

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

República Federativa do Brasil

Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
CARLOS HENRIQUE MARTINS LIMA

Diretora-Geral Adjunta da Escola Superior do Ministério Público da União
SANDRA LIA SIMÓN

Câmara Editorial

Ministério Público Federal

ANDRÉ BATISTA NEVES
Procurador da República

ANTONIO DO PASSO CABRAL
Procurador da República

Ministério Público do Trabalho

CAROLINA VIEIRA MERCANTE
Procuradora do Trabalho

RICARDO JOSÉ MACEDO BRITTO PEREIRA
Subprocurador-Geral do Trabalho

Ministério Público Militar

RICARDO DE BRITO ALBUQUERQUE PONTES FREITAS
Procurador de Justiça Militar

SELMA PEREIRA DE SANTANA
Promotora de Justiça Militar

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

ANTONIO HENRIQUE GRACIANO SUXBERGER
Promotor de Justiça

MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA
Procuradora de Justiça



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 15 – Número 47 – janeiro/junho 2016
Brasília-DF



Boletim Científico
Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU
SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2º andar
70200-640 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185
Home page: <www.escola.mpu.mp.br>
E-mail: <editoracao@escola.mpu.mp.br>
Hotsite: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br>

© Copyright 2016. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional

Nelson de Sousa Lima

Assessoria Técnica - Chefia

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Assessoria Técnica – Revisão

Carolina Soares dos Santos

Preparação de originais e revisão de provas

Davi Silva do Carmo, Sandra Maria Telles, Bárbara Coelho de Souza, Sarah Agapito dos Santos, Carolina Soares dos Santos

Assessoria Técnica – Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato

Diagramação

Natali Andrea Gomez Valenzuela

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268
CEP 70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112
E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

Tiragem: 3.500 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Editorial

A Escola Superior do Ministério Público da União representa não apenas um espaço acadêmico voltado ao aperfeiçoamento técnico dos membros e servidores do MPU, mas um importante instrumento de difusão de debates jurídicos de vanguarda e análises teóricas interdisciplinares sobre os temas de atuação dos ramos do Ministério Público Brasileiro.

Ao longo de sua trajetória como entidade pública de ensino na área jurídica, a ESMPU tem oportunizado a pluralidade de ideias e interpretações, demonstrando que o Direito é um campo científico complexo e sujeito a diferentes olhares.

Nesse contexto, esta edição do *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União* traz estudos sobre questões decorrentes do novo Código de Processo Civil, bem como análises de temas atuais de Direito Administrativo e de questões específicas sobre tutela coletiva trabalhista.

Há, ainda, ensaios que tratam de democracia e Processo Penal, Filosofia e atuação do Judiciário, História e Direito do Trabalho, novos desafios na seara dos direitos civis, além da articulação entre aspectos sociológicos, políticas públicas e mediação do Ministério Público.

Entre os diversos artigos de viés progressista desta edição, vale destacar o texto intitulado “Direitos fundamentais à verdade e à memória na transição brasileira: o papel da Comissão Nacional da Verdade”, de autoria de Rafael da Silva Alvim. O autor versa sobre a relevância do resgate da história (ou uma outra forma de contar a história) oficial do País como mecanismo de aprimoramento das relações jurídicas da sociedade e de não reincidência na afronta a direitos humanos outrora (e até hoje) observada.

Desejo-lhes boa leitura e que venham as críticas, para que as ideias emitidas pelos autores ultrapassem as fronteiras destas páginas.

CAROLINA VIEIRA MERCANTE

Procuradora do Trabalho
Coordenadora da Câmara Editorial da ESMPU

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 15, n. 47, jan./jun., 2016

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Sumário

Direitos Fundamentais

O processo de revitimização de crianças que vivenciam a violência sexual

Josiane Alves Silva..... 11

O companheiro paralelo e a possibilidade de ser reconhecido como dependente da Previdência Social

Marina Rodrigues Rendwanski.....53

Direito à vida do nascituro na fase intrauterina

Priscila Batista de Matos.....83

Direitos fundamentais à verdade e à memória na transição brasileira: o papel da Comissão Nacional da Verdade

Rafael da Silva Alvim..... 115

O caso da efetivação das políticas públicas de saúde: breves apontamentos para a atuação do Ministério Público

Ricardo César Duarte..... 149

História e Direito

O fordismo/taylorismo, o toyotismo e as implicações na terceirização

Tadeu Henrique Lopes da Cunha..... 183

Filosofia e Direito

O direito como ramo da moral política e o STF

Thiago dos Santos Luz.....213

Administração Pública

Instituições financeiras oficiais e responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa

Flávio Pereira da Costa Matias.....253

A gestão da segurança institucional na Administração Pública
Rodrigo Otávio da Silva Horta.....277

Novo Código de Processo Civil

O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil
Bruno José Silva Nunes.....297

Processo Penal

Persecução penal mais eficiente e democrática: seletividade declarada e regrada
Leandro Mitidieri Figueiredo.....321

Prosecutorial discretion: o anacronismo do mito da obrigatoriedade da ação penal
Túlio Fávaro Beggiato.....351

Tutela Jurisdicional Coletiva

Inaplicabilidade do art. 844 da CLT à ação civil pública trabalhista ajuizada pelo Ministério Público
Frederico Rodrigues Tedesco.....383

Direitos Fundamentais

O processo de revitimização de crianças que vivenciam a violência sexual

Josiane Alves Silva

Ex-estagiária de Serviço Social do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Bacharela em Serviço Social pela Universidade Católica de Brasília.

Resumo: O presente artigo aborda a temática da violência sexual cometida contra crianças, sendo o abuso uma de suas formas mais perversas, em que a vítima é usada pelo agressor como objeto de satisfação de seu desejo. Com o objetivo de contribuir para a reflexão sobre o tema, busca-se identificar se os procedimentos pelos quais as crianças passam após a revelação do abuso sexual podem contribuir para uma possível revitimização. Para isso, foi realizada uma pesquisa qualitativa no Centro de Referência para Proteção Integral da Criança e do Adolescente em Situação de Violência Sexual (CEREVS), bem como uma revisão bibliográfica. Com o estudo, foi identificado que muitas ações dos operadores de justiça e da rede de proteção, quando realizadas de forma inadequada, contribuem para que a criança reviva o sofrimento provocado pelo abuso sexual. A insuficiência de recursos financeiros e humanos oferecidos pelo Poder Público aos serviços de atendimentos às vítimas de violência também contribui para esse processo de revitimização.

Palavras-chave: Criança. Abuso sexual. Revitimização.

Abstract: This article discusses the topic of sexual violence committed against children, where the abuse is one of its most perverse forms, in which the victim is used by the attacker to satisfy his desire. In order to contribute to the reflection on the theme, it intends to identify whether the procedures by which children go through after the revelation of sexual abuse can contribute to a possible revictimization. For that, qualitative research was carried out in the Reference Center for Integral Protection of Children and Adolescents in Situation of Sexual Violence (CEREVS), as well as literature review. The study identified that, when performed improperly, many actions taken by operators of Justice and pro-

tection contribute to the child relive the pain caused by the sexual abuse. The inadequacy of financial and human resources provided by the Government to care for victims of violence also contributes to this process of revictimization.

Keywords: Child. Sexual abuse. Revictimization.

Sumário: 1 Introdução. 2 A representação da criança na sociedade. 3 A violência doméstica contra crianças. 4 A violência sexual na vida da criança e a relação de poder. 5 Fluxo percorrido pela criança após a revelação do abuso sexual: as intervenções institucionais como potencial de revitimização. 6 A peregrinação da criança por atendimento na rede de proteção. 7 Procedimentos de pesquisa. 8 As intervenções profissionais no contexto da vítima de abuso sexual na visão do CEREVS. 9 Considerações finais.

1 Introdução

O presente estudo tem a intenção de contribuir para a reflexão sobre a violência sexual praticada contra as crianças, sendo o abuso sexual considerado um dos mais perversos crimes cometidos contra essas pequenas vítimas. Na maioria das vezes, as vítimas têm seus direitos violados por quem tem o dever legal de protegê-las. Diante dessa situação, percebe-se que, além do sofrimento provocado pela violência à qual foi submetida, a criança ainda lida com sentimentos ambíguos por ter sido violentada por alguém com quem mantinha vínculos afetivos e de confiança.

Após a revelação do abuso, geralmente a criança passa por muitas instituições, peregrinando na busca por atendimento e proteção de seus direitos. Durante esse processo, é comum sua história ser narrada por diversas vezes aos profissionais das instituições por onde passa, tendo como interlocutores seus responsáveis ou a própria criança.

Observou-se que as situações pelas quais as vítimas desse crime precisam passar após a revelação do abuso podem levá-las a reviverem a violência sofrida. Em muitos casos, os procedimentos adotados podem promover a exposição dessas crianças a novas formas de violência, já que, em muitas das intervenções realizadas, geralmente não se adota uma escuta qualificada durante os aten-

dimentos. Além disso, ao ser ouvida várias vezes, a criança pode alterar sua fala, prejudicando a análise de culpabilização do autor, o que poderia possibilitar a aproximação deste e a consequente retomada da violência.

Diante disso, surgiu a necessidade de pesquisar sobre o referido tema com o fim de compreendê-lo a partir de uma análise crítica sobre essa realidade. Considerando o sofrimento que a violência sexual provoca antes e após sua revelação, o presente estudo pretende identificar se os procedimentos adotados por profissionais da rede de proteção e operadores do Direito no âmbito da justiça contribuem para que a criança reviva a violência sexual sofrida.

Com o objetivo de fomentar essa discussão, o presente artigo está organizado em cinco tópicos estruturados de forma a contribuir com a reflexão do leitor sobre o contexto de violência vivenciado por crianças. O primeiro tópico faz uma abordagem sobre a forma como a criança é tratada na sociedade, bem como sobre a postura do Estado diante das violações de seus direitos ao longo dos séculos. Já o segundo e o terceiro versam sobre as formas de violência às quais a criança é submetida. Na sequência, o quarto e o quinto tópicos apontam os caminhos percorridos pela criança após a revelação do abuso e discutem se a sequência de repetições de sua fala para diferentes instituições ao longo da tramitação do processo judicial, bem como os atendimentos realizados pelas instituições que compõem a rede de proteção, podem contribuir para o processo de revitimização da criança vítima de abuso sexual. Há também a discussão dos resultados do estudo a partir de uma abordagem crítico-dialética.

As considerações finais fazem uma reflexão sobre os atuais procedimentos pelos quais a criança vítima de abuso sexual passa após a revelação desse abuso e os possíveis métodos que poderiam ser adotados para evitar a revitimização.

2 A representação da criança na sociedade

Ao longo de muitos séculos, a infância não recebeu a atenção e proteção que merecia. Diversas formas de violações de direitos

foram percebidas, sobretudo na antiguidade, período no qual o infanticídio era prática muito comum, sendo a criança submetida a diversas atrocidades, tais como sacrifícios de inocentes em rituais de culto e obediência a deuses; rituais macabros em práticas de feitiçaria e oferendas em seitas satânicas; sacrifício quando nasciam “defeituosas” sob alegação de aperfeiçoamento da raça ou por simples rejeição da família, entre outras práticas (GUERRA, 1984; AZEVEDO; GUERRA, 2005).

Embora a prática de sacrifícios em rituais não representasse uma atitude comum a toda a sociedade, sendo relacionada a crenças e concepções religiosas, a atitude de quem a reproduzia evidencia a banalização da infância e o tratamento que esta recebia, sendo totalmente desprotegida, uma vez que não se tem notícia, pelo menos em tempos remotos, de que tais práticas fossem coibidas durante essas épocas (AZEVEDO; GUERRA, 2005).

Segundo Santos et al. (2010, p. 20), “até meados do século XII, por exemplo, as crianças eram representadas nas pinturas e obras de artes como homens em miniaturas”, sendo a concepção de criança bem diferente da representada na sociedade atual. “Durante a Idade Média, a criança, tão logo não precisasse mais dos cuidados vitais da mãe ou ama, era incorporada ao universo adulto”. De acordo com o autor, nessa época, existia forte influência do poder paterno na família, sendo os pais que tomavam todo tipo de decisão sobre a vida dos filhos. Eram os pais que determinavam a profissão dos filhos, escolhiam os pares para o casamento e assim selavam seus destinos, sem considerar as suas opiniões e desejos, pois a legislação da época era fundamentada na soberania paterna¹. Existia, com isso, uma “perspectiva de disciplinamento e dominação das crianças perpetuada historicamente” (FALEIROS; FALEIROS, 2008, p. 16).

No cenário brasileiro, esse modelo perdurou por séculos, contribuindo para o fortalecimento das concepções conservadoras sobre o modo de “governar” a criança. No período do Brasil

¹ Aqui entendida como o poder que a família, sobretudo o pai, exercia sobre os filhos, correspondendo a uma autoridade máxima na família, à qual a criança devia inteira obediência (SANTOS et al., 2010; GUERRA, 1984).

Colônia, por exemplo, “a Igreja e o Estado andavam juntos unindo a conquista armada e a religião. O cuidado com as crianças índias pelos padres jesuítas tinha por objetivo batizá-las e incorporá-las ao trabalho” (FALEIROS; FALEIROS, 2008, p. 19). Percebe-se que não somente o uso de crianças no trabalho e a privação de viverem suas culturas com suas famílias constituíam violações, mas outras formas de violação também existiam durante o mesmo período, tais como a escravidão, que violava os direitos de crianças negras, o abandono de recém-nascidos pobres, o trabalho infantil como substituição da mão de obra escrava, entre outras (SANTOS et al., 2010; FALEIROS; FALEIROS, 2008).

O Estado não intervinha na família de forma favorável aos interesses das crianças, como, por exemplo, protegendo-as dos castigos físicos impostos pelos pais e mestres, assim como não intervinha nos abandonos de recém-nascidos, pois o “poder paterno era absolutamente inquestionável, correspondendo a um poder de vida e de morte” (SANTOS et al., 2010, p. 19).

Entretanto, no Brasil, com a constituição do Estado Moderno², surge a ideia de que o Estado deve assegurar o bem-estar da criança e do adolescente como indivíduos autônomos de sua família (SANTOS et al., 2010). Assim, começa a normatizar a vida social e o relacionamento entre seus membros. Verificam-se os primeiros esforços por parte do Estado em interferir na forma como o adulto lida com as crianças. Dessa maneira, o Estado foi substituindo a soberania paterna sobre a criança, passando a ser o defensor do seu melhor interesse e a ter a competência para retirar o poder familiar quando necessário (SANTOS et al., 2010). Embora as normas do Estado propusessem um cuidado à infância aparentemente melhor que o proposto pela soberania paterna, percebia-se uma contradição na forma como as crianças ricas e pobres eram tratadas, e sua intervenção resultou em verdadeiras violações de direitos.

² A concepção de Estado Moderno, também conhecido como Estado-Nação ou Estado Protecionista, surgiu após a Revolução Francesa, evidenciando a necessidade da regulação da vida social a partir da elaboração de conjuntos de normas e regras para a vida em sociedade, promovendo a intervenção do Estado nos espaços públicos e privados (SANTOS et al., 2010; CHAPARRO, s/d).

De acordo com Santos et al. (2010), na concepção proposta pelo Estado Moderno, existiam dois conceitos diferentes para definir a infância, sendo tratada como menor a criança pobre, em situação de vulnerabilidade social ou “delinquência”, e como crianças os filhos de segmentos mais favorecidos da sociedade. A partir dessa visão da infância, foi criada a doutrina jurídica conhecida como *doutrina da situação irregular*, a qual definia a situação irregular com base no contexto socioeconômico da criança ou do adolescente. Dessa forma, a criança ou adolescente estavam em situação irregular quando se encontravam desprovidos de direitos por estarem material, moral ou socialmente abandonados ou quando cometiam algum ato que infringia as leis e regras sociais. Essa doutrina passou a fundamentar as políticas de bem-estar social e embasava as legislações da criança e do adolescente na época (SANTOS et al., 2010).

Dois importantes documentos legais foram criados a partir desse tipo de concepção e fundamentados na *doutrina da situação irregular*. O primeiro foi o Decreto n. 17.943, de 1927, conhecido como Código de Menores Melo Mattos, que dispõe, em seu art. 1º, que o “menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade, será submetido pela autoridade competente as medidas de assistência e proteção contidas neste Código”. O segundo documento foi a Lei n. 6.697, de 1979, que dispôs, também no seu art. 1º, sobre assistência, proteção e vigilância a menores de dezoito anos que estivessem em situação irregular. Observa-se que essas leis atingiam principalmente crianças e adolescentes pobres e, dessa forma, ainda não conseguiam tratar a criança e o adolescente como sujeitos de direitos. Nesse sentido, diversas violações foram percebidas, sobretudo quando esses “menores” eram retirados de suas famílias para serem colocados em instituições como a Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (FEBEM), onde sofriam diversas violências e recebiam tratamento desumano, cruel e degradante.

Segundo Matos (2013, p. 104), somente “a partir da mobilização dos movimentos sociais brasileiros que atuavam em prol dos direitos da criança e do adolescente e de normativas internacionais

que passaram a reconhecer esses direitos”, as legislações brasileiras passaram a entender a proteção aos direitos da criança e do adolescente como um dever de cada cidadão, “sendo, portanto, a publicização de situações de violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes uma forma de proteção a esses direitos”.

Tais movimentos sociais partiam da iniciativa da sociedade civil em prol do reconhecimento das crianças e dos adolescentes como cidadãos de direitos e contra a violência empregada contra eles, sendo muitos desses movimentos iniciados na década de 1980, como, por exemplo, o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua (MNMMR), em 1985, na cidade de São Bernardo do Campo, e a Pastoral da Criança, criada em 1983 pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB (LORENZI, 2010).

Em 1988, o Brasil promulgava a atual Constituição Federal, que estabeleceu no art. 227 a responsabilização da família, da sociedade e do Estado em garantir a proteção integral dos direitos da criança e do adolescente com absoluta prioridade. Em 1990, esse artigo foi regulamentado pela Lei n. 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), estabelecendo, então, a proteção integral das crianças e dos adolescentes e os impedimentos legais para coibir os maus-tratos e práticas desumanas contra eles, considerando-os como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento.

A infância então recebia um novo olhar e foco de proteção, pois, contrapondo-se aos códigos de menores, o ECA imprime o reconhecimento das crianças e adolescentes como “sujeitos de direitos” enquanto cidadãos e não como objeto de uso do adulto.

Para resguardar o direito de convívio com a família biológica, em 2009, foi implementada a nova Lei da Adoção. A Lei n. 12.010, de 2 de agosto de 2009, trouxe mudanças no cenário da adoção, com alteração de importantes artigos da Lei n. 8.069/1990 (ECA), bem como de outros documentos legais³ que tratam da adoção,

³ Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que trata da investigação de paternidade, revoga dispositivos da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da

objetivando “o aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito à convivência familiar a todas as crianças e adolescentes [...]”⁴. Esta lei ressalta a importância da proteção da criança por sua família biológica, contribuindo, então, para que a colocação em família substituta seja medida excepcional.

O art. 227 da Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu § 4º, que a violação sexual será punida severamente, evidenciando a importância atribuída ao enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes. No ano 2000, depois de discussões e movimentações sobre o tema e em razão desse artigo, o Brasil avançou significativamente no enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes ao aprovar o Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infantojuvenil. Tal plano revelou-se importante instrumento para que diversas ações, programas, serviços e políticas fossem desenvolvidos no enfrentamento à violência sexual.

Em 2013, esse plano foi revisado e novas perspectivas de enfrentamento à violência sexual foram acrescentadas no atual Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes⁵. Ressaltam-se aqui dois importantes eixos desse plano. O primeiro é o eixo da prevenção, que objetiva “assegurar ações preventivas contra o abuso e/ou exploração sexual de crianças e adolescentes, fundamentalmente pela educação, sensibilização e autodefesa”. O outro é o eixo da atenção, que tem como objetivo:

Garantir o atendimento especializado, e em rede, às crianças e aos adolescentes em situação de abuso e/ou exploração sexual e às suas

Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943 (BRASIL, 2009, ementa da Lei n. 12.010/2009).

4 Lei n. 12.010/2009, art. 1º.

5 Esse plano é composto por seis eixos: Eixo Prevenção; Eixo Atenção; Eixo Defesa e Responsabilização; Eixo Comunicação e Mobilização Social; Eixo Participação e Protagonismo; e Eixo Estudos e Pesquisas.

famílias, realizado por profissionais especializados e capacitados, assim como assegurar atendimento à pessoa que comete violência sexual, respeitando as diversidades de condição étnico-racial, gênero, religião, cultura, orientação sexual etc.⁶.

Esses dois eixos, além de reafirmarem o compromisso que o País deve assumir perante o enfrentamento da violência sexual, destacam mais uma vez a importância da mudança de paradigma na concepção da infância a partir do reconhecimento da criança e do adolescente como sujeitos de direitos.

No ano de 2014, outra importante ferramenta legal altera o ECA na defesa de direitos da criança e do adolescente: a Lei n. 13.010 (Lei Menino Bernardo), que estabelece o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou tratamento cruel ou degradante.

