentes em sociedades pluralistas, a conciliação dos diferentes fins que a norma deve alcançar e o modo de operacioná-la na realidade evidenciam os vários planos (linguístico, axiológico, teleológico e operativo) que desafiam o intérprete na construção da norma (GARCIA, 2014a, p. 58-59). O significado do enunciado normativo passa também pela indagação moral sobre quais critérios devem prevalecer quando se atribui ao enunciado linguístico uma determinada significação (COELHO, 2014, p. 101-102).

O princípio da independência funcional, como todo e qualquer *mandamento* (ou comando) *de otimização*, pode ser concretizado de modos diferentes, dependendo das possibilidades fáticas e normativas. Como a sua esfera de aplicabilidade é *relativamente indeterminada*, cabe examinar a sua dimensão normativa, bem como o modo como o Conselho Nacional do Ministério Público e os Tribunais Superiores o têm aplicado nos casos concretos.

### 3. Dimensão positiva do princípio da independência funcional

O artigo 127, § 1º, da Constituição Federal elencou três princípios institucionais do Ministério Público: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

A Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, trata da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispondo sobre normas gerais para a organização dos Ministérios Públicos dos Estados. No seu artigo 1º, parágrafo único, reproduz o texto do artigo 127, § 1º, da Constituição Federal.

Além disso, a expressão “independência funcional” aparece no artigo 41, inc. V, dessa Lei, que, ao versar sobre as prerrogativas dos membros do Ministério Público no exercício de sua função, afirma que eles gozam de inviolabilidade pelas opiniões que externarem ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentais, *nos limites de sua independência funcional*.

Na Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, o termo “independência funcional” é mencionado seis vezes: i) no artigo 4º: da mesma forma que no artigo 1º, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.625/1993, é transcrito o artigo 127, § 1º, da Constituição Federal para reafirmar que a independência funcional é um dos três princípios institucionais do Ministério Público; ii) no artigo 41: afirma-se que, em cada Estado e no Distrito Federal, será designado pelo Procurador-Geral da República um Procurador Federal dos Direitos do Cidadão, com atribuição de expedir instruções para o exercício das funções dos escritórios de Procurador dos Direitos do Cidadão, *respeitado o princípio da independência funcional*; iii) no artigo 61, que versa sobre as competências das Câmaras de Coordenação e Revisão (isto é, órgãos setoriais de coordenação, de integração e revisão do exercício funcional do Ministério Público Federal; cf. art. 58), dentre as quais a de promover a integração e a coordenação dos órgãos institucionais que atuem em escritórios ligados ao setor de sua competência, observado *o princípio da independência funcional*. A mesma regra existe, de forma expressa, em relação ao Ministério Público do Trabalho (art. 101, I), ao Ministério Público Militar (art. 136, I) e ao Ministério Público do Distrito Federal (art. 171, I).

Cada Estado da Federação brasileira possui uma lei própria para estabelecer o Estatuto de seu respectivo Ministério Público. Na maior parte dos Estados-Membros, a Lei Estadual reproduz a Lei Federal nº 8.625/1993. No Estado do Paraná, por exemplo, a Lei Complementar nº 85, de 27 de dezembro de 1999, repete a expressão “independência funcional” nos artigos 1º, parágrafo único, e 153, V, com os mesmos dizeres dos artigos 1º, parágrafo único, e 41, V, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

No Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Resolução nº 92, de 13 de março de 2013, a expressão “independência funcional” aparece uma única vez, no Capítulo VII, “Da Reclamação para Preservação da Autonomia do Ministério Público”. O artigo 116 do Regimento prevê ainda que o CNMP zelará pela independência funcional e pelo livre exercício das competên-

cias administrativas do Ministério Público, de ofício ou mediante provocação, sempre que houver ofensa, ameaça ou restrição à *independência funcional* de seus membros ou interferência indevida na autonomia de seus órgãos, observando-se o procedimento previsto nos artigos 118 a 122 do Regimento Interno.

Em Recomendações do CNMP, o princípio da independência funcional também é referido. A Recomendação nº 16, de 28 de abril de 2010 (sobre a atuação dos membros do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil) e a nº 19, de 18 de maio de 2011 (que dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público em segundo grau) deixam claro que os membros do Ministério Público são independentes no exercício de suas funções, não estando sujeitos a ordens de terceiros, nem mesmo de seus superiores hierárquicos, no sentido de agir desta ou daquela maneira dentro do processo (MORAES, 2006, p. 1680).

Nesse sentido, o artigo 5º da primeira Recomendação arrola hipóteses em que a intervenção ministerial como *custos legis* é desnecessária, mas preserva a independência funcional<sup>6</sup> e a autonomia de

---

<sup>6</sup> Art. 5º Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial nas seguintes demandas e hipóteses: I - Intervenção do Ministério Público nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária; II - Habilitação de casamento, dispensa de proclamas, registro de casamento *in articulo mortis* – nuncupativo, justificações que devam produzir efeitos nas habilitações de casamento, dúvidas no Registro Civil; III – Ação de divórcio ou separação, onde não houver cumulação de ações que envolvam interesse de menor ou incapaz; IV - Ação declaratória de união estável, onde não houver cumulação de ações que envolva interesse de menor ou incapaz; V - Ação ordinária de partilha de bens; VI - Ação de alimentos, revisional de alimentos e execução de alimentos fundada no artigo 732 do Código de Processo Civil, entre partes capazes; VII - Ação relativa às disposições de última vontade, sem interesse de incapazes, excetuada a aprovação, cumprimento e registro de testamento, ou que envolva reconhecimento de paternidade ou legado de alimentos; VIII - Procedimento de jurisdição voluntária relativa a registro público em que inexistir interesse de incapazes; IX - Ação previdenciária em que inexistir interesse de incapazes; X - Ação de indenização decorrente de acidente do trabalho; XI - Ação de usucapião de imóvel regularmente registrado, ou de coisa móvel, ressalvadas as hipóteses da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001; XII - Requerimento de falência ou de recuperação judicial da empresa, antes da decretação ou do deferimento do pedido; XIII - Ação de qualquer natureza em que seja parte sociedade de economia mista; XIV - Ação individual em que seja parte sociedade em liquidação extrajudicial; XV - Ação em que for parte a Fazenda ou Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial, a exemplo da execução fiscal e respectivos embargos, anulatória



cada uma das unidades do Ministério Público para disciplinarem, sem caráter vinculativo, as hipóteses de intervenção no processo civil (art. 6º)<sup>7</sup>. Isso significa que, mesmo em situações pacíficas em que é desnecessária a intervenção ministerial (como, por exemplo, nas execuções fiscais, inclusive pela Súmula 189 do STJ)<sup>8</sup>, pode o agente ministerial intervir<sup>9</sup>.

A mesma autonomia para regulamentar as matérias para atuação em segundo grau foi assegurada no artigo 4º da Recomendação nº 19/2011, respeitada também a independência funcional<sup>10</sup>.

---

de débito fiscal, declaratória em matéria fiscal, repetição de indébito, consignação em pagamento, possessória, ordinária de cobrança, indenizatória, anulatória de ato administrativo, embargos de terceiro, despejo, ações cautelares, conflito de competência e impugnação ao valor da causa; XVI - Ação de desapropriação, direta ou indireta, entre partes capazes, desde que não envolvam terras rurais objeto de litígios possessórios ou que encerrem fins de reforma agrária (art. 18, § 2º, da LC 76/93); XVII - Ação que verse sobre direito individual não-homogêneo de consumidor, sem a presença de incapazes; XVIII - Ação que envolva fundação que caracterize entidade fechada de previdência privada; XIX - Ação em que, no seu curso, cessar a causa de intervenção; XX - Em ação civil pública proposta por membro do Ministério Público, podendo, se for o caso, oferecer parecer, sem prejuízo do acompanhamento, sustentação oral e interposição de medidas cabíveis, em fase recursal, pelo órgão com atuação no segundo grau; (Alterado pela Recomendação nº 19, de 18 de maio de 2011). XXI - Assistência à rescisão de contrato de trabalho; (Revogado pela Recomendação nº 22, de 17 de setembro de 2013) XXII - Intervenção em mandado de segurança.

<sup>7</sup> Art. 6º. Recomenda-se, ainda, que as unidades do Ministério Público, respeitadas a autonomia, disciplinem a matéria da intervenção cível, também por ato interno, preservada a independência funcional dos membros da Instituição, sem caráter normativo ou vinculativo, nos termos acima referidos.

<sup>8</sup> “É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais” (1ª Seção, julgado em 11/06/1997, pub. DJ 23/06/1997).

<sup>9</sup> “Pedido de Providências. Improcedência, à falta de amparo legal. A manifestação do Ministério Público nas demandas de execuções fiscais, conquanto desnecessárias, não é vedada. Incumbe ao Promotor de Justiça avaliar o cabimento de sua manifestação, nos limites de suas atribuições e consonantes com o bom senso. Incompetência do CNMP para interferir nas atribuições dos membros do Ministério Público, os quais atuam sob o pálio do sagrado princípio da independência funcional, insculpido do Art. 127, § 1º, da Constituição da República. Pedido conhecido e rejeitado. Arquivamento dos autos” (CNMP, Processo 141/2008-98, j. em 25/06/2008).

<sup>10</sup> Art. 4º. As unidades do Ministério Público, respeitadas a autonomia, devem disciplinar, por ato interno do órgão competente, as matérias para a atuação em segundo grau, respeitadas a independência funcional, a distribuição e a organização administrativa das Procuradorias.

#### 4. Aplicação do princípio da independência funcional pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)

O Conselho Nacional do Ministério Público, criado em 30 de dezembro de 2004 pela Emenda Constitucional nº 45, é composto de 14 membros, que representam diversos setores da sociedade, e tem como objetivo imprimir uma visão nacional ao Ministério Público. É responsável pela orientação e fiscalização de todos os ramos do Ministério Público brasileiro, seja da União (composto pelos Ministérios Públicos Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios), seja dos Estados. Trata-se de uma instituição aberta aos cidadãos, que podem encaminhar reclamações contra membros, órgãos ou serviços auxiliares do Ministério Público.

As atribuições do CNMP estão previstas no artigo 130-A, § 2º, da Constituição Federal, cabendo-lhe, entre outras, zelar pela autonomia funcional e administrativa do MP, pela observância dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37/CF), apreciar a legalidade dos atos administrativos praticados por membros e órgãos da instituição, avocar processos disciplinares em curso, rever processos disciplinares julgados a menos de um ano, determinar a remoção, disponibilidade ou aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviços e aplicar outras sanções administrativas.

Em 28 de abril de 2009, o CNMP editou o Enunciado nº 6, segundo o qual os “atos relativos à atividade-fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público”. A aprovação desse Enunciado está intimamente ligada à proteção do princípio da independência funcional.

Pelo Enunciado nº 6, o CNMP não tem competência para anular ou reformar atos praticados pelos *órgãos*<sup>11</sup> da instituição, referentes à ati-

<sup>11</sup> São *órgãos* de administração dos Ministérios Públicos Estaduais, pelos artigos 5º e 6º da Lei Orgânica Nacional (Lei nº 8.625/1993), a Procuradoria-Geral de Justiça, o Colégio de Procuradores de Justiça, o Conselho Superior do Ministério Público, a Corregedoria-Geral do Ministério Público, mas também as Procuradorias de Justiça e as Promotorias de Justiça. Ademais, são órgãos de execução do Ministério Público (art. 7º): o Procurador-Geral de Justiça, o Conselho Superior do Ministério Público, os Procuradores de Justiça

vidade finalística do Ministério Público, sejam eles praticados no plano judicial ou extrajudicial. Aliás, os atos praticados tanto no inquérito policial, quanto no civil (e também nos demais procedimentos preparatórios), não se confundem com os atos administrativos inerentes à gestão administrativa e financeira do Ministério Público (exegese do art. 130-A, § 2º, CF). É por isso que o artigo 28 do Código de Processo Penal afirma que o Procurador-Geral de Justiça ou o Procurador-Geral da República jamais poderão determinar que o Promotor de Justiça ou o Procurador da República, proponente do arquivamento, dê início à ação penal, limitando-se a designar outro membro da instituição para analisar o inquérito, que, por sua vez, em nome do princípio da independência funcional, poderá oferecer a denúncia ou insistir no pedido de arquivamento (SILVA, 1994, p. 396-399).

Nesse caso, o magistrado terá de remeter novamente os autos ao Procurador-Geral para a designação de outro Promotor de Justiça/Procurador da República, a fim de examinar o inquérito. De igual

---

e os Promotores de Justiça. Por fim, são órgãos auxiliares do MP (art. 8º): os Centros de Apoio Operacional, a Comissão de Concursos, o Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, os órgãos de apoio administrativo e os estagiários. Por sua vez, o artigo 43 da Lei Complementar nº 75/1993 afirma que são órgãos do Ministério Público Federal: o Procurador-Geral da República, o Colégio de Procuradores da República; o Conselho Superior do Ministério Público Federal; as Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal; a Corregedoria do Ministério Público Federal; os Subprocuradores-Gerais da República; os Procuradores Regionais da República e os Procuradores da República. Em relação ao Ministério Público do Trabalho, o artigo 85 da Lei Complementar nº 75/1993 enuncia os seus órgãos: o Procurador-Geral do Trabalho, o Colégio de Procuradores do Trabalho, o Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho, a Corregedoria do Ministério Público do Trabalho, os Subprocuradores-Gerais do Trabalho, os Procuradores Regionais do Trabalho e os Procuradores do Trabalho. Em relação ao MP Militar, o artigo 118 da mesma lei complementar assevera serem seus órgãos: o Procurador-Geral da Justiça Militar, o Colégio de Procuradores da Justiça Militar, o Conselho Superior do Ministério Público Militar, a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar, a Corregedoria do Ministério Público Militar, os Subprocuradores-Gerais da Justiça Militar, os Procuradores da Justiça Militar e os Promotores da Justiça Militar. Quanto aos órgãos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, o artigo 153 se refere ao Procurador-Geral de Justiça, ao Colégio de Procuradores e Promotores de Justiça, ao Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, à Corregedoria do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, às Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, aos Procuradores de Justiça, aos Promotores de Justiça e aos Promotores de Justiça Adjuntos.

modo, o artigo 9º da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) assevera que o Conselho Superior do Ministério Público, caso discorde da promoção de arquivamento dos autos de inquérito civil (e também de procedimento preparatório, pelo art. 10, § 4º, II, da Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007, do CNMP), designará outro órgão da instituição para realizar o exame do procedimento e, se ficar convencido, proceder ao ajuizamento da ação ou, em manifestação fundamentada, devolver os autos ao Conselho Superior, a fim de que este designe outro membro para apreciar o inquérito.

O Conselho Nacional do Ministério Público tem reforçado a importância do princípio da independência funcional ao rechaçar o controle da atividade-fim dos membros do Ministério Público em diversas hipóteses concretas.

Nas decisões do CNMP, é comum encontrar representações por inércia e requerimentos para aplicação de medidas disciplinares rechaçadas com fundamento no princípio da independência funcional.

Nesse sentido, no Processo nº 628/2010-95, julgado em 8 de novembro de 2010, foi considerada improcedente uma representação que questionava o arquivamento de procedimento preparatório. Aplicando o Enunciado nº 6, decidiu-se que a conduta do membro do Ministério Público é insindicável, por se basear em parecer fundamentado, onde externa sua convicção jurídica sobre a matéria. Tal orientação do CNMP é pacífica; não por outra razão, por exemplo, no Processo nº 22/2014-83, em 18 de agosto de 2014, ficou decidido que o arquivamento de inquérito civil, desde que devidamente fundamentado, constitui atividade finalística do membro ministerial, sendo, por isso, insuscetível de revisão<sup>12</sup>.

O mesmo entendimento tem sido utilizado nos arquivamentos de inquéritos policiais ou de procedimentos investigatórios criminais, quando o membro do Ministério Público, em decisão fundamentada, não verifica a presença de justa causa para a propositura da

---

<sup>12</sup> À guisa de ilustração, mencionam-se outros julgados, com o mesmo entendimento: Processo nº 30/2008-81, julgado em 25/06/2008; nº 129/2014-21, julgado 03/12/2014; nº 164/2011-06, julgado em 11/01/2013.

ação penal<sup>13</sup>. O CNMP, com base no princípio da independência funcional, também não conheceu de pedido de providências para trancamento de procedimento investigatório criminal, em que se alegava suposto ato abusivo de Promotor de Justiça na investigação de crimes cometidos por membros da Polícia Civil do Estado Ceará, ocasião em que também sustentou a ausência de monopólio da investigação criminal pela Polícia Civil<sup>14</sup>.

Em processos administrativos disciplinares, o CNMP também tem enaltecido o princípio da independência funcional. Por exemplo, no Processo nº 74/2011-15, julgado em 11 de janeiro de 2013, questionava-se a conduta de Promotor de Justiça que teria utilizado em entrevista jornalística expressões contrárias ao dever legal de zelar pelo prestígio da justiça e pelo respeito aos magistrados. O CNMP avocou os autos de processos administrativos disciplinares da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado da Bahia para julgar improcedente a perseguição disciplinar, por entender que a conduta integra a imunidade e liberdade de expressão dos membros do Ministério Público, prerrogativa constante do artigo 41, V, da Lei Orgânica Nacional do MP (Lei nº 8.625/93)<sup>15</sup>.

Além disso, o princípio da independência funcional tem sido questionado nos julgamentos das reclamações para a preservação da autonomia do Ministério Público.

---

<sup>13</sup> Nesse sentido, dentre outros, o Processo nº 51/2013-64, julgado em 27/09/2013, e nº 419/2014-75, decidido em 03/06/2014.

<sup>14</sup> “O Ministério Público, além de supervisionar o inquérito policial (exercendo a função que lhe é constitucionalmente atribuída de controle externo da atividade policial), pode também complementar outras formas de apuração de ilícitos (como os procedimentos de fiscalização do INSS e da Receita Federal, por exemplo), ou realizar diretamente suas próprias diligências investigatórias. Matéria inquestionável, pois atinente à atividade-fim do membro do Ministério Público. Princípio da independência funcional. Ausência de ilícito penal ou mesmo de infração funcional. Pedido de providências não conhecido” (Processo nº 237/2006-94, julgado 08/06/2006). Sobre o poder investigatório do Ministério Público como cláusula pétrea, verificar, entre outros: CAMBI; BOLZANI, 2014, p. 21-51; CAMBI; ANTUNES, 2014. p. 187-221.

<sup>15</sup> Art. 41. Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, no exercício de sua função, além de outras previstas na Lei Orgânica: [...] V - gozar de inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentos, nos limites de sua independência funcional.

No Processo nº 661/2012-87, julgado em 3 de junho de 2013, o CNMP considerou improcedente o pedido de devolução de inquérito civil à 17ª Promotoria de Justiça Especializada na Defesa do Patrimônio Público de Belo Horizonte, por ter o Procurador-Geral de Justiça avocado os autos, dada a possibilidade de investigar o Chefe do Poder Executivo Estadual. Considerou que já havia procedimento preparatório no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça com objeto idêntico. Também afirmou, com base no artigo 10, X, da Lei nº 8.625/93<sup>16</sup> e no artigo 69, XI, da Lei Complementar Estadual mineira, que o Procurador-Geral de Justiça é a autoridade competente para decidir conflito de atribuições entre os membros do Ministério Público.

Já no Processo nº 628/2012-57, o CNMP também julgou improcedente a reclamação para a preservação da autonomia do Ministério Público, que pretendia a suspensão do ato de avocação de procedimento preparatório, praticado pelo Procurador-Geral de Justiça em exercício do Estado de Goiás, com base no artigo 29, inc. VIII, da Lei 8.625/93<sup>17</sup>.

Tratava-se da apuração de suposto ato ilícito do Procurador-Geral de Justiça, em que o Procurador-Geral em exercício – o decano da instituição – assumiu a responsabilidade de investigar e promover medidas judiciais em face do investigado. O CNMP, por se tratar de ilícito civil, descartou a tese da existência de um foro por prerrogativa de função, mas considerou que o Procurador-Geral de Justiça, por simetria, deve ter tratamento similar ao que a legislação orgânica do Ministério Público reserva aos chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Presidente do Tribunal de Contas Estadual. Com efeito, rejeitou a alegação de violação do princípio da independência funcional do Promotor de Justiça da Capital de Goiás, que estava investigando os fatos<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Art. 10. Compete ao Procurador-Geral de Justiça: [...] X - dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público, designando quem deva officiar no feito.

<sup>17</sup> Art. 29. Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça: [...] VIII - exercer as atribuições do art. 129, II e III, da Constituição Federal, quando a autoridade reclamada for o Governador do Estado, o Presidente da Assembléia Legislativa ou os Presidentes de Tribunais, bem como quando contra estes, por ato praticado em razão de suas funções, deva ser ajuizada a competente ação.

<sup>18</sup> “2. O Procurador-Geral de Justiça, por simetria, deve ter tratamento similar ao que

Além disso, no Processo nº 961/2011-85, decidido em 14 de outubro de 2013, o CNMP julgou improcedente a reclamação para a preservação da autonomia do Ministério Público do Trabalho, em relação a descumprimento de servidor (analista processual, lotado em setor administrativo da instituição) que deixou de elaborar minuta de petição inicial de ação de execução de Termo de Ajustamento de Conduta. Considerou que o servidor ter descumprido o despacho exarado por membro do Ministério Público do Trabalho não é causa violadora do princípio da independência funcional, nem tampouco impede o exercício do cargo de Procurador do Trabalho. Isso porque é atribuição primária do membro do Ministério Público do Trabalho, prevista no rol do artigo 83 da Lei Complementar Federal nº 75, de 20 de maio de 1993, a formulação de peças e manifestações processuais, não podendo deixar de fazê-lo em razão da negativa do servidor<sup>19</sup>.

Além disso, o CNMP tem aplicado o princípio da independência funcional em Procedimento de Controle Administrativo. No Processo nº 733/2012-96, de 3 de junho de 2013, foi julgado procedente o pedido de suspensão da eficácia de projeto de lei, de iniciativa do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que pretendia a criação de Procuradoria de Justiça de Fundações, com atribuições típicas de órgão de execução. O Conselho Nacional do Ministério Público entendeu que o projeto de lei criaria maior burocratização no procedimento de fiscalização das fundações e enti-

---

a legislação orgânica do Ministério Público reserva aos chefes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Presidente do Tribunal de Contas Estadual. Cuida-se de tratamento horizontal aos chefes de Poder, matéria que não se confunde, a toda evidência, com o instituto do “foro privilegiado”. 3. A LOMP/GO observou os princípios da Legalidade e do Promotor Natural ao atribuir ao decano da Instituição a responsabilidade de investigar e promover medidas judiciais em face do Procurador-Geral de Justiça, já que tal atribuição é pautada por absoluta impessoalidade, sendo aferida a partir de critérios objetivos de antiguidade. Hipótese que não trata, por óbvio, de qualquer determinação casuística, com o desígnio de instaurar a condenável figura do ‘acusador de exceção’”.

<sup>19</sup> “2. O fato do servidor não ter cumprido com o despacho exarado por membro do Ministério Público do Trabalho não é causa violadora do princípio da independência funcional ou impede o exercício do cargo de Procurador do Trabalho. [...] 4. Não se pode permitir que, em havendo negativa de um servidor em formular minuta de peça judicial, deixe o membro do Ministério Público de fazê-lo. Assim, deve-se afirmar ao membro do Ministério Público do Trabalho que a ele compete a elaboração de peça inicial de execução a ser proposta em face de descumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta formulado no bojo do Procedimento Preparatório nº 000164.2004.05.000/9”.

dades similares, ao dividir as atribuições extrajudiciais – que seriam atribuídas a Procurador de Justiça – das judiciais, que ficariam a cargo da Promotoria de Justiça Cível. Com isso, o Procurador de Justiça identificaria uma ilegalidade e a remeteria ao Promotor de Justiça, o que influiria indiretamente na sua independência funcional. Determinou, pois, que o Procurador-Geral de Justiça não encaminhasse ao Poder Legislativo Estadual o projeto de lei que pretendia criar Procuradorias de Justiça de Fundações, por ser ilegal, ou, caso já tivesse remetido, para retirar a iniciativa do referido projeto de lei.

### **5. Independência funcional: princípio absoluto ou relativo?**

No âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, verifica-se divergência quanto ao caráter absoluto ou relativo do princípio da independência funcional.

No julgamento nº 537/2010-50, de 17 de novembro de 2012, o CNMP considerou improcedente uma representação por inércia do Ministério Público Estadual, que, em decisão fundamentada, arquivou procedimento por entender que não houve ato de improbidade administrativa, nos seguintes termos:

É insindicável a conduta de membro do Ministério Público que, em decisão fundamentada, externa sua convicção jurídica sobre a matéria, especialmente por se tratar de atividade-fim, nos termos do enunciado nº 06 do CNMP.

A mesma linha de raciocínio foi utilizada pelo CNMP no Processo 1.030/2011-02, de 28 de agosto de 2013, quando, também em representação por inércia, foi alegado que membro do Ministério Público do Rio de Janeiro teria demorado a tomar providências em pedido sobre guarda de filho. O Conselho Nacional julgou improcedente a representação, afirmando o seguinte:

[...] a realização de atos concernentes à atividade-fim do Ministério Público, quando ausente inércia ou excesso de prazo, é insindicável pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em razão da garantia da independência funcional.



Porém o próprio Conselho Nacional do Ministério Público possui decisões que mitigam a rigidez do princípio da independência funcional.

No pedido de revisão de processo disciplinar (Processo nº 631/2008-94, de 5 de dezembro de 2008), o CNMP decidiu, de forma expressa, que o princípio da independência funcional comporta limites, quando resulta na violação de deveres funcionais. Nesse caso, a conduta do agente ministerial deve ser analisada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, no âmbito disciplinar, ainda que se examine o exercício de sua atividade-fim. No caso em apreço, o Promotor de Justiça, em atuação no Tribunal do Júri, pediu, insistiu na oitiva de testemunhas ausentes, o que causou sucessivos adiamentos. Quando as testemunhas compareceram ao Plenário do Tribunal do Júri, o Promotor de Justiça desistiu de ouvi-las e requereu a absolvição do réu, tendo, assim, suprimido a autonomia do Conselho de Sentença. O CNMP aplicou a pena de suspensão de quatro dias ao Promotor de Justiça, por violação do dever de atuar com zelo e presteza<sup>20</sup>.

Além disso, no recurso interno em reclamação disciplinar contra membros do Ministério Público de São Paulo (Processo nº 582/2013-57), o CNMP conheceu do recurso, mas no mérito não lhe deu provimento. Consignou que os órgãos da administração superior e o Conselho Nacional do Ministério Público podem controlar a atividade finalística de membros do Ministério Público, quando atuações teratológicas resvalarem na seara disciplinar. Examinando o mérito do recurso, o CNMP decidiu que não houve, no caso concreto, desrespeito a deveres funcionais<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> “A independência funcional comporta limites. Se da atuação do promotor no Tribunal do Júri, ainda que no exercício de sua atividade-fim, resulta violação a deveres funcionais, é possível a análise da conduta no campo disciplinar. - A insistência na oitiva de testemunhas ausentes, causando sucessivos adiamentos, e o posterior pedido de desistência de sua oitiva quando de seu comparecimento, requerendo a absolvição do réu, suprime a autonomia do Conselho de Sentença e viola o dever de atuar com zelo e presteza. Sucessivas ausências falsamente justificadas, com pedidos de adiamento de Sessões do Júri sem qualquer respaldo documental caracteriza violação a dever funcional. Condenação confirmada. - Pedidos puros e simples de exclusão de qualificadoras em Plenário, devidamente analisados pelos jurados, estão no âmbito da independência funcional. Absolvição destas imputações que se impõe. - Pedido de Revisão Disciplinar parcialmente procedente, para aplicar a pena de suspensão de quatro dias”.

<sup>21</sup> “RECURSO INTERNO EM RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. ALEGAÇÃO DE PREVARICAÇÃO. INDEPENDÊNCIA

Vale lembrar também um caso decidido pelo Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, discutido por Hugo Nigro Mazzilli (1995). Tratava-se de analisar a conduta de um Promotor de Justiça, em processo criminal em que o réu foi condenado pela posse de algumas gramas de cocaína, com base no ora revogado artigo 16 da Lei nº 6.368/76. O sentenciado apelou e o Promotor opinou pela absolvição do recorrente, por considerar que o fato não constituía infração penal (art. 386, III, do Código de Processo Penal). O Procurador de Justiça que atuava junto ao Tribunal de Justiça comunicou o fato à Corregedoria-Geral do Ministério Público, que anotou um conceito “insuficiente” na ficha funcional do Promotor, por considerar que ele havia negado vigência à antiga Lei de Tóxicos, ainda que tivesse invocado, em manifestação fundamentada, a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei nº 6.368/76. O Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, em recurso protocolado pelo Promotor de Justiça, reformou a decisão do Corregedor-Geral, com fundamento no princípio da independência funcional. Sustentou que, sem a proteção desse princípio, os órgãos do Ministério Público seriam meros funcionários subordinados ou hierarquizados, o que retiraria toda a nobreza da instituição, construída com base na mesma liberdade funcional dos demais agentes políticos e semelhante àquelas dos membros do Poder Judiciário em seus julgamentos.

Com efeito, não se admite o patrulhamento ideológico da instituição (órgãos da administração superior ou do Conselho Nacional de Justiça), o que esvaziaria o princípio da independência funcional. Apesar disso, tal princípio não é absoluto, pois é admissível o controle da atuação funcional em casos de extrema gravidade, de sério e inaceitável desvio funcional, provocado por negligência ou dolo, não se excluindo a imposição de sanções disciplinares em casos teratológicos, ainda que esteje em exame o conteúdo de manifestações processuais (MAZZILLI, 1995).

---

FUNCIONAL. RECURSO DESPROVIDO. 1. O entendimento do membro do Ministério Público, na sua atividade finalística, está resguardado pela independência de juízo, somente controlável, pelos órgãos de Administração Superior e por este Conselho Nacional do Ministério Público, quando de teratologia tal que resvale na própria seara disciplinar. 2. No caso dos autos, todas as decisões dos membros reclamados foram devidamente fundamentadas. 3. Não houve desrespeito a deveres funcionais. 4. Recurso conhecido e não provido”.

A questão quanto à existência de limites ao princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público foi objeto de intenso debate pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 28.408<sup>22</sup>.

No caso examinado, o Procurador de Justiça do Estado do Espírito Santo requereu providências ao Conselho Nacional do Ministério Público, em 21 de junho de 2009, acerca da conduta de determinado Promotor de Justiça, que em suas manifestações processuais solicitava que o órgão do Ministério Público, em segundo grau, não fosse intimado para apresentar parecer recursal, após a apresentação de razões ou contrarrazões de recurso da mesma instituição com atuação em primeira instância. Em 20 de outubro de 2009, o CNMP julgou procedente a Representação para a Preservação da Autonomia do Ministério Público nº 757/2009-40, protocolada pelo Procurador de Justiça, determinando que o Promotor de Justiça se abstivesse de formular requerimentos no sentido de que os feitos em que atua fossem julgados sem a intimação do órgão do Ministério Público em segundo grau. Além disso, decidiu que a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Espírito Santo instaurasse procedimento administrativo disciplinar para apurar eventual falta funcional do Promotor de Justiça.

Contra a decisão do CNMP, o Promotor de Justiça impetrou mandado de segurança no STF. Argumentou que o Conselho Nacional do Ministério Público, pelo artigo 130-A, § 2º, da CF, não possuía competência para apreciar a legalidade dos atos decorrentes das funções institucionais do Ministério Público, cuja análise estaria reservada ao Poder Judiciário pelos meios de controle previstos no ordenamento jurídico.

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o MS 28.408, denegou a segurança. Concluiu que a independência funcional, garantida ao impetrante pelo artigo 127, § 1º, da CF, *não é irrestrita*, pois o membro do Ministério Público deve respeito à Constituição e

---

<sup>22</sup> Relator(a): Min. CÂRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 18/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-114 DIVULG 12-06-2014 PUBLIC 13-06-2014.

às leis<sup>23</sup>. Conclui, pois, que não poderia o impetrante, a pretexto de exercer sua independência funcional, formular requerimentos que tolhessem prerrogativas igualmente garantidas pela Constituição da República ou pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público aos demais órgãos e membros do Ministério Público que atuam em segunda instância.

Além disso, o STF decidiu que compete ao Conselho Nacional do Ministério Público zelar pela autonomia funcional do Ministério Público, conforme dispõe o inciso I do § 2º do art. 130-A da Constituição da República<sup>24</sup>.

De qualquer modo, importa salientar que é um equívoco a afirmação de que um princípio jurídico – mesmo com a relevância da indepen-

---

<sup>23</sup> O artigo 41, IV, da Lei nº 8.625/1993 estabelece, como prerrogativa dos membros do Ministério Público, “receber intimação pessoal em qualquer processo e grau de jurisdição, através da entrega dos autos com vista”. Ademais, o artigo 85, incisos II e III, da Lei Orgânica do MP do Espírito Santo dispõe, entre as prerrogativas dos seus membros: “II - ter vistas dos autos após distribuição aos órgãos perante os quais oficiem e intervirem nas sessões de julgamento, para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato” e “III - receber notificação e intimação pessoal em qualquer processo ou procedimento, através da entrega dos autos com vista”.

<sup>24</sup> Porém é curioso notar que no MS 28028 (Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 30/10/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-107 DIVULG 06-06-2013 PUBLIC 07-06-2013) a mesma Turma concedeu mandado de segurança para cassar acórdão do Conselho Nacional do Ministério Público, no Procedimento de Controle nº 368/2008-33, sob o argumento de que o CNMP não poderia adentrar no controle da atividade-fim do Ministério Público. Tratava-se de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), firmado pela Promotoria de Justiça da Comarca de Cariacica, no Estado do Espírito Santo, em possível infração ambiental decorrente de infração sonora, em que Cleber dos Santos se comprometeu em recolher, como compensação ambiental, o valor de R\$ 1.000,00. Encaminhado do TAC para a homologação do Conselho Superior do Ministério Público do Espírito Santo, o órgão colegiado determinou a anulação do procedimento preparatório, por entender que inexistia suporte probatório mínimo para subsidiar o TAC firmado. O membro do Ministério Público em primeiro grau levou a questão ao CNMP que, em procedimento de controle administrativo, anulou a decisão do Conselho Superior do MPES e manteve o TAC, por considerar que tal Conselho Superior somente deveria intervir se houvesse algum vício passível de nulidade, não competindo adentrar no mérito do TAC, sob pena de intervenção indevida. Entretanto, diversamente do que ocorreu no julgamento do MS 28.408, quando houve o exame de manifestação processual (atividade-fim, portanto), o STF reconheceu, de forma manifestamente incongruente, que o CNMP não poderia analisar a atividade-fim do Conselho Superior do Ministério Público estadual em relação ao TAC.

dência funcional – seja absoluto. A pós-modernidade<sup>25</sup> exige a construção de uma *dogmática jurídica* “líquida” ou “fluida” capaz de lidar com elementos heterogêneos (ZAGREBELSKY, 2007, p. 17), presentes em Constituições compromissórias como a brasileira. Logo, os conceitos devem manter a sua autonomia e conviver sem choques destrutivos, mesmo que existam certos movimentos de oscilação, a fim de que um componente não elimine os demais. Com efeito, uma dogmática rígida não atende aos objetivos da ciência e da política constitucionais. Portanto, o único conteúdo *sólido* das Constituições atuais e que precisa ser intransigentemente defendido é a *pluralidade de valores e de princípios* (ZAGREBELSKY, 2007, p. 17).

Como bem assinalou Gustavo Zagrebelsky (2007), a concepção do Direito “por princípios” não constitui uma *ameaça à certeza dos direitos*, porque *tem os pés na terra e não tem a cabeça nas nuvens*: a terra é tanto o ponto de partida para o desenvolvimento do ordenamento jurídico, quanto o de chegada (ZAGREBELSKY, 2007, p. 122). Os princípios se preocupam em conformar a realidade de acordo com os valores que a ela conferem. Logo, as *consequências práticas* do Direito não estão fora da sua aplicação, como pretendia o positivismo jurídico, sendo seu elemento qualitativo. Isso não implica concluir que os fatos devem ter prioridade sobre as normas, mas em sustentar posição de harmonização entre esses dois momentos indissociáveis de aplicação do Direito. Também possibilita que o Direito se volte à realidade, devendo operar, em cada caso concreto, segundo o valor que os princípios a ela assinalam, fazendo com que a validade da norma não se limite ao que dispõe o texto legislativo. Mostra, destarte, que não basta considerar o “direito dos livros”, mas levar em conta o “direito em ação” (ou, em outros termos, que o Direito “vivente” não é, exclusivamente, aquele que está escrito nas leis); rejeita ape-

---

<sup>25</sup> Uma das características dos tempos modernos é a relação cambiante entre espaço e tempo, como explica Zygmunt Bauman: “Graças a sua flexibilidade e expansividade recentemente adquiridas, o tempo moderno se tornou, antes e acima de tudo, a arma na conquista do espaço. Na moderna luta entre tempo e espaço, o espaço era o lado sólido e impassível, pesado e inerte, capaz apenas de uma guerra defensiva, de trincheiras – um obstáculo aos avanços do tempo. O tempo era o lado dinâmico e ativo na batalha, o lado sempre na ofensiva: a força invasora, conquistadora e colonizadora. A velocidade do movimento e o acesso a meios mais rápidos de mobilidade chegaram nos tempos modernos à posição de principal ferramenta do poder e da dominação” (2001, p. 17).

nas a “validez lógica”, reclamando por uma “validez prática” (ZAGREBELSKY, 2007, p. 122). Portanto, sendo a Constituição constituída de princípios, e contendo os princípios conceitos (como humanidade, dignidade, igualdade, liberdade, etc.) que se modificam no tempo, a Constituição é “viva”, porque aberta à evolução da cultura jurídica (ZAGREBELSKY, 2007, p. 98).

O princípio da independência funcional garante imunidade ao membro do Ministério Público contra as pressões *externas* (dos agentes dos poderes do Estado e dos agentes do poder econômico)<sup>26</sup> e *internas* (dos órgãos da administração superior do Ministério Público), mas não assegura que o agente ministerial possa agir *contra legem* ou mesmo com base em pautas pessoais ou subjetivas que contrariem os objetivos institucionais, presentes na Constituição Federal, assumidos perante a sociedade brasileira (GOULART, 2013).

Quando se afirma que o membro do Ministério Público, no exercício de suas funções, deve somente obediência ao Direito e à sua consciência, não significa que ele esteja autorizado a adotar juízos estritamente pessoais. A consciência, que legitima a aplicação do princípio da independência funcional, é a *consciência ética*, informada por valores *universais* e *impessoais*, pautados na democracia e na justiça social, e capazes de traduzir o compromisso transformador que o Ministério Público assumiu, pela via constitucional, com a sociedade brasileira (GOULART, 2013, p. 135).

---

<sup>26</sup> Não se pode ignorar que na história brasileira recente várias foram as iniciativas para tolher a atuação do Ministério Público brasileiro, como a Proposta de Emenda Constitucional n° 37/2011, que pretendia alterar o artigo 144, § 10º, da Constituição Federal, para retirar do MP o poder de investigação criminal, bem como o Projeto de Lei 2.961/97 (conhecido como Lei da Mordada), que pretendia classificar como crime a manifestação do Promotor de Justiça, entre outras autoridades, em qualquer meio de comunicação, impedindo a manifestação de opinião ou a divulgação sobre a investigação, mas também a revelação de fatos de que tenha ciência em razão do cargo e que violem o interesse público. No XIV Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Recife, em 2001, uma das teses se referia ao Projeto de Lei 2.961/97 e assim asseverava: “O controle quanto a qualquer excesso sem restringir a garantia do livre exercício das funções institucionais é de ser realizado pela Instituição, através dos próprios órgãos existentes. O que não se aceita é a indevida ingerência do poder legislativo, que visa apenas impedir a liberdade de ação, negando ou restringindo o formidável leque de funções conferidas ao Parquet pela Constituição Federal de 1988” (ROSA; GODOY FILHO, 2001. p. 28).

De igual modo, o agir do Ministério Público não decorre da obediência cega à lei, mas da utilização do Direito como instrumento político de transformação social, destinado à concretização da Constituição dirigente e à defesa dos direitos fundamentais, com especial atenção à tutela dos interesses das pessoas “invisíveis”, dos excluídos, dos vulneráveis e dos que estão à margem do mínimo existencial<sup>27</sup>.

Os membros do Ministério Público possuem deveres institucionais ligados à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CF). Assim, a independência funcional não pode ser invocada para contrariar os fins estabelecidos pela Constituição Federal ao Ministério Público. Portanto, impor limitações à independência funcional não significa negá-la, mas sim adequá-la aos deveres inerentes à destinação institucional do Ministério Público.

Tal como a liberdade está sujeita à lei, a independência funcional do Ministério Público deve harmonizar-se com outros princípios, como

---

<sup>27</sup> Gilberto Giacoia, ao tratar de conselhos aos jovens Promotores, falou acerca de dois cuidados: a falta de vocação, de um lado, e o excesso de vocação, de outro: “Penso que há dois cuidados a se tomar situados em dois eixos que poderiam se complementar. O primeiro é o da falta de vocação. As novas gerações de promotores vivem um universo psicológico de cruel competição no campo das carreiras jurídicas. A disputa passa a reclamar uma formação excessivamente técnica no sentido do conhecimento formal do direito. E a busca pelo melhor lugar, no plano da colocação funcional de destaque em termos de importância de remuneração e de posto na república, acaba por gerar o que se propaga, até com um certo tom jocoso, como ‘geração concursista’. Essa falta de compromisso com os ideais institucionais, esse desapego vocacional, esse desamor filial, acabam sendo muito graves na consolidação de uma cultura própria de Ministério Público e que tanto nos credencia junto à sociedade. Lembro-me, aqui, da emotiva história de Philomena, recentemente reproduzida nas telas. E como nela se enfatiza a importância de nossas raízes. O ideal de MP deve estar introjetado na alma do promotor de justiça. O segundo eixo talvez seja o de excesso de vocação. Há aqueles que, entusiasmados demais, tomam uma postura unigênita. Cogitam habitar uma instituição insular, esquecendo-se que somos constelação e que não detemos o monopólio da verdade e da virtude. Que devemos relações republicanas. Aqui, a importância da permanente prática da humildade, do afastamento da arrogância e da truculência institucional, bem como da proximidade de uma visão humanista de nossa vocação. Em outras palavras, há que se ter claro que é muito mais promotor de justiça o agente político de transformação social que o dogmático, o possuidor de um inflexível tecnicismo, às vezes comodista, gramatical, semântico e literal, que muito se afasta do que esperam de nós. Pontes de ouro, canais condutores, num atuar preponderantemente preventivo, gradativamente politizando a sociedade. Por isso mesmo, nossos gabinetes devem ser sem portas” (2014, p. 16). Verificar ainda: GIACOIA, 2007, p. 279-286.

os da legalidade, moralidade e eficiência. Assim, presente uma hipótese em que a lei determina o agir ministerial, não pode o membro do Ministério Público deixar de atuar, seja para instaurar um procedimento administrativo, realizar diligência, propor uma ação, recorrer ou simplesmente participar de um ato judicial. A recusa em agir deve ser justificada com elementos fáticos e jurídicos. Portanto, não existe independência funcional para violar a lei, os deveres éticos do Ministério Público e o planejamento estratégico que permite, de forma organizada, otimizar os recursos públicos para que a instituição possua efetividade mínima necessária para ser reconhecida como essencial à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Dessa maneira, o trabalho do membro do Ministério Público deve ser informado pelo planejamento institucional estratégico capaz de otimizar os recursos humanos e potencializar os resultados dos esforços e ações ministeriais para promover o desenvolvimento humano, social, político e econômico esperado pela sociedade brasileira<sup>28</sup>.

## **6. Aplicação do princípio da independência funcional pelos Tribunais Superiores**

A conformação jurisprudencial do princípio da independência funcional tem gerado debates nos Tribunais Superiores.

No HC 243.676/SP<sup>29</sup>, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em processo penal em que o acusado havia sido denunciado por roubo majorado e extorsão mediante sequestro, um membro do Ministério Público, em alegações finais, pediu a absolvição quanto ao delito de extorsão mediante sequestro. O juiz absolveu o acusado em relação a esse crime, e outro Promotor de Justiça apelou da decisão. O Ministro-Relator, Sebastião Reis Júnior, entendeu que houve preclusão para o Ministério Público, que não poderia recorrer da sentença por ausên-

---

<sup>28</sup> “Interessa à sociedade que cada um dos membros do Ministério Público atue afinado com os objetivos fundamentais da Instituição, a fim de que a atuação desta resulte em alterações perceptíveis da realidade social” (PROENÇA, 2001, p. 47).

<sup>29</sup> Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Rel. p/ Acórdão Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, julgado em 15/10/2013, DJe 04/08/2014.



cia de interesse processual. Afirmou que, no caso de um membro do Ministério Público se manifestar pela absolvição em alegações finais, e a sentença acatar essa manifestação, outro Promotor de Justiça não pode impugnar a sentença para requerer ao Tribunal a condenação, porque – embora a independência funcional não retire do Ministério Público a faculdade de retratação de seus posicionamentos –, as funções desempenhadas por seus integrantes não tem vinculação pessoal, mas representam a manifestação de todo o corpo da instituição.

Contudo, prevaleceu o voto do Ministro Rogério Schietti Cruz, pelo qual é possível que um membro do Ministério Público interponha apelação, postulando a condenação do acusado, mesmo quando a sentença acolhe manifestação de outro Promotor de Justiça, que, em alegações finais, requereu a absolvição do réu. A divergência de posições entre integrantes da instituição não elimina o conflito entre o interesse punitivo do Estado, representado pelo Ministério Público, e o interesse de proteção à liberdade do indivíduo. O Ministério Público é regido pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, que impõe a sua propositura e a sua condução até o seu desfecho, ainda que, eventualmente, um membro possa se posicionar de forma diferente da de outro. Não prevalece no processo penal o instituto da sucumbência, tal como concebido no âmbito do processo civil, que se mede única e exclusivamente pela comparação entre o que foi pedido e o que foi concedido.

A mesma linha de raciocínio prevaleceu no julgamento do RHC 30.353/RN<sup>30</sup>, quando se discutiu a existência de materialidade de crime de tortura (art. 1º, II, §§ 3º e 4º da Lei nº 9.455/1997), em que o laudo pericial não foi conclusivo no sentido de a vítima ter morrido em decorrência de agressões, nem excluiu a possibilidade de a vítima ter sofrido trauma na cabeça decorrente de uma queda. O Promotor de Justiça pediu o arquivamento do inquérito policial pela ausência de comprovação da materialidade delitiva. O magistrado discordou desse entendimento e, com fundamento no artigo 28 do Código de Processo Penal, remeteu os autos ao Procurador-Geral de Justiça, que designou outro Promotor para requerer novas diligências à autoridade policial, tendo culminado no oferecimento da denúncia. O STJ

---

<sup>30</sup> Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 04/09/2013.

confirmou a legalidade do procedimento, em razão da autonomia e da independência funcional dos membros do Ministério Público.

Apesar da orientação majoritária do Superior Tribunal de Justiça, a exegese do artigo 127, § 1º, da Constituição Federal ainda não é pacífica. Tanto é que, em 11 de setembro de 2011, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada no Recurso Extraordinário nº 590.908. Nesse recurso, o Ministério Público de Alagoas (MP-AL) pede a reforma de decisão do Tribunal de Justiça estadual, que entendeu que uma Promotora de Justiça estaria vinculada ao entendimento de seu antecessor, o qual teria pedido a impronúncia de um réu na fase de alegações finais, não podendo recorrer da decisão de primeira instância que acolheu o parecer do Ministério Público de que o acusado não fosse levado ao Tribunal do Júri.

O MP-AL invocou a violação do princípio da independência funcional para pedir que o réu seja pronunciado e, posteriormente, submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri. A repercussão geral foi reconhecida pelos Ministros Dias Toffoli, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello. Em sentido contrário, consideraram que a controvérsia não possui repercussão geral os Ministros Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso e Luiz Fux, segundo os quais a causa versa sobre a existência de preclusão do direito do Ministério Público – que atua em uma mesma instância – de recorrer da decisão do Tribunal de Justiça.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, a discussão sobre a ocorrência de preclusão lógica, em face dos princípios da unidade e da indivisibilidade do Ministério Público, bem como da violação da independência funcional, não ultrapassa o interesse subjetivo das partes. Ultrapassado o reconhecimento da repercussão geral, cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir se o Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, ao considerar que a Promotora de Justiça não poderia recorrer de decisão de impronúncia, baseada em parecer de outro membro do Ministério Público, violou o princípio da independência funcional. Tal repercussão geral é a de número 496, e os autos estão conclusos com o relator, Ministro Celso de Mello, desde 14 de junho de 2012.

Em outros julgamentos, todavia, o Supremo Tribunal Federal interpretou o princípio da independência funcional do Ministério Público. No HC 102.147-Agr<sup>31</sup>, embora sem fazer expressa menção ao princípio da independência funcional, a 2ª Turma considerou que a ocorrência de opiniões colidentes, manifestadas em momentos sucessivos por Procuradores de Justiça oficiantes no mesmo procedimento jurídico, não ofende o postulado do Promotor Natural, em face da autonomia intelectual que qualifica a atuação do Ministério Público.

Tratava-se de processo criminal em que o Procurador de Justiça que elaborou o parecer recursal opinou pela impronúncia do réu, ao passo que o Procurador que atuou na sessão de julgamento do recurso em sentido estrito perante a Primeira Câmara do Tribunal de Justiça de Goiás distribuiu memoriais e manifestou-se pela confirmação da sentença de pronúncia. No corpo do acórdão, o Min. Celso de Mello asseverou que:

[...] a garantia da independência funcional, viabilizada, entre outras, pela prerrogativa de inamovibilidade, reveste-se de caráter tutelar. É de ordem institucional (CF, art. 127, § 1º) e, nesse plano, acentua a posição autônoma do Ministério Público em face dos Poderes da República, com os quais não mantém vínculo de qualquer subordinação hierárquico-administrativa.

No HC 80.315<sup>32</sup>, a 1ª Turma decidiu que a concordância do Promotor de Justiça com a tese da defesa, deduzida na apelação, não vincula, em razão do princípio da independência funcional, os órgãos da instituição que oficiam junto ao Tribunal, nem os inibe de interpor recurso especial contra a decisão que, provendo o recurso da defesa, desclassificou a infração.

No HC 77.041<sup>33</sup>, a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais impetrou *habeas corpus* contra a decisão do Tribunal de Justiça que

<sup>31</sup> Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

<sup>32</sup> Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 29/08/2000, DJ 13-10-2000 PP-00011 EMENT VOL-02008-03 PP-00534.

<sup>33</sup> Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 26/05/1998, DJ 07-08-1998 PP-00022 EMENT VOL-01917-03 PP-00489.

anulou transação penal e, de consequência, determinou o prosseguimento do processo penal. O paciente havia sido denunciado pelo crime tipificado no artigo 299 do Código Penal (falsidade ideológica) e, após o recebimento da peça acusatória, por ocasião de seu interrogatório, o Promotor de Justiça propôs transação penal para a imediata aplicação de pena de multa, que foi aceita pelo paciente e homologada pelo juiz por sentença, na qual se declarou extinta a punibilidade.

O próprio Promotor de Justiça, percebendo que a pena cominada ao delito não autorizava a admissibilidade da transação penal (art. 61 da Lei nº 9.099/95), interpôs recurso em sentido estrito (art. 581, inc. III, CPP) para sustentar que não era admissível a transação penal na espécie. O Tribunal de Justiça mineiro, recebendo o recurso como apelação, deu-lhe provimento. O Supremo Tribunal Federal considerou que o Ministério Público, como *custos legis*, possui legitimidade para recorrer e, com base no princípio da independência funcional, pode manifestar-se de forma divergente, até no mesmo processo.

Ainda, no HC 69.957<sup>34</sup>, a 2ª Turma do STF decidiu que não falta interesse processual ao Promotor de Justiça para recorrer de sentença absolutória em que outro membro da instituição, nas alegações finais, havia pedido a absolvição do acusado. Isto porque a manifestação do Ministério Público, em alegações finais, não vincula o julgador, tal como sucede com o pedido de arquivamento de inquérito policial (art. 28/CPP)<sup>35</sup>.

Portanto, embora não exista uma solução definitiva quanto ao alcance do princípio da independência funcional e seja necessário aguardar o julgamento do STF acerca da Repercussão Geral nº 496, há vários julgados que confirmam a importância e o alcance desse princípio-garantia para o Ministério Público.

---

<sup>34</sup> Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 09/03/1993, DJ 25-03-1994 PP-05996 EMENT VOL-01738-01 PP-00159.

<sup>35</sup> No mesmo sentido, conferir: HC 108.459-CE, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-222, divulg. 22-11-2011, pub. 23-11-2011.

## 7. Dimensão argumentativa do princípio da independência funcional

A *pretensão de universalidade* é uma exigência da argumentação jurídica. *Argumentação universal* é aquela aceita, de forma geral, dentro da sociedade e do sistema jurídico no qual está inserida, sendo racionalmente compreensível a todos (BARCELLOS, 2005, p. 126). Assim, os intérpretes jurídicos não podem valer-se de argumentos que somente façam sentido para um grupo, e não para a totalidade das pessoas (BARCELLOS, 2005, p. 126-127).

Tanto os membros do Ministério Público (Promotores e Procuradores), quanto os seus demais órgãos (como o Conselho Superior e o Colégio de Procuradores), possuem independência funcional em relação ao exercício das *atividades-fim*, podendo formar sua convicção com base na interpretação razoável da Constituição, das leis e dos fatos jurídicos.

Exceto nas hipóteses previstas em lei (como nos casos de delegação de atribuição originária do Procurador-Geral ou de rejeição de arquivamento de inquérito policial ou civil – art. 28 do CPP e art. 9º da Lei de Ação Civil Pública), os membros ou órgãos do Ministério Público não podem receber ordens, como instaurar ou deixar de instaurar um procedimento administrativo, propor ou deixar de propor uma ação, recorrer ou deixar de recorrer, adotar esta ou aquela tese jurídica (MAZZILLI, 2013, p. 226).

Os membros do Ministério Público são agentes políticos e, tal como os membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, possuem plena liberdade funcional para agir na esfera das atribuições conferidas pela ordem jurídica.

Na hipótese de exercício irregular das funções, os membros do Ministério Público podem ser responsabilizados civil, penal e disciplinarmente.

Em outras palavras, a independência funcional é uma prerrogativa dos membros do Ministério Público, que devem fazer cumprir a Constituição e as leis sem o temor de contrariar os detentores do poder político e econômico. Por isso, a independência funcional se desdobra em duas funções: i) o poder de atuar livremente, con-

forme a sua consciência e o que determina a ordem jurídica, sem vincular-se a ordens superiores no desenvolvimento de suas atividades-fim; ii) a independência para buscar a consecução do disposto no artigo 127, *caput*, da Constituição Federal, sem o risco de serem responsabilizados pelos atos praticados no estrito cumprimento de suas funções (GARCIA, 2014b, p. 140).

Tal como os juízes têm livre convencimento para decidir as causas que lhes são submetidas (art. 131 do CPC-73)<sup>36</sup>, não podendo responder por perdas e danos na hipótese de culpa (art. 133 do CPC-73)<sup>37</sup>, os membros do Ministério Público também gozam de independência para buscar o cumprimento da ordem jurídica sem ter de se submeter às pressões dos poderosos ou sob o risco de serem responsabilizados por eventuais erros na sua atuação, salvo se cometidos com dolo ou fraude (art. 85/CPC-73)<sup>38</sup>.

Entretanto, nas *atividades-meio*, devem os membros do Ministério Público seguir as instruções, resoluções, recomendações e atos normativos das autoridades administrativas da própria instituição (*v.g.*, preencher os relatórios e manter os livros exigidos pela Corregedoria-Geral do Ministério Público; submeter-se a inspeções e correições das respectivas Corregedorias, incluída a do CNMP; cumprir as metas, objetivos e indicadores traçados pelo planejamento estratégico).

A Constituição Federal estabelece princípios institucionais-garantia para permitir que os membros do Ministério Público, na tarefa de

---

<sup>36</sup> No artigo art. 368 do NCP (versão aprovada pelo Senado Federal em dezembro de 2014), o “juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

<sup>37</sup> No artigo art. 143 do NCP (versão aprovada pelo Senado Federal em dezembro de 2014), o “juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de dez dias”.

<sup>38</sup> No artigo art. 181 do NCP (versão aprovada pelo Senado Federal em dezembro de 2014), o “membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções”.

zelar pela vontade geral, fiquem imunes às pressões dos poderes políticos e econômicos, bem como do crime organizado, e possam atuar com segurança contra os setores da sociedade que resistem às transformações sociais e se organizam para a prática de ilicitudes (GOULART, 2013, p. 135). A Constituição Federal de 1988 tanto valorizou a independência e a autonomia do Ministério Público que considera crime de responsabilidade do Presidente da República a prática de atos atentatórios ao livre exercício da instituição (art. 85, II, CF) (MORAES, 2006, p. 1680).

Para combater esses segmentos que resistem a cumprir a ordem jurídica, dificultam a consagração do regime democrático ou violam os interesses sociais e individuais indisponíveis, é preciso que os agentes políticos do Ministério Público estejam imunes às pressões dos detentores do poder. Portanto, os princípios institucionais-garantia do Ministério Público, previstos na Constituição Federal, a independência funcional, a inamovibilidade, o Promotor Natural, a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos protegem os agentes ministeriais para que possam exercer suas funções em benefício e proteção dos interesses sociais.

Logo, a independência funcional, prevista no artigo 127, § 1º, da Constituição Federal, é um princípio de proteção, em primeiro plano, da sociedade como um todo e, apenas em segundo plano, dos membros do Ministério Público, para que sua atuação seja livre de quaisquer pressões, baseada na livre convicção motivada, mas sempre voltada à consecução dos fins constitucionais do Ministério Público (art. 127, *caput*, CF)<sup>39</sup>.

## **8. Vinculação do planejamento estratégico do Ministério Público e independência funcional**

O Ministério Público brasileiro possui um planejamento estratégico nacional, feito sob a coordenação do Conselho Nacional do Ministé-

<sup>39</sup> “A independência funcional dos membros do Ministério Público encerra norma protetiva da ordem jurídica e da sociedade como um todo e, apenas em segundo plano, aos membros do *parquet*, permitindo que a atuação funcional seja livre de quaisquer pressões, externando tão somente a livre convicção motivada do membro.” (CNMP, Processo 628/2010-95, julgado em 8 de novembro de 2010).

rio Público, com a finalidade de fortalecer a instituição, à luz de uma agenda estratégica capaz de alinhar os ramos do Ministério Público segundo objetivos comuns que busquem a melhoria dos serviços prestados à sociedade.

O Planejamento Estratégico Nacional do Ministério Público baseia-se no respeito das autonomias e da independência funcional de cada um dos ramos do Ministério Público brasileiro. O escopo é definir diretrizes convergentes que aumentem sua eficiência de atuação.

O primeiro mapa estratégico nacional foi elaborado para vigorar entre 2010 e 2015 e fixou como missão a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, buscando a concretização dos valores democráticos e da cidadania. Apontou, como visão de futuro para o Ministério Público, ser uma instituição reconhecida como transformadora da realidade social e essencial à preservação da ordem jurídica e do regime democrático. Indicou que a gestão estratégica do Ministério Público deve ser orientada pela unidade e eficiência da atuação institucional e operacional, pelo compromisso com a comunicação e com o relacionamento institucional, com a profissionalização da gestão e com o aperfeiçoamento da tecnologia da informação. Prevê ainda, como principais retornos à sociedade, a defesa dos direitos fundamentais, a transformação social, a indução de políticas públicas e a diminuição da criminalidade.

Por sua vez, cada unidade do Ministério Público da União e os Ministérios Públicos Estaduais possuem seu planejamento estratégico com objetivos, metas, indicadores, planos, projetos e programas.

De início, é preciso afastar a ideia da existência de uma absoluta incompatibilidade entre o princípio da unidade e o da independência funcional. Tal sugestão deve ser evitada, ao contrário do que induz Emerson Garcia, ao afirmar que não se pode falar em independência onde há hierarquia (2014b, p. 130). Aliás, o próprio autor ensina que não há direitos absolutos no Estado Democrático de Direito, o que exige o estabelecimento de critérios para a solução dos conflitos normativos e das colisões entre princípios (2014b, p. 141).



Ao contrário, é preciso buscar a harmonização dos princípios da unidade e da independência funcional. O princípio da unidade não indica tão somente que o Ministério Público é uma instituição incindível, sujeita a uma única chefia, com todos os seus membros subordinados administrativamente ao Procurador-Geral. O princípio da unidade vai além dessa definição tradicional, pois, ao ser consagrado no artigo 127, § 1º, da Constituição Federal, adquiriu conotação política, isto é, tal princípio informa e orienta a atuação político-institucional do Ministério Público, que, pela definição de critérios objetivos fixados na estratégia institucional, consagrados em planos e programas de atuação acerca das prioridades e dos meios de ação para o cumprimento da estratégia, forma uma unidade ideológica e de ação (GOULART, 2001, p. 40-41).

Assim, se o princípio da independência funcional afasta qualquer forma de ingerência nas atividades-fim desenvolvidas pelos membros do Ministério Público, não impede contudo que os órgãos da administração superior garantam a unidade política, ideológica e de ação estratégica do Ministério Público, mediante a permanente mobilização dos membros da instituição no sentido de concretizar os objetivos estratégicos e no fornecimento dos meios e dos suportes materiais necessários ao cumprimento das metas estabelecidas no planejamento estratégico.

Como mandados de otimização, ambos os princípios (o da unidade e o da independência funcional) podem conflitar, mas tal conflito deve ser solucionado com respeito às diretrizes gerais traçadas para toda a instituição – que deve seguir os objetivos, metas e diretrizes do planejamento estratégico, elaborado de forma democrática pelos membros do Ministério Público (a fim de ser uma política institucional impessoal, que coloca o sentimento coletivo majoritário acima das percepções, vontades ou opiniões individuais) – e, destarte, sem prejuízo das convicções jurídicas, políticas e ideológicas dos Promotores e Procuradores, todos chamados a contribuir com a construção dos objetivos institucionais prioritários. Quem ganha com isso é a própria instituição, que se fortalece, e principalmente a sociedade, com ações integradas capazes de obter resultados mais eficientes. Assim, por exemplo, ao adotar estratégias regionais

comuns para cuidar dos rios da bacia hidrográfica da comarca em que o Promotor atua, ou ao vincular-se a políticas institucionais de proteção ao patrimônio público, não se viola a independência funcional, mas potencializa-se a unidade institucional na busca por resultados mais eficientes na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais homogêneos<sup>40</sup>.

Nesse sentido, é importante destacar que a reorganização do Ministério Público de Minas Gerais para a atuação por bacia hidrográfica e para a proteção do meio ambiente natural, cultural e urbanístico foi o projeto vencedor da categoria “Ministério Público” do Prêmio Innovare em 2010, cujo tema era a desburocratização da Justiça: pesquisa e modernização da Justiça brasileira.

O projeto de reorganização por bacia hidrográfica foi criado em 2001, a partir de parceria entre o MPMG e o Ministério do Meio Ambiente, para a revitalização do rio São Francisco. A ação dos membros do MP passou a ser otimizada e uniforme, o que permitiu excelentes resultados na proteção e recuperação das matas ciliares e das áreas de recarga hídrica devastadas, das glebas degradadas pela mineração, bem como o reflorestamento, decorrente da ocupação irregular do solo e da poluição das águas por esgoto doméstico, efluentes industriais, agrotóxicos e mercúrio, além da captação clandestina de recursos hídricos.

---

<sup>40</sup> Ao tratar do Plano Estratégico Nacional (PEN), a então Conselheira do CNMP Cláudia Chagas bem asseverou: “O MP tem uma missão relevante e para o seu bom desempenho precisa da autonomia institucional e da independência funcional. São dois conceitos indissociáveis da nossa atuação. Não é possível, contudo, que consideremos que os valores da autonomia e da independência sejam incompatíveis com a unidade, que também está prevista na Constituição Federal. Diante disso, PEN é uma oportunidade para promovermos uma maior integração entre os diversos ramos e unidades. É a possibilidade de encontrar convergências na diversidade e construir a unidade respeitando a autonomia. Certamente é um marco para o MP brasileiro, pois se trata de uma iniciativa inédita que vem recebendo amplo apoio e certamente será aperfeiçoado ao longo do tempo. Pretende-se iniciar um processo na busca do aperfeiçoamento e de uma maior eficiência do MP brasileiro. A intenção é que o PEN tenha continuidade independentemente de quem esteja à frente das instituições participantes.” (Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/artigos/3485-o-planejamento-e-a-possibilidade-de-construir-uma-unidade-respeitando-a-autonomia-do-mp-brasileiro?highlight=WyJpbmRlcGVuZFx1MDBlYW5jaWEiLCJmdW5jaW9uYWw1LjJpbmRlcGVuZFx1MDBlYW5jaWEgZnVuY2l2bWFiI0=>>. Acesso em: 28 jan. 2015).

O sucesso do alcance ambiental e social desse modelo de atuação inspirou sua ampliação para outras regiões do estado de Minas Gerais em 2009, e também para outros estados da Federação. A exemplo do MPMG, o Ministério Público do Paraná, pela Resolução nº 1.021/2014, instituiu o projeto estratégico “Rede Ambiental das Bacias Hidrográficas”, para viabilizar o trabalho conjunto, uniforme e estratégico da instituição, ante as prioridades ambientais de cada região. O estado foi dividido em 12 regiões, com base nos limites das Unidades Hidrográficas de Gestão de Recursos Hídricos utilizados pelo Executivo estadual, para facilitar a atuação integrada das Promotorias de Justiça de Proteção ao Meio Ambiente com outros órgãos e setores da sociedade engajados na proteção da natureza, com adaptações que viabilizam as atividades jurídico-administrativas nas comarcas.

Na defesa do patrimônio público, vale destacar o Programa Estratégia Estadual de Combate à Corrupção (ECCO), desenvolvido pelo Ministério Público de Rondônia e vencedor do Prêmio Innovare de 2013, na categoria “Ministério Público”. A iniciativa foi composta de um conjunto de ações no âmbito do governo estadual para o enfrentamento da corrupção (em seus aspectos civis e penais), por meio da atuação preventiva do Ministério Público. Foram considerados quatro eixos temáticos: a adoção de portais de transparência pela administração estadual e municipais (Prefeituras e Câmaras); a implantação de mecanismo de controle de gastos de combustível de veículos e máquinas pelos entes públicos municipais e estaduais; a efetivação do artigo 1º da Lei nº 8.730/1993<sup>41</sup> e do artigo 13 da Lei nº 8.429/1992<sup>42</sup> (controle patrimonial de agentes públicos); o combate à cedência irregular de servidores públicos. O projeto também promoveu ações de sensibilização para os membros do Ministério Público, estimulando a adesão ao projeto<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> Art. 1º É obrigatória a apresentação de declaração de bens, com indicação das fontes de renda, no momento da posse ou, inexistindo esta, na entrada em exercício de cargo, emprego ou função, bem como no final de cada exercício financeiro, no término da gestão ou mandato e nas hipóteses de exoneração, renúncia ou afastamento definitivo, por parte das autoridades e servidores públicos [...].

<sup>42</sup> Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente [...].

<sup>43</sup> No âmbito do combate à corrupção pela promoção da educação para o exercício da

A independência funcional, além de uma garantia individual, possui conotação social. Ao membro do Ministério Público é assegurada liberdade de ação, dentro dos limites do ordenamento jurídico, para construir uma sociedade livre, igualitária, justa e solidária. Não pode a independência funcional servir, pois, como justificativa para não agir na defesa de direitos fundamentais, que exigem, além da atuação individual, a integração e a otimização de esforços institucionais, inclusive para o controle e a efetividade de políticas públicas relacionadas aos direitos sociais, sob pena de não se desenvolverem integralmente.

Na essência, a independência funcional é uma proteção ao exercício das atribuições constitucionais do Ministério Público para que seus membros possam agir, se necessário, contra os detentores do poder político ou econômico, para fazer cumprir o que estabelece a ordem jurídica. Não consagra, com isso, a atuação individualista e isolada dos membros da instituição, nem lhes confere poderes para fazer o que bem entendam, sem vincular-se às legítimas políticas institucionais de redução das violações de direitos na sociedade brasileira. Isso porque o princípio da independência funcional não é um fim em si mesmo, que se incorpora à pessoa dos membros do Ministério Público no momento em que tomam posse no cargo, mas um instrumento à disposição dos seus agentes para satisfazer o interesse público (GARCIA, 2014b, p. 142), que é a única razão da existência do Ministério Público.

---

cidadania, o Ministério Público do Paraná desenvolve, desde 2012, o projeto estratégico Movimento Paraná Sem Corrupção, com a articulação de diversos segmentos (industrial, comercial, esportivo, religioso, imprensa etc.), para a realização de ações dentro das escolas e na comunidade. O projeto celebrou mais de quatrocentas parcerias, em todo o Estado do Paraná, e desenvolveu campanhas de promoção da cidadania, palestras em escolas, concursos culturais, audiências públicas e centenas de ações de mídia para divulgar as ações do Ministério Público na sociedade. Em 2014, o Movimento Paraná Sem Corrupção realizou a Campanha Geração Atitude que, dentre outras ações, elaborou o Guia do Cidadão, contendo informações sobre a atuação do MP e dos três poderes, o funcionamento do sistema eleitoral e das instâncias de participação social, entre outros temas. Por meio de convênio com a Secretaria de Estado da Educação do Paraná, o conteúdo do Guia foi integrado em planos de aula para o ensino médio, da rede pública estadual, em disciplinas como Filosofia, Sociologia e História. O Movimento Paraná Sem Corrupção foi agraciado, em 2014, com o 3º lugar do Prêmio CNMP, na categoria Diminuição da Criminalidade e da Corrupção. Cfr. CAMBI, 2014. p. 70-74.

Assim, o princípio da independência funcional deve ser interpretado à luz dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não dos sentimentos, vontades ou aspirações, legítimas ou não, do agente do MP. A independência funcional, portanto, como prerrogativa conferida aos agentes ministeriais para a consecução dos fins constitucionais, não se confunde com a vaidade do membro que ocupa o cargo de Promotor ou de Procurador (GARCIA, 2014b, p. 143).