Contudo, embora esses mecanismos legais versem sobre a proteção da criança como sujeito de direitos, ainda existem em nossa sociedade constantes violações. A violência doméstica e os homicídios cometidos contra crianças são evidências de que ainda há um longo caminho de luta para se percorrer na efetivação de seus direitos.

Infere-se com essa constatação que tal cenário está relacionado à resistência de parte da sociedade em desconstruir a concepção da criança como objeto de dominação e poder. Devido a isso, as crianças ainda são constantemente vitimizadas pelos adultos, principalmente dentro dos seus lares, onde a violência é praticada por pessoas com as quais mantêm vínculos afetivos e de confiança, sofrendo, desse modo, diversas formas de violência, seja física, psicológica, sexual ou mesmo a negligência.

6 BRASIL. Plano Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes. Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e Adolescentes. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/criancas-e-adolescentes/publicacoes-2013/pdfs/plano-nacional-de-enfrentamento-da-violencia-sexual-contra-crianca-e-adolescentes>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

3 A violência doméstica contra crianças

Em uma concepção conservadora, a família é pensada como a união conjugal entre o homem e a mulher, de forma básica e elementar, em que se tem a relação de parentesco e de divisão de papéis como fenômenos naturais. Essa visão, ainda idealizada nos dias atuais, tem origem “na família nuclear burguesa, composta basicamente pelo triângulo pai, mãe e filhos e por uma complexa combinação e amor parental” (AZEVEDO; GUERRA, 2005, p. 51).

Sabemos que existem novas configurações de famílias que não necessariamente são compostas por esse triângulo, sendo elas muitas vezes desconsideradas e discriminadas em decorrência de preconceitos oriundos do fato de não fazerem parte desse modelo idealizado de família.

Entretanto, todas as famílias têm a responsabilidade legal de defender e garantir os direitos das crianças e adolescentes e protegê-los de qualquer violação, pois a família “pressupõe o reconhecimento comprometido e compromissado do outro, laços de parentesco ou afetivos, numa relação de troca de *proteção* e *convívio*” (FALEIROS; BRITO, 2007, p. 110, grifo nosso). Contudo, o comportamento agressivo dos pais para com os filhos, ou de qualquer membro da família que tem a responsabilidade sobre eles, fere não somente o princípio de proteção que se espera de uma família, como também o direito da criança e do adolescente de ter um convívio familiar isento de violência.

Ao analisar o contexto de violência vivido pelas crianças, em que grande parte das agressões ocorrem dentro de seus lares, perpetradas por pessoas com as quais mantinham ou mantêm laços afetivos, a violência doméstica ou intrafamiliar pode ser entendida como

[...] fruto e consequência de relações existentes na família [...] dizem respeito aos conflitos familiares transformados em intolerância, abusos e opressão e constituem um fenômeno universal, com séculos de história, formando uma cultura que se expressa em usos, costumes, atitudes, negligências e atos violentos (NASCIMENTO et al., 2010, p. 218).

Considerando ainda que ao longo dos séculos a criança foi tratada de forma inferiorizada e concebida como objeto de dominação e manipulação do adulto, pode-se dizer que a violência doméstica perpetrada contra as crianças tem no processo cultural um dos fatores que contribuem para a sua incidência, o que dificulta a desconstrução, por parte da sociedade, do uso da violência como método para educar crianças, pois além de ser naturalizada, também está relacionada a uma questão de poder. Conforme Faleiros e Brito (2007, p. 108),

A violência, pois, expressa uma relação de poder e de força. A força do poder implica assegurar o lugar do mais forte, com a submissão do outro por meio de estratégias, mecanismos, dispositivos, arranjos que levem o outro a se curvar e mesmo a consentir ao dominante, com contragosto mais ou menos expresso ou escondido.

Assim, a violência acaba por implicar uma transgressão entre o poder e o dever da sociedade e do adulto para com a criança. Por outro lado, nega o direito que a criança tem de ser tratada como sujeito de direitos e pessoa em condição peculiar de desenvolvimento (MINAYO, 2001).

Com isso, a violência fere os princípios da dignidade humana, uma vez que no Estado Democrático de Direito “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”⁷, considerando que as relações violentas provocam sofrimento físico e psicológico para as vítimas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz, em seu art. 5º, o seguinte teor: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de *negligência*, discriminação, exploração, *violência*, *crueldade* e *opressão*, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais” [grifos nossos]. No entanto, o que se percebe é que, embora existam leis que protegem as crianças e punem quem viola os seus direitos, a violência

⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1998, art. 5º, inc. III.

encontra legitimidade diante do contexto em que a criança está inserida, sobretudo no âmbito familiar, onde fica oculta e muitas vezes silenciada pelo medo e pela repressão.

Entendendo que “a violência contra a criança e adolescente é todo ato ou omissão cometidos por pais, parentes, outras pessoas e instituições, capazes de causar dano físico, sexual e/ou psicológico à vítima” (MINAYO, 2001, p. 92) no contexto de violência doméstica, ela se classifica em violência física, psicológica e sexual (GUERRA, 1984). Para este estudo, considerar-se-á a negligência como uma das formas de violência doméstica contra a criança, já que está comumente presente nas denúncias de maus-tratos, além de trazer graves consequências.

A violência física ocorre quando o agressor usa da força física para provocar dor, lesões, ferimentos e traumas nas suas vítimas (NASCIMENTO et al., 2010), de forma a puni-las ou castigá-las, e vai desde um tapa até um espancamento que pode causar a sua morte (AZEVEDO; GUERRA, s/d). De acordo com Faleiros e Faleiros (2008, p. 35), são formas de violência física:

[...] a disciplina física abusiva com fins corretivos (tapas, surras e agressões com qualquer tipo de objeto), torturas, privações físicas deliberadas (de comer e de beber), restrições de movimentos (confinamento), privação ou transferência de abrigo (expulsão do lar, colocação em outra residência, internação), trabalho forçado e inadequado à idade e desenvolvimento do vitimizado, eliminação física (assassinato) e violência sexual.

Por sua vez, a violência psicológica ocorre pelas “agressões verbais ou gestuais com o objetivo de aterrorizar, rejeitar, humilhar a vítima, restringir a liberdade ou, ainda, isolá-la do convívio social” (NASCIMENTO et al., 2010, p. 219). Esse tipo de violência tem grande potencial redutor da autoestima e autoconfiança na vida das vítimas, provocando um sofrimento oculto, por se tratar de uma agressão que não deixa traços fáceis de serem identificados no corpo, e constitui, segundo Faleiros e Faleiros (2008, p. 36):

[...] uma relação de poder desigual entre adultos dotados de autoridade e crianças e adolescentes dominados. Esse poder é exer-

cido através de atitudes de mando arbitrário (“obedeça porque eu quero”), de agressões verbais, de chantagens, de regras excessivas, de ameaças (inclusive de morte), humilhações, desvalorização, estigmatização, desqualificação, rejeição, isolamento, exigência de comportamentos éticos inadequados ou acima das capacidades e de exploração econômica ou sexual.

Quanto à negligência, ela se baseia “na omissão, na rejeição, no descaso, na indiferença, no descompromisso, no desinteresse, na negação da existência [...] falta de compromisso com as responsabilidades familiar, comunitária, social e governamental” (FALEIROS; FALEIROS, 2008, p. 34). Segundo os autores, a negligência também se configura na falta de cuidado para com as crianças em uma relação desprovida de carinho e amor, em que não há o reconhecimento delas como sujeito de direitos.

A violência sexual, por sua vez, é o “ato ou jogo sexual que [...] visa estimular a criança/adolescente para obter excitação sexual e práticas eróticas, pornográficas e sexuais, impostas por meio de aliciamento, violência física ou ameaças” (NASCIMENTO et al., 2010, p. 219). Essa violação é o tema do item que se segue.

4 A violência sexual na vida da criança e a relação de poder

A violência sexual é uma das piores formas de vitimizar a criança, por ser uma agressão perversa e desumana, “inaceitável, além de ilegal. Ela fere a ética e transgride as regras sociais e familiares de convivência mútua e de responsabilidade dos adultos para com as crianças” (FALEIROS; FALEIROS, 2008, p. 38).

Nas situações abusivas, as crianças são utilizadas para satisfazer os desejos de um adulto ou mesmo de um adolescente por meio de uma relação de poder (FALEIROS; FALEIROS, 2008). Isso se torna claro ao considerar que, de uma forma geral, a violência está intrinsecamente ligada ao poder e se manifesta amplamente nas relações onde se tem definida a posição de mais forte e mais fraco, em que o abusador se vale de sua força física ou de manipulação

para controlar a vítima diante da sua fragilidade (SANTOS, 2011). Como foi mencionado, as crianças foram historicamente submetidas à soberania adulta e, diante disso, vivenciaram diferentes tipos de agressões que encontram legitimidade no autoritarismo naturalizado pela sociedade adultocêntrica que o reproduz (SANTOS et al., 2010).

Desde muito cedo, as crianças são instruídas a obedecer e a respeitar o adulto, devendo a ele a total subordinação, sendo suas atitudes para com elas inquestionáveis, mesmo as que provocam dor e sofrimento, sob a alegação de que elas estão sendo “educadas”, “disciplinadas”, e a ele, adulto, cabe a função de exercer o papel de “educador”. Aproveitando-se dessa relação, o adulto abusador envolve suas vítimas de forma a dominá-las, para assim violar os seus direitos.

Dessa forma, o abuso sexual ocorre pela dominação da vítima, seja na forma de aliciamento ou pelo uso da força, em que a criança vitimizada é usada como objeto para satisfazer os desejos do abusador, como afirmam Faleiros e Faleiros (2008, p. 39-40):

O abuso sexual contra crianças e adolescentes é um relacionamento interpessoal sexualizado, privado, de dominação perversa, geralmente mantido em silêncio e segredo. [...] Nas situações de abuso sexual, crianças ou adolescentes são usados para gratificação de um adulto ou mesmo de um adolescente mais velho, com base em uma relação de poder que pode incluir desde manipulação da genitália, mama, ânus, exploração sexual, voyeurismo, pornografia, exibicionismo, até o ato sexual com ou sem penetração, com ou sem violência.

Assim, tem-se que o abuso sexual pode acontecer com contato físico, por meio de carícias não desejadas, penetração oral, anal ou vaginal, com o uso do pênis ou objetos, masturbação forçada, entre outros; e sem o contato físico, por exposição a material pornográfico, a situação inadequada, exibicionismo ou uso de linguagem erotizada (CASTANHA, 2012).

Pode ser perpetrado no meio intrafamiliar, em que os abusadores encontram-se no seio da família como pai/padrasto, mãe/madrasta, irmãos/irmãs, tios/tias, avôs/avós, padrinhos/madrinhas

ou extrafamiliar, em que o agressor é alguém externo à família mas que participa da vida da criança de alguma forma, seja na escola, na igreja, no clube que frequenta, na vizinhança, entre outros. Ambos têm em comum uma característica bem peculiar: os abusadores se apresentam acima de qualquer suspeita, fazendo com que o abuso perdure por muito mais tempo por ocorrer de forma gradativa e convencer a vítima de que sua fala será desacreditada pela família, o que muitas vezes se confirma na revelação do abuso (SANTOUCY et al., 2014; FALEIROS; FALEIROS, 2008).

Esse tipo de violência envolve a criança numa relação forçada de cumplicidade e segredos, em que ela vive sentimentos ambíguos por ter fortes vínculos afetivos, de respeito e confiança em relação ao agressor. Isso afeta diretamente o seu emocional, contribuindo para que, embora sofra, permaneça por muito tempo sem denunciar o abuso ou o negue após a descoberta (SANTOS et al., 2009).

Segundo o autor, outra situação que ocorre em relação ao abuso sexual e que provoca grande sofrimento é a descrita a seguir:

O agressor tende a inverter a ordem, colocando-se como vítima e injustiçado, negligenciando a dor e o sofrimento da criança ou do adolescente abusado. E é preciso acrescentar ainda as pressões que as crianças sofrem para não denunciarem o agressor, ou minimizarem seu sofrimento, já que são responsabilizadas pelos infortúnios financeiros (SANTOS et al., 2009, p. 519-520).

Nessa situação, em alguns casos, a família se posiciona contra a criança, responsabilizando-a pelo desfecho ocorrido após seu relato, o que ocasiona nela um sentimento de culpa e dor. A criança passa a vivenciar um novo sofrimento, agora promovido pelo desamparo, pela culpa, pelo arrependimento de ter falado a verdade. Tal fato pode contribuir para que, em algum momento, diante do juiz, por exemplo, ela negue o abuso sofrido (SANTOS; COSTA, 2011), comprometendo assim a responsabilização do autor.

É importante salientar que não se pretende aqui fazer um julgamento quanto à postura da família, sobretudo das mães, diante da revelação do abuso. Muitas vezes, esses familiares são tomados por sentimentos ambíguos, sem saber como agir diante da situação.

Em muitos casos em que o agressor é o principal provedor da família, o seu afastamento do lar pode ocasionar problemas financeiros, fragilizando ainda mais a rede de proteção familiar da criança (SANTOS et al., 2011).

Entretanto, não obstante as consequências emocionais provocadas pelo abuso, quando essa violência é revelada ou descoberta, pode começar também um processo de revitimização, pois a sua revelação desencadeia preconceitos e concepções fundamentadas numa cultura que, conforme já tratado, devido a questões de poder que o adulto tende a manter sobre a criança, naturaliza a violência contra ela e a culpabiliza frequentemente pela violação sofrida.

Além disso, a criança é submetida a diversas oitivas ao longo do processo judicial, realizadas por profissionais que muitas vezes não possuem a capacitação necessária ao exercício de uma escuta qualificada, que amplie sua avaliação sobre o contexto dessa criança. Por fim, a criança peregrina pelos serviços das instituições que compõem a rede de proteção, sendo exposta a novas situações que podem contribuir para reviver o abuso sofrido.

5 Fluxo percorrido pela criança após a revelação do abuso sexual: as intervenções institucionais como potencial de revitimização

A revitimização ocorre quando a vítima é submetida a processos que levam a reviver a violência ou agressão sofrida. Pode ocorrer, entre outras situações, durante um depoimento na delegacia, na repetição do ato que sofreu diante de órgãos de proteção, diante do juiz ou até mesmo diante da família, que em muitos casos faz com que a criança repita por várias vezes o relato do abuso sofrido, esperando que ela confirme ou negue o que acabara de afirmar. Dessa forma, a repetição de caracteres do ciclo de violência leva a criança a vivenciar novamente aspectos da violência que sofreu (VILELA, 2005).

Embora a oitiva das vítimas de violência seja um procedimento necessário para a produção de provas, levando à responsa-

bilização do autor, o ato pode ser extremamente agressivo para a criança, que se vê exposta novamente a toda a situação vivenciada. Assim, a revitimização pode ocorrer pela

[...] repetição de atos de violência seja pelo próprio agressor ou na peregrinação pelos serviços para receber atendimento, ou pela repetição da lembrança de atos de violência sofridos quando o relato do trauma necessita ser repetido para vários profissionais. Isso pode acarretar prejuízo para a justiça, pois a vítima, por cansaço, pode omitir fatos ou, por considerar que está chamando atenção, pode aumentar os acontecimentos. Outra situação é o atendimento sem privacidade, expondo sua dor diante de terceiros (VILELA, 2005, p. 52).

Conforme Balbinotti (2009, p. 10), “o abuso costuma ser informado a um amigo, vizinho, familiar, professor, médico. Em qualquer dos casos, deve-se dirigir primeiramente, ao Conselho Tutelar e, por tratar-se de um crime, à delegacia de Polícia próxima ao local de residência”. O denunciante também pode procurar a Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente (DPCA) ou comunicar o fato pelos canais telefônicos, como o Disque 100, que o encaminhará aos órgãos competentes.

Diante da notificação da violência, a autoridade policial realiza os procedimentos investigatórios necessários à comprovação ou não do abuso sexual, promovendo então a abertura do inquérito policial (BALBINOTTI, 2009), no qual se realiza a oitiva dos envolvidos, incluindo a criança, entre outros procedimentos. Não obstante, a criança precisa passar por formalidades periciais, sendo encaminhada para o Instituto Médico Legal (IML), como afirma Santos et al. (2014, p. 86):

A segunda etapa do fluxo de notificação começa com a obtenção de dois tipos de provas de ocorrência: o laudo pericial e a prova testemunhal. No primeiro tipo, o delegado deve solicitar provas do ato sexual (conjunção carnal), de lesões corporais (corpo de delito) e de autoria do crime sexual. No segundo, a unidade de polícia busca ouvir vítimas e testemunhas sobre os fatos denunciados.

Até esse momento, a criança já terá passado por diversos órgãos onde teve que relatar o abuso para diferentes profissionais durante

entrevistas e se submeter a exames bastante invasivos. Depois de concluído o inquérito, a autoridade policial o apresenta ao Ministério Público, que oferecerá a denúncia do fato para o processamento da ação penal contra o agressor, desencadeando assim o processo judicial, uma nova etapa pela qual a vítima terá que passar (BALBINOTTI, 2009). Dessa forma, “toda a história dos envolvidos [...] passa a fazer parte do processo judicial, o qual registra toda a documentação e o histórico do caso a ser julgado” (MATOS, 2013, p. 109).

“No âmbito do Judiciário, o processo judicial é um documento que revela muito da realidade social vivenciada pelos sujeitos nele envolvidos, não obstante seu caráter formal” (MATOS, 2013, p. 16). Com isso, “a Vara Criminal da Justiça comum reinicia, se houver necessidade, todos os depoimentos em busca de fatos novos para confrontar com o que foi dito no inquérito policial” (SANTOS et al., 2014, p. 188).

Nessa fase, têm-se as audiências necessárias ao exercício da ampla defesa e à instrução e ao julgamento do fato, quando a criança pode ser ouvida como parte no processo, em muitos casos por profissionais despreparados para entendê-la em sua subjetividade, submetendo-a a um sistema de inquirição retrógrado e obsoleto que não demonstra preocupação com o sofrimento ou as sequelas que possam ser desencadeadas (BALBINOTTI, 2009). “Depois dessa fase, o processo volta ao juiz para a aplicação da sentença (fase final) ou para encaminhamento ao julgamento, o que pode resultar em pena ou em multa para o autor da violência sexual” (SANTOS et al., 2014, p. 188).

Sob a determinação da autoridade judiciária, as equipes técnicas dos setores psicossociais dos tribunais de justiça realizam o estudo psicossocial concernente ao contexto da criança vítima de abuso. A depender da equipe e da necessidade de cada caso, muitas vezes a oitiva da criança poderá ser realizada. Nesses setores, alguns encaminhamentos para proteção da vítima e superação da violência também podem ser feitos (GRANJEIRO; COSTA, 2008).

É primordial que o sistema de justiça brasileiro utilize-se das tecnologias disponíveis como forma de proteger a criança, ao mesmo

tempo em que responsabiliza o autor. Tomemos como exemplo a Inglaterra, onde a fase de investigação policial ocorre junto com a intervenção do Ministério Público, e a oitiva da criança, realizada na fase de processamento penal do fato, se dá por meio de gravação da tomada de depoimento para a produção de provas em processos judiciais (SANTOS; GONÇALVES, 2008).

Ainda tomando como base os métodos ingleses, durante as audiências em que a criança figura como vítima ou testemunha, o depoimento é realizado em sala lúdica, que proporciona a ela a tranquilidade necessária. A sala possui equipamentos de áudio e vídeo, onde a criança é entrevistada por um policial capacitado para tomada de depoimento especial. O depoimento é gravado e transmitido simultaneamente para outra sala, onde se encontram outro policial, um agente do Ministério Público e, por vezes, algum familiar da criança. Após a oitiva, a gravação é entregue ao Ministério Público, que procederá à denúncia no Judiciário (SANTOS; GONÇALVES, 2008).

Os benefícios do procedimento citado são evidenciados pelos autores, conforme segue:

[...] a principal finalidade da tomada de depoimento especial é possibilitar que crianças e adolescentes, estejam estes na condição de vítimas ou testemunhas, prestem depoimento de forma protegida e, na condição de vítimas, que esta forma de tomada de depoimento previna a revitimização, que normalmente ocorre nos processos tradicionais de tomada de depoimento. [...] A finalidade última da produção de provas é quebrar o ciclo da impunidade de pessoas que cometem violência sexual contra crianças e adolescentes, largamente respaldado pela falta da materialidade das provas (SANTOS; GONÇALVES, 2008, p. 53).

Essa metodologia vem sendo usada em alguns tribunais de justiça brasileiros, nas varas da infância e juventude, por meio do projeto Depoimento sem Dano. Contudo, é importante mencionar que o Conselho Federal de Serviço Social (CFESS), por meio da Resolução n. 554/2009, não reconhece a atuação do assistente social “em metodologia de inquirição especial sob a procedimen-

talidade do projeto Depoimento sem Dano, uma vez que não é de sua competência e atribuição profissional, em conformidade com os artigos 4º e 5º da Lei n. 8.662/1993”. Para o CFESS, tal atribuição constitui uma função própria dos magistrados no âmbito do Poder Judiciário, e não do assistente social, conforme vem sendo implementado, uma vez que essa metodologia não possui nenhuma relação com a sua formação profissional.