A legitimação social do Ministério Público brasileiro é proporcional aos resultados que consegue atingir no combate às desigualdades e injustiças sociais. Para elevar os índices de qualidade dos serviços públicos (como os de saúde, educação e segurança públicas), é imprescindível a atuação planejada, coordenada e integrada dos membros da instituição.

Ademais, o planejamento institucional é uma atividade-meio, de natureza administrativa, voltada à construção de objetivos, metas e indicadores para aperfeiçoar a atuação do Ministério Público como instituição vocacionada para a efetivação dos direitos humanos e fundamentais.

O planejamento estratégico do Ministério Público é regido pelos princípios da participação, coordenação, integração e continuidade. Não é uma imposição hierárquica do Procurador-Geral ou da administração superior da instituição, mas uma forma de governança institucional participativa.

A elaboração e os ajustes dos planos institucionais decorrem de encaminhamentos de grupos de estudos regionais, da sociedade civil<sup>44</sup> (por meio de consultas ou audiências públicas e canais de integração disponíveis na página eletrônica da instituição), banco de ideias, informações estatísticas, resultados de pesquisa de opinião pública e pesquisas acadêmicas. Compete ainda aos Centros de Apoio Operacionais dos Ministérios Públicos dos Estados e às Câmaras de Coordenação e Revisão das unidades do Ministério Público da União, nas suas áreas específicas, colaborar com a elaboração, supervisão, coordenação, assessoramento e execução do planejamento institucional.

---

<sup>44</sup> Sobre a interação do Ministério Público com a sociedade, na construção do planejamento estratégico, verificar, dentre outros: CARUNCHO; BERCLAZ, 2009. p. 509-517; RODRIGUES, 2009. p. 584-592; BUCHMANN, 2013b. p. 737-751.

Com o intuito de adotar um modelo de democracia participativa, integrando o Ministério Público à comunidade, foi desenvolvido no Paraná um processo metodológico baseado em sistemas de informações e indicadores municipais, na elaboração de frequentes avaliações externas por pesquisa de imagem e na realização periódica de audiências públicas, tanto para a legitimação do plano de ação proposto, quanto na apresentação de seus resultados.

Tal processo metodológico, voltado a uma melhor governança dos planos de ação, apresenta dados concretos e atualizáveis para o controle das metas estabelecidas, além de orientar a execução dos planos e monitorar, com a participação comunitária, as atividades e os resultados. Dessa maneira, o planejamento institucional deixa de ser verticalizado, desde a administração superior até ao órgão de execução do Ministério Público, o que possibilita aferir as necessidades concretas da comunidade e preservar a independência funcional, sem descuidar da realidade social em que o órgão de execução se encontra inserido, potencializando assim o papel do Ministério Público como agente de transformação social<sup>45</sup>.

Tudo isso porque cabe aos órgãos e às unidades administrativas do Ministério Público, a partir das diretrizes gerais traçadas pelo setor de planejamento estratégico da instituição, desenvolver seus respectivos planejamentos setoriais, isto é, desdobrar o plano estratégico, com a previsão das atividades a serem desenvolvidas durante cada exercício.

Desse modo, o planejamento estratégico resulta da atividade coordenada, integrada e contínua de toda a instituição. Não suprime as iniciativas, a criatividade e a capacidade do membro do Ministério Pú-

---

<sup>45</sup> A experiência bem sucedida, criada pelo Ministério Público do Paraná, serviu de modelo para a reprodução desse modelo de atuação por outros Ministérios Públicos. No Rio Grande do Sul, o Ministério Público Estadual desenvolveu o Projeto Mapa Social, que também reuniu um conjunto de dados estatísticos, divulgados por diferentes instituições e órgãos públicos, relacionados a temas de atuação do Ministério Público, para nortear a atuação, judicial e extrajudicial, proativa dos Promotores de Justiça. Possibilita tanto a elaboração de projetos na área-fim, com alinhamento ao projeto estratégico institucional, quanto o fomento e a fiscalização de políticas públicas, essenciais à tutela dos direitos fundamentais sociais. Em 2014, o Projeto Mapa Social, do Ministério Público do Rio Grande do Sul, ganhou o 1º lugar, na categoria profissionalização da gestão, do Prêmio CNMP. Cfr. *Prêmio CNMP – Catálogo dos projetos premiados*. Brasília: CNMP, 2014. p. 44.

blico de buscar a consecução dos objetivos, metas e indicadores. Não interfere, pois, na independência funcional dos agentes ministeriais.

Entretanto, para que o planejamento institucional funcione, é imprescindível a existência de órgãos superiores de coordenação e gestão administrativa, responsáveis por apresentar orientações gerais, editar atos normativos com a fixação de formas, procedimentos e cronogramas, por fazer a consolidação e a análise técnico-metodológica, assessorar e promover a capacitação técnica e a sensibilização sobre o planejamento, a gestão estratégica, o desenvolvimento organizacional, a gestão de pessoas, de processos, de projetos e de informações, além de registrar, dar publicidade, acompanhar os planos setoriais de ação e seus desdobramentos, e de velar pela harmônica integração desses planos setoriais com o planejamento estratégico.

No Ministério Público do Estado do Paraná, tais atribuições são da Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos de Planejamento Institucional (SUBPLAN), órgão central de planejamento, instituído pela Lei Complementar Estadual nº 122, de 28 de julho de 2008, com campo de atuação especificado na Resolução PGJ nº 2.372, de 24 de novembro de 2008. A SUBPLAN conta com a colaboração do Comitê de Gestão Estratégica (CGE), composto por diversos integrantes da instituição (art. 12 da Resolução PGJ nº 997, de 27 de abril de 2010), tendo entre as suas atribuições: a) monitorar o processo de gestão estratégica, com base em seus principais elementos analíticos (objetivos, indicadores, metas, projetos e ações estratégicas); b) emitir orientações e recomendações aos diversos setores do Ministério Público, para assegurar o eficaz e harmônico desenvolvimento do plano estratégico; c) deliberar sobre aspectos relacionados ao cronograma e à metodologia de execução dos projetos e ações estratégicas; d) propor, aprovar ou autorizar ajustes em indicadores e metas estratégicas; e) propor, aprovar ou autorizar alterações, substituições ou encerramento de projetos e ações estratégicas; f) aprovar e priorizar, em bases metodológicas, predominantemente objetivas, a execução de novos projetos e ações estratégicas; g) aprovar revisões do plano estratégico, a cada quatro anos (art. 11 da Resolução PGJ nº 997, de 27 de abril de 2010).

As linhas gerais do planejamento, como atividade-meio de natureza administrativa, decorrente de atos da administração superior do Mi-

nistério Público, voltadas a orientar a atuação ministerial, para melhor atender o interesse público, devem ser cumpridas por todos os membros da instituição, a começar pelo próprio Procurador-Geral.

Como o planejamento estratégico é traçado por um período longo (geralmente, de 5 ou 8 anos), sempre superior ao mandato do chefe administrativo da instituição, não haveria sentido que o Procurador-Geral, ainda quando escolhido após a elaboração do planejamento, não estivesse vinculado a ele. Sem essa vinculação, o novo Procurador-Geral sempre poderia traçar um planejamento estratégico diferente, o que inviabilizaria o próprio planejamento, que é uma política de desenvolvimento institucional de médio e longo prazo, baseada em objetivos, indicadores, metas, projetos e ações estratégicos. Por isso, no Paraná, a Lei Orgânica do Ministério Público afirma que o Procurador-Geral apresentará, até 30 dias após a posse, o Plano Bianual de atividades do MP e dará publicidade das prioridades institucionais (art. 19, inc. III, da Lei Complementar Estadual nº 85, de 27 de dezembro de 1999). A mesma Lei Orgânica, no artigo 19, inc. XL, estabelece que o Procurador-Geral de Justiça submeterá ao Colégio de Procuradores o plano anual de atuação do Ministério Público, contendo diretrizes, objetivos e metas prioritárias.

Além disso, para que o planejamento estratégico possa funcionar, é preciso que esteja atrelado ao orçamento do Ministério Público. A exemplo do que continha o artigo 1º do Decreto Presidencial nº 2.829, de 29 de outubro de 1998, sobre o Orçamento da União, na elaboração do Plano Plurianual as ações finalísticas do Ministério Público (isto é, aquelas que proporcionam bens e serviços para o atendimento direto das demandas da sociedade, compatíveis com as atribuições constitucionais da instituição) precisam estar atreladas a seu Plano Estratégico. Ainda, tal como o artigo 10 do Decreto Presidencial nº 2.829/98, as Leis de Diretrizes Orçamentárias devem conter, para o exercício a que se referem, e entre os programas do Plano Plurianual, as prioridades que não serão contempladas na Lei Orçamentária Anual.

Para que todos os membros do Ministério Público sigam as mesmas orientações administrativas, o artigo 10, inc. XII, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993) prevê, entre as atribuições do Procurador-Geral de Justiça, a de expedir recomendações, sem caráter normativo, aos órgãos do Ministério Público,



para o desempenho de suas funções. Ademais, o artigo 43, inc. XIV, da mesma lei afirma, entre os deveres dos membros do Ministério Público, acatar, no plano administrativo, as decisões dos órgãos da administração superior do Ministério Público<sup>46</sup>.

O membro do Ministério Público que não cumpre os objetivos, metas e indicadores do planejamento estratégico ou que deixa de elaborar e executar o planejamento setorial não pode alegar, em sua defesa, o princípio da independência funcional, pois tal princípio não funciona como um escudo que o exime de cumprir a missão constitucional, traduzida nos planos e programas de atuação, vinculantes a todos os agentes ministeriais (GOU-LART, 2013, p. 137).

Diante da negativa de cumprimento das determinações normativas da administração superior acerca do planejamento institucional, sob a alegação de violação do princípio da independência funcional, o Procurador-Geral, provocado pelos órgãos responsáveis pelo cumprimento dos objetivos estratégicos, deve determinar a observância dos planos e programas de atuação estratégicos. Ao contrário do que ocorre com a suspeição e o impedimento, em relação às atribuições processuais<sup>47</sup>, não há justificativa legal que desvincule o agente ministerial de elaborar e executar os projetos institucionais.

<sup>46</sup> Pedro Roberto Decomain, ao interpretar o artigo 10, inc. XII, da Lei Orgânica Nacional do MP, defende que as recomendações, quando disserem respeito a assuntos de índole administrativa, têm caráter vinculante, valendo o mesmo raciocínio para as determinações de caráter administrativo expedidas por qualquer outro órgão da administração superior da instituição (exegese do art. 43, inc. XIV, da mesma lei). Cfr. DECOMAIN, 2011. p. 108.

<sup>47</sup> *Mutatis mutandis*, Emerson Garcia ensina: "Afigura-se legítima, ainda, a iniciativa do Procurador-Geral em editar atos que visem a orientar os membros do Ministério Público quanto à posição a ser seguida em determinadas situações em que é ordinariamente divisada a presença do interesse público justificador da atuação ministerial (art. 10, XII, da Lei 8.625/1993). Acaso não seja seguida a recomendação e sendo o Procurador-Geral instado a se pronunciar a respeito, tornar-se-á cogente a atuação do agente caso assim seja deliberado. É importante repetir que fixar a atribuição não guarda similitude com a conduta de interferir no exercício das atribuições. Aquela é admissível, esta não. Fixada a atribuição do agente, somente poderá ele se escusar a atuar nas hipóteses previstas em lei, que são o impedimento e a suspeição, as quais em nada se confundem com a negativa de exercer suas atribuições ante a ausência de interesse público que o justifique. Esta encontra-se relacionada ao cargo e à própria Instituição, enquanto o impedimento e a suspeição estão vinculados à pessoa do agente" (2014b. p. 149-150).

Fixada a necessidade de atuação funcional, ainda que possa ter havido prejuízo ao interesse público em virtude da não atuação do membro do MP, a situação, como regra, não é passível de punição funcional. Entretanto, quando a situação evidenciar a má-fé do agente ministerial e, portanto, for além da sua atuação legítima na valoração dos fatos e na exteriorização de sua posição jurídica, além da declaração da atribuição, a conduta é passível de análise mediante a instauração do devido processo administrativo disciplinar (GARCIA, 2014b, p. 149).

O planejamento estratégico é uma nova etapa na organização e no desenvolvimento das atividades do Ministério Público. É uma nova cultura incorporada no dia a dia da instituição mediante um processo gradual de orientação e de capacitação. Por isso, um dos papéis mais importantes da Corregedoria-Geral de cada MP é a fiscalização e a orientação quanto ao cumprimento, pelos órgãos de execução, dos objetivos, metas e indicadores fixados pela instituição no planejamento estratégico (BERCLAZ, 2009, p. 518-527). Com isso se fortalece a identidade constitucional do Ministério Público e se valorizam os membros que buscam cumprir os objetivos estratégicos; ademais, contribui-se para a criação de um banco de dados sobre os esforços da instituição em divulgar à sociedade as ações realizadas em prol do bem comum, além de, por meio da fiscalização e da orientação permanentes dos agentes ministeriais, conciliar o princípio da unidade com o da independência funcional, de modo que, sedimentada a cultura do planejamento estratégico, o Ministério Público desempenhe com maior eficiência sua missão constitucional.

Porém tão ou mais importante que a dimensão correcional, para que o planejamento estratégico seja mais bem assimilado e compreendido por todo o Ministério Público, é indispensável uma política de formação continuada (BONAVIDES; TESSEROLLI, 2013, p. 873-880) para ações integradas de capacitação técnica e sensibilização permanente, que envolvam os Centros de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, as Fundações Escola do Ministério Público e outras instituições científicas e universitárias, acerca de temas como gestão de pessoas, de processos, de projetos e de informações, assim como de desenvolvimento organizacional. A elaboração de um plano de capacitação fortalece o planejamento estratégico, ao base-

ar-se na responsabilidade compartilhada entre membros e servidores do MP<sup>48</sup>, empenhados na melhoria contínua da produtividade e na eficiência dos serviços prestados.

Junto com o preparo de membros e servidores do Ministério Público, também é importante um plano de comunicação interna e externa, para que a instituição assimile o pluralismo de ideias e boas práticas, dialogue de modo republicano com outras instituições públicas e com os diferentes setores da sociedade (universidades, igrejas, observatórios sociais, federações, associações civis, etc.) e esteja aberta a críticas e sugestões para o aperfeiçoamento dos objetivos, metas, projetos e ações estratégicos.

Além disso, é necessário o desenvolvimento de um sistema informatizado de gerenciamento para o registro, a publicidade e o acompanhamento – seja dos órgãos internos do Ministério Público, seja da própria sociedade – dos projetos estratégicos e dos planos setoriais/regionais de ação e seus desdobramentos.

Nesse sentido, devem ser destacadas três iniciativas do Ministério Público brasileiro, vencedoras do Prêmio CNMP – Ministério Público: Um projeto, muitas conquistas, de 2014<sup>49</sup>: i) o Sistema Natera, do Ministério Público do Acre, que envolve a criação de banco de dados; a elaboração de diagnóstico (socioeconômico, condição especial e situação de dependência química) sobre o perfil do usuário e familiares; o acompanhamento do tratamento, conforme a situação de gravidade do dependente e a geração de subsídios para a elaboração de estudos sobre dependência química a partir da realidade dos atendimentos do Núcleo de Atendimento Psicossocial em Dependência Química, coordenado pelo MPAC; ii) o Sistema Milênio, do Ministério Público da Bahia, que informatizou os formulários de visitas e revisitas das escolas e das unidades básicas de saúde, o que permitiu a coleta e o registro de dados, bem como o processamento das informações, ampliando a atuação preventiva do MPBA

---

<sup>48</sup> Sobre a necessária integração entre membros e servidores do Ministério Público, verificar, entre outros: MARTINELLI, 2001. p. 259-265.

<sup>49</sup> Cfr. *Prêmio CNMP – Catálogo dos projetos premiados*. Brasília: CNMP, 2014. p. 52-54.

e trazendo melhores resultados à sociedade (como a melhoria das estruturas e do atendimento nos postos de saúde e nas escolas, incluindo a alimentação e o transporte escolar; a criação de espaços de leitura; o maior comprometimento dos gestores, professores, pais e alunos; o fortalecimento dos conselhos; e a consolidação do Ministério Público como indutor de políticas públicas e agente de transformação social) (MOREIRA; ARAÚJO, 2014, p. 65-69); iii) o Desdobramento do Planejamento Estratégico Institucional (Depei), criado pelo Ministério Público Federal, a fim de disseminar a estratégia do MPF para cada unidade, órgão e secretaria, o que permitiu a transferência de conhecimento sobre planejamento estratégico; um maior conhecimento das interfaces e interdependência com as áreas; a redução de sigilos organizacionais; a habilidade de identificação e priorização de cenários institucionais; o conhecimento da percepção de membros e servidores sobre o planejamento institucional e diretrizes de atuação; o fomento à identificação; e a proposição de ações estratégicas.

Para coletar e disseminar os projetos bem-sucedidos no âmbito do Ministério Público brasileiro, o Conselho Nacional do Ministério Público criou o Banco Nacional de Projetos. Cada unidade do Ministério Público pode inscrever seus projetos, dar ampla publicidade às suas atividades de sucesso e possibilitar que as boas práticas sejam reproduzidas em todo território nacional.

Também com a finalidade de promover a concretização e o alinhamento ao Planejamento Estratégico Nacional, em 2013 foi criado o Prêmio CNMP (Resolução nº 94, de 22 de maio de 2013), para premiar os programas e projetos do Ministério Público brasileiro que mais se destacaram na efetivação do Planejamento Estratégico Nacional. O prêmio contempla os melhores trabalhos produzidos por membros e servidores de todos os ramos do Ministério Público em cada uma das oito categorias: I. Defesa dos Direitos Fundamentais; II. Transformação Social; III. Indução de Políticas Públicas; IV. Diminuição da Criminalidade e da Corrupção; V. Unidade e Eficiência da Atuação Institucional e Operacional; VI. Comunicação e Relacionamento; VII. Profissionalização da Gestão; VIII. Tecnologia da Informação.

Experiências exitosas, presentes no Banco Nacional de Projetos e destacadas pelo Prêmio CNMP, têm servido de modelo para a elaboração de planos setoriais e regionais, o que intensifica a atuação unificada do Ministério Público e possibilita a obtenção de melhores resultados na superação das injustiças sociais.

A legitimidade social do Ministério Público é proporcional à sua eficiência funcional, isto é, quanto melhores forem os resultados apresentados à sociedade, tanto maior será o reconhecimento social de suas ações. Logo, o planejamento estratégico do Ministério Público precisa não só valorizar a interlocução participativa e democrática com a sociedade, como também assegurar níveis de desempenho funcional equivalentes aos níveis de exigência social gerados (RODRIGUES, 2009, p. 590).

## 9. Conclusão

O princípio da independência funcional é uma prerrogativa conferida pelo artigo 127 da Constituição Federal ao Ministério Público para que este possa, em nome da sociedade, agir na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CF).

Na aplicação do princípio da independência funcional, embora o seu conteúdo seja dinâmico e objeto de questionamentos de natureza diversa, o Conselho Nacional do Ministério Público e os Tribunais Superiores têm buscado compatibilizá-lo com os demais princípios funcionais, para que a instituição possa desenvolver políticas de atuação integrada e, assim, obter melhores resultados na defesa dos bens jurídicos coletivos e difusos.

O planejamento estratégico é um caminho para aperfeiçoar a eficiência institucional do Ministério Público, com base na concepção do Ministério Público como agente político de transformação social. Assim se supera a visão de que o Ministério Público seria mero executor de atribuições processuais e se assume a defesa efetiva dos direitos fundamentais sociais, o que exige maior envolvimento com a comunidade e com os demais agentes políticos, para a indução, acompanhamento e aperfeiçoamento de políticas públicas sociais.

O planejamento estratégico, enquanto atividade-meio de natureza administrativa, vincula todos os membros da instituição, a começar pelo Procurador-Geral, e cria uma espécie de governança participativa com todos os membros, aprimorando o diálogo do Ministério Público com a sociedade e exigindo a definição de prioridades, diretrizes, objetivos e metas para melhor otimizar os recursos humanos e orçamentários.

Ao estimular a elaboração de planos setoriais por parte de cada uma das Procuradorias ou das Promotorias, com fulcro no sistema de informações e indicadores específicos (como a taxa de analfabetismo ou de evasão escolar, a qualidade da água, os índices de mortalidade na região, etc.), publicados por instituições de pesquisa e órgãos públicos (como IBGE, Datasus e Inep), o planejamento estratégico preserva a independência funcional do Ministério Público e, ao mesmo tempo, o aproxima das necessidades locais. Isso é essencial para reforçar a legitimidade política e social na indução, fiscalização e execução de políticas públicas<sup>50</sup>, bem como na composição extrajudicial de conflitos. Desse modo, a judicialização dos litígios é evitada, são inseridas políticas públicas nos orçamentos dos entes federativos e promove-se a discussão com os agentes políticos e comunitários sobre as limitações econômicas do Estado e a necessidade de priorização de demandas.

Portanto, o planejamento estratégico representa uma nova cultura institucional em que a atuação do Ministério Público deixa de ser medida apenas pela eficiência no cumprimento de prazos e volumes processuais, para voltar-se à efetividade das ações desenvolvidas e das respostas à sociedade das demandas que lhe são trazidas.

No entanto, a gestão estratégica e a governança participativa são ações inovadoras no âmbito do Ministério Público. A cultura do planejamento não integra a formação exigida ao membro do Ministério Público, o que requer a superação de resistências na solução de problemas individuais e casuísticos, que não levam em consideração a proatividade e o planejamento das ações. Trata-se, pois, de um

---

<sup>50</sup> Para um estudo mais completo sobre a relação das políticas públicas com a atuação do Ministério Público, verificar, entre outros: CAMBI; GONÇALVES, 2009, p. 209, e seguintes; MARINHO, 2011. p. 21-34; BUCHMANN, 2013a. p. 895-906.

processo cultural, que deve assentar-se no convencimento e na integração de todos os membros e servidores do Ministério Público, na condição de corresponsáveis pelos resultados da instituição. Além disso, exige um constante aperfeiçoamento, até mesmo na forma de atuação republicana do Ministério Público em relação aos demais poderes, em especial o Poder Executivo.

Tal construção cultural deve começar pela harmonização do princípio da independência funcional com o planejamento estratégico, para que a atuação do Ministério Público seja fortalecida pela ação integrada da instituição, baseada em definições objetivas (metas, objetivos e indicadores), que, além de poder medir o esforço de membros e servidores, serve para consolidar a atuação do Ministério Público como efetivo agente de transformação da realidade social (injusta) brasileira.

## 10. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, v. 217, set. 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 4, jul. 2001.

\_\_\_\_\_. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 7, out. 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

BERCLAZ, Márcio Soares. A Corregedoria-Geral do Ministério Público e a necessidade de (re)definição do seu papel de orientação e fiscalização dos membros no compromisso de cumprimento e concretização do planejamento estratégico institucional. In: *XVIII Congresso Nacional do Ministério Público: o Ministério Público como fator de redução de conflitos e construção da paz social*. Porto Alegre: Magister, 2009.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; TESSEROLLI, Kelly Cristina Ferreira. Uma política de formação continuada. In: *Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público*. Brasília: Gomes e Oliveira Editora, 2013.

BRASIL. Código de Processo Civil, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 26 jan. 2015.

BUCHMANN, Willian. Ministério Público, participação social e políticas públicas. In: *Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público*. Brasília: Gomes e Oliveira Editora, 2013a.

\_\_\_\_\_. Ministério Público e seu papel fundamental na consolidação da democracia participativa. In: *Teses do XX Congresso Nacional do Ministério Público*. Brasília: Gomes e Oliveira Editora, 2013b.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

\_\_\_\_\_. Movimento Paraná Sem Corrupção. *Revista do 5º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público: Gestão por resultados*. Brasília: CNMP, 2014.

CAMBI, Eduardo; BOLZANI, Henrique. O poder investigatório do Ministério Público como cláusula pétrea. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, v. 1, dez. 2014.

CAMBI, Eduardo; ANTUNES, Taís Caroline Pinto Teixeira. A proibição de retrocesso como salvaguarda da atuação do Ministério Público. In: Eduardo Cambi (Org.). *Ministério Público: prevenção*,



modelos de atuação e a tutela dos direitos fundamentais.. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

CAMBI, Eduardo; GONÇALVES, Leonardo. Ministério Público social. *Revista de processo*, v. 177, nov. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2008.

CARUNCHO, Alexey Choi; BERCLAZ, Márcio Soares. A interação do Ministério Público com a sociedade e a construção do planejamento estratégico institucional: In: *XVIII Congresso Nacional do Ministério Público: o Ministério Público como fator de redução de conflitos e construção da paz social*. Porto Alegre: Magister, 2009.

COELHO, Luiz Fernando. *Helênia & Devília*: civilização e barbárie na saga dos direitos humanos. Curitiba: Bonijuris, 2014.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: Lei 8.625, de 12.02.1993*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

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

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*. 11. ed. São Paulo: Civilização Brasileira, 1969.

GARCIA, Emerson. O Conselho Nacional do Ministério Público e a semântica do “controle”. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, n. 1, dez. 2014a.

\_\_\_\_\_. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014b.

GIACCOIA, Gilberto. Ministério público vocacional. *Revista Jurídica*, Ministério Público de São Paulo/Associação Paulista do Ministério Público, n. 197, jul. dez. 2007.

\_\_\_\_\_. Entrevista. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, n. 1, dez. 2014.

GOULART, Marcelo Pedroso. Ministério Público: objetivo estratégico e princípios institucionais. In: *Congresso Nacional do Ministério Público*. Livro de teses: Ministério Público e cidadania. Recife: Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001. v. 3.

\_\_\_\_\_. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

MARINHO, Ana Maria do Amaral. A atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas. In: *Teses do XIX Congresso Nacional do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARTINELLI, Jaqueline Mara Lorenzetti. A missão compartilhada. In: *Congresso Nacional do Ministério Público*. Livro de teses: Ministério Público e cidadania. Recife: Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001. v. 3.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Os limites da independência funcional no Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, 715/571, maio 1995. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/limitesindep.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2015.

MORAES, Alexandre de. *Constituição brasileira interpretada e legislação constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Sávio Henrique Damasceno; ARAÚJO, Yuri Gonzalez. Sistema Milênio. *Revista do 5º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público: Gestão por resultados*. Brasília: CNMP, 2014.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Teoria da argumentação: a nova retórica*. Trad. de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PROENÇA, Luis Roberto. Planejamento estratégico da atuação do Ministério Público. In: *Congresso Nacional do Ministério Público*. Livro de teses: Ministério Público e cidadania. Recife: Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001. v. 3.

RODRIGUES, João Gaspar. Ministério Público de resultados: a atual missão institucional. In: *XVIII Congresso Nacional do Ministério Público: o Ministério Público como fator de redução de conflitos e construção da paz social*. Porto Alegre: Magister, 2009.

ROSA, Maria Alice da; GODOY FILHO, Raul de. A ética e o livre exercício das funções institucionais pelo Ministério Público. In: *Congresso Nacional do Ministério Público*. Livro de teses: Ministério Público e cidadania. Recife: Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001. v. 3.

SILVA, Cláudio Barros. A designação prevista no artigo 28 do Código de Processo Penal, em face ao Princípio Constitucional da Independência Funcional. In: *X Congresso Nacional do Ministério Público: o Ministério Público: corrupção, criminalidade e violência*. Belém: CEJUP, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Jueces constitucionales. In: *Teoria del neo-constitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta Editorial, 2007.

\_\_\_\_\_. *El derecho dúctil*. 8. ed. Madrid: Trotta Editorial, 2008.

Autor convidado

DOI: 10.5935/1809-8487.20150003

**MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO E UM NOVO  
PERFIL NA SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS:  
LINEAMENTOS SOBRE A NOVA DINÂMICA**

**DECISIVE PUBLIC MINISTRY AND A NEW PROFILE  
IN EXTRAJUDICIAL RESOLUTION OF CONFLICTS:  
OUTLINING THE NEW DYNAMICS**

JOÃO GASPAR RODRIGUES

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado do Amazonas, Brasil

gasparrodrigues2010@bol.com.br

**RESUMO:** O ensaio aborda a dinâmica resolutiva do Ministério Público brasileiro, fazendo um paralelo entre os dois perfis institucionais preponderantes: demandista e resolutivo. Põe-se em destaque também a inserção do Ministério Público como uma instituição moldada para defender os interesses, não mais do Estado ou de uma sociedade simplesmente, mas de uma complexa sociedade democrática. Dentro dessa nova conjuntura são analisados desafios e exigências, com o fim de realçar os novos rumos traçados pela instituição em face da expansão e do aprofundamento do princípio democrático.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ministério Público resolutivo; nova dinâmica; expansão do princípio democrático; desafios; exigências.

**ABSTRACT:** This essay focuses on solving the dynamics of the Brazilian Prosecutor, drawing a parallel between the two predominant

institutional profiles: procedural and decisive. It also put emphasis on the inclusion of the Public Ministry as an institution shaped to protect the interests, not more than one state or society simply, but in a complex democratic society. Within these goals challenges and requirements are analyzed in order to highlight the new directions set by the institution against the expansion and deepening of the democratic principle.

**KEY WORDS:** Resolvent prosecutor; new dynamic; expansion of the democratic principle; challenges; requirements.

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais. 2. Ministério Público resolutivo: conceito. 3. Características da dinâmica institucional resolutiva. 3.1. Proatividade. 3.2. Dinamismo. 3.3. Intersectorialidade. 3.4. Relação interna dialogal. 3.5. Planejamento. 3.6. Inovação. 3.7. Eficiência e gestão de resultados. 4. Busca por uma identidade própria do Ministério Público. 5. Diferenças entre o MP resolutivo e o MP demandista. 5.1. Proatividade e reatividade. 5.2. Assunção e transferência de responsabilidade. 5.3. Proximidade e distanciamento da comunidade. 5.4. A forma de solucionar os problemas. 5.5. Trabalho criativo *versus* labor rotineiro. 5.6. Busca por resultados efetivos (ou socialmente relevantes) e a indiferença por resultados extraprocessuais. 6. Estratégias de crescimento institucional que privilegiam o demandismo. 6.1. Alegada hipossuficiência da sociedade. 6.2. Ocupar espaços. 6.3. Modelo de equiparação ao Poder Judiciário (garantias, prerrogativas, vedações, estrutura e divisão funcional). 7. Causas que levam ao Ministério Público resolutivo. 7.1. Amadurecimento democrático da sociedade (expansão do princípio democrático). 7.2. Crise do Poder Judiciário. 8. Exigências e desafios trazidos pelo novo modelo resolutivo. 8.1. Nova leitura do postulado da independência funcional. 8.2. Insuficiência de recursos materiais e humanos. 8.3. Novo regime de capacitação e mobilização dos agentes ministeriais. 9. Conclusões. 10. Referências.

## 1. Considerações iniciais

De tempos em tempos, toda e qualquer instituição precisa de um trabalho de reconstituição e de reengenharia da sua estrutura e finalidades funcionais, como uma forma de regulamentação orgâni-

ca do seu próprio crescimento. Isso porque, conforme diz MacIver (1965, p. 123), uma estrutura política ou administrativa não é mais imutável do que uma estrutura orgânica; é um arcabouço sujeito a todas as forças que atuam na sociedade por ela abrangida. E o Ministério Público não se furta a essa contingência de repensar sua estrutura e sua trajetória dentro da sociedade brasileira<sup>1</sup>.

O passado de lutas institucionais do Ministério Público para se firmar constitucionalmente como uma instituição indispensável à sociedade brasileira não pode ser esquecido no momento de revisar sua estrutura e seus fins. Esse passado, justamente porque passou, porque se passou com a instituição, continua existindo (integrado ao presente). E, como observam Veblen (1934, p. 9) e Carl Friedrich (1972, p. 17), a mudança de padrões e pontos de vista é gradual; ela raramente resulta na subversão ou total supressão de um ponto de vista aceito no passado.

O Ministério Público resolutivo não implica um combate irracional e iconoclasta ao perfil demandista da instituição (nem poderia, em face da Constituição); mas um fortalecimento do perfil proativo. É a junção do passado com o futuro, construindo o presente<sup>2</sup>. É vinho novo despejado em barril velho. Não se luta diretamente contra o passado, pois, esquecido ou jogado fora, ele há de voltar irremediavelmente. O futuro o domina quando nutrido por ele, por suas lições.

O passado tem uma razão – a sua. Se não lhe damos essa que tem, voltará para reclamá-la; e mais, para impor a que não tem (GASSET, 1957, p. 95), com todos os seus sintomas mórbidos. O perfil puramente demandista da instituição tinha uma razão (e ainda tem)<sup>3</sup>, e

---

<sup>1</sup> Uma instituição como o Ministério Público não deve recuar ser reformada, aperfeiçoada em sua atuação funcional ou ter alguns conceitos submetidos a uma permanente revisão crítica, pois isso sugere que ela é imprescindível e capaz de ter uma estrutura mais eficiente. No dizer de Ortega y Gasset (1957, p. 148), “the best that humanly speaking can be said of anything is that it requires to be reformed, for that fact implies that it is indispensable, and that it is capable of new life”.

<sup>2</sup> Para Ortega y Gasset (1987, p. 30), o presente é apenas a presença do passado e do futuro, o lugar onde efetivamente existe passado e futuro.

<sup>3</sup> Ao enfatizar a relatividade entre tradição e novidade, Carl Friedrich (1972, p. 20) afirma que nada é bom só porque existiu por um longo tempo, assim como nada é ruim porque deixou de existir (ou de ser aceito em determinado momento).

essa razão tem de ser dada *per saecula saeculorum*. Mas não tinha toda a razão, e essa que não tinha é preciso que lhe seja tirada. É por essa brecha que se insinua o atual elemento resolutivo: é o novo surgindo sobre os traços do antigo.

Não se busca construir uma nova instituição do Ministério Público, como se fosse algo absolutamente novo, sem passado, sem história, sem tradição. Como diz MacIver (1965, p. 269), nenhum admirável mundo novo pode ser construído *de novo*: a organização mais nova que possamos realizar, não importa quão audaciosos sejam seus experimentos, tem de ser uma continuação do passado e do presente, tal e qual a nova geração de homens é uma continuação dos que se foram antes.

De qualquer modo, uma instituição flexível e dinâmica sempre está disposta a superar a si mesma, a transcender do que já é para o que se propõe a ser como dever e exigência social. Como garantir o progresso democrático do país? O simples processo de manter esse ambiente democrático já é, por si, extremamente complexo e recheado de sutilezas incalculáveis. Imagine-se, então, o que é necessário para alavancar o progresso, a evolução constante desse *élan* democrático. Daí porque qualquer instituição que tenha por imperativo constitucional uma responsabilidade direta, a exemplo do Ministério Público, deve estar permanentemente preparada para as boas práticas exigidas pelo processo e progresso democráticos.

Este perfil resolutivo não se desliga do passado, não o nega, mas tende a ir adiante, atento às novas necessidades sociais e às circunstâncias históricas que apontam para um futuro certo. E fortalece-se com a perspectiva de que o Ministério Público precisa assumir uma identidade própria, sob pena de ficar orbitando eternamente o Judiciário (condicionando a eficiência de suas funções ao maquinário roto ou emperrado da justiça), ou, pior ainda, à deriva no *mare magnum* das instituições públicas sem rumo definido, sem um programa de ação, sem um projeto identitário<sup>4</sup>.

Para saber aonde vamos, é imprescindível um caminho prefixado, uma trajetória predeterminada. E essa trajetória e planejamento de-

<sup>4</sup> Sem um plano ou uma estratégia identitária, o Ministério Público corre o risco de ficar à deriva, entregue à cega mecânica do demandismo.

vem ser traçados pelas gerações presentes que vivem o dia a dia do Ministério Público, não pelo passado ou por quem fez o roteiro do passado. Paraphrasing Paine (2007, p. 15), como o Ministério Público e toda a sua organização foram moldados para os vivos e não para os mortos, somente os vivos é que têm algum direito de nele interferir. Aquilo que pode ser considerado correto e conveniente numa época pode ser considerado errado e inconveniente em outra. Em tais casos, a quem cabe decidir: aos vivos ou aos mortos?

A reengenharia do Ministério Público foi fruto de uma vontade institucional, um movimento de dentro para fora, pelo empenho de gerações de promotores que, em geral, mais acertaram que erraram. Como diz Arantes (2002, p. 15), foi um movimento endógeno o responsável por transformar a instituição num agente político independente dos outros Poderes do Estado, além de se tornar um instrumento de luta em defesa da sociedade democrática, e não simplesmente do Estado.

A capacidade de inserção e de articulação social do Ministério Público<sup>5</sup> cresceu de tal forma e proporção, que tropeça numa organização montada para demandar exclusivamente perante o Judiciário, dentro da qual já não cabe. É importante realçar, entretanto, que o passado puramente demandista do Ministério Público fez com que chegasse a essa nova etapa de sua vida institucional; mas, ao mesmo tempo, as estruturas sobreviventes desse passado são insuficientes, por si sós, para a atual expansão resolutiva. A instituição agora se vê obrigada não a abandonar esse velho perfil, mas a fortalecer um novo estilo de atuação, superando a si própria. E essa intuição, mais uma vez, nasce no seio da própria instituição.

## 2. Ministério Público resolutivo: conceito

O Ministério Público resolutivo é um conceito comparativo e obtido por contraste, pois pressupõe uma relação com a outra face da moeda: o Ministério Público demandista. São dois perfis de necessária convivência, um sendo o complemento do outro. Não obtida a solução para um fato concreto pela atuação resolutiva ou extrajudicial,

---

<sup>5</sup> Essas características credenciam os membros do MP como excelentes “interlocutores institucionais” com ampla legitimidade deliberativa.



entra em cena o perfil demandista. E vislumbrada, previamente, a ineficiência de uma abordagem judicial, a atuação resolutiva assume importância decisiva e prioritária.

Essa forma binária de atuação do Ministério Público (demandista e resolutiva)<sup>6</sup> exige dupla interpretação. Não podemos aceitar que uma das formas nos pareça boa, e a outra má. As circunstâncias do caso ou fato, e as escolhas feitas para o devido enfrentamento, responderão pelo triunfo ou fracasso do exercício funcional.

O Judiciário, para esse perfil resolutivo ministerial, assume o que sempre deveria ter representado: a *ultima ratio*, a última trincheira. A composição prévia e extrajudicial, por parte do Ministério Público, dos conflitos ou eventuais violações à lei encontra-se inserida no plano de ação resolutiva como *prima ratio*.

A concepção estruturante desse novo perfil institucional, como diz Ortega y Gasset (1987, p. 49) em feliz imagem, não nasceu do ar, como as orquídeas, que se diz serem criadas no ar sem raízes. A ideia de uma instituição resolutiva surge como um desdobramento natural do amadurecimento democrático da sociedade brasileira, que torna o povo mais exigente de resultados e eficiência em relação às suas instituições e serviços públicos, bem como pela crise do Poder Judiciário quanto às respostas para a complexa litigiosidade atual.

Dadas as mudanças aceleradas e a sutileza dos problemas decorrentes, os conceitos herdados de algumas décadas revelam-se hoje inoperantes. Foram úteis para encontrar soluções de fato cem vezes menos sutis que as exigidas na atual conjuntura histórica. Maturescência democrática imersa num mundo globalizado e problemas complexos formam uma cultura que não se satisfaz com as fórmulas antigas. As condições atuais são cada vez mais difíceis e complexas, exigindo que os meios para enfrentá-las (e resolvê-las) sejam também perpassados por uma onda contínua de aperfeiçoamento e renovação.

---

<sup>6</sup> Na verdade, o perfil do Ministério Público pode ser, mais precisamente, dividido em três: demandista (propositor ou promotor de medidas judiciais), parecerista (atuação como *custos legis* em ações não promovidas pela instituição) e resolutivo (atuação extrajudicial). O perfil parecerista, focado na intervenção opinativa em alguns feitos cíveis, sofreu duro golpe com a Recomendação nº 16, de 28/04/2010, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Podemos, então, definir o Ministério Público resolutivo como uma instituição que assume uma identidade proativa específica, atuando antes que os fatos se tornem irremediavelmente patológicos e conflituosos, utilizando seu poder de articulação e mecanismos extrajudiciais para equacioná-los sem a necessidade de acionar ou demandar, como *prima ratio*, a Justiça.

### 3. Características da dinâmica institucional resolutiva

#### 3.1. Proatividade

A postura proativa pode ser definida como a busca espontânea por novos paradigmas e boas práticas no ambiente de trabalho, equacionando os problemas e antecipando-se a eles, dentro de uma projeção de resultados que agregue valor aos fins institucionais. Seus principais atributos são: iniciativa, contínuo aperfeiçoamento, planejamento e superação de dificuldades.

O Ministério Público de perfil antigo (ou clássico, como queiram) se caracteriza por simplesmente reagir aos fatos sociais, aguardando que os fatos se tornem patológicos, conflituosos, para serem submetidos ao crivo judicial. É uma postura institucional reativa (inercial, fragmentária), que nega parcela valiosa de atribuições extrajudiciais do Ministério Público e que se inspira, claramente, no antigo art. 1º da Lei Complementar nº 40/81:

Art. 1º O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é *responsável, perante o Judiciário*, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis [...]. (BRASIL, 1981, grifo nosso).

Esse entendimento responde por uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo (BARROSO, 1996, p. 396).

Essa mentalidade reativa conta com defensores (MACHADO, 1998, p. 74) e ainda prevalece, embora não mais atenda às exigências da cidadania inclusiva no mundo globalizado. Além disso, o Ministério Público preponderantemente demandista, dependente do Judiciário, é um desastre, pois o Poder Judiciário continua a responder mal às demandas que envolvem os direitos massificados e os pleitos da cidadania (ALMEIDA; PARISE, 2005, p. 612; GOULART, 1998, p. 120; SADEK; LIMA; ARAÚJO, 2001, p. 41).

O caráter reativo, bem como a instrumentalização do Ministério Público na tarefa de apaziguamento social, são teses insustentáveis na atual quadra histórica, atreladas ainda a uma interpretação nostálgica da ordem jurídica destronada com a CF/88. Que o Ministério Público é indispensável ao Judiciário, na realização do mister institucional deste (prestação da tutela jurisdicional), não há a menor dúvida (PORTO, 1998, p. 17; RODRIGUES, 1999, p. 128). Mas outras funções, tão ou mais importantes, são desenvolvidas extrajudicialmente, tanto que o próprio art. 127 da Constituição de 1988, ao dizer que o Ministério Público é essencial à função jurisdicional do Estado, acrescenta-lhe a incumbência da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, aspectos mais abrangentes e igualmente relevantes da vida de um Estado, que não são necessariamente desenvolvidos perante o Judiciário.

Quando instaura inquérito civil, quando fiscaliza fundações, prisões e delegacias de polícia, quando promove audiências públicas para discutir problemas comunitários, quando estabelece compromissos de ajustamento, o Ministério Público alarga e extrapola a órbita judicial. Donde o legislador constituinte ter dito menos do que devia, na medida em que a instituição também se revela essencial em tarefas não jurisdicionais a si incumbidas (PORTO, 1998, p. 17).

A fatia de atribuições extrajudiciais (um rol sempre crescente) tem obrigado a instituição a adotar uma postura assumidamente proativa e resolutiva, em que passa a concentrar seus recursos e esforços na busca de respostas preventivas para os problemas comunitários. Ao invés de reagir contra incidentes ou fatos consumados (que em boa parte das vezes não encontram uma solução adequada com a submissão judicial), o Ministério Público passa a trabalhar para a

solução dos problemas mesmos, em conjunto com a comunidade<sup>7</sup>. Neste novo perfil institucional, o promotor de justiça deve ser um *bomem antecipador*, como dizia Nietzsche (2005, p. 260), ou seja, deve-se antecipar aos fatos, o que pressupõe uma nova atitude mental e uma renovada disposição para a ação.

### 3.2. Dinamismo

Dentro de uma sociedade estática, conservadora ou fixa, uma instituição burocrática e pesada pode sobreviver e até se revelar indispensável, pois não existem alternativas; e se existem, o caminho que leva até elas inexistente. Numa sociedade sem mudanças, o presente escraviza-se à reprodução do passado, os problemas são sempre os mesmos e as soluções passam de geração para geração, sem modificações apreciáveis. O espaço para a especulação e a crítica é limitado: a função do pensamento não é questionar, mas aceitar uma dada situação.

Num meio social dinâmico, entretanto, onde incessantemente se criam novas tendências ou alternativas e se processam mudanças num ritmo alucinante, as instituições precisam ser flexíveis, dinâmicas e eficientes; de fato, se permanecem imobilizadas na tradição, estão fadadas ao colapso. Como dizia Bacon (apud URIS, 1967, p. 218), aquele que não aplica novos remédios deve esperar novos males. As soluções de hoje podem tornar-se os problemas de amanhã. Portanto, é necessário que as instituições públicas tenham agilidade, flexibilidade, capacidade de adaptação às exigências modernas e, acima de tudo, que o foco institucional esteja voltado para eficiência e resultados.

Como diz Claude Julien:

Toda instituição que se torna puramente defensiva num mundo em que as condições de existência, as técnicas de produção, as ideias recebidas e as inspirações dos povos se transformam rapidamente e são alteradas pelo próprio ritmo de uma vida diária que se recusa a ser reduzida a um simples ritual, acaba morrendo. (JULIEN, 1975, p. 117).

---

<sup>7</sup> Os mecanismos para isso existem às mancheias, e sempre surgem novos, engendrados por uma saudável cultura de inovação que se dissemina entre os membros do Ministério Público.

Esse ambiente social cambiante requer um perfil diferenciado de Ministério Público, não mais meramente demandista ou parecerista, mas sim dotado da capacidade de buscar resultados (estando aberto a inovações e aperfeiçoamentos) e de enfrentar, se necessário, o caudal dos interesses econômicos e políticos. E, para nadar contra a corrente, como parece ser da sua natureza histórica, a instituição deve contar com bons nadadores, ágeis, dinâmicos e resolutivos.

### 3.3. Intersetorialidade

A intersectorialidade ou transectorialidade consiste na articulação entre órgãos públicos, instituições e diversos outros setores da sociedade civil, integrando interesses, necessidades, conhecimentos (experiências) e poderes, com o fim de enfrentar os problemas sociais cada vez mais complexos. Implica uma forma nova de administrar, de governar e de moldar políticas públicas capazes de agregar todo o potencial cooperativo das estruturas sociais em prol dos objetivos definidos institucionalmente. Antes de ser um conceito teórico, a intersectorialidade é uma prática social voltada ao enfrentamento de problemas reais.

A necessidade de coordenação do Ministério Público com outros órgãos e entidades funda-se na perspectiva moderna do relativo descrédito do conhecimento cartesiano e setorial. Esse conhecimento já não consegue lidar com a multiplicidade de variáveis que tornam impossível uma leitura dos problemas sociais pela visão unilateral ou escoteira de uma instituição especializada. Cada instituição detém uma parte da verdade, das explicações, dos saberes, mas não da totalidade. Em relação a todas as técnicas que não pertencem à sua estrita área de atuação, o técnico é tão ignorante quanto o cidadão comum. A tecnificação do mundo tem como inevitável contrapartida certa extensão da ignorância humana. E quanto mais o saber-fazer se diferencia e aumenta em eficácia, menos é possível o controle intelectual do homem sobre o conjunto das operações que efetua ou das quais participa (FOUGEYROLLAS, 1960, p. 11-12).

O atual estágio da ciência exige uma nova visão de mundo, diferente e não fragmentada. A abordagem que analisa e tenta compreender o mundo em partes independentes já não funciona. Não se pode prescindir de uma visão mais ampla, integradora, global, a

fim de que a mente humana funcione de modo mais harmonioso e colabore para a construção de uma sociedade mais ordenada, justa, humana, fraterna, estável e segura (BEHRENS, 1999, p. 383-403; MORAES, 1997, p. 20).

Há na sociedade, paralelamente, órgãos públicos e entidades da sociedade civil, que atuam isoladamente, por setores, com base em necessidades e expectativas sociais. Na segurança pública, por exemplo, temos de um lado a Polícia, o Ministério Público, o Judiciário, o sistema prisional, cada um com seus princípios, suas metas, suas estratégias, trabalhando sobre o mesmo fundo; e de outro lado, trabalhando sobre o mesmo tema, mas com princípios, estratégias e metas próprias, temos outros atores como associações diversas, entidades não governamentais de defesa dos direitos humanos, etc. As forças, as experiências, os interesses, embora ligados pela identidade do problema social, acabam dispersando-se e pulverizando-se em atuações isoladas, setoriais, em prejuízo de resultados produtivos, concretos e duráveis sob o pálio da cooperação, da coordenação e da intersectorialidade.

### 3.4. Relação interna dialogal

Todas as características da dinâmica institucional resolutiva se implicam e se interpõem. Para que tenhamos agentes ministeriais proativos, por exemplo, fazem-se necessárias três coisas: conhecer sua área de atuação, saber como os colegas trabalham e adquirir (ou trocar) experiências com eles. Os dois últimos pontos são impossíveis sem um diálogo institucional interno.

A Constituição dotou o Ministério Público de unidade e indivisibilidade (art. 127, § 1º, CF)<sup>8</sup> e possibilitou a qualquer agente ministerial que, ao atuar, impute sua vontade funcional à instituição (CARNEIRO, 1995, p. 43-44). Qualquer ato praticado por um promotor ou procurador de justiça, no exercício de suas funções, automaticamente é atribuído ao Ministério Público. Não há dualidade de pessoas (ente curador dos direitos ou interesses – Ministério Público – e a pessoa que os exerce – membro) como na representação, legal ou voluntária.

---

<sup>8</sup> Sobre os aludidos princípios e o alcance conceitual, *vide*: DONIZETTI, 2009, p. 152; NOGUEIRA, 1992, p. 81; SAUWEN FILHO, 1999, p. 209-210.

ria. Há unidade: é uma só pessoa – a pessoa coletiva, a instituição – que persegue o seu interesse, mas mediante pessoas físicas – as que formam a vontade, as que são suportes ou titulares dos órgãos<sup>9</sup>.

Diante disso, seria extremamente traumática para a instituição a existência de tantos interesses ou vontades quantos fossem o número de membros a compô-la. Ou ainda, a justaposição de promotorias mais ou menos especializadas, sem diálogo e sem cooperação entre si. Não haveria convergência de energias, mas o caos anárquico e improdutivo conducente a uma espécie de anomia institucional. Os múltiplos agentes independentes devem repousar suas individualidades e idiosincrasias sobre um núcleo irredutível que confira uma base segura para o desempenho linear das funções da instituição<sup>10</sup>, e não sobre fatores irracionais que interferem no curso da ação individual. Esse núcleo não é outro senão a ordem jurídica e o diálogo institucional.

O diálogo institucional ou a solidariedade interna entre os agentes do Ministério Público, com delimitação precisa de atribuições, disposição de atuar em conjunto e uma interação funcional sujeita a princípios, normas e regras, onde cada órgão pode complementar a atividade do outro, é o passo decisivo para uma gestão fundada no resultado. Isso porque a reunião de uma série de energias (os diversos membros numa instituição) gera um somatório razoável, mas a multiplicação dessas energias reunidas só é possível se entre elas se estabelece um diálogo ou uma forma de comunicação produtiva.

As múltiplas promotorias especializadas de uma grande comarca, com suas respectivas atribuições, representam a expansão, por imperativo das dimensões demográficas, da promotoria solitária e conglobante de uma comarca pequena. A promotoria única com seu promotor titular engloba em si todas as especialidades de um gran-

<sup>9</sup> Diante desses princípios, talvez não seja correto dizer que entre a instituição do Ministério Público e seus membros se estabelece uma relação metassociológica de todo e parte. Essas equações tendem a se confundir.

<sup>10</sup> Agindo conjuntamente sobre o mesmo objeto (defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis), os membros do Ministério Público coordenam as suas condutas, e a conduta total passa a possuir uma unidade análoga à de um grupo de músculos num movimento coordenado (SICHES, 1968, p. 427).

de centro: proteção ao idoso e às pessoas portadoras de deficiência, infância e juventude, criminal (acidentes de trânsito, drogas, júri, violência doméstica, execução penal, etc.), família, meio ambiente e urbanismo, fazenda pública, proteção ao consumidor, patrimônio público, cidadania, registro público, acidente de trabalho, etc.

Numa promotoria única, todas essas atribuições são exercidas por um único agente. O diálogo e a intercomunicação entre elas (atribuições) são fundamentais para aferir os resultados alcançados pelo promotor de justiça. E seria impensável, para o êxito funcional, que o promotor não vislumbrasse uma continuidade e uma interlocução entre suas diversas atribuições<sup>11</sup>.

Nos grandes centros e comarcas a mesma questão é posta: necessidade de diálogo e intercomunicação entre as diversas atribuições. Mas em tal contexto especializado se estabelecem espaços isolados infensos ao diálogo e ao cooperativismo (numa espécie de *integração horizontal*). A multiplicidade de agentes, de ideias e de percepções, aliada a uma deficiente estruturação normativa, resulta em caos funcional e num tremendo desperdício de energia e dinheiro público.

Esse caos ou anarquia funcional reduz a eficiência, a eficácia e a efetividade das funções ministeriais. As diversas forças e energias da instituição, que numa promotoria genérica são convergentes, nas diversas promotorias especializadas são divergentes e dissipadas em atuações estanques e descontínuas. As informações de uma promotoria não são acessíveis, em tempo real, por outra promotoria. E, com isso, muitas vezes, ocorrem conflitos positivos ou negativos de atribuições, cujo deslinde tardio representa pesado golpe no perfil *resolutivo* da instituição.

Na prática, o Ministério Público se debate entre a independência funcional de seus agentes – a moldar um corpo heterogêneo, desunido, flutuante, de curso instável, ao sabor das idiosincrasias de cada um – e a necessidade do diálogo institucional interno –plasmador de um corpo uno e homogêneo, atuando sob o signo de uma energia convergente. Na disputa entre esses dois pólos, temos

---

<sup>11</sup> Um único agente é capaz de ser mais unificado em seus atos do que um grupo, e muito mais unificado do que vários grupos cooperando uns com os outros (KELLER, 1967, p. 110).



o desperdício de recursos públicos e de energia coletiva (cujo símbolo são os eternos conflitos de atribuições, geralmente negativos), consequências que não atendem ao interesse público em tempos de orçamentos curtos e busca ansiosa por eficiência e resultados.

Para alcançar esse diálogo institucional, alguns desafios devem ser postos claramente: I – criação de condições efetivas para os órgãos de execução e de administração atuarem como equipe (com *unicidade de propósitos*), formando uma rede estreita de vínculos e compromissos; II – estabelecimento de condições para enfrentar diferenças internas, criando motivação para ações cooperadas; III – extrair da interação entre os órgãos cooperantes soluções capazes de mudar a realidade (retroalimentando a aliança orgânica); IV – eliminação ou expurgo da cultura burocrática avessa ao diálogo e ao agir compartilhado (que pressupõe uma atitude mental absolutamente nova<sup>12</sup>); V – aumento das redes de comunicação formal (relatórios, circulares, memorandos, reuniões, etc.) e redução da informal (LAPASSADE; LOURAU, 1972, p. 103).

Debates, estudos, intercâmbio de informações, congressos periódicos da categoria (estaduais, regionais e nacionais), assim como as campanhas internas para os cargos eletivos dos órgãos superiores e da associação de classe, criam espaços de formulação e discussão de temas jurídicos e problemas institucionais (SILVA, 2001, p. 130). Essas atividades geram um discurso próprio à categoria e, por conseguinte, um diálogo permanente.

### 3.5. Planejamento

É certo que o Ministério Público ainda goza de amplo prestígio social, mesmo contando com um modelo de atuação antigo e claramente superado (demandista), enquanto um novo modelo ainda luta para se impor na mentalidade dos membros (resolutivo). Esse prestígio social deve-se mais ao êxito de iniciativas individuais de agentes ministeriais do que a um modelo de gestão baseado num planejamento estratégico.

<sup>12</sup> Thoreau, o curioso naturalista e filósofo americano, achava, de modo perspicaz, que as reformas materiais de nossas instituições não se realizariam sem que houvesse, preliminarmente, uma reforma interior do indivíduo e que, se esta última se realizasse, a primeira passaria a ser supérflua (DREISER, 1939, p. 169).

A instituição não pode avançar rumo ao futuro sobre os velhos trilhos de tentativa e erro, típico modelo de um passado recente. Impõe-se um planejamento estratégico-institucional que assegure uma justa correspondência entre as demandas ou expectativas sociais e os resultados apresentados pela instituição.

### **3.6. Inovação**

A inovação pode referir-se a uma ideia, método ou objeto concebido, que foge aos padrões anteriores e às fórmulas consagradas. No caso do Ministério Público, a postura inovadora pode ser definida como a capacidade de fazer mais e melhor (com ganho de eficiência) com menos recursos, na prestação de serviços afetos à instituição.

No perfil demandista, o poder de inovar da instituição sofre grande limitação, pois o membro acaba confinado à função passiva de acompanhar fórmulas processuais, desenvolvendo um trabalho rotineiro, mecânico e burocrático. Além disso, os problemas são submetidos a um estreito exercício intelectual (a clássica lógica legal-racional), e há uma solene indiferença por resultados extra-autos.

O verdadeiro espaço que se abre ao inovadorismo institucional é o modelo resolutivo, em que o agente ministerial assume a responsabilidade pela condução de problemas complexos sem fórmulas predefinidas para a solução. Nesse roteiro, o agente ministerial desenvolve um trabalho criativo, pragmático, detendo o domínio de seu curso e buscando resultados socialmente relevantes.

### **3.7. Eficiência e gestão de resultados**

Os membros do Ministério Público, até pela forma rigorosa de seleção a que se submetem para ingressar na instituição, detêm um invejável cabedal jurídico e cultural. No exercício da função, adquirem prerrogativas e passam a dispor de mecanismos jurídicos aptos a mudar a realidade de sua comarca, a criar coisas que façam a diferença, e não apenas para executar um trabalho burocrático (apresentando-se à sociedade como um ramo especializado da burocracia).

cia). Assumem o supremo desafio de aplicar a lei em uma sociedade submetida a rápidas e constantes transformações<sup>13</sup>.

As necessidades sociais, os modos de vida, a organização das relações entre os homens evoluem e evoluirão sem cessar segundo o progresso das ciências e das técnicas<sup>14</sup>. Como diz o sociólogo alemão Leopold von Wiese (1932, p. 41): “a eterna mudança das coisas só permite o surgimento de fenômenos circunstancialmente condicionados”, ou seja, que se submetem ao vai e vem histórico. Neste movimento dialético, tensões e conflitos são constantes. Iniciativas e ajustes, igualmente, surgem como necessários a cada estágio (MARCHAIS, 1974, p. 25). E é nesta etapa que a atuação do membro do Ministério Público pode ser muito útil à sociedade.

Instituições como o Ministério Público tendem a enfraquecer-se e estiolar-se quando fracassam em satisfazer os anseios de justiça e de liberdade dos homens. Assim, no dizer de Bertrand Russell (1958, p. 15-16), se se quiser o desenvolvimento de uma sociedade orgânica, é necessário que as nossas instituições sejam fundamentalmente transformadas de molde a representar esse novo respeito pelo indivíduo e pelos seus direitos, exigido pelo sentimento moderno.

O Direito, instrumento que é dado ao Ministério Público manusear, nasce da vida e à vida serve. E a vida é um complexo homogêneo de funções: fisiológicas, psíquicas, sociais, assim como físico-químicas, que se defronta constantemente com novos problemas a exigir novas soluções. O Direito – e, por conseqüência, o Ministério Público – não pode, diante dessa realidade cambiante, ser apenas um instrumento de estabilização e de ordem<sup>15</sup>. Assume, por imperiosa

<sup>13</sup> Sociedade a que Hermann Heller (1968, p. 235) apropriadamente designa de “sociedade de mutação”.

<sup>14</sup> Em razão do progresso do pensamento e do conhecimento, além do aumento do domínio sobre as forças do mundo físico, surgiram novas possibilidades de crescimento, o que deu origem a outras exigências, as quais devem ser satisfeitas se não se quiser frustrar aqueles que as manifestam. (RUSSELL, 1958, p. 13).

<sup>15</sup> O Direito, embora condicionado pelas realidades (cultural, econômica, social e política) do meio em que se manifesta, age também como elemento condicionante. Há uma ativa interação entre todos os componentes de um complexo cultural. Cada um desses componentes ou elementos que exercem influência na vida social é, ao mesmo tempo,

necessidade da vida, uma função revolucionária: mudar para preservar ou resgatar uma ordem justa.

O Direito guarda uma inocultável vocação pragmática, estando predisposto, como instrumento da sã racionalidade humana, a resolver e equacionar problemas. Não se fazem leis pelo prazer bizantino de fazê-las<sup>16</sup>, mas para montar esquemas práticos de proteção de interesses e anseios legítimos dos cidadãos.

Um sistema jurídico não é montado com o fim de ser apreciado em seus detalhes teóricos ou sutilezas estéticas, mas para lidar com questões práticas e funcionais, criar normas de regulação do convívio humano, propiciar a resolução justa de conflitos, garantir a adoção de medidas ordenadoras, etc. O *ethos* do Direito é profundamente pragmático e utilitário.

Para evitar a terrível acusação de um jurista americano de que o “direito é apenas um mecanismo vazio, desprovido de conteúdo específico próprio e recebendo seu conteúdo das várias instituições não-jurídicas” (HALL, s/d., p. 111), o Ministério Público, como um dos principais aplicadores e intérpretes do Direito, assume a responsabilidade de pensar a ciência jurídica e seus mecanismos como alavancas de progresso social dentro de uma cultura de inovação e de contínuo reajuste. E para isso é preciso sair dos gabinetes e encontrar com o Direito nas ruas, deixando de ser apenas um feixe de competências a serviço do Estado (FOUCAULT, 1979, p. 9).

Chegado a esse ponto, percebemos claramente que o Ministério Público se debate entre dois tipos ideais de promotor: *promotor de gabinete* e *promotor de fatos*. O primeiro tipo pode ser definido como aquele que, embora utilize procedimentos extrajudiciais no exercício de suas funções, dá muita relevância, ou mais, à pro-

---

condicionante e condicionado. Assim, por exemplo, o fenômeno jurídico é, desse modo, reflexo da realidade social circundante, mas também fator condicionante dessa realidade.

<sup>16</sup> Diz textualmente Sieyès (1988, p. 4-5): “Não se fazem leis pelo prazer de fazê-las... O legislador é estabelecido não para conceder, senão para proteger nossos direitos”. O Direito deve ser entendido como uma regulação predominantemente útil (FERRARA, 1987, p. 130; ZIPPELIUS, 1997, p. 31).

posição de medidas judiciais e ao exame e parecer dos processos judiciais dos quais está encarregado. Importante: o promotor de gabinete não usa os procedimentos extrajudiciais como meios de negociação, articulação e mobilização de organismos governamentais e não governamentais. O segundo tipo, o promotor de fatos, conquanto proponha medidas judiciais e realize atividades burocráticas ligadas à sua área, dá muita importância, ou mais, ao uso de procedimentos extrajudiciais, mobilizando recursos da comunidade, acionando organismos governamentais e não governamentais, e agindo como articulador político (SILVA, 2001, p. 134-135).

Por fim, pode-se dizer que uma gestão da atividade-fim do Ministério Público para alcançar resultados (como um MP resolutivo) deve apresentar algumas características ou adotar certas medidas: I) uma nova cultura organizativa que realce a busca por resultados, com destaque na formação de agentes dotados de iniciativa e mente aberta, que escutem com interesse ideias novas; II) introdução de um parâmetro analítico apto a rever o desempenho dos objetivos estratégicos e a forma de sua execução; III) inserção de uma nova mentalidade segundo a qual o promotor perceba que tem, entre as atribuições constitucionais e a lei, um significativo espaço para definir suas prioridades e criar métodos de trabalho (SILVA, 2001, p. 127); IV) estabelecimento de um diálogo institucional interno entre os diversos órgãos (de execução e de administração) com o fim de otimizar a cooperação e os círculos de inovação; e V) criação de um núcleo de estudos e pesquisas em eficiência funcional.

#### **4. Busca por uma identidade própria do Ministério Público**

A consolidação do perfil resolutivo do Ministério Público, além de conferir maior agilidade na resolução dos conflitos sociais, empresta uma identidade própria à instituição. Doravante, o Ministério Público não se faz conhecido ao povo somente pelo atuar processual, alimentando na cabeça do vulgo a falsa crença de que não passa de um apêndice (passivo) do Judiciário. O conjunto de ideias e de práticas que acompanha a dinâmica resolutiva da instituição tem a força de deslocar o centro de gravidade do Ministério Público para si mesmo, afastando-o da dependência ou submissão a elementos extrínsecos e colocando em suas mãos o curso de seu destino.

O estímulo e aperfeiçoamento dos mecanismos resolutivos conquistados pela instituição podem propiciar-lhe maior conhecimento sobre suas estruturas e mecanismos de ação, ao conduzir seus próprios procedimentos e ao ter o domínio sobre o curso de cada um deles. Este autoconhecimento institucional implica um fortalecimento no desempenho das atribuições conferidas pela Constituição, pois não pode ser senhor de si e de suas ações quem antes não se compreende. E aqui não podemos esquecer a clássica lição do maior dos estrategistas:

Se você conhece o inimigo e conhece a si mesmo, você não precisa temer o resultado de cem batalhas. Se você se conhece, mas não o inimigo, para cada vitória ganha você sofrerá também uma derrota. Se você não conhece nem o inimigo nem a si mesmo, você sucumbirá em cada batalha. (TZU, 2003, p. 18, tradução nossa).

## 5. Diferenças entre o MP resolutivo e o MP demandista

MP resolutivo	MP demandista
Proativo	Reativo
Assunção de responsabilidade	Transferência de responsabilidade
Proximidade com o cidadão	Distanciamento da comunidade
Problemas complexos e sem uma fórmula predefinida	Problemas submetidos a um exercício intelectual (lógica legal-racional)
Trabalho criativo e pragmático	Trabalho rotineiro e formal
Unidade de ação e domínio de seu curso	Ação difusa, mecânica e burocratizada
Busca por resultados (“fazer a diferença”)	Indiferença por resultados extra-autos (ou extraprocessuais)
Art. 127 da CF: Ao Ministério Público incumbe: “[...] a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.	Art. 1º da LC nº 40/81: “O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é <i>responsável perante o Judiciário</i> pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis [...]”. Art. 127 da CF: “O Ministério Público é instituição permanente, <i>essencial à função jurisdicional do Estado</i> [...]”. (grifo nosso).

## 5.1. Proatividade e reatividade

O Ministério Público de perfil demandista caracteriza-se por simplesmente reagir aos fatos sociais, aguardando que os fatos se tornem patológicos, conflituosos, para que sejam submetidos à apreciação judicial. É uma postura institucional reativa (inercial, fragmentária) que nega parcela valiosa de atribuições extrajudiciais do Ministério Público e que se inspira no antigo art. 1º da Lei Complementar nº 40/81:

O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é *responsável perante o Judiciário* pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis [...] (BRASIL, 1981).

Ultimamente, a instituição tem sido obrigada a adotar uma postura assumidamente proativa e resolutive, em que seus recursos e esforços são concentrados na busca por respostas preventivas para os problemas comunitários. Ao invés de reagir contra incidentes ou fatos consumados (que em boa parte das vezes não encontram uma solução adequada com o crivo judicial), o Ministério Público passa a trabalhar para a solução dos problemas em conjunto com a comunidade. Neste novo perfil institucional, o promotor de justiça assume um caráter *antecipador*, ou seja, passa a se antecipar aos fatos, nutrindo uma nova atitude mental e uma renovada disposição para a ação.

## 5.2. Assunção e transferência de responsabilidade

O Ministério Público demandista funciona como uma correia de transmissão: simplesmente transmite o conflito social às mãos do Judiciário. E, ao fazê-lo, perde sensivelmente o controle do curso e do tempo da ação para solucionar o conflito, submetendo-se aos mecanismos emperrados da máquina judiciária.

Além disso, assume uma postura burocrática de “evitar responsabilidades” – *to shun responsibility* – (MACLIVER, 1965, p. 241), refugiando-se atrás da máquina do Judiciário. Duas situações então podem ocorrer: ou a justiça soluciona a contento o conflito, ou não.

Em ambas as situações, o promotor demandista, de forma oportunista, obterá alguma vantagem. Se o resultado for ineficiente (sem relevância social), terá um bode expiatório ao alcance da mão (a ineficiência judicial); se obtiver êxito na demanda, colherá os frutos de uma demanda iniciada por ele.

Já o perfil resolutivo assume, primariamente, a responsabilidade de conduzir um conflito com o objetivo de encontrar-lhe a solução mais adequada.

### 5.3. Proximidade e distanciamento da comunidade

O promotor resolutivo, por lidar com problemas cuja abordagem não conta com uma fórmula predefinida, tende a dialogar mais, a buscar soluções que têm na persuasão um elemento importante. Por isso, sua proximidade com o cidadão e com a comunidade é maior.

O grande mérito de uma autoridade democrática é fazer com que o poder que lhe é atribuído tenha sua maior expressão na persuasão. As sociedades democráticas impõem um esforço justificativo especial por parte daqueles que exercem o poder. O mero argumento de autoridade já não satisfaz no âmbito de uma cultura que desconfia do poder e que se nutre do pluralismo (VIGO, 2010, p. 56). E, no dizer de Bertrand Russell (1955, p. 146), o derradeiro objetivo de qualquer reformador que tenha em vista a liberdade só poderá ser atingido mediante persuasão. A tentativa de impor-se a liberdade pela força – ou *naked power*, na definição do próprio Russell (1957, p. 27) – sobre aqueles que não desejam aquilo que consideramos liberdade sempre se constituirá um fracasso.

Em toda sociedade há um elemento de força e um elemento de persuasão. Onde o progresso e desenvolvimento dependem mais da persuasão e menos da força, ali temos uma sociedade melhor (MURRAY, 1941, p. 50), dada a factível perspectiva de minimização dos conflitos.

Não há espaço na arena jurídica, ensina Atienza (1991, p. 25), para o determinismo metodológico (em que as decisões jurídicas não precisam de uma justificação, porque procedem de uma autoridade legítima ou são o resultado de simples aplicações de normas ge-



rais), nem para o decisionismo metodológico (em que as decisões jurídicas não podem ser justificadas, já que são puros atos de vontade). Exigem-se hoje, em tempos de expansão do princípio democrático, razões justificativas (e não meramente explicativas), onde sejam identificados os valores que tornam a decisão correta, boa e conveniente para uma dada situação.