De qualquer forma, no cenário atual, ocorre que, após a revelação do abuso, a criança, juntamente com sua família, percorre um longo caminho pelos serviços que compõem as redes de proteção dos direitos das crianças e adolescentes e também os órgãos de enfrentamento à violência sexual, tais como delegacias circunscricionais, delegacias de proteção à criança e ao adolescente, conselhos tutelares, varas da infância e juventude, ministérios públicos, centros de referência especializados em assistência social, serviços de saúde, entre outros, onde a criança pode ser ouvida mais de uma vez (SANTOS; COSTA, 2011). Tais situações podem levar a criança a múltiplas oitivas, contribuindo para que ela reviva o abuso sofrido ou mude a sua fala (retratação) ao longo desse percurso (idem), o que, ressalta-se, prejudicará a devida responsabilização do autor.

Assim, é extremamente relevante que, durante todos esses processos, as medidas de proteção à criança sejam tomadas pelos órgãos competentes, conforme o art. 101 do ECA⁸, para que desde logo sejam amenizadas as sequelas da violência e proporcionados à criança os atendimentos necessários à sua integralidade.

⁸ Lei n. 8.069/1990: “Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional (Redação dada pela Lei n. 12.010, de 2009); VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar (Redação dada pela Lei n. 12.010, de 2009); IX - colocação em família substituta (Incluído pela Lei n. 12.010, de 2009).”

No entanto, a possível “ausência de articulação entre as instituições promove o que se chama de revitimização, submetendo as pessoas envolvidas em situação de violência sexual a um padrão de organização interinstitucional fragmentado e compartimentalizado” (SANTOS; COSTA, 2011, p. 531). Além disso, o fato de as instituições pouco se comunicarem para se articularem enquanto rede, e assim planejarem as ações e medidas a serem adotadas para atender a situações relacionadas à vítima, ou simplesmente saberem se o depoimento da criança já foi tomado em outro momento e somente fazê-lo se for necessário à sua proteção, pode contribuir para uma maior dificuldade por parte dela em superar a violência. Além disso, conforme Balbinotti (2009, p. 11),

[...] a falta de preparo dos *integrantes do sistema de justiça* para enfrentar a questão emocional que está adjacente ao trâmite de um processo – desde a fase informativa até a sentença do caso – tem sido ponto de questionamento entre as áreas envolvidas na temática. A exposição da criança e do adolescente a uma nova forma de violência, em nome do Poder é consequência grave e constante no sistema vigente [grifos do autor].

Segundo Vilela (2005), em alguns casos, a criança e a sua família são atendidas num balcão ou sala com pouca ou nenhuma privacidade, onde são tratadas com hostilidade e críticas, sendo foco de julgamento daqueles que as deveriam acolher. Essa forma de inquirição da criança, realizada por agentes de proteção ou atendimento, demonstra relação com a forma como ela é vista pela sociedade, conforme exposto anteriormente, em que o prejulgamento arraigado no juízo de valor leva alguns profissionais a julgarem a vítima, tentando a qualquer custo fazê-la dizer a “verdade” por acreditar que a criança mente/fantasia e o adulto fala a verdade, ou que a fala da criança é menos confiável (SANTOS; DELL’AGLIO, 2010; BALBINOTTI, 2009).

Nesse sentido, os procedimentos aqui apontados, quando executados de forma inadequada pelos operadores dos serviços de proteção ou de justiça, podem ocasionar na criança uma nova forma de sofrimento. A criança passa a reviver aspectos da violência sofrida no momento em que precisa lembrá-los durante o seu relato. Em

muitos casos, ela prefere o silêncio ou a omissão de alguns fatos como forma de defesa, para evitar as lembranças, ou se sente envergonhada em relatá-los. Contudo, se na tentativa de fazê-la dizer a verdade o profissional a induz a falar, mesmo contra sua vontade, ainda que seja pela angústia diante da gravidade dos fatos, e buscando na verdade sua proteção, ele está, de certa forma, contribuindo para que essa criança seja vitimizada novamente, uma vez que retoma os seus sentimentos de dor, angústia, medo e sofrimento antes vivenciados (BALBINOTTI, 2009; SANTOS; DELL'AGLIO, 2010; VILELA, 2005).

Com base no exposto, tem-se que a revitimização se dá então por meio do reviver da violência, do sofrimento, do sentimento de culpa e medo experimentado pela criança diante da proporção que tomou a revelação sobre o abuso, feita pela criança ou por terceiros. Esses sentimentos levam a vítima a sofrer e corroboram com a dificuldade na superação da violência.

É evidente, então, que os acompanhamentos psicológicos e psicossociais são essenciais para que a vítima possa superar a violência, bem como reconstruir vínculos que a auxiliem nesse processo. Para Balbinotti (2009, p. 10), “[o] foco principal dos procedimentos deveria ser, antes, proteger a pequena vítima e, após, castigar o abusador. Não é o que ocorre, entretanto no atual contexto da nossa sociedade”, o que dificulta ainda mais a situação dessas vítimas, uma vez que a morosidade no atendimento possibilita o prolongamento do sofrimento, fazendo com que a criança peregrine pelas instituições em busca de atendimento.

6 A peregrinação da criança por atendimento na rede de proteção

Para garantir o direito das crianças, foi estabelecido, com a promulgação do ECA, o Sistema de Garantia de Direitos, que visa à articulação entre diferentes instituições que trabalham na perspectiva da proteção e promoção dos direitos das crianças e adolescentes. Essas instituições devem trabalhar em forma de uma “rede” social de proteção e enfrentamento às diversas formas de violação de direitos das crianças e dos adolescentes.

Conforme Faleiros (2010), as redes sociais podem ser consideradas como uma categoria fundamental diante do fortalecimento dos sujeitos em suas realidades. Devem articular-se de forma que todas as instituições voltadas para a garantia e proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes tenham seu papel desempenhado por diversos atores, já que elas “não são invenções abstratas, mas partem da articulação de atores/organizações, forças existentes no território, para uma ação conjunta multidimensional, com responsabilidade compartilhada (parcerias) e negociada” (FALEIROS, 1998, p. 1).

Faleiros e Faleiros (2008) enfatizam que “as redes sociais se definem como o compartilhamento de poder e de recursos humanos e materiais de um conjunto social, formal ou informal, de atores, grupos e instituições, em um determinado território”. Nesse contexto, os autores ainda afirmam que as redes

são tecidos sociais que se articulam em torno de objetivos e focos de ação comuns, cuja teia é construída num processo de participação coletiva e de responsabilidades compartilhadas, assumidas por cada um e por todos os partícipes. As decisões são tomadas e os conflitos resolvidos democraticamente, buscando-se consensos mínimos que garantam ações conjuntas (FALEIROS; FALEIROS, 2008, p. 79).

Em tese, a rede de proteção a crianças e adolescentes deve ser composta por diversos órgãos de proteção, como Conselho Tutelar, escolas, entre outras, formando um conjunto social constituído por atores e organismos governamentais e não governamentais que se devem articular para garantir os direitos gerais e específicos das crianças (FALEIROS; FALEIROS, 2008).

É essa mesma rede que deve estar preparada para receber a criança vítima de abuso sexual, não só nos atendimentos que demandam a intervenção para acabar com a violência como também nos necessários à superação do sofrimento que vivenciou. Após a revelação do abuso, alguns encaminhamentos são dados e cabe às autoridades competentes aplicar as medidas de proteção estabelecidas no Título II do ECA. É direito da criança ser atendida pelas instituições públicas, e cabe ao Estado assegurar com absoluta prioridade a efetivação de seus direitos. Para isso, o Estado

deve prover instituições que atendam as variadas demandas que se apresentem, entre elas, as que oferecem acompanhamento psicossocial e psicológico às vítimas de abuso sexual.

No entanto, como já mencionado, nem sempre existe articulação entre as instituições, além de muitos serviços serem negligenciados pelo Estado devido à falta de investimentos e à desvalorização e ausência de reconhecimento dos profissionais que atuam com essas demandas. Assim, alguns fatores contribuem para a fragmentação dessa rede, dificultando as ações integradas para a promoção da proteção da criança em situação de abuso, tais como

[...] a escassez de subsídios logísticos e de recursos humanos e de investimento do poder público; a ausência de clareza quanto ao objetivo comum a todas as instituições envolvidas, qual seja, a proteção integral das pessoas em situação de violência sexual – vítimas, agressores e familiares – por meio da garantia de direitos; a ausência de comunicação e circulação de informações entre as instituições (SANTOS et al., 2011, p. 79).

Assim, os serviços de atendimento à vítima de violência não conseguem abarcar todos os encaminhamentos, ocasionando as demandas reprimidas e fazendo com que família e vítima aguardem em longas filas de espera por um atendimento. Nessa situação, em que não se tem um atendimento ou acompanhamento profissional, as famílias e as vítimas se veem sozinhas para lidar com toda a situação desencadeada após a revelação do abuso. Sem encontrar respaldo nas redes de proteção, as vítimas podem ceder às pressões e ameaças do abusador ou de familiares e com isso realizar tentativas de retratação ou de retirada da denúncia para restabelecer as relações familiares (SANTOS; DELL'AGLIO, 2010).

Com isso, a criança que tem seu direito violado não consegue de fato ser atendida de forma adequada às suas necessidades. Essa realidade revela que, embora tenhamos leis e políticas destinadas à proteção integral, na prática esses projetos estão longe de ser concretizados, evidenciando um grande desinteresse por parte do Poder Público em atender a prioridade absoluta estabelecida no ECA. A criança e o adolescente não recebem do Estado a real aten-

ção que merecem, e, por isso, poucos investimentos são feitos nessa área para promoção de seus direitos e garantia da proteção integral. Assim, os serviços ofertados podem não atender às demandas apresentadas, contribuindo para que a criança sofra por mais tempo as consequências do abuso sexual.

7 Procedimentos de pesquisa

O presente estudo foi realizado por meio de pesquisa qualitativa, já que ela “tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses” (GIL, 2002, p. 41). Considerando que o objeto estudado não representa nível de realidade que justifique ser quantificado, foi realizada pesquisa qualitativa, uma vez que “ela se preocupa, nas Ciências Sociais, com um nível de realidade que não pode ou não deveria ser quantificado. Ou seja, ela trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes” (MINAYO, 2009, p. 21).

Além disso, como afirma Gil (2002, p. 44), “boa parte dos estudos exploratórios pode ser definida como pesquisa bibliográfica”. Assim, esta foi desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos sobre temas que se relacionam à violência sexual e à revitimização, bem como sobre a proteção integral das crianças.

Conforme o mesmo autor (2002, p. 44), “a principal vantagem da pesquisa bibliográfica reside no fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente”.

Com o objetivo de identificar se os procedimentos pelos quais a criança passa durante a tramitação do processo judicial, desde a revelação do abuso sexual até a sua chegada ao Centro de Referência para Proteção Integral da Criança e do Adolescente em Situação de Violência Sexual (CEREVS), contribuem para o processo de revitimização, foi realizada entrevista com profissional desse centro, integrado à 1ª Vara da Infância e Juventude do Tribunal

de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Esta vara tem como missão “garantir os direitos da criança e do adolescente e assegurar-lhes condições para o seu pleno desenvolvimento individual e social, possibilitando-lhes um futuro mais justo”⁹.

O CEREVS foi instituído pela Portaria Conjunta n. 25, de 15 de julho de 2008, promulgada pelo TJDFT, sendo determinado em seu art. 6º:

Ao Centro de Referência para Proteção Integral da Criança e do Adolescente em Situação de Violência Sexual, sob a subordinação da Assessoria Técnica, compete fornecer subsídio técnico-profissional para a decisão da Autoridade Judicial, por escrito ou verbalmente, quanto aos casos em que há denúncia de violência sexual, bem como planejar e desenvolver ações preventivas, aconselhamento, orientação, encaminhamentos e fortalecimento da Rede de Atendimento no DF, entre outras, no cumprimento do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O referido centro conta com uma equipe técnica especializada, composta por assistentes sociais e psicólogos responsáveis por realizar estudos psicossociais¹⁰, para assim conhecer o contexto das vítimas de forma mais abrangente e sistêmica. Os dados colhidos e as devidas manifestações do ponto de vista técnico subsidiarão as decisões judiciais que o caso requer. Além disso, a equipe técnica pode desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção, fortalecimento da Rede de Atendimento no DF e, assim, articular ações para que as crianças e adolescentes

⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – TJDFT. 1ª Vara da Infância e Juventude. Missão da Justiça Infantojuvenil do DF. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/cidadaos/infancia-e-juventude/composicao>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

¹⁰ O estudo psicossocial forense é realizado por meio de entrevistas, visitas domiciliares e atendimentos lúdicos às crianças vítimas de violência, sendo no final de cada estudo emitido um relatório técnico com informações e pareceres sobre a situação estudada, que poderão propiciar aos magistrados um conhecimento mais amplo sobre o caso (GRANJEIRO; COSTA, 2008).

tenham acesso aos programas e políticas de Estado disponíveis, de forma a atender as suas especificidades¹¹.

De acordo com o sujeito de pesquisa, para evitar a revitimização ao longo dos estudos psicossociais realizados, o CEREVS utiliza uma metodologia própria chamada avaliação ampliada. O objetivo dessa metodologia é investigar o contexto dessas vítimas de uma maneira extensa, ou seja, escutar toda a rede da criança. Assim, quando chega o processo ao CEREVS, buscam-se informações do Conselho Tutelar, da escola, da família e de quem teve contato com essa criança. Esses contatos são feitos de forma que se consiga ouvir toda a rede e só em último caso, se for extremamente necessário, realiza-se a oitiva da criança. Dessa forma, se existe a informação de que alguma instituição, por exemplo, o Conselho Tutelar ou qualquer outra instituição, já ouviu essa criança, então não é preciso ouvi-la novamente.

A profissional do CEREVS entrevistada também ressaltou que é importante ter o máximo de informação possível sobre o fato; caso já tenham o relato da criança e nele consigam verificar detalhes sobre onde aconteceu, como aconteceu, em que horário ou outras informações pertinentes, os profissionais já usam esses dados para realizar a avaliação e então sugerir a medida de proteção. Por vezes, também, o CEREVS encaminha uma cópia do relatório emitido para a vara criminal; contudo, por lei, não se pode validar o relato da criança realizado em outra instância, sendo relativa sua aceitação por parte do juiz.

O instrumento de abordagem utilizado foi a entrevista semiestruturada, “que combina perguntas fechadas e abertas, em que o entrevistado tem a possibilidade de discorrer sobre o tema em questão sem se prender à indagação formulada” (MINAYO, 2009, p. 64). Tal técnica foi adotada por possibilitar um melhor diálogo com o entrevistado e obtenção de mais informações sobre o tema.

¹¹ DISTRITO FEDERAL. Portaria Conjunta n. 25, de 15 de julho de 2008. Dispõe sobre a estrutura organizacional da Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2008/00025.html>>. Acesso em: 5 nov. 2015.

Foi utilizado um roteiro contendo nove perguntas previamente formuladas sobre o objeto pesquisado, que objetivou: levantar o fluxo que a criança percorre desde a revelação do abuso até a chegada ao CEREVS e o tempo que leva para que ela seja atendida nesse centro; verificar se a criança é submetida a múltiplas oitivas ao longo do processo judicial; identificar a rede de proteção e as medidas que podem ser tomadas para uma possível não revitimização da criança ao longo da tramitação do processo judicial.

Optou-se por estudar apenas o contexto relacionado à criança, que, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, inclui pessoas de até 12 anos incompletos, ao considerar que, em muitos casos, a fala dessas vítimas sobre o abuso pode ser deslegitimada pela família, pelo autor ou mesmo por profissionais que se baseiam, a partir de uma escuta não qualificada, no senso comum e no juízo de valor para afirmar que “a criança mente ou fantasia”. Assim, esse fato por si só constitui grande potencial de revitimização no contexto da violência sofrida.

Foram respeitadas as garantias éticas referentes a situações que envolvem seres humanos em pesquisas, tendo os dados sido coletados mediante autorização escrita do juiz titular da 1ª Vara da Infância e Juventude, aprovação do Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade Católica de Brasília e assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) pelo entrevistado.

Na análise de dados, é utilizado o método hermenêutico-dialético. Segundo Minayo (apud GOMES, 1994, p. 77), “nesse método a fala dos atores sociais é situada em seu contexto para melhor ser compreendida. Essa compreensão tem, como ponto de partida, o interior da fala. E, como ponto de chegada, o campo da especificidade histórica e totalizante que produz a fala”.

8 As intervenções profissionais no contexto da vítima de abuso sexual na visão do CEREVS

Com base na pesquisa realizada no CEREVS, constataram-se muitos apontamentos feitos pelos autores estudados neste artigo. Foi possível

identificar que o atendimento à vítima de abuso sexual, quando não realizado da forma adequada, pode, sim, trazer graves consequências.

De acordo com a entrevistada, embora o fluxo percorrido pela criança após a revelação do abuso até sua chegada ao CEREVS varie de acordo com a porta de entrada da denúncia, ou seja, se foi encaminhada pelo Conselho Tutelar, pela promotoria de justiça ou pelas delegacias de Polícia, a criança sempre percorre mais de uma instituição antes de chegar ao referido centro de proteção. Assim, o fluxo vai depender de cada caso e cada situação.

Contudo, constatou-se que, mesmo tendo passado por essas instituições que de antemão já poderiam encaminhar a criança para que fossem realizados os atendimentos necessários à sua proteção e superação da violência, muitas vezes ela chega ao CEREVS sem que esses encaminhamentos tenham sido realizados. Com isso, a criança só vai receber os primeiros atendimentos após a chegada ao centro de proteção ou durante a tramitação do processo na vara criminal.

De acordo com a entrevistada, quando a criança chega ao Conselho Tutelar, este

[...] já pode fazer as intervenções necessárias, que são os encaminhamentos para uma terapia ou atividade de lazer que ocupe essa criança, e que seja de acordo também com a vontade dela. Se o Conselho já intervém, às vezes nem precisa ir para a Vara da Infância, porque o conselho já está ali. [...] quando for encaminhar para a Vara da Infância, que seja para as medidas de proteção, afastamento, guarda, adoção, colocar em uma família substituta, as medidas que o juiz pode cumprir. É importante que já tenha tido esse cuidado, e que venha para cá para aplicar essa medida.

O ideal seria que esse procedimento fosse primordial no atendimento realizado com a criança em qualquer instituição por onde ela passe, fazendo com que a proteção venha antes mesmo da responsabilização (BALBINOTTI, 2009).

Em relação ao abuso relatado pela própria criança aos profissionais de várias instituições por onde ela passa, a pesquisa revelou que existe por parte destes uma angústia muito grande ao ouvir a

criança e ao saber do abuso. Muitas vezes, até mesmo com o fim de protegê-la, tentam fazer com que ela relate o ocorrido a partir de questionamentos sobre tal violação. No entanto, a entrevistada destaca que esse tipo de intervenção deve ser evitado. Para ela, é importante que se tenha o máximo de informações sobre o fato, mas não é necessário que a própria criança relate o ocorrido, uma vez que ela já o fez em outra ocasião. Cabe ouvi-la novamente apenas se for preciso aplicar uma medida de proteção ou fazer algum tipo de intervenção, para que essa criança não seja revitimizada.

Isso porque, de acordo com a profissional entrevistada,

[...] durante a oitiva, a criança apresenta vergonha, medo, insegurança, sendo extremamente agressivo fazê-la passar por tudo isso novamente toda vez que for atendida. Sem contar que quando ela precisar ser ouvida, por exemplo, na vara criminal, ela pode não querer falar. Assim, não adianta também trazer informações que não vão ser usadas depois, pois no processo criminal não se valida o relato da criança em qualquer outra instância, sendo necessário que ela o repita.

Por isso, é importante respeitar a vontade e a fala da criança diante de todo esse contexto, procurando não forçá-la a relatar o abuso ou induzi-la a falar contra sua vontade, evitando assim a sua revitimização. Como medida adotada por profissionais do CEREVS para evitar a revitimização, a entrevistada ressaltou:

Eu não preciso ouvir aquela criança desde que ela tenha vontade de falar, que isso parta dela [...] se ela trouxer isso, você acolhe, você escuta, mas daí você investigar, não convém [...] porque em outra instância ela vai ter que dizer para que tenha uma responsabilização [...]. Então é muito triste ter que ver essa criança falar disso várias vezes.

Assim, a entrevistada aponta que o ideal seria que proteção e responsabilização andassem juntas, tal como ocorre em outros países onde existe o trabalho de tomada de depoimento especial da criança. Ela ressalta o trabalho realizado nos Estados Unidos e na Inglaterra, lamentando que esse tipo de intervenção ainda não ocorra de maneira efetiva no Brasil, evidenciando a necessidade de a proteção e a responsabilização penal ocorrerem ao mesmo tempo para que, de forma integral, se possa intervir na situação de violência.

Essas práticas eliminariam o desgaste da criança ao longo do processo, poupando-a de falar de um assunto tão incômodo por diversas vezes e evitando a revitimização. Entretanto, é importante ponderar, mais uma vez, que o Depoimento sem Dano defendido pela entrevistada não é uma prática própria do serviço social, visto que, conforme Fávero (2008, p. 36):

A atuação do assistente social como intérprete da fala do juiz na execução da metodologia do DSD não é uma prática pertinente ao Serviço Social. A própria terminologia utilizada na proposta deixa claro que se trata de procedimento policial e judicial, como depoimento, inquirição etc., pertinentes à investigação policial e à audiência judicial.