A aplicação pura e simples da lei sem uma justificação especial, através de meios judiciais, conquista a submissão do cidadão pelo temor da pena, mas não conquista a cooperação ativa.

O agente demandista, por conta dos ritos e da linguagem que envolvem os processos judiciais, sem falar na ambiência solene e formal, cava um abismo entre si e a comunidade. Esse distanciamento e desconexão entre o agente ministerial e o sistema social resultam numa deformada e insuficiente resolução dos conflitos de uma sociedade democrática pós-moderna.

#### **5.4. A forma de solucionar os problemas**

O Ministério Público demandista encaminha os problemas como num jogo de palavras cruzadas: junta os fatos na horizontal e aguarda as soluções na vertical, num estreito exercício intelectual guiado por fórmulas processuais, mais ou menos mecânicas, num trabalho rotineiro. A vertente resolutiva da instituição lida com problemas complexos (pois ainda não reduzidos à procedimentalização oficial), carentes de uma abordagem uniforme e ortodoxa e, por isso mesmo, a exigir um trabalho criativo de diálogo e de persuasão, uma nova forma de gestão e de resolução.

#### **5.5. Trabalho criativo *versus* labor rotineiro**

Os conflitos conduzidos pelo Ministério Público resolutivo são tratados de maneira criativa, buscando-se uma solução substancialmente adequada (relevante socialmente). O perfil demandista contenta-se com respostas processuais, mediante a análise rotineira e formal de questões procedimentais. Muitas ações submetidas à justiça acabam extintas sem a resolução do mérito, ou seja, não solucionam efeti-

vamente o conflito. Isso significa que, embora o Judiciário tenha a função de “decidir” o conflito, na maioria das vezes não o elimina.

## 5.6. Busca por resultados efetivos (ou socialmente relevantes) e a indiferença por resultados extraprocessuais

O Ministério Público puramente demandista, conformando-se com os prazos e os resultados processuais, nunca se preocupou em alcançar resultados socialmente relevantes. O problema é que a estatística e os números processuais (tanto na área cível quanto na criminal) podem impressionar pela quantidade, mas não repercutem, na forma devida, nos complexos problemas sociais<sup>17</sup>.

E por que, nas duas décadas seguintes à Constituição, a instituição não despertou para o problema? Porque as gerações de agentes ministeriais nutridas por esse modelo não se imaginavam dentro de uma estrutura política maior e cooperativa, com uma responsabilidade sociopolítica bem definida. E com essa postura indiferente, burocrática e mecânica, o Ministério Público brasileiro, desde a Constituição de 1988 (que em suas disposições já havia dotado a instituição de uma nova roupagem), contraiu uma séria dívida política com a sociedade brasileira: a de participar ativamente na solução dos problemas sociais que afligem essa sociedade, como insegurança pública, degradação do meio ambiente, corrupção política, caos na saúde e na educação, ineficiência na prestação dos serviços públicos, etc.

Essa dívida só começará a ser solvida quando o perfil resolutivo da instituição (já indicado na CF/88, art. 127, *caput*) for efetivamente consolidado na prática diária dos milhares de promotores de justiça espalhados pelo país. Dotada desse *élan* resolutivo, a instituição terá condições de lutar por resultados substancialmente relevantes para a sociedade. Mas para isso precisa se colocar, efetivamente, dentro da estrutura política do Estado.

---

<sup>17</sup> Nesse ponto ainda assiste razão a Herbert Spencer (1908, p. 68), quando diz que o Estado nos pleitos se preocupa mais em atender as regras do combate (normas processuais) do que em fazer justiça à parte lesada (solucionar ou eliminar o conflito).

## 6. Estratégias de crescimento institucional que privilegiam o demandismo

### 6.1. Alegada hipossuficiência da sociedade

Durante os trabalhos constituintes, o Ministério Público trabalhou com a hipótese da hipossuficiência da sociedade brasileira para conseguir mecanismos importantes na sua tutela. Conseguiu até mesmo impedir a criação do *ombudsman*, sob o argumento de que já existia uma instituição apta a desempenhar as mesmas funções: o próprio Ministério Público.

O Estado democrático é extremamente expansivo e com pouco senso de responsabilidade histórica, pois tende a exercer uma tutela sobre a sociedade e o indivíduo só comparável ao Estado totalitário. Até mesmo o antigo Estado absoluto, como diz Ortega y Gasset (1987, p. 130), respeitava instintivamente a sociedade. Essa tendência tutelar busca fortalecer o Estado democrático à custa da sociedade e do indivíduo, e, para isso, a estratégia é interferir (e restringir) nas esferas próprias e autônomas destes. É a criatura nutrindo-se dos criadores.

Quando o Estado – ou as suas instituições (ORTIGÃO; QUEIROZ, 1888, p. 136) – constitui-se protetor ou tutor universal da sociedade, torna-se objeto de uma superstição grosseira e perigosa. A fé posta na proteção do Estado é uma derivação da fé no milagre. Essa fé dissolve todas as aptidões, todas as iniciativas, todas as forças de uma sociedade.

Há uma firme crença de que o Estado democrático, por corresponder ao desejo da maioria, deve dar remédio a todas as misérias humanas, quaisquer sejam elas. Nessa circunstância de aliviar todas as dores, não ocorre a ninguém perguntar se existem outros meios ou recursos para evitá-las, ou se, em cada caso concreto, elas efetivamente receberam o melhor tratamento (um tratamento compatível com a situação). E é claro que a intervenção do Estado em cada desvirtuamento ou miséria da sociedade ou do indivíduo gera uma espécie de círculo vicioso: quanto mais aumenta a intervenção governamental, tanto mais se fortalece o pensamento de sua necessidade e com mais insistência se pede a sua extensão. Instala-se uma espécie de “estatolatria”.

Essa “estatolatria”, refletida no vezo de acionar o Estado para solucionar todo e qualquer problema, acaba tornando a estrutura estatal pesada e ineficiente, pois, como diz Spencer (1977, p. 38), cada nova regulamentação (ou intervenção) implica a nomeação de novos servidores, aumento da burocracia e do poder dos órgãos administrativos.

A doutrina do estatismo (no caso do Ministério Público, o demandismo) implica a estatização da vida, a absorção de toda espontaneidade social pelo Estado, ou seja, a anulação da espontaneidade histórica, que definitivamente sustenta, nutre e impulsiona os destinos humanos. Quando a massa se sente insatisfeita, ou simplesmente tem algum forte desejo, é para ela uma grande tentação essa possibilidade permanente e segura de conseguir tudo – sem esforço, luta, dúvida ou risco –, sem precisar fazer nada além de apertar a mola e ligar a portentosa máquina estatal.

A noção de que a sociedade precisa ser tutelada é uma dessas verdades parciais que levam a erros totais, como o de que povo ainda não está maduro para viver a democracia plenamente. Daí a admitir precondições para o exercício da democracia, é um desdobramento lógico fácil de alcançar e de aceitar.

Viver em democracia é o melhor educandário para o povo, onde ele passa a aprender mediante o processo democrático mesmo, tornando-se responsável pelo seu próprio destino; sem vivência democrática não se forma no povo a ideia do que seja democracia (os hábitos democráticos são adquiridos somente praticando-os), o que, similarmente, ocorre com o cego de nascença que não tem a noção de cor, nem o surdo a dos sons, e que experimentam um choque quando pela primeira vez são expostos a tais sensações. Bons ou ruins, o som e a cor devem ser experimentados pelo indivíduo falta de sensibilidade apurada, assim como a democracia, pelo povo carecido de condições ideais de cultura ou de riqueza.

A prática democrática, com seus desdobramentos procedimentais (igualdade política, sufrágio universal, participação efetiva, etc.), é tão importante que chega a neutralizar diferenças de capacitação intelectual. Para realizar-se essa neutralização, basta conferir um con-

siderável relevo à informação e à discussão dos negócios públicos, com exposição clara das questões, a fim de possibilitar um entendimento perfeito ao cidadão participante.

Ao adotar a hipossuficiência da sociedade para se arvorar em seu defensor legítimo, o Ministério Público adotou uma política institucional de vistas curtas e fortaleceu o estatismo, implícito em tal doutrina (retardando o ímpeto emancipatório da sociedade brasileira), e privilegiou o seu perfil demandista, pois era a vitrine que naquela época melhor o expunha aos olhos da sociedade.

## 6.2. Ocupar espaços

Historicamente, o Ministério Público adotou a política de “ocupar espaços” a todo transe, numa ampliação de suas atribuições como forma de firmar-se e fortalecer-se como instituição (RODRIGUES, 1999, p. 133; SINHORETTO, 2006, p. 173)<sup>18</sup>. Além disso, o legislador infraconstitucional tem aberto, a qualquer propósito, novas formas de intervenção do Ministério Público, seja quando regula a proteção ao idoso, à criança e ao adolescente, ao portador de deficiência, etc., seja no que se refere a questões fundiárias, parcelamento do solo urbano, usucapião, defesa de investidores no mercado financeiro, etc.

Fruto dessa postura, há sem dúvida uma sobrecarga funcional dos membros do Ministério Público na área civil, sobrecarga que nem sempre é compatível com a letra e o espírito da Constituição Federal. Nessa perspectiva, não é difícil lobrigar a impossibilidade prática de a instituição se desincumbir de todas essas atribuições de maneira adequada, substancial e formalmente. E essas dificuldades funcionais têm causado algumas críticas nem sempre justas. No dizer de Marchais (1974, p. 44), “sobrecarregam o burro e gritam com indignação quando ele tropeça”.

---

<sup>18</sup> O Ministério Público por muitos anos procurou atribuições, e o legislador foi generoso, sempre se lembrando da instituição quando não tinha para quem destinar as atribuições. Os tempos mudaram, e o Ministério Público precisa abdicar de atribuições que não digam respeito ao seu novo perfil constitucional. É preciso conscientização de novos tempos e coragem para deixar de lado atribuições dispensáveis, de interesse individual e de pouca ou nenhuma repercussão social (SANTIN, 1999, p. 141).

Atualmente, a preocupação sobre as atribuições do Ministério Público gira em torno da eficiência e da efetividade de sua intervenção no processo cível, especificamente. E para tanto, a solução que se apresenta, jurídica e tecnicamente adequada, é uma categoria dialeticamente paradoxal: *a restrição/ampliação de suas atribuições*. A restrição diz respeito às atribuições compatíveis com a finalidade constitucional (“defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”). A ampliação liga-se à atuação, dentro desses limites finalísticos e constitucionais, de forma qualificada e com largos mecanismos disponíveis, segundo a máxima consagrada de que quem tem fins deve dispor de meios. Esse enxugamento de atribuições, sob o foco da Constituição, ajuda a tornar a instituição flexível e adaptada às potencialidades e exigências de uma nova época, em que a busca por resultados e eficiência é o núcleo vital.

### **6.3. Modelo de equiparação ao Judiciário (garantias, prerrogativas, vedações, estrutura e divisão funcional)**

O Ministério Público adotou durante anos, como fórmula de crescimento e evolução institucional, a equiparação à Magistratura. Cresceu, permitam-nos o prosaísmo, como uma anêmona grudada num tubarão! Graças a isto, e a toda uma doutrina construída a respeito, a instituição se firmou como essencial e fundamental ao regime democrático, sendo insculpida constitucionalmente em matizes bem fortes.

Todavia, tudo tem seu preço: a assemelhação ao Poder Judiciário, que se refletiu na sua organização administrativa e de carreira, na sua postura funcional, na natureza de suas atribuições, provocou um fenômeno que se poderia chamar de “jurisdicionalização” do Ministério Público, ou seja, a perda de sua identidade.

Há quase 20 anos, Freyesleben escrevia que o Ministério Público:

[...] recebeu novas e importantes atribuições com a nova ordem constitucional sem a correspondente estrutura para exercê-las a contento. E que a estrutura foi criada e é mantida para ser composta de Promotores de Justiça *pareceristas*. O grande defeito do Ministério Público está em seguir vivendo à semelhança

da estrutura do Judiciário. Este sim, pode e deve ter estrutura de *pareceristas*! O Ministério Público é dividido em entrâncias e em instâncias, porque assim se divide o Judiciário. Na administração, possui os mesmos e correlatos órgãos, alterada a denominação, mas funcionando identicamente e para os mesmos propósitos. Não há uma única Promotoria de Justiça que não exista em razão de uma Vara. Esse é o problema estrutural do Ministério Público e que, se não resolvido, continuará lhe afetando e emperrando. [...] A maior dificuldade residirá na ruptura com uma mentalidade que não consegue ver um promotor sem juiz. (FREYESLEBEN, 1993, p. 162-163).

Toda essa doutrina de equiparação e de simetria colocou o Ministério Público na órbita do Judiciário como um satélite, uma peça acessória, sem identidade e sem um objetivo institucional que não seja o de, eternamente, despachar processos e cumprir prazos processuais, alheio aos reais problemas sociais que constituem o pano de fundo de todo litígio ou demanda judicial.

## 7. Causas que levam ao Ministério Público resolutivo

### 7.1. Amadurecimento democrático da sociedade (expansão do princípio democrático)

Vivemos um novo movimento, uma nova onda, que poderíamos denominar de a *segunda onda* da era contemporânea do Ministério Público. É o movimento da eficiência, da busca por resultados e legitimidade social, de um novo perfil institucional, mais adequado à quadra histórica de aprofundamento e amadurecimento democrático.

Esse movimento é simbolizado pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que, dentre outras medidas, guindou a *eficiência* a princípio constitucional da Administração Pública, ao lado da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Se uma lição segura pode ser extraída da história política, é a seguinte: o povo é impelido por vários sentimentos e impulsos conflitivos, tendo necessidades e exigências que variam de tempos em tempos (MACLVER, 1965, p. 8). Por isso, o ambiente democrático gera de-

mandas com muita rapidez, mas revela-se lento em atendê-las. Ou, como diz Bobbio (1986, p. 36), a democracia tem a demanda fácil e a resposta difícil. E essa tendência reivindicativa da sociedade aprofunda-se com o processo de amadurecimento democrático, com a sociedade cada vez mais cônica de seus direitos, exigente e participativa.

O ímpeto ascensional da massa democrática sempre foi um fator atuante nas incessantes transformações do Estado. Toda a estrutura de poder, em consequência, sofre um processo contínuo de mudança. Todo avanço ou conquista social aumenta o ímpeto por novas conquistas.

Forças novas penetram em nossa sociedade, tal como o largo desenvolvimento tecnológico, com suas repercussões sociais e econômicas, o incremento da industrialização, especialização e urbanização, a organização de poderosos grupos industriais e financeiros, de organismos internos e externos, a facilidade das comunicações e um ritmo avassalador de mudanças. Tudo isso revoluciona os encargos e as responsabilidades do Estado e de suas instituições.

À medida que a sociedade democrática evolui e se intensificam o sentimento democrático e os instrumentos à sua disposição, cresce seu nível de exigência em relação ao Ministério Público. Se a instituição deixa de responder eficazmente às contínuas e cada vez mais complexas demandas sociais (DIAS JÚNIOR, 2005, p. 714), corre o risco de, cedo ou tarde, ter sua legitimidade de defensora da sociedade questionada.

## 7.2. Crise do Poder Judiciário

O Poder Judiciário sempre se notabilizou por ser uma instituição extremamente conservadora. De acordo com Wolkmer (2000, p. 186), os magistrados são homens de mentalidade conservadora em relação a todos os grandes problemas econômicos, sociais e políticos de sua sociedade. As autoridades governamentais responsáveis pela nomeação e promoção dos juizes buscam, quase sempre, favorecer exatamente aqueles que possuam tais concepções reacionárias.

No cenário pré-88 (e até poucos anos seguintes à promulgação da Constituição), o Judiciário respondia, bem ou mal, às demandas da sociedade e do Ministério Público (as quais ainda não tinham-se tor-



nado complexas pela expansão do princípio democrático). E como o Ministério Público (demandista) retirava seus dividendos de reconhecimento da atuação perante o Judiciário, esse modelo atendia plenamente às expectativas institucionais.

No momento em que o Judiciário se mostrou ineficiente em atender as demandas de novos tempos (interesses coletivos, difusos e metaindividuais), e sendo o Ministério Público o agente mais importante na defesa de direitos coletivos pela via judicial, a instituição se ressentiu (afinal, sua sorte estava atrelada à do Judiciário e não gozava do *status* de “Poder”). E essa inoperância coincidiu com uma maior exigência da sociedade por eficiência de suas instituições. A partir daí o Ministério Público se viu obrigado a buscar novas alternativas de fortalecimento institucional, visto que o puro demandismo era modelo esgotado ou, no mínimo, em profunda crise.

## **8. Exigências e desafios trazidos pelo novo modelo resolutivo**

### **8.1. Nova leitura do postulado da independência funcional**

Como já dissemos acima, a Constituição, ao dotar o Ministério Público de unidade e indivisibilidade (art. 127, § 1º, CF), possibilitou que qualquer agente ministerial, na sua atuação, impute sua vontade funcional à instituição (CARNEIRO, 1995, p. 43-44). Qualquer ato praticado por um promotor ou procurador de justiça, no exercício de suas funções, automaticamente é atribuído ao Ministério Público. Não há dualidade de pessoas – ente curador dos direitos ou interesses (Ministério Público) e a pessoa que os exerce (membro) –, como o há na representação, legal ou voluntária. Há unidade: é uma só pessoa – a pessoa coletiva, a instituição – que persegue o seu interesse, mas mediante pessoas físicas – as que formam a vontade, as que são suportes ou titulares dos órgãos.

Diante disso, seria extremamente traumática para a instituição a existência de tantos interesses ou vontades quantos fossem o número de membros a compô-la. Ou ainda, a justaposição de promotorias mais ou menos especializadas, sem diálogo e sem cooperação entre si. Não haveria convergência de energias, mas o caos anárquico e improdutivo conducente a uma espécie de anomia institucional. Os múlti-

plos agentes independentes devem repousar suas individualidades e idiosincrasias sobre um núcleo irredutível que confira uma base segura para o desempenho linear das funções da instituição, e não sobre fatores irracionais que interferem no curso da ação individual.

Fortemente influenciada por antigos princípios doutrinários hauridos da tradição francesa, diz Mazzilli (2002), a Constituição brasileira de 1988 consagrou como princípios institucionais do Ministério Público a unidade e a indivisibilidade, mas, em vez de a eles acrescentar o princípio hierárquico do *Parquet* francês, ao lado dos primeiros somou o princípio da independência funcional.

Carvalho e Leitão (2010, p. 403), em estudo sobre o novo desenho institucional do Ministério Público e sobre o processo de judicialização da política, concluem que a independência funcional dos promotores e a conseqüente falta de uma estrutura hierárquica criam uma barreira à formação de políticas institucionais uniformes. Por um lado, existe alguma vantagem, já que os promotores e procuradores têm mais liberdade para se adaptar às realidades específicas, “podendo tomar medidas inovadoras que seriam dificultadas se fosse necessário esperar uma ordem da cúpula do Ministério Público” (KERSCHE, 2003, p. 119)<sup>19</sup>. Por outro lado, esse desenho diminui a garantia de que todos os cidadãos tenham os seus direitos defendidos de forma isonômica.

É por isso que o princípio da independência funcional deve ser pensado e operacionalizado sobre novas bases, de modo a impedir que a atuação da instituição se disperse em múltiplas atuações individualistas e fragmentadas, sem obedecer a um somatório organizado de esforços tendente ao cumprimento das metas e ao atingimento dos objetivos estratégicos traçados institucionalmente.

## 8.2. Insuficiência de recursos materiais e humanos

A assunção e a implantação consciente desse novo modelo resolutivo não podem limitar-se às iniciativas individuais de membros à

---

<sup>19</sup> É inegável que a independência funcional gera novos pensamentos, ideias e ações inovadoras, impensáveis numa estrutura hierarquizada. A inovação, o passo à frente, decorre mais de uma insatisfação individual do que propriamente de um desejo do grupo homogêneo.

frente de seu tempo, mas deve ser fruto de um planejamento estratégico da própria instituição. Como objeto de uma ação coletiva e institucional, o novo método de atuação vai exigir um maior aporte de recursos materiais e humanos.

O atual modelo demandista requer da instituição um espaço físico mínimo (que geralmente não pertence à instituição, mas é cedido nas dependências dos fóruns e tribunais), material de escritório e tempo. Já o perfil resolutivo, por implicar um projeto identitário, exigirá, além de uma profunda (e permanente) capacitação dos membros, novos serviços auxiliares (como equipe técnica pericial e multidisciplinar: contadores, técnicos ambientais, especialistas em saúde, educação, etc.), programas de aperfeiçoamento contínuo dos servidores, etc.

### **8.3. Novo regime de capacitação e mobilização dos agentes ministeriais**

Com a ineficiência do modelo puramente demandista em responder às demandas ou conflitos sociais, surgem no horizonte institucional meios alternativos de resolução de conflitos. Esses meios, entretanto, pressupõem que a instituição esteja devidamente aparelhada, tanto em estrutura física quanto humana, para fazer frente aos novos desafios.

Como esse novo momento institucional implica uma quebra de paradigma, é necessário que os agentes ministeriais estejam capacitados para exercer as suas novas funções. Mediação, negociação, transação e conciliação são alguns mecanismos que, doravante, hão de compor o manual de atuação do Ministério Público. Portanto, técnicas de persuasão, de diálogo e de articulação deverão necessariamente fazer parte de seu aperfeiçoamento funcional.

## **9. Conclusões**

Uma sociedade em constante mudança requer um contínuo reajuste de suas instituições para atender eficientemente às novas demandas. O Ministério Público se insere nesse contexto como uma instituição moldada para defender os interesses, não mais do Estado ou

de uma sociedade simplesmente, mas de uma complexa sociedade democrática. Dentro desses objetivos alguns desafios são postos e sintetizados nas conclusões seguintes:

I) O Ministério Público resolutivo define-se como uma instituição que assume uma identidade proativa específica, atuando antes que os fatos se tornem irremediavelmente patológicos e conflituosos, utilizando seu poder de articulação e mecanismos extrajudiciais para equacioná-los sem a necessidade de demandar, como *prima ratio*, a justiça.

II) O caráter resolutivo não implica um combate irracional e iconoclasta ao perfil demandista da instituição (nem poderia fazê-lo, diante da Constituição), mas um fortalecimento do perfil proativo. Esse perfil resolutivo não se desliga do passado, não o nega, mas tende a ir adiante, atento às novas necessidades sociais e às circunstâncias históricas que apontam para um futuro certo. O Ministério Público demandista, à escoteira, cumpriu sua história. Agora, para continuar sendo útil, deve ceder espaço e dividir a cena com o Ministério Público resolutivo.

III) A dinâmica institucional resolutiva apresenta alguns atributos indispensáveis como proatividade, dinamismo, intersetorialidade, relação interna dialogal, planejamento, inovação, eficiência e gestão de resultados.

IV) São estratégias de crescimento institucional que privilegiam o perfil demandista da instituição: alegada hipossuficiência da sociedade, doutrina de “ocupar espaços” e modelo de equiparação ao Judiciário.

V) São causas que levam ao perfil resolutivo do Ministério Público: expansão do princípio democrático (amadurecimento democrático da sociedade) e crise do Poder Judiciário (ineficiência em responder às novas demandas sociais).

VI) O modelo resolutivo traz algumas exigências e desafios ao Ministério Público, como: nova leitura do postulado da independência funcional, novo regime de capacitação e mobilização dos agentes ministeriais, e insuficiência de recursos materiais e humanos disponíveis à instituição.

VII) O princípio da independência funcional deve ser pensado e operacionalizado sobre novas bases, de modo a impedir que a atuação da instituição se disperse em múltiplas atuações individualistas e fragmentadas, sem obedecer a um somatório organizado de esforços tendente ao cumprimento das metas e ao atingimento dos objetivos estratégicos traçados institucionalmente. A cooperação e o diálogo interno podem temperar, nos limites constitucionais, o novo desenho desse princípio, fazendo com que a instituição ganhe vigor resolutivo.

VIII) O atual perfil binário do Ministério Público (demandista e resolutivo) engendra dois tipos bem definidos de agentes. De um lado, o promotor demandista (ou de gabinete): propositor de medidas judiciais e reativo, agente burocrático e processual, parecerista, preocupado com prazos e resultados processuais. De outro, o promotor resolutivo: agente antecipador e proativo (nova atitude mental e renovada disposição para a ação), agente político articulador, agente preocupado com positivas transformações na realidade social.

IX) A consolidação do perfil resolutivo do Ministério Público, além de conferir maior agilidade na resolução dos conflitos sociais, confere uma identidade própria à instituição, fugindo à cega mecânica do demandismo. Esse conjunto de ideias e de práticas que acompanha a dinâmica resolutiva tem a força de deslocar o centro de gravidade do Ministério Público para si mesmo, afastando-o da dependência ou submissão ao demandismo judiciário e colocando em suas mãos o curso de seu destino.

## 10. Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de; PARISE, Elaine Martins. Priorização da atuação preventiva pelo Ministério Público: mudança de paradigma como exigência do Estado Democrático de Direito. In: XVI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: MINISTÉRIO PÚBLICO E JUSTIÇA SOCIAL, 2005, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: AMMP [2006], p. 609-617.

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

ATIENZA, M. *Las razones del derecho*. Teorias de la argumentación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

URIS, Auren. *Liderança*. Tradução de Maria Thereza Quintella. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1967.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BEHRENS, Marilda Aparecida. A prática pedagógica e o desafio do paradigma emergente. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, Brasília, DF, v. 80, n. 196, 1999, p. 383-403.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: Uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981. Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/104009/lei-complementar-40-81>>. Acesso em: 27 jul. 2012.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *O Ministério Público no processo civil e penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natália. O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 2, 2010, p. 399-422.

DIAS JÚNIOR, Paulo Roberto. Um novo modelo de gestão: reflexos na atuação do Ministério Público. In XVI CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: MINISTÉRIO PÚBLICO E JUSTIÇA SOCIAL, 2005, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: AMMP [2006], p. 710-726.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DREISER, Theodore. *O pensamento vivo de Thoreau*. Tradução de Lauro Escorel. São Paulo: Martins, 1939.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1987.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado, Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FOUGEYROLLAS, Pierre. *A filosofia em questão*. Tradução de Roland Corbisier. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1960.

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. *O Ministério Público e a Polícia Judiciária: controle externo da atividade policial*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

FRIEDRICH, Carl J. *Tradition and authority*. London: The Pall Mall Press, 1972.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e práxis*. São Paulo: LED, 1998.

HALL, Jerome. *Democracia e direito*. Tradução de Arnold Ward e Carly Silva. Rio de Janeiro: Zahar, s/d.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

JULIEN, Claude. *O suicídio das democracias*. Tradução de Marina Colasanti. Rio de Janeiro: Artenova, 1975.

KELLER, Suzanne. *O destino das elites*. Tradução de Luís Cláudio de Castro. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

KERCHE, Fábio. *O Ministério Público no Brasil: autonomia, organização e atribuições*. 2003. Tese (Doutorado)–Departamento de Ciência Política, USP, São Paulo, 2003.

LAPASSADE, Georges; LOURAU, René. *Chaves da sociologia*. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MACLIVER, Robert Morrison. *The Web of Government*. New York: Macmillan Co., 1965.

MARCHAIS, Georges. *O desafio democrático*. Tradução de Fernando de Castro Ferro. Lisboa: Centro do Livro Brasileiro, 1974.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no processo penal. *Justitia*, São Paulo, vol. 95, 2002.

MORAES, Maria Cândida. *O paradigma emergente*. Campinas: Papirus, 1997.

MURRAY, Gilbert. *El espíritu de libertad y la civilización*. Tradução de Juan Guixé. Buenos Aires: Editorial Losada, 1941.

NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. Tradução de Paulo César de Souza. 3. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

ORTEGA Y GASSET, José. *The revolt of the masses*. Anonymous translation. USA: W. W. Norton, 1957.

\_\_\_\_\_. *A rebelião das massas*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

ORTIGÃO, Ramalho; QUEIROZ, Eça de. *As farpas*. Lisboa: David Corrazi Editor, 1888. (A sociedade, tomo 6).

PAINÉ, Thomas. *Rights of man*. London: The Folio Society, 2007.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre o Ministério Público no processo não-criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1998.



RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo de Estado*. Manaus: Valer, 1999.

RUSSELL, Bertrand. *Caminhos para a liberdade*. Tradução de Nathanael C. Caixeiro. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1955.

\_\_\_\_\_. *O poder: uma nova análise social*. Tradução de Brenno Silveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957.

\_\_\_\_\_. *Princípios de reconstrução social*. Tradução de Lólio Lourenço de Oliveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1958.

SADEK, Maria Tereza; LIMA, Fernão Dias de; ARAÚJO, José Renato de Campos. O Judiciário e a prestação da justiça. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SANTIN, Valter Foletto. A reengenharia do Ministério Público: alguns aspectos. *Justitia*, São Paulo, ano 63, v. 185-188, 1999, p. 136-143.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SICHES, Recásens. *Tratado de sociologia*. Tradução de João Baptista Coelho Aguiar. 1. ed. 2. reimp. Porto Alegre: Globo, 1968. vol. II.

SILVA, Cátia Aida. Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 45, 2001, p. 127-144.

SINHORETTO, Jacqueline. *Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da justiça*. 2006. Tese (Doutorado em Sociologia)–Faculdade de Sociologia, Letras e Ciências Humanas, USP, São Paulo, 2006.

SPENCER, Herbert. *L'individu contre l'État*. Tradução do inglês por J. Gerschel. Paris: Félix Alcan Éditeur, 1908.

TZU, Sun. *The art of war*. Tradução de Lionel Giles. New York: Barnes & Noble Classics, 2003.

VEBLEN, Thorstein. *The theory of the leisure class*. New York: The Modern Library, 1934.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica*. Tradução de Susana Elena Dalle Mura. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

WIESE, Leopold Von. *Sociologia: historia y principales problemas*. Tradução de Rafael Luengo Tapia. Barcelona: Labor, 1932.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2000.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

Artigo recebido em: 18/07/2012.

Artigo aprovado em: 28/08/2013.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150004





2

Direito  
Penal

Artigo  
Comentário à Jurisprudência



**A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE ORDEM PÚBLICA  
NO DIREITO PROCESSUAL PENAL: ANÁLISE DE UM  
FUNDAMENTO DA CUSTÓDIA CAUTELAR<sup>1</sup>**

**THE BUILDING OF THE CONCEPT OF PUBLIC  
ORDER IN CRIMINAL PROCEDURAL LAW: ANALYSIS  
OF THE FUNDAMENTALS OF INJUNCTION CUSTODY**

ANDRÉ PEDROLI SERRETTI

Doutorando

Universidade de Salamanca, Espanha

andrepedrolli@yahoo.com

**RESUMO:** O presente artigo é resultado da pesquisa que se iniciou com a definição do conceito de ordem pública no Processo Penal brasileiro, tal como proposto pela doutrina tradicional, recepcionado pela jurisprudência. Após análise crítica de tais definições, propôs-se um conceito de ordem pública fundamentado no marco teórico referente ao funcionalismo sistêmico, da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, levando-se em consideração a ponderação dos princípios envolvidos.

**PALAVRAS-CHAVE:** ordem pública; funcionalismo sistêmico; teoria dos sistemas; ponderação de princípios.

---

<sup>1</sup> O presente trabalho foi desenvolvido a partir dos estudos realizados pessoalmente, no grupo de pesquisa sobre o conceito de Ordem Pública no Direito Processual Penal Brasileiro, iniciado no ano 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e pelo Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

**ABSTRACT:** The present article results from a research that began with the definition of the concept of public order in the Brazilian Procedural Criminal Law, just as proposed by traditional doctrine and confirmed by jurisprudence. After a critical analysis of such definitions, one proposed a concept of public order based on the theoretical framework of Systemic Functionalism, of Niklas Luhmann's Social Systems Theory, taking into consideration the pondering of the involved principles.

**KEY WORDS:** public order; systemic functionalism; theory of systems; pondering of principles.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Definição do conceito de ordem pública. 3. Crítica aos usos e abusos do conceito de ordem pública. 4. Solução do problema: a virtude da ponderação. 5. Referências.

## 1. Introdução

O termo “ordem pública”, previsto no art. 312 do Decreto-Lei n. 3.689/41<sup>2</sup>, como objeto de garantia através da decretação de prisão preventiva, nas hipóteses do artigo subsequente, observado o art. 282<sup>3</sup> do mesmo diploma legal, com redação alterada pela Lei n. 12.403/2011, encontra certa oscilação de sua definição no meio acadêmico, mormente a contemporânea necessidade de respeito ao ordenamento constitucional, por parte da legislação inferior a este.

Nesse particular, cabe destacar o princípio do respeito ao estado de inocência do perseguido, o qual perdura até trânsito em julgado de sentença condenatória, nos termos do art. 5.º, inciso LVII, da Consti-

---

<sup>2</sup> Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente da autoria. (BRASIL, 1941).

<sup>3</sup> Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: I – necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; II – adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (BRASIL, 1941).



tuição da República<sup>4</sup> e item 2, art. 8º do Decreto n. 678<sup>5</sup> que promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual agora, em tese, goza de *status* constitucional, conforme art. 5.º, § 2.º, da Carta Maior<sup>6</sup>.

No presente trabalho, percorremos a obra atual de autores processualistas, no sentido de buscar um conceito crítico de ordem pública que atenda aos preceitos constitucionais e que possibilite a lícita decretação de prisão preventiva, objetivo principal da perquirição de tal conceito. Após isso, analisamos de forma crítica as possibilidades de sua aplicação prática e, em seguida, buscamos defini-lo conforme alguns estudos da sociologia contemporânea.

## 2. Definição do conceito de ordem pública

Inicialmente, cumpre destacar que a lei processual penal brasileira não apresenta qualquer significado para o termo. Por outro lado, na literatura constatamos que diversos autores formularam conceitos para a expressão em comento.

Assim encontramos, *v.g.*, em Tourinho Filho (1999), o conceito de ordem pública como a paz, a tranquilidade no meio social, conceito este também adotado por Távora (2009). Ambos os autores não explicam de forma suficiente tal conceito, limitando-se a dizer em quais casos, por exemplo, estaria tal ordem periclitada. É o que ocorre nos casos em que o agente estiver cometendo novas infrações penais, sem que se consiga surpreendê-lo em flagrante delito, estiver fazendo apologia ou incitando ao crime, ou se reunindo em quadrilha ou bando. (TOURINHO FILHO, 1999). Távora (2009) observa a necessidade de fixação de tal conceito a partir da periculosidade do agente, no risco de que, ele solto, continue delinquindo, o que não pode ser simplesmente deduzido de sua folha de antecedentes criminais.

<sup>4</sup> Art. 5.º, inc. LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, 1988).

<sup>5</sup> Art. 8.º, item 2: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. (BRASIL, 1992).

<sup>6</sup> CF, art. 5.º, § 2º: 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. (BRASIL, 1988).

Na mesma esteira prossegue Mirabete (2000), que relaciona ordem pública às providências de segurança necessárias para evitar que o delinquente pratique novos crimes, por ser acentuadamente propenso às práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontrará os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida; além disso, tal medida poderá acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e de sua repercussão. No dicionário de Silva (2002), encontramos “Ordem Pública” como sendo “a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protestos”.

Os cientistas políticos Bobbio, Mantteucci e Pasquino, por exemplo, asseveram que a definição de ordem pública é utilizada:

[...] como sinônimo de convivência ordenada, segura, pacífica e equilibrada, isto é, normal e conveniente aos princípios gerais de ordem desejados pelas opções de base que disciplinam a dinâmica de um ordenamento. Nessa hipótese, ordem pública constitui objeto de regulamentação pública para fins de tutela preventiva, contextual e sucessiva ou repressiva [...]. Com a variação da inspiração ideológica e dos princípios orientadores (democráticos ou autocráticos, por exemplo), cada ordenamento dará uma disciplina própria (ampla ou restrita) das hipóteses de intervenção normativa e de administração direta tendentes a salvaguardar a ordem pública. (BOBBIO et al, 1998, p. 851).

Dessa forma, analisando a obra dos autores citados, parece que há um certo acordo, no qual é corrente o entendimento da noção de ordem pública como paz social, vulnerada pelo risco ponderável da repetição da ação delituosa, objeto de apuração via processo judicial, associada a um possível clamor público operado pela prática de crime relativamente grave.

### **3. Crítica aos usos e abusos do conceito de ordem pública**

A garantia da ordem pública tem sido utilizada no Brasil para justificar a prisão nos mais diversificados casos, existindo correntes jurispruden-

ciais que a vinculam, por exemplo, ao perigo de reiteração criminosa<sup>7</sup> à gravidade do crime cometido<sup>8</sup> à credibilidade do Poder Judiciário<sup>9</sup>, à

<sup>7</sup> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ART. 155, § 4.º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. EXCESSO DE PRAZO. FUNDAMENTAÇÃO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. I – “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.” (Enunciado n. 52 da Súmula do STJ); II – A decisão que motiva a medida constritiva para garantia da ordem pública, considerando a real possibilidade da prática de novos delitos, mostra-se devidamente fundamentada. (Precedentes); III – *Malgrado ações penais em andamento não possam fundamentar a exacerbação da pena-base, essas podem ser utilizadas para fundamentar a custódia cautelar; para prevenir a prática de novas infrações.* (Precedentes); IV – Condições pessoais favoráveis tais como primariedade, residência fixa e ocupação lícita não têm o condão de, *per se*, ensejarem a liberdade provisória ao recorrente, se há outros fundamentos nos autos que recomendam a manutenção de sua custódia cautelar. (Precedentes.) Recurso desprovido. (RHC 15.769/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2004, DJE 28/06/2004, p. 347).

<sup>8</sup> *HABEAS CORPUS*. PRISÃO EM FLAGRANTE. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. VALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ART. 44 DA LEI N. 11.343/2006. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. ORDEM DENEGADA. 1. O Paciente foi preso em flagrante delito, juntamente com outro, quando agiam, de forma associada, para a prática do crime de tráfico de drogas, ocasião em que foram apreendidos 21,33kg (vinte e um quilogramas e trinta e três centigramas) de ‘cocaína’. 2. A teor da orientação firmada pela Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. 3. Não se reconhece a possibilidade de apelar em liberdade a réu que não pode ser beneficiado com o direito à liberdade provisória, em razão do entendimento ‘[...] de que não há lógica em permitir que o réu, preso preventivamente durante toda a instrução criminal, guarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, se mantidos os motivos da segregação cautelar’ (STF, HC 89.824/MS, 1.ª Turma, Rel. Ministro CARLOS AYRES BRITTO, DJE de 28/08/2008.). 4. *Ademais, as instâncias ordinárias reconhecem a configuração dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal na hipótese em apreço, em razão da quantidade da droga apreendida – mais de 21 kg de ‘cocaína’ – elemento que denota a gravidade concreta do delito e a periculosidade dos agentes.* 5. Ordem denegada. (HC 188.182/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJE 01/06/2011).

<sup>9</sup> Há justa causa no decreto de prisão preventiva para garantia da ordem pública, quando o agente se revela propenso a prática delituosa, demonstrando menosprezo pelas normas penais. *Nesse caso, a não decretação da prisão pode representar indesejável sensação de impunidade, que incentiva o cometimento de crimes e abala a credibilidade do Poder Judiciário.* (STF – HC 83.868/AM, Tribunal Pleno, Rel. para Acórdão: Ministra ELLEN GRACIE, DJE de 17/04/2009).

repercussão social (clamor público) provocada pelo delito<sup>10</sup>, e até mesmo à absurda hipótese da necessidade de salvaguardar a integridade física do réu, através de seu encarceramento<sup>11</sup>, que deveria ser garantida pelo Estado independentemente de custódia cautelar.

Assim, poderíamos pensar que os doutrinadores e o Poder Judiciário, longe de estabelecerem um critério seguro para o referido conceito, fizessem exatamente o contrário, abrangendo naquele conceito as mais variadas situações, de forma abusiva, em virtude de uma suposta lassidão de sua previsão legal. Por exemplo, há severas críticas à necessidade de garantia da ordem pública como quando identificado perigo de reiteração criminosa, mesmo quando de forma efetiva se visualiza tal risco, conforme será demonstrado.

---

<sup>10</sup> *HABEAS CORPUS* LIBERATÓRIO. PACIENTE, POLICIAL MILITAR, DENUNCIADO POR SUPOSTA INTEGRAÇÃO EM QUADRILHA DESTINADA À PRÁTICA DE GRAVES DELITOS, TAIS COMO TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS, ROUBOS E HOMICÍDIOS. PARTICIPAÇÃO APURADA POR MEIO DE INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS DURANTE A FASE POLICIAL. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PARA RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA, DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. Julio Fabbrini Mirabete (*in* Código de Processo Penal Interpretado, 8. ed., São Paulo: Atlas, 2001, página 690) ressalta que o conceito de ordem pública não deve se limitar a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. Alerta, contudo, que, embora seja certo que a gravidade do delito, por si só, não basta para a decretação da custódia, a forma e execução do crime, a conduta do acusado, antes e depois do ilícito, e outras circunstâncias podem provocar imensa repercussão e clamor público, abalando a própria garantia da ordem pública, impondo-se a medida como garantia do próprio prestígio e segurança da atividade jurisdicional. 2. *A prisão preventiva deve, então, ser decretada, em regra, com arrimo na garantia da ordem pública, quando verificadas a periculosidade do agente, a gravidade do delito e sua repercussão no meio social, hipóteses presentes no caso em exame.* 3. Nos termos da denúncia ofertada, o paciente, policial militar, supostamente integrava associação criminosa voltada para a prática de graves delitos, tais como roubo, tráfico de drogas ilícitas e homicídios. 4. A forma de atuação do paciente, com permanência e estabilidade, está a demonstrar que não se tratava de uma participação isolada, mas sim de integrante de uma associação vinculada à organização criminosa, com o fim de prática criminosa. 5. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 6. Ordem denegada. (HC 117.017/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2009, DJe 03/08/2009).

<sup>11</sup> *HABEAS CORPUS* PÚBLICO. A PREVENTIVA DEVE SUBSISTIR, POSTO TER PROVOCADO O PACIENTE COM A AÇÃO INDIGITADA, CLAMOR PÚBLICO EVIDENCIADO PELOS ABAIXO-ASSINADOS. TENTATIVA DE AGRESSÃO CONTRA ELE RECLAMA, TAMBÉM, PARA SUA SEGURANÇA, A SEGREGAÇÃO PROVISÓRIA. ORDEM CONHECIDA, MAS DENEGADA. (*Habeas Corpus* n. 699189429, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aido Faustino Bertocchi. Julgado em 22/04/1999).

Lopes Júnior (2006, p. 214) critica com veemência essa corrente de pensamento. Ironiza dizendo que se trata de exercício de “vidência por parte dos julgadores, que até onde temos conhecimento ainda não possuem um *periculosômetro* (diria ZAFFARONI) à disposição”. Duclerc (2008, p. 354) aduz que, no caso, há a instituição de uma “perigosa presunção de culpa”, por parte dos juízes, “não autorizada pela Constituição Federal”. Ou seja, na visão deste último autor, o princípio constitucional da presunção de inocência estaria, em situações como a presente, sendo corrompido pelos julgadores, insinuando-se verdadeira presunção de culpa em relação ao acusado.

Por outro lado, há também severas críticas à constitucionalidade da interpretação da garantia da ordem pública como sendo a necessidade de atuação estatal quando a prática de um delito gera clamor público, manifestado em determinada repercussão social negativa de proporções maiores que a reação normalmente causada por crimes da mesma natureza. Assim, Duclerc critica a decretação da prisão preventiva com base no argumento relativo à repercussão social provocada pelo delito, nos seguintes termos:

Os que se apresentam como *portadores* do dito *clamor público* são, quase sempre, órgãos de imprensa pouco escrupulosos, que descobriram o *filão* da notícia sangrenta, interessados apenas em aumentar os pontos de audiência e auferir lucros à custa da desgraça de acusados e vítima. (DUCLERC, 2008, p. 355).

Assim, o autor não vislumbra, a partir do clamor público, qualquer critério válido determinante para reconhecer a repercussão social de um crime.

Oliveira (2004) informa que a expressão “garantia da ordem pública” pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em que se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a desordem, indicando que há ainda entendimentos no sentido de se aferir o risco à ordem pública a partir da gravidade do crime praticado, a reclamar uma providência imediata por parte das autoridades, até mesmo para evitar o mencionado sentimento de intranquilidade coletiva que pode ocorrer em tais situações. Porém, o referido autor assevera:

Mas o argumento, quase incontornável, contrário a semelhante modalidade de prisão é no sentido de que estaria violado o princípio da inocência, já que, quer se pretenda fundamentar a preventiva para garantia da ordem pública em razão do risco de novas infrações penais, quer se sustente a sua justificação em razão da intranquilidade causada pelo crime (aqui, acrescido de sua gravidade), de uma maneira ou de outra, estar-se-ia partindo de uma antecipação de culpabilidade. Como se vê, a questão é bastante complexa. (OLIVEIRA, 2004, p. 521).

Dessa forma, em tese, poderíamos identificar inconstitucionalidade na decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública: (1) quando identificamos risco de repetição delituosa, porque tal identificação é faticamente impossível, revelando-se em violação ao princípio constitucional da presunção de inocência; (2) quando sua necessidade nasce do clamor social exacerbado causado pelo crime; (3) quando for decretada levando-se em consideração unicamente a gravidade em abstrato do delito praticado pelo agente; e (4) quando tal decreto ocorre para proteção do agente. Assim indaga-se: é possível estabelecer um uso constitucional de tal conceito que respeite o estado de inocência e ainda assim proteja a sociedade?

#### **4. Solução do problema: a virtude da ponderação**

De acordo com Ávila (2005, p. 37), Dworkin preceitua que em caso de colisão entre regras, deve-se escolher somente uma delas a ser aplicada em determinada situação fática que ensejou o referido conflito, excluindo-se as demais, o que não ocorre no caso em análise. Já em relação aos princípios, estes comportam a aplicação simultânea de mais de um deles em situações concretas em que colidem, dando-se apenas maior relevância a um deles em relação ao outro. Tal procedimento de decisão se chama ponderação e somente é possível porque os princípios podem ser sopesados, são flexíveis, não são mandamentos herméticos, tais como as regras. A aplicação de quaisquer princípios deve, no caso concreto, se fazer através da ponderação com outros princípios, que representam outros valores, também referentes ao caso.

Segundo Oliveira (2004), sempre excepcionalmente, o princípio do estado de inocência haverá de ser flexibilizado, quando em risco valores constitucionais igualmente relevantes. Quando for identificado que determinado agente expõe efetivamente a risco determinados valores presentes na Constituição, consubstanciados em bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, tais como a vida, a integridade física e a incolumidade pública, faz-se necessária a decretação de tal modalidade de prisão provisória. Nesses termos, Oliveira ensina que: “Não estamos nos referindo à segurança pública como *mera abstração*, ou como valor a ser sopesado sem critérios empíricos, mas à sua necessária concretização, diante de hipóteses *excepciona-líssimas*” (OLIVEIRA, 2004, p. 521).

Cabe ressaltar que aqui não ocorrerá o que Aury Lopes Jr., em manifesto exagero de linguagem que lhe é peculiar, denominou de “vidência por parte dos julgadores”, mas sim, numa análise atual, concreta, do risco que a liberdade do agente representa para a sociedade, e não do dano social que causaria se voltasse a delinquir. Não se trata de tentar prever o futuro, mas sim de, no presente, definir o quanto de perigo a liberdade de um indivíduo representa para a sociedade. Dano e perigo são conceitos distintos e que requerem diferentes meios de valoração, a qual pode ser lícita e constitucional. Na valoração do risco, processo eminentemente sociológico, no caso em questão, faz-se necessário um juízo de probabilidade, e não de certeza, em determinado momento, conforme será demonstrado.

Na contemporaneidade, os riscos deixam de ser apenas mais dados periféricos em qualquer análise socialmente relevante e passam a ser o centro das atenções (BOTTINI, 2007, p. 35), pois se converteram em uma das principais forças de mobilização política substituindo, muitas vezes, as referências às tensões oriundas das desigualdades de classes, raça ou gênero, por exemplo. (BECK, 2002, p. 7). O sociólogo alemão Ulrich Beck assim o conceitua:

Risco é o enfoque moderno de previsão e controle das consequências futuras da ação humana, as diversas consequências não desejadas da modernização radicalizada. É uma intenção (institucionalizada) de colonizar o futuro, um mapa cognitivo. Toda

sociedade, portanto, tem experimentado perigos. Porém, o regime de risco é uma função de uma ordem nova: não é nacional, senão global. (BECK, 2002, p. 5, tradução nossa)<sup>12</sup>.

Quanto maior o grau de complexidade da sociedade, maior a possibilidade de defraudação de expectativas normativas institucionalizadas (ou violação de bens jurídicos), e mais difícil é a resposta eficiente do sistema social a tais frustrações. Observa Luhmann que, “a partir de um ponto de vista secular, o cálculo do risco trata de um programa de minimização do arrependimento” (LUHMANN, 1996, p. 133, tradução nossa)<sup>13</sup>, arrependimento este relacionado à falta de precaução tomada no procedimento de gerência de riscos e de danos futuros.

Partindo do pressuposto de que os riscos são inerentes ao funcionamento do sistema social, e de que o elevado grau de materialização desses riscos, em relação à violação de expectativas normativas essenciais à convivência em sociedade, pode comprometer o funcionamento do sistema social, a temática relacionada à seleção, pelo sistema social, dos riscos toleráveis se torna também central. Acerca da questão, Luhmann demonstra que:

A pergunta relevante a este respeito ocupa-se de saber quem ou o que decide se (e em que horizontes objetivos e temporais) um risco tal há de ser considerado ou não. Às já conhecidas discussões sobre o cálculo, percepção, valoração, e aceitação do risco, soma-se agora a problemática sobre a seleção de riscos, problemática que não trata da causalidade, senão da possibilidade de que os fatores sociais possam dirigir o citado processo de seleção. (LUHMANN, 1996, p. 126, tradução nossa)<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> “Riesgo es el enfoque moderno de previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada. Es un intento (institucionalizado) de colonizar el futuro, un mapa cognitivo. Toda sociedad, por supuesto, ha experimentado peligros. Pero el régimen de riesgo es una función de un orden nuevo: no es nacional, sino global.”

<sup>13</sup> “Desde un punto de vista secular, el cálculo del riesgo trata de un programa de minimización del arrepentimiento.”

<sup>14</sup> “La pregunta relevante a este respecto se ocupa de saber quién o qué decide si (y en qué horizontes objetivos y temporales) un riesgo en tanto tal ha de ser considerado o no. A las ya conocidas discusiones sobre el cálculo, percepción, valoración, y aceptación del



Nesse contexto, observamos que o sistema social capta, nos processos comunicativos da sociedade, informações acerca dos riscos que esta tem como toleráveis ou não, institucionalizando tais informações como expectativas da criação de normas. Assim, podemos perceber que, para o sistema social, há riscos aceitáveis, geralmente relacionados à baixa lesividade das condutas que os representam, tais como os inerentes ao tráfego aéreo e terrestre, ou até mesmo os riscos de uma guerra, quando estiver voltada à necessidade de manutenção de certa comunidade. Podemos perceber também que, por outro lado, há riscos inaceitáveis, que são aqueles cujas condutas, as quais representam, atacam a vigência das mais basilares expectativas normativas, assim como os riscos relativos ao descontrole da produção de armamento nuclear ou à liberdade de terroristas condenados por diversos crimes de proporções catastróficas, que ainda não cumpriram suas penas.

Nessa ordem de ideias, vislumbramos também serem inaceitáveis os riscos referentes à liberdade daqueles que não apresentam predisposição individual à adequação com o modelo social no qual estão inseridos, referente ao respeito às expectativas normativas institucionalizadas (ou respeito aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal), observado, quando vislumbrado com certo grau de determinação, que tais indivíduos estão propensos para a prática de novos crimes. Acerca disso, informa Luhmann:

Esta tradição racionalista fundamenta a compreensão do problema em que os danos, na medida do possível, devem ser evitados. Isto limita de forma considerável possibilidades de ação, por isso se devem admitir e ‘arriscar’ ações, que podem desencadear, segundo o cálculo de probabilidade, danos evitáveis. Todavia, hoje os riscos devem ser avaliados em relação à magnitude e às probabilidades do dano. Em outras palavras, trata-se de uma extensão controlada da esfera da ação racional. (LUHMANN, 1996, p. 135, tradução nossa)<sup>15</sup>.

---

riesgo, se suma ahora la problemática sobre la selección de riesgos, problemática que no trata sobre la causalidad, sino sobre la posibilidad de que los factores sociales puedan dirigir el citado proceso de selección.”

<sup>15</sup> “Esta tradición racionalista basa la comprensión del problema en que los daños se deben evitar en lo posible. Esto limita de forma considerable posibilidades de acción, por

Assim, podemos definir um esquema de observação da realidade no qual se pode, em princípio, calcular todas as decisões sob o ponto de vista da probabilidade ou risco de ocorrência de dano ao funcionamento do sistema social (ou lesão a bens jurídico-penais), que objetiva evitar ou minorar os referidos danos. Consoante tal modelo, podemos também diferenciar os riscos toleráveis, condizentes com determinado sistema social e coerentemente justificáveis, dos riscos intoleráveis, que representam maior custo do que benefício ao funcionamento do sistema social e à vida em sociedade.

Oliveira (2004) ilustra com precisão um caso em que há efetivo risco apresentado por um agente, inaceitável à sociedade e suficientemente apto a justificar a segregação provisória. Porque sua liberdade representaria maior risco de violação de direitos fundamentais (ou de turbção do funcionamento do sistema social), que sua prisão representaria à violação do princípio do respeito ao estado de inocência:

Com efeito, haverá, como já houve, situações em que a gravidade do crime praticado, revelada não só pela pena abstratamente cominada ao tipo, mas também pelos meios de execução, quando presentes a barbárie e o desprezo pelo valor ou bem jurídico atingido, esteja a reclamar uma providência imediata do poder público, sob pena de se pôr em risco até mesmo a legitimidade do exercício da jurisdição penal. Muitas vezes, ou melhor, na maioria destes crimes, o seu autor *assume* a autoria do crime, e nem sempre em situação que se possa identificar, de pronto, o risco de tortura na obtenção da confissão. É claro que em tema tão complexo e explosivo todo cuidado é realmente pouco. Mas não é por isso que a autoridade judicial deve recusar, peremptoriamente, qualquer possibilidade de decretação de prisão para garantia de ordem pública. Fosse assim, mesmo após confessar a prática de vários homicídios, apontando, inclusive, onde estariam enterrados os corpos, não se poderia impor a prisão de um agora nacionalmente conhecido *motoboy*, à época residente na cidade de São Paulo, com endereço certo e no exercício de atividade lícita. (OLIVEIRA, 2004, p. 522).

---

ello hay que admitir y ‘arriesgar’ acciones, que pueden desencadenar, según el cálculo de probabilidad, daños evitables. Todavía hoy los riesgos se indagan a través de la magnitud y de las probabilidades del daño. Con otras palabras, se trata de una extensión controlada de la esfera de la acción racional.”

Sabemos que no marco do Estado Democrático de Direito não existem normas, princípios, valores ou direitos absolutos, o que permite a convergência excepcional de dois princípios em seu âmbito (respeito ao estado de inocência e proteção da ordem pública e dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Constitucional), proporcionalmente adequada a um tipo determinado de situação, a um tipo especial de necessidade de regulação social. Não acreditamos serem compatíveis com tal marco as doutrinas que se apóiam no argumento da existência de direitos e princípios absolutos, que não comportam flexibilização ou ponderação alguma, como se fossem dogmas, em franco descompasso com as necessidades sociais no ambiente em que estão inseridas, com o princípio da razoabilidade e com a hermenêutica contemporânea. Na obra de Luis Roberto Barroso, encontramos:

A ponderação de valores, interesses, bens ou normas consiste em uma técnica de decisão jurídica utilizável nos casos difíceis, que envolvem a aplicação de princípios (ou, excepcionalmente, de regras) que se encontram em linha de colisão, apontando soluções diversas e contraditórias para a questão. O raciocínio ponderativo, que ainda busca parâmetros de objetividade, inclui a seleção de normas e de fatos relevantes, com a atribuição de pesos aos diversos elementos em disputa, em um mecanismo de concessões recíprocas que procura preservar, na maior intensidade possível, os valores contrapostos. (BARROSO, 2006, p. 376).

Assim, podemos concluir, após um exame de ponderação e razoabilidade entre estado de inocência e segurança pública - ambos valores de matiz constitucional - que há ordem pública, consubstanciada na paz social, na qual os direitos fundamentais da sociedade são resguardados, quando ocorre o correto funcionamento do sistema social. Ela é colocada em risco, e a prisão preventiva para sua garantia deve ocorrer, na hipótese de, com certo grau de certeza, se identificar que a prática de crimes relativamente graves, quer quanto à pena, quer quanto aos meios de execução utilizados, quando seja possível constatar uma situação de certa potencial intranquilidade coletiva no seio da comunidade, em relação ao crime perpetrado ou em relação à liberdade do agente. Nessa análise, a existência de

outros inquéritos policiais e de ações penais propostas contra o réu, ou indiciado, pela prática de outros delitos poderá, junto com os demais elementos concretos, tais como o *modus operandi*, autorizar um juízo de necessidade da cautela provisória.

## 5. Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, L. R. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BECK, U. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

BOBBIO, N.; MANTTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1998.

BOTTINI, P. C. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 3 fev. 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n. 3.689. Institui o Código de Processo Penal, de 3 de outubro 1941. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 3 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. Lei n. 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo

Penal –, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 maio 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2011.

DUCLERC, E. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIDDENS, A.; BAUMAN, Z.; LUHMANN, N.; BECK, U. *Las consecuencias perversas de la modernidad: modernidad, contingencia y riesgo*. Barcelona: Anthropos, 1996.

LOPES JÚNIOR, A. C. L. *Introdução crítica ao processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MIRABETE, J. F. *Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

OLIVEIRA, E. P. de. *Curso de Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, De P. E. *Vocabulário Jurídico*, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TOURINHO FILHO, F. da C. *Processo Penal*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.

Artigo recebido em: 14/06/2011.

Artigo aprovado em: 10/05/2012.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150005

**O JUIZ E A GESTÃO DA PROVA NO DIREITO  
PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO:  
ANÁLISE A PARTIR DOS ARTS. 155 E 156,  
MODIFICADOS COM A LEI Nº 11.690/2008<sup>1</sup>**

**JUDGES AND PROOF MANAGEMENT IN THE  
BRAZILIAN CRIMINAL PROCEDURAL LAW:  
ANALYSIS OF ARTICLES 155 AND 156,  
MODIFIED WITH LAW Nº 11.690/2008**

RAFAEL DA SILVA MAIA

Advogado

Ordem dos Advogados do Brasil, Brasil

rafaelfaria@yahoo.com.br

**RESUMO:** Este trabalho tem como escopo analisar a lei modificadora do tratamento das provas no Processo Penal Brasileiro (Lei nº 11.690/2008), especificamente nos arts. 155 e 156. A partir da teoria de Elvio Fazzalari do processo como procedimento em contraditório, estudou-se criticamente a discricionariedade do juiz na gestão da prova em detrimento da simetria entre as partes e do contraditório, e, à luz da teoria do discurso de Habermas, verificou-se a ilegitimidade do protagonismo judicial no processo que deveria ser espaço discursivo para a participação igualitária dos afetados pela decisão. A atribuição de poderes instrutórios àquele que também julgará – ainda mais *ex officio* e unilateralmente – fere a imparcial-

---

<sup>1</sup> Artigo originado de resultados da pesquisa financiada pelo Programa de Bolsas de Iniciação Científica (PROBIC PUC Minas-2009).

lidade, a isonomia, o contraditório e a ampla defesa, importantes elementos do princípio do devido processo legal e do paradigma do Estado Democrático de Direito. Com isso, as reformas parciais realizadas no processo penal, no que tange à prova, não combatem a estrutura inquisitória de um Código elaborado há mais de 70 anos e numa época em que era inexistente a democracia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo penal; gestão da prova; reformas; Lei nº 11.690/2008.

**ABSTRACT:** This work has as scope the analysis of the law that modifies the handling of evidence in the Brazilian Penal Procedure, Law nº 11.690/2008, specifically in Articles 155 and 156. From Ellio Fazalari's theory of the process as a procedure in the adversary system, one discusses the judge's discretion in the management of proof in detriment to the symmetry between the parties and the adversary system. Moreover, in the light of Habermas' discourse theory one verifies that there is an illegitimate role in the judicial process that should provide opportunity for the equal participation of those affected by the decision. One discusses that by giving powers during the preliminary investigation to the judge who does so *ex officio* and even unilaterally, important elements of the principle of due process such as fairness, equality, adversary system and full defense are impaired.

**KEY WORDS:** Criminal Procedure; management of proof; reforms; Law nº 11.690/2008.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O processo como procedimento em contraditório. 3. O paradigma do Estado Democrático de Direito. 4. Teoria do discurso. 5. As reminiscências do sistema inquisitório na produção de provas e a discricionariedade dos juízes. 6. O processo como construção do provimento. 7. Os arts. reformados 155 e 156. 7.1. Os arts. 155 e 156 do CPP, reformados pela Lei nº 11.690/08, nos Tribunais Superiores brasileiros. 7.2. O art. 155 e a produção de provas na fase pré-processual. 7.3. Discricionariedade judicial. 8. Gestão da prova e direitos constitucionais. 9. Inquérito e devido processo legal. 10. Produção de provas na fase preliminar em outros ordenamentos. 11. A imparcialidade na doutrina do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). 12. ADI 1570: um exemplo

de (in)constitucionalidade da iniciativa probatória do juiz. 13. (In) suficiência das reformas parciais. 14. Conclusão. 15. Referências.

## 1. Introdução

A reforma trazida pela Lei n° 11.690/08 teve origem no Projeto de Lei n° 4.205, de 12 de março de 2001, de autoria do Poder Executivo, e destinou-se a alterar os dispositivos do Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal – CPP) em nome da celeridade, da simplicidade e da modernização<sup>2</sup>. Esses objetivos das reformas pontuais, no entanto, podem ser incoerentes com o texto constitucional e seus princípios, como se verá a seguir.

As modificações dizem respeito basicamente a temas relacionados à prova. No entanto, são analisados, especificamente, os arts. 155 e 156 do Código de Processo Penal, à luz da Constituição de 1988, e suas consequências no paradigma do Estado Democrático de Direito. Para tanto, afere-se a (in)compatibilidade entre a atuação judicial na produção probatória e o sistema acusatório, tendo-se em vista que tal sistema pressupõe uma nítida separação das funções de julgar, acusar e defender.

Soma-se a isto o comprometimento da imparcialidade do juiz quando realiza a produção do manancial probatório, pois ele já estará vinculado a uma tese que criou, de modo que daí em diante a perseguirá ao arrepio de novas colaborações das partes.

Perceber-se-á que a Lei n° 11.690/2008 não fez o processo penal brasileiro evoluir democrática e constitucionalmente, pois continua a prestigiar um protagonismo judicial que não se coaduna com um Estado Democrático de Direito e não contribui para um processo discursivo de construção do provimento pelos sujeitos, isto é, pelos cidadãos envolvidos.

---

<sup>2</sup> Segundo a MENSAGEM N° 211/2001, o Projeto de Lei n° 4.205, de 2001, cujo relator é o Deputado Ibrahim Abi-Ackel, afirma que o projeto “contém inovações ditadas pela experiência forense como necessárias ao *melhor e mais eficaz desempenho da justiça criminal*.” De acordo com parecer sobre as emendas da Comissão de Constituição e Justiça (Deputado Valtenir Pereira), o projeto tem o “objetivo de aprimorar a produção probatória, adequá-la às novas tecnologias e ainda reduzir demasiados formalismos evitando que o processo possa ser retardado por alegações de nulidade” (grifo nosso).



Ressalte-se ainda que a Constituição Brasileira de 1988 adotou o sistema acusatório e, portanto, todo o direito infraconstitucional – sobretudo o direito penal material e adjetivo – deve ser elaborado, aplicado e interpretado segundo seus estritos moldes. Mas as reformas feitas com base em políticas de repressão criminal podem estar fadadas à incoerência se forem feitas às margens da norma maior (PRADO, 1999, p. 30).

Entretanto, o atual Direito Processual Penal ainda possui resquícios inquisitoriais, pois continua a permitir ao juiz a iniciativa probatória, fazendo que ele acumule as funções de julgar, acusar e defender, e ferindo, por conseguinte, os postulados do sistema acusatório adotado pela Constituição, além de pôr à mostra os resquícios inquisitoriais de nosso Direito Processual (PRADO, 2005; BARROS, 2009, p. 6; LOPES JR., 2003 p. 2; MIRANDA, 2008, p. 1).

O presente trabalho justifica-se pela necessidade de uma hermenêutica condizente com o paradigma do Estado Democrático de Direito e com a Constituição, quanto à gestão da prova pelo Estado-Juiz, pois envolve direitos fundamentais. Com efeito, o Estado já não pode ser compreendido como “instância única de estabilidade ética e a ‘esfera pública não deve se reduzir ao estado’ [...] o público deve ser vislumbrado como dimensão discursiva de mobilização e expressão dos fluxos comunicativos [...]” (OLIVEIRA, 2002, p. 31).

Importa também identificar e refutar cientificamente os resquícios de Direito Processual inquisitório. Porque apresenta tendências inquisitórias<sup>3</sup>, o Código de Direito Processual Penal Brasileiro, de 1941, é insuficiente ao direito moderno, e as reformas pouco ou nada inovaram com relação à constitucionalidade. Diante disso, é crucial o estudo das reformas feitas no instituto da prova segundo uma hermenêutica constitucional, já que a legislação infraconstitucional não se presta a tanto, apesar das pontuais reformas.

<sup>3</sup> Sobre a incompatibilidade do CPP com a atual Constituição, a exposição de motivos do PL 156/2009 assim dispõe: “A incompatibilidade entre os modelos normativos do citado Decreto-Lei nº 3.689, de 1941 e da Constituição de 1988 é manifesta e inquestionável. É essencial. A configuração política do Brasil de 1940 apontava em direção totalmente oposta ao cenário das liberdades públicas abrigadas no atual texto constitucional” (BRASIL, 2009, p. 15).

## 2. O processo como procedimento em contraditório

Os pressupostos teóricos foram selecionados com vistas ao paradigma do Estado Democrático de Direito e à Constituição Federal.

Nessa senda, o processualista Elio Fazzalari entende o processo como procedimento em contraditório com simétrica paridade entre os litigantes, prestigiando em sua plenitude o princípio do contraditório previsto no art. 5º, XV, da Constituição Federal.

Fazzalari brilhantemente elege o contraditório como pressuposto inerente ao processo<sup>4</sup>. O contraditório é também princípio constitucional previsto no art. 5º, inciso LV, da CF/88, que dispõe: “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Segundo o processualista italiano Elio Fazzalari<sup>5</sup>, o processo deve ser entendido como procedimento em contraditório com simétrica paridade entre as partes, e o provimento final deve ser construído por todos os sujeitos afetados. Portanto, o provimento, último dos atos da seqüência procedimental, deve ser preparado por todos interessados, em igualdade simétrica e mediante o contraditório.

Nas palavras de Fazzalari:

É necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente o contraditório. Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas

---

<sup>4</sup> Cumpre esclarecer que, apesar da relevância dada ao contraditório, o autor não estava tratando o contraditório como direito-garantia constitucional, nos moldes do paradigma democrático atual. Segundo o processualista mineiro Rosemiro Pereira Leal, o contraditório para Fazzalari é apenas uma qualidade do processo. (LEAL, 2005, p. 92).

<sup>5</sup> Conclui-se na doutrina de Fazzalari que o processo é uma espécie da qual o procedimento é gênero, pois processo é procedimento que contém o princípio constitucional do contraditório.

posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados [...]. (FAZZALARI, 2006, p. 119).

Depreende-se da doutrina do autor referido que o processo necessita da efetiva participação em simétrica paridade de todos os possíveis afetados em seu resultado, isto é, deve contraditar não só as partes constantes nos autos, mas também os que porventura serão afetados.

A noção de processo como procedimento em contraditório trouxe maior consonância do processo com o Estado Democrático, pois aquilo que o condiciona e caracteriza é a participação dos sujeitos. Esta concepção diminuiu a concentração do poder de condução e encerramento do processo por parte do Estado-Juiz<sup>6</sup> e aumentou a necessidade de observância do princípio constitucional do contraditório, o qual, por sua vez, é corolário da ampla defesa.

Ademais, a contribuição de Fazzalari para o processo que inseriu o contraditório “aumentou significativamente a necessidade de participação das partes para a elaboração do provimento final, mitigando a contribuição jurisdicional.” (NASCIMENTO, 2008, p. 59).

À luz da teoria do processo como procedimento em contraditório, conclui-se que deve ser garantida, em simétrica paridade, a participação dos afetados, nos quais não se inclui o magistrado, pois não deve ter interesse no provimento final, com observância incondicional do princípio do contraditório – entendido como direito-garantia do cidadão, constitucionalmente previsto.

---

<sup>6</sup> Por outro lado, como afirma Barros (2009, p. 12), a relação jurídica de direito processual coloca o juiz como “super-parte”, de atuação preponderante no processo jurisdicional, e Tornaghi (1987, p. 13) no mesmo sentido assevera que o acusado não pode ser visto como mero objeto do processo, mas sim um verdadeiro sujeito de direitos vinculado à lei e não à discricionariedade do juiz.

### 3. O paradigma do Estado Democrático de Direito

Em esclarecedora conclusão do artigo intitulado *O paradigma<sup>7</sup> do Estado Democrático de Direito* e as teorias do processo, aponta Barros:

Assim fica demonstrado que o ponto principal que se denota da teoria do processo como procedimento em contraditório é o seu conteúdo democrático inserido em seus institutos basilares, de legitimação pela participação dos afetados que se reconhecem como autores e destinatários do provimento jurisdicional, diversa da teoria da relação jurídica que em decorrência de seu conteúdo autoritário, derivado com conceito de direito subjetivo, pode fundamentar regimes autoritários. (BARROS, 2003, p. 29).

No Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais devem estar de acordo com aquele paradigma. O exercício de interpretação jurídica não pode abstrair-se do “pano de fundo de mundo de vida compartilháveis” (HABERMAS, 2003, p.131), do paradigma (KUHN, 2005), pois são “condições de interpretação, são condições de comunicação.” (OLIVEIRA, 2001, p. 144).