Sabemos que o depoimento especial não é uma prática institucionalizada no Brasil, sendo a criança submetida a um sistema de inquirição que favorece a revitimização. Dessa forma, identificou-se que cabe então aos profissionais de cada instituição promover em sua atuação um atendimento que não a reproduza. A pesquisa aponta que a demasiada e desnecessária oitiva da criança vítima de abuso sexual contribui para que ela reviva o sofrimento, além de sofrer novas situações de violência em razão do medo, do constrangimento, da insegurança, da vergonha.

Ademais, foi apontado que só convém ouvir a criança quando ela traz esse relato de forma espontânea ou quando necessário às medidas de proteção. Se não tiver esse sentido, é melhor que a criança não seja ouvida. Para tanto, esses profissionais devem estar sempre se capacitando, se atualizando e ter muito cuidado ao atender essas vítimas, sendo sensíveis aos seus sofrimentos.

Outro dado importante é que, após a denúncia, os processos levam em média um ano, três meses e dois dias para chegar ao CEREVS. Se considerarmos esse dado e o fato de esses processos enfrentarem uma relativa morosidade durante sua tramitação, em muitos casos, a criança e a família podem ficar por muito tempo, após a revelação do abuso, sem ser amparadas em suas necessidades e desprotegidas diante da gravidade que o abuso sexual representa para suas vidas. Assim, “sem um atendimento ou acompanhamento profissional, fica difícil resistir às pressões e ameaças do abusador

ou de seus familiares. Tentativas de *retirar* a denúncia e de retratações, por parte da vítima, são exemplos” de situações que podem ocorrer nesse contexto de desproteção em que a criança se encontra (SANTOS; DELL’AGLIO, 2010, p. 334, grifo do autor).

Mesmo quando esses encaminhamentos são realizados, nem sempre os atendimentos são efetivados. De acordo com a entrevistada:

Algumas vezes o Conselho consegue encaminhar, mas uma pena, porque na maioria das vezes as famílias não conseguem aderir [...] para fazer um acompanhamento psicológico num programa que deveria ser público e no público ter tudo, mas infelizmente não tem. Quando não tem esses atendimentos, a gente tem que apelar até para o particular. [...] e é esse o trabalho, você ir de pouquinho, detalhe faz a diferença. E tem muita gente que está querendo trabalhar [...] mas em um sistema que não funciona.

Nesses casos, há falta de infraestrutura e de recursos humanos, fatores que podem trazer impactos negativos e desfavoráveis à proteção da criança. A realidade que se apresenta nesses setores é de corte de gastos que afeta diretamente as políticas sociais, acarretando greve de servidores, reivindicações, escassez e precarização dos serviços públicos, o que contribui para a desproteção dessas vítimas (SANTOS et al., 2011). Nessa situação, ficou evidente a necessidade da articulação entre as instituições, pois com a mobilização de profissionais de diferentes instituições, aumenta a possibilidade de efetivação das ações desenvolvidas para atender às necessidades dessas famílias, construindo maiores possibilidades de superação da violência. Para tanto, a entrevistada aponta para a necessidade de cada profissional se identificar enquanto rede, ressaltando:

[...] a rede somos nós! Eu sou uma profissional e estou aqui disponível, então eu vou entrar em contato o máximo que eu puder que esse é o meu trabalho. Tem que pensar que eu entrando em contato com o Conselho, o Conselho entrando em contato com o Hospital, com o CAPS, e as pessoas fizerem... a rede dá certo. Só não dá se o profissional que for atender o caso não quiser.

Podemos falar então em identidade profissional. Cada profissional precisa perceber-se enquanto rede e fazer valer o importante papel que representa para a proteção e garantia dos direitos da

criança, assim como a família, que se apresenta como importante fonte de amparo e proteção. Conforme a entrevistada,

[é] importante que essa família proteja, que essa família fique do lado dessa criança. É necessário que isso aconteça porque a partir disso essa criança tem autonomia, ela dá conta de falar sobre isso, ela tem chance de ser protegida, ela tem que ser cuidada, porém, se isso não é feito, traz prejuízo.

Essa constatação vai ao encontro dos posicionamentos dos atores estudados – Santos e Costa (2011); Faleiros (2007) e Azevedo (2005) –, que afirmam essa concepção de proteção e amparo das famílias para com as crianças, ao mesmo tempo em que apontam para um potencial de vitimização em vista das relações de poder que permeiam o universo infantil e adulto. “É fato conhecido que crianças não possuem escolha diante de um adulto, em especial se ele exerce função de autoridade e hierarquia em sua vida” (SANTOS, 2011, p. 4). Na maioria dos casos, as crianças vitimizadas pelo abuso sexual têm nessa relação de poder as motivações para se manter em silêncio durante um longo tempo, vivendo um sofrimento oculto, entre dúvidas e medos de denunciarem seu agressor, por temerem as consequências que virão após sua revelação, uma vez que têm na família os vínculos de afeto que podem ser quebrados tão logo o forçado segredo seja rompido (SANTOS; DELL’AGLIO, 2010).

Todavia, é importante considerar os diversos contextos que perpassam as famílias após uma situação de violência ocorrida em seu âmbito. A pesquisa também pôde identificar que após a revelação do abuso sexual promovido pelo agressor quando este era o provedor do lar, desencadeiam-se diversos problemas financeiros e econômicos decorrentes do seu afastamento.

Em contrapartida, a criança tende a ser protegida pela mãe, que também é afetada por essa situação, uma vez que é mãe mas também é esposa, namorada, filha, irmã do abusador. Isso gera uma ambivalência de sentimentos que podem provocar dor, confusão, negação da violência, por não compreender como pode ter acontecido, culpa por não ter evitado tal situação (SANTOS et al., 2011), e isso, de certa forma, pode afetar o papel de proteção que deveria exercer sobre a criança. O fato é que essa criança precisa

ser protegida. Se por algum motivo a mãe não pode exercer esse papel, busca-se na família quem possa exercê-lo, mas a criança precisa dessa proteção e desse amparo, conforme a entrevistada afirma:

[...] a partir disso a gente tem que pensar na rede dessa criança, quem vai poder suprir, poder olhar para essa criança e falar: essa pessoa é de confiança, pode contar comigo, vou apoiar. Essa criança precisa disso. De alguém que exerça esse papel.

Por outro lado, foi identificado também que essa mesma ambivalência afeta o emocional da criança. Em muitos casos, os vínculos afetivos com o abusador são mantidos, fazendo com que a figura de agressor se mescle com a de uma pessoa presente, carinhosa, cuidadora, provocando, então, sentimentos ambíguos e difíceis de serem compreendidos, conforme foi apontado por Santos et al. (2009). Segundo a profissional entrevistada,

[a] criança vive [uma] ambivalência de sentimentos. Por exemplo, ele é uma pessoa boa, ele me dá carinho, mas por outro lado ele está fazendo isso comigo. Isso para criança é muito difícil. O acompanhamento psicológico, dependendo da situação, é importante.

Por isso, durante o atendimento é importante que o profissional tente compreender de forma ampla todas as questões que envolvem o contexto da família para não julgá-la a partir de um olhar verticalizado. Assim, esses profissionais devem estar sempre se capacitando, buscando atualizar-se para prestar o melhor atendimento a essas crianças e suas respectivas famílias e tomar muito cuidado para não reproduzirem práticas revitimizantes.

Evidenciando o que foi tratado neste estudo, foi identificada a importância da articulação e comunicação entre as instituições que compõem a Rede de Proteção da Criança e do Adolescente. Entrando-se em contato com uma instituição para saber se a criança em estudo já foi ouvida ou não, com a família para identificar as bases de proteção, com a escola, com centros de saúde e demais instituições que possam atender essa criança, ou mesmo por meio de parceria para buscar atendimentos na rede pública ou particular, pode-se construir, em rede, uma margem muito maior de amparo e proteção em atendimento às demandas apresentadas pela criança

e sua família, que vão muito além da interrupção do abuso e da responsabilização penal do agressor.

Contudo, é importante salientar que, além dessas medidas, o Programa Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes (PNEVSCA) aponta a criação de serviços integrados de atendimento como uma importante ferramenta para evitar todo o processo de revitimização ao qual as vítimas deste crime estão expostas. A exemplo do que acontece em algumas comarcas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a ideia é que sejam criados locais, como centros de atendimento, onde ficariam centralizados vários serviços necessários à proteção da criança em situação de violência. Seriam oferecidos os serviços que atualmente são realizados pelas instituições que compõem a rede de proteção, mas todos localizados em um só lugar. Com isso, a criança e a família não precisariam percorrer várias instituições em busca de atendimento.

Ademais, o PNEVSCA aponta a necessidade, por parte do Judiciário, da implantação de varas especializadas para julgar crimes perpetrados contra crianças e adolescentes. Com essas varas, os trâmites necessários ao julgamento dos processos seriam agilizados, fazendo com que a tomada do depoimento sobre o abuso ocorresse em data próxima à data da denúncia. Dessa forma, evitar-se-ia que a criança fosse submetida a interrogatórios muito tempo depois da ocorrência, poupando-a de reviver aspectos da violência sofrida.

9 Considerações finais

Diante do exposto, foi possível identificar que, no contexto da violência sexual, os procedimentos pelos quais as crianças passam durante a tramitação do processo judicial, desde a revelação do abuso, contribuem para que ela reviva aspectos do trauma sofrido. Isso se dá em razão da repetição do seu relato para diferentes profissionais das instituições por onde passa, uma vez que nem todos adotam procedimentos de práticas não revitimizantes.

As produções bibliográficas analisadas já apontavam para esse fato, que foi confirmado pela pesquisa realizada no âmbito do

Judiciário, precisamente no CEREVS. Com isso, conclui-se que a hipótese levantada acerca do problema foi confirmada, pois esta apontava para o fato de as crianças vítimas de violência sexual vivenciarem um contexto de sofrimento e violação de direitos, em que tinham a vida e a intimidade violadas por pessoas em quem depositavam total confiança, como pais e parentes próximos, e vivenciavam o medo e a culpa pela violência sofrida. Esse fato foi amplamente contextualizado pelos autores estudados e confirmado pela pesquisa realizada no CEREVS, conforme análise.

O estudo também apontou que fatores como a fragilidade da rede de garantia de direitos, bem como a questão cultural que envolve a situação de violência, em que a criança muitas vezes é culpabilizada pelo desfecho acarretado com a revelação do abuso, desqualificada enquanto vítima, tendo sua fala desvalorizada pela família, contribuem para a revitimização da criança. Tal situação foi reafirmada ao se analisar a relação de poder exercida pelos adultos para com o infante, demonstrando uma relação desigual, em que a criança tem a sua fala desacreditada quando confrontada com a do adulto. Além disso, ficou evidente que muitas vezes a criança passa por diversas situações de sofrimento, mas não recebe nenhum tipo de acompanhamento para superação da violência. Em alguns casos, chegam ao CEREVS sem ter recebido nenhum encaminhamento.

Ademais, durante a tramitação do processo, a criança tem que repetir para vários profissionais toda a situação vivenciada durante o abuso, o que lhe causa sofrimento. Esses procedimentos, em que se realiza a oitiva da criança em quase todas as instituições por onde passa, foram amplamente discutidos neste estudo, constatando-se que, além de desnecessários, eles contribuem para a revitimização da criança, fazendo com que ela reviva seu sofrimento e até mesmo mude seu relato ao longo do processo. Fica então evidente a necessidade da articulação entre as instituições, evitando a reiterada oitiva da criança a cada instituição por onde passa e buscando a promoção de ações para o amplo atendimento às necessidades apresentadas.

Entretanto, embora os profissionais que atuam na Rede de Proteção da Criança e do Adolescente trabalhem na proteção e

garantia de seus direitos, diante de uma situação de abuso, muitos podem incorrer no erro da revitimização da criança ao induzir a vítima a relatar o abuso em instância que não vai contribuir para sua proteção ou para a responsabilização do autor.

Tal fato evidencia a necessidade de esses profissionais passarem por capacitações, conforme prevê a diretriz 10 do eixo 5 do Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes¹², e de se qualificarem para que assim possam tornar suas intervenções sensíveis ao contexto da vítima, realizando, então, por meio da escuta qualificada, uma avaliação ampliada sobre cada situação, de forma a evitar práticas revitimizantes. Para tanto, é necessário ao profissional estar aberto a essas concepções e se perceber enquanto agente da Rede de Proteção da Criança e do Adolescente.

Por outro lado, com a precarização dos serviços públicos, promovida em parte pela falta de infraestrutura e de recursos humanos, a criança e sua família não conseguem ter as suas necessidades atendidas, já que ficam desamparadas e não conseguem os atendimentos necessários à superação da violência.

Posto isso, é importante salientar que muitas das situações aqui apresentadas como fatores que favorecem o processo de revitimização em situação de abuso sexual infantil podem ser entendidas como um descaso ou omissão por parte do Poder Público diante da sua responsabilidade quanto à proteção integral dos direitos das crianças e dos adolescentes.

¹² “Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes [...] Eixo 5 – GESTÃO DA POLÍTICA NACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES [...] Diretriz 10 – Qualificação permanente de profissionais para atuarem na rede de promoção, proteção e defesa dos direitos de crianças e adolescentes. Objetivo Estratégico 10.1 – Formular e Implementar uma política de formação continuada, segundo diretrizes estabelecidas pelo Conanda, para atuação dos operadores do sistema de garantias de direitos, que leve em conta a diversidade regional, cultural e étnico-racial.” Plano Decenal dos Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes. Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e Adolescentes. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.obscriancaeadolescente.gov.br/index.php?option=com_phocadownload&view=file&id=102:plano-dece-nal-2011&Itemid=133>. Acesso em: 3 dez. 2015.

Ocorre que, de uma forma geral, a precarização das políticas sociais, amplamente reproduzida no cenário político brasileiro, tem ligação com concepções conservadoras que preconizam a não intervenção do Estado perante as demandas da sociedade. Isso porque essas correntes ideológicas defendem a intervenção mínima ou a não intervenção do Estado em projetos que não sirvam exclusivamente aos propósitos do capital.

Portanto, nesse contexto de desproteção e negação de direitos em que se encontra, a criança vítima de violência sexual é submetida a novas formas de violência, promovidas também por atores que têm o dever de protegê-la.

Referências

AZEVEDO, Maria Amélia. Notas para uma teoria crítica da violência familiar contra crianças e adolescentes. In: _____; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (Orgs.). *Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (Orgs.). *Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. Violência doméstica contra crianças e adolescentes: um cenário em (des)construção. Cartilha. LACRI/IPUSP. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/Cap_01.pdf>. Acesso em: 28 set. 2015.

BALBINOTTI, Cláudia. A violência sexual infantil intrafamiliar: a revitimização da criança e do adolescente vítimas de abuso. *Direito & Justiça*, Revista de Direito da PUCRS, Rio Grande do Sul, v. 35, n. 1, p. 5-21, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/8207/5894>>. Acesso em: 19 mar. 2015.

BRUSCHINI, Cristina. Teoria crítica da família. In: AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (Orgs.). *Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

CASTANHA, Neide. Violência sexual contra crianças e adolescentes, uma questão em debate. In: _____ (Org.). *Direitos sexuais são direitos humanos: coletânea de textos*. Brasília: Comitê Nacional de Enfrentamento à Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes, 2008.

CHAPARRO, Fernando Meneguetti. Breves notas sobre a formação do estado moderno: a origem dos novos modelos hermenêuticos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVIII, n. 123, abr. 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14657#>. Acesso em: 2 dez. 2015.

FALEIROS, Vicente de Paula. *Estratégias em serviço social*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. Redes de exploração e abuso sexual e redes de proteção. In: Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais, 9., 1998, Goiânia. *Anais...* Goiânia: CECRIA, 1998. p. 267-271. Disponível em: <http://www.chamaeleon.org.br/arquivos/redes_de_exploracao_e_abuso_e_redes_de_protecao.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2015.

FALEIROS, Vicente de Paula; BRITO, Denise Orbage de. Representações da violência intrafamiliar por idosos e idosas. *Ser Social*, Brasília, n. 21, p. 105-142, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/260/134>. Acesso em: 2 set. 2013.

FALEIROS, Vicente de Paula; FALEIROS, Eva Silveira. *Escola que protege: enfrentando a violência contra crianças e adolescentes*. 2. ed. Brasília: Ministério da Educação, 2008.

FÁVERO, Eunice Teresinha. *Parecer técnico: metodologia “depoimento sem dano”, ou “depoimento com redução de danos”*. São

Paulo, 2008. Disponível em: <<http://cress-es.org.br/arquivos/ParecerNaoFavoravel.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Romeu. A análise de dados em pesquisa qualitativa. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. Petrópolis: Vozes, 1994.

GRANJEIRO, Ivonete Araújo Carvalho Lima; COSTA, Liana Fortunato. O estudo psicossocial forense como subsídio para a decisão judicial na situação de abuso sexual. *Psicologia: teoria e pesquisa*, Brasília, v. 24, n. 2, p. 161-169, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v24n2/04.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2015.

GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Violência de pais contra filhos: procuram-se vítimas*. São Paulo: Cortez, 1984.

LORENZI, Gisella Werneck. Uma breve história dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. 2010. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/uma-breve-historia-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil-14251>>. Acesso em: 3 dez. 2015.

MATOS, Cristiane Rodrigues Assunção de. *Entre a garantia e a restrição de direitos: a judicialização das situações de violência doméstica e familiar contra crianças e adolescentes*. 2013. 149 f. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Política Social da Universidade de Brasília. Brasília, 2013.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.); DESLANDES, Suely Ferreira; CRUZ NETO, Otávio; GOMES, Romeu. *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência contra crianças e adolescentes: questão social, questão de saúde. *Revista Brasileira de*

Saúde Materno Infantil, Recife, v. 1, n. 2, p. 91-102, maio/ago. 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbsmi/v1n2/v1n2a02.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

NASCIMENTO, Alexandre Ferreira do et al. Conselhos tutelares. In: ASSIS, Simone Gonçalves de et al. (Orgs.). *Teoria e prática dos conselhos tutelares e conselhos dos direitos da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2010.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos et al. Desenvolvimento de paradigmas de proteção para crianças e adolescentes brasileiros. In: ASSIS, Simone Gonçalves de et al. (Orgs.). *Teoria e prática dos conselhos tutelares e conselhos dos direitos da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2010.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista. *Depoimento sem medo (?)* Culturas e práticas não-revitimizantes. Uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes. São Paulo: Childhood Brasil (Instituto WCF-Brasil), 2008.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos et al. (Orgs.). *Escuta de crianças e adolescentes em situação de violência sexual: aspectos teóricos e metodológicos*. Guia para capacitação em depoimento especial de crianças e adolescentes. Brasília: EdUCB, 2014.

SANTOS, Samara Silva dos; DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. Quando o silêncio é rompido: o processo de revelação e notificação de abuso sexual infantil. *Psicologia & sociedade*, v. 22, n. 2, p. 328-335. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v22n2/13.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

SANTOS, Viviane Amaral dos. *Abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes: uma questão individual ou social? 1ª Vara da Infância e Juventude – TJDF*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www2.tjdft.br>>.

tjdft.jus.br/imp/docVij/artigos/viviane_amaral_dos_santos_violencia_sexual.pdf>. Acesso em: 1º maio 2015.

SANTOS, Viviane Amaral dos; COSTA, Liana Fortunato. A violência sexual contra crianças e adolescentes: conhecer a realidade possibilita a ação protetiva. *Estudos de Psicologia*, Campinas, v. 28, n. 4, p. 529-537, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/estpsi/v28n4/13.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2015.

SANTOS, Viviane Amaral dos; COSTA, Liana Fortunato; SILVA, Aline Xavier da. As medidas protetivas na perspectiva de famílias em situação de violência sexual. *Psico*, Porto Alegre, PUCRS, v. 42, n. 1, p. 77-86, jan./mar. 2011. Disponível em: <http://www.mpg.mp.br/portal/arquivos/2015/05/25/09_20_26_646_ABUSO_SEXUAL_e_medidas_protetivas.pdf>. Acesso em: 30 set. 2015.

SANTOS, Viviane Amaral dos; COSTA, Liana Fortunato; GRANJEIRO, Ivonete Araújo Carvalho Lima. Intervenção no abuso sexual intrafamiliar: ingerência invasiva ou proteção devida? *Psico*, Porto Alegre, PUCRS, v. 40, n. 4, p. 516-524, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistapsico/article/view/4009/4939>>. Acesso em: 21 nov. 2014.

SANTOUCY, Luíza Barros et al. Mulheres que denunciam violência sexual intrafamiliar. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 23, n. 3, p. 731-754, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v22n3/02.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

VILELA, Laurez Ferreira (Coord.). *Enfrentando a violência na rede de saúde pública do Distrito Federal*. Brasília: Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, 2005.

O companheiro paralelo e a possibilidade de ser reconhecido como dependente da Previdência Social

Marina Rodrigues Rendwanski

Analista (Apoio Jurídico/Direito) do Ministério Público da União, lotada na Procuradoria Regional do Trabalho da 4ª Região. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul, em convênio com a Universidade de Caxias do Sul. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de estudar a possibilidade de ser reconhecido, como dependente previdenciário, o companheiro de segurado casado ou que viva em união estável com terceiro. Os dependentes da Previdência Social são estabelecidos no art. 16 da Lei n. 8.213/1991 e dividem-se em três classes, sendo a primeira, na qual estão mencionados os companheiros, preferencial. Esses indivíduos têm direito a dois benefícios: a pensão por morte e o auxílio-reclusão. Para a legislação, devem ser entendidos como companheiros apenas aquelas pessoas que vivem em união estável, o que, para alguns, afasta a possibilidade de reconhecer os companheiros paralelos como dependentes. Ocorre que a Constituição de 1988 conferiu maior abertura ao conceito de família, reconhecendo como entidades familiares a união estável e a família monoparental. Isso trouxe, para muitos, o entendimento de que merecem proteção todas as formas de convívio baseadas no afeto e não apenas aquelas com previsão expressa na lei. O Direito Previdenciário, cujo objetivo é amparar os cidadãos fragilizados pelos riscos sociais, é um dos responsáveis pela concretização da determinação constitucional de que a família merece especial proteção do Estado. Assim, independentemente da existência de dispositivos legais com conceitos restritivos, é dever do Judiciário analisar a realidade social e dar aos casos concretos uma solução que garanta a subsistência dos envolvidos, o que já vem sendo feito por alguns tribunais, mas não pelo STF, que, apesar disso, reconheceu a repercussão geral da matéria e deve manifestar-se sobre a questão em um futuro próximo.

Palavras-chave: Companheiros. Relações simultâneas. Dependentes. Previdência Social.

Abstract: This scientific article intends to study the possibility of recognizing, as a social security dependent, the unmarried partner of an insured person who is married or lives in a stable union with someone else. The social security dependents are listed in article 16 of Law 8.213/1991 and are divided in three classes, being the first one, where the partners are mentioned, preferential. These individuals qualify for two types of benefits: the pension due to death and the reclusion aid. The legislation only understands as partners those people who live in a stable union, which, to a few jurists, removes the possibility of recognizing parallel companions as dependents. It occurs that the Brazilian Federal Constitution of 1988 opened the legal definition of family, including the stable unions and the one-parent family in its concept. This brought to some jurists the understanding that every form of social interaction based on affection deserves the State protection, and not only those with express legal provision. Social Security Law, which intends to support those who suffered with the concretization of a social risk, is one of the responsible for granting special protection to the family as determined in the Federal Constitution. Thereby, regardless of some restrictive definitions in the law, it is a Judiciary duty to analyze the social reality and give the concrete cases a solution that ensures everyone's survival, what is already being done by some Courts, though not by the Supreme Court of Brazil, which, nonetheless, has recognized general repercussion to the subject and is supposed to decide about the question very soon.

Keywords: Partners. Simultaneous relationships. Dependents. Social Security.

Sumário: 1 Introdução. 2 Os dependentes do Regime Geral de Previdência Social e os benefícios a eles devidos. 2.1 Os dependentes do Regime Geral de Previdência Social. 2.2 Os benefícios devidos aos dependentes. 3 Os companheiros no Direito Previdenciário. 3.1 O tratamento conferido aos companheiros pela legislação previdenciária. 3.2 Interpretação da legislação à luz da Constituição Federal de 1988. 3.3 Os companheiros paralelos na jurisprudência. 4 Conclusão.

1 Introdução

A Previdência Social tem por função garantir a sobrevivência do segurado ou de seus dependentes no caso da ocorrência de algum evento que impossibilite aquele de auferir os rendimentos necessários à sua subsistência ou de sua família. A legislação não deixa dúvidas quanto aos requisitos para que um indivíduo ostente a qualidade de segurado do Regime Geral de Previdência Social, mas, ao arrolar os chamados beneficiários indiretos, ou dependentes, utiliza alguns conceitos que deixam margem à interpretação. É o caso dos companheiros, que, apesar de definidos na lei como as pessoas que vivem em união estável, podem ser entendidos como uma categoria muito mais ampla, especialmente se for tomada em consideração a variedade de arranjos sociais observados atualmente.

A dificuldade em estabelecer uma definição estanque sobre quem pode ser considerado companheiro para fins previdenciários aparece devido às alterações sociais e comportamentais dos seres humanos ao longo do tempo, principalmente no que diz respeito aos ideais de felicidade e bem-estar, que se transformam à medida que as circunstâncias econômicas e políticas vão sendo modificadas. O próprio conceito de família apresenta-se de forma absolutamente dinâmica, passando de uma estrutura patriarcal e necessariamente originada do casamento para uma pluralidade de formações sociais compostas por indivíduos que, unidos por laços afetivos, consideram-se membros de uma mesma família, mas não encontram o tratamento jurídico desejado em nosso ordenamento.

É nesse cenário que surgem as chamadas relações paralelas, ou seja, aqueles relacionamentos em que um dos partícipes é casado ou vive em união estável com uma terceira pessoa. Essas situações, controversas também no Direito Civil, apresentam-se constantemente na lide previdenciária quando da identificação dos dependentes previdenciários para fins de concessão de pensão por morte ou de auxílio-reclusão. Isso porque, apesar de não haver amparo legal a tais arranjos familiares, eles existem e, dependendo do caso concreto, podem ser tão merecedores da proteção previdenciária quanto um relacionamento adequado aos moldes previstos na lei.

Assim, o presente artigo tem por objetivo examinar a possibilidade de reconhecer a qualidade de dependentes previdenciários a companheiros simultâneos, especialmente naqueles casos em que estes têm relação tão estável e duradoura com o segurado quanto o próprio cônjuge, inclusive dependendo dele para sua subsistência. Para tanto, este estudo apresenta, num primeiro momento, os indivíduos considerados pela legislação como dependentes do Regime Geral de Previdência Social e os benefícios a eles devidos, de forma a esclarecer em que universo se está buscando enquadrar os companheiros paralelos e a quais prestações previdenciárias poderão fazer jus se forem entendidos como dependentes. O próximo passo é realizar um exame dos dispositivos legais existentes, identificando qual o tratamento conferido pela legislação previdenciária aos companheiros e companheiras e verificando se os partícipes em relações paralelas enquadram-se ou não nos conceitos da lei.

Passada essa parte e buscando uma solução ao problema proposto, o artigo traz um amplo exame da doutrina, com vistas a identificar quais interpretações vêm sendo dadas ao conjunto normativo previdenciário no que tange à possibilidade de reconhecer os companheiros simultâneos como dependentes, tendo em vista os novos contornos familiares trazidos pela Constituição Federal de 1988 e a necessidade de a legislação previdenciária ser lida da forma mais protetiva possível, em respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Por fim, faz-se uma análise da jurisprudência referente à questão, sendo examinados os principais casos já tratados pelo Supremo Tribunal Federal e apresentado o atual panorama da questão nos tribunais do País.

2 Os dependentes do Regime Geral de Previdência Social e os benefícios a eles devidos

O presente artigo tem o objetivo de estudar a possibilidade de serem reconhecidos, como dependentes previdenciários, o companheiro ou a companheira de segurado casado ou que viva em união estável com outra pessoa. Por essa razão, cumpre, primeiramente, apontar quem são, de acordo com a legislação e a doutrina, os depen-

dentos do Regime Geral de Previdência Social e quais os benefícios a eles devidos – e que poderiam ser concedidos aos companheiros paralelos caso estes sejam enquadrados como dependentes.

2.1 Os dependentes do Regime Geral de Previdência Social

As pessoas cujas necessidades econômicas são supridas pelo segurado do Regime Geral de Previdência Social e que constam do rol do art. 16 da Lei n. 8.213/1991 são os denominados dependentes previdenciários. Esses indivíduos, embora não participem da relação jurídica de custeio da seguridade social, têm direito à proteção previdenciária. Rocha (1998, p. 52) denomina esse grupo de “família previdenciária”, explicando que é “o grupo de pessoas unido pela convivência e afeto cujas relações entabuladas com o segurado (matrimônio, união estável, filiação, consanguinidade, tutela, etc.) são juridicamente relevantes para justificar a proteção previdenciária”.

Consoante o art. 16 da Lei n. 8.213/1991, são três as classes de dependentes no Regime Geral de Previdência Social. Compõem a primeira, também denominada classe preferencial, o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido, ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave. A dependência desse grupo goza de presunção absoluta, de forma que não precisam demonstrá-la, possuindo direito ao benefício mesmo quando dele não carecem para subsistir (MARTINEZ, 2014, p. 358). São incluídos nesta classe, também, os cônjuges divorciados, separados judicialmente ou de fato, que recebam pensão de alimentos – ou, mesmo que não a recebam, se demonstrarem necessidade econômica superveniente, conforme a Súmula n. 336 do Superior Tribunal de Justiça¹.

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 336*. A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_28_capSumula336.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2016.

Na segunda classe, encontram-se os pais do segurado – não havendo menção a outros ascendentes – e na terceira e última classe, o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido, ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave (Lei n. 8.213/1991). As duas últimas classes precisam demonstrar a dependência econômica em relação ao segurado, a qual deve representar um auxílio substancial, permanente e necessário, cuja falta acarretaria desequilíbrio dos meios de subsistência do dependente (AMADO, 2014, p. 358).

Cumpramos observar que a existência de dependente de qualquer uma das classes exclui do direito às prestações os das classes seguintes, de modo que, havendo alguma das pessoas arroladas na primeira classe, sequer se passa ao exame da dependência econômica de pais ou irmãos. Ademais, os dependentes de uma mesma classe concorrem em igualdade de condições, dividindo-se o valor do benefício entre eles em cotas iguais. No caso de perda da condição de dependente de todos os beneficiários da classe que recebiam a prestação, esta é extinta, não havendo transmissão do direito para as classes seguintes (VIANNA, 2012, p. 439). A condição de dependente deve ser aferida quando da ocorrência do fato gerador que dá direito ao benefício previdenciário.

2.2 Os benefícios devidos aos dependentes

2.2.1 Pensão por morte

O mais importante benefício devido aos dependentes previdenciários é a pensão por morte, a qual é concedida quando o segurado responsável pelo sustento do beneficiário vier a óbito. Esse instituto é previsto no art. 201, V, da Constituição Federal, cuja regulamentação é trazida pelos arts. 74 a 79 da Lei n. 8.213/1991 e, ainda, pelos arts. 105 a 115 do Regulamento da Previdência Social. É prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, extremamente relevante, pois visa a garantir a sobrevivência de quem tinha suas necessidades econômicas providas pelo segurado falecido (ROCHA, 2012, p. 287).

Para que os dependentes tenham direito à pensão por morte é necessário que o *de cujus*, no momento de seu falecimento, esteja na qualidade de segurado do Regime Geral de Previdência Social ou que já se encontre percebendo aposentadoria. Ademais, conforme a Súmula n. 416 do Superior Tribunal de Justiça², faz jus à pensão o dependente do segurado que, apesar de ter perdido essa qualidade, preencheu os requisitos para obtenção de aposentadoria até a data do óbito. A jurisprudência entende que o direito permanece também quando o segurado teria direito, em vida, a benefícios por incapacidade que lhe foram negados, o que levaria à manutenção da qualidade de segurado e asseguraria a pensão por morte aos seus dependentes (IBRAHIM, 2014, p. 682).

Cumpramos destacar que, com a conversão da Medida Provisória n. 664, de 30 de dezembro de 2014, na Lei n. 13.135/2015, o cônjuge ou companheiro cujo casamento ou união estável não tenha iniciado há mais de dois anos do óbito somente terão direito ao benefício pelo período de quatro meses, conforme previsto no art. 77, § 2º, V, b, da Lei n. 8.213/1991, em sua nova redação. Tal regra aplica-se também quando o óbito ocorrer sem que o segurado tenha vertido dezoito contribuições mensais, uma espécie de carência aplicável apenas aos cônjuges e companheiros. Esse prazo mínimo de duração não será exigido se o cônjuge, o companheiro ou a companheira for inválido ou com deficiência, ou se o óbito do segurado decorrer de acidente de qualquer natureza ou de doença profissional ou do trabalho, ocasião em que não se exige também a carência.

Outra regra da pensão por morte referente aos cônjuges, companheiros e companheiras trazida pela Medida Provisória n. 664/2014 (convertida na Lei n. 13.135/2015) é que aquela pode ser temporária ou vitalícia para estes, de acordo com a idade do dependente no momento do óbito do segurado. A pensão por morte

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 416*. É devida a pensão por morte aos dependentes do segurado que, apesar de ter perdido essa qualidade, preencheu os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do seu óbito. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_39_capSumula416.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2016.

somente será vitalícia quando o beneficiário tiver 44 anos ou mais; sendo mais jovem, a duração da pensão irá variar conforme o art. 77, § 2º, inciso V, c, da Lei n. 8.213/1991, na redação dada pela Lei n. 13.135/2015. Até 1º de março de 2015, data em que entraram em vigor tais alterações, a pensão devida a esses dependentes era sempre vitalícia, extinguindo-se apenas com o óbito do beneficiário.

Nos termos do art. 76 da Lei n. 8.213/1991, a pensão por morte é concedida de imediato aos dependentes habilitados, não sendo protelada pela existência de outros possíveis dependentes. Eventual inscrição ou habilitação posterior só produz efeitos a partir daí, não havendo que se falar em devolução de valores recebidos (CASTRO; LAZZARI, 2013, p. 794).

A data de início da pensão por morte depende da legislação vigente no momento do óbito. Se o falecimento ocorreu até o dia 10 de novembro de 1997, ou seja, antes da Lei n. 9.528/1997, a pensão é devida a partir da data do óbito, observada a prescrição quinquenal de parcelas devidas no caso de dependentes capazes. Para óbitos ocorridos a partir de 11 de novembro de 1997, a data de início do benefício é o dia do evento morte, se este for requerido em até trinta dias, ou a data do requerimento, se efetuado depois desse período. Quanto ao dependente menor de dezesseis anos, este terá a pensão devida a partir da data do óbito, desde que faça o requerimento em trinta dias após completar essa idade, conforme a Instrução Normativa INSS/PRES n. 40, de 17 de julho de 2009 (AMADO, 2014, p. 568). A pensão provisória, por sua vez, tem como data de início a decisão judicial, no caso de morte presumida, ou o dia da ocorrência do fato, no caso de catástrofe, acidente ou desastre (CASTRO; LAZZARI, 2013, p. 800).

Quanto à exigência de carência, a Lei n. 8.213/1991 trouxe a regra de que a concessão de pensão por morte independe de número mínimo de contribuições pagas pelo segurado falecido. Faz-se a ressalva da nova regra inserida pela Lei n. 13.135/2015, a qual exige um mínimo de dezoito contribuições mensais para que o cônjuge ou companheiro tenha direito a mais de quatro meses de pensão.

A renda mensal inicial da pensão por morte é de 100% do valor da aposentadoria que o segurado recebia em vida ou, se ainda não estivesse em gozo desse benefício, daquela a que faria jus se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento (IBRAHIM, 2014, p. 681). Para pensões concedidas antes de 1997, consoante decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, o valor da renda mensal segue aquilo que estabeleciam as leis vigentes quando da concessão³.

Além da hipótese incluída pela Lei n. 13.135/2015, referente ao decurso do prazo de recebimento de pensão pelo cônjuge, companheiro ou companheira, cessa o direito à cota-parte da pensão por morte, consoante o art. 77, § 2º, da Lei n. 8.213/1991: pela morte do pensionista; para filho, pessoa a ele equiparada ou irmão, de ambos os sexos, ao completar 21 anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência; e, para filho ou irmão inválido, pela cessação da invalidez.

2.2.2 *Auxílio-reclusão*

O segundo benefício destinado exclusivamente aos dependentes do segurado é o auxílio-reclusão, que está previsto no art. 201, IV, da Constituição Federal e no art. 80 da Lei n. 8.213/1991, tendo, ainda, certas particularidades regulamentadas no art. 2º da Lei n. 10.666/2003 e nos arts. 116 a 119 do Regulamento da Previdência Social. Esse benefício é devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria. O auxílio-reclusão, assim como a pensão por morte, tem a função de garantir a subsis-

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 415.454, rel. min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 8.2.2007, DJ 26 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28415454.NUME.+OU+415454.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lva52lg>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

tência da família de um segurado que não pode mais prover o seu sustento – neste caso, por estar detento ou recluso.

O benefício contempla apenas as famílias dos segurados de baixa renda, requisito incluído com a Emenda Constitucional n. 20/1998, que trouxe também o parâmetro para que o preso se enquadrasse neste conceito: renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00, corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, até a publicação da lei que discipline o auxílio-reclusão⁴. Há quem considere inconstitucional a limitação de concessão do benefício apenas aos dependentes do segurado de baixa renda, por violação ao princípio da isonomia, tendo em vista que o fato de o segurado ter uma renda maior não significa que sua família vá ter condições de se manter sem o benefício (CASTRO; LAZZARI, 2013, p. 807-808).

Cabe destacar, ainda, que a renda a ser levada em consideração para verificar se é cabível o benefício é a do segurado recluso, e não aquela auferida pelos dependentes. Esse entendimento restou pacificado pelo Supremo Tribunal Federal quando da análise dos Recursos Extraordinários n. 587.365 e n. 486.413, julgados em 25 de março de 2009⁵⁻⁶.

O pedido de auxílio-reclusão deve ser instruído com certidão do efetivo recolhimento do segurado à prisão, firmada pela auto-

4 A Portaria Interministerial MPS/MF n. 13, de 9.1.2015, que dispôs sobre o reajuste dos benefícios do INSS, em seu art. 5º, fixou o valor atualizado em R\$ 1.089,72.

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 587.365, rel. min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 25.3.2009, Repercussão Geral, DJ 8 maio 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28587365.NUME.+OU+587365.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kgb9ctl>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 486.413, rel. min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 25.3.2009, DJ 8 maio 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28486413.NUME.+OU+486413.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/o3hh34z>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

ridade competente. Não se exige que haja sentença transitada em julgado, sendo cabível o benefício até mesmo para casos de prisão preventiva e temporária. Para a manutenção do benefício, deverá ser apresentada, trimestralmente, a declaração de que o segurado permanece cumprindo pena privativa de liberdade – em regime fechado ou semiaberto (IBRAHIM, 2014, p. 687).

A concessão do auxílio-reclusão, na redação original da Lei n. 8.213/1991, independe de período de carência, bastando a comprovação da manutenção da qualidade de segurado. A Lei n. 13.135/2015 trouxe previsão expressa da exigência de dezoito contribuições mensais para a concessão de pensão por morte por mais de quatro meses a cônjuge ou companheiro. Considerando que o auxílio-reclusão é devido “nas mesmas condições da pensão por morte”⁷, entende-se que aquele também passou a exigir esses dezoito recolhimentos mensais.

A data de início do benefício é aquela do efetivo recolhimento do segurado à prisão, se requerido em até trinta dias desse evento, ou a data do requerimento, se posterior a esse prazo. O menor de dezesseis anos, por sua vez, poderá requerer o benefício até trinta dias após completar essa idade, sendo o auxílio-reclusão devido desde o recolhimento do segurado à prisão (CASTRO; LAZZARI, 2013, p. 813).

A renda mensal inicial, que por aplicação do art. 80 da Lei n. 8.213/1991 é a mesma da pensão por morte, é de 100% do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data da prisão.

Ainda por aplicação extensiva das regras da pensão por morte, a Lei n. 13.135/2015 teria trazido previsão implícita de que o cônjuge, companheiro ou companheira não terá direito ao benefício do auxílio-reclusão se o casamento ou o início da união estável tiver ocorrido há menos de dois anos da prisão do segurado, salvo se o cônjuge, o companheiro ou a companheira for inválido ou

7 Vide art. 80, Lei n. 8.213/1991.

com deficiência. Ademais, pode ser estendida ao auxílio-reclusão a norma do art. 77, § 2º, V, c, da Lei n. 8.213/1991, com a redação trazida pela Lei n. 13.135/2015, que, aplicada ao benefício em apreço, prevê que este, para cônjuges, companheiros e companheiras, somente não terá limite máximo de prazo quando o dependente tiver mais de 44 anos de idade. Nas demais hipóteses, aplicam-se as outras regras da alínea c, como para a pensão por morte.

A Lei n. 10.666/2003, em seu art. 2º, estabelece que o exercício de atividade remunerada pelo segurado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto não acarreta a perda do direito ao recebimento de auxílio-reclusão pelos seus dependentes. Ademais, permite que o preso que exerce atividade remunerada – contribuinte individual ou facultativo – e seus dependentes optem, conjuntamente, entre o recebimento de auxílio-reclusão e a percepção de auxílio-doença ou aposentadoria – quando algum desses benefícios for devido. Em caso de óbito do segurado, o benefício de auxílio-reclusão será automaticamente convertido em pensão por morte.