Sobre o tema dos paradigmas, ensina o Prof. Marcelo Cattoni *in verbis*:

O direito sob o paradigma do Estado Democrático de Direito não é indiferente às razões pelas quais ou ao modo através do qual o juiz ou tribunal toma suas decisões: ele cobra a reflexão acerca dos paradigmas que informam a própria decisão jurisdicional. (OLIVEIRA, 2001, p. 142).

Habermas leciona que a disputa pela compreensão do paradigma de maneira correta é uma disputa política e que, “no Estado Democrático de Direito essa disputa atinge todos os envolvidos” não se tornando um discurso apenas de especialistas isolados (HABERMAS, 2003, p. 131).

---

<sup>7</sup> Galuppo considera mais adequado o termo “matrizes jurídicas” ao invés de paradigmas, pois, segundo ele, entre outros motivos: “[...] o próprio Thomas Kuhn não está certo de que o termo possa ser aplicado fora do domínio das ciências naturais [...]” (GALUPPO, 2007, p. 105).

Pode-se afirmar que uma das importantes contribuições de Habermas para o nosso Direito Processual é a da necessidade de observância dos postulados do Estado Democrático de Direito, que superou tanto a perspectiva do Estado Social, quanto do Estado Liberal.

#### 4. Teoria do discurso

É justamente a eleição do paradigma do Estado Democrático de Direito que nos levou ao estudo de Habermas. O autor entende que esse paradigma pode superar tanto os problemas de um modelo de Estado Social quanto de Estado Liberal, justificando-se ainda uma jurisdição constitucional (OLIVEIRA, 2002, p. 130).

Jürgen Habermas, que advoga que o provimento judicial deve ser construído por todos os sujeitos do processo, onde cada um terá igualdade de participação assegurada por pressupostos comunicacionais para que se chegue a um provimento legítimo, contribui para uma visão mais democrática do processo, uma vez que o juiz deixa de ser uma figura central e é dado lugar às partes. Para ele, a aceitabilidade da decisão como legítima está relacionada com a racionalidade que o discurso confere ao processo.

Um direito legítimo só existe se for resultado da “formação discursiva da vontade e da opinião de cidadão que possuem os mesmos direitos”. Segundo o autor, a autonomia pública, realizada por meio de participação democrática, só será realizada se se garantir a autonomia privada. Portanto, só podem ser consideradas autônomas se os cidadãos se sentirem, ao mesmo tempo, autor e destinatário das normas (HABERMAS, 2003, p. 147).

Assim, a teoria do discurso de Habermas procura atribuir a legitimidade do direito pela construção discursiva da opinião, de tal modo que o direito será aceito racionalmente.

Habermas afirma que a soberania do povo e os direitos humanos conferem legitimidade ao direito moderno. Os dois conceitos estariam interligados quando da realização do exercício da autonomia política “assegurado através da formação discursiva da opinião e da

vontade, não através da forma de leis gerais”. Para que haja uma coesão entre direitos humanos e soberania popular, o direito deve definir as condições sob as quais a comunicação pode ser institucionalizada juridicamente (HABERMAS, 2003, p. 137). O discurso seria então o *locus* para a formação da vontade racional.

A proposta de paradigma de Habermas é o Estado Democrático de Direito. Isso se deve à crise do Estado de Direito, que separava a sociedade em sociedade civil e sociedade política. Entretanto:

A compreensão do autor do que seja a esfera de autonomia pública, também denominada por ele *autonomia cidadã*, não se restringe à clássica divisão de poderes. Para se efetivar a autonomia pública por meio da participação na formação de opinião e vontade, é imprescindível a atuação dos sujeitos de direito, seja mediante a opinião pública, como agente controlador da atuação estatal, mas, principalmente, mediante sua participação no processo decisório, seja também na atuação legislativa, por meio de direitos políticos, participando de eleições, referendos e plebiscitos, ou, ainda, no âmbito administrativo, na definição de pautas de atuação prioritária, mediante audiências públicas com os interessados, ou, mesmo, no âmbito judiciário. (BARROS, 2003, p. 14).

A teoria do discurso tem enfoque no processo de formação política da opinião e da vontade. Não obstante isso, ela não coloca a Constituição em segundo plano, mas “concebe os princípios do Estado Constitucional como resposta à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas de uma formação democrática da vontade e opinião” (HABERMAS, 1995, p. 117).

Finalmente, acerca do processo, o autor alemão ensina que “normas de direito processual institucionalizam o processo de decisão judicial”; assim o julgamento e sua respectiva fundamentação “podem ser considerados resultado de um jogo argumentativo [...]” (HABERMAS, 1997, p. 235).

A teoria do discurso de Habermas fomenta o princípio do contraditório e da ampla defesa, por prestigiar o discurso argumentativo das

partes e, por outro enfoque, é a mais condizente com uma hermenêutica constitucional. Na verdade, a doutrina habermasiana também está em sintonia com a escolha constitucional pelo Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF/88), visto que os participantes do discurso para a construção do provimento são também seus codestinatários.

## **5. As reminiscências do sistema inquisitório na produção de provas e a discricionariedade dos juízes**

O primeiro objetivo geral proposto no pré-projeto deste trabalho se refere ao estudo da (in)existência de resquícios inquisitórios em nosso Direito Processual Penal. Para tanto, mister se faz um traçado geral acerca da mais abalizada doutrina.

Inicialmente, é necessário definir o conceito de sistema processual. De acordo com Prado (1999, p. 171), é o modelo adotado pelo Estado na solução dos conflitos na seara penal. São três os sistemas historicamente verificados e ensinados pela doutrina: o inquisitivo, o acusatório e o misto.

Acerca das características mais distintivas de cada sistema processual, cumpre transcrever de início a lição de Fazzalari:

A propósito da ‘cognição’ penal, a história ofereceu três experiências sucessivas: a do processo ‘acusatório’ (oralidade e publicidade da tratção; vínculo do juiz aos fatos adotados e às provas oferecidas pelo acusador e pelo acusado); a do processo ‘inquisitório’ (tratativa escrita e secreta, liberdade do juiz na busca e aquisição de provas); e a do processo ‘misto’ (iniciativa confiada não ao julgador, mas a outro órgão estatal; instrução de tipo acusatório, com oralidade e publicidade; regime de provas do tipo inquisitório, isto é, com poderes bastante conspícuos ao juiz). (FAZZALARI, 2006, p. 301).

Pela doutrina do mestre italiano, percebe-se que a liberdade na coleta de provas é característica do sistema inquisitório.

Outro motivo relevante para que se qualifique como inquisitivo o Direito Processual Penal brasileiro é o fato de que nosso *Codex Pro-*

cessual Penal, datado de 1941, foi elaborado logo após o surgimento do Estado Novo em 1941 (Decreto-Lei n° 3.689), sob inspiração do Código de Processo Penal italiano de 1930<sup>8</sup>, conhecido como *Codice Rocco*, de índole antidemocrática (BARROS, 2009, p. 3).

Por sua vez, Moreira assevera:

Se o velho CPP teve a vantagem de proporcionar a homogeneidade do Direito Processual Penal Brasileiro, trouxe consigo, até por questões históricas, o ranço de um regime totalitário e contaminado pelo fascismo [...] (MOREIRA, 2002, p. 17).

A concentração da gestão da prova conota uma discricionariedade não compatível com o sistema acusatório. Por esse motivo, Coutinho (2008, p. 5) classifica o Direito Processual Penal brasileiro como inquisitivo, e defende ainda o fim do inquérito policial, a fim de que haja somente uma instrução, aquela realizada sob o pálio do contraditório.

## 6. O processo como construção do provimento

Dada a importância da doutrina fazzalariana sobre o tema, mister se faz dedicar um espaço maior à sua proposta.

Para o autor italiano, processo é espécie do qual procedimento é gênero. Aquele é qualificado<sup>9</sup> pelo contraditório, realizado em simétrica paridade entre as partes na preparação do provimento final (sentença).

Pode-se afirmar que a distinção entre procedimento e processo não tem um critério teleológico, pois este não é instrumento daquele, mas sim a (in)existência do contraditório. Assim, numa denúncia oferecida

---

<sup>8</sup> *In verbis*, a menção expressa feita ao ministro italiano na exposição de motivos do CPP de 1941: “Quando da última reforma do processo penal da Itália, o Ministro Rocco referindo-se a algumas dessas medidas e outras análogas, introduzidas no projeto preliminar, advertia [...]. A mesma previsão é de ser feita em relação ao presente projeto, mas também são de repetir-se as palavras de Rocco [...]”.

<sup>9</sup> Conforme já mencionado, Rosemiro Pereira Leal (2001, p. 93) critica a teoria fazzalariana do processo, argumentando que o contraditório não pode ser considerado “qualidade” a ser incorporada ao procedimento, mas como instituto de direito constitucional.



e recebida sem que, no entanto, o réu ainda não tenha sido citado, não se deve falar em processo; será tão somente um procedimento.

A partir dessa doutrina, não é mais possível vislumbrar o processo como mero meio, instrumento da jurisdição (OLIVEIRA, 2000, p. 113; BARROS, 2003, p. 5), conforme defende Dinamarco (2003).

## **7. Os artigos reformados 155 e 156**

### **7.1. Os artigos 155 e 156 do CPP, reformados pela Lei nº 11.690/2008, nos Tribunais Superiores brasileiros**

Faz-se necessário o estudo da aplicação dos artigos 155 e 156 do CPP nos tribunais superiores antes e depois da Lei nº 11.690/2008, sobretudo no STF – que, em última instância, analisa as matérias constitucionais – com o escopo de verificar a efetiva mudança trazida por essa lei. Por outro lado, estuda-se também o entendimento sobre a (in)constitucionalidade na aplicação dos artigos supramencionados.

Os tribunais superiores entendiam, mesmo antes da entrada em vigor do novo art. 155, que o juiz não poderia fundamentar sua decisão unicamente nas provas colhidas no inquérito. Senão, vejamos:

Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório. Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas - embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público -, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal. É nula a condenação penal decretada com apoio em prova não produzida em juízo e com inobservância da garantia constitucional do contraditório. Precedentes. - Nenhuma acusação penal se presume provada. (HC 73338, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 13/08/1996, DJ 19-12-1996).

A proibição de se prolar uma decisão condenatória com base unicamente no inquérito justifica-se pela ausência de contraditório e am-

pla defesa, característico de um procedimento sigiloso e unilateral. A despeito da doutrina que defende a observância do contraditório no inquérito policial, Coutinho (2008) sustenta que, tendo-se em conta o rigor conceitual, não é possível falar em existência de “processo”.

Não obstante, pois, a doutrina que afirma a existência dos referidos princípios, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes julgados, reconhecem a não aplicação do contraditório e da ampla defesa, conforme abaixo<sup>10</sup>:

A jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que *‘o inquérito policial é peça meramente informativa, não suscetível de contraditório, e sua eventual irregularidade não é motivo para decretação da nulidade da ação penal’* (HC 83.233/RJ, rel. Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, DJ 19.03.2004). *Habeas corpus* denegado. (grifo nosso).

PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. 1. Embora se constate que o inquérito foi presidido por policial militar e não por policial civil, como deveria, verifica-se que foi conduzido dentro do que dispõe o Código de Processo Penal para a sua feitura. 2. *Esta Corte Superior tem entendimento de que o interrogatório extrajudicial é procedimento inquisitivo, e não ato de jurisdição, não sujeito, portanto, à incidência dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.* 3. Eventuais vícios ocorridos durante a realização do inquérito policial não implicam nulidade da ação penal, em razão de ser peça meramente informativa e não probatória, especialmente com a entrada em vigor da Lei n. 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 155 do CPP. STJ- HC 105.949. Relator Min. Jorge Mussi. JULGADO: 14/04/2009. (grifo nosso).

Constata-se que o art. 155 não modificou consideravelmente o Direito Processual Penal brasileiro, pois já se entendia que o juiz não poderia fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos probatórios colhidos no inquérito.

<sup>10</sup> No mesmo sentido: HC 83.233/RJ, rel. Min. Nelson Jobim, STF, 2ª Turma, DJ 19.03.2004; HC 99936/CE - Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJ 10-12-2009.

Outro ponto importante é o da inviabilidade e incompatibilidade do contraditório e da ampla defesa no inquérito, conforme reconhecem os próprios tribunais superiores. Assim, para uma condenação, devem ser relativizadas as provas colhidas nessa fase, e ainda mais imperioso é afastar o julgador dela, pois, sem a efetiva participação do acusado, o juiz tenderá a convencer-se somente do que foi apresentado pela polícia judiciária e pelo Ministério Público, começando o réu em clara desvantagem.

## 7.2. O art. 155 e a produção de provas na fase pré-processual

O novo art. 155 determina que o juiz deverá formar sua convicção com base nas provas colhidas sob o contraditório judicial, e sua decisão não poderá fundamentar-se exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressaltando-se as provas cautelares antecipadas.

Percebe-se que o art. 155 não modificou substancialmente a gestão da prova, visto que o juiz ainda poderá utilizar-se amplamente dos elementos colhidos no inquérito, desde que não fundamente sua decisão condenatória unicamente nele.

De acordo com Lopes Jr. (2008, p. 286), o art. 155 ainda permite que o intérprete lance mão de uma fundamentação dissimulada nas provas colhidas no inquérito. Assim, o magistrado que não encontra provas no processo (leia-se procedimento em contraditório com simétrica paridade) irá se socorrer do inquérito (leia-se procedimento secreto) sem contraditório e ampla defesa inviabilizada.

Segundo o pressuposto de que o art. 155 permite a condenação de um cidadão com base no inquérito, ainda que de forma dissimulada, o sujeito processual é ceifado de um direito fundamental previsto na Constituição da República de 1988, no art. 5º, inciso LV, que dispõe: “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados *o contraditório e a ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes”. Não se pode olvidar a lição de Coutinho, segundo o qual não se asseguram os princípios do processo no inquérito.

Há quem leccione a possibilidade de condenação com base nas provas colhidas no inquérito. Para tanto, é necessária a judicialização da prova, ou seja, que elas sejam reproduzidas em juízo, para que se observe o princípio do contraditório<sup>11</sup> (MENDONÇA, 2008, p. 76). No entanto, conforme tratado alhures, a iniciativa probatória do magistrado fere não somente o contraditório, mas também a neutralidade judicial. Por isso a súmula vinculante n° 14 do Supremo Tribunal Federal (“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”), apesar de positiva, visto que fomenta o contraditório, não adequa o art. 155 aos ditames constitucionais, pois conserva a iniciativa probatória.

### 7.3. Discricionariedade judicial

A nova redação do art. 156 atribui grande margem discricionária ao magistrado por permitir que ele busque provas antes mesmo de iniciar o processo, conferindo-lhe a “conveniência” da decisão de considerá-las ou não urgentes, relevantes, adequadas, necessárias e proporcionais. Não se olvidando que isso será feito de forma unilateral.

O art. 156 permite que se fundamente a decisão na discricionariedade e não conforme a participação argumentativa das partes afetadas na decisão (BARROS, 2008, p. 31).

A expressão “discricionariedade”, segundo Leal (2001, p. 44), relaciona-se às teorias do direito administrativo, as quais enfatizam os critérios de conveniência e oportunidade de que se pode valer a administração pública, ao escolher, entre várias possibilidades, aquela que entender aplicável. Isso é compatível com a teoria em que o processo é mero instrumento da jurisdição. Assim, o processo está inserido na administração pública, o juiz poderia gerir o processo de acordo com o interesse da sociedade e segundo objetivos meta-

---

<sup>11</sup> Nessa mesma linha: “Para que seja respeitado, integralmente, o princípio do contraditório, a prova obtida na fase policial terá, para ser aceita, de ser confirmada em juízo, sob pena de sua desconsideração. Tal significa que, acaso não ratificada na fase judicial, a solução será absolver-se o acusado. Precedentes. 2. Apelo raro que não se conhece”. (STJ - REsp 93464 - GO - 6ª T. - Rel. Min. Anselmo Santiago - DJU 29.06.1998 - p. 333).

jurídicos, e “só ele estará apto a dizer onde prevaleceriam o interesse social, a celeridade dos litígios, a conveniência das antecipações de tutela, das liminares e cautelares em geral” (LEAL, 2001, p. 44). Por esse motivo a discricionariedade não encontra justificativa nas atuais constituições democráticas.

## 8. Gestão da prova e direitos constitucionais

A questão da discricionariedade ou arbítrio na produção de provas no Direito Processual criminal liga-se intimamente à observância ou supressão das garantias do réu; entendido isso como desdobramento paradigmático do Estado Democrático, pois a atividade judicante não é mais exercício solitário do juiz, mas um conjunto de atos sequenciais, em que ele está compulsoriamente vinculado à norma processual, o que confere legitimidade ao processo. Logo, a discricionariedade não se vislumbra como atributo do juiz na condução do processo penal, mais especificamente quanto à produção de provas, porquanto afetaria a simétrica paridade entre as partes (LEAL, 2001, p. 42-45).

Ainda segundo Leal (2001, p. 103), a imparcialidade do juiz não é princípio de Direito Processual, “mas *dever* constitucional do Estado-Juiz, como direito-garantia das partes [...]”, e ela é que garante a isonomia, que é um direito fundamental. Assim, na esteira do pensamento do autor citado, a imparcialidade é que garante a isonomia, autêntico princípio institutivo<sup>12</sup> do processo.

O procedimento em contraditório não pode ser construído em simétrica paridade entre as partes se o juiz estiver comprometido psicologicamente com alguma tese, seja em favor da acusação, seja em favor da defesa; nesse caso, ficaria configurada a parcialidade do juiz.

## 9. Inquérito e devido processo legal

Para Tucci e Tucci (1989), do princípio do devido processo legal emanam outros princípios como o duplo grau de jurisdição, o juiz

<sup>12</sup> Rosemiro Pereira Leal (2001, p. 103) atribui ao contraditório ampla defesa e isonomia à qualidade de institutos, sem os quais não se pode definir processo em conotação moderna de direito-garantia.

natural, a isonomia, o contraditório e a motivação das decisões judiciais, entre outros.

Toma-se por base também o que foi apontado por Leal no item anterior, ao defender que o comprometimento da imparcialidade judicial afeta consequentemente a isonomia, componente do devido processo legal.

## O contraditório

[...] impõe ao juiz a prévia audiência de ambas as partes *antes de adotar qualquer decisão (audiatur et altera pars)* e o oferecimento a ambas das mesmas oportunidades de acesso à Justiça e de exercício do direito de defesa. (GRECO, 2005, p. 72, grifo nosso).

Acontece que o inquérito é caracteristicamente sigiloso<sup>13</sup>, conforme o art. 20 do CPP: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Portanto, no inquérito não se vislumbra contraditório nem ampla defesa, pois não há transparência garantida ao acusado.

Mas como compatibilizar o inquérito com a constitucionalidade e o sistema acusatório? Há sistemas processuais penais que prevê um juiz atuante na fase instrutória e outro juiz que somente julgará. O Código de Processo Penal português, no seu art. 17, denomina o juiz da primeira fase de “Juiz Instrutor”. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Português assim se manifestou no acórdão n° 581, que discutia a separação de funções entre o acusador, representado pelo Ministério Público, e o julgador:

[...] pois que essa repartição tem tutela constitucional, visando assegurar a imparcialidade e independência dos tribunais e a estrutura acusatória do sistema processual penal e, por essa via, o

---

<sup>13</sup> Contudo, “não significa dizer que não devam ser resguardados ao longo do seu curso os direitos fundamentais do investigado, devendo a autoridade policial, o magistrado e o Ministério Público zelar para que a investigação seja conduzida de forma a evitar afrontas ao direito do acusado, como é, por exemplo, o direito à liberdade, pois a polícia não pode, sem autorização judicial, prender quem quer que seja, a não ser em flagrante delito” (GOMES et al, 2007, p. 360).

direito a um processo que assegure todas as garantias de defesa. Significa isto que estas garantias devem compreender-se à luz daquela repartição de competências entre as duas magistraturas, não podendo por isso considerar-se restringidos quando essa repartição é levada às suas últimas consequências. (PORTUGAL, 1998).

## **10. Produção de provas na fase preliminar em outros ordenamentos**

Traçando uma comparação com o processo argentino, Kai Ambos e Choukr apontam o problema no Brasil com relação à (im)parcialidade do juiz que, tendo presidido a fase preliminar, também preside a processual, além da concentração de atribuições do juiz, porque este participa não só como investigador, mas também como instrutor. São suas palavras:

Na Argentina este controle é ou não exercido pelo juiz da instrução – como que um dono da instrução – e que tem interesse considerável no esclarecimento dos fatos;

[...]

Por consequência o juiz de instrução dificilmente pode ser imparcial em seu juízo acerca da legalidade de uma certa intromissão, sendo que quase um ‘juiz em causa própria’.

[...]

Algo semelhante ocorre no Brasil, onde o juiz é o garantidor dos direitos fundamentais do imputado, porém sua imparcialidade é questionável devido ao fato de que o juiz que acompanha a investigação preliminar é também responsável pelo julgamento da causa. (AMBOS; CHOUKR, 2001, p. 236).

A exemplo do sistema argentino, os referidos autores apontam como problemática a manutenção de juízes unipessoais, ou seja, que concentram as funções de investigar e decidir, o que compromete a imparcialidade a que faz jus o acusado.

A intervenção arbitrária na produção probatória é incompatível com o sistema acusatório e com o Estado de Direito. Assim, como meio

de controle da intervenção do Estado na esfera do indivíduo, os ordenamentos procuram garantir a não ingerência. Uma dessas formas é a permissão de que as intervenções sejam realizadas exclusivamente com base na lei. No entanto, adverte Ambos:

[...] em alguns países as regulamentações que facultam tais ingerências são tão amplas que a instrução pode as coordenar arbitrariamente, de modo que, de fato, se desvirtuou a garantia correspondente. (AMBOS, 2001, p. 235).

Logo, é necessário interpretar o art. 155 de modo que as provas coletadas em fase preliminar (antecipada) sejam levadas ao processo em hipóteses excepcionais, como no caso de prova que inequivocamente não se poderá produzir posteriormente. Aliás, o estudo de Ambos e Choukr sobre as reformas na América Latina indica uma tendência de mitigação das faculdades policiais em relação ao acusado e à produção de provas, exemplificando o caso de países como Argentina e Guatemala, onde a polícia não pode sequer interrogar os acusados (AMBOS; CHOUKR, 2001, p. 231).

## **11. A imparcialidade na doutrina do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH)**

No que tange à imparcialidade e aos poderes instrutórios, são paradigmáticos dois casos apreciados pelo TEDH: o caso Piersack, de 1º de outubro de 1982, e o caso Cubber, de 26 de outubro de 1984.

Em artigo intitulado *Juízes inquisidores? e paranóicos: uma crítica à prevenção*, a partir da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, Aury Lopes Jr. afirma que o TEDH entendeu que a atuação de um juiz instrutor na fase de sentença viola o direito a um juiz imparcial, culminando numa falta de imparcialidade tanto objetiva quanto subjetiva.

Segundo Lopes Jr., o Tribunal Constitucional espanhol, no mesmo sentido do TEDH, decidiu na Sentença 148/88 que o juiz que instruiu não poderia julgar, pois afetaria a imparcialidade objetiva, isto é, aquela relacionada não com os sujeitos, mas com o objeto do proces-



so. Ressalte-se que na Espanha foi assim adotado um sistema bifásico: uma fase específica para a instrução e outra só para o julgamento.

Ainda que a instrução preliminar suponha uma investigação objetiva sobre o fato [...], o contato direto com o sujeito passivo e com os fatos e dados pode provocar no ânimo do juiz instrutor uma série de pré-juízos e impressões a favor ou em contra do imputado, influenciando no momento de sentenciar. (LOPES JR., 2008, p. 124).

Segundo o autor, o TEDH demonstrou uma justificada preocupação com o que ele chama de “aparência de imparcialidade judicial” que o magistrado deve transmitir aos jurisdicionados. Em outras palavras, “é difícil evitar a impressão de que o juiz (instrutor) não julga em pleno alheamento”. Por esses motivos, escreve o autor, a presunção de parcialidade do juiz que instrui e depois julga é absoluta, segundo o entendimento do TEDH.

Em seu artigo, afirmou que os espanhóis, seguindo a decisão do TEDH, decidiram que o juiz que já atuou na instrução preliminar está prevento e não pode atuar no processo, mesmo tendo somente decretado prisão cautelar.

Nesse sentido, o autor defende que a prevenção deve excluir a competência do magistrado.

O autor conclui que é mister repensar a prevenção e a relação do juiz com o inquérito, ressaltando que a tendência não é um juiz instrutor, mas um juiz garante ou de garantias; advoga que a imparcialidade é comprometida não somente porque o juiz está em contato direto com as fontes de investigação, mas também pelos diversos prejulgamentos que realiza em medidas na fase preliminar, tais como cautelares, busca e apreensão e autorização para escuta telefônica; por último, afirma que a sociedade retrocede por fazer ressurgir o juiz instrutor e por não se repensar a prevenção.

Na fase preliminar, se o juiz toma a iniciativa de produzir provas, sua cognição, conforme afirma Barros (2009, p. 33), ficará afetada. Porque isso levará o juiz a uma atitude de “primeiro se decide e depois se fundamenta”.

Portanto, o entendimento do TEDH acerca do contato que o magistrado que julgará tem com a instrução, isto é, na produção de provas, serve como modelo ao tema em estudo, pois nosso sistema padece do mesmo problema, como na Lei n° 9.034/95 e nos arts. 155 e 156 do CPP.

## **12. ADI 1570: um exemplo de (in)constitucionalidade da iniciativa probatória do juiz**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1570-2, proposta pelo Ministério Público Federal (MPF), tinha como objeto a declaração de inconstitucionalidade do art. 3 da Lei n° 9.034/95. Esse artigo, em síntese, prescreve que o juiz realizará diligências pessoalmente em caso de crimes praticados por organizações criminosas e em qualquer fase da persecução penal, conforme complementa o art. 2° da mesma lei. Ainda de acordo com o art. 2°, inciso III, as diligências previstas são: “o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.”

O fundamento da ADI foi que o art. 3° da Lei n° 9.034/95 era incompatível com o art. 5°, LIV (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”), e LV (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”); com o art. 93, IX (“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”), e com o art. 129, I (“é função institucional do Ministério Público: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”), todos dispositivos da Constituição da República.

O principal argumento aduzido pelo MPF consistia em que o magistrado, ao valorar a prova que ele mesmo produziu, teria sua imparcialidade comprometida; ademais, acrescentou-se que a imparcialidade é “uma das garantias inerentes ao devido processo legal”, e que ficaria ferido o princípio acusatório.

Ao votar pela improcedência da ADI 1570-2, o Min. Carlos Veloso argumentou que:

A figura do juiz estático, espectador do tempo em que o processo nada tinha de público, está superada. O processo hoje tem natureza pública e nele o juiz tem participação ativa na busca da verdade. (BRASIL, 2004, p. 65).

O Min. Pertence, assim como o Min. Carlos Veloso, votou pela improcedência da ADI, argumentando, em síntese, que não se pode exigir um juiz absolutamente neutro, uma vez que o Direito Processual Penal não se encontra sob a égide de um sistema acusatório puro, como se dá no sistema anglo-saxônico<sup>14</sup>, no qual o magistrado é totalmente passivo; advogou, ainda, que a iniciativa probatória não colide com a constituição.

No mesmo sentido, o Min. Jobim fundamentou seu voto alegando que em determinadas espécies de crimes “são absolutamente inadequados os instrumentos tradicionais que vêm de um fundamentalismo acadêmico, que não têm nada a ver com a realidade histórica e com a responsabilidade do Estado com a perseguição da organização criminosa”.

Entretanto, votando pela improcedência, o Relator Ministro Maurício Corrêa proferiu em seu voto que:

[...] o art. 3º da Lei 9.034/95 efetivamente cria procedimento excepcional, não contemplado na sistemática processual penal contemporânea, dado que permite ao juiz colher pessoalmente as provas que poderão servir, mais tarde, como fundamento fático-jurídico de sua própria decisão. Indaga-se, por isso mesmo, se o magistrado está imune de influências psicológicas, de tal sorte que o dinamismo de seu raciocínio lógico-jurídico fique

<sup>14</sup> Para Gomes Filho, o sistema *adversary* do *Common Law* atribui a iniciativa probatória exclusivamente a autor e réu, em um disputa retórica - argumentativa. Este sistema coaduna-se “com os ideais de um Estado que se propõe exclusivamente solucionar os conflitos sociais, sem interferir diretamente neles para impor as próprias escolhas [...] a verdade perseguida é própria das coisas humanas” (GOMES FILHO, 1997, p. 39). Não há aqui a busca da verdade absoluta, mas argumentação e persuasão.

comprometido por idéias preconcebidas pondo em risco a imparcialidade de sua decisão? (BRASIL, 2004, p. 53).

Ressalte-se que o art. 3º, § 2º, dispõe que o juiz relatará as informações que obtiver e anexará cópia dos documentos que considerar de relevância probatória. Entretanto, ao apreciar a relevância do que colheu, estará realizando “desde logo um juízo de valor quanto aos meios probantes, vinculando, por óbvio, sua apreciação subjetiva no momento futuro da sentença.” (BRASIL, 2004, p. 55).

Não bastasse a neutralidade do juiz afetada, a exemplo da Lei nº 9.034/95, ao realizar pessoalmente diligências probatórias a fim de resguardar sigilo resultará na mitigação da confiabilidade do Ministério Público, legítimo titular da ação penal, pois a produção probatória será exercida por uma só pessoa, o juiz, afastando-se assim “o *parquet* e a Polícia da realização do inquérito”. (BRASIL, 2004, p. 56).

Por fim, conclui o Min. Maurício Corrêa julgando inconstitucional o art. 3º da Lei nº 9.034 na fração em que tange ao trecho “fiscais” e “eleitorais”.

### 13. (In)suficiência das reformas parciais

Uma reforma pontual não extermina a característica inquisitorial de nosso Direito Processual Penal.

Moreira ressalta que o Direito Processual Penal pode nos dizer se um Estado é democrático ou totalitário e, valendo-se da lição de Tornaghi, afirma que o direito adjetivo repressivo é “o prolongamento e a efetivação da constituição em sua parte que trata de direitos e garantias individuais” (MOREIRA, 2005, p. 64).

O mesmo autor leciona que o sistema acusatório é o mais adequado a uma democracia, pois separa bem as funções do processo.

No entanto, o sistema processual brasileiro, considerado por alguns misto (PITOMBO, 2008, p.20) e por outros inquisitório (COUTINHO,

2006, p. 2; MACHADO, 2009, p. 2883; PACHECO, 2006, p. 49), muito se afasta dos preceitos constitucionais da “constituição cidadã”<sup>15</sup>.

Pelos entendimentos acima expostos, é imperioso concordar com o parecer de Barros de que uma reforma apenas pontual não extermina a herança inquisitorial de nosso Direito Processo Penal<sup>16</sup>. Coutinho (2008, p. 5), nesse mesmo sentido, afirma que uma reforma pontual não vai ao núcleo problemático, isto é, o princípio inquisitivo.

#### 14. Conclusão

Faz-se mister a completa assimilação da teoria fazzalariana do processo à estrutura processual penal brasileira, sobretudo quanto à gestão da prova, por considerar o contraditório elemento indissociável do processo e necessário à construção de qualquer provimento, incluindo-se a produção da prova. Assim, prova seria aquela produzida em contraditório, excluindo-se o material colhido no inquérito não submetido ao contraditório na fase processual.

Pode-se afirmar que o processo sob a ótica de Fazzalari, de acordo com o conceito científico, adequa-se ao paradigma do Estado Democrático de Direito, pois atribui ao princípio constitucional do contraditório elemento indissociável ao processo. Por outro lado, a escolha da doutrina habermasiana em relação ao paradigma do Estado Democrático de Direito, também eleito pela Constituição Federal de 1988, art. 1, representa a superação do paradigma do Estado Social, que poderia justificar uma demasiada atribuição de poderes ao Estado (juiz) em face do cidadão, tendo-se em vista a preponderância do interesse coletivo em detrimento dos direitos individuais. Também superado está o Estado Liberal, por garantir apenas a intervenção estatal mínima, sem se ater à igualdade mate-

<sup>15</sup> Expressão usada por Ulisses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, no discurso de Promulgação da CF/88.

<sup>16</sup> Em outra perspectiva, Souza e Carboni: “Pode-se afirmar, com segurança e convicção, que houve um avanço em direção da distinção clara dos papéis desenvolvidos pelo juiz, pela acusação e pela defesa no processo penal brasileiro. Concretizou-se, igualmente, o aprimoramento dos mecanismos de confronto entre os interesses do autor da ação penal daqueles do acusado” (SOUZA; CARBONI, 2008, p. 46).

rial dos indivíduos, incluídos os acusados pelo Estado-Administração e posteriormente julgados pelo Estado-Juiz.

O novo art. 155 ainda permite que o juiz fundamente uma decisão condenatória por meio dos elementos colhidos no inquérito, porém de maneira dissimulada. Assim, a expressão “exclusivamente” deveria ter sido retirada da redação do dispositivo.

Tendo-se em vista o sigilo e a unilateralidade do inquérito, não é possível que nesse tipo de procedimento haja contraditório e ampla defesa de forma plena. Pois não nos parece que a constitucionalidade prevê esses direitos fundamentais de forma restrita, ou mitigada, como na infraconstitucionalidade. Por isso, o valor das informações colhidas nessa fase deve ser repensado, sobretudo quando se usar do art. 155 para se fundamentar uma sentença condenatória, ainda que de forma não exclusiva.

Quando ao juiz se faculta o controle das peças de informação e das diligências de inquérito nos casos em que o Ministério Público, por falta de indício suficiente ou prova de existência de crime, não propõe a ação penal pública, o princípio acusatório é afrontado.

O art. 156 permite que a decisão seja fundamentada na discricionariedade, e não conforme a participação argumentativa das partes afetadas na decisão (BARROS, 2008, p. 31), de modo que esse artigo é mais uma demonstração de que, apesar da eleição constitucional pelo sistema acusatório, a infraconstitucionalidade denuncia a inquisitorialidade.

A produção de provas facultada ao juiz, quando entender que elas são irrepetíveis, atribui a ele um grau elevado de discricionariedade, pois confere, ao juiz somente, a escolha ou não pela produção da prova e ainda lhe dá uma grande margem de poder já na fase inquisitiva.

O contato do juiz, que irá julgar, com a investigação preliminar compromete sua imparcialidade<sup>17</sup>, pois ele deixará de ser desinteres-

---

<sup>17</sup> Ambos identifica no Brasil, México, Paraguai, Uruguai e Venezuela o contato do juiz decisor com a fase de investigação preliminar como comprometedor da imparcialidade. Mas aponta como exemplo positivo na América Latina a Guatemala, pois é possível recusar

sado na lide. Por esse motivo a proposta de emenda apresentada pelo Senado<sup>18</sup>, a qual visava suprimir a expressão “exclusivamente” contida no *caput* do artigo, atenderia melhor o princípio da imparcialidade. O argumento do Senado para a modificação foi que “as informações colhidas na investigação não são provas produzidas de acordo com o contraditório”, sendo certo que as informações colhidas no inquérito não deviam sequer ser consideradas, salvo nas provas cautelares ditas irrepetíveis.

## 15. Referências

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. *A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina*. São Paulo: Método, 2001.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis nº 11.690/08 e nº 11.719/08*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Produção antecipada de provas no processo penal: uma análise da reforma do CPP a partir da compreensão do modelo constitucional de processo, a discussão a respeito das garantias do acusado *versus* eficiência da investigação. In: XVII ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2008, Salvador. *Anais do CONPEDI - Salvador-BA*. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 2877-2896, 2008.

BRASIL. Senado. Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal/Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. *Projeto de Lei nº 156/2009*. Brasília, DF: Senado Federal, 2009. 133 p.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIN 1570, Rel.: Min. Mauricio Correa. *DJe*, 12 fev. 2004. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 13 jan. 2011.

---

se o juiz que interveio em alguma outra etapa do procedimento. (AMBOS, 2001, p. 240).

<sup>18</sup> Emenda nº 1 do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 37, de 2007 (PL nº 4.205, de 2001, na Casa de origem), que “Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências.”

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à Inconstitucionalidade da delação premiada. *Boletim IBCCRIM*, ano 13, n. 159, fev. 2006. p. 2.

DINAMARCO, Cândido R. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Plenário Sentencia 148 de 1988*. Relator Juiz Angel Latorre Segura. Disponível em: <<http://www.boe.es>>. Acesso em: 17 jan. 2011.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: A. Milani, 1996. 739 p.

GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do pensamento jurídico: um exemplo a partir da literatura. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 19, p.105-117, jan. 2007.

GOMES, Margarida Maria Nunes de Abreu; RIBEIRO, Bernardo Barrozo; CRUZ Ivana Mauro. O princípio do contraditório e o inquérito policial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VIII, n. 10, jun. 2007. p. 353-373.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito a prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: RT, 2001.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 24, 2005. p. 72.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vol. I.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. II.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. (Debates; 115).



LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury. Juízes inquisidores? e paranóicos: uma crítica à prevenção a partir da jurisprudência do tribunal europeu de direitos humanos. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 10, p. 121-126, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. vol. I.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O Processo Penal como instrumento de democracia. *Revista de Estudos Criminais*, ano V, jan./mar. 2005, n. 17. Porto Alegre: Nota Dez. PUCRS. 2005.

\_\_\_\_\_. A reforma do Código de processo penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 11, dez./jan. 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Mandamentos, 2002. 208 p.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Trad. Isabel Lifante Vidal. In: DOXA. *Cuadernos de filosofía del derecho* [Publicaciones periódicas]. n. 14, Espanha: Universidad de Alicante, 1993.

PACHECO, Denílson Feitosa. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 4. ed. Niterói: Impetus. 2006.

PELLEGRINI, F. M. B. O paradigma do Estado Democrático de Direito e as Teorias do Processo. *Virtualjus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 1, ano 3, 2004.

\_\_\_\_\_. O processo, a jurisdição e a ação sob ótica de Elio Fazzalari. *Virtualjus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 1, ano 2, p. 1-29, 2003.

PORTUGAL. Código de processo penal (1987). *Código de processo penal e outra legislação processual penal*. Lisboa: Aequitas, Editorial Notícias, 1992. 419 p. (Coleção leges ).

PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. Acórdão 581/2000. Proc. n.º 10.83/98. 1ª Secção Relatora: Maria Helena Brito. Disponível em: <[w3b.tribunalconstitucional.pt](http://w3b.tribunalconstitucional.pt)>. Acesso em: 17 jan. 2011.

SOUZA, Luiz Roberto Salles; CARBONI, Christian Marcos. A reafirmação do processo acusatório e contraditório no processo penal brasileiro: As reformas de junho de 2008. *Revista da ESMP*, ano 1, n. 1, v. 2, p. 41-46, jul./dez. 2008.

TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1987.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Piersack C.* Bélgica. Demanda n.º 8.692/1979, 1.º out. 1982. Disponível em: <[http://www.pj.gob.pe/temporales/ddhh/jurisprudencia/sumillas/4tribunaleuropeo/Caso%20Piersack%20contra%20Belgica%201\[1\].10.82.doc](http://www.pj.gob.pe/temporales/ddhh/jurisprudencia/sumillas/4tribunaleuropeo/Caso%20Piersack%20contra%20Belgica%201[1].10.82.doc)>. Acesso em: 10 dez. 2010.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cubber C.* Bélgica. Demanda 9.186/1980, 26 out. 1984. Disponível em: <[http://www.pj.gob.pe/temporales/ddhh/jurisprudencia/sumillas/4tribunaleuropeo/Caso%20De%20Cubber%20contra%20Belgica%2026\[1\].10.84.doc](http://www.pj.gob.pe/temporales/ddhh/jurisprudencia/sumillas/4tribunaleuropeo/Caso%20De%20Cubber%20contra%20Belgica%2026[1].10.84.doc)>. Acesso em: 10 dez. 2010.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

Artigo recebido em: 13/05/2010.

Artigo aprovado em: 22/06/2011.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150006

**VIGIAR E NÃO PUNIR:  
UMA ANÁLISE SOBRE O PRAZO PRESCRICIONAL  
DAS FALTAS GRAVES NA EXECUÇÃO PENAL**

GUILHERME DE SÁ MENEGHIN

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

guilhermesa@mpmg.mp.br

**1. Vigilância e disciplina penitenciária**

Uma das fronteiras para que o Direito Penal cumpra sua função primordial de proteger os bens jurídicos mais importantes contra as agressões mais violentas é a eficácia das decisões judiciais. Proferida a sentença condenatória criminal, surge para o Estado o poder-dever de executar a reprimenda penal com eficiência, pois sem sanção concreta o crime adquire um caráter puramente simbólico e efêmero.

Decerto, em razão dessa imperecível constatação, Roberto Lyra já advertia sobre a execução das penas:

O estudo da pena, especialmente pelo aspecto filosófico e pelo aspecto sociológico, adquiriu tal importância que já se sustenta a necessidade de uma ciência autônoma da penalidade – *penologia* – com objeto próprio, isto é, “o estudo filosófico, histórico, científico, jurídico” das penas e medidas de segurança, bem como das instituições incumbidas de velar pela efetiva readaptação dos egressos. (LYRA, 1955, p. 9).

Contudo, a efetividade dessa fase do *jus puniendi* por vezes é depreciada pela leniência do Estado em cuidar adequadamente da dis-

ciplina dos detentos. Com isso, as finalidades retributiva e preventiva da pena ficam solapadas, mormente quando não são punidos os atos ilícitos praticados pelos presos ou quando lhes é conferido tratamento privilegiado.

Aliás, recentemente a mídia noticiou favorecimentos aviltantes em prol dos condenados na famigerada Ação Penal n. 470, do Supremo Tribunal Federal, alcunhado de “processo do mensalão”, contribuindo ainda mais para descrença na execução penal.

Por certo, vigiar os sentenciados e promover-lhes a disciplina constituem baluartes da execução penal, conforme se depreende dos artigos 1º e 44 da Lei n. 7.210, de 1984 (Lei de Execução Penal – L.E.P.). E, certamente, não se pode discorrer sobre disciplina sem falar em infrações e penalidades. Para Michel Foucault a disciplina consiste justamente em um sistema *infrapenal*:

Na essência de todos os sistemas disciplinares, funciona um pequeno mecanismo penal. É beneficiado por uma espécie de privilégio de justiça, com suas instâncias de julgamento. As disciplinas estabelecem uma “infrapenalidade”; quadriculam um espaço deixado vazio pelas leis; qualificam e reprimem um conjunto de comportamentos que escapava aos grandes sistemas de castigo por sua relativa indiferença. (FOUCAULT, 2010, p. 171).

Deveras, para desdobrar a disciplina penitenciária, a norma executiva classifica as faltas que podem ser praticadas pelos apenados – leves, médias e graves –, bem como estipula suas respectivas consequências (artigos 44 a 49 da L.E.P.). Porém, interessa-nos somente as infrações que a lei qualifica como graves, porquanto possuem as implicações mais nocivas. Os artigos 50 a 52 catalogam essa espécie de faltas em *numerus clausus*:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II - fugir;

III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV - provocar acidente de trabalho;

V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei;

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

Art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que:

I - descumprir, injustificadamente, a restrição imposta;

II - retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta;

III - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: (BRASIL, 1984).

Dentre os efeitos das faltas graves, sobressaem a regressão de regime e o reinício da contagem do prazo para progressão, consoante o disposto no artigo 118, inciso I, da L.E.P:

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

[...]. (BRASIL, 1984).

Além disso, essas violações podem acarretar a perda de parte dos dias remidos, a imposição de sanções disciplinares e a vedação a certos benefícios que exigem comportamento adequado, a exemplo da saída temporária (artigos 53, 123, I, e 127 do código executivo).

Entretanto, a Lei n. 7.210/1984 é omissa quanto ao prazo para que as autoridades apurem as faltas graves perpetradas pelos sentenciados. Essa lacuna contrasta flagrantemente com a importância do assunto e vem gerando múltiplas interpretações, assentando instabilidade jurídica e atalhando a concretização das finalidades da pena.

Certamente, a disciplina nas prisões depende, e muito, do comportamento dos agentes públicos frente aos atos censuráveis dos sentenciados, mas se o prazo é ínfimo para exercer essa tarefa, torna-se árduo cumprir o papel fiscalizador. Deveras, sobre a importância da sanção disciplinar, novamente recorreremos ao trabalho de Michel Foucault:

O castigo disciplinar tem a função de reduzir os desvios. Deve portanto ser essencialmente *corretivo*. [...]

A punição disciplinar é, pelo menos por uma boa parte, isomorfa à própria obrigação; ela é menos a vingança da lei ultrajada que sua repetição, sua insistência redobrada. [...]

A punição, na disciplina, não passa de um elemento de um sistema duplo: gratificação-sanção. E é esse sistema que se torna operante no processo de treinamento e de correção. (FOUCAULT, 2010, p. 173).

Registra o autor o binômio que caracteriza a disciplina e que esta possui várias funções, como corrigir o condenado e recompensar o detento de comportamento regular, já que este seria seduzido à delinquência ao vislumbrar reclusos indômitos tratados com indulgência pelos encarregados de manter a ordem na cadeia.

Por isso, é imprescindível pesquisar qual o prazo prescricional aplicável às faltas graves, pois mesmo perante a lacuna legal cabe ao julgador, em consonância com os princípios constitucionais penais, declarar a norma do caso concreto, usando a analogia, os costumes

e os princípios gerais de direito (artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

## **2. Punição: as teses sobre o prazo prescricional das faltas graves**

Averiguada a brecha na lei, certo é que não se pode admitir a imprescritibilidade das faltas graves, pois essa ilação seria contaminada de flagrante inconstitucionalidade. A própria Carta Magna, em rol taxativo, informa quais são as infrações imprescritíveis, vedada sua expansão por ato infraconstitucional. Igualmente, as faltas não podem ser extintas imediatamente, sob pena de desestruturar o pleco disciplinar da execução penal, derrogando reflexamente a eficácia das normas que versam sobre as faltas graves.

Nesse contexto nebuloso, surgiram duas posições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o prazo para apuração dos atos ilícitos praticados pelos encarcerados: alguns afirmam que deve ser aplicado o prazo prescricional de 01 (um) ano, estabelecido no decreto presidencial que instituiu o indulto coletivo e a comutação de penas; outra corrente postula pelo menor prazo previsto legalmente para a prescrição das infrações penais em geral, isto é, 03 (três) anos, conforme artigo 109, inciso VI, do Código Penal (CP).

Para os defensores da primeira orientação, o prazo de 01 (um) ano é o apropriado, porque é o mais favorável aos sentenciados. Aduzem ao Decreto n. 8.172, de 2013, que põe como requisito para conquista do indulto e da comutação de penas o não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses, calhando usá-lo como prazo prescricional das faltas graves. Dispõe o artigo 5º do mencionado decreto<sup>1</sup>:

Art. 5º A declaração do indulto e da comutação de penas previstos neste Decreto fica condicionada à inexistência de aplicação de sanção, reconhecida pelo juízo competente, em audiência de justificação, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa, por falta disciplinar de natureza grave, prevista na Lei de

<sup>1</sup> Ressalte-se que anualmente o governo federal vem reeditando o decreto de indulto coletivo, sendo que o atual substituiu o Decreto n. 7.873, de 2012, que continha disposição idêntica em seu artigo 4º.

Execução Penal, cometida nos doze meses de cumprimento da pena, contados retroativamente à data de publicação deste Decreto. (BRASIL, 2013a).

Alegam, ainda, que a disciplina nos cárceres e, por conseguinte, a matéria *falta grave*, possui cariz administrativo. Logo, sendo as normas do indulto coletivo dessa mesma natureza, mostra-se a pertinência em adaptar o prazo do requisito exigível ao indulto (inexistência de faltas graves no lapso de 12 meses) para a apuração de todas as faltas graves.

Com esse norte, os Desembargadores da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais concordaram quanto à aplicação do prazo de 01 (um) ano:

AGRAVO EM EXECUÇÃO - LEI Nº 12.234/10 – PRAZO PRESCRICIONAL PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE – ANALOGIA COM O PRAZO DO DECRETO DE INDULTO - FALTA PRESCRITA - RECURSO PROVIDO. - A entrada em vigor da Lei nº 12.234/10 tornou excessivamente rigorosa aos reeducandos a aplicação analógica do art. 109, VI, do CP, às faltas graves, sendo mais razoável a aplicação, de forma analógica, do prazo de um ano previsto no decreto de indulto. (MINAS GERAIS, 2012).

Em fluxo distinto, a segunda posição, sustentada pela jurisprudência majoritária, acredita que deve incidir o menor prazo prescricional para os crimes, previsto na legislação penal, porque na execução vigora o princípio da legalidade. Analogicamente transpõe-se o mais exíguo prazo prescricional dos crimes para a apuração das faltas graves cometidas no ergástulo. Portanto, o lapso temporal aplicável é o de 03 (três) anos, nos termos do artigo 109, VI, do CP:

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

[...]



VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010). (BRASIL, 1940).

Todavia, concernente aos prazos existentes na legislação penal, surgiu outra divergência. Há quem defenda uma posição mediadora, com fulcro em outros prazos legalmente existentes. Rogério Tafarello aponta a possibilidade de usar o prazo de 02 (dois) anos, previsto no artigo 114, inciso I, do CP (prazo prescricional da pena de multa):

Entendo, diante disso, que o prazo correto a ser aplicado deve ser o primeiro – de um lado porque a axiologia do Direito Penal impõe a interpretação mais favorável ao cidadão e, de outro, porque a falta grave não constitui delito, mas infração de natureza administrativa, e, por conta disso, a analogia com a sanção de multa é mais adequada. (TAFARELLO, 2013, p. 1).

Plausível ainda conjurar o lapso extintivo da punibilidade do crime de posse de drogas para consumo pessoal, capitulado no artigo 28 da Lei n. 11.343, de 2006. Com efeito, determina o artigo 30 da citada lei: “Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal”. Dessa maneira, sendo esse o menor prazo prescricional existente na legislação penal em vigor, pode-se transferir-lhe às faltas graves.

A opção entre a primeira posição (prazo do decreto) e a segunda posição (prazo legal), produz muitos efeitos práticos. No dia a dia forense, não é incomum a instrução das faltas graves ocorrerem entre 10 (dez) meses e 14 (quatorze) meses após a data do fato. Trata-se de marco razoável, se cotejado com a realidade das varas de execução penal brasileiras, comumente entulhadas de processos. Além disso, o processo disciplinar exige a defesa pessoal técnica do sentenciado, em virtude dos princípios da ampla defesa e do contraditório, o que demanda mais tempo para o processamento das faltas, sobretudo se verificado que a maior parcela dos sentenciados dependem de advogados nomeados pelo Juiz<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Cumpre registrar que o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de

Logicamente, se prevalecer o prazo de 1 (um) ano, como amiúde vem ocorrendo, pode-se afirmar que as normas que definem e penalizam as faltas graves perderão grande parte de sua força normativa, afetando, principalmente, a prevenção penal. Para os que labutam na execução penal, nomeadamente, Promotores de Justiça, Agentes Penitenciários e Juizes, é desalentador ver a absolvição de sentenciados que não se recuperaram e praticam frequentes faltas graves, somente porque a pauta permite agendar a audiência de justificação para o 13º mês depois da falta. Por isso, o problema da lacuna legal deve ser superado com celeridade.

Conquanto interceda convenientemente para a primeira posição (prazo de 1 ano) o princípio da preponderância da *lex mitior*, seus equívocos são irremediáveis.

Os decretos de indulto, que retiram sua validade diretamente do artigo 84, inciso XII, da Constituição da República, trazem preceitos exclusivos sobre a obtenção dos benefícios de que versa. Não se vinculam às regras gerais da execução penal propriamente dita. A leitura do artigo 5º, supratranscrito, evidencia que o decreto tão somente estipula um requisito – carência de falta grave nos últimos 12 meses – e não o prazo de apuração dessas faltas.

Veja que o próprio decreto, no § 1º do citado dispositivo, é explícito em fazer essa distinção, asseverando que “a notícia da prática de falta grave ocorrida após a publicação deste Decreto não suspende e nem impede a obtenção de indulto ou da comutação de penas”. Ilustrando, pode-se garantir que se um sentenciado granjear a comutação da pena em virtude do decreto e vier a cometer uma falta grave posteriormente, ele não perde a comutação concedida, mas fica sujeito às consequências legais da referida falta grave, inclusive a regressão de regime.

---

que nos processos disciplinares da execução penal é imprescindível a presença de advogado para defesa do sentenciado, sob pena de invalidade da sanção aplicada. Com isso, a própria corte constitucional afastou a aplicação da Súmula Vinculante n. 05 a tais procedimentos. Conferir, a esse respeito, o Recurso Extraordinário n. 398.269, publicado no Diário da Justiça em 26.2.2010.

Esse detalhe mostra que o decreto de indulto coletivo em nada interfere no prazo prescricional das faltas graves, apenas estabelece como pressuposto para aquisição das benesses certo lapso de tempo sem cometimento de faltas graves.

Por outro lado, o decreto é norma infralegal e, desse modo, não pode dispor sobre execução penal, que está fora de seu âmbito limitado. Embora a jurisprudência venha pontualmente acolhendo medidas provisórias favoráveis aos réus, não existe, no ordenamento jurídico nacional, a possibilidade de um ato inferior à lei disciplinar o direito penal e suas vertentes.

Note, por oportuno, que o princípio da legalidade se aplica integralmente à execução penal. Leciona Guilherme de Souza Nucci:

Princípio da legalidade: a execução penal, como não poderia deixar de ser, constituindo a efetivação do poder punitivo do Estado, exige o respeito à legalidade. Portanto, da mesma forma que inexistente crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem lei anterior que a comine (art. 5º, XXXIX, XF; art. 1º, CP), demanda-se que não haverá falta nem sanção disciplinar sem *expressa e anterior* lei ou regra regulamentar. (NUCCI, 2009, p. 470).

Destarte, não há dúvidas de que somente a lei pode servir de fundamento para instituir o prazo prescricional das faltas graves, afastando as regras infralegais. Eis a acertada preleção de Mirabete:

Não prevê a lei expressamente a possibilidade de prescrição das faltas disciplinares. Entretanto, a imprescritibilidade das sanções penais é vedada, como regra, pela Constituição Federal, que somente admite em casos específicos (art. 5º, incs. XLII e XLIV). Não é possível, assim, concluir, na omissão da lei, que as sanções às faltas disciplinares não estão sujeitas a prescrição. Mesmo o crime doloso, considerado como falta grave, está sujeito a essa extinção de punibilidade, devendo ocorrer o mesmo com qualquer sanção disciplinar. Na omissão da lei a respeito do prazo prescricional, deve-se aplicar, por analogia, a regra da prescrição do Código Penal. Sendo ela um *minus* em relação as infrações penais, o lapso prescricional não pode ser superior a dois anos,

fixado para as infrações de menor gravidade. Por isso, deve-se entender que o prazo de prescrição das faltas disciplinares é de dois anos, por aplicação analógica do art. 109, inc. VI, do Código Penal. (MIRABETE, 2004, p. 137)<sup>3</sup>.

Registrem-se ainda as palavras incorrigíveis de Cesare Beccaria, que no século XVIII agasalhou o legalismo dos prazos prescricionais:

Cabe tão somente às leis determinar o espaço de tempo que se deve utilizar para a investigação das provas do crime, e o que se deve conceder ao acusado para que se defenda. Se o juiz tivesse esse direito estaria exercendo as funções de legislador. (BECCARIA, 2009, p. 43).

Essa posição é mais segura por fundar-se em lei e conjuga com as garantias penais constitucionais, pois, a rigor, os condenados são louvados com o menor prazo admissível. Tal posição foi consolidada na 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conforme se infere do seguinte acórdão:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - FALTA GRAVE – PRAZO PRESCRICIONAL - APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 109, INC. VI, DO CP - AUSÊNCIA DE JUSTO MOTIVO PARA A AÇÃO. 1. Inexistindo previsão legal acerca do prazo prescricional de falta grave, certo é que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem admitindo a utilização do menor prazo dentre os previstos no art. 109 do Código Penal, qual seja, o de três anos para fatos ocorridos após a alteração dada pela Lei nº 12.234, de 5 de maio de 2010, ou de dois anos se a falta tiver ocorrido antes desta data. 2. Não se mostrando o motivo apresentado pelo reeducando plausível para justificar a sua ação, deve ser atribuído a ele o cometimento de falta grave. (MINAS GERAIS, 2013).

O Superior Tribunal de Justiça ratificou essa jurisprudência, no seguinte julgado:

---

<sup>3</sup> Note que o doutrinador reflete o prazo de 02 (dois anos) que existia no artigo 109, inciso VI, do Código Penal, antes da redação determinada pela Lei n. 12.234, de 2010, que elevou o prazo prescricional mínimo para 03 (três) anos.

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. Falta grave. Prescrição. Art. 109 do CP. Lapsos não transcorridos entre a data do fato e a presente data. 1. Na via especial, a discussão acerca da classificação jurídica dos fatos dispostos nos autos mitiga a incidência da Súmula 7/STJ. 2. O entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que - diante da ausência de um prazo prescricional específico para apuração de falta disciplinar - deve ser adotado o menor prazo prescricional previsto no art. 109 do Código Penal, ou seja, o de 3 anos para fatos ocorridos após a alteração dada pela Lei n. 12.234, de 5/5/2010, ou de 2 anos se a falta tiver ocorrido antes dessa data. 3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2013b).

Portanto, sob todos os ângulos que se examine a contenda jurídica, somente a lei pode definir o prazo prescricional das faltas graves. Certamente, invocando-se o princípio da legalidade, a primeira posição perece: a hipótese do prazo de 01 (um) ano previsto no decreto deve ser rejeitada.

Posta essa premissa, cumpre definir qual prazo aplicar, entre aqueles legalmente existentes: o de 03 (três) anos, indicado no artigo 109, inciso VI, do CP, ou o 02 (dois) anos, decorrente dos artigos 114, inciso I, do CP e 30 da Lei de Drogas.

Malgrado a ausência de consenso, o prazo a ser aplicado deve respeitar o princípio do *in dubio pro reo*<sup>4</sup>, de modo que a interpretação deve enfatizar o prazo mais favorável aos sentenciados, levando-se em consideração as circunstâncias verificadas no caso concreto.

<sup>4</sup> Esse não é o campo adequado para estudar a amplitude do princípio denominado *in dubio pro reo*. Reconhecemos, entretanto, que parte da doutrina afirma que tal postulado tem relação somente com o fator probatório, pois seria corolário da presunção de inocência (na dúvida sobre as provas acerca da condenação ou absolvição, o julgador deve preferir a absolvição). Todavia, existe uma consistente opinião antagônica, que admite a interferência do referido princípio na interpretação das leis penais, de modo que, havendo conflito entre normas, inexistindo critério para dirimi-lo, o operador do direito deve suscitar a lei mais favorável ao acusado, vedado, de qualquer maneira, a conjugação de leis para criação de norma inédita (proibição à *lex tertia*).

Nessa difícil situação, calha o célebre aforismo aristotélico *virtus in medium est*: nem o prazo de 03 (três) anos em sua totalidade, nem o de 02 (dois) anos para todas as situações, mas uma exegese intermediária, capaz de satisfazer as exigências das garantias constitucionais e as necessidades disciplinares da execução penal.

Decerto, em regra, deve-se prestigiar o prazo de 03 (três) anos às infrações disciplinares, por consistir no menor prazo prescricional das infrações penais. Isso se deve ao fato de que o CP regulamenta o sistema penal em caráter geral e, na dicção do seu artigo 12, aplica-se a toda legislação penal especial, salvo quando esta dispuser de modo diverso. Logo, inexistindo norma específica e diversa na Lei n. 7.210/1984, a regra genérica do CP adquire plena aplicação às faltas disciplinares.

Saliente-se que os prazos de 02 (dois) anos, por constituírem lapsos específicos, não podem ser adotados amplamente. O princípio *lex specialis derogat generalis* é uma via de mão dupla: ao mesmo tempo em que a regra especial derroga a norma geral, impede que a norma especial seja amplificada, exatamente porque tem uma função restrita, e não universal.

Contudo, o prazo de 02 (dois) anos não fica sem eficácia. Sem embargo da jurisprudência citada, que adotou genericamente o prazo do artigo 109, inciso VI, do CP, os julgadores ignoraram um inconveniente quanto ao crime do artigo 28 da Lei n. 11.343/06 e aquelas contravenções cuja sanção é, exclusivamente, a pena de multa, a exemplo dos artigos 29, 37 e 38 do Decreto-Lei n. 3.688, de 1941 (Lei das Contravenções Penais - L.C.P.).

Nesse aspecto, vale notar que, se fosse aplicado o prazo de 03 (três) anos indiscriminadamente, haveria uma inacreditável infringência ao princípio da proporcionalidade. Ora, se o crime de posse de drogas para consumo pessoal prescreve em 02 (dois) anos, um sentenciado que é encontrado no interior do presídio com substâncias proscritas estaria sujeito à seguinte situação, no mínimo curiosa e incoerente: a falta grave prescreveria em 03 (três) anos, enquanto o

crime que ocasionou a falta grave estaria extinto em 02 (dois) anos<sup>5</sup>. Como não se pode conceber que a infração administrativa/disciplinar tenha prazo prescricional superior ao do crime, é inegável que deve prevalecer o menor lapso para ambas as transgressões, ou seja, de 2 (dois) anos.

O mesmo raciocínio pode usado quanto às contravenções penais em que seja cominada exclusivamente a pena de multa e que, porventura, constituam faltas graves, pois nesse caso, se a pena de multa prescreve em 02 (dois) anos, a infração disciplinar também deve extinguir-se no mesmo interregno temporal.

Diante desse quadro, compondo os princípios da legalidade, da proporcionalidade e do *in dubio pro reo*, colige-se que o prazo de prescrição das faltas graves é de 3 (três) anos, nos termos do artigo 109, VI, do CP, ressalvadas as transgressões que constituem crimes ou contravenções cujo prazo prescricional seja inferior, de acordo com os critérios do artigo 30 da Lei n. 11.343/06 e do artigo 114, inciso I, do CP.

### 3. Conclusão

Neste conciso estudo, discorreu-se sobre a ausência de disciplina nas prisões, o que leva ao cometimento de faltas pelos sentenciados – que devem ser punidas, sobretudo para incutir-lhes a consciência de que as regras sociais repetem-se no plano penitenciário. Não castigadas as faltas graves, a finalidade preventiva especial positiva da pena – reeducação ou ressocialização – será indefectivelmente anulada.

No entanto, a desditada omissão da Lei n. 7.210/1984 produziu intensa instabilidade jurídica, porquanto não existe concordância na doutrina e na jurisprudência acerca de qual lapso prescricional aplicar às faltas graves.

Por certo, essas transgressões praticadas pelos condenados não podem ficar impunes, com a adoção de prazos prescricionais exíguos.

<sup>5</sup> A prática de crime no curso da execução penal constitui falta grave, a teor dos artigos 52 e 118, I, da Lei de Execução Penal.

Em contrapartida, os sentenciados não podem ficar submetidos ao eterno arbítrio judicial. Assim, para dirimir a querela, surgiram duas posições opostas.

Para a primeira corrente, deve incidir o prazo de 01 (um) ano, previsto no decreto presidencial de indulto coletivo. Essa orientação gerou reflexos jurisprudenciais, acirrando o debate.

Noutra linha, há doutrina e jurisprudência sólida, que suscita a aplicação do prazo mais favorável ao sentenciado, desde que preconizado em lei. Dentro dessa corrente, alguns defendem a aplicabilidade do prazo de 03 (três) anos, tendo em vista o lapso prescricional mais curto relacionado no artigo 109, inciso VI, do CP. Outros adotam o prazo de 02 (dois) anos para prescrição da pena de multa (artigo 114, inciso I, do CP).

Por fim, propõe-se empregar o prazo de 02 (dois) anos, emanado do tempo de prescrição do crime de posse de droga para consumo pessoal (artigos 28 e 30 da Lei n. 11.343/06), já que este, atualmente, é o menor prazo prescricional da legislação penal.

Certamente, a segunda posição – que sustenta ser imprescindível o prazo proceder de lei – é a única que corresponde aos ditames constitucionais, porquanto o princípio da legalidade sobrepõe-se à execução penal. Não fosse essa exegese, um decreto que dispusesse prazo excessivo, poderia prejudicar irremediavelmente os condenados. Portanto, a ideia de aplicar o prazo de 01 ano, decorrente do decreto de indulto coletivo, deve ser enjeitada.

Do ponto de vista prático, dificuldades foram detectadas na adoção do prazo de 01 ano, visto que as varas de execução penal estão frequentemente agravadas com excesso de serviço, tornando difícil o agendamento de audiências e a instrução dos processos de execução, quando há notícia de falta grave. Implementado o referido prazo, vislumbra-se a multiplicação da injustiça dentro das próprias instituições penais. Essa constatação somente será suplantada com a incidência do prazo mais dilatado e decorrente de lei.



No que concerne aos prazos existentes na legislação penal, mostra-se razoável e proporcional considerar o lapso temporal extintivo mais exíguo em vigor, que é o de 03 (três) anos, nos termos do artigo 109, inciso VI, do CP – salvo nos casos de posse de droga para consumo pessoal e contravenções com exclusiva pena de multa cominada. Eis a interpretação que sintetiza harmonicamente os princípios penais constitucionais, a realidade da Justiça pátria e as necessidades disciplinares do sistema prisional.

Não se olvida que os tribunais vêm aplicando o prazo de 03 (três) anos indiscriminadamente, mas essa exegese cede ante o princípio do *in dubio pro reo*. Em outras palavras, havendo prazo inferior em lei para casos especiais, estes devem prevalecer.

De fato, recomenda-se que o legislador modifique a lei de execução penal para predizer expressamente o prazo prescricional das faltas graves e suprimir a volubilidade jurisprudencial. Até que sobrevenha tal alteração, deve-se aplicar, em regra, o prazo de 03 (três) anos e, excepcionalmente, o prazo de 02 (dois) anos nas hipóteses particulares acima citadas.

#### 4. Referências

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

BRASIL. Decreto n. 8.172, de 24 de dezembro de 2013. Concede indulto natalino e comutação de penas, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8172.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015. [2013a].

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm)>. Acesso em: 28 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1414267/MG, Rel.: Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Brasília, DF, 5 de novembro de 2013. *DJe*, 25 nov. 2013. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 28 maio 2015. [2013b].

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: legislação penal especial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto. *Código penal comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 38. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2010.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. vol. I. (Tomo 2º).

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955. vol. II.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Execução Penal nº 1.0079.09.970180-1/001, Rel.: Des. Eduardo Brum, Belo Horizonte, 30 de maio de 2012. *DJ*, 16 jun. 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo em Execução Penal nº 1.0035.07.101340-9/001, Belo Horizonte, 28 de maio de 2013. *DJ*, 5 jun. 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAFARELLO, Rafael. Prescrição de falta grave em presídio divide opiniões. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-09/nao-consenso-prazo-prescricional-falta-grave-presidio>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150007



3

Direito  
Civil

Artigo  
Comentário à Jurisprudência



DIREITO CIVIL  
ARTIGO

---

**BREVES REFLEXÕES SOBRE A INCIDÊNCIA DE  
DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE  
PARTICULARES – LIBERDADE DE INFORMAÇÃO V.  
DIREITOS DA PERSONALIDADE –  
UM ESTUDO DE DIREITO COMPARADO**

**BRIEF REFLECTIONS ABOUT THE INCIDENCE  
OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN RELATIONS  
BETWEEN PRIVATE – FREEDOM OF INFORMATION  
V. PERSONALITY RIGHTS –  
A COMPARATIVE STUDY OF LAW**

THIAGO MOREIRA

Oficial do Ministério Público

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

thiago\_moreira83@yahoo.com.br

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objetivo demonstrar um breve panorama do tema, teorias para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, para promover avanços jurídico-sociais, entretanto, com extrema cautela, para que retrocessos sejam evitados, mostrando a necessidade de limites para tal aplicação. Com a finalidade de demonstrar o alcance prático de tal teoria, discutiremos de forma comparativa dois casos de ordenamentos jurídicos distintos na utilização da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, o caso *Lebach*, oriundo da jurisprudência alemã, e o caso *Doca Street*, sob a égide da ordem jurídica brasileira.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos fundamentais; relações privadas; aplicabilidade; teorias; caso *Lebach*; caso *Doca Street*.

**ABSTRACT:** This paper aims to demonstrate a brief overview of the topic, theories for the enforcement of fundamental rights in private relations, to promote legal and social advances, however, with extreme caution so that setbacks are avoided, showing the need for such limits application. In order to demonstrate the practical impact of such a theory, we demonstrate the comparative form of two cases in different jurisdictions use the incidence of fundamental rights in private relations, the case *Lebach*, derived from the German case, and the case *Doca Street*, under the aegis the Brazilian legal system.

**KEY WORDS:** Fundamental rights; private relationships; applicability; theories; case *Lebach*; case *Doca Street*.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Os direitos fundamentais: a eficácia horizontal. 3. As características dos direitos fundamentais: a renúncia. 4. Principais teorias acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. 5. Conflito entre princípios: a ponderação. 6. Os direitos fundamentais como princípios constitucionais. 7. O caso *Lebach*. 8. A solução no Tribunal Constitucional Alemão. 9. O caso *Doca Street*. 10. A solução do ordenamento jurídico brasileiro. 11. Algumas similitudes e distinções existentes nos casos em análise. 12. Parâmetros para solução de casos concretos (liberdade de expressão v. direito à intimidade e à vida privada). 13. Conclusão. 14. Referências.

## 1. Introdução

Nos moldes da nova interpretação das disposições constitucionais, notadamente em face da tão aclamada tese de Konrad Hesse, que pugna pela Força Normativa da Constituição, nos pontos em que esta irradia suas disposições por todo o sistema jurídico vigente sob sua égide, fazendo com que os seus intérpretes observem tais disposições, independentemente da ramificação do direito de que se trata, pois o direito é uno, podemos verificar ser hoje inegável que a Constituição pode e deve irradiar suas normas por todo o ordenamento jurídico vigente, vinculando à observação dessas normas,



fazendo respeitar-se sua vontade. Isso nos leva ao entendimento de que tanto o Estado quanto o particular devem sempre orientar seus passos com as lentes constitucionais.