3 Os companheiros no Direito Previdenciário

3.1 O tratamento conferido aos companheiros pela legislação previdenciária

A Lei n. 8.213/1991, em seu art. 16, elenca a companheira e o companheiro entre os beneficiários do Regime Geral de Previdência Social cuja dependência econômica é presumida, explicando, no § 3º: “Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal”. Referido dispositivo da Carta Magna, por sua vez, confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado e reconhece, em seu § 3º, a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, determinando, ainda, que a lei deve facilitar sua conversão em casamento.

O Regulamento da Previdência Social, Decreto n. 3.048/1999, por sua vez, após estabelecer que se considera companheira ou

companheiro a pessoa que mantenha união estável com o segurado ou segurada (§ 5º), traz, no § 6º do art. 16, uma definição de união estável que remete ao Código Civil, a saber:

Considera-se união estável aquela configurada na convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com intenção de constituição de família, observado o § 1º do art. 1.723 do Código Civil, instituído pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Esse dispositivo determina que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos para o casamento constantes do art. 1.521 do Código Civil, mas afasta o impedimento quanto às pessoas casadas quando estas estiverem separadas de fato ou judicialmente.

Todo esse conjunto normativo, se interpretado de forma literal, leva à conclusão, em primeiro lugar, de que são considerados companheiros, para fins previdenciários, as pessoas que vivem em união estável; e, em segundo lugar, de que não é possível reconhecer *status* de dependente previdenciário a companheiro de segurado casado, não separado de fato, tendo em vista a regra do art. 1.723, § 1º, do Código Civil, segundo a qual se aplicam os impedimentos do casamento à união estável. Ocorre que tal interpretação vem sendo afastada por alguns juristas em face da realidade social que se apresenta atualmente. E é isso que se passa a analisar.

3.2 Interpretação da legislação à luz da Constituição Federal de 1988

3.2.1 O novo conceito de família

A Constituição da República Federativa do Brasil proclama, no art. 226, que a família é a base da sociedade e possui especial proteção do Estado, constituindo essa proteção um direito subjetivo público oponível ao próprio Estado e à sociedade (LÔBO, 2006, p. 100). Ademais, reconhece como entidades familiares a união estável (§ 3º) e a família formada por um dos pais e seus filhos (§ 4º) – chamada monoparental –, superando a ideia anterior de que a única forma “legítima” de família seria aquela formada pelo matrimônio (FORTES, 2009, p. 262-263).

O princípio da dignidade humana é o principal marco dessa mudança no paradigma da família, que passa a exercer um papel fundamental no desenvolvimento pessoal de seus componentes, de forma que, segundo Alves (2006), o único requisito para a sua constituição não é mais jurídico, e sim fático: o afeto. Juntamente com os direitos fundamentais de igualdade, liberdade e intimidade de homens e mulheres, esse princípio trouxe a ideia de que toda pessoa deve ter o direito de constituir vínculos familiares e de manter relações afetivas (BRAUNER, 2004, p. 259). Essa valorização da função afetiva da família atrai o foco da norma jurídica – que antes era voltada ao modelo familiar em si – para as pessoas que nela se inserem, privilegiando-se “a relação coexistencial concreta de seus componentes em detrimento da tutela de um ente abstrato e transpessoal” (PIANOVSKI, 2006, p. 205).

Esse novo tratamento constitucional da família brasileira trouxe, para alguns, a certeza de que a menção expressa a determinados arranjos familiares na Constituição não significa a exclusão de outras possíveis conformações; ao contrário: deve ser vista como indicativa da abertura do Direito a novas realidades familiares (PIANOVSKI, 2006, p. 203). Exemplo indiscutível dessa ideia é a decisão do Supremo Tribunal Federal que, em caráter vinculante e eficácia *erga omnes*, reconheceu como entidades familiares as uniões homoafetivas, afastando a taxatividade do art. 226 da Constituição e indicando ser possível interpretação constitucional no sentido de admitir quaisquer formas de convívio escolhidas pelas pessoas para buscar a felicidade⁸.

Um dos defensores dessa nova visão plural da família é Barros (2004, p. 616), para quem, embora o constituinte de 1988 não tenha mencionado outras formas de entidade familiar além do casamento, da união estável e da família monoparental, a “mente” por ele cons-

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, rel. min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 5.5.2011, *DJe* 13 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&-docID=628635>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

truída na Lei Maior não se opõe ao reconhecimento legislativo, doutrinário ou jurisprudencial de novas formas de família não previstas na enumeração constitucional do art. 226 e seus parágrafos.

A globalização e as mudanças nos costumes da sociedade levam, inegavelmente, a uma ruptura com o modelo único de família – formada pelo casamento –, trazendo a necessidade de reconhecê-la como ente plural e repercutindo na forma de tratamento das relações interindividuais. Brauner (2004, p. 257, 259 e 261) defende ser imperativa a aceitação do princípio democrático do pluralismo na formação das entidades familiares, de forma que, observando as diferenças intrínsecas de cada uma delas, seja construído um sistema capaz de efetivar sua proteção e prover os meios para resguardar os interesses de seus membros. O Direito Previdenciário é um dos instrumentos para garantir esses cuidados com a família.

Em trecho do Relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil, relativo ao Projeto do novo Código Civil, o próprio Congresso Nacional Brasileiro constatou que

[...] a formulação jurídica da família em sua estrutura e perspectiva institucional, a contemplar as atuais realidades axiológicas, colocasse contemporânea de novos significantes sociais que a tornam melhor ponderada pelos seus elementos psicológicos e afetivos.

Uma interpretação da legislação previdenciária que respeite essa nova visão de família inserida pela Constituição Federal de 1988 traz uma compreensão no sentido de que companheiro ou companheira de segurado casado, desde que mantenha com ele relação com os contornos de entidade familiar – durabilidade, estabilidade, convivência sob o mesmo teto, prole, relação de dependência econômica, entre outros (PEREIRA, 2002, p. 227) –, poderá ser enquadrado como dependente para fins previdenciários, não obstante impedido de constituir união estável devido à constância simultânea de matrimônio. Essa ideia ganha força quando demonstrada a necessidade de se interpretar a legislação levando em consideração que o Direito Previdenciário deve sempre visar à proteção dos cidadãos frente aos riscos sociais.

3.2.2 O caráter protetivo do Direito Previdenciário

A Previdência Social tem a finalidade de amparar os segurados e seus dependentes em face da ocorrência de riscos sociais, ou seja, aqueles eventos que ocorrem na vida do ser humano, sejam eles certos ou prováveis, que o impedem de auferir, por seus próprios meios, os rendimentos necessários à sua sobrevivência e de sua família (ROCHA; BALTAZAR JÚNIOR, 2012, p. 31). Tal proteção está a serviço da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º da Constituição Federal, e princípio informador de todo o ordenamento jurídico.

Por essa razão, o Direito Previdenciário, embora busque inspiração em institutos talhados por outros campos do saber jurídico, como é o caso do Direito Civil, tem a necessidade de construir conceitos próprios, capazes de se ajustarem às peculiaridades da disciplina (SOUZA, 2012, p. 51). Assim, qualquer interpretação que se dê às normas de Direito Previdenciário deve sempre visar ao amparo dos cidadãos mais fragilizados pelos riscos sociais. A aplicação estrita da legislação, sem que se analisem a realidade social e, principalmente, o caso individual, não é suficiente para que se garanta uma solução digna ao problema de uma pessoa que enfrenta o medo quanto à sua subsistência (SAVARIS, 2009, p. 135).

Aristóteles, em seu tempo, já ensinava que

[...] a lei é sempre uma declaração geral; no entanto, existem casos que não podem ser abrangidos numa declaração geral. Por isso, em questões das quais seja necessário falar em termos gerais, mas não seja possível fazê-lo de forma correta, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora tenha consciência do erro que isso implica. [...] Assim sendo, quando a lei formula uma regra geral e depois disso surge um caso que é exceção à regra, é correto, ali onde o pronunciamento do legislador é imperfeito e errôneo por causa de seu poder absoluto, retificar o defeito, decidindo como o próprio legislador decidiria se estivesse presente na ocasião [...]. Essa é a natureza essencial do equitativo: é uma retificação da lei onde esta é imperfeita por causa de sua generalidade (2002, p. 16).

O Direito posto, baseado numa racionalidade neutra e pretensamente dotada de completude, não consegue, por si só, concretizar de forma satisfatória os direitos sociais prestacionais, tendo em vista principalmente o seu descompasso com a realidade social, a qual se constitui de uma infinidade de demandas e carências. Cumpre ao Poder Judiciário, por conseguinte, superar esse sistema positivo estanque, proferindo decisões baseadas na razão, com profunda análise do caso concreto e sempre buscando a proteção daqueles que se encontram em situação de desamparo à luz do princípio da dignidade humana (BODNAR, 2007, p. 18 e 21).

Partindo dessas ideias, tem-se que, não obstante a legislação previdenciária, adotando conceitos retirados das leis de Direito Civil, entenda como companheiras as pessoas que vivam em união estável, excluindo dessa definição aquelas que mantenham relação matrimonial paralela, a interpretação do jurista, na seara previdenciária, não pode ser limitada aos preceitos civilistas abstratamente estabelecidos na legislação, pois tem uma finalidade garantidora, qual seja, de assegurar os meios mínimos de vida aos segurados e seus dependentes.

Conforme já analisado, o Direito Previdenciário define os dependentes como as pessoas que dependem economicamente do segurado. A lei traz um rol dos indivíduos que se enquadram nesse conceito, utilizando, por comodidade, expressões de uso contínuo, como *companheiro*, mas sem necessariamente impor uma submissão aos preceitos civilistas da matéria (IBRAHIM, 2014, p. 544). Para Martinez, por exemplo, inexistente conceito de companheiros na legislação, sendo que “a menção ao art. 226, § 3º, da Constituição de nada adianta”. Segundo o autor, configura-se o vínculo de companheirismo “quando a intenção do homem e da mulher, por meio de atos inequívocos, induz a união duradoura, com vistas à criação de família, filhos, patrimônio, mútua dependência e respeito” (2013, p. 384), ou seja, a definição de companheiro depende exclusivamente da estabilidade da união (2009, p. 144).

Ibrahim define companheiro(a) como “a pessoa que possui *animus* de convivência com o segurado, dividindo a vida em comum

e buscando uma sociedade conjugal, por afinidade de espírito e busca da plena realização” (2014, p. 544). Pouco importa, na opinião do autor, se tal relacionamento é paralelo a outro e se há impedimento para o casamento. O que é relevante, para a Previdência Social, é que uma nova sociedade familiar tenha sido formada, que haja dependência econômica e que essa realidade social esteja necessitando do amparo do Estado (2014, p. 546). Ibrahim defende ainda que, embora o direito não possa afastar-se completamente de aspectos culturais e da moral dominante na sociedade, ignorar situações de paralelismo conjugal, excluindo prestações previdenciárias e prejudicando as pessoas que têm uma vida inteira construída sobre essa relação vista como “imoral, ou mesmo ilegal”, é injusto e inconstitucional (2012, p. 76-77).

Assim, aquilo que o Código Civil define, em seu art. 1.727, como “concubinato”, ou seja, “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar”, não pode ser ignorado pelo sistema previdenciário simplesmente por contrariar a moralidade dominante da sociedade e do direito privado sobre o que deve ser uma família. Para Martinez, é preciso que os tribunais aceitem esse fenômeno social e passem a analisar as situações fáticas sem partir do pressuposto de que, sendo as relações impuras, devem ser crucificadas (2013, p. 1021).

A proteção social visa a assegurar os meios mínimos de vida aos segurados e seus dependentes econômicos, sendo necessário que conceitos de família e união estável, mesmo que previstos na Constituição, sejam interpretados respeitando outros princípios constitucionais de valor extremamente elevado, como é o caso do direito à vida e à previdência social (IBRAHIM, 2014, p. 546-547). Não pode haver uma delimitação *a priori* de qual espécie de companheiro tem direito à proteção previdenciária, sob pena de deixar completamente desamparada uma pessoa que dedicou anos de sua vida à outra, mantendo com ela uma vida de plena comunhão e inclusive contando com ela para o seu sustento, apenas pelo fato de que sua relação não poderia ser convertida em casamento (AMARAL, 2013, p. 129).

3.3 Os companheiros paralelos na jurisprudência

Primeiramente, cumpre esclarecer que, no âmbito administrativo, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) tradicionalmente dividiu a pensão por morte ou o auxílio-reclusão entre a esposa e a companheira, desde que permanecesse a vida em comum. Nessas situações, a autarquia previdenciária deveria notificar a parte já qualificada como dependente, de modo a permitir o contraditório antes de admitir a inclusão de outra pessoa como companheira do segurado, consoante dispõe o art. 24, parágrafo único, da Portaria MPS n. 713/1993 (IBRAHIM, 2012, p. 77).

A discussão acerca da possibilidade de enquadrar, como dependentes previdenciários, a companheira ou o companheiro de segurado casado aparece há anos na jurisprudência, o que demonstra como esta é uma situação corrente na vida das pessoas. Em junho de 1984, o extinto Tribunal Federal de Recursos editou a Súmula n. 159, segundo a qual seria legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos.

Por longo período, as decisões voltaram-se aos casos concretos e à complexidade da vida real, sendo constantemente assegurado o direito da companheira paralela a benefícios previdenciários⁹. Os principais argumentos utilizados eram a isonomia entre o casamento e a união estável (conceito que não poderia ser distinguido de concubinato para fins previdenciários), trazida pela Constituição Federal de 1988, e a interpretação do art. 16, § 3º,

⁹ Como exemplo, têm-se as seguintes: STJ, REsp n. 202.453/SP, rel. min. Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 4.5.1999, *DJ* 28 jun. 1999; STJ, REsp n. 54.037/PE, rel. min. José Dantas, Quinta Turma, julgado em 7.11.1994, *DJ* 28 nov. 1994; TRF4, AC 2000.04.01.037649-5, Sexta Turma, rel. Néfi Cordeiro, *DJ* 25 set. 2002; TRF4, AC 2000.71.10.002149-2, Sexta Turma, rel. Tadaaqui Hirose, *DJ* 3 set. 2003; TRF2, Processo 9802094137, AC 164820/RJ, Quarta Turma, rel. Valeria Albuquerque, julgado em 17.3.2003, *DJ* 15 jun. 2004; TRF4, AC 2000.72.05.003747-5, Turma Suplementar, rel. Ricardo Teixeira do Valle Pereira, *DJ* 3 abr. 2007; TRF1, AC 0008160-23.1999.4.01.3900/PA, rel. desembargador federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, *DJ* 31 jan. 2006.

da Lei n. 8.213/1991¹⁰, no sentido de que quem não poderia ser casada seria a pessoa postulante à condição de companheira do segurado falecido, e não ele mesmo. No âmbito dos Juizados Especiais, muitos foram os acordos homologados nos quais a esposa e a companheira aceitavam dividir o benefício de pensão por morte (ROCHA, 2012, p. 47-48).

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da possibilidade de divisão da pensão entre a esposa e a companheira no RE n. 397.762, cujo julgamento teve início em 4 de maio de 2005 e, após ficar suspenso em razão do pedido de vista do ministro Ayres Britto, foi concluído em 3 de junho de 2008. O recurso extraordinário foi interposto pelo Estado da Bahia em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele estado, que determinou o rateio, entre viúva e companheira, da pensão por morte de servidor público estadual. O tribunal recorrido utilizou como fundamento de sua decisão o fato de que, embora o falecido fosse casado e vivesse maritalmente com a esposa – tendo com ela onze filhos –, não havia dúvidas de que este mantivera, por 37 anos, relação paralela séria, duradoura e pública com a autora, da qual resultaram nove filhos, e que esta era assistida e sustentada por ele, evidenciando uma situação de união estável a ser amparada pelo Estado.

O ministro relator Marco Aurélio, em seu voto, defendeu a necessidade de observância do direito posto, o qual não permitiria o reconhecimento de união estável quando um dos integrantes da relação é casado – art. 1.723, § 1º, do Código Civil –, o que se configuraria em concubinato, figura que poderia gerar apenas sociedade de fato. Ademais, entendeu que o acórdão recorrido infringiu o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, pois este determina que o reconhecimento da união estável pressupõe a possibilidade de conversão em casamento, o que não se aplicava ao caso em apreço. Tendo em vista essa violação, deu provimento ao recurso extraordinário para restabelecer a decisão de primeiro grau, que havia

¹⁰ Art. 16, § 3º, Lei n. 8.213/1991: “Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal”.

entendido pela impossibilidade de divisão da pensão por morte entre a viúva e a companheira¹¹.

Com opinião contrária, o ministro Ayres Britto proferiu voto-
-vista defendendo que a união estável seria o “*tertium genus* do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto”. Entendeu que o art. 201, V, da Constituição Federal, ao conferir o direito de pensão por morte ao companheiro, pensou neste como aquele que mantinha com o segurado falecido uma relação doméstica de franca estabilidade, não existindo, para a Carta Magna, a figura discriminatória do concubinato. Segundo Britto, à luz do Direito Constitucional brasileiro, família é a formação de um “novo e duradouro núcleo doméstico”, “a concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma”, não importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental¹². Assim, tendo em vista que restou comprovada a relação de companheirismo que mantinha a parte recorrida com o *de cujus*, da qual resultou filiação e que fez da companheira uma dependente econômica do seu parceiro, o ministro entendeu aplicável ao caso o art. 226, § 3º, da Constituição Federal, desprovendo o recurso extraordinário, de forma a manter o acórdão do Tribunal de Justiça da Bahia, que decidiu pela divisão da pensão entre a viúva e a companheira¹³.

Após longos debates, os ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski acompanharam o voto do ministro Marco Aurélio no sentido de que a proteção à família conferida pelo art. 226, § 3º, da Constituição, que prevê a união estável como

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 397.762, rel. min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 3.6.2008, DJ 12 set. 2008, p. 616-618. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28397762%2E%2E+OU+397762%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lxsoe7c>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

¹² Ibidem, p. 628-629.

¹³ Ibidem, p. 632.

entidade familiar, não abarca as situações denominadas de concubinato, ou seja, aquelas em que há impedimento para casar. A ementa da decisão foi a seguinte:

COMPANHEIRA E CONCUBINA – DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL – PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – MULHER – CONCUBINA – DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina¹⁴.

Para Rocha (2012, p. 48-49), a interpretação utilizada nessa decisão, criada a partir de uma realidade social que já não existe mais, parece considerar a família originada do matrimônio como portadora de um interesse superior e superindividual e não como uma formação social destinada à realização de seus membros. O autor considera contraditório que, mesmo após a Constituição Federal de 1988 trazer tantos avanços valorativos e principiológicos, o Supremo Tribunal Federal tenha aplicado uma interpretação mais conservadora do que aquela consagrada na Súmula n. 159 do Tribunal Federal de Recursos.

Em 10 de fevereiro de 2009, o tema foi mais uma vez debatido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 590.779, também de relatoria do ministro Marco Aurélio¹⁵. O recurso foi interposto pela viúva do segurado, contra decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 590.779, rel. min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 10.2.2009, *DJ* 27 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28590779%2ENUME%2E+OU+590779%2EACMS%2E%29&base=baseAcor daos&url=http://tinyurl.com/m4tpca4>>. Acesso em: 17 jan. 2016.

em Vitória-ES, que determinou a divisão da pensão entre ela e a companheira, com a qual o *de cujus* manteve relacionamento por 34 anos, resultando em uma filha. A turma manteve o posicionamento anterior e, novamente, com o voto vencido do ministro Ayres Britto, decidiu pela impossibilidade de rateio da pensão¹⁶.

Essas decisões, sendo as duas únicas manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, passaram a guiar os tribunais do País, trazendo, inclusive, mudanças no posicionamento de diversos juízes e desembargadores¹⁷. Os casos, no entanto, continuaram a chegar ao Judiciário, e cada história possuía suas particularidades – muitas delas demonstrando a existência, paralela ao casamento, de verdadeiras famílias. Em face desses casos concretos, muitos tribunais, ignorando a posição da Primeira Turma da Suprema Corte, viram-se obrigados a decidir no sentido de dividir a pensão entre viúva e companheira quando havia a clara formação de núcleo familiar entre esta e o segurado¹⁸.

¹⁶ “COMPANHEIRA E CONCUBINA – DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL – PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas, e nessas não está incluído o concubinato. PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – MULHER – CONCUBINA – DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina. (BRASIL, STF, RE n. 590.779, 2009).”

¹⁷ STJ, REsp n. 1.104.316/RS, rel. min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJ* 18 maio 2009; TRF1, Processo 00092625920114058100, AC 532437/CE, rel. desembargador federal Geraldo Apoliano, Terceira Turma, julgado em 26.1.2012, *DJ* 16 fev. 2012; TRF4, APELREEX 2002.71.08.001192-6, Sexta Turma, rel. Celso Kipper, *DJ* 11 jan. 2011; TRF4, AC 0005776-56.2010.404.9999, Sexta Turma, rel. Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle, *DJ* 22 fev. 2011; TNU – PEDILEF 5083345520104058013, rel. juiz federal Alcides Saldanha Lima, julgado em 11.7.2012, *DJ* 21 set. 2012.

¹⁸ TRF1, AC 0000140-40.2003.4.01.3500/GO, rel. desembargadora federal Ângela Catão, Primeira Turma, *DJ* 26 out. 2010; TRF1, AC 0012948-81.2005.4.01.9199/MG, rel. desembargador federal Antônio Sávio de Oliveira Chaves, Primeira Turma, *DJ* 13 jan. 2009; TRF4, APELREEX 0039568-41.2005.404.7100, Sexta Turma, rel. para acórdão João Batista Pinto Silveira, *DJ* 17 set. 2010; TRF5, Pro-

Em 8 de março de 2012, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria no RE n. 669.465, de relatoria do ministro Luiz Fux¹⁹. O recurso foi ajuizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social contra decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais do Espírito Santo, que reconheceu o direito da companheira de dividir a pensão com a viúva, tendo em vista que manteve com o segurado relação paralela por mais de vinte anos e teve com ele uma filha. A questão a ser discutida é a possibilidade ou não de serem reconhecidos direitos previdenciários à pessoa que, durante longo período e com aparência familiar, manteve união com alguém casado, matéria que, nas palavras do relator, “não é novidade nesta Corte, tendo sido apreciada algumas vezes nos órgãos fracionários, sem que se possa, contudo, afirmar que se estabeleceu jurisprudência”²⁰.

Quanto ao reconhecimento de uniões estáveis concomitantes para fins de recebimento de benefício previdenciário, o Supremo Tribunal Federal, também em 8 de março de 2012, reconheceu a repercussão geral do Recurso Extraordinário com Agravo n. 656.298, de relatoria do ministro Ayres Britto²¹. O recurso extra-

cesso 200805000793141, AR 6088/PE, rel. para acórdão: desembargador federal Lázaro Guimarães, Pleno, julgado em 1º.6.2011, *DJ* 8 jul. 2011; TRF4, AC 0006420-96.2010.404.9999, Sexta Turma, rel. João Batista Pinto Silveira, *DJ* 16 mar. 2012; TRF4, APELREEX 5005742-20.2011.404.7102, Terceira Turma, rel. para acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 8 jun. 2012; TRF4, AC 5004503-17.2012.404.7208, Sexta Turma, rel. para acórdão Luciane Merlin Clève Kravetz, juntado aos autos em 10 set. 2013; TRF5, Processo n. 0008788702011405830002, EIAC 26907/02/PE, rel. desembargador federal Manoel Erhardt, Pleno, julgado em 12.2.2014, *DJ* 7 mar. 2014.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 669.465, Repercussão Geral, rel. min. Luiz Fux, julgado em 8.3.2012, acórdão eletrônico, *DJ* 16 out. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28669465%2E%2E+OU+669465%2EPR-CR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/pwbu3mf>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

²⁰ Ibidem.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo n. 656.298, Repercussão Geral, rel. min. Ayres Britto, julgado em 8.3.2012, acórdão

ordinário foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, que entendeu inadmissível a coexistência de duas uniões estáveis com um partícipe comum, de forma que negou a concessão de metade do benefício de pensão por morte a companheiro que manteve relação homoafetiva duradoura com o segurado, uma vez que já havia uma declaração judicial de união estável entre este e outra companheira, com a qual teve um filho.

A análise dessas duas repercussões gerais, que se dará pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, além de demonstrar a relevância do tema e a sua presença constante no Judiciário brasileiro, afetará de modo expressivo a interpretação conferida a casos semelhantes por juízes de todo o País.

4 Conclusão

Em um momento no qual o ser humano demonstra estar, cada vez mais, aberto a diversos tipos de relações afetivas e formas de convívio, o Direito depara-se com arranjos sociais ainda não previstos na lei e que, apesar disso, necessitam de regulamentação adequada. Uma das situações que constantemente exige dos operadores do Direito interpretação mais cuidadosa da legislação é a dos relacionamentos paralelos, ou seja, aqueles nos quais um dos partícipes é casado ou mantém, concomitantemente, união estável com outra pessoa. O presente artigo buscou estudar uma solução para esses casos no que diz respeito à possibilidade de enquadrar um companheiro paralelo como dependente da Previdência Social.

Os benefícios previdenciários são devidos aos segurados ou a seus dependentes, estando os últimos arrolados no art. 16 da Lei n. 8.213/1991 e divididos em três classes. A primeira, denominada classe preferencial, é formada pelo cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido, ou que tenha deficiência intelectual

eletrônico, *DJ* 2 maio 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28656298%2E%2E+OU+656298%2EPR-CR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/kkhegkv>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

ou mental ou deficiência grave. Na segunda classe, encontram-se os pais do segurado e, na terceira, o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido, ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

Essas pessoas têm direito à percepção de duas prestações do Regime Geral de Previdência Social: a pensão por morte e o auxílio-reclusão. A primeira, e mais importante, é devida aos dependentes, conforme a classe em que se enquadrem, quando o segurado responsável pelo sustento do beneficiário vier a óbito. Já o auxílio-reclusão é pago aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria. Ambos os benefícios têm a função de garantir a subsistência da família de um segurado que não pode mais prover o seu sustento.

A legislação previdenciária, fazendo referência a dispositivos da Constituição Federal e do Código Civil, não oferece, no que tange aos companheiros, o amparo esperado de um conjunto normativo que deveria visar à salvaguarda das pessoas em face da ocorrência de riscos sociais. Isso porque restringe o conceito de companheiro à pessoa que vive em união estável e afasta a possibilidade de reconhecer *status* de dependente previdenciário a companheiro de segurado casado, não separado de fato, tendo em vista a regra do art. 1.723, § 1º, do Código Civil, segundo a qual se aplicam os impedimentos do casamento à união estável.

Ocorre que, com a ruptura do modelo único de família – embasada no casamento – trazida pela Constituição Federal de 1988, a qual reconheceu como entidades familiares também a união estável e a família monoparental, não é mais possível admitir qualquer interpretação restritiva de direitos a partícipes em relacionamentos afetivos com traços de entidade familiar. A previsão da Carta Magna de que a família merece especial proteção do Estado torna imperativo que benefícios previdenciários destinados à garantia da sobrevivência dos dependentes do segurado sejam pagos, sem margem para preconceitos, àquelas pessoas que efetivamente podiam ser consideradas família do *de cujus* e dele dependiam economicamente.

Ademais, as normas do Direito Previdenciário devem sempre ser interpretadas com atenção à função garantidora da Previdência Social, a qual busca amparar os cidadãos mais fragilizados pelos riscos sociais. A aplicação estrita da legislação, sem uma análise aprofundada do caso individual, pode trazer graves injustiças, levando uma pessoa que pensava estar segura financeiramente – afinal, possuía há anos um relacionamento sério no qual o seu sustento era provido pelo companheiro – a uma situação de completo desamparo. Casos como esse aparecem constantemente na jurisprudência e são objeto de acirrados debates. Embora a divisão da pensão por morte já tenha sido deferida em diversas ocasiões nos tribunais do País, o Supremo Tribunal Federal, nos dois casos em que se pronunciou sobre a matéria, decidiu pela impossibilidade do rateio do benefício – sendo sempre voto vencido o ministro Ayres Britto. A questão, no entanto, ainda será discutida pelo Plenário da Corte Suprema, visto que foi reconhecida a repercussão geral da matéria, o que demonstra a necessidade de uma posição do Judiciário capaz de suprir as lacunas da lei quanto a uma situação que ocorre com mais frequência do que se imagina.

Assim, após tudo o que foi estudado e analisado no presente artigo, conclui-se que é possível reconhecer aos companheiros paralelos *status* de dependente para fins de concessão de benefícios previdenciários. Isso só deve acontecer, no entanto, quando o relacionamento apresentar certas características – variáveis conforme os casos individuais – que demonstrem, indubitavelmente, a sua roupagem de entidade familiar. É a situação, por exemplo, de uma mulher que mantém relação contínua e duradoura com um homem casado, o qual, apesar dessa condição, sempre sustentou a companheira e – possivelmente – os seus filhos, frequentou a sua casa como se ali morasse e transmitiu a ela a sensação de segurança digna de quem vive em uma família. Essa companheira, que pode ter conhecimento do estado civil do seu consorte mas por razões afetivas optou por ignorá-lo, vai sofrer com a morte ou a reclusão do companheiro tanto quanto a esposa, não só financeira quanto emocionalmente. Nesse caso, cabe ao Judiciário encontrar uma solução justa ao problema, de forma a oferecer amparo às duas pessoas afetadas pela ocorrência do risco social.

Referências

- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o art. 5º, II e parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006, Lei Maria da Penha*. Publicação: 2006. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/225/reconhecimento%20legal%20conceito_Alves.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 jan. 2016.
- AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.
- AMARAL, Carolline Scofield. Concubinato e proteção previdenciária: tratamento em igual respeito e consideração. *Revista Síntese Direito Previdenciário*, São Paulo, a. 12, n. 55, jul./ago. 2013.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco, parte V. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Grandes filósofos do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 607-620.
- BODNAR, Zenildo. A concretização jurisdicional dos direitos previdenciários e sociais no Estado contemporâneo. In: LAZZARI, João Batista; LUGON, João Carlos de Castro. *Curso modular de direito previdenciário*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. O pluralismo no direito de família brasileiro: realidade social e reinvenção da família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coord.). *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- FORTES, Simone Barbisan. Conceito aberto de família e seguridade social. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio (Org.). *Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.
- _____. O concubinato na previdência social. In: SOUZA, Fábio; SAADI, Jean Albert de Souza. *Previdência e família: interseções entre o direito previdenciário e o direito de família*. Curitiba: Juruá, 2012.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). *Direito de família contemporâneo e novos direitos: estudos em homenagem ao Professor José Russo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da Previdência Social*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- _____. *Curso de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- _____. _____. 6. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 226-242.
- PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e dignidade humana: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 193-222.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da Previdência Social*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ROCHA, Daniel Machado da. Regime geral de previdência e prestações previdenciárias. In: FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Direito previdenciário: aspectos materiais, processuais e penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. O direito dos cônjuges e dos companheiros ao benefício de pensão por morte no regime geral. In: SOUZA, Fábio; SAADI, Jean Albert de Souza. *Previdência e família: interseções entre o direito previdenciário e o direito de família*. Curitiba: Juruá, 2012.

SAVARIS, José Antonio. Método e ideologia na aplicação do direito previdenciário. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio (Org.). *Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SOUZA, Fábio. Interseções entre o direito previdenciário e o direito de família: alguns reflexos na análise dos dependentes. In: SOUZA, Fábio; SAADI, Jean Albert de Souza. *Previdência e família: interseções entre o direito previdenciário e o direito de família*. Curitiba: Juruá, 2012.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Direito à vida do nascituro na fase intrauterina

Priscila Batista de Matos

Servidora do Ministério Público da União, lotada no Ministério Público Federal na Bahia. Bacharela em Publicidade e Propaganda pela Universidade Católica do Salvador. Bacharela em Direito pela Faculdade Social da Bahia.

Resumo: Este artigo busca analisar o direito à vida do nascituro na fase intrauterina, sob o aspecto constitucional e seus desdobramentos civil e penal. Para tanto, apresenta os principais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, as principais teorias sobre o início da existência humana, segundo a Embriologia, e a definição de nascituro. Também analisa o Pacto de São José da Costa Rica e a importância da atividade hermenêutica. Faz uma sucinta abordagem da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, que autorizou o aborto de fetos anencéfalos, e analisa conceitos éticos e filosóficos e sua relação com o direito à vida. O resultado da pesquisa demonstra que a existência humana começa na concepção e é juridicamente protegida desde esse momento. Não obstante a inversão de valores na sociedade atual, o ser humano é a finalidade primordial do Direito. Para viver em uma sociedade pacífica, justa e fraterna, cabe ao operador do Direito respeitar e defender a vida do nascituro desde o útero materno.

Palavras-chave: Direito à vida. Aborto. Nascituro. Biodireito. Bioética.

Abstract: This article analyzes the right to life of the unborn child in utero phase, under the constitutional aspect and its civil and criminal consequences. It presents the main constitutional and infra devices, the main theories about the beginning of human existence, according to Embryology, and the definition of unborn child. It also analyzes the Pact of San José, Costa Rica, and the importance of hermeneutics activity. It is a succinct approach to

accusation of breach of fundamental precept n. 54, which authorized the abortion of anencephalic fetuses and analyzes ethical and philosophical concepts and their relation to the right to life. The research result shows that human life begins at conception and is legally protected from that moment. Despite the reversal of values in today's society, the human being is the primary purpose of the law. To live in a peaceful, just and fraternal society, it is the right of the operator to respect and defend the life of the unborn child from the womb.

Keywords: Right to life. Abortion. Unborn child. Biolaw. Bioethics.

Sumário: 1 Introdução. 2 Início da vida humana segundo a Embriologia. 2.1 Concepções de nascituro. 3 Direitos do concepto presentes na Constituição Federal do Brasil. 3.1 Hermenêutica e o Pacto de São José da Costa Rica. 4 Direitos do nascituro, na fase intrauterina, previstos no Código Civil de 2002 e na Lei n. 11.804/2008. 5 O aborto no Código Penal brasileiro e o direito à vida. 5.1 Do aborto de anencéfalos – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 (ADPF 54). 6 Aspectos éticos e filosóficos do direito à vida. 7 Conclusões.

1 Introdução

O direito à vida do nascituro desde a concepção é amplamente protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, não é uma concessão jurídica. Trata-se de um direito inerente à condição humana, antes e após o nascimento, desde o momento em que o ser humano é concebido, seja por métodos naturais ou artificiais, pois, antes de existir Direito, já havia vida. Assim, o papel do Direito é garantir que a existência humana, em qualquer etapa, seja respeitada.

Entretanto, apesar da proteção jurídica destinada à vida, abortos clandestinos são realizados diariamente, tornando essa questão um problema jurídico, ético e social. O objetivo deste estudo é analisar o direito à vida do nascituro no útero materno, sob os aspectos constitucional, civil e penal. Apesar de o embrião *in vitro*

também ter direito a viver, o presente artigo restringir-se-á ao embrião no útero materno, visto que abarcar a existência extrauterina exigiria outra dissertação, tamanha a importância do assunto.

Posto isso, um problema se impõe: quais as questões jurídicas presentes na Constituição Federal, nos Estatutos Civil e Penal brasileiros, e as questões filosóficas e éticas em torno da proteção à vida intrauterina do nascituro?

A Constituição Federal (CF/1988), no art. 5º, *caput*, coloca a vida como direito fundamental, sem discriminar seus destinatários, pois, ao afirmar que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”, evidencia que o direito de viver é garantido a todos, seja no útero materno ou fora dele. Não bastasse, o art. 2º do Código Civil (CC/2002) dispõe que “[...] a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Por sua vez, o Código Penal, no art. 128, penaliza o aborto, somente o admitindo se praticado por médico, quando for imprescindível para salvar a vida da mãe ou quando a gravidez for resultante de estupro.

Logo, o direito à existência é protegido tanto pela Constituição como pela lei, abrangendo não só seres humanos adultos e sadios, mas, inclusive, seres humanos em formação, o conceito, mesmo que não sadios. Apesar da clareza com que o ordenamento interno trata a questão, muito se tem discutido sobre a legalização do aborto. São muitos os argumentos a favor e contra a mudança das leis brasileiras para ampliar as hipóteses de interrupção da gestação. Religiosos, pensadores e integrantes do movimento feminista discutem, ora defendendo a vida – com alegações de ser esta o maior de todos os direitos, desde a fase intrauterina –, ora defendendo a liberdade irrestrita e o direito à mulher sobre o próprio corpo.

Esse debate é antigo. Entretanto, com a mudança do papel da mulher na sociedade, a ampliação de seus direitos e os avanços na pesquisa científica, a discussão acirrou-se. Basta lembrar que, em 2012, a votação ocorrida no Supremo Tribunal Federal (STF) sobre aborto de anencéfalos ocupou espaço considerável na mídia e levou a população à realização de inúmeras manifestações a favor e contra o aborto.

Logo, a importância do presente estudo consiste em fornecer à sociedade uma reflexão interdisciplinar sobre o direito à vida do ser humano em formação. Tal reflexão, além de abarcar, principalmente, os ramos do Direito Constitucional, Civil e Penal, incluindo o Pacto de São José da Costa Rica, considera o ponto de vista médico e filosófico. Com isso, possibilita, aos diferentes atores sociais que compõem os dois polos da discussão, uma análise mais abrangente e isenta de interesses pessoais.

Nesse contexto, ressalte-se que este artigo não irá aprofundar-se na questão dos fetos anencéfalos, o que, pela sua importância, demandaria outro estudo, atendo-se, portanto, ao nascituro viável, na vida intrauterina.

2 Início da vida humana segundo a Embriologia

Para se discutir sobre o direito à vida do nascituro na fase intrauterina, desde a concepção, primeiramente, é necessário identificar a partir de qual momento as ciências médicas marcam o início da existência humana. Para tanto, buscou-se a resposta a essa questão na Embriologia, ramo da ciência que investiga o desenvolvimento do ser humano a partir “de uma simples célula a um feto de nove meses [...]”, como afirma Sadler (2013, p. 1).

De acordo com Vasconcelos (2006, p. 36-48), há duas correntes principais sobre o início da vida humana: a concepcionista e a genético-desenvolvimentista. A primeira subdivide-se em duas teorias: teoria da singamia e teoria da cariogamia. A segunda corrente está subdividida em quatro teorias: do pré-embrião, da nidação do ovo, da personalidade condicional e a natalista.

Conforme a teoria da singamia, adotada por este artigo, a vida inicia-se com a fecundação – encontro dos gametas feminino e masculino –, também denominada fertilização:

A teoria da singamia advoga que no exato momento da penetração do espermatozoide no óvulo (fertilização), ou seja, com a fusão dos gametas feminino e masculino, começa o processo irreversível de formação de um novo ser humano [...] é irrelevante a não ocorrência, ainda, da fusão dos pronúcleos das células germinativas e,

consequentemente, a formação do zigoto, pois que esta etapa já está compreendida no processo irreversível desencadeado pela fertilização, dependendo, apenas, do fator temporal (VASCONCELOS, 2006, p. 38-39).

Para a teoria da cariogamia, por sua vez, o início da vida ocorre após a fusão dos gametas (pronuclear), quando se extinguem dois genomas incompletos para dar lugar a um genoma novo e completo (VASCONCELOS, 2006, p. 39).

Na linha genético-desenvolvimentista, de acordo com Vasconcelos (2006, p. 41-44), a teoria do pré-embrião afirma que só a partir do 14º dia se pode falar em embrião humano, pois até esse momento não há como identificar gêmeos monozigóticos. Na teoria da nidação, só é possível falar-se em nascituro a partir da nidação, ou seja, fixação do ovo no útero materno, o que começa a ocorrer no 6º dia até o 7º ou 12º dia após a fecundação.

Quanto às duas últimas teorias – natalista e condicional –, Vasconcelos (2006, p. 45-48) explica que para a natalista, como o próprio nome sugere, de cunho muito mais jurídico que biológico e contrariando as constatações científicas, a existência se inicia no nascimento com vida. A condicional, por sua vez, é um desdobramento da teoria natalista e prioriza o aspecto patrimonial, previsto no art. 2º do CC/2002, em detrimento dos direitos constitucionais de personalidade, haja vista que nela a personalidade se inicia com a concepção, sob condição resolutive do nascimento com vida.

A despeito das divergências teóricas quanto ao marco que assinala o início da existência humana, as pesquisas científicas, particularmente no campo da Embriologia, permitem definir o início da vida com a fecundação. Observe-se:

O desenvolvimento humano inicia-se na fecundação, quando um gameta masculino, ou espermatozoide, se une ao gameta feminino, ou ovócito, para formar uma única célula – o *zigoto*. Esta célula totipotente e altamente especializada marca o início de cada um de nós como indivíduo único. O zigoto, visível a olho nu como um pequeno grão, contém os cromossomos e os genes (as unidades de informação genética) derivados da mãe e do pai. O zigoto unice-

lular divide-se muitas vezes, transforma-se, progressivamente, em um ser humano multicelular, através de divisão, migração, crescimento e diferenciação das células (MOORE; PERSAUD, 2008, p. 16, grifos do autor).

Nesse sentido, a ciência revela que o zigoto, derivado da união do gameta masculino (espermatozoide) com o gameta feminino (ovócito), no fenômeno denominado fecundação, contém todas as informações genéticas necessárias para a formação do indivíduo adulto. Logo, cada embrião carrega em si as informações genéticas da mãe e do pai, formando um ser humano único e diferenciado. Ainda de acordo com esse entendimento:

O zigoto, embrião ainda unicelular, é detentor e executor do seu programa genético e auto-impulsionador do seu próprio desenvolvimento. Já contém todas as características pessoais de um ser humano adulto, como sexo, grupo sanguíneo, cor de pele, olhos etc., e até mesmo eventuais patologias genéticas de manifestação futura determinadas. Se, no momento em que é constituído de uma só célula, ele já contém sua individualidade biológica predefinida, o mesmo pode ser dito em todas as fases que se sucedem, de blastômero para mórula, desta para blastocisto, e assim sucessivamente (VASCONCELOS, 2006, p. 37).

Assim, a partir da fertilização ou fecundação (penetração do espermatozoide no óvulo), inicia-se o processo irreversível de formação da vida humana. Com a fecundação, forma-se o zigoto, e este, por meio de divisões celulares progressivas, passará de embrião a feto e, por fim, após o nascimento com vida, a criança.