Isto nos remete, também, ao fato de que atualmente os direitos fundamentais, como normas constitucionais que são, passam a atuar no cenário jurídico com um campo de incidência muito maior, saindo da visão clássica de véu protetor das relações Estado/indivíduo (particular), a chamada eficácia vertical, para também abarcar as relações dos particulares entre si, relações particular/particular, a denominada eficácia horizontal. A inserção do particular no cenário mundial como grande ator demonstrou que o Estado não é a única ameaça aos direitos fundamentais conquistados pelo particular; os próprios particulares, ou seja, seus pares estão se mostrando grande ameaça a tais direitos, talvez em maior proporção que o Estado, gerando a necessidade do estudo do que chamamos de eficácia horizontal de direitos fundamentais, na qual nos dois ou mais polos da relação jurídica se encontram titulares dos referidos direitos, ao contrário da eficácia vertical dos referidos direitos.

Trabalharemos com as argumentações expostas pelo Tribunal Constitucional Alemão, no caso *Lebach*, e pelo ordenamento jurídico brasileiro no caso *Doca Street*. Em ambos se encontra em colisão o direito à liberdade de informação/expressão em face dos direitos da personalidade e de ressocialização.

## 2. Os direitos fundamentais: a eficácia horizontal

Os direitos fundamentais (MOREIRA, 2011, p. 303-311) são prerrogativas/instituições que se fizeram e se fazem necessárias ao longo do tempo, para formação de um véu protetor das conquistas dos direitos do homem (que compreendem um aspecto positivo, a *prestação*, e um negativo, a *abstenção*), embasados, em especial, na dignidade da pessoa humana, tanto em face das ingerências estatais (o que chamamos de *eficácia vertical*) quanto, segundo melhor doutrina, nas relações entre particulares (seja esta proteção positivada ou não, é inegável a constitucionalização do direito privado, e, por consequência, a força normativa da constituição nestas rela-

ções); em ambos os casos, podem possuir eficácia imediata (chamada eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas), ou imediata no primeiro caso e mediata no segundo (chamada eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas), ou, ainda, só possuindo eficácia no primeiro caso (não aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas) conforme o ordenamento no qual se encontram os referidos direitos.

### 3. As características dos direitos fundamentais: a renúncia

Importante consignar que tais direitos possuem algumas características de consenso doutrinário, quais sejam, *historicidade*, *inalienabilidade*, *imprescritibilidade* e, por fim, *irrenunciabilidade*.

Entretanto, estas características, em especial a que se refere à irrenunciabilidade<sup>1</sup>, merecem atenção especial para melhor desenvolvimento do tema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Dizemos isto pelo fato de que, ao analisarmos os direitos fundamentais em uma visão estritamente fechada ou absoluta, não admitindo a renúncia a tais direitos, ainda que entendida como não exercício, não se poderia falar em incidência dos direitos fundamentais na ordem privada, visto que, em uma sociedade plural e globalizada, temos exemplos vastos e incontestes de negociação de direitos fundamentais, em que deve haver renúncia, ou não exercício destes direitos para celebração de suas relações privadas<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Para melhor compreensão do tema, aduz Canotilho que “As clássicas declarações de direitos referiam-se aos direitos inalienáveis e imprescritíveis. Todavia, ao lado do processo de relativização dos direitos, assistiu-se e assiste-se ainda um processo paralelo de relativização através da ideia de *renúncia* a direitos fundamentais”. (CANOTILHO, 2003, p. 463).

<sup>2</sup> Neste sentido, como bem aponta o professor Virgílio Afonso da Silva, “ora, com a expansão dos direitos fundamentais, não seria exagero assim dizer que o ‘inchaço’ das declarações de direitos, em quase toda relação contratual existe uma grande possibilidade de que algum direito fundamental seja ‘tocado’. A partir dessa constatação, se seguirmos o que a doutrina costuma atribuir como características dos direitos fundamentais – inalienabilidade, inegociabilidade etc. -, quase todo tipo de relação contratual que tenha como consequência uma limitação a direitos fundamentais deveria ser nula, pois tal limitação, ao contrário do que ocorre com as limitações ocorridas em razão de lei, decorrem em grande parte dos casos de um acordo entre as partes, que negociam e transigem sobre direitos fundamentais”. (SILVA, 2011, p. 50-51).

O professor Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 62-64) explica com clareza o que se deve entender como renúncia e como aplicá-la no que concerne aos direitos fundamentais. Para uma *visão mais conservadora*, o termo *renúncia se reveste de definitividade e irreversibilidade*, somente se podendo falar em renúncia quando se está diante de direitos patrimoniais disponíveis. Como nos direitos fundamentais tal forma definitiva e irreversível não acontece, não haveria renúncia. Entretanto, toma-se como exemplo o direito de propriedade, que, além de ser um direito fundamental, é também um direito assegurado e regulado por disposições de direito privado. O art. 1275, II, do CC/2002, prevê a possibilidade de renúncia ao direito de propriedade, o que não implica dizer que o renunciante jamais poderá exercer seu direito de propriedade novamente.

Assim, a renúncia não é geral, é específica, dada em um momento definido e limitada a uma determinada situação (no caso o bem cuja propriedade foi renunciada). O mesmo raciocínio tem aplicação no caso da renúncia à herança (direito fundamental com disposições próprias no direito privado); o fato de renunciar à herança que cabe a um herdeiro não quer dizer que ele perderá sua qualidade de herdeiro quando houver outra sucessão em que figurar como tal.

Quando se renuncia a um direito fundamental, inclusive ao patrimonial, não se está defendendo a possibilidade de, por mera declaração de vontade, seja tácita seja expressa, abdicar do direito em toda e qualquer situação futura na qual se possa exercitá-lo, mas repisa-se que os efeitos da renúncia somente são válidos em situações específicas, determinadas pelas particularidades do caso concreto.

Não faltariam exemplos para os casos de renúncia, nos termos acima expostos, a direitos fundamentais, pondo em xeque seu caráter absoluto de irrenunciabilidade, como se vislumbra nos exemplos abaixo, elencados pelo professor Virgílio Afonso da Silva:

Aquele que, após a prolação de uma sentença de primeiro grau em um processo, aceita não recorrer à instância superior diante de uma proposta em dinheiro da parte contrária, *negocia* seu direito fundamental ao duplo grau de jurisdição.

Aquele que, diante das câmeras de TV, exhibe sua cédula na cabine de votação, *renuncia* ao sigilo do voto.

Quando um homem entra para um seminário na igreja católica, com o intuito de se tornar padre, ou uma mulher, com o intuito de se tornar freira, *renunciam* eles a seu direito de constituir família.

Aquele que é aprovado em concurso público e aceita o cargo de juiz, renuncia a seu direito fundamental do art. 5º, XIII, referente ao livre exercício de qualquer trabalho, pois somente poderá exercer uma atividade de magistério (art. 95, parágrafo único, I).

Todo aquele que celebra um contrato, renuncia a uma parcela de sua liberdade. (SILVA, 2011, p. 62-64).

Casos outros se apresentam, como a realização de algum *reality show*, cujos componentes renunciam ao seu direito à vida privada e expõem toda a sua intimidade para os espectadores.

Por fim, consigne-se que o termo eficácia será usado ao longo do texto para fins meramente didáticos, apesar de termos nossas reservas quanto ao vocábulo, pois entendemos, tal como o professor Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 62-64), ser *aplicabilidade dos direitos fundamentais o termo mais correto*, uma vez que não se pode confundir a capacidade de produzir efeitos, eficácia, com a possibilidade de tais efeitos terem incidência (aplicabilidade) em determinadas relações; dito de outra forma, os direitos fundamentais são eficazes, entretanto, em uma interpretação jurídica ou outra, podem ter aplicabilidade ou não.

#### **4. Principais teorias acerca da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**

A constitucionalização, ou a irradiação dos direitos fundamentais, ou ainda, sua eficácia horizontal, possui um arcabouço teórico que em cada ordenamento delimita regras para a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Entre as que se noticiam (MOREIRA, 2011, p. 307-308), destacamos a *teoria da eficácia imediata* ou direta, *teoria da eficácia mediata* ou indireta e, por fim, a *teoria do State action*, que na lição de alguns doutrinadores é tratada como teoria da não aplicabilidade.

Defende a *teoria da eficácia mediata*, sendo esta a mais adotada no direito contemporâneo, que a adoção, ou melhor, a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito privado só se faz por meio de uma lei que lhe dê tal aplicabilidade, o que poderíamos chamar de intermediária. Assim, nesta concepção, a eficácia indireta, também chamada de teoria dualista no direito português, a incidência dos direitos fundamentais deve estar pautada em uma legislação privada que autorize tal aplicação, até mesmo através de cláusulas gerais, funcionando como verdadeira ponte levando ao direito privado os dispositivos constitucionais fundamentais, tudo com vistas à preservação do princípio reitor das referidas relações particulares, qual seja, o princípio da autonomia privada. Os defensores desta teoria dizem que seria inviável a aplicação direta, uma vez que se poria em risco tal princípio, outorgando ao Judiciário um poder desmesurado, “tendo em vista o grau de indeterminação que caracteriza as normas constitucionais consagradoras destes direitos” (SARMENTO, 2006, p. 198). Por fim, cabe, segundo tal teoria, ao legislador das normas de direito privado zelar, quando da confecção das ditas normas, pelo respeito aos direitos fundamentais, sem, entretanto, solapar a autonomia da vontade.

Por sua vez, a *teoria da eficácia direta*, também denominada imediata ou monista, sendo esta, em princípio, adotada por nosso ordenamento jurídico (apesar de não ser amplamente adotada no plano internacional pelos demais Estados), vela pela inserção dos direitos fundamentais com eficácia *erga omnes*; por esse motivo, tais direitos como direitos subjetivos ou normas de valor, nas palavras de Benedita Mac Crorie (2005, p. 21-22), “devem valer como direitos subjectivos contra entidades privadas que constituam poderes sociais e indivíduos que disponham de uma situação real de poder equiparável à supremacia do Estado”. Tal ilação se funda no conceito de unidade do ordenamento jurídico, conjugado com a propagada teoria *força normativa da constituição*; tem como grande expoente Konrad Hesse, o qual prega a irradiação dos dispositivos constitucionais a todo e qualquer ramo do direito, seja público seja privado, vinculando tanto os particulares quanto o Estado à sua obediência.

Em nosso sentir, a última teoria que se destaca, *State action*<sup>3</sup>, primando pela não aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, somente podendo invocá-los quando estiverem diante de uma ação estatal que os afronte, é a mais controversa; dizemos isto, pois, segundo Daniel Sarmiento (2006, p. 189), tal teoria pugna pela não aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, podendo haver algumas eventuais mitigações. De outro lado, temos como mais acertado o que entende Virgílio Afonso da Silva (2011, p. 99), para quem o objetivo de tal doutrina, teoria, é “justamente definir em que situações uma conduta privada está vinculada às disposições de direitos fundamentais”. Pode-se dizer que, ainda que se queira aparentemente com a doutrina da *state action* negar a vinculação de entes não estatais aos direitos fundamentais, não é isso que acontece de fato:

[...] o casuísmo da Suprema Corte norte-americana sempre encontra uma forma, por mais *artificial que seja*, de igualar o ato privado questionado a um ato estatal quando se quer coibir alguma violação a direitos fundamentais por parte de pessoas privadas. (SILVA, 2011, p. 99).

Note-se, portanto, que não existe consenso doutrinário a respeito de tal doutrina.

## 5. Conflito entre princípios: a ponderação

Quando dois princípios estão em colisão, não se aplicam as mesmas formas de solução de antinomias utilizadas para as regras; não se pode inserir em um dos princípios uma cláusula de exceção, tampouco se falar em invalidade de um princípio em detrimento de outro.

Segundo Alexy (2008, p. 93), o que ocorre é que um dos princípios em colisão tem precedência em face do outro, sem, com isso, implicar a invalidade do outro. Os princípios na constância de um caso

---

<sup>3</sup> Tal teoria tem como expoente o ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América onde sua jurisprudência está presa, em tese, a uma concepção liberal de que os direitos fundamentais são oponíveis somente em face do Estado.

concreto podem ter maior ou menor peso perante outro, e o que possuir maior peso no caso concreto irá prevalecer.

Tendo-se em vista esta dimensão de peso característica de tais espécies normativas, necessário se faz um sopesamento (ponderação) entre os princípios colidentes, para aferir qual deverá preceder devido ao seu maior peso no caso concreto. Ressalte-se que, ao contrário das regras que podem ser analisadas e confrontadas no plano abstrato, os princípios somente podem ser analisados em situação de colisão na égide de um caso concreto.

Tal conceito será posto em prática quando das análises dos *casos Lebach e Doca Street*, nos quais se poderá vislumbrar se houve e de qual forma ocorreu a ponderação entre os princípios postos em colisão.

José Sérgio da Silva Cristóvam (2009, p. 221-222), citando Alexy, aduz que a chamada lei da ponderação quando diante de uma lide deve ter sua aplicação em três fases. Na *primeira* deve ser determinada a intensidade da intervenção (máxima da conformidade ou adequação); na *segunda*, trata-se da importância das razões que justificam a intervenção (máxima da exigibilidade ou da necessidade); por fim, na *terceira* se procede à ponderação propriamente dita (máxima da ponderação ou da proporcionalidade), alega, ainda, o autor:

Fica conferido ao Judiciário o dever de examinar a situação concreta decidir se a medida eleita não afrontou um direito fundamental que deveria prevalecer naquele caso, precedendo àquele outro efetivado. É dever do Juiz, analisando as circunstâncias, ponderar acerca da proporcionalidade da restrição ao direito dos cidadãos, contrastando os resultados obtidos com a restrição efetuada, se proporcionais ou não. Pela máxima ponderação dos resultados, deve-se examinar o grau de satisfação e efetivação daquele mandamento de otimização que a medida procurou atender. Quanto mais alto for o grau de afetação e afronta ao princípio limitado pelo meio utilizado, maior deverá ser a satisfação do princípio que se procurou efetivar. (CRISTÓVAM, 2009, p. 221-222).

Como aponta Alexy (2008, p. 593-594), a máxima da proporcionalidade em sentido estrito (a terceira fase acima apontada) expressa o

que significa a otimização em relação aos princípios colidentes e é de igual teor à *lei do sopesamento*, que é: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.

## 6. Os direitos fundamentais como princípios constitucionais

O conhecimento do caráter pelo qual se apresentam as normas de direitos fundamentais é tema por demais controverso, entretanto, filiamo-nos ao entendimento de que prevalece o caráter principiológico dos direitos fundamentais<sup>4</sup>, visto que estes se identificam nas disposições que caracterizam os princípios em face das regras, ou seja, os direitos fundamentais podem ser satisfeitos em diversos graus; são normas que em muitas situações encontram-se tutelando valores contrapostos, de igual valor axiológico. Por esse motivo, quando postos em colisão, o critério para solução desta antinomia (conflito entre normas) é o da ponderação, pois o fato de no caso concreto um dos direitos fundamentais ter que prevalecer em face do outro não implica sua invalidade, mantendo-o válido no ordenamento jurídico; pode até mesmo, em outro caso concreto na análise das nuances subjetivas que eivarem o caso, prevalecer em face daquele direito que outrora prevalecera.

Segundo Jane Pereira (2006, p. 127), a questão relativa ao modelo estrutural das normas constitucionais, notadamente de direitos fundamentais, é essencial para o tratamento dos problemas que se referem a restrições e limites dos ditos direitos. Se estes forem entendidos como regras, serão considerados como absolutos (plano de realização com fundamento no tudo ou nada), o que os tornaria insuscetíveis de restrição, enquanto o modelo de princípios resulta na consideração de que os direitos fundamentais são passíveis de restrição.

Cumprе consignar, todavia, que os direitos fundamentais são dotados de um duplo caráter (ALEXY, 2008, p. 141-144), ou seja, as normas de direitos fundamentais podem ser construídas de forma que uma norma constitucional possa compreender tanto uma regra

---

<sup>4</sup> Neste sentido ver: BARROSO, 2009, p. 100-101.



quanto um princípio, como no caso em que o constituinte incluiu nesta norma constitucional uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, sujeitando-a ao sopesamento.

## 7. O caso *Lebach*

Em 1969, no pequeno lugarejo a oeste da República Federal da Alemanha, chamado *Lebach*, houve um latrocínio (roubo seguido de morte), que ficou conhecido como “o assassinato dos soldados de *Lebach*”. Quatro soldados que guardavam um depósito de munição foram durante a noite brutalmente assassinados, e um quinto soldado foi gravemente ferido. Nesse acontecimento, além das mortes e agressões, houve o roubo de várias armas e munições do depósito. Em agosto de 1970, os dois principais acusados foram condenados à prisão perpétua, um terceiro participante, por ter auxiliado no intento criminoso, foi condenado a seis anos de reclusão.

Um canal de televisão alemão, a ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen – Segundo Canal Alemão*), em razão da grande repercussão que o caso provocou na opinião pública, decidiu elaborar um documentário em que narra não só os acontecimentos específicos do fato ocorrido, mas, também, os que o antecederam. Nesse documentário eram citados com nomes e fotos, não só os dois principais condenados, como o partícipe do referido crime, com posterior encenação dos acontecimentos por atores contratados para tal, os quais reproduziriam, inclusive, o relacionamento entre os condenados e suas relações homossexuais, bem como toda a preparação para o ato criminoso, sua execução e posterior perseguição policial com a conseqüente prisão.

Tal documentário iria ao ar em uma sexta-feira do primeiro semestre do ano de 1973, data próxima à da soltura do terceiro condenado que atuou como auxiliar na conduta criminosa, motivo pelo qual este ingressou em juízo para pleitear em medida liminar a proibição dessa transmissão. Sua pretensão restou infrutífera tanto no Tribunal Estadual de *Mainz* quanto no Superior Tribunal Estadual de *Koblenz*, que julgaram improcedente o pedido do reclamante, o que o levou a ajuizar reclamação constitucional no Tribunal Constitucional Federal Alemão – TCF.

## 8. A solução no Tribunal Constitucional Alemão

As razões de tal Reclamação Constitucional foram, em síntese, que a transmissão do referido documentário provocaria dano irreparável ao reclamante em seus direitos da personalidade, notadamente em seu direito de ressocialização, visto que a reprodução dos acontecimentos, tal como a brutalidade dos assassinatos; até mesmo a relação homoafetiva entre os indivíduos envolvidos poderia provocar na sociedade uma repulsa que se tornaria obstáculo para que ele, após o devido cumprimento de sua pena, pudesse exercer os atos inerentes ao indivíduo, como, por exemplo, inserir-se no mercado de trabalho.

De outro lado, estava em análise o direito fundamental de liberdade de expressão, especificamente o de acesso à informação e à liberdade de imprensa; as narrativas a serem reproduzidas seriam verídicas, atendo-se aos fatos ocorridos sem menção a críticas ou apontamentos de opinião que viessem diretamente a ofender a personalidade do indivíduo ou que gravessem na sociedade compulsoriamente a necessidade de repudiá-lo. Tratava-se de função social inerente à imprensa, por ter caráter informativo dando à sociedade formas de controle dos atos de seus governantes, bem como do seio social como um todo.

Notemos, portanto, que houve no caso em tela uma colisão entre direitos fundamentais, liberdade de expressão *v.* direitos da personalidade, que, por consequência, exigiram a utilização da ponderação como instrumento para dirimi-lo.

O Tribunal Constitucional Alemão diante desse caso julgou procedente a dita Reclamação, vislumbrando que de fato a exibição do documentário provocaria dano facilmente verificável aos direitos fundamentais do reclamante, em especial, seu processo de ressocialização. Houve a permissão da transmissão, mas foi proibida a menção ao nome do reclamante ou a utilização de sua imagem.

Entretanto, para se chegar a esta conclusão, foi necessária a harmonização dos interesses em jogo através da ponderação, fazendo-se uso do postulado da proporcionalidade em uma argumentação jurídica que foi compreendida em três etapas (ALEXY, 2008, p. 100-103).

A primeira etapa foi a de constatação de existência/inexistência de colisão entre direitos fundamentais e quais seriam eles; estabeleceu-se, ainda, que tais direitos em um plano abstrato possuíam a mesma carga axiológica não podendo um indistintamente prevalecer sobre o outro, somente através de um sopesamento de valores constitucionais.

Na segunda etapa, o Tribunal verificou uma precedência geral da liberdade de informação desde que esta fosse uma informação atual sobre os atos criminosos, sendo uma precedência geral ou básica, o que implica dizer que nem toda informação atual é permitida, estabelecendo-se exceções que somente se podem vislumbrar em cada caso concreto, nunca em uma ordem abstrata de direitos fundamentais.

Por fim, na terceira etapa, em que houve a decisão do TCF, encontrou-se no caso em comento precedência dos direitos da personalidade do reclamante, visto que a repetição do noticiário sobre um grave crime que não mais se revestia de interesse atual pela informação colocando em risco sua ressocialização seria exceção à precedência geral e abstrata da liberdade de informar que estaria, caso fosse permitida a exibição nos moldes originais (e não como foi decidido, ou seja, sem menção a imagem ou nome do reclamante), intervindo de forma demasiadamente grave na esfera de seus direitos da personalidade; segundo Alexy (2008, p. 102), em comentário à decisão de tal Reclamação, uma notícia repetida que não está revestida de atualidade sobre um crime de tão grande gravidade pondo em risco a ressocialização do autor é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais.

Veja-se a ementa da referida decisão do TCF:

1. Uma instituição de Rádio ou Televisão pode se valer, em princípio, em face de cada programa, primeiramente da proteção do Art. 5 I 2 GG. A liberdade de radiodifusão abrange tanto a seleção do conteúdo apresentado como também a decisão sobre o tipo e o modo da apresentação, incluindo a forma escolhida de programa. Só quando a liberdade de radiodifusão colidir com outros bens jurídicos pode importar o interesse perseguido pelo programa concreto, o tipo e o modo de configuração e o efeito atingido ou previsto.

2. *As normas dos §§ 22, 23 da Lei da Propriedade Intelectual-Artística (Kunsturhebergesetz) oferecem espaço suficiente para uma ponderação de interesses que leve em consideração a eficácia horizontal (Ausstrahlungswirkung) da liberdade de radiodifusão segundo o Art. 5 I 2 GG, de um lado, e a proteção à personalidade segundo o Art. 2 I c. c. Art. 5 I 2 GG, do outro. Aqui não se pode outorgar a nenhum dos dois valores constitucionais, em princípio, a prevalência [absoluta] sobre o outro. No caso particular, a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade deve ser ponderada com o interesse de informação da população.*

3. *Em face do noticiário atual sobre delitos graves, o interesse de informação da população merece em geral prevalência sobre o direito de personalidade do criminoso. Porém, deve ser observado, além do respeito à mais íntima e intangível área da vida, o princípio da proporcionalidade: Segundo este, a informação do nome, foto ou outra identificação do criminoso nem sempre é permitida. A proteção constitucional da personalidade, porém, não admite que a televisão se ocupe com a pessoa do criminoso e sua vida privada por tempo ilimitado e além da notícia atual, p.ex. na forma de um documentário. Um noticiário posterior será, de qualquer forma, inadmissível se ele tiver o condão, em face da informação atual, de provocar um prejuízo considerável novo ou adicional à pessoa do criminoso, especialmente se ameaçar sua reintegração à sociedade (re-socialização). A ameaça à re-socialização deve ser em regra tolerada quando um programa sobre um crime grave, que identificar o autor do crime, for transmitido [logo] após sua soltura ou em momento anterior próximo à soltura. (SCHWAB, 2006, p. 487-488, grifo nosso).*

Em sua fundamentação, foi asseverado:

Em casos de conflito como o presente, vale, por isso, de um lado, o princípio geral de que a aplicação dos §§ 22, 23 KUG em face de programas de televisão não pode limitar a liberdade de radiodifusão excessivamente. De outro lado, existe aqui, em contraposição às demais leis gerais na acepção do Art. 5 II GG, a peculiaridade de que a limitação da liberdade de radiodifusão serve, por sua vez, à proteção de um alto valor constitucional; o interesse da pessoa em questão contra a divulgação ou apre-

sentação de sua imagem, a ser considerado no contexto do § 23 KUG, é reforçado diretamente pela garantia constitucional da proteção à personalidade [do Art. 2 I c. c. Art. 1 I GG].

*A solução do conflito deve partir do pressuposto de que, segundo a vontade da Constituição, ambos os valores constitucionais configuram componentes essenciais da ordem democrática livre da Grundgesetz, de forma que nenhum deles pode pretender a prevalência absoluta. O conceito de pessoa humana (Menschenbild) da Grundgesetz e a configuração a ele correspondente da comunidade estatal exigem tanto o reconhecimento da independência da personalidade individual como a garantia de um clima de liberdade que não é imaginável atualmente sem comunicação livre. Ambos os valores constitucionais devem ser, por isso, em caso de conflito, se possível, harmonizados; se isso não for atingido, deve ser decidido, considerando-se a configuração típica e as circunstâncias especiais do caso particular, qual dos dois interesses deve ser preterido. Ambos os valores constitucionais devem ser vistos, em sua relação com a dignidade humana, como o centro do sistema axiológico da Constituição.*

Certamente, podem decorrer da liberdade de radiodifusão efeitos limitadores para as pretensões jurídicas derivadas do direito [fundamental] da personalidade; porém, o dano causado à “personalidade” por uma apresentação pública não pode ser desproporcional ao significado da divulgação para a comunicação livre (cf. Adolf Arndt, *op. cit.*). Além disso, desse valor de referência decorre que a ponderação necessária por um lado deve considerar a intensidade da intervenção no âmbito da personalidade por um programa de tipo questionável e, por outro lado, está o interesse concreto a cuja satisfação o programa serve e é adequado a servir, para avaliar e examinar se e como esse interesse pode ser satisfeito [de preferência] sem um prejuízo – ou sem um prejuízo tão grande – da proteção à personalidade.

[...]

*Resumindo, tem-se que um noticiário sobre um crime com os nomes [verdadeiros], fotos ou representação dos acusados, principalmente na forma de documentário, significará em regra uma intervenção grave na esfera [privada] da personalidade. (SCHWAB, 2006, p. 491-492, grifo nosso).*

Como vimos acima, ao tratarmos da ponderação de interesses e da lei do sopesamento, observa-se que houve um sacrifício parcial ao direito de liberdade de informação em face da proteção à personalidade do indivíduo no caso concreto, pois, se não se faz possível a harmonização, deve-se buscar a forma de intervenção com a menor intensidade possível na esfera do direito que será objeto de restrições; o grau de afetação de um princípio/direito fundamental deverá ser proporcional ao grau de importância do outro.

### 9. O caso *Doca Street*

Trata-se de um dos crimes passionais de maior repercussão no país. Em 1976, Raul Fernando do Amaral Street (conhecido como Doca Street) e Ângela Maria Fernandes Diniz (conhecida como “pantera de Minas”, por ter uma vida fora dos padrões comuns da época, envolvimento com amantes, drogas e suspeitas de crimes, para alguns uma libertina, para outros uma mulher livre que aproveitava sua vida de riqueza e fama sempre constante em colunas sociais de jornais de grande divulgação) começam um relacionamento amoroso. Tal enlace durou até a data de 30 de dezembro de 1976. Nesse dia, por volta das 16h, Ângela decidiu terminá-lo após uma acalorada discussão em sua residência na Praia dos Ossos em Búzios, Estado do Rio de Janeiro. Raul arrumou seus pertences e se dirigiu ao seu carro, retornando em seguida e tentando se reconciliar com Ângela, sem, entretanto, obter sucesso. Quando esta se dirigiu para o banheiro de sua casa, Raul, empunhando uma arma de fogo, seguiu-a abordando-a e desferindo três tiros em seu rosto e um em sua nuca; tais ferimentos culminaram em sua morte.

Em 1979, Doca Street foi ao Plenário do Tribunal do Júri da cidade de Cabo Frio/RJ para seu julgamento defendido por Evandro Lins e Silva (ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal), qual teve como assistente de acusação Evaristo de Moraes Filho, ambos expoentes na seara do direito penal da época. O defensor de Doca utilizou a tese até então aceita de legítima defesa da honra que, em uma cidade interiorana, possuía grande receptividade, até mesmo por narrar a vida “questionável” da vítima e sua contribuição para o fatídico assassinato. Com tais argumentos, o réu foi condenado, por 5 votos a 2, a 2 anos de reclusão por homicídio culposo e imediatamente beneficiado pelo *sursis*.

Tal decisão provocou grande repercussão social, o que gerou a ação de grupos feministas pleiteando um novo julgamento, que foi realizado em 5 de novembro de 1981 em razão de decisão do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro, que anulou o julgamento anterior. Neste Plenário do Tribunal do Júri, Doca Street foi condenado a 15 anos de reclusão em regime inicialmente fechado.

Em 1987, Doca recebeu a liberdade condicional e começou seu processo de ressocialização, inserindo-se no mercado de trabalho, constituindo família.

No ano de 2003, a rede Globo de televisão, através de um programa de sua grade chamado *Linha Direta*, que exibia casos de crimes atuais, resolveu fazer uma série de matérias como se fossem uma retrospectiva dos crimes que mais chocaram a opinião pública; entre um desses crimes, encontrava-se o caso Doca Street e Ângela Diniz.

Raul Fernando do Amaral Street (Doca Street) ingressou em Juízo com ação ordinária pleiteando liminarmente que fosse determinada a proibição da transmissão de tal programa, pois iria colocar em risco a manutenção de sua ressocialização. Em primeira instância, a proibição de transmissão foi liminarmente concedida. Entretanto a TV Globo, em agravo de instrumento, conseguiu, por dois votos a um, em decisão da 14ª Câmara Cível do TJRJ, a autorização para a referida exibição.

## 10. A solução do ordenamento brasileiro

No caso em comento, encontramos novamente uma colisão entre direitos fundamentais, de fato, os mesmos que foram invocados no caso *Lebach*, com algumas distinções que sempre norteiam os casos concretos. De um lado Doca Street invocava seus direitos da personalidade, tais como honra, imagem e vida privada que, caso houvesse exibição de um programa que relatasse o crime que havia cometido há mais de 30 (trinta) anos, poderiam ser violados, inclusive a manutenção de sua ressocialização, visto que, pelo decurso do tempo, conseguiu inserir-se na sociedade não tendo nenhuma outra conduta desabonadora. De outro lado se encontrava o direito fundamental à liberdade de informação/expressão, invocado por

um canal de televisão sob o argumento de que o fato criminoso era um fato histórico e como tal não poderia ser esquecido, pois sua divulgação seria um direito de nossos filhos de ter acesso ao passado da sociedade, até mesmo para sua melhor compreensão.

Ao ingressar em juízo liminarmente, o ex-condenado conseguiu em decisão proferida pelo Juízo da 19ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro/RJ proibição da exibição do programa sob o argumento de que não haveria ali cunho de informação jornalística por ser mais voltado ao lucro (sensacionalismo), razão pela qual não se poderia falar tampouco em ponderação de interesses, já que como tal não se enquadraria na esfera de proteção de direito fundamental. Mas, como visto acima, esta decisão liminar foi alvo de agravo de instrumento (procedente por 2 votos a 1), o qual permitia tal exibição<sup>5</sup> e justificava que havia interesse público na exibição da notícia; por isso, não se poderia falar em prevalência do direito à honra e à imagem do autor da ação; garantia o ato que qualquer dano aos direitos do autor seria analisado *a posteriori*.

Exibida a programação, ao fim da ação ordinária proposta por Doca Street, foi reconhecido que a transmissão daqueles fatos trouxe danos à sua imagem e, por consequência, foi prolatada decisão indenizando-o por danos morais sofridos.

Entretanto, iremos nos ater mais aos argumentos esposados em acórdão prolatado em sede de apelação interposta pelo canal de televisão, cuja ementa se segue:

IMPrensa. INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA. HONRA E IMAGEM. PONDERAÇÃO DOS INTERESSES.

1 – O ordenamento constitucional, consideradas a importância e as consequências dessa atividade na preservação da democracia

---

<sup>5</sup> Como as decisões de primeira instância não são divulgadas, bem como não houve publicação em Diário Oficial, tampouco no sítio da internet do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro da decisão do agravo de instrumento referido, baseamos estas premissas iniciais em notícias disponíveis em sítios da internet, como: <[http://www.centraljuridica.com/materia/1582/dano\\_moral/doca\\_street\\_vai\\_receber\\_250\\_mil\\_da\\_tv\\_globo.html](http://www.centraljuridica.com/materia/1582/dano_moral/doca_street_vai_receber_250_mil_da_tv_globo.html)>; <[http://www.conjur.com.br/2003-mai-21/tv\\_globo\\_exibir\\_linha\\_direta\\_justica\\_crime](http://www.conjur.com.br/2003-mai-21/tv_globo_exibir_linha_direta_justica_crime)>.



e no desenvolvimento da sociedade, garante o direito à plena liberdade de informação jornalística e a subordina ao também direito coletivo de ser corretamente informado.

2 – Nesse âmbito, o ordenamento constitucional vincula a liberdade de informação jornalística ao dever de respeito ao direito individual à honra e imagem.

3 – As normas constitucionais, com a finalidade de afastar as contradições e harmonizar o sistema, interpretam-se consoante os princípios da unidade e do efeito integrador.

*4 – A unidade do sistema constitucional exige a ponderação dos interesses relativos ao direito à liberdade de informação jornalística e ao direito individual à honra e imagem, de modo a impedir que os comandos de ambas as normas retirem a finalidade e eficácia da quaisquer delas.*

5 – Nesse aspecto, a informação jornalística que apresenta fatos ou idéias, independente da contemporaneidade, e resguarda os seus sentidos originais, sem truncá-los ou deturpá-los, cumpre função inerente à sua natureza, corresponde ao direito coletivo de ser informado e expressa o puro exercício de atividade constitucionalmente assegurada.

6 – Nessas circunstâncias e ponderados ambos os interesses protegidos pela ordem constitucional, o puro exercício dessa atividade revela-se essencial ao seu próprio funcionamento e afigura-se incapaz de afrontar a honra e imagens individuais.

7 – Nesses termos, admitir que o puro exercício dessa atividade afronte o direito individual à honra e imagem, ainda na medida da sua importância para a democracia e desenvolvimento da sociedade, retira a finalidade e eficácia da norma que assegura a liberdade de informação.

*8 – Nesse contexto, o relato de acontecimento relacionado a crime doloso contra a vida, fato verídico e público, não constitui abuso ou lbe retira o caráter puramente informativo, e descaracteriza a afronta ao direito à honra e imagem de pessoa que se obriga a conviver com seu passado. (RIO DE JANEIRO, 2006a, grifo nosso).*

Em tal acórdão houve voto vencido do desembargador revisor, foi provido o recurso julgando improcedente ação; para tanto, ocorreu o uso da ponderação para se averiguar qual dos interesses em tela teve sua prevalência pronunciada.

O relator deste acórdão, Desembargador Milton Fernandes de Souza, pauta-se no fato de que o exercício livre da liberdade de imprensa e informação é essencial para o funcionamento da democracia e da sociedade e que tal exercício por parte do canal de televisão no caso concreto limitou-se a relatar os fatos tais como ocorreram, motivo pelo qual o autor da ação obriga-se a conviver com seu passado; dessa forma, admitir que o puro exercício da atividade jornalística afronte o direito individual e a imagem, na medida da sua essencialidade ao seu próprio funcionamento e da sua importância para a democracia e o desenvolvimento da sociedade, retira a finalidade e a eficácia da norma que assegura a liberdade de informação.

Em nosso sentir, não houve por parte do r. relator acima consignado juízo de ponderação satisfatório no qual houvesse análise detida dos valores em voga no caso concreto. Isso se explica principalmente pelo que se infere do teor do item “8” do acórdão acima, do qual se vislumbra uma generalização, como se aquela premissa fosse aplicável a todos os casos que relacionassem aqueles pontos específicos, quais sejam, fatos daquela natureza (crimes dolosos), direito à imagem, à vida privada e liberdade de informação, o que poderia configurar uma ponderação prévia em abstrato, por mais estranho que isso possa soar.

Não estamos com isso dizendo que o resultado seria diverso, mas que o caminho trilhado não se coaduna com o devido sopesamento.

O Desembargador Antonio Saldanha Palheiro, vogal no referido acórdão, faz um processo de sopesamento ao proferir seu voto que merece destaque. De início, constatou quais interesses em colisão elencados de igual forma no art. 5º da Carta Magna apresentavam a mesma carga valorativa no plano abstrato, arguindo que os direitos e garantias fundamentais encontravam seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Constitucional através do chamado princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas.

Em tal ponderação, o referido Vogal encontrou o direito à informação preponderante no caso concreto, pelo patente interesse público nos fatos sociais notórios e relevantes, como corolário de um re-

gime democrático. Lembra, ainda, a consequência que ocasionaria a proibição de exhibições de tal espécie, visto que poderia causar o regozijo de todos os criminosos, “aí incluídos os tiranos de qualquer matiz, ante a possibilidade de assegurar que seus atos serão varridos do julgamento da história uma vez superado o técnico e acanhado julgamento judicial”.

Ressaltou, por fim, o referido Vogal, que o caso Doca Street foi e ainda é exemplo dado em academias jurídicas, nas aulas de ciências penais, e que outros já foram objeto de notícia como esse episódio. Elucidativa e merecedora de destaque é a conclusão do eminente Vogal ao traçar alguns parâmetros para se aferir a legitimidade do exercício do direito de informação:

De outro lado, não podemos deixar de consignar que, *a narrativa de situações de ressonância social que contemplam situações desabonadoras a seus personagens, deve observar três fatores de limitação intransponíveis*, sob pena de, em qualquer circunstância afetar a honra subjetiva dos envolvidos e assim ensejar reparação imaterial: *primeiro, que a descrição seja verdadeira*, limitando-se a fatos comprovados, com retratação fidedigna dos registros oficiais; *segundo, que não exerça juízo de valor*; isentando-se de adjetivações e subjetivismos para, assim, preservar o quanto possível sua natureza histórica - jornalística, legitimando o direito de manifestação; e, *terceiro, que não declinasse sequer indícios de atual situação dos envolvidos*, de forma a minimizar a possibilidade de investidas preconceituosas e aventureiras. (RIO DE JANEIRO, 2006a, grifo nosso).

Por sua vez, o eminente Revisor, Desembargador Antônio César Siqueira, prolator do voto vencido do dito acórdão, valeu-se da norma constante do art. 93 do Código Penal c/c art. 202 da Lei de Execuções Penais (LEP) para dar parcial provimento ao recurso interposto<sup>6</sup>, ao aduzir que as citadas normas garantem ao apenado o direito de reabilitação pelo qual após cumprida a pena não constará de folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade

<sup>6</sup> Parcial pelo fato de que não concordava com o *quantum* atribuído ao valor da condenação por danos morais, manifestando sua vontade em reduzi-lo.

policial ou por auxiliares da Justiça nenhuma notícia ou referência à condenação, salvo para instrução processual ou nos casos previstos em lei. Em assim sendo, questiona o Douto Vogal: “estaria o particular excetuado dessa regra de puro interesse privado consistente na produção de um programa que relata fatos pretéritos?” Soma-se a este posicionamento o fato de que, após o cumprimento da pena, o apelante não mais demonstrou nenhuma conduta desabonadora.

Cumpra colacionar a título de curiosidade o acórdão proferido em sede de embargos infringentes, em face da decisão não unânime em grau de apelação que reforma sentença de mérito na forma do art. 530 do CPC, recurso esse que manteve a decisão recorrida, não necessitando de maiores comentários:

EMBARGOS INFRINGENTES. PUBLICAÇÃO JORNALÍSTICA. PROGRAMA TELEVISIVO ENVOLVENDO CRIME DE REPERCUSSÃO NACIONAL. ESCOPO INFORMATIVO, NÃO SE AFASTANDO DOS FATOS TAIS COMO SE APRESENTARAM NO PROCESSO JUDICIAL.

INTERESSE PÚBLICO QUE SE SOBEPÕE AO INTERESSE PESSOAL DOS ENVOLVIDOS. MATÉRIA DE DOMÍNIO PÚBLICO QUE DEU ENSEJO A PUBLICAÇÕES LITERÁRIAS E FILMES, SENDO UTILIZADA PELOS PROFESSORES COMO EXEMPLO DAS DIVERSAS MATIZES DO DIREITO PENAL.

SOPESAMENTO DA PROTEÇÃO DO DIREITO À HONRA E À IMAGEM, PRETENSÃO DO EMBARGANTE E DO DIREITO DE INFORMAÇÃO CONCEDIDO PELO PODER PÚBLICO À EMBARGADA PARA, NA HIPÓTESE CONCRETA, DAR PREVALÊNCIA AO SEGUNDO.

A PROTEÇÃO TRAZIDA PELA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, DE CUNHO EXCLUSIVAMENTE PENAL, NÃO AFASTA AS CONSEQUÊNCIAS DE CUNHO HISTÓRICO E PSICOSOCIAL.

RATIFICAÇÃO DOS ENTENDIMENTOS ESPOSADOS NO VOTO VENCEDOR E NA DECLARAÇÃO DE VOTO. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (RIO DE JANEIRO, 2006b).

## 11. Algumas similitudes e distinções existentes nos casos em análise

Entre as semelhanças entre ambos os casos, podemos destacar: a natureza do fato (crime) a espécie de crime (crime contra a vida), os direitos fundamentais em colisão (direito à liberdade de imprensa e informação *v.* direitos à vida privada e à honra, bem como à ressocialização ligada à dignidade da pessoa humana).

Quanto às distinções, as determinantes para a análise dos casos foram a data entre a divulgação e a sultura dos indivíduos, afetando em maior ou menor grau a sua possibilidade de ressocialização, o contexto histórico em que foi proferida tal decisão, levando-se em conta os aspectos socioculturais da sociedade-alvo receptora da notícia, como veremos mais abaixo.

## 12. Parâmetros para solução de casos concretos (liberdade de expressão *v.* direito à intimidade e à vida privada)

O professor Luis Roberto Barroso (2009, p. 123-126) traz lições importantes acerca do tema, especificamente, traçando parâmetros para que o intérprete se oriente quando da análise do caso concreto, contribuindo, assim, com o melhor desenvolvimento do processo de ponderação. São eles:

*A veracidade do fato*, pois as informações acobertadas pelo manto constitucional da liberdade de imprensa são aquelas que se amoldam à verdade, ainda que de forma subjetiva (com plausibilidade), não podendo haver juízo de valor; deve haver as diligências possíveis para melhor apuração dos fatos.

*A licitude do meio empregado na obtenção da informação*, já que as informações obtidas ilicitamente não podem ser acolhidas pelo direito fundamental ao acesso à informação, razão pela qual sua divulgação perderá sua legitimidade.

*A personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia*: na ponderação dos interesses em colisão, dever-se-á observar o grau de notoriedade pública da pessoa objeto da infor-

mação; quanto maior sua notoriedade, menor será, em tese, a tutela ao seu direito à privacidade, como no caso dos artistas, atletas e aqueles que exercem cargos políticos.

*O local do fato* deve ser levado em conta na medida em que acontecimentos em locais públicos, tais como ruas, praças, praias e estabelecimentos como restaurantes, gozam de menor proteção do que aqueles que acontecem em locais fechados, não abertos ao público; aqui se esbarra, até mesmo em alguns casos na situação da licitude da obtenção da notícia, visto que, em determinados locais fechados, a informação só seria obtida de forma oculta, clandestina.

*A natureza do fato*: fatos da natureza, acidentes e crimes em geral, possuem interesse social relevante, passíveis, portanto, de divulgação; segundo o ilustre professor, ainda mais se expuserem a intimidade, a honra ou a imagem de pessoas neles envolvidas.

*A existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos*: a publicação dos atos dos órgãos públicos torna mais efetivo o seu controle pela população em patente homenagem ao regime Democrático de Direito.

*A preferência por sanções a posteriori que não envolvam a proibição prévia da divulgação*. Na lição do referido doutrinador, existem diversas formas de reparação das conseqüências do uso abusivo da liberdade de expressão e informação, tais como retificação, retratação, direito de resposta, indenização por eventuais danos morais e materiais, que, porventura, tenham ocorrido, e, por último, interdição da divulgação; esta somente deverá ocorrer quando da constatação da ineficácia dos demais meios. Na maioria dos casos, tais abusos se resolvem facilmente mediante indenização.

Acrescentamos, mais, em nosso entendimento, que *o grau de violação, ou melhor, de repercussão na vida do indivíduo*, deve ser levado em conta como critério, que, tal como os demais, não é absoluto; prima pela análise do lapso temporal decorrido entre o fato e a notícia, ou até mesmo sua re-veiculação, bem como pela análise das conseqüências de toda ordem que poderão ocorrer. Pode-se dizer ainda que, em determinadas situações, deve-se considerar *a novi-*

*dade da notícia*, ou seja, se já foi objeto de divulgação, bem como o *lapso temporal entre o fato e a divulgação*.

Assim a resolução do conflito não pode fugir à análise do caso concreto. No entanto, é muito importante traçar parâmetros para estes casos de colisão, com o objetivo de fornecer critérios que possam estreitar as margens de discricionariedade judicial.

Na metodologia para a resolução de conflitos de direitos, é necessário, antes de mais nada, atender o âmbito e a graduação do conteúdo dos preceitos constitucionais em colisão, para avaliar em que medida e com que peso cada um dos direitos está presente na situação de conflito, e a natureza do caso, para apreciar os aspectos relevantes da situação concreta em que se tem que tomar uma decisão jurídica, buscando-se sempre o menor grau de lesão ao direito fundamental cedente.

O que devemos destacar, com todo o respeito aos doutos julgadores dos casos em comento, é que um caso concreto não deve e não pode ser analisado isoladamente, somente se levando em conta os parâmetros jurídicos e elementos fáticos do acontecimento. Não se pode, ou melhor, é impossível dissociar o contexto histórico do fato e do momento da divulgação da notícia, bem como do momento da ponderação de interesses, ainda que de forma indireta.

Dito de outra forma, ao menos em nosso entendimento, citando como exemplo o caso *Lebach* e suas particularidades, vemos que o fato ocorreu em 1969 e sua divulgação se deu em 1973. É razoável dizermos que a narrativa das relações homossexuais entre os autores do fato criminoso foi fator, ainda que de forma inconsciente ou indireta (não constando das razões da decisão), preponderante para que o caso fosse resolvido nos moldes em que foi decidido; ora, quais seriam as chances de ressocialização de um recém-saído de prisão cujos fatos criminosos foram poucos dias antes noticiados, tornando-se avivados na memória popular, tendo, ainda, sua homossexualidade divulgada em uma Alemanha da década de 70, qual seria a repercussão social de tal notícia? Poderia ser menor tal repercussão, ou até mesmo a decisão ter sido diversa da que foi prolatada se fosse ponderada hoje? Provavelmente sim.

Não existem critérios absolutos. A ponderação é um ato complexo que somente se aproxima do que se pode chamar de Justiça na medida em que amplia os critérios de sua razão de decidir, agregando relevantes fatores (e somente estes, sob pena de se tornar inviável a ponderação e a consequente solução do caso concreto) históricos, políticos, jurídicos e sociais, ainda que seja tal premissa uma utopia, ou uma realidade distante. Isso, entretanto, não nos isenta do dever de continuar no intenso labor para que a Justiça seja gerada, em cada decisão.

Não podemos deixar de falar, mais uma vez, na necessidade de cautela ao trabalharmos o tema, haja vista que a inserção e utilização desmedida dos direitos fundamentais nas relações particulares pode ser um instrumento que provoque na autonomia privada, uma diminuição substancial, a ponto de vermos esvaindo o núcleo essencial, limitando em muito a liberdade contratual, e, em um sentido amplo a faculdade de atuar.

Um questionamento que fica é o que se refere à segurança jurídica, ou melhor, sua presença ou sua ausência quando estamos diante de casos como os que são tratados pelo tema objeto desta argumentação.

Quando um aplicador do direito depara com situações em que se faz necessário o sopesamento de direitos fundamentais, deve sempre ter em mente que não existe um modelo-padrão para solução desses conflitos, o que poderia gerar até mesmo, em alguns casos, injustiças nas decisões. Por outro lado, deve se preocupar, também, mas não em demasia, com a formação de precedentes, já que estes não podem ser o único norte na solução dos referidos conflitos.

Não é em razão de um conflito ter sido decidido de uma forma fazendo prevalecer no caso concreto determinado direito fundamental que nos próximos casos que surgirem ter-se-ia formado precedente irretocável com o primeiro resultado, tornando-se vinculativo por excelência.

Nem sempre o que traz segurança jurídica traz o sentimento de Justiça (talvez ela tenha de fato acontecido, mas, tanto quanto difícil é defini-la, é senti-la), e a recíproca é verdadeira.



O zelo do intérprete deve ser tamanho de modo a proporcionar decisões justas sem se descuidar da segurança jurídica e coibir a formação de precedentes equivocados.

### 13. Conclusão

Os direitos fundamentais são uma proteção ao particular, tanto em face do Estado quanto do próprio particular; não podemos, contudo, esquecer a necessidade de preservação do núcleo essencial da autonomia da vontade que deve se manter, ainda que em tese, intocável por questões até mesmo de segurança jurídica. A eficácia horizontal é tema controverso, principalmente a forma de estabelecê-la, porém, isto não nos exime de trabalharmos essa tão grande ferramenta de proteção ao particular em suas relações.

O cuidado no estudo do tema é de extrema importância, pois estamos diante de uma teoria que busca traçar limite à atuação dos entes particulares entre si; busca, da mesma forma, delimitar o campo de incidência dos direitos fundamentais em tais relações, ou seja, a autonomia privada no contexto contemporâneo não pode ser vista como um princípio ou direito fundamental, absoluto (como na verdade não é) a ponto de não permitir ingerências, tampouco os direitos fundamentais podem ser aplicados em todas as situações fruto da autonomia privada, sob pena de solapar, como já visto, o seu núcleo essencial.

De acordo com o que vimos no decorrer da argumentação, o caso *Lebach* e o caso *Doca Street* foram decididos de forma distinta, não obstante os direitos fundamentais invocados serem os mesmos. Isto se deve ao fato de que, no que concerne à colisão de direitos fundamentais, ou seja, quando direitos fundamentais são invocados por um particular em face de outro, não se tornam eficazes os critérios tradicionais de solução de conflito entre normas, da especialidade, hierárquico e temporal, bem como mediante a inserção de cláusulas de exceção. Em primeiro lugar, diante de colisão entre direitos fundamentais que possuem estrutura de princípios em que a colisão entre eles não gera invalidade de um como no caso de regras, o meio idôneo para solução do caso é a ponderação. Em segundo

lugar, no juízo de ponderação, não se utilizam critérios absolutos que levam à mesma solução em todas as situações, a menor distinção entre os casos que podem em muito se assemelhar pode levar ao resultado diametralmente oposto.

Não foi nossa intenção dizer qual caso foi mais bem decidido ou em que medida houve o melhor sopesamento, mas mostrar que casos que apresentam idêntica colisão de direitos fundamentais podem resultar em soluções diversas, pois, neste âmbito, até mesmo os critérios para tal podem e em alguns casos devem ser diferentes, e as particularidades do caso concreto e a ponderação são vetores na busca de decisões justas.

Por fim, podemos não deixar uma forma única e taxativa de tratar os casos concretos que surgirem quando os direitos fundamentais são invocados por dois titulares em polos distintos da relação particular, até mesmo pelo fato de que, como já restou provado, tal forma é impossível, no mínimo inviável. É viável, contudo, estabelecer parâmetros para solução de conflitos desta espécie com o fim de dar a maior segurança possível para que as decisões não fiquem entregues à discricionariedade exacerbada do julgador, quais sejam: *a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato, a natureza do fato, a existência de interesse público na divulgação de fatos relacionados com a atuação de órgãos públicos, a preferência por sanções a posteriori que não envolvam a proibição prévia da divulgação, o grau de violação do direito fundamental, a novidade da notícia, bem como o lapso temporal entre o fato e a divulgação*. Ressalte-se que tais critérios não são únicos e absolutos.

#### 14. Referências

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução: Luís Afonso Heck. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Leituras complementares de Direito Civil: o direito civil-constitucional em concreto*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MAC CRORE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2005.

MOREIRA, Thiago. A incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: anteparo em face da autonomia da vontade. In: MELLO, Cleyson de Moraes; GOES, G. S. (Org.). *A reconstrução do direito: estudos em homenagem a Sergio Cavalieri Filho*. Juiz de Fora: Editar, 2011. v. 1.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2005.001.54774, Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Milton Fernandes de Souza, Rio de Janeiro, 28 de março de 2006. *DJe*, 28 mar. 2006a. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003B1B-D7789D06E0ADA69C2BAC687101D75D470C328231B>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes nº 2006.005.00181, Segunda Câmara Cível. Relatora:

Des. Leila Mariano. Rio de Janeiro, 12 de junho de 2006. *DJe*, 12 jun. 2006b. Disponível em: <<http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=00348D32DE95A327401C-0DD7AA5B53E260B60C8C3312147>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006. p. 486-493. Disponível em: <<http://xa.yimg.com/kq/groups/21686922/1011807870/name/caso+lebach.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2011.

Artigo recebido em: 10/12/2012.

Artigo aprovado em: 06/06/2013.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150008

**TUTELA ANTECIPADA: A IRREVERSIBILIDADE  
RECÍPROCA E A PROTEÇÃO DAS ÁREAS DE  
PRESERVAÇÃO PERMANENTE**

MARCELO AZEVEDO MAFFRA

Promotor de Justiça  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil  
marcelomaffra@mpmg.mp.br

AMANDA MARIA MARTINS

Estagiária  
Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil  
amartins.estagio@mpmg.mp.br

## **1. Introdução**

Desde que o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, proibindo a autotutela privada, surgiu para o Poder Judiciário o dever de tutelar os direitos subjetivos de maneira eficaz e justa (MARINONI, 2008, p. 196).

No século XX, o intenso crescimento populacional do país, com multiplicação das relações sociais, fez aumentar exponencialmente os conflitos submetidos ao Poder Judiciário, dificultando ainda mais a tarefa de prestar a tutela jurisdicional de forma tempestiva (REIS; MOREIRA, 2011).

Sem dúvida alguma, a morosidade da Justiça é um dos elementos que mais contribui para a atual crise da jurisdição, razão pela qual Carnelutti (1985, p. 356) dizia que “o tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas”.

A mesma preocupação foi externada por Vincenzo Vigoriti (1973), que falava no binômio custo-duração como o eixo em torno do qual gravitam todos os males da Justiça contemporânea.

O acesso à Justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (CF/1988), abrange não apenas o direito de requerer providências ao Poder Judiciário, mas, principalmente, o direito à prestação jurisdicional efetiva, que assegure tempestivamente a proteção ao bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão.

Já o princípio do *devido processo legal* (art. 5º, LIV, da CF/1988), em seu aspecto material, impõe a necessidade de utilização de instrumentos processuais que permitam ao magistrado prestar a tutela jurisdicional de forma eficiente, inclusive para impedir o agravamento da lesão ou até o perecimento do bem jurídico durante o curso do processo. De nada adianta a previsão abstrata de direitos à coletividade se não existirem instrumentos processuais adequados para sua reivindicação e proteção integral (CAPPELLETTI, 1988, p. 8).

Tanto é assim que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXVIII, garante a todos “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Não se pode ignorar o fato de que o decurso do tempo é inevitável para a garantia plena do direito à ampla defesa e ao devido processo legal (sentido formal). Por outro lado, também não se pode olvidar que a demora é incompatível com a efetividade da jurisdição, principalmente quando o perigo de perecimento do direito exige uma providência imediata.

A solução jurídica encontrada pelo legislador pátrio foi a criação das medidas de urgência, divididas em antecipatórias e cautelares, que são instrumentos processuais importantíssimos na compatibilização entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição (ZAVASCKI, 1997, p. 68).

Para Fredie Didier Jr. (2015), a principal finalidade da tutela provisória é abrandar os males do tempo e garantir a efetividade da jurisdição, redistribuindo-se o ônus do tempo do processo. Nos dizeres de Ferru-

cio Tommaseo, “sacrificar o improvável pelo provável, nisso consiste a ética da jurisdição de urgência” (apud MARINONI, 2008, p. 197).

Contudo, a mera existência das tutelas de urgências no direito positivo, por si só, não é suficiente para alcançar a almejada efetividade da prestação jurisdicional. É imperioso, ainda, um aprimoramento da ciência processual a partir de uma teoria crítica, voltada para a compreensão do processo enquanto instrumento de efetivação de direitos materiais, de forma a afastar o Poder Judiciário do dogmatismo jurídico e aproximá-lo da ideia de que a jurisdição não pode permanecer inerte diante de ameaças a direitos fundamentais.

## 2. Tutela antecipada

O Código de Processo Civil (CPC) em vigor disciplina a antecipação dos efeitos da tutela da seguinte forma:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4o e 5o, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (BRASIL, 1973).

Nos casos em que se pretende a tutela específica por meio do cumprimento imediato de obrigações de fazer ou não fazer, aplica-se o disposto no art. 461, § 3º, do CPC, que preceitua: “Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia [...]” (BRASIL, 1973).

A doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que o art. 273 fixa as regras gerais das tutelas antecipadas previstas no CPC, de forma que o requisito negativo constante do § 2º – que veda a concessão da antecipação dos efeitos da tutela quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado – deve ser observado também na concessão da tutela antecipada específica prevista no art. 461, § 3º, do CPC.

A irreversibilidade mencionada no dispositivo legal não é do provimento jurisdicional, já que este, em tese, sempre poderá ser revertido por meio de recurso. Na verdade, o requisito negativo refere-se aos efeitos práticos que o provimento produz.

A impropriedade técnica foi corrigida na Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil. Vejamos:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.



§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. (BRASIL, 2015).

Nota-se que o legislador manteve praticamente inalterada a vedação de concessão da tutela de urgência de natureza antecipada quando existir perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão para o réu.

Segundo o Dicionário Houaiss da língua portuguesa (2001, p. 1653), ‘irreversível’ é aquilo que não pode ser revertido, “que se efetua numa única direção, sem possibilidade de retornar à etapa anterior”. Com efeito, a restrição expressa no diploma processual abrange as situações em que a tutela provisória do direito do autor pode ensejar uma alteração definitiva no mundo dos fatos e, no caso de improcedência dos pedidos da ação, provocar danos irreparáveis ao réu.

A controvérsia, entretanto, continuará residindo no que a doutrina denominou de “irreversibilidade recíproca”, ou “*periculum in mora* inverso”, em que a concessão da antecipação dos efeitos da tutela gera uma situação irreversível contra o réu, e, por outro lado, caso seja denegada, ensejará o perecimento do direito do autor.

Essas situações poderiam ter sido expressamente tratadas no novo CPC, que perdeu uma grande oportunidade de regulamentar a flexibilização do requisito negativo, permitindo ao magistrado ponderar os interesses envolvidos e optar pela proteção do mais relevante.

O objetivo do presente trabalho é buscar uma solução jurídica para os casos em que a antecipação dos efeitos da tutela visa salvaguardar um direito fundamental que se encontra nitidamente ameaçado, mas que implicará a adoção de medidas peremptórias, com efeitos práticos irreversíveis para o réu. De forma mais específica, pretende-se aqui conferir ao art. 300, § 3º, do novo CPC uma interpretação conforme a Constituição Federal, que garanta efetividade à proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

### 3. A tutela efetiva dos direitos fundamentais e a relativização da irreversibilidade

Na clássica lição de J. J. Gomes Canotilho (1999, p. 1194) sobre a colisão dos direitos fundamentais, as regras do direito constitucional de conflitos devem construir-se baseadas na harmonização de direitos, havendo prevalência de um sobre o outro, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto.

Candido Rangel Dinamarco (2001, p. 65) ressalta a necessidade da coexistência entre o princípio da probabilidade e o da proporcionalidade, de modo a permitir-se o sacrifício do bem menos valioso em prol do mais valioso.

O exemplo usual trazido pelos catedráticos para ilustrar o conflito de direitos fundamentais é a transfusão de sangue em crianças que correm risco de morte e cujos pais são Testemunhas de Jeová, os quais não autorizam a realização do procedimento médico. Nestes casos, na ação em que se pleiteia o suprimento da anuência dos responsáveis legais, a antecipação dos efeitos da tutela é medida de natureza irreversível, mas que, sem dúvida, deve ser concedida para evitar o perecimento do mais importante dos direitos: a vida.

Cabe ao magistrado, neste tipo de julgamento, avaliar a relevância dos direitos fundamentais em colisão e optar pela proteção do mais relevante, ainda que a tutela de urgência traga efeitos irreversíveis para a outra parte.

Esse entendimento também é defendido por Dinamarco:

Todo o sistema de medidas urgentes apóia-se na conveniência de distribuir riscos. Por isso, em casos extremos e particularmente graves os juízes antecipam a tutela jurisdicional apesar da situação de irreversibilidade que possam criar, por que a negativa poderia permitir a consumação de situações irremediáveis a dano do autor. Essa flexibilização se legitima tanto mais, quanto mais elevados forem os valores a reservar e portanto mais graves forem os riscos a que estiver exposto o demandante (DINAMARCO, 2001, p. 66).

Daniel Amorim Assumpção Neves ressalta que a irreversibilidade deve ser cuidadosamente avaliada no caso concreto, ponderando-se os interesses envolvidos, de forma a impedir que a norma restritiva implique no perecimento de um direito fundamental cabalmente demonstrado pelo autor:

Mesmo quando a tutela antecipada é faticamente irreversível, o juiz poderá excepcionalmente concedê-la, lembrando a doutrina que um direito indisponível do autor não pode ser sacrificado pela vedação legal. Nesse caso, valoram-se os interesses em jogo, e, sendo evidenciado o direito à tutela antecipada, é indevida a vedação legal à sua concessão (NEVES, 2012, p. 1182).

Na mesma esteira, Teori Albino Zavascki leciona que:

[...] a vedação inscrita no [...] § 2º deve ser relativizada, sob pena de comprometer quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela. Com efeito, em determinadas circunstâncias, a reversibilidade corre algum risco, notadamente quanto à reposição *in natura* da situação fática anterior. Mesmo nestas hipóteses, é viável o deferimento da medida desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos decorrentes da sua não fruição imediata. Privilegia-se, em tal situação, o direito provável em relação ao improvável (ZAVASCKI, 1997, p. 97).

José Roberto dos Santos Bedaque comunga do mesmo entendimento:

O requisito negativo da irreversibilidade pode revelar-se inexistente no caso concreto, pois seria ilegítimo negar-se o Estado a tutelar direito verossímil se presente o risco de seu perecimento. Isso porque, se não houver a antecipação, o reconhecimento da existência desse direito passa a ter relevância puramente teórica, uma vez já verificada sua destruição.

Configurada situação assim imaginada, haverá necessidade de concessão de tutela antecipada, ainda que irreversíveis os efeitos causados. Nesses casos excepcionais, deve o magistrado pautar-se com extremo cuidado, ponderando os valores em conflitos (BEDAQUE, 2004, p. 800).

Sob a égide do Estado Democrático de Direito é inadmissível qualquer vedação indiscriminada à concessão de decisões *inaudita altera pars*, limitando o acesso ao Poder Judiciário e comprometendo a efetividade dos direitos fundamentais. Eventuais restrições contidas na legislação devem sempre ser interpretadas à luz da Constituição Federal, não podendo ser consideradas como obstáculos intransponíveis à concessão do provimento de urgência.

Com efeito, uma interpretação literal do art. 300, § 3º, do novo CPC, no sentido de que a norma proíbe de modo absoluto a concessão de tutela antecipada em qualquer caso que houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado, conduziria à inconstitucionalidade do dispositivo, por afronta aos princípios constitucionais da adequada tutela jurisdicional e do acesso à ordem jurídica justa.

Nesse sentido, vale a pena transcrever trecho do voto do Ministro do STF Celso de Melo, proferido em 05/04/1990, no julgamento da ADI nº 223/DF, *in verbis*:

A proteção jurisdicional imediata, dispensável a situações jurídicas expostas a lesão atual ou potencial, não pode ser inviabilizada por ato normativo de caráter infraconstitucional que, vedando o exercício liminar da tutela jurisdicional cautelar pelo Estado, enseje a aniquilação do próprio direito material. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional representa, pelo seu caráter global e abrangente, instrumento de defesa do direito à ação de conhecimento, do direito à ação de execução e do direito à ação cautelar. Particularizar qualquer dessas situações e, em consequência, excluí-la da tutela constitucional, significaria, em última análise, repudiar conquista de inegável valor político-jurídico. (BRASIL, 1990).

De acordo com a melhor doutrina e a mais abalizada jurisprudência, podemos dizer que a vedação contida no art. 300, § 3º, do novo CPC, por se tratar de norma de exceção, deve ser interpretada com extrema cautela, incidindo apenas nos casos em que o indeferimento da tutela não importe na ineficácia do provimento jurisdicional final. Se assim não fosse, a tutela antecipada certamente não cumpriria sua importante missão.

Sobre o tema, oportuna é a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

Afirma o § 2º do art. 273, CPC, que *‘não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado’*. Ao que tudo indica, o legislador disse mais do que deveria, já que há casos, conhecidos por todos, em que, se não for concedida a tutela antecipatória para não se correr o risco de se lesar o direito do réu, certamente o direito do autor será lesado. Não admitir a tutela antecipatória apenas porque o direito do réu pode ser lesado é um grande equívoco de lógica, pois aquele pede a tutela antecipatória fundada no art. 273, I, CPC, deve demonstrar que o seu direito é provável e que há fundado receio de dano. Desse modo, se a tutela antecipatória não for concedida quando presentes esses dois pressupostos, estará sendo admitido um dano ao direito, que é provável, apenas para que o direito do réu, que é improvável, não seja exposto à irreversibilidade, o que é fora de propósito (MARINONI; MITIDIERO; 2011, p. 274).

O Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento de que a irreversibilidade prevista no art. 273, § 2º, do CPC em vigor não pode, de forma absoluta, obstar a concessão da antecipação de tutela:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 e 356 do STF. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INTELIGÊNCIA DO ART. 273, § 2º, DO CPC. [...] O possível risco de irreversibilidade dos efeitos do provimento da antecipação da tutela contida no art. 273, § 2º, do CPC não pode ser interpretado ao extremo, sob pena de tornar inviável o direito do reivindicante. 3. Agravo regimental que se nega provimento. (BRASIL, 2005, p. 247).

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. TRATAMENTO MÉDICO. ATROPELAMENTO. IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO. A regra do § 2º do art. 273 do CPC não impede o deferimento da antecipação da tutela quando a falta do imediato atendimento médico causará ao lesado dano também irreparável, ainda que exista o perigo da irreversibilidade do provimento antecipado. Recurso não conhecido. (BRASIL, 2002).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. TUTELA ANTECIPATÓRIA. DIREITOS PATRIMONIAIS. CONCESSÃO: POSSIBILIDADE. INTELI-

GÊNCIA DO ART. 273 DO CPC. RECURSO NÃO CONHECIDO. [...] A exigência da irreversibilidade inserta no parágrafo 2º do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina. III - Recurso Especial não conhecido. (BRASIL, 1997).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INTELIGÊNCIA DO ART. 273, §2º, DO CPC. PRECEDENTES. O perigo de irreversibilidade do provimento adiantado, óbice legal à concessão da antecipação da tutela, nos termos do Artigo 273, §2º, do CPC, deve ser interpretado *cum grano salis*, sob pena de se violar o instituto. Irreversibilidade é um conceito relativo, que deve ser apreciado *ad hoc* e de forma contextual, levando em conta, dentre outros fatores, o valor atribuído pelo ordenamento constitucional e legal aos bens jurídicos em confronto e também o caráter irreversível, já não do que o juiz dá, mas do que se deixa de dar, ou seja, a irreversibilidade da ofensa que se pretende evitar ou mesmo da ausência de intervenção judicial de amparo. Agravo Regimental não provido. (BRASIL, 2007, p. 208).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTO. FORNECIMENTO. TUTELA IRREVERSÍVEL ANTECIPADA. EXCEÇÃO. DIREITO DE RECOMPOSIÇÃO DO PATRIMÔNIO. NATUREZA DO BEM JURÍDICO TUTELADO. PROIBIÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. [...] De modo geral, constatado o perigo da irreversibilidade da tutela, ela não será concedida (art. 273, § 3º, do CPC). 4. Em casos excepcionais e devidamente justificados, pode o Judiciário deferir a medida de urgência, independentemente de sua reversibilidade. Precedentes do STJ. (BRASIL, 2010).

Pelo exposto, podemos concluir até aqui que a doutrina e a jurisprudência são amplamente favoráveis à relativização da irreversibilidade para proteger, de forma efetiva, direitos fundamentais que estão sendo ameaçados.

#### **4. Da tutela de urgência para a efetiva proteção das Áreas de Preservação Permanente**

A ordem constitucional atual não se contenta em assegurar apenas o direito individual à vida (art. 5º, *caput*), mas também o direito à sadia qualidade de vida, incluindo o meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto direito fundamental de terceira dimensão.

O STF, no julgamento da ADI 3540MC/DF, que teve como Relator o Ministro Celso de Melo, reconheceu o meio ambiente equilibrado como direito fundamental:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. [...] Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural [...]. (BRASIL, 2006)

A responsabilidade das atuais gerações para com o bem-estar das seguintes foi muito bem ressaltada por Édís Milaré, *in verbis*:

De acordo com o senso comum, a sociedade humana não se limita às nossas pessoas (gerações presentes) nem termina em nossos dias; é previsível e desejável que ela se perpetue, oxalá, em melhores condições (gerações futuras). Somos responsáveis pela propagação da espécie, não somente do ponto de vista biológico, mas, ainda, de vários pontos de vista (histórico, cultural, econômico etc.). Incumbe, pois, à sociedade construir, mais do que o seu mundo atual, o mundo do amanhã. Por isso, quando se estabelece o princípio de que 'todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado', esse equilíbrio ecológico traz no bojo as condições indispensáveis ao planeta Terra e as condições favoráveis para as gerações futuras. Mais uma vez a gramática nos socorre: tomemos a expressão usufruir correta-

mente dos recursos ambientais: o verbo usufruir traduz um direito, o advérbio corretamente conota um dever: direito e dever são fatores recíprocos e complementares. (MILARÉ. 2005, p. 58).

Corolário do princípio do desenvolvimento sustentável, o dever de preservação das Áreas de Preservação Permanente (APPs) está expressamente previsto no art. 225, § 1º, III, da Constituição Federal, que também proíbe qualquer tipo de utilização que comprometa a integridade dos atributos desses espaços territorialmente protegidos.

O art. 3º, II, da Lei nº 12.651/12, define Área de Preservação Permanente como a

[...] área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas. (BRASIL, 2012).

O dispositivo legal traz uma limitação administrativa ao direito de propriedade, em razão da relevância ambiental que essas áreas têm na proteção de elementos geomorfológicos essenciais.

As áreas consideradas de preservação permanente estão taxativamente elencadas no ordenamento jurídico, tais como as faixas marginais dos cursos d'água, o entorno de nascentes e reservatórios artificiais, além das encostas, topos de morro e bordas dos tabuleiros ou chapadas.

A atuação incisiva do Ministério Público, por meio do ajuizamento de Ações Civas Públicas com pedidos de tutelas de urgência, tem se mostrado um dos mais efetivos instrumentos no combate às inúmeras intervenções irregulares em APPs, bem como na recuperação dos danos ambientais decorrentes dessas intervenções.

Nos casos que são objeto dessas Ações Civas Públicas, quase sempre está presente o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, tendo em vista que os danos ambientais causados pelas edificações



clandestinas são de difícil ou impossível reparação. Logo, a atuação do Poder Judiciário deve ser rápida, para evitar o incremento dos prejuízos, bem como para desestimular novas construções na faixa *non aedificandi*.

Até porque, não se pode admitir o agravamento dos danos ambientais de forma a prejudicar a qualidade de vida das futuras gerações, que também são titulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, nestes casos, decorre também do *princípio da prevenção*, que abrange não apenas a necessidade de impedir a ocorrência dos danos ao meio ambiente, mas também o dever de obstaculizar o agravamento dos danos já praticados e de evitar a repetição de ilícitos.

Em decisão magistral, o Desembargador Renato Nalini, do Tribunal de Justiça de São Paulo, examinou com precisão a questão:

É importante enfatizar que a degradação do ambiente mata a natureza, ainda que em doses homeopáticas. É a mesma figura da injustiça de Piero Calamandrei: pequenas injustiças, por serem agressões menores a esse valor perene, não deixam de sacrificar o ideal do justo.

O que é aparentemente inócuo – a construção de um ranquinho à beira do rio – adquire relevância na sucessão de outras edificações. Cada qual a ensejar a devastação da mata ciliar. Cada qual a exigir um esgoto clandestino, arremessado *in natura* ao rio. Aquilo que era fonte de vida, passa a ser canal transmissor de enfermidades e de morte. Se a educação ambiental foi insuficiente para refrear o uso insensato da natureza, só a sanção da Justiça é que fará com que as pessoas jejunas em proteção ambiental, aparentemente ingênuas, deixem de ser as saúvas demolidoras da biodiversidade. Aos poucos, aos aparentemente inócuos ataques, a devastação se amplia. A demolição do rancho, a regeneração da área devastada, constituem solução natural para o ambiente malferido. Mais do que isso, deve servir de exemplo para os demais ocupantes das margens do Piracicaba, igualmente obrigados a tais providências saneadoras. (SÃO PAULO, 2006).

Ocorre que, não raramente, em diversas ações em que se pleiteia a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a demolição de construções em APPs, surge a discussão sobre a incidência do requisito negativo previsto no art. 273, § 2º, do CPC, aplicável subsidiariamente às Ações Cíveis Públicas, por força do art. 19 da Lei nº 7.347/1985.

Nestas situações, somos partidários da tese de que, quando a pretensão deduzida em juízo visar impedir a ocorrência ou o agravamento de danos ambientais, a restrição contida no diploma processual civil deve ser lida sob a ótica do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, garantindo a prevalência da proteção ao bem difuso em detrimento do inverossímil direito patrimonial do réu.

Marcelo Buzaglo Dantas comunga do mesmo entendimento:

Dúvidas poderiam exsurgir acerca da questão da chamada irreversibilidade do provimento, que, nos termos do § 2º do art. 273 do CPC, impediria o deferimento da medida. Em matéria de proteção ambiental, em inúmeros casos, o reconhecimento de que a medida seria irreversível poderia gerar um verdadeiro obstáculo à efetiva prevenção do dano ou à paralisação da conduta lesiva, se esta já teve início (DANTAS, 2009, p. 196).

Ora, não se pode admitir que uma construção em local proibido, que extrapola os limites do direito constitucional à moradia, possa ser, ainda que provisoriamente, admitida pelo Poder Judiciário, em flagrante afronta à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Até porque o direito à moradia deve ser exercido em conformidade com a função social da propriedade, seja ela urbana (art. 182, § 2º, da CF/1988) ou rural (art. 186 da CF/1988), incluindo nessa função a obediência às normas de proteção ao meio ambiente.

Dito de outra forma, para garantir a preservação do meio ambiente, conforme determina o art. 225 da Constituição, a irreversibilidade não pode servir de escudo protetor às atividades nocivas à sociedade, premiando o réu titular de um direito improvável, em prejuízo da tutela emergencial de um direito fundamental difuso de caráter intergeracional, que está em perigo.

Não custa lembrar que eventual indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela implicaria, reversamente, a chancela “liminar” do Estado às intervenções irregulares promovidas pelo requerido, permitindo a continuidade gratuita da atividade contrária ao ordenamento jurídico.

Na jurisprudência pátria, podemos encontrar diversos casos em que os Tribunais de Justiça entenderam ser perfeitamente possível a antecipação da tutela para evitar o agravamento de danos às APPs, ainda que os efeitos do provimento fossem irreversíveis para o demandado. Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. RECUPERAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DANO AMBIENTAL COMPROVADO. PERIGO DE IRREVERSIBILIDADE DO PROVIMENTO. 1 - É cabível antecipação dos efeitos da tutela desde que presentes os requisitos previstos no art. 273, do código de processo civil. 2 - Mesmo que presente o perigo da irreversibilidade do provimento é possível o deferimento da tutela antecipada se a alegação é verossímil e há receio de dano irreparável. 3. Dano ambiental comprovado em área de preservação permanente, possibilidade de dano irreparável. 4- Recurso provido. (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2009).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação demolitória. Tutela antecipada para determinar a desocupação e demolição de imóveis construídos irregularmente em área de preservação permanente. Presença dos requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil. Intervenção não autorizada pelo órgão ambiental competente. Receio de dano irreparável ou de difícil reparação quando se lida com controvérsia de natureza ambiental a envolver, na espécie, possível lesão em espaço territorial especialmente protegido. Decisão mantida. Recurso Desprovido. (SÃO PAULO, 2013).

Vale a pena frisar que a superação da vedação contida no art. 273, § 2º, do CPC atual e repetida no art. 300, § 3º, do novo CPC decorre da necessidade de propiciar uma tutela jurisdicional adequada e efetiva do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não é razoável a aplicação literal da norma, sem ponderar os interesses jurídicos em jogo, devendo o Poder Judiciário tutelar o que lhe parece mais verossímil.

No caso concreto, o magistrado deve ponderar entre a tutela imediata do improvável direito à moradia exercido de maneira irregular e abusiva, com a construção em faixa *non aedificandi*, e o verossímil direito difuso intergeracional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que estava sendo indevidamente lesado.

A partir de um juízo de ponderação dos interesses envolvidos, chega-se à inevitável conclusão de que o direito individual improvável possui menor relevância quando comparado aos direitos difusos, que sofrem risco de lesão com a não antecipação dos efeitos da pretensão. Até porque eventual dano individual patrimonial causado ao particular será sempre em grau menor do que os prejuízos causados pelos danos ambientais.

## 5. Conclusões

O acesso à Justiça, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, abrange o direito à prestação jurisdicional efetiva, que assegure tempestivamente a proteção ao bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão; já o devido processo legal, em seu aspecto material, impõe a necessidade de utilização de instrumentos processuais que permitam ao magistrado prestar a tutela jurisdicional de forma eficiente, inclusive para impedir o agravamento da lesão ou até o perecimento do bem jurídico durante o curso do processo.

O art. 300, § 3º, do novo CPC praticamente repetiu o texto do art. 273, § 2º, da versão anterior do CPC, que proíbe a concessão da antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

A interpretação literal do art. 300, § 3º, do novo CPC, no sentido de que a norma proíbe de modo absoluto a concessão de tutela antecipada em qualquer caso em que houver perigo de irreversibilidade dos efeitos do provimento antecipado, conduz à inconstitucionalidade do dispositivo, por afronta aos princípios da adequada tutela jurisdicional e do acesso à ordem jurídica justa.

Nos casos em que a antecipação dos efeitos da tutela visa salvaguardar um direito fundamental que se encontra nitidamente ameaçado, mas

que implicará a adoção de medidas peremptórias, com efeitos práticos irreversíveis para o réu, o magistrado deve conferir ao art. 300, § 3º, do novo CPC uma interpretação conforme a Constituição Federal, que garanta a efetividade na proteção ao direito fundamental.

Nas Ações Cíveis Públicas em que se pleiteia a antecipação dos efeitos da tutela para determinar a demolição de construções irregulares em APPs, a restrição contida no diploma processual civil deve ser lida também sob a ótica do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, garantindo a prevalência da proteção ao meio ambiente em detrimento do inverossímil direito patrimonial do réu.

## 6. Referências

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de processo civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. *Lei nº 5.869/1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Senado, 1973.

BRASIL. *Lei nº 13.105/2015*. Institui o Novo Código de Processo Civil. Brasília: Senado, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AI n. 502.173/RJ, Segunda Turma, Rel.: Min. João Otávio de Noronha, Brasília, DF, 2 de agosto de 2005. *DJ*, 28 set. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 417005/SP, Quarta Turma, Rel.: Min. Ruy Rosado de Aguiar, Brasília, DF, 25 de novembro de 2002. *DJ*, 19 dez. 2002

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 144656/ES, Segunda Turma, Rel.: Min. Adhemar Maciel, Brasília, DF, 6 de outubro de 1997. *DJ*, 27 out. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag n. 736.826/RJ, Segunda Turma, Rel.: Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006. *DJ*, 28 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.078.011/SC, Segunda Turma, Rel.: Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 2 de setembro de 2010. *Dje*, 24 set. 2010. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 12 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3540MC/DF, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 1º de setembro de 2005. *DJ*, 3 fev. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 223/DF, Tribunal Pleno, Rel.: Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 5 de abril de 1990. *DJ*, 29 jun. 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Portugal: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*, n. 234. Nápoli: Morano Editore, 1985.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 02. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n. 352394, Quarta Turma Cível, Rel.: Des. Hector Valverde Santana, Brasília, DF, 15 de abril de 2009. *DJ*, 4 maio 2009.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Método, 2012.

REIS, Sérgio Cabral dos; MOREIRA, Hussei Laone Baggioto. Tutela processual dos direitos: a superação da irreversibilidade fática dos efeitos da tutela antecipada. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10668&revista\\_caderno=25](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10668&revista_caderno=25)>. Acesso em: 20 maio 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. .Apelação Cível n. 372.761.5/0-00, Seção de Direito Público, Câmara Especial do Meio Ambiente, Rel.: Des. José Renato Nalini, São Paulo, 20 de abril de 2006. *DJ*, 27 abr. 2006.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento: 0074069-52.2013.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Rel.: Des. Paulo Alcides Amaral Salles, São Paulo, 19 de setembro de 2013. *DJ*, 20 set. 2013.

VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1973.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150009





# 4

# Direito Coletivo

Artigo  
Comentário à Jurisprudência



## CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE COM MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO<sup>1</sup>

### CONSIDERATIONS ABOUT THE JUDICIALIZATION OF THE HEALTH SYSTEM BY MEANS OF EXPENSIVE DRUGS

VIRGÍNIA MÁRCIA NEPOMUCENO CHAVES DE ASSIS

Oficial do Ministério Público

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

vmnchaves@mpmg.mp.br

“O Judiciário virou o melhor hospital do Brasil.”

(Revista Época, 30/04/2009)

**RESUMO:** Tendo em vista que os processos judiciais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) tiveram um crescimento exponencial nos últimos anos, fato esse afeto não somente à área de saúde pública, mas também à área de ciências políticas e jurídicas, o presente estudo objetiva discutir a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, fenômeno denominado judicialização pela doutrina. Ao final, pretende-se apresentar possíveis falhas nas decisões judiciais e nas políticas públicas para o fornecimento de medicamentos, bem como estabelecer parâmetros objetivos para a atuação do Poder Judiciário no julgamento das ações.

---

<sup>1</sup> Artigo baseado no trabalho de conclusão do curso de Especialização em Gestão Microrregional de Saúde apresentado ao SENAC/MG, em 04 de fevereiro de 2012, com o tema “Judicialização da Saúde: estudo de caso sobre os parâmetros utilizados nas decisões judiciais que envolvem o fornecimento do medicamento ‘Herceptin (trastuzumab)’ através do SUS em Poços de Caldas/MG”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ações judiciais; judicialização; medicamentos; Sistema Único de Saúde.

**ABSTRACT:** Considering the lawsuits for the supply of medicines under the National Health System (SUS) had an exponential growth in recent years, a fact that affects not only public health but also the area of political science and Law, the present study aims to discuss about the intervention of the Judiciary in public health policies, a phenomenon called by doctrine of judicialization. At the end, it intends to present possible flaws in the judicial decisions and public policies to provide the drugs and to establish objective parameters for the Judiciary Power in the judgments of lawsuits.

**KEY WORDS:** Lawsuits; judicialization; drugs; Brazilian National Public Health System.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Direito à assistência à saúde. 3. Aspectos positivos da judicialização. 4. Aspectos negativos da judicialização. 5. Considerações finais. 6. Referências.

## 1. Introdução

Este trabalho pretende discutir a crescente intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública, na medida em que as decisões judiciais interferem no orçamento público e nas políticas públicas de saúde, fenômeno denominado judicialização pela doutrina.

O que se percebe na prática é que a grande maioria das decisões judiciais tem deferido, mediante antecipação de tutela, o medicamento pleiteado levando-se em conta, em rasa análise, unicamente a prescrição do fármaco apresentada pelo paciente e a urgência do pedido. Nem sequer são considerados os custos, a efetiva disponibilidade para o cumprimento ou a incorporação do fármaco na lista de assistência farmacêutica do Sistema Único de Saúde - SUS.

Partindo do princípio que todos os direitos, até mesmo os fundamentais, custam dinheiro, o Poder Judiciário precisa ter dimensão da repercussão de suas decisões. O gasto para cumprimento de uma

decisão judicial que determine, por exemplo, a oferta de um medicamento não padronizado e de elevado custo acaba sendo, inevitavelmente, arcado por toda a coletividade.

Como consequência, busca-se analisar os pontos positivos e negativos da judicialização de fornecimento de medicamentos, bem como estabelecer parâmetros objetivos para a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário no julgamento dessas ações.

A escolha do tema se justifica pelo crescimento significativo, nos últimos anos, das demandas judiciais por medicamentos no âmbito do SUS em todo o país. Percebe-se que o Judiciário, que deveria intervir apenas em situações excepcionais, passou a ser o maior foco na mediação dos conflitos envolvendo a saúde. Foram concedidas as tutelas antecipadas em quase 90% das demandas ajuizadas no estado de Minas Gerais. É preciso lembrar que esta concessão implica a entrega imediata da medicação pelo gestor, sob pena de multa diária (MINAS GERAIS, 2009).

## **2. Direito à assistência à saúde**

Inicialmente, cumpre notar que certamente seria mais apropriado utilizar a expressão “direito à assistência à saúde” em contraposição ao termo “direito à saúde”, pois há que se considerar a natureza multifatorial relacionada à causa das doenças, levando em conta a participação efetiva de cada indivíduo no processo de construção de sua própria saúde. Nesse sentido, o Estado seria o promotor da assistência à saúde.

Assim, o direito à assistência à saúde é um direito social, elencado no artigo 6º da Constituição Federal Brasileira e qualificado na ordem internacional como direito de segunda dimensão.

Entretanto, não há que se confundirem os direitos fundamentais estabelecidos no artigo 5º da Constituição da República com os direitos sociais elencados nos artigos 6º e 7º, sob pena de se subvertem as prioridades constitucionais.

Neste contexto, Bobbio chega a dizer que, enquanto os direitos individuais se inspiram no valor primário da *liberdade*, os direitos sociais se inspiram no valor primário da *igualdade*, uma vez que “expressam o amadurecimento de novas exigências, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado”. (BOBBIO, 2004, p. 53 e 72).

Sob o prisma constitucional, o artigo 196 consagra o direito à assistência à saúde como

[...] 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).

Contudo, em que pese a busca premente pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, observa-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm divergido acerca da interpretação deste dispositivo constitucional. Por um lado, há os que atribuem aplicabilidade imediata ao direito à assistência à saúde. Por outro, aqueles que entendem que referido direito caracteriza-se pela necessidade de uma atuação positiva e programática do Estado.

Nesse sentido, evidencia-se o caráter programático do artigo 196, no qual a realização dos direitos sociais “demandaria investimentos de recursos, nem sempre disponíveis”. (BARROSO, 2009, p. 52).

É inegável que, além dos critérios orçamentários, a plena efetividade dos direitos sociais depende, também, da implementação de políticas públicas de saúde como, por exemplo, critérios epidemiológicos, grau de comprovação de eficácia de medicamentos, entre tantas outras políticas.

A propósito, a ministra Ellen Gracie faz uma brilhante interpretação do artigo 196 da Lei Maior, nos seguintes termos:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de

políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. (BRASIL, 2007).

Em que pese o caráter fundamental do direito à assistência à saúde, ele não é absoluto e ilimitado, uma vez que há um limite fático à efetivação dos direitos sociais. É sabido que o Estado brasileiro não dispõe de meios para assegurar, de maneira ampla e ilimitada, todos os direitos garantidos na Carta Constitucional, como assevera Sarlet, de maneira bastante realista:

O que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, *mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção à saúde.* (SARLET, 2007, p. 347, grifo nosso).

Idêntica é a análise de Amaral (2001, p. 211) ao chamar de “ingenuidade positivista” o aforismo “saúde é direito de todos” e o pensamento de que o Estado seria responsável por ela, independente do valor envolvido na questão.

De fato, a Constituição da República não cria uma relação jurídica direta entre o Estado e indivíduos (*Estado-provedor e Indivíduo-recebedor*), razão pela qual não há nenhum direito subjetivo imediato. Este surgirá apenas como efeito indireto depois do estabelecimento de políticas públicas.

Nesse contexto, ressalte-se que também tem sido uma práxis forense, sobretudo em virtude da celeridade, a utilização do mandado de segurança para pleitear o fornecimento de medicamentos não contemplados na política de saúde, para proteger direito líquido e certo ameaçado de lesão.

Ora, frisa-se que o direito à assistência farmacêutica não é um direito absoluto, líquido e certo, ou de aplicabilidade imediata. A adequação

da prescrição do medicamento, no caso concreto, demanda vasta produção de prova, incompatível com o procedimento do *mandamus*.

Nesse contexto, a respeito do direito à assistência à saúde e sua inserção no contexto comunitário, Barzotto sustenta, com muita propriedade, que

Conceber o *direito à saúde* como justo subjetivo é concebê-lo como algo ajustado a um ser social, que deve manter uma *relação de igualdade com os demais membros da comunidade* e cujo bem está ligado ao bem comum, não podendo alcançá-lo se destruir este último. Assim, não se trata de saber se é adequado ao indivíduo X receber 10 milhões porque sua doença exige essa quantia para um tratamento eficaz. *A saúde de X é uma qualidade individual sua, a ser determinada por um médico. O direito à saúde não é uma qualidade individual, mas uma relação de justiça que X mantém com os outros membros da comunidade. A saúde, considerada em si mesma, é algo naturalmente adequado ao ser humano, uma qualidade necessária à sua auto-realização. Mas na sua manifestação histórica, como um direito, ela deve ser considerada nas suas conseqüências, isto é, como algo devido no interior de uma comunidade, o que relativiza um bem que em si mesmo é absoluto. Se a comunidade não possui 10 milhões para fornecer a X sem que seu orçamento entre em colapso (bem comum) e/ou inviabilize o tratamento médico devido a outros membros da comunidade (igualdade), a saúde de X será afetada, mas não seu direito à saúde, pois 10 milhões não é algo adequado a ele como membro da comunidade, o que significa dizer que os outros membros da comunidade não lbe devem isso.* (BARZOTTO, 2005, p. 75, grifo nosso).

Assim sendo, cabe destacar que não existe um direito à assistência à saúde absoluto, subjetivo, individual, ilimitado a todo e qualquer tratamento ou medicamento, cabendo à direção do Sistema Único de Saúde definir seu conteúdo em obediência aos princípios constitucionais, inclusive os da seletividade e da distributividade.

Destarte, o art. 196 não pode se converter em promessa constitucional inconstitucional, uma vez que é sabido que o Estado brasileiro não dispõe de meios para assegurar, de maneira ampla e ilimitada,



todos os direitos garantidos na Carta Constitucional. Daí, pode-se entender como legítima a aplicação da teoria da reserva do possível que limita a atuação do Estado quanto à disponibilidade de recursos em face de todas as necessidades dos indivíduos, através da composição dos orçamentos públicos.

Barroso chega a dizer que, além do impacto orçamentário, a escassez desafia a questão da isonomia no acesso à saúde, na medida em que o benefício que se dá a um é o que se tira do outro. Nesse ambiente, as decisões judiciais, em casos isolados, podem desorganizar a Administração Pública e

[...] quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública. (BARROSO, 2009, p. 52).

E não se pode olvidar que, no caso da saúde, as decisões muitas vezes significam uma *escolha trágica* e, como bem destaca Barroso (2009, p. 13), uma complexa ponderação entre “o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros”.

Em contraposição, os críticos asseveram que se deve olhar para a reserva do possível com cautela. Segundo Farena (1997, p. 12-14), “não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la”. Para os defensores desta corrente, o Poder Público necessita demonstrar que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais.

Nesta seara, surge, então, o questionamento de quais seriam os elementos concretos que comprovariam efetivamente a impossibilidade do cumprimento da sentença. Ora, a inexistência de previsão

orçamentária (empenho, liquidação) para aquele gasto específico não seria indício de que não há orçamento para tanto? Ou, talvez, a demonstração nos autos de que a referida despesa comprometeria o funcionamento do sistema municipal de saúde?

Por fim, cabe destacar que, independente do âmbito em que se dê a escassez dos recursos, o controle jurisdicional das políticas públicas não alcançará êxito, visto que o Poder Público é limitado pelos seus recursos e pelas previsões programáticas e orçamentárias indicadas pela Lei.

A seguir, serão abordados alguns aspectos positivos e negativos observados quando ocorre a judicialização da saúde.

### **3. Aspectos positivos da judicialização**

A intervenção judicial é positiva quando há insuficiência do sistema. Por exemplo, naqueles casos em que os serviços de saúde não fornecem um determinado medicamento devidamente padronizado. Esta situação é bastante diferente daquela em que o ente público dispõe de medicamentos alternativos e similares para a mesma patologia, não fornecendo, apenas, aquilo que o cidadão deseja, seja porque é de alto custo, seja porque não consta na lista ou não tenha eficácia comprovada.

É cabível a intervenção judicial quando há vazios assistenciais. Assim, quando houver falha na política de assistência farmacêutica, como entraves no procedimento de aquisição ou distribuição de determinado medicamento; falha na atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME; ou quando, na doença que acomete o paciente, houver peculiaridades que exijam medicamentos especiais ainda sem protocolos clínicos elaborados pelo SUS.

Outrossim, a judicialização também é vista de maneira positiva em se tratando de ações coletivas. No caso, por exemplo, de uma ação civil pública pleiteando, do Estado, a incorporação de determinado fármaco de eficácia comprovada, há o inquérito civil — procedimento prévio que traz elementos de ordem técnica sobre o medicamento — que motiva o Ministério Público à propositura da ação e, posteriormente, informa o juiz que analisará o caso concreto.

Esse procedimento é diferente de inúmeros acórdãos analisados, em que somente o receituário médico serve de base para instruir os processos, sendo o único requisito técnico exigido pelos juízes na concessão do referido medicamento.

Aliás, é relevante notar que, nesse tipo de tutela, a decisão judicial beneficia toda a coletividade, uma vez que a decisão de condenação do ente público é genérica; ou seja, estabelece somente a responsabilidade e a obrigação em disponibilizar determinado medicamento na rede pública.

Por fim, não restam dúvidas que, indiretamente e por via reflexa, a constante judicialização de um medicamento traz, como um eventual “efeito colateral benéfico”, a pressão para incorporação de insumos terapêuticos em listas oficiais. Entretanto, é mister frisar que o uso da via judicial por meio da tutela individual do direito à saúde, ainda assim, não configura o melhor meio para tanto, pois certamente o Poder Judiciário não é o organismo adequado para decidir sobre a incorporação de novas tecnologias e medicamentos.

#### **4. Aspectos negativos da judicialização**

A decisão judicial, na maioria dos casos, não leva em conta a escassez dos recursos públicos, nem o Impacto Social — ou seja, o desvio de recursos públicos para o individual em prejuízo da coletividade. Em que pese a questão de a escassez ser inexorável em qualquer economia, no caso concreto dos autos, a decisão judicial não leva em conta a exiguidade dos recursos públicos, primeiramente porque se presume haver orçamento. Em segundo lugar, porque se adota o discurso de que “o Estado tem recursos nem sempre bem empregados”. Por fim, qualquer consideração orçamentária chega a ser imoral diante do direito à vida, no dizer de Amaral (2001, p. 136).

É nítida, em inúmeros julgados, a falta de informações dos envolvidos na demanda judicial a respeito das Políticas Públicas de saúde, o que pode levar a decisões equivocadas. Resta patente que os aspectos médicos, científicos, sanitários e regulatórios acerca dos medicamentos não são observados pelos envolvidos na demanda judicial. A falta de conhecimento técnico é um outro entrave na judicialização da saúde. Faltam informações para os operadores do Direito

sobre os aspectos técnicos que envolvem a prescrição medicamentosa. Em alguns casos, os medicamentos de alto custo são prescritos independentemente da existência e da disponibilidade de outros insumos terapêuticos no âmbito do SUS que possam produzir os mesmos resultados no tratamento da doença. Assim, é vital que as decisões judiciais sejam tecnicamente fundamentadas. É sabido que distribuir medicamentos sem nenhum critério técnico, desrespeitando a consensos de tratamento, é um problema de saúde pública. O Judiciário pode, no caso concreto, vir a ratificar prescrições negligentes e tratamentos inócuos, com evidente risco ao paciente.

Há, ainda, a questão da mercantilização da saúde. Além dos pacientes, quem mais se beneficia da judicialização são as empresas fabricantes dos medicamentos. Assim, têm-se laudos médicos particulares que indicam soluções extremamente caras e ainda em fase experimental ou, até mesmo, a descoberta de diversas fraudes envolvendo grandes laboratórios, em que o médico recebe vultosa comissão para indicar determinado medicamento ao paciente.

Outro forte argumento contrário à judicialização é que a entrega de medicamentos por força de decisão judicial em um caso isolado compromete a distribuição gratuita regular, já que os gestores públicos precisam remanejar recursos para atender a essas situações, retirando de áreas consideradas essenciais. Ademais, a ordem judicial para aquisição de medicamentos em caso de urgência é realizada sem o devido processo licitatório, podendo favorecer fraudes, bem como a compra por preços de mercado varejista.

É sabido, também, que a judicialização evidencia, por outro lado, um mal maior ainda: a falta de acesso à Justiça por aqueles cidadãos carentes, em idêntica situação de saúde, que não são beneficiados pela sentença concessiva. É forçoso reconhecer que priorizar o direito individual em detrimento do direito coletivo tem consequências sobre a saúde pública.

## **5. Considerações finais**

De todo o exposto, identifica-se um sistema de saúde com grandes imperfeições, sendo necessário estabelecer parâmetros de razoabilidade nas demandas judiciais que versam sobre o direito à assistência à saúde.

É relevante substituir a judicialização por uma política pública que garanta acesso qualificado e igualitário ao tratamento terapêutico, evitando distorções no planejamento da assistência farmacêutica e na gestão da Fazenda Pública.

Em muitas decisões judiciais, percebe-se que a prescrição do insu-  
mo terapêutico segue muito mais a recomendação do próprio la-  
boratório produtor da droga do que os padrões de diretrizes médi-  
cas isentas e baseadas em evidências científicas. Inúmeras decisões  
chegam a citar que determinados medicamentos possuem evidência  
científica e são padronizados, sendo que, na verdade, possuem ape-  
nas o registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA,  
situação bem diferente.

Além disso, no tocante ao fornecimento de medicamentos, cons-  
tata-se que o Judiciário, em geral, não leva em conta os impactos  
orçamentários que suas decisões causam, muito menos se preocu-  
pa com a existência de meios materiais para o cumprimento delas.  
Contudo, a prática tem demonstrado que os limites orçamentários  
não podem ser desconsiderados.

Nesse contexto, insta notar que as decisões arbitradas pelo Poder  
Judiciário, não obstante as reconhecidas falhas nas políticas públi-  
cas de saúde, pautam-se pela letra fria da legislação vigente e são  
desprovidas de qualquer sentido prático, na medida em que não  
consideram análises de custo-benefício e se pautam na necessidade  
de um único indivíduo em detrimento da coletividade.

Conclui-se necessário que o Poder Judiciário reconheça os limites ine-  
rentes ao controle das políticas públicas de saúde. Para tanto, na análi-  
se de cada caso concreto, sugerem-se alguns critérios a serem adotados  
para efetivação do direito à assistência à saúde, a seguir descritos:

1) Tanto o órgão Ministerial quanto defensores, advogados e os pró-  
prios pacientes devem privilegiar a via administrativa que permite  
o recebimento mais rápido do medicamento pelo paciente e evi-  
ta as interferências na gestão farmacêutica. Em termos de saúde, a  
ação judicial, seja coletiva, seja individual, deve ser sempre o último  
recurso. Entretanto, é recurso necessário quando o gestor não dá  
alternativas para a satisfação do direito violado;

2) A oferta de medicamentos deve ser limitada, sobretudo, aos protocolos e diretrizes preconizados pelo SUS;

3) Caso a medicação pleiteada não esteja incluída nas políticas públicas de saúde do SUS, torna-se imprescindível identificar alternativas terapêuticas previstas nas listas públicas oficiais que possam produzir os mesmos resultados no tratamento da doença;

4) No caso de não haver medicamento alternativo para a patologia do paciente, mister verificar a existência de evidências científicas para a indicação do referido medicamento, ou seja, comprovação efetiva de segurança e eficácia;

5) Os magistrados, advogados, defensores públicos, promotores de Justiça devem estar atentos, informados e atualizados sobre todas as listagens de medicamentos dos programas de assistência farmacêutica do SUS;

6) Com a ação judicial em andamento, o ideal é que os operadores do Direito sejam assessorados por profissionais da área da saúde, órgãos técnicos especializados, pesquisas estatísticas e dados financeiros. No decorrer da instrução processual, o juízo deve valer-se do auxílio de perito especializado em cada área;

7) A Fazenda Pública, em sua defesa em juízo, precisa ressaltar, sendo o caso, a impossibilidade financeira para cumprir a decisão, demonstrando a inexistência de previsão orçamentária ou provando, através de dados concretos, que teria de desviar recursos de outras áreas;

8) Colocação em prática da Recomendação nº 10/2011 da CGJT-JMG<sup>2</sup> pelas instâncias gestoras e pelo sistema judicial, promovendo

---

<sup>2</sup> Recomendação nº 10/2011 de 08/06/2011, expedida pela Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, visando assegurar melhor eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Referida Recomendação, de cunho eminentemente prático, destaca que os juízes, na medida do possível, busquem informações com a gestão municipal acerca de questões técnicas, nos seguintes termos: “- procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

debates e troca de experiências em todas as ações que demandem o fornecimento de medicamentos;

9) Por fim, há que se valorizar a tutela coletiva. Nesse sentido, as ações civis públicas intentadas pelo Ministério Público relacionadas à área da saúde devem prioritariamente pleitear interesse não apenas de um único paciente, mas veicular interesses coletivos, que beneficiem, de fato, segmentos sociais hipossuficientes. Nos casos de tutela coletiva, por seu efeito *erga omnes*, o adequado manejo da ação civil pública figura como eficiente mecanismo de combate à ineficácia do Poder Público na implementação de políticas públicas.

Portanto, vale frisar que o caminho da saúde não deve passar necessariamente pelos Tribunais, mas pela efetiva implementação, regulamentação e emancipação de políticas públicas.

## 6. Referências

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de direito social*, Porto Alegre, v. 9, n. 34, abr./jun. 2009.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 56, p. 47-88, set./dez. 2005.

---

- evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;  
 - ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas urgentes;  
 - determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas.  
*Recomenda, ainda, que, se possível, entrem em contato com a Secretaria Estadual de Saúde, por meio do endereço eletrônico atendimentojudiciario@saude.mg.gov.br, para obter informações técnicas prévias acerca dos medicamentos e procedimentos disponibilizados.* (MINAS GERAIS, 2011, grifo nosso).

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*: nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em pedido de suspensão de efetivação de antecipação de tutela n. 2006.002444-8, Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2007. *DJ*, 5 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19139898/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-91-al-stf>>. Acesso em: 5 jul. 2012.

FARENA, Duciran Van Marsen. A saúde na Constituição Federal. *Advocacia Pública*, São Paulo, v. 3, n. 4, jan. 1997.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais. Judicialização da Saúde: Implicações para a Atenção Primária, 2009. Disponível em: <[http://www.amep.org.br/docs/apresenta\\_seminario\\_aten\\_prim/judi.pdf](http://www.amep.org.br/docs/apresenta_seminario_aten_prim/judi.pdf)>. Acesso em: 19 nov. 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Recomendação nº 10/CGJ/2011, Belo Horizonte, 8 de junho de 2011. *Dje*, 10 jun. 2011. Disponível em: <[http://www.tjmg.jus.br/corregedoria/codigo\\_normas/pdf/Recomendacoes.pdf](http://www.tjmg.jus.br/corregedoria/codigo_normas/pdf/Recomendacoes.pdf)>. Acesso em: 12 nov. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Artigo recebido em: 06/07/2012.

Artigo aprovado em: 14/05/2013.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150010



## O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ COMO BALIZADOR DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

CAROLINA COSTA VAL RODRIGUES

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil  
ccrodrigues@mpmg.mp.br

FERNANDA ALMEIDA LOPES

Analista

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil  
falopes@mpmg.mp.br

### 1. Introdução

No seu art. art. 5º, inciso XXXII, a Constituição da República elevou a defesa do consumidor ao patamar de direito fundamental.

Em 1990, foi promulgado o Código de Defesa do Consumidor, instituído por meio da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, visando proteger a parte mais fraca da relação contratual, qual seja, o consumidor.

A tutela do consumidor foi tratada na Constituição da República, além do art. 5º, XXXII, nos artigos 24, VIII, 150, § 5º; e 170, V. Consiste, assim, em direito fundamental e princípio geral da atividade econômica.

O princípio da vulnerabilidade é a peça fundamental no mosaico jurídico da defesa do consumidor, visto que este, de modo geral, é a parte mais fraca nas relações de consumo, que se fragiliza em seu poder de negociação.

Na dicção do CDC, o consumidor foi conceituado, em seu art. 2º, como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Além da vulnerabilidade, merece destaque o princípio da boa-fé objetiva, preconizado no art. 4º do CDC; este é o norteador das relações de consumo e surgiu como ponto de equilíbrio para garantir a proteção do consumidor enquanto parte reconhecidamente vulnerável.

Isso porque, na esfera consumerista, nem sempre é possível se detectar a má-fé do fornecedor quando da veiculação de determinado produto/serviço, o que leva, muitas vezes, o consumidor a experimentar situações prejudiciais somente após a celebração do contrato ou da aquisição do referido produto/serviço. Daí a necessidade de aplicação do requisito da boa-fé com o escopo de conter tais abusos.

## **2. Princípios gerais da defesa do consumidor**

Os cânones que regem as relações de consumo encontram-se interligados entre si.

O artigo 4º do CDC elenca, em seus incisos, oito princípios gerais da defesa do consumidor, tendo por escopo proporcionar o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e a harmonia das relações de consumo.

São eles: vulnerabilidade do consumidor, ação governamental para proteger efetivamente o consumidor, harmonia entre consumidores e fornecedores, educação e informação dos fornecedores e consumidores quanto aos seus direitos e deveres, incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos, coibição e repressão eficientes dos abusos praticados no mercado de consumo, racionalização e melhoria dos serviços públicos e, por fim, estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Outro princípio que ganha relevo no diploma consumerista consiste na boa-fé objetiva, importante regra do direito contratual. Trata-se do dever imposto às partes na relação negocial de agir com lealdade e cooperação.

Paulo Luiz Netto Lobo frisa:

Além dos tipos legais expressos de cláusulas abusivas, o Código de Defesa do Consumidor fixou a boa-fé como cláusula geral de abertura, que permite ao aplicador ou intérprete o teste de compatibilidade das cláusulas ou condições gerais dos contratos de consumo. No inciso IV do art. 51, contudo, a boa-fé está associada ou alternada com a equidade ‘...com a boa-fé ou a equidade’. (LOBO, 2005, p. 80).

Além dos princípios próprios das relações de consumo, são também aplicáveis princípios mais amplos, tais como os da proporcionalidade e o da razoabilidade.

### **3. Da vulnerabilidade do consumidor**

O ponto de partida do CDC é a afirmação do princípio da vulnerabilidade do consumidor, ou seja, é ela quem fundamenta o sistema de consumo.

Seguindo esta linha de intelecção, assim se manifesta o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. APLICAÇÃO. ‘TELE SENA DIA DAS MÃES’. DIREITO DE INFORMAÇÃO CLARA E OBJETIVA. REGRAS DO SORTEIO. OMISSÃO. PROPAGANDA ENGANOSA. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. ABUSIVIDADE. CLÁUSULA SURPRESA. DIREITO DE INFORMAÇÃO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. INCIDÊNCIA. 1. Cuida-se de ação de cobrança proposta por consumidora contra empresa sob alegação de ter sido vítima de propaganda enganosa em relação a

sorteio de título de capitalização denominado 'Tele Sena Dia das Mães 1999'. 2. Enganosa é a mensagem falsa ou que tenha aptidão a induzir a erro o consumidor, que não conseguiria distinguir natureza, características, quantidade, qualidade, preço, origem e dados do produto ou serviço contratado. 3. No caso concreto, extrai-se dos autos que dados essenciais do produto ou serviço adquirido foram omitidos, gerando confusão para qualquer consumidor médio, facilmente induzido a erro. 4. As regras contratuais devem ser postas de modo a evitar falsas expectativas, tais como aquelas dissociadas da realidade, em especial quanto ao consumidor desprovido de conhecimentos técnicos. 5. O CDC, norma principiológica por natureza, proíbe e limita os contratos impressos com letras minúsculas que dificultem, desestimulem ou impeçam a leitura e compreensão pelo consumidor, visando permitir o controle de cláusulas contratuais gerais e a realização da liberdade contratual. 6. À luz do princípio da vulnerabilidade (art. 4º, I, do CDC), princípio norteador das relações de consumo, as cláusulas contratuais são interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC). 7. A transparência e a boa-fé permeiam a contratação na fase pré-contratual. 8. É vedada a cláusula surpresa como garantia do equilíbrio contratual e do direito de informação ao consumidor. 9. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2014a).

CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE CARGAS. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA ESTABELECIDADA ENTRE AS PARTES. CDC. AFASTAMENTO. ART. ANALISADO: 2º, CDC. 1. Ação coletiva, com pedido de liminar, distribuída em 2010, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 29/10/2013. 2. Discute-se a incidência, à espécie, do Código de Defesa do Consumidor, bem como a legitimidade da cobrança de sobretaxas, feita em contrato de transporte marítimo de cargas. 3. Embora seja vedada, nesta via estreita, a apreciação dos requisitos necessários para a concessão da tutela antecipada, é possível a análise de violação de lei federal quando constatado evidente error in iudicando, por equivocada qualificação jurídica dada aos fatos pelo Tribunal de origem, à luz da jurisprudência consolidada no STJ, como, na hipótese, se alega quanto à aplicação do CDC. 4. A natureza da relação estabelecida entre as pessoas jurídicas - se de consumo ou puramente empresarial - não pode ser qualificada a partir de uma análise feita exclusivamente pelo prisma dos contratantes, à margem de qualquer reflexão sobre o contexto no

qual se insere o contrato celebrado. 5. Quando o vínculo contratual entre as partes é necessário para a consecução da atividade empresarial (operação de meio), movido pelo intuito de obter lucro, não há falar em relação de consumo, ainda que, no plano restrito aos contratantes, um deles seja destinatário fático do bem ou serviço fornecido, retirando-o da cadeia de produção. 6. Excepcionalmente, o STJ admite a incidência do CDC nos contratos celebrados entre pessoas jurídicas, quando evidente que uma delas, embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade em relação à outra. 7. Em regra, o contrato de transporte de cargas é serviço agregado à atividade empresarial dos importadores e exportadores de bens, que dele se valem para levar os seus produtos aos respectivos consumidores, transferindo-lhes o custo no preço final (consumo intermediário). 8. Na espécie, as recorridas não são destinatárias finais – no sentido fático e econômico - dos serviços de transporte marítimo de cargas prestado pelos recorrentes, nem foi reconhecida pelo Tribunal de origem a condição de vulnerabilidade daquelas em face destes, a atrair a incidência do CDC. 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (BRASIL, 2014b).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CAMINHONEIRO. DESTINATÁRIO FINAL. VULNERABILIDADE. CONSUMIDOR. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO. NULIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. É relação de consumo a estabelecida entre o caminhoneiro que reclama de defeito de fabricação do caminhão adquirido e a empresa vendedora do veículo, quando reconhecida a vulnerabilidade do autor perante a ré. Precedentes. 2. Reconhecida a vulnerabilidade do consumidor e a dificuldade de acesso à Justiça, é nula a cláusula de eleição de foro. Precedentes. 3. A condição de vulnerabilidade do recorrido firmada a partir dos elementos de convicção constantes dos autos não pode ser revista em sede de recurso especial, em face do que dispõe a Súmula 7/STJ. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2014c).

Destarte, para um perfeito entendimento do Sistema de Proteção do Consumidor, impende a necessidade de análise do indigitado preceito para uma conseqüente aplicação equânime da lei, uma vez que a vulnerabilidade é o alicerce da defesa do consumidor.

Acerca dos princípios dispostos no Código de Defesa do Consumidor, importante lembrar os ensinamentos de Plínio Lacerda Martins, que, ao dispor sobre o princípio da vulnerabilidade do consumidor, enfatiza:

O primeiro dos princípios é o princípio da vulnerabilidade, atendendo assim, ao preceito previsto na Resolução 39/248 da ONU. O CDC brasileiro consagrou no art. 4º I, o princípio da vulnerabilidade, reconhecendo assim o consumidor como parte mais fraca na relação de consumo, parte frágil, razão da tutela pela norma do consumidor, chegando a elencar como prática abusiva o fato de prevalecer da fraqueza ou ignorância do consumidor (art. 39, IV, do CDC). (MARTINS, 2006, p. 8).

A vulnerabilidade é a situação na qual um dos sujeitos de determinada relação figura em polo mais frágil e, conseqüentemente, necessita de cuidados especiais.

A vulnerabilidade exclui a premissa de igualdade entre as partes envolvidas: se um dos polos é vulnerável, as partes são desiguais, e, justamente por força da desigualdade, o vulnerável é protegido, tal qual ocorre com o consumidor na relação de consumo.

Assim, o mecanismo do princípio em voga visa garantir a igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo.

É importante distinguir vulnerabilidade de hipossuficiência. Esta deve ser aferida pelo magistrado no caso concreto e poderá, inclusive, fundamentar a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, inciso VIII, do CDC. Já a vulnerabilidade do consumidor é absoluta, não depende de condição econômica. Isto é, todo consumidor é vulnerável, por conceito legal.

O doutrinador Leonardo de Medeiros Garcia, ao salientar a diferença entre vulnerabilidade e hipossuficiência, leciona, *in verbis*:

Importante destacar a diferença efetuada pela doutrina no tocante aos termos 'vulnerabilidade' e 'hipossuficiência', sendo a primeira

um fenômeno de direito material com presunção absoluta – *jure et de jure* (art. 4º, I – o consumidor é reconhecido pela lei como um ente ‘vulnerável’), enquanto a segunda, um fenômeno de índole processual que deverá ser analisado casuisticamente (art. 6º, VIII – a hipossuficiência deverá ser averiguada pelo juiz segundo as regras ordinárias de experiência). (GARCIA, 2010, p. 40).

Não obstante seja a vulnerabilidade do consumidor absoluta, segundo presunção legal, tem-se que a vulnerabilidade da pessoa física é presumida, enquanto a da pessoa jurídica deve ser comprovada caso a caso. Assim doutrina Felipe Peixoto Braga Netto, colaborador da obra *Temas Atuais do Ministério Público*:

Isso não colide com a afirmação que fizemos de que todos consumidores são vulneráveis. Se a vulnerabilidade da pessoa jurídica não for demonstrada, pode ser que estejamos diante de uma relação empresarial, e não de uma relação de consumo. (BRAGA NETTO, 2014, p. 360).

Diante deste posicionamento, é possível afirmar que a vulnerabilidade, em alguns casos, diferencia a relação de consumo da relação empresarial.

Analisando-se os tipos de vulnerabilidade, conforme divisão defendida por Paulo Valério Dal Pai Moraes, têm-se as seguintes espécies de vulnerabilidade: técnica, jurídica, política ou legislativa, biológica ou psíquica, ambiental, econômica e social.

A vulnerabilidade técnica pode ser definida como o desconhecimento, a ausência de características e conhecimentos específicos, pelo consumidor, dos produtos e serviços, tais como seus benefícios e malefícios, podendo, com isso, ser iludido facilmente no momento da contratação.

A vulnerabilidade jurídica consiste no desconhecimento dos seus direitos pelo consumidor, que, muitas vezes, aceita como verdadeiras as errôneas informações jurídicas do fornecedor. Outrossim, reflete-se na complexidade que o consumidor enfrenta para lutar a favor dos seus direitos.

Sobre este tipo de vulnerabilidade, alguns doutrinadores asseveram tratar-se da falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade e de economia, o que, de certa forma, assemelha-se à definição de vulnerabilidade técnica.

Já a vulnerabilidade política ou legislativa decorre da inexistência de assistência ou órgãos “capazes de influenciar decisivamente na contenção de mecanismos legais maléficos para as relações de consumo e que acabam gerando verdadeiros ‘monstrenhos jurídicos’”. (MORAES, 2001, p. 132).

Na vulnerabilidade psíquica ou biológica, o consumidor, diante dos criativos e inimagináveis apelos de *marketing* que manipulam as manifestações de vontade desse, é atingido por necessidades ilusórias e desejos de adquirir determinado produto ou serviço.

A vulnerabilidade econômica e social é decorrência direta das disparidades entre os consumidores e os agentes econômicos, em razão tanto do poderio econômico destes quanto pela sua posição de monopólio, que lhes garantem um lugar de superioridade. Discorrendo sobre esta espécie de vulnerabilidade, destacam-se os contratos de adesão, que são contratos-tipo, com cláusulas pré-estipuladas unilateralmente, a fim de regerem as interações econômicas entre o fornecedor e seus distintos consumidores. Por meio do instituto do contrato de adesão, alguns fornecedores acabam abusando da boa-fé ou do estado de necessidade do consumidor.

Por fim, a vulnerabilidade ambiental pode ser entendida como uma capacidade ou incapacidade do meio natural a resistir e/ou a recuperar-se, após sofrer impactos decorrentes de atividades antrópicas, ocasionados pelo consumo em massa da sociedade, que passa a utilizar-se de modo irracional dos recursos naturais do planeta, olvidando-se de que estes são finitos.

A professora Cláudia Lima Marques ainda aponta outro tipo de vulnerabilidade: a informacional. Não obstante a identifique como espécie de vulnerabilidade técnica, a doutrinadora sobreleva a necessidade de informação na sociedade atual. Segundo Marques, as



informações estão cada vez mais valorizadas e importantes e, de outro lado, o *deficit* informacional dos consumidores aumenta cada vez mais. Logo, como maneira de neutralizar esta instabilidade, deve o fornecedor procurar colocar à disposição do consumidor o máximo de dados acerca da relação contratual, bem como sobre os produtos e serviços a serem adquiridos.

Hoje em dia está muito latente a questão da suscetibilidade do consumidor em relação ao comércio eletrônico, pois, para alguns doutrinadores, inclusive a professora Cláudia Lima Marques, a vulnerabilidade do consumidor no ambiente virtual é ampliada, em razão do meio utilizado, que é a internet, visto que, costumeiramente, os *sites* de comércio eletrônico não oferecem a segurança e a confiabilidade necessárias ao consumidor-internauta.

Nesse passo, em face dos constantes e céleres avanços tecnológicos, bem como da expansão do comércio eletrônico em todo o mundo e sua utilização em grande escala, há de se vislumbrar que o princípio da vulnerabilidade deve ser aplicado continuamente nas questões atinentes às relações de consumo efetuadas por meios virtuais.

Ressalte-se que, embora a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (CDC), seja uma legislação que contém inúmeros avanços dentro do ordenamento jurídico pátrio, ela pode ser considerada obsoleta em relação à proteção do consumidor no comércio eletrônico, uma vez que não contém normas específicas e detalhadas de proteção concernentes a este tipo de transação.

#### **4. O princípio da boa-fé como balizador das relações de consumo**

Etimologicamente, a boa-fé deriva do latim *bona fides*, que quer dizer: fidelidade, crença, confiança, sinceridade, convicção interior. É exatamente o contrário da má-fé, sinônimo de malícia, engano, dolo. Enquanto aquela é presunção de validade do ato jurídico, esta é causa de sua nulidade.

É inegável que, no mercado de consumo, a parte mais vulnerável é o consumidor.

O comerciante, pelo fato de deter o capital, tem grande potencial de manipular as cláusulas e condições do negócio, que tendem a servir aos seus próprios interesses. O consumidor, por precisar daquele produto ou serviço, pode sucumbir às regras e aos preços do fornecedor.

Por isso, é importante que o direito crie mecanismos e teorias para restabelecer esse equilíbrio, deixando as partes em iguais condições de acordo, sendo a teoria da aparência uma delas.

No direito brasileiro, essa teoria não é apenas uma divagação. Mormente no consumo, ela se ampara na presença dos princípios da boa-fé e da transparência, previstos no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, como se vê:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. (BRASIL, 1990).

A boa-fé subjetiva diferencia-se da objetiva na medida em que aquela diz respeito à avaliação psicológica do terceiro em relação ao ato praticado, enquanto esta tratará da própria natureza do negócio, traduzida pelo comportamento daquele que o praticou, levando, ainda que inconscientemente, o outro ao erro.

É com base na boa-fé subjetiva que o terceiro prejudicado conseguirá se livrar de eventual acordo em que fora ludibriado. Judith Martins-Costa conceitua a boa-fé subjetiva:

A expressão 'boa-fé subjetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

[...]

A boa-fé subjetiva denota, portanto, primariamente, a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular, crença (e ignorância escusável) que repousam seja no próprio estado (subjetivo) da ignorância (as hipóteses do casamento putativo, da aquisição da propriedade alheia mediante a usucapião), seja numa errônea aparência de certo ato (mandato aparente, herdeiro aparente, etc.). Pode denotar, ainda, secundariamente, a ideia de vinculação ao pactuado, no campo específico do direito contratual, nada mais aí significando do que um reforço ao princípio da obrigatoriedade do pactuado, de modo a se poder afirmar, em síntese, que a boa-fé subjetiva tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na ignorância de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição 'egoística' à literalidade do pactuado. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 411).

Foi ainda com base na boa-fé que o legislador consumerista incluiu o art. 30 entre os seus dispositivos, invocando a responsabilidade do fornecedor no cumprimento das promessas feitas ao consumidor, por meio de anúncios, propagandas e outras, como se integrassem o próprio contrato havido entre os participantes:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga

o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. (BRASIL, 1990).

A utilização do princípio da boa-fé é extremamente relevante, pois as relações sociais baseiam-se na confiança e no respeito entre as pessoas. Dessa forma, a ausência desse princípio poderia colocar em risco os compromissos assumidos entre as partes e quebrar o padrão de honestidade e moralidade existente entre as pessoas.

Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. DIREITO À INFORMAÇÃO. ARTS. 6º, 31 E 37 DO CDC. CERVEJA QUE UTILIZA A EXPRESSÃO “SEM ÁLCOOL” NO RÓTULO DO PRODUTO. IMPOSSIBILIDADE. BEBIDA QUE APRESENTA TEOR ALCOÓLICO INFERIOR A 0,5% POR VOLUME. MULTA. PROCON. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 6º DA LICC. NATUREZA CONSTITUCIONAL. 1. Hipótese em que o Tribunal a quo consignou que a Ambev ‘foi autuada em 29 de junho de 2001 porque, como constatado, estava expondo a venda a cerveja Kronenbier, classificando-a como sem álcool, sem assegurara informações corretas sobre o teor alcoólico na composição do produto, infringindo o disposto no artigo 31 da Lei nº 8.078/90’. Afirma ainda que ‘é manifesta a confusão do consumidor ao se deparar com a expressão ‘sem álcool’ em destaque no rótulo da cerveja e a advertência do teor alcoólico menor que 0,5% em letras minúsculas’ (fls. 478-479). 2. Cumpre ressaltar que um dos direitos básicos do consumidor, talvez o mais elementar de todos, e daí a sua expressa previsão no art. 5º, XIV, da Constituição de 1988, é ‘a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço’ (art. 6º, III, do CDC). 3. Por expressa disposição legal, só respeitam os princípios da transparência e da boa-fé objetiva as informações que sejam corretas, claras, precisas e ostensivas sobre as características de produtos ou serviços, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e à segurança dos consumidores, sendo proibida a publicidade enganosa, capaz de induzir em erro o consumidor (arts. 31 e 37 do CDC). Precedentes do STJ. 4. No que tange à pretensão da empresa de ver anulada a sanção imposta

pelo Procon ou reduzido o seu valor, esta Segunda Turma entendeu ser inviável analisar as teses defendidas no Recurso Especial, porquanto isso demanda reexame de fatos e provas constantes dos autos, a fim de afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido, o que esbarra no óbice disposto na Súmula 7/STJ. 5. Por fim, ressalto que a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que os princípios contidos na Lei de Introdução ao Código Civil - direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada -, apesar de previstos em norma infraconstitucional, não podem ser analisados em Recurso Especial, se o enfoque que a eles se der no acórdão recorrido for de natureza estritamente constitucional (art. 5º, XXXVI, da CF/1988). 6. A Ambev reitera, em seus memoriais, as razões do Agravo Regimental, não apresentando argumento novo. 7. Agravos Regimentais não providos. (BRASIL, 2014d).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA. CUSTOS DE COBRANÇA. INFORMAÇÃO. LIBERDADE CONTRATUAL. LEGALIDADE. ART. 51, XII, DO CDC. RECIPROCIDADE. LIVRE PACTUAÇÃO. BOA-FÉ OBJETIVA. PROPORCIONALIDADE. 1. Cuida-se de ação coletiva proposta pela ANADEC contra a Editora Abril S.A., na qual aponta a ilegalidade da cobrança de R\$ 1,13 (um real e treze centavos) por boletos bancários emitidos em virtude da assinatura de revistas, custo que alega pertencer exclusivamente à empresa. 2. O Código de Defesa do Consumidor assegura a possibilidade de ressarcimento dos custos de cobrança de determinada obrigação tanto ao fornecedor quanto ao consumidor (art. 51, XII, do CDC). 3. No caso, o consumidor, antes de formalizar o negócio jurídico com a Editora Abril (fornecedora), na fase pré-contratual, foi informado da faculdade de optar por uma das três formas de pagamento oferecidas pela empresa: boleto bancário, débito em conta e débito no cartão de crédito. 4. Inexistente vantagem exagerada em decorrência da cobrança por carnê, em especial porque o boleto bancário não é imposto pelo fornecedor, mas, ao contrário, propicia ao consumidor uma comodidade, realizando a liberdade contratual e o dever de informação. 5. Ausente a onerosidade excessiva, porquanto mantidos o equilíbrio contratual, a proporcionalidade do acréscimo cobrado do consumidor e a boa-fé objetiva do fornecedor. 6. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2015a).

PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. SOCIEDADES COOPERATIVAS UNIMED. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. 1. O direito à informação e o princípio

da vinculação da publicidade refletem a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a sua publicidade desperta no consumidor, mormente no que tange ao uso coletivo de uma mesma marca. 2. A publicidade do Sistema Unimed busca instigar o indivíduo à contratação mediante a convicção de que se trata de uma entidade única com atuação em âmbito nacional, não sendo informado ao filiado sobre a autonomia e a independência de suas unidades, o que só faz reforçar nele a ideia de que esse sistema lhe oferece uma maior gama de serviços e facilidades. 3. Ademais, a complexa estrutura das cooperativas prestadoras de serviço, se, por um lado, visa ao estímulo e reforço do sistema cooperativo regido pela Lei n. 5.764/1971, possibilitando a atuação sob uma mesma marca e a constituição de sociedades cooperativas singulares, federações de cooperativas e confederações; por outro lado, tem como efeito externo a responsabilização de toda a cadeia de fornecimento - no caso, o Sistema Unimed - de forma solidária, uma vez que não se pode exigir do consumidor que conheça as intrincadas relações entre os diversos membros dessa cadeia, mormente quando a publicidade veiculada pelo grupo faz-lhe crer que se trata de uma entidade una. 4. Dessarte, o fato de várias sociedades explorarem uma mesma marca, ainda que com personalidades jurídicas distintas - por não ter havido a informação clara ao consumidor acerca de eventuais diferenças no conteúdo dos serviços ou na cobertura oferecida por cada uma -, traz como consequência a possibilidade de serem acionadas a responder solidariamente pelas obrigações contratadas por qualquer delas. 5. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2015b).

Declarar a invalidade dos atos praticados com base na confiança e na boa-fé do contratante ou do adquirente seria questionar a idoneidade do próprio povo brasileiro e sua credibilidade.

A título de exemplo, podemos ilustrar a figura do consumidor de boa-fé, quando este realiza determinado pagamento de seguro ao corretor, não lhe exigindo recibo, após diversos anos de contrato com determinada seguradora por meio deste mesmo corretor e o recebimento de indenização, por ocasião de dano em seu veículo.

Situação semelhante ocorre, quando o comprador faz determinado pagamento para uma pessoa que se encontra no caixa de determinado estabelecimento comercial e depois descobre que se tratava de um funcionário que não ocupava o cargo de balconista e que se valeu de uma oportunidade para receber aquela quantia do cliente, uma vez que, em nosso país, não é usual que os clientes exijam dos caixas a apresentação de documento que comprove a sua qualificação profissional.

Enfim, inúmeras circunstâncias estão presentes no nosso cotidiano, que nos conduzem a admitir o princípio da boa-fé como balizador dos negócios. As tratativas simples devem fluir com a máxima rapidez possível e imposição de obstáculos seria um retrocesso, pois diminuiria o tempo para a realização de outras tarefas mais relevantes.

## **5. A boa-fé associada à vulnerabilidade do consumidor**

A política de proteção ao consumidor introduz-se por meio de normas, princípios e institutos encarregados de restabelecer a igualdade material entre os sujeitos da relação.

Pretende-se com esses mecanismos que os interesses financeiros dos fornecedores não representem o aniquilamento dos direitos dos consumidores.

Um dos meios mais importantes para essa defesa é o princípio da boa-fé, previsto no art. 4º, inciso III, do CDC, conforme já destacado ao longo do texto, que reconhece o consumidor como parte vulnerável na relação de consumo, afastando o comportamento abusivo do fornecedor.

Tais inferências fazem-se necessárias para o alcance dos ideais de segurança e justiça entre os pactuantes.

## **6. Conclusão**

O diploma consumerista foi um dos mais notórios e relevantes avanços trazidos pela legislação infraconstitucional após a promulgação da Carta Magna de 1988.

Como foi possível observar ao longo do texto, foram reconhecidos pelo CDC princípios gerais e direitos básicos conferidos ao consumidor durante a relação de consumo; entre eles encontra-se a vulnerabilidade do consumidor, que fundamenta todo o sistema de consumo, dá os contornos do conceito de consumidor e define o âmbito de aplicação das normas do código em questão.

Neste diapasão, merece destaque, como princípio que rege as relações consumeristas, o princípio da boa-fé objetiva, inserta no art. 4º, inciso III, do CDC.

Logo, oportuno concluir que a boa-fé objetiva é o princípio base de toda a ordem consumerista, pois é ele que dá sentido à proteção do consumidor.

Deste modo, a legislação consumerista utiliza a premissa de desigualdade latente em qualquer relação de consumo, buscando, assim, equilibrar essa relação a partir de normas de proteção de seus interesses.

Em razão do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado e, reflexamente, da utilização do princípio da boa-fé nas relações de consumo, torna-se legítimo ao legislador o fornecimento de uma série de mecanismos em prol do consumidor e, conseqüentemente, da própria economia. Considere-se como exemplo a possibilidade de inversão do ônus da prova, preconizada no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, a instituição da responsabilidade objetiva, a criação de órgãos como a Procuradoria de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), as delegacias do consumidor, as varas especializadas nas relações de consumo, etc.

Assim, percebe-se claramente a relevância do princípio em voga como base de toda a ciência consumerista, configurando esta como uma conquista histórica em favor do consumidor.

## 7. Referências

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2002.



\_\_\_\_\_. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. *Relação de consumo e aplicação do código de defesa do consumidor*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOLSON, Simone Hegele. *Direito do consumidor e dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm)>. Acesso em: 6 out. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 7 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nº 259.903/SP, Segunda Turma, Rel.: Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 26 de ago de 2014. *DJe*, 25 set. 2014d. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=259903&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=259903&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 5 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1344967/SP, Terceira Turma, Rel.: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 26 de agosto de 2014. *Dje*, 15 set. de 2014a. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=consumidor+e+princ%EDpio+boa-f%E9&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=consumidor+e+princ%EDpio+boa-f%E9&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acesso em: 3 fev 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1417293/PR, Terceira Turma, Rel.: Min. Nancy Andrighi, Brasília, DF, 19 de agosto de 2014. *Dje*, 2 set. 2014b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 426563/PR, Quarta Turma, Rel.: Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 3 de junho de 2014. *Dje*, 12 jun. 2014c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1339097/SP, Terceira Turma, Rel.: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Brasília, DF, 3 de fevereiro de 2015. *Dje*, 9 fev. 2015a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1377899/SP, Quarta Turma, Rel.: Min. Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 18 de dezembro de 2014. *Dje*, 11 fev. 2015b.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. A atuação do Ministério Público na defesa do direito do consumidor. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. (Org.). *Temas atuais do Ministério Público*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

CARVALHO, João Andrade. *Código de defesa do consumidor: comentários, doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: AIDE, 2000.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Deveres gerais de Condutas nas Obrigações Civis. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (Org.). *Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*. São Paulo: Método, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Plínio Lacerda. *Anotações ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos interesses difusos em juízo*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 2001.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SAAD, Gabriel Eduardo; SAAD, Jose Eduardo Duarte; CASTELLO BRANCO, Ana Maria Saad. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 6. ed. São Paulo: LTr., 2006.

SOARES, Paulo Brasil Dill. *Princípios básicos de defesa do consumidor*. Leme: LED, 2001.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. *O princípio constitucional da igualdade e o direito do consumidor*. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2002.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150011



5

Direito  
Constitucional

Artigo  
Comentário à Jurisprudência



**DA GARANTIA FUNDAMENTAL DA ASSISTÊNCIA  
JURÍDICA À PESSOA JURÍDICA: UM MECANISMO  
CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA**

**THE FUNDAMENTAL RIGHT TO LEGAL ASSISTANCE  
TO A LEGAL PERSON: A CONSTITUTIONAL  
MECHANISM FOR ACCESS TO JUSTICE**

MÁRCIO ADRIANO GOMES DE OLIVEIRA

Professor

Faculdade Betim – FABE, Brasil  
marcioadrianogomes@ig.com.br

O enfoque sobre o acesso à Justiça como movimento de pensamento constitui o ponto central da transformação do próprio pensamento jurídico, o qual ficou por muito tempo atrelado a um positivismo neutralizante, que só serviu para distanciar o Estado de seu mister, a democracia do seu verdadeiro sentido e a justiça da realidade social. (Gregório Assagra de Almeida).

**RESUMO:** Este artigo centra seu foco no problema da assistência jurídica à pessoa jurídica no Brasil, vista no contexto do direito de acesso à Justiça no Estado Democrático de Direito. O acesso à Justiça é considerado o mais fundamental dos direitos, tal como o concebe Mauro Cappelletti. O trabalho estuda o assunto a partir do surgimento dos primeiros movimentos do acesso à Justiça até sua elevação ao grau de direito fundamental. Analisa-se o tema do ponto de vista do direito processual e material, devotando-se especial atenção à conjugação entre a constituição federal e a lei da assis-

tência judiciária. Avalia-se sobretudo a importância da empresa em nosso país, principalmente as pequenas e microempresas. Recorre-se, para tanto, aos métodos de pesquisa bibliográfica e estudo de caso. O trabalho conclui, depois de apresentar o contexto em que operam essas microempresas, pela importância de garantir-lhes o direito à assistência jurídica gratuita, para efetivar seu direito fundamental de acesso à Justiça. O tema tem extrema pertinência, tendo-se em vista o número crescente de pequenas e microempresas, que buscam a prestação jurisdicional em nosso país.

**PALAVRAS-CHAVE:** Assistência judiciária; pessoa jurídica; acesso à Justiça; direito fundamental; garantia constitucional; possibilidade.

**ABSTRACT:** The focus of this article rests on the problem of legal assistance to the legal person in Brazil, seen in the context of the right of access to justice in a Democratic Constitutional State. Access to justice is seen as preached by Mauro Cappelletti - the most fundamental of all rights. The subject is studied as of the emergence of the first movements concerning access to justice and up to its consecration as a fundamental right. The theme is approached from the material and procedural law perspectives, and special attention is paid to the conjunction of the Brazilian Federal Constitution and the Brazilian Legal Assistance Law. Special attention is also paid to the importance of business in the national economy, and, in that context, to the role played by small and micro businesses. Bibliographic research and case study are the methods used. The study concludes, after introducing the legal context in which microbusinesses operate, on the importance of guaranteeing their fundamental right of access to Justice by granting them the right to free legal assistance. The issue is extremely relevant in view of the increasing number of micro and small companies, which search jurisdictional assistance in our country.

**KEY WORDS:** Legal assistance; legal person; access to Justice; fundamental right; constitutional guarantees; possibility.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Dos direitos fundamentais e do acesso à Justiça. 2.1. A compreensão teórica do direito fundamental de acesso à Justiça. 2.2. Uma análise da lei de assistência judiciária como instru-



mento de implementação do acesso à Justiça. 3. A garantia constitucional de acesso à Justiça. 3.1. Da forma de comprovação de estado de insolvência ou miserabilidade de pessoa jurídica para fins de concessão do benefício da justiça gratuita. 4. Conclusão. 5. Referências.

## 1. Introdução

Este artigo se concebe como um resumo da dissertação apresentada no curso de mestrado da Universidade de Itaúna/MG, centrando seu foco no problema da assistência jurídica à pessoa jurídica no Brasil, vista no contexto do direito de acesso à justiça no Estado democrático de direito. O acesso à Justiça é visto como o mais fundamental dos direitos, tal como o concebe Mauro Cappelletti. O trabalho estuda o assunto a partir do surgimento dos primeiros movimentos do acesso à Justiça até sua elevação ao grau de direito fundamental. Analisa-se o tema do ponto de vista do direito processual e material, devotando-se especial atenção à conjugação entre a Constituição Federal e a Lei da Assistência Judiciária.

Na condição de advogado militante, em especial, na defesa de empresas, presenciamos por diversas vezes em juízo a inaplicabilidade do sagrado direito constitucional do acesso à Justiça.

A falta de legislação sobre o assunto deixa uma “lacuna no direito”, que é preenchida pela doutrina e pela jurisprudência.

A Constituição Federal de 1988, como lei maior em nosso país, deve ser aplicada de maneira correta, a fim de assegurar a eficácia de seu rol de direitos e garantias fundamentais.

Não se perca de vista que o direito se modifica conforme a sociedade em que está inserido e que pode receber interpretações das mais diversas, do positivismo à crítica.

Nesse aspecto, o presente trabalho visa demonstrar a possibilidade da concessão da assistência jurídica à pessoa jurídica no Brasil, como efetiva medida de acesso à Justiça, sendo verdadeiro e legítimo “mecanismo constitucional de acesso à Justiça”.

Com o acesso à Justiça, o direito se legitima, o direito ocorre, fundamenta-se e perpetua-se, sendo instrumento de transformação social. Cabe aos operadores do direito serem ferramentas deste trabalho de transformação, a fim de assegurar uma Justiça que tenha como princípios a efetividade e a concretude, e estas como normas e objetivos. Não há direito sem efetividade, não há direito que não se realiza.

Nessa linha de pensamento, esclarece nosso ilustre professor e jurista Gregório Assagra de Almeida, pessoa que será diversas vezes citada neste trabalho:

[...] o acesso à Justiça não representa apenas o acesso ao Judiciário, mas o acesso a todo meio legítimo de proteção e efetivação do Direito, tais como o Ministério Público, a Arbitragem, a Defensoria Pública, etc. (ALMEIDA, 2010a, p. 14).

## 2. Dos direitos fundamentais e do acesso à Justiça

Os direitos fundamentais em nosso país têm papel de extrema importância, tanto no ordenamento jurídico quanto na sociedade, e, partindo de nossa Constituição Federal de 1988, o acesso à Justiça foi elevado a *status* de direito fundamental.

Necessário é salientar o paralelo entre direitos fundamentais e direitos humanos, sendo certo que, “no mesmo diapasão”, cite-se o conceito de Dallari, o qual define os direitos humanos segundo André de Carvalho Ramos:

Uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida. (RAMOS, 2001, p. 27).

Nesse aspecto, segue-se a importante lição de Alberto do Amaral Júnior (2008), que afirma ter os direitos humanos cinco características, entre elas, direitos universais, direitos morais, direitos preferenciais, direitos fundamentais e direitos abstratos.

## Sobre direitos fundamentais, arremata Amaral Júnior:

São direitos fundamentais. Os direitos do homem compreendem interesses e carências essenciais aos seres humanos. Os interesses e carências são fundamentais quando a sua violação ou não-satisfação provocarem a morte ou grave sofrimento dos indivíduos ou quando afetarem o núcleo essencial da autonomia. Eles são protegidos tanto pelos direitos liberais clássicos quanto pelos direitos sociais, que asseguram condições mínimas de existência. (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 439-440).

## Por outro lado, dissertando sobre limites e funções dos direitos fundamentais, Kildare Gonçalves Carvalho assim entende:

Não existe direito absoluto. Assim, os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados. Encontram limitações na necessidade de se assegurar aos outros o exercício desses direitos, como têm ainda limites externos, decorrentes da necessidade de sua conciliação com as exigências da vida em sociedade, traduzidas na ordem pública, ética social, autoridade do Estado, etc., resultando, daí, restrições dos direitos fundamentais em função dos valores aceitos pela sociedade. (CARVALHO, 2005, p. 409).

## Alguns autores entendem que direitos fundamentais são uma das espécies do gênero direitos humanos.

Por sua vez, outros entendem que as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, apesar de serem utilizadas com significado idêntico, são distintas.

## Carla Ribeiro Volpini Silva argumenta:

A principal característica dos Direitos Humanos é a universalidade, uma vez que os direitos humanos possuem em vasto campo de aplicabilidade e validade. [E por sua vez,] já os direitos fundamentais são direitos estabelecidos juridicamente a uma determinada nação através de sua constituição. Mais do que isto, eles constituem um elemento básico para a concretização do princípio democrático. (SILVA apud SALIBA; ALMEIDA; GOMES JÚNIOR, 2010, p. 79-80).

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, a expressão “direitos humanos” é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, possuem índole filosófica e não têm como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular. Essa expressão é empregada, também, para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional. Já a expressão “direitos fundamentais” é utilizada para designar os direitos relacionados às pessoas, inscritos em textos normativos de cada Estado. São direitos que vigoram numa determinada ordem jurídica, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado estabelece (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 234).

E, para atingir esses objetivos fundamentais (aos quais se acresce o princípio da prevalência dos direitos humanos – art. 4º, II, da CF), o Estado tem que se organizar no *facere* e *praestare*, incidindo sobre a realidade social. É aí que o Estado de direito transforma-se em Estado Democrático de Direito, na lição de Ada Pellegrini Grinover (apud SALIBA; ALMEIDA; GOMES JÚNIOR, 2010, p. 3).

Nesse sentido, o acesso à Justiça como direito fundamental se afigura como uma forma de resposta do próprio Estado ao cidadão, que, cada vez mais carente e isolado, busca solução para os seus problemas e litígios.

Diante dessa realidade, no Brasil, ocorreu a instituição da justiça gratuita. Isto, todavia, tem sido insuficiente, porque muitíssimos, constantemente, não se conscientizam de que têm direitos e, caso tenham, não dispõem de condições de “tráfego” social para lograr obter o patrocínio de um advogado, conforme salienta Arruda Alvim (apud SALIBA; ALMEIDA; GOMES JÚNIOR, 2010, p. 36).

Apesar do acesso à Justiça ao “abrir as portas do Poder Judiciário” à população, crê-se que houve efetivo avanço, no entanto, ainda são necessárias mudanças, consideradas urgentes e exemplares.

O tema efetivamente é apaixonante, e não se pode deixar de observar o que aduz Jayme Vita Roso, tratando sobre o Poder Judiciário, em excelente trabalho: “A sociedade brasileira não está satisfeita com a prestação jurisdicional, pelo custo elevado dos processos e pela eternidade que eles demoram para satisfazer os interesses dos litigantes.” (ROSO, 2004, p. 36).

Nesse sentido, esclarece Fernando da Fonseca Gajardoni:

[...] brevidade e segurança são forças antagônicas que têm de conviver. Como operadores do direito, o nosso papel é mediar esse constante conflito, fazer com que essas forças se conciliem, da melhor maneira possível. (GAJARDONI apud SALIBA; ALMEIDA; GOMES JÚNIOR, 2010, p. 134).

## **2.1. A compreensão teórica do direito fundamental de acesso à Justiça**

Inicialmente, cumpre abordar a compreensão teórica do tema acesso à Justiça, sendo este um “fenômeno jurídico” de extrema importância.

Os doutrinadores Mauro Cappelletti e Bryant Garth ensinam:

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

O direito fundamental de acesso à Justiça vem sendo enfrentado por diversos doutrinadores, tendo em vista a importância do tema.

O enfoque sobre o acesso à Justiça como movimento de pensamento constitui atualmente um dos pontos centrais de transformação do próprio pensamento jurídico, que ficou por muito tempo atrelado a um positivismo neutralizante que só serviu para distanciar o Estado

de seu mister, a democracia de seu verdadeiro sentido e a justiça da realidade social, na lição do ilustre professor Gregório Assagra de Almeida (apud SALIBA; ALMEIDA; GOMES JÚNIOR, 2010b, p. 170).

O acesso à Justiça, no nosso entendimento, tem seu marco teórico nas ideias e nos ideais de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988).

Tais juristas identificaram com clareza o assunto, expondo ainda a progressão teórica e histórica.

Tem assim, a existência da chamada “Primeira onda: assistência jurídica aos pobres”; aqui os autores apontam a necessidade da assistência judiciária aos pobres, que, em razão de sua situação econômica, não tinham possibilidade de acesso à Justiça.

Fica comprovado que a miséria e a exclusão social são fatores de distanciamento entre os sujeitos e o Direito, seja no momento anterior ao conflito (pela ausência de acesso a informação e orientação jurídica adequada), seja quando já instalado o obstáculo à convivência humana, ensejo em que a carência de acesso à representação judicial adequada e o alto custo das demandas contribuem para que a solução judicial dos conflitos permaneça distante da realidade dos menos favorecidos economicamente.

Alternativas como a inclusão de informação jurídica básica nos currículos escolares, estruturação e fomentação de serviços gratuitos de assessoria jurídica e judicial, procedimentos judiciais mais simples e baratos e criação de órgãos diferenciados e mais acessíveis (do que se pode citar como demonstrativo os Juizados Especiais brasileiros) são exemplos de iniciativas que, no mundo todo, vêm sendo pensadas para que seja ultrapassado aquele primeiro obstáculo.

Na sequência, a “Segunda onda: tutela dos direitos coletivos e difusos” busca soluções para a representação dos interesses difusos, compreendidos pelos interesses coletivos, superando assim o enfrentamento dos interesses dos pobres.

Tal movimento ganha força nos Estados Unidos, citando Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Nos Estados Unidos, onde esse mais novo movimento de reforma é ainda provavelmente mais avançado, as modificações acompanharam o grande quinquênio de preocupações e providências na área de assistência jurídica (1965-1970). (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 49).

Naquele momento, o processo civil tradicional era destinado apenas à solução de conflitos individuais, não alcançando os direitos coletivos e difusos.

Como soluções pensadas dentro da “Segunda onda” do movimento universal de acesso à Justiça, os juristas vêm propondo e implementando, já há décadas, instrumentos judiciais de tutela de interesses transindividuais como as *class actions* dos Estados Unidos da América, a *action collective*, na França, no Brasil, as ações civis públicas, o mandado de segurança coletivo, a ampliação da atuação do Ministério Público conforme Constituição Federal de 1988 e a própria ação popular.

Nesse aspecto, atualmente vivencia-se em nosso País enorme discussão jurídica sobre a necessidade de existência de um Código de Processo Coletivo, o qual certamente garantirá de forma efetiva o acesso à Justiça.

Entre renomados juristas, pode-se apontar Ada Pellegrini Grinover e Gregório Assagra de Almeida.

Dá-se destaque novamente a este último, que aponta pela necessária existência de um direito processual coletivo em nosso País, conforme se infere na excelente obra *Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro*, onde cita:

O modelo de proteção aos direitos e interesses difusos e coletivos, consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é o mais avançado do mundo e, por isso, é a partir dele que deve ser extraída a proposta de codificação do direito processual coletivo brasileiro, evitando-se a importação de modelos estrangeiros incompatíveis com o sistema pátrio. Os direitos coletivos estão inseridos na teoria dos direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/88). Portanto, essa diretriz constitucional fundamental, que forma uma nova *suma divisio*

no âmbito do sistema jurídico brasileiro, deve irradiar todo o sistema jurídico e vincular as construções jurídicas do País, principalmente à criação de um Código Brasileiro de Direito Processual Coletivo. (ALMEIDA, 2007, p. 5).

Por fim, a terceira onda, “A Terceira onda: o enfoque do acesso à Justiça”, busca alternativas para a solução de conflitos, uma vez que os mecanismos existentes ainda eram insuficientes ao efetivo acesso à Justiça.

Na atualidade, esse acesso é visto como uma necessária reforma do Poder Judiciário brasileiro, uma vez que este não atende à sua demanda, estando a maioria dos cidadãos sedentos por uma justiça célere e eficaz.

Com propriedade, aduzem Cappelletti e Bryant Garth:

O reconhecimento dessa necessidade urgente reflete uma mudança fundamental do conceito de ‘justiça’. No contexto de nossas cortes e procedimentos formais, a ‘justiça’ tem significado essencialmente a aplicação das regras corretas de direito aos fatos verdadeiros do caso. Essa concepção de justiça era o padrão pelo qual os processos eram avaliados. A nova atitude em relação à Justiça reflete o que o Professor Adolf Homburger chamou de ‘uma mudança radical na hierarquia de valores servida pelo processo civil’ (190). A preocupação fundamental é, cada vez mais, com a ‘justiça social’, isto é, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos direitos das pessoas comuns. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 93).

A última “onda” se ocupa principalmente do conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas, reconhecendo a influência da natureza do litígio na determinação dos instrumentos que tornem efetiva a proteção aos direitos emergentes, adaptando o processo ao litígio que busca resolver, segundo Alexandre César (2002, p. 65).

Essa “Terceira onda” coloca o movimento de acesso à Justiça diante do obstáculo dito “processual”: constata-se que os procedimentos



judiciais tradicionais não se mostram aptos a atingir satisfatoriamente o objetivo a que se propõem, demandam exagerada complexidade, duram e custam demais, permanecendo inacessíveis para a maior parte da população. Daí, a necessidade de criação de novos mecanismos para alterar tal realidade, entre eles exemplificativamente temos a arbitragem, a conciliação e a mediação como mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, que a cada dia vêm ganhando forças em nosso País.

Sobre o assunto, assim se manifesta Ada Pellegrini Grinover:

Princípio do acesso à Justiça. O tema do acesso à Justiça, dos mais caros aos olhos processualista contemporâneo, não indica apenas o direito de aceder aos tribunais, mas também o de alcançar, por meio de um processo cercado das garantias do devido processo legal, a tutela efetiva dos direitos violados ou ameaçados. Na feliz expressão de Kazuo Watanabe, o acesso à Justiça resulta no acesso à ordem jurídica justa.

Um dos mais sensíveis estudiosos do acesso à Justiça – Mauro Cappelletti – identificou três pontos sensíveis nesse tema, que denominou ‘ondas renovatórias do direito processual’:

- a) a assistência judiciária, que facilita o acesso à Justiça do hipossuficiente;
- b) a tutela dos interesses difusos, permitindo que os grandes conflitos de massa sejam levados aos tribunais;
- c) o modo de ser do processo, cuja técnica processual deve utilizar mecanismos que levem à pacificação do conflito, com justiça.

Percebe-se, assim, que o acesso à Justiça para a tutela de interesses transindividuais, visando à solução de conflitos que, por serem de massa, têm dimensão social e política, assume feição própria e peculiar no processo coletivo. (GRINOVER, s. d.).

Ultrapassado o ponto de vista do acesso à Justiça acerca das “ondas renovatórias”, observa-se que tal tema, na atualidade, alcança extrema importância em nosso meio jurídico. Portanto, conclui-se que o acesso à Justiça deve ser analisado de forma abrangente, uma vez que efetivamente se trata de uma espécie do gênero direitos fundamentais.

No entendimento de Cappelletti e Garth (1988, p. 13), o “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido, ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe alargamento e aprofundamento dos objetivos, métodos da moderna ciência jurídica.

São frequentes as discussões sobre o assunto, uma vez que temas como acesso à Justiça, agilidade do Poder Judiciário e moralidade pública, atualmente são exigências da sociedade moderna.

Não é mais possível a existência de um Poder Judiciário moroso, que não atenda aos interesses da sociedade. E, pior ainda, é inadmissível um Poder Judiciário que não dê condições de acesso a si mesmo pelos cidadãos. Desta forma, como citado, é de extrema importância em nosso mundo jurídico e social o acesso à Justiça, sendo este objeto de transformações sociais e garantias de exercício de direitos.

Sobre o assunto, destaque-se passagem do interessante artigo jurídico de Flávia Almeida Pita, intitulado “‘Acesso à Justiça’ *versus* ‘Opacidade do direito’: uma luta inglória?” – que aduz:

Carlos María Cárcova, nas conclusões de seu multicitado trabalho, salienta que ‘[...] é preciso ratificar, se for o caso, que uma parte da opacidade do direito não é uma fatalidade. É manipulação, ocultação, monopolização intencional do saber, estratégia de reprodução do poder. E que esse estado de coisas pode ser democraticamente modificado. E que vale a pena modificá-lo.’ (CÁRCOVA, 1998, p. 193).

A afirmação do autor argentino ecoa no mesmo tom do pensamento de muitos estudiosos do Direito e de disciplinas afins, preocupados com a tormentosa e fundamental questão do ‘acesso à Justiça’.

A expressão ‘acesso à Justiça’ traz em si uma complexidade imperceptível à primeira vista. Muitas vezes confundida com a simples questão do barateamento do custo do acesso dos economicamente menos privilegiados ao Poder Judiciário, ela exprime, entretanto, muito mais.

Boaventura de Souza Santos anota que, embora o tema tenha realmente se tornado centro das atenções a partir do pós-guerra, ele não é novo: já no princípio do século, em países como a

Alemanha e a Áustria, foram freqüentes as denúncias da discrepância entre a procura e a oferta da justiça e foram várias as tentativas para a minimizar, quer por parte do Estado (a reforma do processo civil levada a cabo por Franz Klein na Áustria), quer por parte dos interesses organizados das classes sociais mais débeis (por exemplo, os centros de consulta jurídica organizados pelos sindicatos alemães). (SANTOS, 1999, p. 167). A expressão popularizou-se definitivamente com o trabalho empírico, realizado em vários países durante a década de 70, coordenado por Cappelletti e Garth, e que resultou em uma obra de grande envergadura, intitulada, exatamente, 'Access to Justice: a worldwide movement to make rights effective'. (PITA, s. d., p. 12).

Efetivamente, o acesso à Justiça, na atualidade, afirma-se como o chamado movimento mundial de acesso à Justiça, sendo este fruto de mudanças importantes no Direito.

A atenção dos juristas, antes voltada para a ordem normativa, hoje somente tem sentido se também direcionada para a realidade social em que essa ordem normativa está inserida, voltada para a efetividade dos direitos, principalmente para os direitos constitucionais fundamentais, tal qual deduzido por Gregório Assagra de Almeida (2007, p. 13-14).

E ainda, sobre acesso à Justiça, cita Flávia Almeida Pita:

'O resultado do enfoque do acesso à justiça é uma concepção 'contextual' do direito. Em vez de uma concepção unidimensional, pela qual o direito e a ciência jurídica se limitam à declaração de normas, afirma-se uma concepção tridimensional: uma primeira dimensão reflete o problema, necessidade ou exigência social que induz à criação de um instituto jurídico; a segunda dimensão reflete a resposta ou solução jurídica, por sinal uma resposta que, além das normas, inclui as instituições e processos destinados a tratar daquela necessidade, problema ou exigência social; enfim, uma terceira dimensão encara os resultados, ou o impacto, dessa resposta jurídica sobre a necessidade, problema ou exigência social.' (CAPPELLETTI, 1994, p. 83).

A preocupação com a resposta social do fenômeno jurídico é característica marcante do conceito de acesso à justiça, do que resulta sua ligação à questão da 'opacidade' do Direito. O 'mo-

vimento mundial de acesso à Justiça’ estabeleceu seus objetivos a partir da identificação de uma série de problemas, entre os quais, em plano destacado, está o afastamento do Direito do ser humano cuja vida e relações intersubjetivas constituem seu objeto. Busca-se, então, potencializar, ao máximo, o que Cárcova chamou de ‘função paradoxal do Direito’ (1998, p. 167): reconhecendo-se a insuficiência da simples distribuição formal de direitos, igualdade e justiça – quando o Direito atua como simples mantenedor do *status quo* – para alcançar a sua real consecução fática – levando o Direito a exercer, também, seu papel transformador. (PITA, s. d., p. 12).

Por sua vez, Boaventura de Souza Santos afirma, nessa linha, que “tema do acesso à Justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica”, conclui, após:

Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadora. (SANTOS, 1999, p. 167).

Ademais, o acesso à Justiça constitui efetivo Direito Social.

A política social, no entanto, por muito tempo ignora o fato da desigualdade perante a lei. Como os direitos civis tinham sido conquistados contra o Estado, como liberdades negativas, isto é, liberdades estabelecidas contra o arbítrio do governo, eles se afastavam radicalmente da filosofia que presidiu o nascimento dos direitos sociais, baseada exatamente na obrigação do Estado de intervir em favor dos indivíduos. Aqui entra a contribuição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth e seus colaboradores. Em sua visão, a garantia dos direitos civis passa a ser obrigação do Estado, passa a ser um Direito Social. O Estado passa a ser responsável pela democratização do acesso à Justiça, pela redução da desigualdade real (em oposição à igualdade formal) perante a lei. Com essa intervenção, abriu-se à expansão

da democracia imenso campo até há pouco tempo desprezado. Ao mercado de massa, à participação política de massa, ao estado de bem-estar de massa, acrescenta-se o ideal de uma justiça de massa como coroamento da construção do cidadão moderno, conforme José Murilo de Carvalho (apud ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 1996, p. 289).

Efetivamente o tema “acesso à Justiça” é de grandeza ímpar, está diretamente ligado à democracia.

O desafio representado pela tarefa de suprimir o trágico distanciamento entre a promessa de direitos, posta solenemente nas constituições e nas leis, e a realidade de sua efetivação prática em um mundo cada vez mais sitiado em contextos globalizados, não permite mais perda de tempo, exigindo uma visão abrangente – por isso mesmo multidisciplinar – e permeada pelo humanismo como fonte inesgotável de inspiração a serviço de uma vida melhor e com maiores possibilidades para todos. Esta é a lição do ilustre Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Thiago Ribas Filho (apud ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 1996, p. 11).

Insta salientar que, aliado ao direito do acesso à Justiça, é necessário o direito à informação, a fim de que os afetados pela norma, pessoas físicas e jurídicas, efetivamente conheçam seus direitos e assim possa exigí-los. A informação é tão importante que Luiz Fernando Coelho afirma:

Paralelamente à globalização, é o fator informação o segundo elemento que converge para a transmodernidade. Apropriado pelas ciências sociais, este significante abrange tanto o fluxo das informações que produz o intercâmbio de conhecimentos, quanto o controle dos meios de informação. (COELHO, 2007, p. 41).

## **2.2. Uma análise da lei de assistência judiciária como instrumento de implementação do acesso à Justiça**

A lei de assistência judiciária é fruto de conquistas históricas, sendo certo que não é de hoje que se tem procurado facilitar o acesso do necessitado à Justiça.

A Constituição de 1946 consagrou, em termos expressos, o direito genérico de acesso ao Poder Judiciário, em especial em seu art. 141, § 35, que preceituava: “O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”. (BRASIL, 1946).

Em 1950 entrou em vigor a Lei nº 1.060, que em seu texto original dispunha sobre a prova da necessidade do benefício, que deveria consistir em atestado expedido pela autoridade policial ou pelo prefeito municipal.

O ápice da evolução chegou com a Lei nº 7.510, de 04/07/1986, que modificou substancialmente a redação do art. 4º da Lei nº 1.060/50, para estabelecer que a pura e simples declaração do interessado, de não estar em condições de custear o feito sem prejuízo próprio ou da família, geraria em seu favor a presunção relativa da necessidade.

A Lei nº 1.060/50, que estabelece as normas de concessão de assistência judiciária aos necessitados, deve ser interpretada em consonância com normas e princípios constitucionais, uma vez que se trata de normas fundamentais de aplicação plena e imediata (CF/88, art. 5º, § 1º) (BRASIL, 1950).

Para tal entendimento é necessário observar, portanto, que no citado art. 5º, inciso LXXIV, prevê a Constituição Federal: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. (BRASIL, 1988).

Com o intuito de facilitar o acesso de todos à Justiça, conferiu o legislador constituinte a todo aquele que comprovar que sua situação econômica não lhe permite pagar os honorários advocatícios e custas judiciais, sem prejuízo para seu sustento e o de sua família, um direito público subjetivo, qual seja, a assistência jurídica integral e gratuita, contemplando o pagamento de honorários de advogado, perito, além da isenção de todas as despesas e custas processuais.

A atual Constituição incluiu, entre os direitos e garantias fundamentais, o da assistência jurídica integral e gratuita pelo Estado aos desprovidos de recursos. Substituiu o conceito de “assistência judiciária” pelo de “assistência jurídica”, como vinha expresso nos textos normativos anteriores.

O atributo compreende tudo o que seja jurídico, fazendo jus os necessitados à dispensa de pagamento não apenas na esfera judicial, mas perante quaisquer órgãos públicos, em todos os níveis, como os notariais, ou seja, tal assistência jurídica também poderá ser ofertada na esfera extrajudicial. Ou seja, houve considerável ampliação de tal benefício, que deixa de ser ter objetivo único de assistência judiciária, para ser a assistência jurídica, sendo esta bem mais ampla.

A assistência jurídica engloba:

- a) “justiça gratuita”, que dispensa o pagamento de custas e despesas relativas a atos judiciários;
- b) “assistência judiciária”, possibilitando o acesso ao serviço profissional do advogado, custeado pelo Estado, para que postule em favor do desprovido de condições econômicas para arcar com os honorários desse profissional.

Até no plano jurisdicional, o direito de acesso à Justiça não é só o direito de ingresso ou o direito à observância dos princípios constitucionais do processo, mas também o Direito constitucional fundamental de obtenção de um resultado adequado da prestação jurisdicional, segundo Gregório Assagra de Almeida (2010a, p. 171).

Não há nenhuma exclusão no referido texto constitucional da pessoa jurídica em ser beneficiária da assistência jurídica prestada pelo Estado.

Corroborando ainda o acima exposto, a Constituição Federal de 1988 consagra a garantia da isonomia processual.

Esta garantia constitucional no processo decorre, principalmente, do disposto no *caput* do art. 5º, o qual cita:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988).

Pelo princípio da isonomia processual, tem-se que a igualdade é um dos pontos básicos da democracia. Deste princípio decorrem outros assegurados em nossa Constituição, tais como: a proibição de racismo (art. 5º, XLII), a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX), a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI), a exigência de aprovação prévia em concurso público para investidura em cargo ou emprego público (art. 37, II) e ainda o princípio da isonomia tributária (art. 150, II).

O princípio da isonomia é de extrema importância, sendo certo que Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino assim explicitaram:

*A igualdade na lei* tem por destinatário precípua o legislador, a quem é vedado valer-se da lei para estabelecer tratamento discriminatório entre pessoas que mereçam idêntico tratamento, enquanto a *igualdade perante a lei* dirige-se principalmente aos intérpretes e aplicadores da lei, impedindo que, ao concretizar um comando jurídico, eles dispensem tratamento distinto a quem a lei considerou iguais. Alexandre de Moraes aponta mesmo uma 'tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade – limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular'. (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p. 115).

Assim, a Lei Maior de nosso país não distinguiu a pessoa física da pessoa jurídica, e tal norma não deve ser interpretada restritivamente, o que garante à pessoa jurídica todos os direitos assegurados à pessoa física, em razão da citada isonomia.

Nesse ponto, cumpre observar que moderna jurisprudência também não distingue a pessoa jurídica da pessoa física, em vários aspectos, inclusive sendo a pessoa jurídica passível de sofrer dano moral, tal como explicitado na Súmula nº 227 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.” (BRASIL, 1999).

Vencida a premissa da citada isonomia, deve se abstrair da norma constitucional a maior efetividade. Ademais, cabe aqui ressaltar o princípio da efetividade, segundo Gregório Assagra de Almeida:



As disposições constitucionais devem ser interpretadas de forma que delas se consiga a maior efetividade possível. Dentro dessa idéia não haveria norma constitucional inútil. Todas as normas constitucionais têm condições para produzirem efeitos. (ALMEIDA, 2007, p. 75).

Sobre o princípio da efetividade, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino o nomeiam como princípio da máxima efetividade, ou ainda, princípio da interpretação efetiva:

[...] embora sua origem esteja ligada à eficácia das normas programáticas, é hoje princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, sendo, sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais (em caso de dúvida, deve-se preferir a interpretação que lhes reconheça maior eficácia). (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p. 72).

José Tarcízio de Almeida Melo assim entende:

Os preceitos fundamentais detêm máxima efetividade, no ordenamento jurídico, ou seja, quando confrontados com outros preceitos, são superiores e impõem interpretação conforme a eles. A lei tem função de ligação entre os termos gerais e o caso concreto. A jurisdição desempenha papel na solução ao conflito entre pessoas. Pouco importa que se trata de pessoas públicas ou privadas. A supremacia da Constituição e, especialmente, de seus preceitos fundamentais está além da qualidade do Direito dos respectivos sujeitos. Os preceitos são fundamentais sobre as relações públicas ou privadas. Logo, esses preceitos aplicam-se como os meios do processo constitucional como do processo civil ou comum. (MELO, 2008, p. 304).

E, por fim, argumenta José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior:

A própria ideia de efetivação, de execução da Constituição, é uma idéia muito cara ao constitucionalismo dirigente.

Podemos reconhecer em Norberto Bobbio (*A era dos direitos*) a vinculação entre a consagração de direitos em uma Constituição e sua

efetivação. Para Bobbio o problema dos direitos fundamentais no final do século XX não era mais o da expansão do rol de direitos, mas sim o grau de sua efetivação. (BARACHO JÚNIOR, 2008, p. 104).

Cumpra ressaltar que as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, a qualquer momento, cabendo aos aplicadores do direito conferir tal aplicabilidade e ainda maior eficácia possível, independentemente de regulamentação pelo legislador ordinário.

Nesse contexto, conjugando-se a garantia da isonomia processual e o princípio da efetividade, a norma constitucional não pode ser interpretada de forma restritiva, e sim de forma irrestrita e aberta, como anteriormente citado.

Não há nenhuma proibição expressa na Constituição Federal, exceção ou mesmo distinção da pessoa física para a pessoa jurídica.

Dentro deste contexto, a Lei nº 1.060/50 também não exclui dos benefícios concedidos por seus preceitos a pessoa jurídica, senão vejamos:

Art. 2º Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no País, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único – Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. (BRASIL, 1950).

Como visto, a Lei nº 1.060/50 prevê benefícios aos nacionais ou estrangeiros, não havendo assim distinção entre pessoa física ou jurídica, observando tão somente que a pessoa seja residente no país, o que por analogia entendem-se as empresas aqui estabelecidas, nacionais ou estrangeiras, desde que preenchidos os demais requisitos da citada lei, em especial a condicionante no art. 2º, de que seja a pessoa beneficiária da assistência judiciária uma pessoa necessitada.

Não se pode perder de vista que a assistência jurídica aos necessitados nos termos da presente lei, conjugado entendimento com os textos constitucionais já citados, deve ser proporcionada de forma integral, englobando não somente o pagamento das custas processuais, mas todas as despesas do processo; deve haver também a necessária representação judicial por meio das defensorias públicas (União, Estados) e eventualmente pela defensoria pública municipal, para as hipóteses de pessoas jurídicas que não dispõem de recursos para contratar um advogado e arcar com os honorários advocatícios, sem prejuízo do sustento próprio, ou seja, sua manutenção.

Nesse aspecto, a Lei nº 1.060/50 é expressa:

Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

- I – das taxas judiciárias e dos selos;
- II – dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;
- III – das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;
- IV – das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;
- V – dos honorários de advogado e peritos;
- VI – das despesas com a realização do exame de código genético - DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade. (Incluído pela Lei nº 10.317, de 2001).

Parágrafo único. A publicação de edital em jornal encarregado da divulgação de atos oficiais, na forma do inciso III, dispensa a publicação em outro jornal. (Incluído pela Lei nº 7.288, de 1984). (BRASIL, 1950).

Da redação do art. 2º dessa Lei nº 1.060/50, verifica-se a total compatibilidade de suas disposições albergarem também as pessoas jurídicas, tendo-se em vista que existem casos em que uma pessoa jurídica está numa

situação econômica em que não é possível pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio.

Dessa forma, conjugando a garantia da isonomia processual (art. 5º, *caput*, da CF/88) com a expressa previsão de assistência jurídica do Estado (art. 5º inciso LXXIV) e com a interpretação do art. 2º da Lei nº 1.060/50, tem-se por cabível a assistência jurídica gratuita à pessoa jurídica no Brasil.

Coadunam-se com este entendimento Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Por fim, cabe ressaltar que esse benefício da gratuidade constitui direito público subjetivo reconhecido tanto à pessoa física quanto à pessoa jurídica de direito privado, independentemente de esta possuir, ou não, fins lucrativos, desde que devidamente comprovada a insuficiência de recursos para suportar as despesas do processo e o pagamento da verba honorária. Entretanto, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tratando-se de pessoa jurídica – com ou sem fins lucrativos –, impõe-se-lhe, para efeito de acesso ao benefício da gratuidade, o ônus de comprovar a sua alegada incapacidade financeira, não sendo suficiente, portanto, ao contrário do que sucede com a pessoa natural, a mera afirmação de que não está em condições de pagar as custas do processo e honorários advocatícios. (PAULO; ALEXANDRINO, 2010, p. 1970).

O professor Araken de Assis assim entende:

O direito mencionado recebe inúmeras designações. Elas carecem de importância. Sua tônica avulta no caráter universal. Iniciando pelas pessoas naturais, da sua concepção à morte, e abrangendo as pessoas jurídicas; os nacionais e os estrangeiros; e até entes despersonalizados (art. 12, III, IV, V, VII e IX), todos podem invocá-lo sem exceções. (ASSIS, 1998, p. 162).

As considerações a respeito da necessidade econômica a presidir o conceito de necessitado no art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 1.060/50, sugerem que as pessoas jurídicas se apresentam como dignas de gratuidade. (ASSIS, 1998, p. 200).

E, por fim, o brilhantismo de tais considerações encontra forte fundamento nas mesmas palavras do professor:

Ora, o art. 5º, LXXIV, da CF/88, não distingue entre pessoas físicas e jurídicas, no âmbito da assistência jurídica, que é mais abrangente do que gratuidade. E a circunstância de o dispositivo se situar dentre os direitos e garantias individuais nada significa, porque o art. 5º se aplica a ambas, indiferentemente, inclusive protegendo as pessoas jurídicas da interferência estatal (inc. XVIII) e da dissolução compulsória (inc. XIX). (ASSIS, 1998, p. 167).

Ademais, a assistência jurídica aos hipossuficientes dever ser proporcionada pelo Estado de forma integral, ou seja, a dificuldade de pagamento das custas e despesas do processo deve ser contornada com a isenção das taxas judiciárias e a questão dos honorários advocatícios deve ser suprida com a representação judicial por meio de Defensoria Pública dos Estados.

Por fim, Araken de Assis ensina:

No assunto, impõe-se distinguir três institutos: primeiro a assistência jurídica integral, acima referida e que compreende consulta e orientação extrajudicial, representação em juízo e gratuidade do respectivo processo; em seguida, assistência judiciária, ou seja, o serviço público organizado, consistente na defesa do assistido em juízo, que deve ser oferecido pelo Estado [...]; e, finalmente, a gratuidade da justiça. (ASSIS, 2001, p. 75-76).

Da mesma opinião é Nelson Nery Júnior, quando preleciona que a assistência jurídica da Constituição Federal atual tem conceito abrangente que abarca a consultoria e a atividade jurídica extrajudicial em geral, prestando informações no que tange a aspectos legais, sobre comportamentos a serem seguidos diante de problemas jurídicos e, ainda, propondo ações e defendendo o necessitado nas demandas em face dele propostas. (NERY JUNIOR, 2002, p. 97).

Conforme o magistério de Moacyr Amaral Santos (1995, p. 313), a assistência judiciária compreende as isenções de taxas, emolumentos

e custas, das despesas com publicações, das indenizações devidas às testemunhas e também dos honorários de advogados e peritos.

Vicente Greco Filho corrobora a opinião e acrescenta:

[...] a assistência judiciária compreende as isenções das taxas, dos emolumentos e custas, das despesas com publicações, das indenizações devidas às testemunhas e também dos honorários de advogados e peritos. Paralelamente à dispensa desses encargos, compete ao Estado manter advogados públicos para o atendimento dos necessitados, o que é feito em alguns Estados pelos Advogados ou procuradores do Estado e, em outros, pelos chamados defensores públicos. (GRECO FILHO, 2002, p. 29).

Neste sentido encontra-se respeitável arresto transcrito a seguir:

A assistência judiciária é direito constitucional conferido às pessoas necessitadas, tanto naturais como jurídicas, abrangendo não só as custas iniciais do processo e demais emolumentos devidos ao Estado, como também os honorários advocatícios de ambas as partes. (MINAS GERAIS, 1987).

Ainda sobre a “Assistência Judiciária – Pessoa Jurídica – Admissibilidade”, transcreve-se abaixo escoreta decisão do STJ, *in verbis*:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – Pessoa Jurídica – Admissibilidade.

É admissível possa a pessoa jurídica pedir e obter assistência judiciária. A Lei não distingue entre os necessitados (Lei 1.060/50, artigo 2º e parágrafo único). (BRASIL, 1997).

Por sua vez, merece especial destaque o entendimento sobre a possibilidade de pessoas jurídicas serem destinatárias de direitos e garantias fundamentais.

Ronaldo Pinheiro de Queiroz, citando Manoel Gonçalves Ferreira Filho; José Afonso da Silva e Alexandre de Moraes, aduziu:

Só podem ser auferidos por pessoas físicas, ou pessoas jurídicas também seriam beneficiárias?

Contudo, o entendimento que prevalece na doutrina é que os direitos e garantias fundamentais têm como destinatários tanto as pessoas físicas, como as pessoas jurídicas. Esse é o magistério de constitucionalistas do tomo de Ferreira Filho (1990, p. 26), Silva (1997, p. 89) e Moraes (2002, p. 63).

[...] Dessarte, não há dúvida de que os direitos e garantias fundamentais têm também como destinatários as pessoas jurídicas, as quais podem deles fazer uso sempre que forem compatíveis com sua existência e razão de ser. (QUEIROZ, 2003, p. 228).

### 3. A garantia constitucional de acesso à Justiça

Vencida a premissa de que a assistência judiciária também é aplicável à pessoa jurídica, temos que a garantia da “inafastabilidade do Judiciário” concretiza a efetividade do acesso à Justiça da empresa.

No que tange aos direitos e às garantias constitucionais fundamentais, o princípio da efetividade aplica-se em seu grau máximo, conforme se depreende do parágrafo 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que impõe a aplicabilidade imediata desses direitos e garantias constitucionais fundamentais (ALMEIDA, 2007, p. 76).

No Brasil, a questão do acesso à Justiça tem expressão com o declínio da ditadura militar, e ao final da década de 80, já no Estado Democrático de Direito, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que garante aos jurisdicionados o acesso à Justiça como garantia fundamental. Esta garantia alberga o direito de acesso à Justiça, tanto o direito de ação quanto o direito à defesa.

A qualquer momento, em que houver ameaça ou violação de algum direito, poderá o Poder Judiciário ser chamado a intervir, cabendo a ele a competência para a decisão final, conforme o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “Art. 5º [...], XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.(BRASIL, 1988, grifo nosso).

A abertura da “via judiciária” como meio de proteger os direitos fundamentais da pessoa física, bem como direitos da pessoa jurídica, deve ser concebida como uma garantia sem possibilidade de acolher lacunas.

A amplitude desse princípio, também denominado de “inafastabilidade do controle judiciário”, implica se considerar a existência de meios processuais que protejam o cidadão ou a empresa contra todos os atos do poder público, quer sejam atos de administração, quer legislativos e jurisdicionais. Consagra, outrossim, a existência de uma jurisdição comum competente para apreciar a demanda, sem prejuízo, porém, para que outras jurisdições especiais sejam estabelecidas para o exercício dessa missão.

Não se pode aqui deixar de observar e apontar novamente o entendimento de Gregório Assagra de Almeida, que demonstra a importância da garantia do acesso à Justiça:

O enfoque sobre o acesso à Justiça como movimento de pensamento constitui o ponto central da transformação do próprio pensamento jurídico, o qual ficou por muito tempo atrelado a um positivismo neutralizante, que só serviu para distanciar o Estado de seu mister, a democracia do seu verdadeiro sentido e a justiça da realidade social.

[...] A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 demonstra preocupação quanto à proteção e efetivação dos direitos ao consagrar o acesso amplo e irrestrito à justiça (art. 5º, XXX), ao conferir dignidade constitucional a um rol enorme de ações constitucionais, individuais e coletivas, especialmente coletivas (art. 5º, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXIII e 129, III, etc.) e também ao determinar a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais (art. 5º, § 1º).

A aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais é garantia constitucional fundamento e, portanto, cláusula pétrea, sendo-lhe incompatível interpretação restritiva. A aplicabilidade imediata tem incidência tanto em relação aos direitos e garantias constitucionais fundamentais individuais, quanto aos coletivos.



A exigência de efetividade dos direitos é diretriz que traça o espírito da CF/88; sua incidência alcança todos os planos do exercício do poder. A própria exigência de eficiência da administração pública, na condição de princípio da administração pública (art. 37, *caput*, da CF/88), decorre dessa visão principiológica em torno da efetividade dos direitos.

[...] A própria compreensão da Constituição somente tem sentido se levado em consideração o plano da sua aplicação. Pela nova hermenêutica constitucional, fala-se em interpretação-concreção da Constituição como lei fundamental. Portanto, o verdadeiro sentido da Constituição prende-se à sua concretização. (ALMEIDA, 2008, p. 280; 286-287).

E ainda, demonstrando o alcance dos direitos fundamentais, argumenta Assagra de Almeida:

Tecidas essas considerações, conclui-se, no plano da dogmática jurídica, que direitos fundamentais são todos os direitos, individuais ou coletivos, previstos expressa ou implicitamente em determinada ordem jurídica e que representam os valores maiores nas conquistas históricas dos indivíduos e das coletividades, os quais giram em torno de um núcleo fundante do próprio Estado Democrático de Direito, que é justamente o direito à vida e à sua existência com dignidade. (ALMEIDA, 2008, p. 310).

Com a garantia constitucional do acesso à Justiça, após a Constituição Federal de 1988, diversas transformações já ocorreram em nosso ordenamento processual, entre elas, a Ação Popular, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, os Juizados Especiais de Bairro, a Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, além das Defensorias Públicas, da ampliação da *legitimatío ad causam* do Ministério Público, da “abertura” dos Juizados Especiais a microempresas, entre outras.

Não se perca de vista ainda outro aspecto importante:

[...] a supremacia da Constituição sobre os demais comandos normativos é o fundamento natural para a existência do controle da cons-

titucionalidade das leis e dos atos normativos em geral. Assim, pela orientação decorrente do princípio da supremacia da Constituição, qualquer atividade interpretativa se assentaria no pressuposto de que existe uma inquestionável superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos. (ALMEIDA, 2007, p. 72).

### **3.1. Da forma de comprovação de estado de insolvência ou miserabilidade da pessoa jurídica para fins de concessão do benefício da justiça gratuita**

Como apontado anteriormente, é perfeitamente cabível o deferimento da assistência judiciária à pessoa jurídica.

No entanto, ao contrário do que vêm entendendo alguns tribunais, a comprovação do estado de necessidade da empresa se comprova pela declaração do estado de hipossuficiência financeira, e não por qualquer outro tipo de comprovação.

Tal declaração dever ser circunstanciada, a fim de provar a verossimilhança da alegação.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça vem manifestando-se no sentido de ser exigível a comprovação efetiva de a pessoa jurídica arcar com as despesas do processo sem o comprometimento de sua existência, conforme segue:

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. CARACTERIZAÇÃO DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. ATIVIDADES FILANTRÓPICAS OU DE CARÁTER BENEFICENTE. CABIMENTO.

1. A concessão de efeito suspensivo a recurso especial reclama a demonstração do *periculum in mora*, que se traduz na urgência da prestação jurisdicional no sentido de evitar a ineficácia do provimento final, bem como a caracterização do *fumus boni iuris*, consistente na plausibilidade do direito alegado.

2. Na hipótese dos autos, o *fumus boni iuris* resta evidenciado na jurisprudência dominante deste Tribunal Superior, segundo a qual é possível a concessão da gratuidade da justiça às pessoas

jurídicas com fins lucrativos, desde que comprovada a impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem comprometimento de sua existência. Confirmam-se os seguintes precedentes: EREsp 1015372/SP, Corte Especial, rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 01/07/2009; AgRg no Ag 1105821/RS, Segunda Turma, rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 25/8/2009; REsp 656.274/SP, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 11.6.2007.

3. O *periculum in mora*, por seu turno, evidencia-se também, pois, com o não cumprimento do recolhimento das custas processuais, nos termos do art. 257 do CPC, restará extinto o processo, com o cancelamento da distribuição, ficando a requerente, desta forma, impossibilitada de ver apreciada a sua tese levantada, causando-lhe, assim, lesão grave ao seu direito. A concessão desse efeito, outrossim, não imporá à requerida nenhum prejuízo.

4. Pedido cautelar procedente. (BRASIL, 2009).

No entanto, deste posicionamento é possível discordar.

A Constituição Federal jamais pode ser interpretada de forma restritiva, uma vez que se trata de uma norma “aberta”.

Prevê o já citado art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.” (BRASIL, 1988). Inexiste no texto legal a forma explícita dessa comprovação de insuficiência de recursos.

Desse modo, por analogia às pessoas físicas, para a concessão da assistência judiciária à pessoa jurídica, tal comprovação de insuficiência de recursos se resume à declaração da própria empresa, que assume não ter condições de arcar com as despesas e custas processuais, em detrimento de sua existência ou continuidade. Frise-se que tal declaração dever ser circunstanciada, a fim de provar a verossimilhança da alegação.

Portanto, conclui-se que a comprovação do estado de hipossuficiência financeira da pessoa jurídica se dará da mesma forma como a da pessoa física, ou seja, deverá a empresa também efetivar a declaração de hipossuficiência financeira, desde que circunstanciada.

Observe-se que, além do art. 5º da Constituição Federal já mencionado, a Lei nº 1.060/50, que trata da assistência judiciária, também não determina nenhum outro procedimento.

Certamente leis apontam tal caminho, no entanto, a responsabilidade nos permite também afirmar que a presente conclusão não está abrindo as portas para que empresários inescrupulosos procurem a Justiça sob o falso argumento de “serem pobres no sentido legal”, ou que a empresa “não tem condições de arcar com as custas do processo em detrimento de sua subsistência”.

Ressalte-se que existe exatamente em favor da parte contrária, que entender tal requerimento ser impróprio, o instrumento processual correspondente, ou seja, o incidente de impugnação ao pedido de assistência judiciária gratuita. Por este instrumento processual, a parte contrária, valendo-se do princípio do contraditório e da ampla defesa, tem todas as condições de demonstrar se a declaração firmada pela empresa que requereu a assistência judiciária é verdadeira ou não.

Em tal incidente, é cabível a produção de provas e, se demonstrada a falsidade da declaração, tendo-se em vista o real estado financeiro da pessoa jurídica, cabem ao Poder Judiciário as medidas criminais competentes pela falsidade do documento.

#### **4. Conclusão**

Este trabalho teve por escopo demonstrar as raízes do pensamento científico do acesso à Justiça, sua importância na condição de direito fundamental em nosso país e ainda seu alcance e sua influência sobre as pessoas jurídicas.

Com o acesso à Justiça, o direito se legitima, o direito ocorre, fundamenta-se e se perpetua, tornando-se instrumento de transformação social, cabendo a nós, operadores do direito, sermos ferramentas deste trabalho de transformação, a fim de assegurar uma justiça que tenha como princípios a efetividade e a concretude, e estas como normas e objetivos.

A garantia constitucional assegura o acesso à Justiça, e a norma deve ser interpretada de forma extensiva e não restritiva.

O texto constitucional impõe ao Estado o dever irrecusável de prestar a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, inclusive o pagamento de honorários advocatícios, quando inexistir órgão estatal de assistência jurídica (Defensoria Pública).

A abertura da “via judiciária” como meio de proteger os direitos fundamentais da pessoa física, bem como direitos da pessoa jurídica, deve ser concebida como uma garantia sem possibilidade de acolher lacunas. Os princípios da supremacia da Constituição e da máxima efetividade devem ser aplicados sem restrições.

Vive-se numa época de efetiva transformação do direito, em que uma nova divisão do direito, *summa divisio*, floresce e ganha adeptos a cada dia, tendo como ilustre defensor o professor Gregório Assagra de Almeida.

Por sua vez, a Teoria Crítica do Direito tem subsidiado a metodologia da investigação em vários setores do saber jurídico, não desprezando as contribuições históricas da jusfilosofia, mas trata de recuperar as reflexões sobre o direito e a justiça, as quais representam aproximações às possibilidades de converter um direito conservador de privilégios classistas em um que acolha as reivindicações do povo excluído e lhe dê sustentáculo que somente uma ordem jurídica justa e igualitária poderá proporcionar.

Partindo do conceito de ideologia como categoria do pensamento crítico, o método proposto aponta o distanciamento entre o que é apresentado como benesses do direito e a realidade que se oculta sob os mitos engendrados pela Filosofia Jurídica e Política, destacando a inutilidade das leis perante a miséria moral dos aparelhos do Estado e da sociedade.

O que se busca incessantemente são melhores condições de vida, com dignidade, para toda a população, com saúde, moradia, alimentação, educação, segurança, trabalho, lazer e ainda o acesso à Justiça.

Aliado a isso, busca-se a todo custo uma justiça efetiva e concreta, que dê uma resposta satisfatória aos jurisdicionados.

Nesse aspecto, em conclusão deste trabalho, não se podem excluir as pessoas jurídicas dos benefícios da assistência jurídica, responsáveis por grande parte da riqueza nacional, e em especial as microempresas, fundamentais para o crescimento e a evolução de nosso país.

A possibilidade da assistência jurídica à pessoa jurídica constitui-se em efetiva medida de acesso à Justiça, e o estudo aqui empreendido nos leva a concluir que inexistente na legislação, tanto na Constituição Federal quanto na Lei nº 1.060/50, qualquer impedimento a tal concessão.

O fortalecimento de nossa Constituição, tanto pelo seu conhecimento quanto por sua aplicabilidade, será o fortalecimento de suas garantias, entre elas do acesso à Justiça, e, por consequência direta, o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e, principalmente, do desenvolvimento de nosso povo.

O acesso à Justiça da pessoa jurídica não tem nenhum impeditivo legal em nosso país, ao contrário, tem aplicação imediata, por se tratar de um direito fundamental.

## 5. Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. Teoria crítica do direito e o acesso à Justiça como novo método de pensamento. *MPMG Jurídico*: Revista do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 8-17, jan./mar. 2010a.

\_\_\_\_\_. Teoria crítica do direito e o acesso à Justiça como novo método de pensamento. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Org.). *Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2010b, p. 159-177. v. 1.

ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo: sua evolução ao lado do direito material. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Org.). *Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2010, p. 21-40. v. 1.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008.

ASSIS, Araken de. *Doutrina e prática do processo civil contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. Benefício da gratuidade. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 73, p. 162-200, 1998.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A Ordem Social na Constituição brasileira. *Cadernos Adenauer: 20 anos da Constituição Cidadã*, Rio de Janeiro, Fundação Konrad Adenauer, v. 1, p. 101-113, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. *DOU*, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 2 jan. 2009.

\_\_\_\_\_. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. *DOU*, Rio de Janeiro, 19 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm)>. Acesso em: 5 jul. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. *DOU*, Rio

de Janeiro, 13 de fevereiro de 1950. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L1060.htm>>. Acesso em: 2 jan. 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar nº 319/SP, 2ª Turma, Relator: Min. Mauro Campbel Marques, Brasília, DF, 17 de novembro de 2009. *Dje*, 27 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2 abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 70.469/RJ, Relator: Min. Nilson Naves, Brasília, DF, 8 de abril de 1997. *DJU*, 16 jun. 1997. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 1 mar. 2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 227, de 8 de setembro de 1999. *DJ*, Brasília, DF, 8 out. 1999, p. 126. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.txt](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt)>. Acesso em: 1 jul. 2010.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARVALHO, José Murilo de. O acesso à Justiça e a cultura cívica brasileira. In: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *Justiça: promessa e realidade: acesso à Justiça em países ibero-americanos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996. p. 285-293.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo*. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CÉSAR, Alexandre. *Acesso à Justiça e cidadania*. Cuiabá: Universidade Federal do Mato Grosso, 2002.

COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro: transmodernidade, direito, utopia*. 2. ed. Porto Alegre: Juruá, 2007.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Org.). *Direitos fundamentais e*



*sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2010, p. 131-158. v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*. São Paulo, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover\\_direito\\_processual\\_coletivo\\_principios.pdf](http://www.ufrnet.br/~tl/otherauthorsworks/grinover_direito_processual_coletivo_principios.pdf)>. Acesso em: 15 mar. 2010.

\_\_\_\_\_. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Org.). *Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2010, p. 1-20. v. 1.

MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Apelação nº 34.000, Relator: Juiz Bady Cury, Belo Horizonte, 21 de agosto de 1987. *Minas Gerais*, 22 ago. 1987. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 1 mar. 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. 5. ed. São Paulo: Método, 2010.

PITA, Flávia Almeida. “Acesso à Justiça” versus “opacidade do direito”: uma luta inglória?. Feira de Santana, BA: Universidade Estadual de Feira de Santana, [s.d.]. Disponível em: <[http://www.uefs.br/coldir/artigo\\_opacidade\\_do\\_direito\\_versao\\_revista.rtf](http://www.uefs.br/coldir/artigo_opacidade_do_direito_versao_revista.rtf)>. Acesso em: 16 abr. 2010.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. A pessoa jurídica pobre na forma da lei e sua proteção constitucional de acesso à justiça. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 40, n. 158, p. 227-232, abr./jun. 2003.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RIBAS FILHO, Thiago. Apresentação. In: ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (Org.). *Justiça: promessa e realidade: acesso à Justiça em países ibero-americanos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 1-83.

ROSO, Jayme Vita. *Anorexia da ética*. Belo Horizonte: Armazém de Idéias, 2004.

SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Org.). *Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2010. v. 1.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2.

SILVA, Carla Ribeiro Volpini. O universalismo e o relativismo cultural: impasse entre a efetivação dos direitos humanos internacionais e as práticas culturais permitidas pelos direitos fundamentais, mas abominadas pelo resto do mundo. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Org.). *Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2010, p. 75-88. v. 1.

Artigo recebido em: 23/10/2011.

Artigo aprovado em: 03/10/2013.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150012

**DA DEFINIÇÃO DO CARÁTER TÉCNICO-CIENTÍFICO  
PARA FINS DE ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE  
CARGOS PÚBLICOS: ASPECTOS JURÍDICOS DO  
ART. 37, XVI, B, DA CONSTITUIÇÃO À LUZ DA  
JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

RAFAEL THEODOR TEODORO

Analista jurídico

Ministério Público do Estado do Pará, Brasil

rafaelteodorort@gmail.com

## **1. Introdução**

No Direito Administrativo brasileiro, o conceito de cargo público está associado comumente a uma unidade indivisível de competência. Essa unidade expressa o lugar dentro da organização funcional da Administração Pública – seja ela direta ou indireta – que será ocupado por um agente público. A própria lei cuidou de definir cargo público como “o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor” (BRASIL, 1990).

A competência do agente público estabelecida nesses termos fica vinculada a uma pessoa jurídica de direito público. Logo, firma-se um elo institucional entre, de um lado, o agente público (servidor) e, de outro, a Administração que o recruta com vistas ao exercício de uma função pública.

Por se tratar de vínculo institucional, e não contratual, o ocupante de cargo público fica submetido a regras jurídicas previamente prescritas em lei, sob a forma de um “estatuto funcional” ou “regi-

me jurídico único”. São essas regras que passarão a disciplinar sua atividade funcional junto à Administração.

Logicamente, tal regramento baliza-se pela lei suprema – no caso brasileiro, a Constituição de 1988 (CF/1988). Nesse sentido, o texto constitucional adianta-se e prevê algumas normas restritivas à atividade do servidor em homenagem ao interesse público, que deve cercar a atuação administrativa.

Uma dessas regras é precisamente aquela que versa sobre a acumulação de cargos públicos. Prevista no art. 37, XVI, da CF/1988, com a redação dada pela EC nº 19/1998, temos a seguinte disposição:

Art. 37. [...]:

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. (BRASIL, 1988).

Interpretando essa norma, chega-se à conclusão de que, no Direito Administrativo brasileiro, a regra é a proibição da acumulação de cargos públicos, proibição esta que foi ampliada pelo próprio texto constitucional ao estatuir que:

Art. 37. [...]

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público. (BRASIL, 1988).

Reforça a regra a previsão constante do art. 118 da Lei 8.112/1990, Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União:

Art. 118. Ressalvados os casos previstos na Constituição, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos.

§ 1º A proibição de acumular estende-se a cargos, empregos e funções em autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios.

§ 2º A acumulação de cargos, ainda que lícita, fica condicionada à comprovação da compatibilidade de horários.

§ 3º Considera-se acumulação proibida a percepção de vencimento de cargo ou emprego público efetivo com proventos da inatividade, salvo quando os cargos de que decorram essas remunerações forem acumuláveis na atividade. (BRASIL, 1990).

Essa vedação ao acúmulo de cargos justifica-se ante a imprescindibilidade de que o servidor possa bem desempenhar sua tarefa cometida por lei. Nesse prisma, é fácil perceber que um agente público que acumulasse indiscriminadamente vários cargos na Administração teria sua eficiência prejudicada. Eis o porquê de essa regra restritiva ter sido enxertada na Constituição.

## **2. Requisitos constitucionais da excepcional possibilidade de acumulação lícita de cargos públicos**

Não obstante a regra seja a proibição da acumulação de cargos, o legislador constituinte estabeleceu no próprio inciso XVI do art. 37 algumas exceções. Assim, são três as hipóteses nas quais se admite o acúmulo lícito de cargos por servidores no exercício de algumas funções públicas: (a) dois cargos de professor; (b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; e (c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, desde que as profissões tenham sido regulamentadas por lei.

O requisito constitucional expresso comum a todas essas hipóteses é a *compatibilidade de horários*. Mais uma vez o legislador constituinte parte do pressuposto óbvio de que um servidor que trabalhe em horários incompatíveis não conseguirá desincumbir-se apropriadamente da sua tarefa administrativa.

Outro requisito para a licitude da acumulação de cargos é o de que a soma das remunerações percebidas pelo agente acumulador não pode superar o teto do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (CF/1988, art. 37, XI), sob pena de compatibilização forçada.

Assim, por ser a acumulação um direito nas hipóteses permitidas, há de se concluir que o servidor não pode ser impedido de acumular. Por ser proibida a superação do teto, conclui-se que os valores correspondentes ao segundo cargo ou emprego terão de ser retidos ao alcançarem, quando somados com os vencimentos do outro cargo ou emprego, o equivalente ao teto remuneratório (MELLO, 2009, p. 284).

Portanto, no Direito Administrativo brasileiro a acumulação de cargos é excepcionalmente lícita, contanto que o servidor esteja enquadrado em alguma das hipóteses inscritas no inciso XVI do art. 37 da CF/1988, comprove a compatibilidade de horários para o exercício dos dois cargos e submeta-se ao teto remuneratório do serviço público.

### **3. A definição de cargo técnico e científico na jurisprudência dos tribunais superiores**

No que diz respeito à possibilidade excepcional de acumulação de cargos públicos, um dos aspectos mais tormentosos com o qual se têm deparado a doutrina e a jurisprudência brasileiras é a definição do que vem a ser um cargo técnico ou científico.

A respeito dessa polêmica, Fernanda Marinela propõe o seguinte conceito:

Considera-se, para fins de acumulação, cargo técnico ou científico como aquele que requer conhecimento técnico específico na área de atuação do profissional, com habilitação legal específica, de grau universitário ou profissionalizante de segundo grau. Ressalte ainda que, para analisar a existência do caráter técnico de um cargo, exige-se a observância da lei infraconstitucional pertinente. (MARINELA, 2010, p. 654).

Apesar do conceito doutrinário proposto, o seu caráter aberto não se desfaz, motivo pelo qual é imperioso o papel da jurisprudência no estabelecimento de uma definição segura.

De início, é preciso ressaltar que os tribunais superiores têm apresentado uma tendência manifesta nessa seara, qual seja a de considerar que cargo técnico é tão somente aquele cujo ingresso exige titulação de nível superior ou técnico. Não estariam abrangidos, dessa maneira, aqueles cargos cujo exercício não pede qualificações específicas ou cujas atividades são meramente burocráticas.

A seguir, analisarei algumas das hipóteses já enfrentadas pela jurisprudência brasileira.

### 3.1. Escriturário

No julgamento do AIRR, a 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) deparou-se com o caso de um escriturário que tentou anular na Justiça do Trabalho um ato do Banco do Brasil que lhe exigiu optar entre o cargo de bancário e o de professor da rede pública do Rio Grande do Norte.

Apesar de comprovar a compatibilidade de horários, seu pedido foi julgado improcedente pelo juízo monocrático, posicionamento posteriormente mantido pelo TRT 21 (RN), sob o argumento de que a função de escriturário bancário exercida pelo reclamante não poderia ser considerada atividade de natureza técnica ou científica, uma vez que o seu ocupante não necessitaria de conhecimentos profissionais especializados para o desempenho das atividades inerentes ao cargo. No caso do escriturário de banco, todavia, o que predomina no exercício do cargo são atribuições concernentes ao serviço burocrático de uma instituição financeira.

Na instância superior, o escriturário não obteve sucesso. A 2ª Turma do TST manteve o entendimento do juízo *a quo*, reiterando que o cargo de escriturário de banco não tem natureza técnico-científica.

Esse mesmo entendimento foi aplicado no julgamento do AIRR pela 4ª Turma do TST. Nesse precedente, o relator fundamentou-se no entendimento de que, para um cargo ser considerado “técnico”, é preciso que suas atribuições sejam técnicas – ainda que não exclusivamente, mas pelo menos predominantemente em relação às atribuições meramente burocráticas.

Vejamos como ficou ementado o acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ACÚMULO DE CARGO DE ESCRITURÁRIO DO BANCO DO BRASIL COM O DE PROFESSOR DE MUNICÍPIO. IMPOSSIBILIDADE. A Corte Regional concluiu que ‘comprovado que o cargo de Escriturário não é considerado ‘técnico’ (fls. 76), a acumulação dele com o de Professor do Município de Natal/RN é proibida’ (fl. 240). A alteração da decisão com base nas premissas trazidas pelo Reclamante exige reexame de fatos e provas, procedimento vedado nesta instância extraordinária a teor da Súmula 126 desta Corte. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (BRASIL, 2014).

Sendo assim, de acordo com a jurisprudência do TST, o cargo de escriturário de banco não é cargo técnico. Consequentemente, não pode ser exercido concomitantemente com outro na Administração Pública, visto não se amoldar à exceção inscrita na alínea *b* do inc. XVI do art. 37 da CF/1988.

### 3.2. Técnico bancário

Em se tratando do cargo de técnico-bancário, a orientação é outra.

Em um caso concreto, um bancário lotado na Caixa Econômica Federal da cidade de Teresina buscou amparo judicial para legitimar o acúmulo de seu cargo com o de professor da rede estadual de ensino. O pedido foi julgado procedente pelo TRT 22 (PI). Inconformada, a CEF recorreu de revista ao TST.

A 3ª Turma então chancelou o posicionamento do Regional. Segundo afirmou o relator do acórdão, Min. Maurício Godinho Delgado, a função de técnico bancário está compreendida na expressão “cargo técnico” prevista na Constituição, haja vista a necessidade de prestigiar-se o incentivo dado pelo texto supremo à educação como um direito fundamental efetivado pelo exercício do magistério. De outra banda, seria ilusório supor que, em uma sociedade submetida ao capitalismo financeiro, o ocupante do cargo de “bancário” ou “financiarário” desempenhe função ‘não técnica’.



## Eis o acórdão:

RECURSO DE REVISTA. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. TÉCNICO BANCÁRIO E PROFESSOR DA REDE ESTADUAL DE ENSINO. POSSIBILIDADE. PERMISSÃO CONSTITUCIONAL PARA ACUMULAÇÃO DE UM CARGO DE PROFESSOR COM OUTRO, TÉCNICO E CIENTÍFICO (ART. 37, XVI, CF). É vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários entre dois de professor, ou entre um de professor com um técnico ou científico, ou entre dois privativos de profissionais da área da saúde com profissões regulamentadas, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal. A proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público (art. 37, XVI e XVII, CF). No presente caso, o Tribunal Regional, valorando fatos e provas, firmou seu convencimento no sentido de que *a função desempenhada pelo Autor exigia, indiscutivelmente, conhecimentos técnicos específicos e não poderia ser desempenhada por agente público sem peculiar habilitação. Logo, não se há falar em acumulação ilícita de cargos públicos, porquanto a função de técnico bancário, exercida pelo Reclamante, está abrangida pela expressão 'cargo técnico' prevista na Lei Maior, uma vez que esta exige conhecimentos especializados, ainda que bancários, financeiros, burocráticos e administrativos.* A regra constitucional de 1988 tem de ser lida em harmonia com o conjunto constitucional contemporâneo, em que se privilegia a educação, considerada como 'direito de todos e dever do Estado e da família' (art. 5º, caput, CF; grifos acrescidos), devendo ser 'promovida e incentivada com a colaboração da sociedade...' (art. 5º, caput, CF; grifos acrescidos). *A exceção constitucional do art. 37, XVI, b não pode ser gravemente restringida de maneira a desestimular, desincentivar e deixar de promover a educação – reduzindo, por vias transversas, o manifesto dever do Estado fixado no art. 205, caput, da CF, e o dever de colaboração educacional de todas as entidades sociais existentes, inclusive as empresas estatais. A par disso, enquadrar como não técnica a função bancária, que possui inegável sofisticação tecnológica, organizacional, profissional e racional, não condiz com os objetivos da Ciência e do Direito, que não ostentam interesse em segregar, discriminar, ex-*

*cluir – porém o inverso. Em uma sociedade, como a atual, dominada pelo império financeiro, não possui consistência técnica, sociológica, econômica, jurídica e científica desqualificar o bancário ou financeiro para o considerar como ocupante de função ‘não técnica’. Não bastasse tudo isso, os ocupantes dos cargos de bancários ou financeiros em entidades estatais são submetidos a rigorosos e disputadíssimos concursos públicos, tendo de ostentar impressionante conbecimento financeiro, administrativo, jurídico e outros convergentes – fato que torna ainda mais artificial o enquadramento feito pelo vetusto Decreto n.33.956, de 1954, publicado em matriz jurídica, cultural, administrativa e constitucional sumamente diversa do que a consagrada pela Constituição de 1988. Precedentes da 3ª Turma do TST. Recurso de revista conhecido, mas desprovido. (BRASIL, 2015, grifo nosso).*

Assim, percebe-se que a decisão da 3ª Turma vai de encontro à jurisprudência tradicionalmente abraçada pelos tribunais superiores, que, de ordinário, negam a natureza técnica do cargo de “técnico bancário”.

### 3.3. Fiscal

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já teve a oportunidade de decidir que o cargo de fiscal não se enquadra no conceito de cargo técnico-científico. Vejamos o acórdão:

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL - ACUMULAÇÃO DE CARGOS - FISCAL DE CONCESSÕES COM PROFESSOR DE FUNDAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - INEXISTÊNCIA DO CARÁTER TÉCNICO/CIENTÍFICO - VEDAÇÃO DO ART. 37, XVI, DA CF. 1 - As atribuições do cargo de Fiscal de Concessões e Permissões do Distrito Federal (“autuar veículos e motoristas em situação irregular; realizar vistorias; participar de operações especiais de controle de segurança de trânsito e preparar relatórios de ocorrências”), não exigem discernimentos técnicos, científicos ou artísticos, mas tão-somente conhecimentos burocráticos regulamentados pela própria Administração, sem qualquer outra complexidade. Inteligência do Decreto nº 35.966/54 c/c Resolução nº 13/90. 2- Desta forma, no caso concreto, fica afastada a possibilidade de cumulação do

cargo de Professor da Fundação Educacional do Distrito Federal com o de Fiscal de Concessões e Permissões do quadro de pessoal, também do Distrito Federal, já que este último não tem natureza técnica ou científica capaz de excepcionar a cumulação constitucional, nos moldes do que dispõe o art. 37, inciso XVI, b, da Constituição Federal, apesar da compatibilidade de horários entre os dois cargos. 3 - Precedente (RMS nº 7.006/DF). 4 - Recurso conhecido, porém, desprovido. (BRASIL, 2000).

Desse modo, o STJ adotou o entendimento de que a atividade de fiscal é meramente burocrática, não exigindo o arsenal de conhecimentos técnicos indispensáveis para legitimar a excepcional acumulação.

### 3.4. Técnico-judiciário

Também há precedente no STJ que nega a possibilidade de acumulação lícita dos cargos de professor e técnico-judiciário. Novamente, o Tribunal assentou no aresto o posicionamento de que tal função cinge-se ao desempenho de atividades eminentemente burocráticas.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. PROFESSOR E TÉCNICO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Constituição Federal vedou expressamente a acumulação de cargos públicos, admitindo-a apenas quando houver compatibilidade de horários, nas hipóteses de dois cargos de professor; de um cargo de professor e outro técnico ou científico; e de dois cargos privativos de profissionais de saúde.

2. E, para fins de acumulação, resta assentado no constructo doutrinário-jurisprudencial que cargo técnico é o que requer conhecimento específico na área de atuação do profissional.

3. Não é possível a acumulação dos cargos de professor e Técnico Judiciário, de nível médio, para o qual não se exige qualquer formação específica e cujas atribuições são de natureza eminentemente burocrática.

4. Precedentes.

5. Recurso improvido. (BRASIL, 2004).

Mas é preciso observar que o caráter “técnico” da atividade não está indissociavelmente atrelado, para fins de acumulação, ao nível superior exigido como pré-requisito para o exercício do cargo, como ficou definido em outro precedente importante:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. CARGO TÉCNICO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. O fato de o cargo ocupado exigir apenas nível médio de ensino, por si só, não exclui o caráter técnico da atividade, pois o texto constitucional não exige formação superior para tal caracterização, o que redundaria em intolerada interpretação extensiva, sendo imperiosa a comprovação de atribuições de natureza específica, não verificada na espécie, consoante documento de fls. 13, o qual evidencia que as atividades desempenhadas pela recorrente eram meramente burocráticas.

2. A recorrente não faz jus à acumulação de cargos públicos pretendida, apesar de aprovada em concurso público para ambos e serem compatíveis os horários, em razão da falta do requisito da tecnicidade do cargo ocupado, não merecendo reforma o acórdão vergastado.

3. Precedentes.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança improvido. (BRASIL, 2006).

Logo, o critério utilizado pelo STJ para a diferenciação do cargo ‘técnico’ do ‘não técnico’ não é o grau de escolaridade exigido no edital do concurso, senão o rol de atribuições em si mesmo considerados, se especializados ou de índole eminentemente burocrática.

#### 4. Conclusão

O regime jurídico dos ocupantes de cargos públicos assume o caráter de vínculo institucional com a Administração Pública. Justifica-se, dessa forma, o seu regramento previsto rigidamente em lei.

A Constituição de 1988 cuidou de estabelecer alguns limites básicos da atividade a ser desempenhada pelos agentes públicos. Uma delas é a restrição do inciso XVI do art. 37, que veda a acumulação remunerada de cargos públicos.

Excepcionalmente, porém, admite-se a citada acumulação, desde que observados dois requisitos: a compatibilidade de horários e o teto remuneratório.

Grande problema surge na interpretação da alínea *b* do inc. XVI do art. 37 da CF/1988. O conceito de cargo de ‘caráter técnico ou científico’, insculpido na Constituição, é aberto e, por isso mesmo, sua definição tem sido objeto de disputa acirrada nos tribunais.

Nesse sentido, conquanto não seja possível apontar uma tendência pacífica na jurisprudência dos tribunais superiores, tem prevalecido o entendimento de que ‘cargo técnico’ é apenas aquele cujo ingresso exige a titulação em nível superior ou técnico, de tal arte a excluir aqueles cujo exercício não reclama qualificação específica, ou cujas atividades são meramente burocráticas.

Apesar disso, tal jurisprudência não encerra a existência de decisões que, ao contrário da interpretação conservadora, não associam o caráter ‘técnico-científico’ do cargo a uma titulação de nível superior – até porque não prevista tal exigência no texto constitucional –, tampouco excluem a possibilidade de um cargo, como o de técnico-bancário, servir para a acumulação com outro de professor. Aqui se parte do escopo inclusivo do Direito e do próprio fundamento que inspira a proibição da acumulação remunerada de cargos do art. 37, XVI, b, que, ao excepcionar a acumulação, fê-lo com o propósito de fomentar o desempenho do magistério em apreço ao direito social fundamental à educação (CF/1988, art. 6º).

## 5. Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 15 de mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1134186/RS da Corte Especial, Rel.: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, DF, 1º de agosto de 2011. *DJe*, 21 out. 2011. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 8 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 7216/DF da Quinta Turma, Rel.: Min. Jorge Scartezzini, Brasília, DF, 26 de setembro de 2000. *DJ*, 13 nov. 2000, p. 149. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 14456/AM da Sexta Turma, Rel.: Min. Hamilton Carvalhido, Brasília, DF, 25 de novembro de 2003. *DJ*, 2 fev. 2004, p. 364. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 12352/DF da Sexta Turma, Rel.: Min. Paulo Medina, Rel. p/ Acórdão: Hélio Quaglia Barbosa, Brasília, DF, 30 de maio de 2006. *DJ*, 23 out. 2006, p. 356. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 20200-81.2011.5.21.0018 da Quarta Turma, Rel.: Min. José Roberto Freire Pimenta, Brasília, DF, 7 de novembro de 2012. *DJ*, 16 nov. 2012. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 45600-33.2011.5.21.0007 da Quarta Turma, Rel.: Min. Fernando Eizo Ono, Brasília, DF, 19 de fevereiro de 2014. *DJ*, 7 mar. 2014. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 827-82.2011.5.22.0003 da 3ª Turma, Rel.: Min. Maurício Godinho Delgado, Brasília, DF, 4 de março de 2015. *DJ*, 6 mar. 2015. Disponível em: <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em: 15 mar. 2015.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150013





6

Direito  
Administrativo

Artigo  
Comentário à Jurisprudência



# DIREITO ADMINISTRATIVO

## ARTIGO

---

### **CULTURA DO SEGREDO: A CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

### **CULTURE OF SECRECY: CORRUPTION IN PUBLIC ADMINISTRATION**

JOAQUIM ADELSON CABRAL DE SOUZA

Professor

Academia da Polícia Militar de Minas Gerais, Brasil

joaquim.adelson@gmail.com

**RESUMO:** Este artigo aponta a necessidade da substituição da cultura do segredo pela cultura do acesso na administração pública, sob pena de inviabilização do controle social. Ressalta o caráter duplice da corrupção como fenômeno local e transnacional. Denuncia, ainda, a insuficiência do princípio da publicidade para garantir o direito fundamental de acesso à informação. Por fim, afirma existir uma relação direta entre a confiabilidade de uma instituição e a implantação de uma cultura de acesso.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à informação; transparência; cultura do segredo; corrupção.

**ABSTRACT:** This article points the need of replacement of the culture of secret by the culture of access in public administration, at the expense of failure to have actual social control. One highlights the dual character of corruption as a local and transnational phenomenon. One also reports the defect of publicity to ensure the fundamental right to access to information. Finally, one claims that

there is a direct relationship between reliability of an institution and implement of a culture of access.

**KEY WORDS:** Access to information; transparency; culture of secrecy; corruption.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Macunaíma e Odorico Paraguaçu: as duas faces do jeitinho brasileiro. 3. O acesso à informação como *locus* privilegiado para a efetividade do controle social. 4. Princípio da máxima publicidade: o desafio da redução da cultura do segredo. 5. Conclusão. 6. Referências.

## 1. Introdução

Não são só ladrões, diz o santo, os que cortam bolsas ou espreitam os que se vão banhar, para lhes colher a roupa: os ladrões que mais própria e dignamente merecem este título são aqueles a quem os reis encomendam os exércitos e legiões, ou o governo das províncias, ou a administração das cidades, os quais já com manha, já com força, roubam e despojam os povos. Os outros ladrões roubam um homem: estes roubam cidades e reinos; os outros furtam debaixo do seu risco: estes sem temor, nem perigo; os outros, se furtam, são enforcados: estes furtam e enforcam. (Padre Antônio Vieira).

Assim como o consumo de drogas, o tráfico de armas, a violência e o engano parecem ter vencido a humanidade, convencendo-a a pactuar sua rendição, a ensarilhar armas e a desistir de qualquer tentativa de resistência, a corrupção também insiste em ferir o princípio constitucional da moralidade administrativa.

O menosprezo ao tema é uma atitude perigosa. Ignorá-lo é um equívoco fatal. O fato é que não se pode impunemente subestimar um fenômeno que possui potencial para empobrecer uma nação, desarticular os serviços públicos essenciais, impedir a implementação de um modelo gerencial de administração, fomentar a violência, enfraquecer instituições e valores, comprometer o desenvolvimento, perverter o Direito e empoderar pessoas, grupos e partidos políticos. Portanto, clara está a relevância estratégica da questão.

Seria de todo ingênuo cogitar a possibilidade de a corrupção se localizar apenas em determinada sociedade ou instituição. Trata-se de um problema com dimensão global, enfrentado diariamente por todos os países<sup>1</sup>. A transnacionalidade do fenômeno confere “onipresença” – atributo divino – a uma ostensiva manifestação maligna.

Entretanto, essa dimensão totalizante (planetária) do problema não poderia fundamentar um sentimento de consolo e irresponsabilidade para pequenos gestores (atores da ponta da linha); afinal, dir-se-ia, “a solução extrapolaria as possibilidades de uma medida local”.

Importante a visão de que o caráter transnacional pode provocar uma confortável ilusão de distanciamento do problema, mas a “onipresença” da corrupção aproxima-a do “jeitinho brasileiro”<sup>2</sup> – zona cinzenta moral – para solução de conflitos, dos despachos em gabinetes, dos atendimentos de rotina, das fiscalizações de rua e dos pequenos atos administrativos.

Feitas estas observações introdutórias, cabe esclarecer que não constitui objetivo deste artigo identificar e comparar instituições mais ou menos corruptas. Seria, se assim fosse, uma discussão estéril com grande probabilidade de equívocos metodológicos e impostura intelectual.

O objetivo deste artigo é destacar a garantia do direito de acesso à informação como importante ferramenta de controle social sobre a administração pública, pois a observância do princípio da publici-

<sup>1</sup> Pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, o Brasil promulgou a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003. Segundo o preâmbulo do instrumento internacional, estando os Estados partes da Convenção “convencidos de que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um *fenômeno transnacional* que afeta todas as sociedades e economias, faz-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela”. (grifo nosso)

<sup>2</sup> “O jeitinho, portanto, equivale a uma *zona cinzenta moral* entre o certo e o errado. Se uma situação é classificada como jeitinho, o que se está afirmando é que, dependendo das circunstâncias, essa situação pode passar de errada a certa. Não há uma regra universal e superior que regule o mundo para além das circunstâncias. O que existe são julgamentos caso a caso que podem concluir que, dependendo do contexto, se trata de algo certo ou errado.” (ALMEIDA, 2007, p. 47).

dade máxima<sup>3</sup>, em substituição a uma cultura<sup>4</sup> de segredo, possui elevada capacidade de aumentar a vigilância sobre o gestor público, que, independentemente do seu nível de atuação, se vê obrigado a promover a transparência de todos os seus atos.

## 2. Macunaíma e Odorico Paraguaçu: as duas faces do jeitinho brasileiro

A leitura da introdução deste artigo já antecipa o pressuposto básico de que não há, nunca houve e nunca existirá sociedade ou instituição humana livre de corrupção. Não há e nunca houve grupo, tipo sanguíneo ou genética favorecida que tenha permanecido imune ao vírus da corrupção. Afinal, em todo e qualquer humano, naturalmente, existe um demônio escondido (DOSTOIEVSKI, 1970, p. 247).

A doutrina judaica do povo escolhido não tornou aquela nação uma sociedade livre de corrupção<sup>5</sup>. O Destino Manifesto<sup>6</sup>, apesar de afiançar o caráter divino e sagrado da população norte-americana, não impediu o cometimento de atos repugnantes<sup>7</sup>. Muito menos a vergonhosa ideologia da raça superior ariana tornou o nazismo imune ao fenômeno. O próprio Hitler afirmou lutar contra ele:

---

<sup>3</sup> Por publicidade “máxima” não se entende publicidade “absoluta”, pois é a própria Constituição brasileira que ressalva os assuntos pessoais e as informações que afetam a segurança da sociedade e do Estado. Numa dimensão existencial em que interesses políticos e econômicos – nem sempre legítimos – estão impregnados na estratégia das ações humanas, paga-se um preço elevado pela ingenuidade.

<sup>4</sup> Para fins desta pesquisa, o termo “cultura” é usado como um conjunto de condutas e respostas aprendidas e compartilhadas pelos servidores públicos no tratamento da informação.

<sup>5</sup> Um sítio especializado em notícias de Israel publicou, no dia 18 de novembro de 2013, uma informação de que “a polícia de Israel prendeu hoje o ex-rabino mor de Israel, Jonas Metzger, por corrupção, uso de influência, poder e apropriação indébita, o que inclui um montante de milhões de shekels no caso que está alvoroçando o Estado de Israel”. (Disponível em: <<http://www.cafetorah.com/porta1/ex-rabino-mor-de-israel-foi-presopor-corrupcao-e-apropriacao-indebita>>. Acesso em: 29 nov.2014).

<sup>6</sup> Destino Manifesto é o pensamento de fundo religioso com discurso legitimador da política expansionista e intervencionista dos Estados Unidos no processo de civilização do resto do mundo.

<sup>7</sup> Cite-se o caso *Watergate*, que culminou com a renúncia de Richard Nixon. Contudo, recentemente o mundo descobriu que os EUA realizam espionagem para fins estritamente comerciais e econômicos, alegando sempre a política de segurança daquele país.

Um movimento que luta de forma tão áspera contra a corrupção partidária do nosso atual aparelho administrativo deve conservar sua própria organização limpa de semelhantes vícios. (HITLER, 1925, p. 314).

Com todas as cautelas sobre metodologias<sup>8</sup> de ranqueamento do nível de corrupção dos diversos países, não se pode desconsiderar que o Brasil é um país de baixíssima percepção de transparência e moralidade administrativa. E essa percepção dos níveis de corrupção relacionada ao financiamento de partidos políticos, à polícia e ao sistema judiciário, no caso brasileiro, já constitui uma preocupação permanente da sociedade e das instituições públicas. Assim, se é verdade que a corrupção é um problema supranacional e suprainstitucional, retoricamente combatida de modo indistinto por todos os partidos políticos, governos e ideologias, encontram-se, portanto, abertas a pesquisa questões como: (1) O que torna os Estados menos corruptos? (2) O que enfraquece a continuidade da corrupção em uma instituição?

O grande desafio é identificar medidas de prevenção que impeçam ou dificultem a metástase institucionalizada de comportamentos infectados pela corrupção. No Brasil, tem sido orgulhosamente apresentado o famoso “jeitinho brasileiro” como algo positivo, exaltando-se a capacidade do cidadão de buscar uma saída para situações indesejadas, com criatividade, solidariedade e bom humor. A outra face de *Janus*, porém, é que o jeitinho não é necessariamente honesto, já que a solução oferecida não precisa ser ética, legal ou digna. Basta manter o segredo.

O jeitinho brasileiro também se revela quando o cidadão suborna o agente público para evitar a multa de trânsito, quando oferece presentes para obter um ato administrativo favorável, quando arruma

---

<sup>8</sup> Geralmente, baseiam-se em pesquisas que apontam percepções subjetivas e organizacionais. De fato, ainda que seja um parâmetro mínimo, é manifesta a possibilidade de distorção entre a corrupção efetivamente instalada e a corrupção percebida pela população. Um governo populista e corrupto pode ser bem avaliado pela maioria dos cidadãos. Além do mais, identificar, investigar e condenar casos de corrupção não constituem tarefas simples. Sobre o assunto, ver ABRAMO, 2005, p. 33-37.

um “padrinho”, faz contrato de gaveta para evitar o fisco ou aplica golpes de estelionato nos incautos. Ocorre também quando a empresa “batiza” a gasolina, quando lança o valor de contas encerradas como lucro do banco ou quando oferece propina para ganhar uma licitação. A corrupção está presente quando o agente público dá uma “carteirada”, quando cria dificuldades para vender facilidades, quando faz “vista grossa” em casos de conflitos de interesses ou superfatura uma obra sob comissão.

No intuito de favorecer uma compreensão<sup>9</sup> da realidade, pode-se lançar mão de dois personagens da literatura como arquétipos de parte da elite política e de uma parcela representativa dos cidadãos comuns. Odorico Paraguaçu, personagem do romancista Dias Gomes, bem representa a classe política brasileira<sup>10</sup>, vista como inescrupulosa e corrupta. O prefeito de Sucupira, arquétipo da elite tupiniquim, sintetiza o discurso retórico e populista dos governantes que buscam manter o poder com demagogias carregadas de neologismos opulentos e cínicos.

Povo sucupirano! Agoramente já investido no cargo de Prefeito, aqui estou para receber a confirmação, ratificação, a autenticação e por que não dizer a sagração do povo que me elegeu. Eu prometi que meu primeiro ato como prefeito seria ordenar a construção do cemitério. Botando de lado os entretantos e partindo pros finais, é uma alegria poder anunciar que prafentemente vocês já poderão morrer descansados, tranqüilos e desconstrangidos, na certeza de que vão ser sepultados aqui mesmo, nesta terra morna e cheirosa de Sucupira. E quem votou em mim, basta dizer isso ao padre na hora da extrema-unção, que tem enterro e cova de graça, conforme o prometido. (GOMES, 1992, p. 31).

<sup>9</sup> “Na verdade, como acredita a maioria dos filósofos da ciência, e até mesmo dos cientistas, ciência e imaginário andam juntos. E, se o mito de Ícaro funda a aviação moderna, o de Édipo, narrado por Sófocles e reinterpretado por Freud, fundou a psicanálise. [...] A literatura, registrando os sonhos realizados, os não realizados e os por realizar da humanidade permite a revisão da história e da ciência, pois a literatura é um saber em expansão e lugar de entrecruzamento de todos os saberes.” (RÉGIS, 2014).

<sup>10</sup> Segundo o Ibope, as instituições em que os brasileiros menos confiam são justamente o Congresso Nacional (29%) e os partidos políticos (25%). (“Cai a confiança dos brasileiros nas instituições”, 2 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.ibope.com.br/pt-br/relacionamento/imprensa/releases/Paginas/Cai-a-confianca-dos-brasileiros-nas-instituicoes-.aspx>>. Acesso em: 4 fev.2014).



Assim como em Sucupira, o Brasil está recheado de discursos cheios de anúncios vazios, obras superfaturadas e inúteis, fala-se rotineiramente em desvios de verbas destinadas à saúde e à merenda escolar. E a realidade mais cruel é perceber uma assustadora passividade da maioria dos cidadãos comuns que aceitam e mantêm no poder um político que “rouba, mas faz”.

O outro arquétipo é Macunaíma, o herói sem caráter, personagem do livro escrito por Mario de Andrade em 1928. Na verdade, trata-se de um anti-herói. O personagem não é um político, não é rico nem agente público. É um índio avesso ao trabalho. Suas únicas palavras até os seis anos de idade foram: “Ai, que preguiça!”. Usa, em todo o tempo, a sua inteligência e a sua esperteza para se beneficiar.

O personagem de Odorico Paraguaçu, representando o pior da classe política, e o de Macunaíma, representando a apatia estratégica do cidadão comum, denunciam uma faceta cultural que afronta a dignidade do brasileiro. Entretanto, se é verdade que existe um legado histórico de corrupção que chegou à presente geração, todavia não há lei natural que obrigue a continuidade dessa “tradição”.

### **3. O acesso à informação como *locus* privilegiado para a efetividade do controle social**

Pode-se afirmar, com justiça, que o Brasil não se encontra inerte diante do problema da corrupção e tem adotado algumas medidas de combate e prevenção, aperfeiçoando instrumentos normativos e gerenciais que possibilitam a fiscalização, a investigação e a responsabilização civil, administrativa e penal de pessoas físicas e jurídicas envolvidas em eventos dessa natureza.

Vale destacar, dentre outras medidas já implementadas pelo Estado, a elaboração de uma Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCCLA)<sup>11</sup>, que atua desde o ano de 2003. Tra-

<sup>11</sup> A ENCCCLA foi criada por iniciativa do Ministério da Justiça, a fim de contribuir no combate sistemático à lavagem de dinheiro no país. Atualmente, cerca de 60 órgãos e entidades fazem parte dela, tais como Ministérios Públicos, policiais, o Poder Judiciário, órgãos de controle e supervisão – Controladoria Geral da União, Tribunal de Contas da

ta-se de uma articulação de diversos órgãos governamentais, Ministérios Públicos e da sociedade civil, que atuam, direta ou indiretamente, na prevenção e no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro.

No entanto, a criação da ENCLLA e diversas outras iniciativas<sup>12</sup> ainda não foram suficientes para transmitir à população que o Estado brasileiro está seriamente comprometido com o enfrentamento do problema da corrupção. Os cidadãos, afetados diretamente pelos desvios de recursos públicos, desacreditam<sup>13</sup> nos políticos, nas instituições policiais e no Judiciário.

A surpreendente capacidade de mobilização da população brasileira, com o auxílio das redes sociais, verificada nas grandes manifestações populares que se formaram nos espaços públicos da maioria das capitais, durante a Copa das Confederações de 2013, decorreu da insatisfação, ou antes, da desconfiança generalizada em suas instituições.

A passividade – inércia – que caracterizava a indignação da população em relação às mazelas do serviço público parece ter sido

---

União, Comissão de Valores Mobiliários, Conselho de Controle de Atividades Financeiras, Superintendência Nacional de Previdência Complementar, Susep, Banco Central do Brasil, Agência Brasileira de Inteligência, Advocacia-Geral da União, Federação Brasileira de Bancos, entre outros.

<sup>12</sup> Eis algumas medidas já adotadas: 1) a elaboração de uma Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA); 2) a instituição da sindicância patrimonial para regulamentar a declaração de bens e valores que compõem o patrimônio privado do agente público (Decreto nº 5.483/2005); 3) a criação do Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Atos de Improbidade Administrativa do Conselho Nacional de Justiça; 4) a promulgação da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, prevendo-se inclusive o acordo de leniência e o enfrentamento ao suborno transnacional; 5) a promulgação da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; 6) a promulgação da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal; 7) a promulgação da Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, que trata de casos de inelegibilidade; 8) a promulgação da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regula o direito fundamental de acesso à informação.

<sup>13</sup> Basta acompanhar a divulgação trimestral do Índice de Confiança na Justiça (ICJ) pelo endereço eletrônico da Fundação Getúlio Vargas.

substituída por um ativismo social presente somente em grandes momentos históricos. Seria de todo equivocados considerar o povo brasileiro, na qualidade de titular original do poder, como massa tolerante e alheia às decisões políticas:

O termo massa só se aplica quando lidamos com pessoas que, simplesmente devido ao seu número, ou à sua indiferença, ou a uma mistura de ambos, não se podem integrar numa organização baseada no interesse comum, seja partido político, organização profissional ou sindicato de trabalhadores. Potencialmente, as massas existem em qualquer país e constituem a *maioria das pessoas neutras e politicamente indiferentes*, que nunca se filiam a um partido e raramente exercem o poder de voto. (ARENDDT, 1989, p. 361, grifo nosso).

O amadurecimento do povo brasileiro durante as recentes manifestações é evidente. Tanto é assim que os grupos radicais, as táticas “black blocs”, as queimas de veículos, as depredações e quaisquer atos hostis são reiteradamente reprovados pela opinião pública e tachados de atos desprovidos de legitimidade democrática. Até mesmo a tentativa de aproximação de partidos políticos é conscientemente identificada pelos manifestantes como oportunista e prontamente isolada para não auferir créditos pela surpreendente capacidade de mobilização social das recentes manifestações populares.

Assim, torna-se previsível uma mudança de estratégia democrática do cidadão em busca de espaços alternativos mais seguros para provocar mudanças de rumo. É possível que, aos poucos, cada vez mais as pessoas percebam que os atos de violência podem comprometer a legitimidade das manifestações em via pública, fazendo com que o vandalismo e as depredações do patrimônio público e privado se tornem protagonistas nos espaços de mídia em detrimento do conteúdo dos atos de fala que pleiteiam as transformações necessárias ao desenvolvimento do país.

Importante refletir, portanto, sobre o uso do direito fundamental de acesso à informação, disponível eletronicamente a todo cidadão brasileiro, como meio adicional de promoção de atos de fala que

vinculam a administração pública. Hoje, além das vias públicas, a mobilização popular também pode se valer de um espaço virtual, de fácil acesso, não violento, legítimo, gratuito, e que gera obrigações de curtíssimo prazo para agentes públicos, sob pena de grave responsabilização política, judicial e administrativa.

A iminente descoberta do Serviço de Informações ao Cidadão (SIC) pelo povo brasileiro é uma inovação que pode surpreender tanto os usuários, quanto os agentes públicos. Na verdade, o SIC é um valioso instrumento de combate à corrupção e um *locus* privilegiado de controle social das ações governamentais. No entanto, embora materialize e facilite o exercício de um direito fundamental que hibernava desde a promulgação da Constituição da República de 1988, tal instrumentou assumiu plenitude operativa a partir da Lei nº 12.527, sancionada em 18 de novembro de 2011.

#### **4. Princípio da máxima publicidade: o desafio da redução da cultura do segredo**

Quanto maior a influência da cultura do segredo na administração pública, tanto maior será a possibilidade de continuar a corrupção nos diversos setores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Por outro lado, quanto maior for a observância do princípio da publicidade máxima, tanto maior será a confiabilidade das instituições. Em outras palavras, parte-se do raciocínio básico de que a transparência, além do seu caráter democrático, torna melhor a gestão pública e constitui meio operativo que permite o controle social da administração.

Os atos de corrupção contam com a cultura do segredo<sup>14</sup> para prosperar nos gabinetes. Essa cultura argumenta, basicamente, que o cidadão só pode ter acesso a assuntos de seu interesse pessoal, pois o despreparo no manuseio e a possibilidade concreta de uso inde-

---

<sup>14</sup> Vale lembrar que a “cultura do segredo” é própria dos estados totalitários. Na lição de Hannah Arendt: “A única regra segura num Estado totalitário é que quanto mais visível é uma agência governamental, menos poder detém; e, quanto menos se sabe da existência de uma instituição, mais poderosa ela é. [...] O verdadeiro poder começa onde o segredo começa.” (ARENDE, 1989, p. 451).

vido por grupos de interesse podem gerar muitos problemas para a própria sociedade. Assim, sob o pretexto de proteção social, o gestor público retém a informação, mas concomitantemente, de modo consciente ou não, cria o ambiente adequado para a proliferação do vírus da corrupção.

A Controladoria-Geral da União lançou uma cartilha que trata didaticamente da distinção entre a cultura do segredo e a cultura do acesso. Vale a citação acerca da cultura que precisa ser implantada nas repartições públicas:

Em uma cultura de acesso, os agentes públicos têm consciência de que a informação pública pertence ao cidadão e que cabe ao Estado provê-la de forma tempestiva e compreensível e atender eficazmente às demandas da sociedade. Forma-se um círculo virtuoso:

- A demanda do cidadão é vista como legítima;
- O cidadão pode solicitar a informação pública sem necessidade de justificativa;
- São criados canais eficientes de comunicação entre governo e sociedade;
- São estabelecidas regras claras e procedimentos para a gestão das informações. (BRASIL, 2011).

Extrai-se da elucidação dessa cultura a ser implantada que, com a força jurídica de um direito fundamental, o livre acesso da sociedade às informações produzidas por órgãos e entidades públicas, e sob sua custódia, possui dois objetivos básicos:

1) Promover isonomia entre o “Poder Público” e o cidadão, livrando-o de personalidades autoritárias<sup>15</sup> pródigas em idiosincrasias irracionais; e

2) Criar obstáculos para a prática de atos de corrupção.

<sup>15</sup> Uma personalidade autoritária caracteriza-se por conformidade rígida, intolerância, inúmeros preconceitos, adulação dos fortes e dos que ocupam posições de autoridade e desprezo pelos fracos. (JOHNSON, 1997, p. 25).

Neste quadro de cogitações, a simples propaganda de governo apresenta-se totalmente insuficiente para a consolidação de uma democracia. Torna-se desejável que os gestores públicos não apenas tenham iniciativa de divulgar informações “trabalhadas” pela assessoria, mas principalmente observem procedimentos institucionalizados de facilitação de acesso a qualquer cidadão.

A Constituição brasileira, mais precisamente o art. 5º, inciso XXXIII, garante ao cidadão o acesso amplo a qualquer documento ou informação produzida ou custodiada pelo Estado. Em outras palavras, a cultura do acesso agora é a regra, e a cultura do segredo se reduz aos casos de informações pessoais ou informações classificadas como sigilosas, na forma da lei.

Eis o princípio da máxima publicidade. O direito de acesso abrange o maior número possível de informações para o maior número de cidadãos, seja por meio físico ou digital, reduzindo-se a restrição de acesso aos casos previstos em lei. Não há controle social nem transparência sem a garantia do direito de acesso.

O princípio da publicidade se mostra insuficiente para infligir temor e risco à gestão fraudulenta. A mera publicação de balanços em linguagem extremamente técnica não garante, por si só, a plenitude do controle social e, portanto, não produz o nível de transparência suficiente para prevenir e combater a corrupção.

Assim, retomando o objetivo deste artigo, fica evidente a necessidade de se implantar uma cultura de acesso em substituição à cultura do segredo, na administração pública. Se assim não for, o discurso constitucionalizado de soberania popular, democracia participativa e controle social se cristaliza como mera retórica de dominação, e a própria Constituição se transforma numa simples folha de papel (LASSALLE, 2004, p. 68) que não se ajusta à realidade.

## 5. Conclusão

Enfim, após cogitar sobre a cultura do segredo e o direito de acesso à informação, fica a contribuição para o questionamento: O que torna os Estados menos corruptos? O que fragiliza o processo histó-

rico da prática de corrupção em uma instituição? Certamente, este artigo não pretende esgotar o assunto, mas aponta claramente a promoção da transparência como condição *sine qua non* para o enfrentamento dessas questões na administração pública.

Não existem instituições e Estados imunes à corrupção, mas existem instituições e Estados mais confiáveis, na medida em que adotam mecanismos de transparência da gestão. O planejamento estratégico do Estado ou de qualquer instituição deve eleger a publicidade máxima como princípio institutivo da gestão pública, sob pena de sujeitar os agentes públicos a sanções diversas, além de macular os programas, projetos e ações com vícios de ilegitimidade democrática.

A garantia do acesso à informação torna a gestão pública mais eficiente e menos suscetível a atos de corrupção. Há uma conexão lógica entre a cultura do segredo, ainda arraigada nos órgãos e entidades públicas, e a percepção generalizada de metástase da neoplasia maligna diagnosticada na administração pública brasileira. E mais: o princípio da máxima publicidade gera a esperança de que é possível, senão acabar, ao menos impedir a sensação de liberalidade e de impunidade de tais atos.

Implantar uma cultura do acesso no lugar da cultura do segredo vai muito além de promulgar uma legislação que regule o direito de acesso à informação produzida ou custodiada pela administração pública. A cultura do acesso exige que o próprio processo decisório anterior à publicidade dos atos administrativos seja compartilhado com os cidadãos afetados, com possibilidade concreta de serem ouvidos como titulares originários do poder.

Eis a grande questão: promulgar uma lei de acesso à informação e criar portais de transparência não significa necessariamente que os cidadãos já se sintam protagonistas do controle social da gestão pública. É imprescindível criar estratégias para despertar nas pessoas o interesse em combater a improbidade administrativa, o fisiologismo, o nepotismo, a propina e todas as demais formas de corrupção.

Se por um lado é verdade que não se pode enfrentar seriamente esse problema sem a participação do cidadão, por outro a cultura

de acesso, despertada tardiamente no povo brasileiro e nas instituições públicas, deve ser promovida desde a tenra idade, pela família, pela escola e pelos setores de formação e capacitação dos servidores públicos. Assim, enquanto o povo permanecer como massa apática e desinteressada da qualidade da gestão pública, os Odóricos, sem temor e sem perigo – como afirmou Padre Antônio Vieira – continuarão seus discursos eloquentes e as suas práticas inescrupulosas e corruptas, furtando e enforcando.

## 6. Referências

ABRAMO, Claudio Weber. Percepções pantanosas: a dificuldade de medir a corrupção. *Revista Novos Estudos Cebrap*, n. 73, nov. 2005.

ALMEIDA, Carlos Alberto. *A cabeça do brasileiro*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ANDRADE, Mário de. *Macunaíma: o herói sem nenhum caráter*. São Paulo: Círculo do Livro, 1992.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Controladoria Geral da União. *Acesso à Informação Pública: uma introdução à Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Brasília, 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. DF: Senado, 2011.

DOSTOIEVSKI, Fiodor. *Os irmãos Karamazovi*. Rio de Janeiro: Abril Cultural, 1970.

GOMES, Dias. *O Bem-Amado*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1992.



HITLER, Adolf. *Minha luta*. 1925. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Adolf%20Hitler-1.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2014.

JOHNSON, Allan G. *Dicionário de Sociologia: guia prático da linguagem sociológica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição*. Belo Horizonte: Cultura Jurídica; Líder, 2004.

RÉGIS, Sônia. *Literatura como ciência*. Edição da autora. Disponível em: <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=88531](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=88531)>. Acesso em: 13 fev. 2014.

VIEIRA, Pe. Antônio. Sermão do Bom Ladrão. In: *Sermões: obras completas*. Erechim: Edelbra, 1998. vol. III.

Artigo recebido em: 03/07/2014.

Artigo aprovado em: 19/11/2014.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150014

**O CREDENCIAMENTO COMO PROCEDIMENTO  
PARA COMPLEMENTAR A ESTRUTURA BÁSICA DE  
SAÚDE OFERECIDA PELOS ENTES PÚBLICOS**

ARISTHÉA TOTTI SILVA CASTELO BRANCO DE ALENCAR

Advogada da União  
Consultoria Jurídica da União em Minas Gerais, Brasil  
aristhea.totti@agu.gov.br

MARCELO AUGUSTO CARMO DE VASCONCELLOS

Advogado da União  
Consultoria Jurídica da União em Minas Gerais, Brasil  
marcelo.vasconcellos@agu.gov.br

RAFAELA DE OLIVEIRA CARVALHAES

Advogada da União  
Consultoria Jurídica da União em Minas Gerais, Brasil  
rafaela.carvalhaes@agu.gov.br

## **1. Introdução**

O credenciamento é um procedimento por meio do qual se viabiliza a contratação de todos os interessados em prestar determinados tipos de serviços, conforme regra de habilitação e de remuneração previamente definidas.

De fato, a licitação somente é obrigatória quando a contratação pela Administração Pública não puder ser satisfeita de maneira concomitante por todos os interessados, ou seja, há a pressuposição de competição. Logo, a obrigatoriedade da licitação ocorre apenas em situações de exclusão, hipóteses em que a contratação de um particular pela Administração exclui a possibilidade de contratação

de outrem. Tendo em vista que haverá a contratação com apenas um licitante, excluindo-se, assim, a celebração de outro contrato com mesmo objeto, impõe-se a exigência da seleção da proposta mais vantajosa e da observância do princípio da isonomia, ambos previstos no art. 3º, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/1993.

Diferentemente, não haverá a obrigatoriedade da licitação quando existir um número ilimitado de contratações e/ou quando a escolha do particular não couber à Administração. Nesses casos, uma alternativa de contratar não exclui as outras, de modo que todo particular que o desejar poderá fazê-lo. É importante ressaltar que esse raciocínio não é afastado mesmo diante da imposição de requisitos ou de exigências mínimas. Assim sendo, sempre que a contratação não caracterizar uma escolha ou uma preferência do Poder Público por uma entre diversas alternativas, será desnecessária a licitação e viável, portanto, o credenciamento. Segundo Marçal Justen Filho:

Nas hipóteses em que não se verifica a exclusão entre as contratações públicas, a solução será o credenciamento. A Administração deverá editar um ato de cunho regulamentar, fundado no reconhecimento da ausência de exclusão de contratação de um número indeterminado de particulares para atendimento a certas necessidades, no qual serão estabelecidas as condições, os requisitos e os limites não apenas para as futuras contratações como também para que os particulares obtenham o credenciamento - ato formal por meio do qual o particular é reconhecido como em condições de contratação. (JUSTEN FILHO, 2008, p. 48).

Sobre o tema, confira-se a definição de credenciamento do jurista Luciano Ferraz:

O processo administrativo, pelo qual a Administração convoca interessados para, segundo condições previamente definidas e divulgadas, credenciem-se como prestadores de serviços ou beneficiários de um negócio futuro a ser ofertado, quando a pluralidade de serviços prestados for indispensável à adequada satisfação do interesse coletivo ou, ainda, quando a quantidade de potenciais interessados for superior à do objeto a ser ofertado e por razões de interesse público a licitação não for recomendada. (FERRAZ, 2002, p. 118).

O credenciamento é, portanto, um procedimento especial decorrente da inexigibilidade de licitação.

A situação fática que enseja o credenciamento advém da inexistência de razões para se restringir o universo de contratados, uma vez que um maior número de prestadores viabilizará maior eficiência. Cabe destacar que, na prestação de serviço de saúde, o critério da confiança é relevante, viabilizando a possibilidade de o beneficiário escolher o prestador que ofertar maior segurança e conforto emocional em momento de hipossuficiência.

Ressalte-se que, atualmente, tal mecanismo é utilizado em âmbito federal pelos entes públicos como forma de complementar a estrutura básica de saúde oferecida, através da contratação de pessoa física ou jurídica para atendimento de várias especialidades, visto que o interesse público impõe que a prestação ocorra por meio do maior número possível de particulares<sup>1</sup>.

## 2. Requisitos do credenciamento

Apesar da carência doutrinária e jurisprudencial, bem como de uma legislação específica sobre a matéria, o uso do credenciamento pelos órgãos e entes públicos vem aumentando consideravelmente, como forma de preencher as lacunas na área da saúde.

Dessa maneira, a fim de evitar abusos e a descaracterização desse instituto jurídico, é imprescindível a observância de certos requi-

---

<sup>1</sup> A Lei nº 6.880/1980 – também conhecida como Estatuto dos Militares – garante aos militares a assistência médico-hospitalar, extensiva aos dependentes, assim entendida como o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção, conservação ou recuperação da saúde, abrangendo serviços profissionais médicos, farmacêuticos e odontológicos (art. 50, inciso IV, alínea 'e').

O Decreto nº 92.512, de 02/04/1986, por sua vez, autoriza a complementação da assistência médico-hospitalar aos militares e seus dependentes por meio da celebração de contratos e convênios com terceiros (entidades públicas, pessoas de direito privado ou particulares).

Dessa maneira, no âmbito do Estado de Minas Gerais, o credenciamento tem sido utilizado para complementar a estrutura de saúde para prestação de serviços de assistência médico-hospitalar aos militares da ativa, da reserva ou reformados, pensionistas e seus dependentes e servidores civis do Exército (ativos e inativos) e dependentes diretos e indiretos.

sitos, sob pena de nulidade e até mesmo prejuízos ao erário e à população usuária dos serviços.

Ressalte-se que o Tribunal de Contas da União (TCU) admite a inexistência nas hipóteses em que a possibilidade da contratação de todos os agentes de mercado torna despicienda a competição entre os mesmos. E é a figura do credenciamento que esse Tribunal vem recomendando para a contratação de serviços de saúde.

Com efeito, questionado sobre a legalidade do credenciamento, o TCU decidiu favoravelmente à utilização do instituto, com fundamento no artigo 25, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/1993 e desde que observados os princípios da Administração Pública e os seguintes requisitos:

- 1 - Ampla divulgação, inclusive por meio de convites a interessados do ramo que gozem de boa reputação profissional;
- 2 - fixar os critérios e exigências mínimas para que os interessados possam credenciar-se, de modo que os profissionais, clínicas e laboratórios que vierem a ser credenciados tenham, de fato, condições de prestar um bom atendimento, sem que isso signifique restrição indevida ao credenciamento;
- 3 - fixar, de forma criteriosa, a tabela de preços que remunerará os diversos itens de serviços médicos e laboratoriais e os critérios de reajustamento, bem assim as condições e prazos para o pagamento dos serviços faturados;
- 4 - consignar vedação expressa do pagamento de qualquer sobretaxa em relação à tabela adotada, ou do cometimento a terceiros (associação de servidores, p. ex.) da atribuição de proceder ao credenciamento e/ou intermediação do pagamento dos serviços prestados;
- 5 - estabelecer as hipóteses de descredenciamento, de forma que os credenciados que não estejam cumprindo as regras e condições fixadas para o atendimento, sejam imediatamente excluídos do rol de credenciados;
- 6 - permitir o credenciamento, a qualquer tempo, de qualquer interessado, pessoa física ou jurídica, que preencha as condições mínimas exigidas;

7 - prever a possibilidade de denúncia do ajuste, a qualquer tempo, pelo credenciado, bastando notificar a Administração, com a antecedência fixada no termo;

8 - possibilitar que os usuários denunciem qualquer irregularidade verificada na prestação dos serviços e/ou no faturamento; e

9 - fixar as regras que devam ser observadas pelos credenciados no atendimento (como p. ex. proibição de que o credenciado exija que o usuário assine fatura ou guia de atendimento em branco) (BRASIL, 1995, p. 22.549).

A título ilustrativo, menciona-se que o Paraná – um dos poucos Estados da Federação que disciplinou a figura do credenciamento – também estabeleceu em sua legislação requisitos semelhantes a esses:

Art. 24. Credenciamento é ato administrativo de chamamento público, processado por edital, destinado à contratação de serviços junto àqueles que satisfaçam os requisitos definidos pela Administração, observado o prazo de publicidade de no mínimo 15 (quinze) dias úteis e no máximo de 30 (trinta) dias úteis.

Parágrafo único. A Administração Estadual poderá adotar o credenciamento para situações em que o mesmo objeto possa ser realizado simultaneamente por diversos contratados.

Art. 25. O processo de credenciamento deve ser autorizado pela autoridade competente, ser processado mediante a elaboração de edital pelo órgão público interessado e atender aos seguintes requisitos:

I - explicitação do objeto a ser contratado;

II - fixação de critérios e exigências mínimas à participação dos interessados;

III - possibilidade de credenciamento a qualquer tempo pelo interessado, pessoa física ou jurídica;

IV - manutenção de tabela de preços dos diversos serviços a serem prestados, dos critérios de reajustamento e das condições e prazos para o pagamento dos serviços;

V - rotatividade entre todos os credenciados, sempre excluída a vontade da Administração na determinação da demanda por

credenciado;

VI - vedação expressa de pagamento de qualquer sobretaxa em relação à tabela adotada;

VII - estabelecimento das hipóteses de descredenciamento, assegurados o contraditório e a ampla defesa;

VIII - possibilidade de rescisão do ajuste, pelo credenciado, a qualquer tempo, mediante notificação à Administração com a antecedência fixada no termo;

IX - previsão de os usuários denunciarem irregularidade na prestação dos serviços e/ou no faturamento.

§ 1º. A convocação dos interessados deverá ser feita mediante publicação na forma do §1º do art.26.

§ 2º. O pagamento dos credenciados será realizado de acordo com a demanda, tendo por base o valor pré-definido pela Administração, a qual pode utilizar-se de tabelas de referência. (PARANÁ, 2007).

Recentemente, por meio do Acórdão nº 3567/2014, a Corte de Contas reiterou a sua posição a respeito da viabilidade da utilização do credenciamento nas hipóteses em que a Administração tem como finalidade dispor da maior rede possível de prestadores de serviço. A propósito, confira-se:

9.1. O instituto do credenciamento não está expressamente previsto na Lei 8.666/93. A doutrina e a jurisprudência têm admitido esse procedimento, com base no art. 25 dessa norma legal, que trata dos casos de inexigibilidade de licitação, o que enseja a contratação de todos os participantes que atendam aos critérios estabelecidos em edital.

[...]

9.4. Durante a execução contratual, os serviços são distribuídos aos prestadores, por ordem de contratação, e se iniciam e findam de forma pré-determinada e em curto prazo, cuja conclusão enseja a correspondente remuneração tal como pactuado pelas partes, ou seja, inexistindo caráter de continuidade em cada demanda. (BRASIL, 2014).

Por outro lado, o credenciamento não será meio adequado para a contratação de fornecimento de medicamentos, materiais ou outros itens correlatos que, necessariamente, deverão ser objeto de procedimento licitatório, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, combinado com o art. 2º da Lei Federal nº 8.666/1993.

Dessa forma, há de se verificar a juridicidade da utilização do referido instituto jurídico, por meio de quatro perguntas-controle, ou requisitos:

Nos cursos de auditoria em licitações que temos ministrado, lembramos que há quatro aspectos fundamentais que definem a possibilidade de uso ou não da pré-qualificação do tipo credenciamento:

a) possibilidade de contratação de todos os que satisfaçam às condições exigidas.

Se o objeto só pode ser realizado por um, como uma ponte ou um só curso, descabe a pré-qualificação, pois característica fundamental do tipo credenciamento, é que todos os selecionados serão contratados, embora demandados em quantidades diferentes;

b) que a definição da demanda, por contratado não seja feita pela Administração.

Observe que a jurisprudência já consagrou pelo menos três possibilidades do uso do credenciamento, mas sempre excluindo a vontade da Administração na determinação da demanda por credenciado.

c) que o objeto satisfaça à Administração, desde que executado na forma definida no edital.

São serviços em que as diferenças pessoais do selecionado têm pouca relevância para o interesse público, dado o nível técnico da atividade, já bastante regulamentada ou de fácil verificação. Por exemplo, num curso de Windows com programa definido e condições de ensino objetivamente determinadas, é possível, com um fiscal ou executor do contrato avaliar o cumprimento da obrigação.

d) que o preço de mercado seja razoavelmente uniforme, e que a fixação prévia de valores seja mais vantajosa para a Administração.

A fixação dos valores previamente pela Administração implica o dever inafastável de comprovar e demonstrar, nos autos, a van-



tagem ou igualdade dos valores definidos em relação à licitação convencional ou preços de mercado. Essa justificativa será objeto de futuro exame perante as esferas de controle, nos termos da lei.

Perfilham esse entendimento as seguintes decisões do TCU:

- Decisão nº 307/2000 – Plenário, do Processo nº 010.178/1996-1;
- Decisão nº 494/94 – Plenário, in Ata nº 26/94;
- Decisão nº 604/95 – Plenário, in Ata nº 54/95. (FERNANDES, 2000, p. 532-533).

É importante ressaltar que, para os procedimentos de credenciamento, deve ser conferida a máxima publicidade, nos termos do art. 21, incisos I e III, da Lei Federal nº 8.666/1993, conceito do qual se infere a necessária republicação do edital de credenciamento ano a ano, além de publicações ou divulgações entremeios.

A manutenção ininterrupta da possibilidade de credenciamento dos interessados é outro requisito de caracterização da ausência de competição pela contratação de todos. Assim, ao longo do ano de vigência de determinado edital, será possível o ingresso de terceiros, mediante adesão a um contrato-padrão publicado juntamente com o edital.

Além disso, no credenciamento, é indispensável a fixação de tabela de preços que remunerarão os serviços de saúde prestados. É vedada a possibilidade de os honorários pagos aos profissionais de saúde serem ajustados entre os contratantes. As condições e os prazos de pagamentos, bem como os valores pagos pelos serviços prestados são pré-estabelecidos, de prévio conhecimento pelos interessados, não havendo qualquer tratamento diferenciado.

Sendo assim, entende-se que o ajuste entre as partes para fixar valores de consultas e de honorários diferentes àqueles previamente fixados na tabela de preços viola o princípio da isonomia, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, bem como nos arts. 3º e 44 da Lei de Licitações. Logo, qualquer cláusula contratual que disponha de maneira contrária aos valores previamente estabelecidos pela tabela de preços deve ser considerada nula de pleno direito.

### 3. Requisitos específicos para o credenciamento de pessoas físicas e jurídicas

Por se tratar de contratação pública, hipótese de inexigibilidade de licitação, os requisitos no credenciamento deverão ser objetivos, obedecendo sempre às regras previstas na Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública no que couber.

Os requisitos específicos serão relativos à habilitação e condições de participação, tendo por base as exigências dos arts. 27 a 32 da Lei Federal nº 8.666/1993.

Destaca-se que, no âmbito federal, a Consultoria Jurídica da União no Estado de Minas Gerais (CJU/MG) adota o posicionamento segundo o qual a contratação de pessoa física também está sujeita à comprovação, entre outras, de sua regularidade perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Sobre a matéria, confira-se o posicionamento exarado por meio da NOTA Nº AGU/CGU/NAJ/MG-20/2009-ALMS, *in verbis*:

EMENTA: CONTRATAÇÃO DE PESSOA FÍSICA. REGULARIDADE PERANTE O FGTS E O INSS. MEIOS DE COMPROVAÇÃO.

1. A contratação de pessoa física está sujeita à comprovação, dentre outros, de sua regularidade perante o INSS e o FGTS.
2. A vinculação ao RGPS decorre compulsoriamente do exercício de atividade remunerada e independe da vontade do segurado.

[...]

4. A comprovação da regularidade perante o INSS da pessoa física que exerce atividade remunerada é feita por meio da sua inscrição no RGPS e da prova da quitação das contribuições devidas (por meio, v.g., do carnê de pagamento, de extrato de débito ou de declaração emitida pela Receita Federal do Brasil).

5. A comprovação da regularidade perante o INSS da pessoa física empresária (sujeita, pois, ao registro comercial e à inscrição no CNPJ) que contrata terceiros é feita por meio de Certidão específica, emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, quanto às contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, às contribuições instituídas a título de substituição e às contribuições devi-

das, por lei, a terceiros, inclusive inscritas em dívida ativa do Instituto Nacional do Seguro Social e da União, por ela administradas.

6. A comprovação da regularidade perante o INSS da pessoa física não empresária que contrata empregado doméstico ou outro segurado obrigatório do RGPS é feita por meio da inscrição deste no RGPS e da prova da quitação das contribuições devidas (por meio, v.g., do carne de pagamento, de extrato de débito ou de declaração emitida pela Receita Federal do Brasil).

7. A comprovação da regularidade perante o FGTS da pessoa física que não emprega terceiros é feita pela emissão de declaração nesse sentido, cuja constatação de falsidade sujeita o infrator às penalidades legais.

8. A comprovação da regularidade perante o FGTS da pessoa física que emprega terceiros é feita por meio de apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS – CRF, emitido pela Caixa Econômica Federal.

#### 9. Referências:

Nota Nº AGU/CGU/NAJ/MG-20/2009-ALMS;

Pareceres Nº AGU/CGU/NAJ/MG-1448/2008-ALMS e 1503/2008-MACV

Arts. 195, § 3º e 201 da Constituição

Arts. 10, 12, 15 e 30 da Lei nº 8.112/91

Arts 5º, 9º, 12, 20, 216 e 216-A do Decreto nº 3.048/99

Acórdãos TCU nº 198/2001 – 1ª Câmara, 260/2002 – Plenário, 3593/2007 – 1ª Câmara e 2994/2008 – 1ª Câmara. (BRASIL, 2009).

Ademais, no referido edital-padrão elaborado pela CJU/MG, também se exige para as pessoas físicas: a prova da quitação eleitoral, com base no art. 7º, § 1º, inciso III, do Código Eleitoral, combinado com o art. 146 do mesmo diploma; a prova do registro ou inscrição no Conselho de Classe respectivo; a comprovação de sua especialidade, entre outros.

Para as pessoas jurídicas, dentre as exigências legais presentes na Lei de Licitações, aplicáveis a qualquer contratação pública, destaca-se a exigência de prova do registro ou inscrição no Conselho de Classe respectivo, bem como os alvarás de localização, de funcionamento e de autorização sanitária.

É importante ressaltar que o gestor deverá observar, quando da exigência de especialidades, suas necessidades no caso concreto, tendo em vista as particularidades dos serviços a serem prestados e de cada profissão.

#### 4. Conclusão

O credenciamento é um procedimento utilizado por alguns entes públicos como forma de complementar a estrutura básica de saúde por eles oferecida, através da contratação de pessoa física ou jurídica para atendimento de várias especialidades na rede de saúde, conforme regras de habilitação e de remuneração previamente definidas.

Assim, através deste instituto, a Administração privilegia o cumprimento dos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Segundo afirma a jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

No âmbito do direito administrativo, os temas que mais têm a ver com o respeito à dignidade da pessoa humana, como mínimo existencial, é o referente aos serviços públicos, especialmente os de caráter social, como saúde, educação, previdência, assistência, fundamentalmente. (DI PIETRO, 2013).

Logo, o credenciamento, como mecanismo de complementar a estrutura básica de saúde oferecida pelos entes públicos, constitui medida útil encontrada no direito administrativo para a concretização da dignidade da pessoa humana.

#### 5. Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro 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: 28 jan. 2015.

BRASIL. Decreto Federal nº 92.512, de 2 de abril de 1986. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/D92512.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D92512.htm). Acesso em: 20 jan. 2015.

BRASIL. Lei Federal nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16880.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16880.htm)>. Acesso: 20 jan. 2015.

BRASIL. Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm)>. Acesso: 15 jan. 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n.º 016.522/95-8. Rel.: Ministro Homero Santos. *DOU*, 28 dez. 1995.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão TCU 3567/2014, Plenário, 9 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2014-12-09;3567>>. Acesso em: 27 mai 2015.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. NOTA Nº AGU/CGU/NAJ/MG-20/2009-ALMS, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo e dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 13, n. 52, abr./jun. 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. 5. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

FERRAZ, Luciano. *Licitações, estudos e práticas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

PARANÁ. Lei Estadual nº 15.608, de 16 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=5844>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

DOI: 10.5935/1809-8487.20150015



# 7

- Normas de Publicação  
para autores
- Writers' Guidelines
- Numeração DOI





# NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES

---

A Revista De Jure publica artigos acadêmicos inéditos, além de publicar ensaio de jurista internacional convidado e comentários a jurisprudências. A Revista De Jure publica artigos acadêmicos obrigatoriamente inéditos nas áreas de Doutrina Nacional, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Coletivo, Direito Processual Coletivo, Direito Constitucional e Direito Administrativo.

Autores estrangeiros de renome são convidados a escrever ensaios em sua língua pátria, tendo como temática o Direito Internacional, dentro das áreas de interesse do Ministério Público.

Os comentários à jurisprudência são textos de opinião a respeito de decisões recentes de interesse do Ministério Público.

Os artigos enviados à Revista De Jure devem ser obrigatoriamente inéditos e não podem ter sido publicados previamente em nenhuma de suas versões, nem estar simultaneamente submetidos com finalidade de publicação em outra revista. Não serão aceitos artigos veiculados na internet.

Todos os artigos passam por uma avaliação preliminar por parte do editor, oportunidade em que são avaliados os aspectos meramente formais, como a compatibilidade de conteúdo com a linha editorial da Revista e elementos estéticos e metodológicos preliminares.

Uma vez preenchidos os requisitos preliminares, o artigo é submetido à avaliação qualitativa do Corpo Editorial, formado pelos conselheiros e por revisores ad hoc. O processo de avaliação, adotado desde 2007, é a revisão dupla cega de pares, ou double blind peer review, na qual os artigos são avaliados por, pelo menos, dois pareceristas, que desconhecem a autoria do trabalho. No caso de pare-

ceres discordantes, o artigo é submetido a um terceiro parecerista. As duplas de pareceristas recebem os artigos de acordo com sua área de expertise.

Os autores são comunicados sobre a natureza dos pareceres, garantidos o sigilo e o anonimato dos membros do Conselho Editorial. O Conselho Editorial emite seu parecer quanto aos trabalhos, concluindo pela aprovação para publicação (apto), pela necessidade de reformulação (apto com ressalvas), ou pela rejeição (inapto). Caso existam alterações recomendadas, o autor é cientificado para, se desejar, incorporar as modificações sugeridas, ou motivar a desnecessidade das alterações, as quais serão encaminhadas à Diretoria de Produção Editorial do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional para nova avaliação, a critério do editor.

Os resultados do processo são inapeláveis em todos os casos.

À revista se reserva o direito de não publicar o artigo, no caso de o autor discordar da avaliação qualitativa e o editor decidir conservar o posicionamento dos pareceristas e o autor mantiver sua discórdia.

### **Normas de publicação**

Para submissão dos trabalhos, é necessário observar as seguintes normas de publicação para os autores:

1. Os artigos inéditos serão avaliados quanto a seu mérito científico, sua adequação aos requisitos da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e às normas adotadas pela respectiva publicação, sendo de responsabilidade do autor a adequação e formatação dos trabalhos. A adequação e formatação dos trabalhos de responsabilidade dos autores.

Os ensaios de juristas estrangeiros convidados poderão ser escritos em português, inglês, espanhol ou italiano.

2. Os trabalhos deverão ser enviados para a página eletrônica [www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure).

3. O Ministério Público não se responsabilizará pelas opiniões, ideias, e conceitos emitidos nos trabalhos, por serem de inteira responsabilidade de seu(s) autor(es).

4. Todos os artigos serão submetidos à leitura de, pelo menos, dois pareceristas, garantidos o sigilo e o anonimato tanto do(s) autor(es) quanto dos membros do Conselho Editorial (revisão dupla cega de pares). No caso de pareceres divergentes, o artigo sem identificação de autoria será submetido à análise de um terceiro parecerista.

5. Será prestada uma contribuição autoral pela licença da publicação dos trabalhos nas revistas correspondente a até dois exemplares da revista em cujo número o trabalho tenha sido publicado.

6. Os artigos encaminhados para a Revista De Jure deverão ter um mínimo de 10 (dez) e um máximo de 30 (trinta) páginas; e os comentários à jurisprudência, um máximo de 15 (quinze) páginas.

7. Os autores deverão incluir minicurrículo, contendo afiliação e titulação acadêmica, com no máximo 200 (duzentas) palavras. O minicurrículo deverá, obrigatoriamente, conter um endereço eletrônico do autor para divulgação na revista.

### **Normas de padronização dos artigos e comentários à jurisprudência**

I - Os parágrafos deverão ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos com a régua, não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar parágrafos: o próprio <ENTER> já os determina automaticamente. Como fonte, usar o Arial, corpo 9. Os parágrafos devem ter entrelinha simples; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.

II - O artigo deve obrigatoriamente conter resumo, palavras-chave, abstract, key words, título em inglês, sumário, introdução, conclusão ou considerações finais e referências bibliográficas. Os artigos deverão ter resumo (entre 100 e 150 palavras) e palavras-chave (máximo cinco) na língua de origem do texto e respectivas traduções em inglês (abstract e key words). O resumo apresenta a ideia geral do

tema, objetivos, métodos de pesquisa, resultados e conclusões, redigidos de forma objetiva e concisa. As palavras-chave são um conjunto de três a cinco palavras que representem o conteúdo do trabalho. As referências bibliográficas listam as obras citadas no trabalho. Devem ser organizadas em ordem alfabética, conforme será demonstrado no tópico XI. Comentários à jurisprudência não precisam conter resumo, palavras-chave, abstract, key words, título em inglês e sumário, devendo explicitar o acórdão utilizado no comentário.

III - Ao final de cada artigo, obrigatoriamente, deverá constar a listagem das referências bibliográficas utilizadas no corpo do texto.

IV - Os artigos deverão ser precedidos de um breve sumário, do qual deverão constar os itens com até 3 (três) dígitos, como no exemplo: SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade civil ambiental. 2.1. Legislação. 2.2. Normatização. V - Todo destaque que se queira dar ao texto deverá ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito para destacar trechos do texto.

V - Unidades de medida devem seguir os padrões do Sistema Internacional de Unidades (SI), elaborados pelo Bureau Internacional de Pesos e Medidas (BIPM) [[www.bipm.org](http://www.bipm.org)]; em casos excepcionais, a unidade adotada deve ser seguida da unidade expressa no SI entre parênteses.

VI – Destaques, palavras estrangeiras e neologismos ou acepções incomuns devem ser grafados em itálico.

VII - Trabalhos que exijam publicação de gráficos, quadros, tabelas ou qualquer tipo de ilustração devem apresentar as respectivas legendas, citando a fonte completa e sua posição no texto. Os arquivos devem ser encaminhados separadamente e, sempre que possível, no formato original do programa de elaboração (por exemplo: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS) e as imagens, com alta definição (mínimo de 300 dots per inch [DPIs]); para mapas ou micrografias, devem estar explícitas as marcas de escala.

VIII - Citações com até 3 (três) linhas podem ser feitas de duas formas:

Oliveira e Leonardos (1943, p. 146) dizem que a “[...] relação da série São Roque com os granitos porfiróides pequenos é muito clara”. Outro autor nos informa que “[...] apesar das aparências, a desconstrução do logocentrismo não é uma psicanálise da filosofia [...]” (DERRIDA, 1967, p. 293).

As citações de textos com mais de 3 (três) linhas deverão ser feitas com recuo esquerdo de 4,0 cm e tamanho de fonte 8, sem aspas.

IX - As notas de rodapé devem ser feitas com fonte Times New Roman, corpo 8. As notas de rodapé deverão conter somente anotações concernentes ao texto, mas que não se insiram no desenvolvimento lógico deste. Referências bibliográficas devem ser colocadas ao final conforme modelo mostrado no item 4.

X - As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT) e deverão estar dispostas em ordem alfabética, da seguinte forma:

a) Referência de Livro: Os elementos essenciais são: autor(es) do livro, título do livro (título principal em itálico), edição, local, editora e data da publicação.

BUARQUE, C. Benjamim. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

b) Livro (parte): Os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, autor(es) do livro, título do livro (título principal em itálico), edição, local, editora, data da publicação e intervalo de páginas da parte.

DERENGOSKI, P. R. Imprensa na Serra. In: BALDESSAR, M. J.; CRISTOFOLETTI, R. (Org.). Jornalismo em perspectiva. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005. p. 13-20.

c) Livro (meio eletrônico): Os elementos essenciais são os mesmos do livro ou da parte do livro, porém acrescidos do endereço eletrônico e data de acesso (se o meio for on-line).

ASSIS, M. de. Memórias póstumas de Brás Cubas. São Paulo: Virtual Books, 2000. Disponível em: <[http://virtualbooks.terra.com.br/fre-ebook/port/download/Memorias\\_Postumas\\_de\\_Bras\\_Cubas.pdf](http://virtualbooks.terra.com.br/fre-ebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf)>. Acesso em: 31 dez. 2004.

FERREIRA, A. B. de H. Novo dicionário Aurélio. 3. ed. São Paulo: Positivo, 2004. 1 CD-ROM.

d) Periódico (parte): Os elementos essenciais são: autor(es) da parte, título da parte, título do periódico (título principal em *itálico*), local, fascículo (número, tomo, volume etc.), intervalo de páginas da parte e data da publicação.

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. EccoS: Revista Científica, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004.

e) Periódico (meio eletrônico): Os elementos essenciais são os mesmos da parte do periódico, porém acrescidos do endereço eletrônico e da data de acesso (se o meio for on-line).

BIARNÈS, J. O significado da escola nas sociedades do século XXI: o exemplo da escola francesa. EccoS: Revista Científica, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dez. 2004. Disponível em: <[http://portal.uninove.br/marketing/cope/pdfs\\_revistas/eccos/eccos\\_v6n2/eccosv6n2\\_jeanbianes\\_traddesire.pdf](http://portal.uninove.br/marketing/cope/pdfs_revistas/eccos/eccos_v6n2/eccosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf)>. Acesso em: 31 dez. 2004.

f) Trabalho acadêmico: Os elementos essenciais são: autor(es) do trabalho acadêmico, título do trabalho acadêmico (título principal em *itálico*), data da apresentação, definição do trabalho (dissertação, monografia, tese etc.), titulação visada, instituição acadêmica (incluindo escola, faculdade, fundação etc.), local e data da publicação.

HARIMA, H. A. Influência da glucana na evolução do lúpus murino. 1990. Tese (Doutorado) - Escola Paulista de Medicina, Universidade Federal de São Paulo, São Paulo, 1990.

XAVIER, E. F. T. Qualidade nos serviços ao cliente: um estudo de caso em bibliotecas universitárias da área odontológica. 2001. Dis-

sertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) - Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

g) Trabalho apresentado em evento: Os elementos essenciais são: autor(es), título do trabalho apresentado seguido da expressão "In:", nome do evento, numeração do evento (se houver), ano e local da realização do evento, título do documento em itálico (anais, atas, etc.), local, editora, data de publicação, página inicial e final da parte referenciada.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. Annals. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

XI - Sugere-se o portal eletrônico <[www.bn.br](http://www.bn.br)>, a ser utilizado através do seguinte caminho de navegação: função principal / serviços a profissionais / catálogos de autoridades de nomes, para pesquisa a respeito da forma correta de entrada acadêmica de nomes de pessoas.

XII - Solicita-se que, a partir do ano de 2011, os textos enviados adotem preferencialmente as regras da nova ortografia da língua portuguesa.

# WRITERS' GUIDELINES

---

## **Materials published in every issue:**

### **Essays**

Renowned international authors are invited to publish essays in their original language. The essays' topics are on areas of International Law that interest the Public Prosecution Service (Criminal Law, Criminal Procedure Law, Civil Law, Civil Procedure Law, Collective Law, Collective Procedure Law, Constitutional Law and Administrative Law).

Essays submitted to the Journal De Jure should have a minimum of 15 pages and a maximum of 30 pages. Authors will receive two copies of the journal as authorial contribution. Essays can be sent in English, Portuguese, Italian and Spanish.

Authors can send their essays in the site [www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure), where they can also find all issues already published, as well as the guidelines to authors in both English and Portuguese.

### **Academic Articles**

De Jure publishes original articles in Portuguese in the following areas: Brazilian National Doctrine, Multidisciplinary Area, Criminal Law, Criminal Procedure Law, Civil Law, Civil Procedure Law, Collective Law, Collective Procedure Law, Constitutional Law and Administrative Law.

### **Academic Articles: Double Peer Blind Review**

The academic articles submitted to De Jure must be original and are published in Portuguese. They must have abstract, key words in English and title in Portuguese and English. All articles are analyzed by



the Editor on regard to aspects such as theoretical line compatibility and form. Provided they meet formal aspects, articles are submitted to the Editorial Board members for them to perform qualitative analysis by means of double peer blind review. The unidentified articles are submitted to at least two peers, according to their area of expertise. In case of disagreement on whether the article can be published or not, they are re-submitted to a third member of the Editorial Board. The double peer blind review process has been used since 1997.

### **Comments on Jurisprudence**

The Comments on Jurisprudence are opinion texts concerning recent court decisions that are of interest to the Public Prosecution Service. Care should be taken to avoid plagiarism. Plagiarism can be said to have clearly occurred when large chunks of text have been cut-and-pasted without appropriate attribution. Such manuscripts will not be considered for publication in De Jure. The use of small amounts of previously published works with appropriate attribution is not, of course, problematic. The determination of whether a submission contains plagiarized material shall be made solely within the discretion of De Jure editors, whether they become aware of it through their own knowledge or research, or when alerted by referees.

If allegations of plagiarism arise after a paper is published in De Jure, the journal will conduct a preliminary investigation. If plagiarism is found, the journal will contact the author. The paper containing the plagiarism will also be obviously marked on each page of the PDF. Depending on the extent of the plagiarism, the paper may also be formally retracted.

### **Submission**

Authors who wish to submit articles or essays must access the site [www.mpmg.mp.br/dejure](http://www.mpmg.mp.br/dejure), fill in the form and upload the article in the format Microsoft Word for Windows. Authors should preferably follow the guidelines below:

I – The paragraphs must be justified. Use <ENTER> for spacing. The space between lines should be simple and the space between

paragraphs should be also simple. Do not use the rule for retreating. Use the font Arial, size 9. The top and bottom margins should be 2.5 cm and the left and right margins should be 3.0 cm. The size of the paper should be A4.

II – The articles must be accompanied by an abstract in English (between 100 and 150 words); key words (maximum of five) and title in english.

III – A list of bibliographical references must be provided at the end of the article (a sample list of bibliographical references is provided at the end of this document).

IV – Articles should contain a brief heading at the beginning of each section, for example as follows:

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Environmental Responsibility. 2.1. Legislation. 2.2. Brazilian Experience. 3. Conclusion. 4. Bibliography.

V – Any emphasis should be made by marking the words, expressions, or phrases with italics.

VI – Measurement units should preferably be the international system of units (SI).

VII – Any foreign words should be marked with italics.

VIII – Any articles that have graphs, tables, or any other kind of illustrations must have a respective legend, with the complete bibliographical reference. The files should be sent separately in the original format of the illustration (for example: CAD, CDR, EPS, JPG, TIF, XLS). Images should be of high definition (minimum of 300 dots per inch [DPIs]); maps must be drawn in scale and so indicate.

IX – Quotations with less than 4 lines can be made in two different ways: Jakobs and McArthur (1943, p. 146) argue that “[...] due to eradication of infected cattle and pasteurization of milk *M. bovis* (a zoonotic cause of tuberculosis) is rarely seen in the United States.” Nevertheless, there has been criticism on that issue: “[...] The BCG

vaccine (*Bacillus de Calmette et Guerin*, an attenuated strain of *M. bovis*) has not been effective. In the US, where the incidence of tuberculosis is low, widespread vaccination is not practiced (MCGREGOR; FOX; JANSEN, 1999, p. 45).

Quotations that exceed 4 lines should be in font Arial 8, without quotation marks and with left retreat of 4 cm.

Most fungi explore their surroundings by producing miles of fine, branching filaments called hyphae, but most yeasts have become more or less unicellular, with rounded cells. This is often an adaptation to living in a liquid medium of high osmotic pressure. This usually means media with a high sugar content, such as is found in the nectaries of flowers or on the surface of fruits, where if they present the least possible surface area (as close to spherical as possible), it makes it easier for them to control the movement of dissolved substances in and out of their cells (PICARD, 2001, p. 54).

X – Footnotes: font Times New Roman 8. Footnotes should not be used for bibliographical references. Rather, they should be used to comment on an idea that is not part of the normal development of the text, but is a related issue. Bibliographical references are dealt with as follows.

XI – Bibliographical references should be made according to examples below and must be placed in alphabetical order:

**a) Book reference:** The essential elements are: authors of the book, title of the book, edition, place, publishing company, date of the publication.

O'LEARY, W. M. (Org.). *Practical Handbook of Microbiology*. 2<sup>nd</sup> ed. New York: CRC Press, 1989.

**b) Book (section or chapter):** The essential elements are: authors of the section or chapter, title of the section or chapter, authors of the book, title of the book, edition, place, publishing company, date of the publication and pages of the chapter.

SMILBERT, R. M. The Spirochaetales. In: O'LEARY, W. M. (Org.). Practical Handbook of Microbiology. 2<sup>nd</sup> ed. New York: CRC Press, 1989. p. 130-145.

**c) Book (electronic media):** The essential elements are the same as those required for published books or sections of a book, in addition to the electronic address and date of the last access on-line.

ASSIS, M. de. Memórias póstumas de Brás Cubas. 1<sup>st</sup> ed. São Paulo: Virtual Books Publishing Co., 2000. Available at: <[http://virtual-books.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias\\_Postumas\\_de\\_Bras\\_Cubas.pdf](http://virtual-books.terra.com.br/freebook/port/download/Memorias_Postumas_de_Bras_Cubas.pdf)>. Accessed on: Dec. 31<sup>st</sup>, 2004.

**d) Journal (one article):** The essential elements are: authors of the article, title of the article, title of the journal, place of publishing, issues (number, volume, etc.), specific pages of the article and date of the publication.

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). Canadian Journal of Education, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dec. 2004.

**e) Journal (electronic media):** The essential elements are the same required for published journals, in addition to the electronic address and the date of the last access on-line.

BIARNÈS, J. The meaning of education in the societies from the XXI Century (the example of the French School). Canadian Journal of Education, Ottawa, v. 6, n. 2, p. 107-128, jul./dec. 2004. Available at: <[http://www.cssa.ca/marketing/cope/pdfs\\_journals/cje\\_v6n2/ec-cosv6n2\\_jeanbianes\\_traddesire.pdf](http://www.cssa.ca/marketing/cope/pdfs_journals/cje_v6n2/ec-cosv6n2_jeanbianes_traddesire.pdf)>. Accessed on: Dec. 31<sup>st</sup>, 2004.

**f) Academic work:** The essential elements are: names of the author(s), title of the academic work, presentation date, definition of the work (thesis, dissertation, monograph, etc.), title obtained, academic institution (including the name of the college or university), place of presentation and date.

DE NIL, L. F.; BOSSHARDT, H-G. Studying stuttering from a neurological and cognitive information processing perspective. In: WORLD CONGRESS ON FLUENCY DISORDERS, 3., 2001, Nyborg. Annals. Nyborg: IFA, 2001. p. 53-58.

HARIMA, H. A. The influence of glucan in the evolution of murine lupus. 1990. Thesis (Doctorate) – São Paulo Medical College, Federal University of São Paulo, São Paulo, 1990.

# NUMERAÇÃO DOI REFERENTE AOS TEXTOS PUBLICADOS NA REVISTA DE JURE N. 24 V.14

---

Nº SEQ.	TÍTULO	AUTORIA
10.5935/1809-8487.20150001	La necesidad irrestricta del respeto a los dd.hh. como referente ético universal y permanente	Luis Maria Desimoni
10.5935/1809-8487.20150002	Contaminação dos mananciais por micropoluentes e a precária remoção desses contaminantes nos tratamentos convencionais de água para potabilização	Alexandra Fátima Saraiva Soares, Mônica Maria Diniz Leão
10.5935/1809-8487.20150003	Independência funcional e planejamento estratégico do ministério público	Eduardo Cambi
10.5935/1809-8487.20150004	Ministério público resolutivo e um novo perfil na solução extrajudicial de conflitos: Lineamentos sobre a nova dinâmica	João Gaspar Rodrigues
10.5935/1809-8487.20150005	A construção do conceito de ordem pública no direito processual penal: Análise de um fundamento da custódia cautelar	André Pedrolli Serretti
10.5935/1809-8487.20150006	O juiz e a gestão da prova no direito processual penal brasileiro: Análise a partir dos Arts. 155 e 156, modificados com a Lei nº 11.690/2008	Rafael da Silva Maia
10.5935/1809-8487.20150007	Vigiar e não punir: Uma análise sobre o prazo prescricional das faltas graves na execução penal	Guilherme de Sá Meneghin
10.5935/1809-8487.20150008	Breves reflexões sobre a incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares – Liberdade de informação v. direitos da personalidade – Um estudo de direito comparado	Thiago Moreira

10.5935/1809-8487.20150009	Tutela antecipada: A irreversibilidade recíproca e a proteção das áreas de preservação permanente	Marcelo Azevedo Maffra, Amanda Maria Martins
10.5935/1809-8487.20150010	Considerações acerca da judicialização da saúde com medicamentos de alto custo	Virgínia Márcia Nepomuceno Chaves de Assis
10.5935/1809-8487.20150011	O princípio da boa-fé como balizador das relações de consumo	Carolina Costa Val Rodrigues, Fernanda Almeida Lopes
10.5935/1809-8487.20150012	Da garantia fundamental da assistência jurídica à pessoa jurídica: Um mecanismo constitucional de acesso à justiça	Márcio Adriano Gomes de Oliveira
10.5935/1809-8487.20150013	Da definição do caráter técnico-científico para fins de acumulação remunerada de cargos públicos: Aspectos jurídicos do Art. 37, XVI, B, da constituição à luz da jurisprudência dos tribunais superiores	Rafael Theodor Teodoro
10.5935/1809-8487.20150014	Cultura do segredo: A corrupção na administração pública	Joaquim Adelson Cabral de Souza
10.5935/1809-8487.20150015	O credenciamento como procedimento para complementar a estrutura básica de saúde oferecida pelos entes públicos	Aristhéa Totti Silva Castelo Branco de Alencar, Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos, Rafaela de Oliveira Carvalhaes