Portanto, o presente artigo adota a teoria da singamia, pois está claro que o marco inicial da vida humana é o momento da fecundação, processo que resulta na formação do zigoto: embrião unicelular – ser humano único, em sua fase inicial de desenvolvimento.

2.1 Concepções de nascituro

Houaiss e Villar (2009, p. 1343) e Ferreira (2008, p. 573) definem nascituro como “que ou aquele que vai nascer”. O primeiro ainda acrescenta: “diz-se de ou o ser humano já concebido, cujo

nascimento é dado como certo”. Etimologicamente, deriva do latim *nasciturus, a, um*, que significa “que deve nascer”.

Acquaviva (2014, p. 333) define nascituro, juridicamente, como “Ser humano já concebido e que se encontra, ainda, no ventre materno”, ressalvando que o Código Civil não adotou a teoria concepional como base para aquisição da capacidade jurídica, e sim o nascimento com vida.

O presente artigo usará o termo nascituro considerando-o como aquele que vai nascer – o ser humano único, com código genético próprio, diferenciado dos seus pais, formado desde o momento da fecundação, independentemente da fase gestacional em que esteja.

3 Direitos do conceito presentes na Constituição Federal do Brasil

Esclarecido o momento em que se inicia a existência humana, compete ao Direito estabelecer regras de proteção ao nascituro, desde a sua concepção. A Magna Carta resguarda o direito à vida em diversos momentos. Tal proteção diz respeito não só ao direito de existir, mas abarca o direito de nascer e de viver com dignidade. É o que se extrai da conjugação de seus princípios, objetivos e demais dispositivos, como se verá adiante.

A Constituição brasileira estabelece, em seu art. 1º, como fundamento da República Federativa do Brasil, “[...] a dignidade da pessoa humana [...]”. O inciso IV do art. 3º define como objetivo fundamental “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. No art. 4º, é apresentada a “[...] prevalência dos direitos humanos [...]” como regra pela qual o Estado deverá reger-se em suas relações internacionais. No art. 5º, magistralmente, o constituinte dispõe que “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 [...]”. E prossegue no Capítulo VII, dedicando especial proteção à família, base da sociedade, como se observa no art. 227:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Note-se o valor que o constituinte originário atribuiu à vida. Para Moraes (2011a, p. 39), “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.

Entretanto, o constituinte não estabelece o momento a partir do qual deve incidir a proteção à existência humana. A fórmula que estabelece é geral, deixando ao operador do Direito o papel de defini-la. No entanto, como o Direito não é isolado das demais ciências, necessita de conceitos dos demais ramos para exercer seu papel. Nesse caso, cabe às ciências biológicas definir quando se inicia a vida e ao Direito, protegê-la, a partir do momento estipulado pela ciência.

Posto isso, Moraes (2011b, p. 81) afirma que “o início dessa preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal [...]”. E, mais adiante, defende:

A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina, pois a gestação gera um *tertium* com existência distinta da mãe, apesar de alojado em seu ventre. Esse *tertium* possui vida humana que iniciou-se com a gestação, no curso da qual as sucessivas transformações e evoluções biológicas vão configurando a forma final do ser humano (2011b, p. 85).

Note-se, ainda, que o art. 60, § 4º, da CF tornou os direitos e garantias fundamentais cláusulas pétreas, não podendo ser alterados sequer por emenda constitucional, mas apenas por meio de uma nova Assembleia Constituinte.

Portanto, a vida, bem maior do ser humano, é direito fundamental inviolável, isto é, cláusula pétrea protegida pela Magna

Carta. Com isso, a interpretação dos dispositivos constitucionais e legais deve ser no sentido de proteger a vida de maneira geral, inclusive a uterina, a partir da concepção.

3.1 Hermenêutica e o Pacto de São José da Costa Rica

A atividade interpretativa é essencial para a atividade jurisdicional. Se esta tem por objetivo o estabelecimento da justiça entre partes conflitantes para a harmonia social, então o juiz, em sua função, não pode prescindir dos princípios estruturantes do sistema jurídico e das técnicas hermenêuticas.

Bittar e Almeida (2010, p. 481), ao descrever a atividade hermenêutica na concepção de Ronald Dworkin (professor de Teoria Geral e Jurisprudência da Universidade de Nova York e da Universidade de Oxford), explicam que:

[...] a questão da interpretação não é, de modo algum, um capítulo à *latere* da discussão de como o Direito se operacionaliza na prática, mas é de fato um aspecto crucial do desenvolvimento do próprio Direito, algo que nos consente compreender sua ideia de que o Direito não se exaure em ser um conjunto de normas, pois pressupõe de fato, além de regras – estas reconhecidas pelo positivismo como únicas formas de manifestação da juridicidade – também princípios, estes igualmente vinculantes da atividade judicial.

A partir das técnicas hermenêuticas da máxima efetividade ou da eficiência e da norma mais favorável, escolhe-se a norma que melhor atenda aos objetivos constitucionais, atribuindo-lhe o sentido que maior eficácia lhe conceda.

Considerando que a vida e a dignidade são direitos inerentes à natureza humana, norteadores da proteção jurídica dirigida ao ser humano, o qual não é objeto do Direito, mas o fim a que se destina, não é possível dar à norma constitucional interpretação que lhe restrinja o sentido e limite o gozo do direito à vida e à dignidade.

Os princípios, objetivos e direitos definidos nos Títulos I e II da CF são o fundamento do ordenamento jurídico. Por funda-

mento, entenda-se o pilar estruturante de todo um conjunto de normas. Assim, a interpretação normativa deve estar consonante com tais princípios.

Para se promover o bem e a dignidade, sem qualquer forma de discriminação, mister respeitar a vida em todas as suas fases, sem restringir-lhe o alcance. Se o texto constitucional não limitou a inviolabilidade do direito à vida, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Logo, a fim de cumprir os objetivos estabelecidos na Magna Carta com respeito aos princípios fundamentais, é necessário, frise-se, que a vida seja respeitada em toda a sua extensão. Se o ser humano é o fim de todo o ordenamento jurídico, como permitir a violação de sua vida já na fase intrauterina? Por isso mesmo, de maneira lógica, a CF/1988 estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com prioridade absoluta, o direito à vida. Como a criança poderá gozar de seu direito à existência, se esse direito lhe for negado ainda durante a gestação? A negação desse direito mostra-se incongruente pois, como já visto, a criança adquire o *status* de ser humano desde a concepção.

Nesse sentido, o Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto n. 678/1992, dispõe, no artigo 1.2, que todo ser humano é pessoa. Em seguida, no artigo 3º, determina que “toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”. Logo, se todo ser humano é pessoa e se toda pessoa tem personalidade, conclui-se que todo ser humano tem personalidade jurídica. Cabe ao Estado reconhecer tal condição. Por fim, no artigo 4º, dispõe: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

Conjugando-se o artigo 4º com os anteriores, tem-se que todo ser humano tem direito a ter sua existência respeitada. Se o texto legal terminasse no artigo 3º, bastaria para garantir a inviolabilidade do direito à vida do conceito. No entanto, para evitar qualquer dúvida, determina, de maneira clara, que tal direito deve ser protegido desde a concepção.

Há quem justifique a permissão da interrupção da vida do conceito por meio da expressão “em geral”. Contudo, o artigo 4º explicita a regra, a qual é a inviolabilidade do direito à vida desde a concepção, já consagrada no art. 5º da CF/1988 e no art. 2º do CC/2002. Apenas excepcionalmente esse direito poderá ser restringido, nas hipóteses já delineadas no Código Penal e que serão abordadas adiante. Sobre o assunto, Martins et al. (2008, p. 106-107) explica:

[...] O homicídio uterino não tem exceções, no Pacto de São José. Não é permitido. No mesmo artigo, todavia, o “homicídio legal” do nascido, ou seja, a pena de morte é condenada, mas abre-se exceção para os países que ainda a mantêm, sugerindo que a extirpem [...] Assim, as duas penas de morte, ao nascituro e ao nascido, são proibidas pelo Pacto de São José, muito embora, haja um regime sem exceções, para a pena de morte do nascituro [...] Não há, pois, espaço para que se possa legalizar o aborto, que é pena de morte ao nascituro, em face do que dispõe a Constituição, o Pacto de São José e o Código Civil.

Portanto, as regras constitucionais e infraconstitucionais, incluindo os tratados internacionais de direitos humanos, ainda que não aprovados na forma do art. 5º, § 3º, da CF, principalmente no que tange aos direitos fundamentais, devem ser interpretadas pelo critério da maior eficiência e da norma mais favorável. Sobre a interpretação das normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal, julgando o Habeas Corpus n. 91.361/SP, assim se manifestou:

Os magistrados e tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações

constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs¹.

Do exposto, compete ao legislador, na criação de novas leis, e ao operador do Direito, no caso concreto, a observância dos princípios e direitos constitucionais e infraconstitucionais, inclusive os provenientes dos tratados de direitos humanos. Cabe-lhes a proteção do ser humano em toda a sua extensão, com respeito às diferenças, sem qualquer forma de discriminação, principalmente dos mais vulneráveis, a exemplo do nascituro, porque vida há desde o momento da concepção, como já comprovado cientificamente e abordado na primeira parte deste artigo.

4 Direitos do nascituro, na fase intrauterina, previstos no Código Civil de 2002 e na Lei n. 11.804/2008

Aliada à proteção constitucional, a vida do nascituro, na fase intrauterina, recebe também a tutela civil. Assim, o CC/2002 resguarda o direito à vida com previsões claras, constantes nos arts. 2º, 542, 1.609, parágrafo único, 1.694 a 1.710, 1.779 e 1.798.

De acordo com o art. 2º do referido código, “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Conforme já abordado, nos termos do Pacto de São José da Costa Rica, o nascituro é pessoa humana com direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica desde a concepção. Se o ser humano é dotado de existência independente desde a concepção e se ao promulgar o Pacto da Costa Rica o ordenamento jurídico interno reconheceu o referido direito, logo, juridicamente, o nascituro é pessoa desde

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 91.361/SP, 2ª T., rel. min. Celso de Mello, divulg. 5 fev. 2009, public. 6 fev. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573717>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

o primeiro momento de sua existência, tendo os mesmos direitos da criança recém-nascida.

Aqui cabe uma distinção entre personalidade e capacidade civil. Enquanto a personalidade é inerente ao ser humano desde a concepção, a capacidade é a possibilidade de exercício dos direitos advindos da personalidade. Nesse sentido, o nascituro, não podendo expressar-se, não está apto ao exercício de seus direitos constitucionais e legais, como o direito ao respeito à sua vida. Assim, tal como a criança menor de dezesseis anos, ele é absolutamente incapaz de exercer pessoalmente os atos da vida civil. O que lhe falta é a capacidade civil, nos termos do art. 3º do CC/2002, e não a personalidade civil. Esta lhe é inerente. Com isso, forçoso reconhecer a inconstitucionalidade da primeira parte do art. 2º do CC/2002. Nesse sentido:

Destarte, na visão (realista-) personalista dos direitos de personalidade, a *noção de pessoa* assume posição pré-normativa, não sendo construída pelo ordenamento, mas recebida por ele. E, ao recebê-la, o direito admite toda a carga valorativa que lhe é inerente, não podendo diminuí-la ou represá-la. Pode até limitar a capacidade de exercício dos direitos reconhecidos, mas não pode alterar seu conteúdo axiológico (VASCONCELOS, 2006, p. 83, grifos da autora).

Mais adiante, Vasconcelos ainda explica:

No concernente aos direitos de personalidade e ao momento em que esta deve ser atribuída ao ser humano, objetiva é a consideração de Silmara Chinelato e Almeida. Para a autora, a personalidade é um “valor”, ao passo que a capacidade é um *quantum* [...]. É que a *capacidade*, como *regra* jurídica, permite avaliação quantitativa; já a *personalidade* (inerente à pessoa), enquanto *valor* (princípio), não comporta tal medida. Sua eventual ponderação só poderia ocorrer na esfera da qualidade e, nesta, extravasa o plano da facticidade considerar o ser humano “mais” ou “menos pessoa” (2006, p. 85, grifos da autora).

Por fim:

Se foi feliz o legislador ao substituir a palavra homem por pessoa, foi, não obstante isso, extremamente infeliz ao manter, de resto, a

proposição de que a personalidade começa quando do seu nascimento com vida, mantendo-se íntegro e fiel ao Código oitocentista ab-rogado, insensível à evolução dos tempos e à interpretação da própria Constituição brasileira no princípio da dignidade humana. Assim, entende-se que a disposição contida no art. 2º do Código Civil, no que tange à dependência do reconhecimento da personalidade humana à condição resolutiva do seu nascimento com vida, é manifestamente inconstitucional (VASCONCELOS, 2006, p. 119).

A despeito da inconstitucionalidade presente na primeira parte do art. 2º, a segunda parte, em contrapartida, resguarda os direitos do nascituro desde a concepção. Dessa maneira, o Código Civil prevê uma série de direitos ao nascituro, incluindo o direito a receber doação e herança, conforme se verá adiante. Logo:

O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intrauterina, ou mesmo *in vitro*, tem *personalidade jurídica formal*, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo *personalidade jurídica material* apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais e dos obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido (DINIZ, 2014, p. 149-150, grifos da autora).

Nota-se que a eminente doutrinadora, referindo-se aos direitos patrimoniais, distingue personalidade formal e material. Quando ela aborda a personalidade jurídica formal, entenda-se aí a personalidade e, quando se refere à personalidade jurídica material, está, em verdade, referindo-se à capacidade. Problema de linguística. De qualquer forma, o direito ao respeito à vida, direito extrapatrimonial, está acima dos conceitos supramencionados, posto que inerente à pessoa desde o início de sua existência no útero materno.

No entanto, apesar de não ter capacidade jurídica plena para o exercício dos direitos que possui, o Código Civil e a legislação extraordinária resguardam seus direitos desde a concepção. Assim

é que o nascituro tem direito a receber doação, nos termos do art. 542 do CC/2002, bem como à herança (art. 1.798, CC/2002). Veja-se, nesse sentido:

O nascituro poderá receber bens por doação (CC, art. 542) ou por herança (CC, art. 1.798), mas o direito de propriedade somente incorporará ao seu patrimônio se nascer com vida, mesmo que faleça logo em seguida [...] Enquanto estiver na vida intrauterina seus pais ou o curador ao ventre serão meros guardiães ou depositários desses bens doados ou herdados, bem como de seus frutos e produtos [...] (DINIZ, 2014, p. 166).

O nascituro também tem direito ao reconhecimento de paternidade, quando gerado fora do casamento. Nos termos do parágrafo único do art. 1.609 do CC/2002, “o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho [...]”. Logo, se o filho, ainda em sua fase intrauterina, gerado fora do casamento, pode ser reconhecido pelo pai, o mesmo se diga quanto aos filhos gerados no casamento.

O Código Civil de 2002, no art. 1.779, também reconhece a vida independente do nascituro ao definir seu direito ao curador “quando o pai falecer estando grávida a mulher e não tendo o poder familiar”. Por seu turno, o art. 1.798 regula o direito sucessório.

Por fim, a Lei n. 11.804/2008, na linha do disposto nos arts. 1.694 a 1.710 do CC/2002, disciplina, em seu art. 2º, o direito a alimentos do nascituro (alimentos gravídicos):

Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Como visto, são muitos os dispositivos legais que regulamentam os direitos do concepto. Tal proteção jurídica leva à conclusão de que se o nascituro não fosse ser humano desde a concepção, por que proteger o direito à herança, à doação, à paternidade, aos

alimentos, entre outros? Como também poderia o nascituro ser sujeito de direitos se não ostentasse a qualidade de ser humano e não gozasse de personalidade jurídica?

Logo, a proteção jurídica destinada ao nascituro, retratada nas normas constitucionais e infraconstitucionais, demonstra a preocupação do legislador em proteger a vida em toda a sua extensão, não apenas a partir do nascimento com vida, como pretendem alguns, mas, igualmente, a partir do marco existencial representado pela fecundação.

5 O aborto no Código Penal brasileiro e o direito à vida

O direito à vida é absoluto. A fim de prevenir e reprimir os crimes contra ela, o Código Penal penaliza o homicídio simples e qualificado, o infanticídio, o induzimento, instigação e auxílio ao suicídio e o aborto. As hipóteses de abortamento e suas penas estão disciplinadas nos arts. 124 a 126. A regra geral é a criminalização, excetuando-se as situações dos incisos I e II do art. 128, CP, em que o feticídio continua sendo crime, mas não há incidência da pena. Trata-se, portanto, de um caso de despenalização. Observe-se:

O art. 128, I e II, do Código Penal está apenas autorizando o órgão judicante a não punir o crime configurado, por eximir da sanção o médico que efetuar prática abortiva para salvar a vida da gestante ou para interromper gestação resultante de estupro. Tal isenção não elimina o delito, nem retira a ilicitude da ação danosa praticada. Suprimida está a pena, mas fica o crime (DINIZ, 2014, p. 89).

No livro *A questão do aborto: aspectos jurídicos fundamentais* (2008), de Ives Gandra da Silva Martins, Roberto Vidal da Silva Martins e Ives Gandra da Silva Martins Filho, no texto “Direito à vida desde a concepção versus aborto: do fim do século XX aos primórdios do século XXI”, Roberto Vidal da Silva Martins traz algumas reflexões sobre as questões jurídicas que envolvem a interrupção voluntária da gravidez e enfatiza que o Código Penal só não penaliza o aborto em dois casos específicos, mas que nem por isso o crime deixa de existir:

É interessante notar que, no Brasil, por trás das autorizações judiciais que algumas gestantes obtêm para abortar em caso de má formação fetal, há clara e frontal agressão à lei penal porque o aborto só não é punido no nosso país “se a gravidez for oriunda de estupro” e “se não houver outro meio de salvar a vida da gestante” e, mesmo nestes casos, o crime continua, mas só a pena é suprimida. A lei penal também não pune o furto famélico, mas nem por isso o autoriza (MARTINS et al., 2008, p. 20).

Para aclarar a discussão, interessante é conceituar o termo *aborto*. Assim:

O termo “aborto”, originário do latim *abortus*, advindo de *aboriri* (morrer, perecer), vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha havido ou não a expulsão do feto destruído. [...] Na seara médica, na opinião dos obstetras, procura-se distingui-lo do parto prematuro, entendendo-se que o *aborto* seria a interrupção da gestação nos primeiros seis meses de vida intrauterina, ante a inviabilidade do feto, enquanto o *parto prematuro* ocorreria depois do sexto mês, continuando vivo o produto da concepção. Entretanto, juridicamente, esse critério cronológico é inaplicável, pois haverá o aniquilamento do feto, em qualquer momento anterior ao fim da gestação, sem que se leve em consideração a questão de sua viabilidade (DINIZ, 2014, p. 56-57, grifos da autora).

Logo, juridicamente, configura-se aborto qualquer interrupção da gravidez com morte do feto, independentemente de sua viabilidade. Mais adiante, Diniz (2014, p. 57-58) explica as modalidades de feticídio, que poderá ser ovular (até a 8ª semana de gestação), embrionária (até o 3º mês de gravidez) ou fetal (após o 3º mês). Poderá, ainda, ser espontâneo, acidental ou provocado. A presente reflexão restringe-se ao aborto provocado, independentemente da fase de gestação.

Ainda de acordo com Diniz (2014, p. 62-65), o aborto provocado será criminoso quando houver: a) gravidez (período que vai da fecundação do óvulo ao parto); b) intenção de interromper a gravidez, isto é, dolo; c) emprego de técnicas abortivas idôneas;

e d) quando ocorrer a morte do concepto, seja no ventre materno ou após a sua expulsão, devendo haver o nexo de causalidade entre os requisitos apresentados. Entretanto, em dois casos, o CP despenaliza o feticídio realizado por médico – o aborto necessário, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, e, no caso de gravidez resultante de estupro, o aborto sentimental, precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Ambas as hipóteses admitidas pelo Direito são questionáveis. Na primeira, mostra-se, no mínimo, estranha a necessidade de interromper a gravidez para salvar a vida da gestante, ante os avanços da medicina, em que é possível, inclusive, identificar doenças e solucioná-las, ainda na fase fetal. Nesse sentido:

Por que ainda o aborto necessário se hoje, com o progresso da medicina, praticamente inexistem casos em que a gestante, por alguma enfermidade, esteja em perigo imediato de morte se a gravidez não for interrompida? Atualmente, não há moléstia que justifique a interrupção da gravidez. Os avanços tecnológicos e científicos aumentam, a cada dia que passa, a possibilidade de salvar ambas as vidas (DINIZ, 2014, p. 92).

Na mesma esteira, Martins et al. (2008, p. 22):

A expressão “risco de vida” é muito menos restritiva. Muitos abortos podem ser feitos em nome do “risco de vida”. No entanto, na realidade, a situação em que “não há outro meio de salvar a vida da gestante” já não existe mais. A medicina evoluiu a tal ponto que consegue salvar as duas vidas. O caso de vida da mãe *versus* vida do filho é raríssimo, para não dizer inexistente. [...] O que acontece é que muitos médicos favoráveis ao aborto encontram em qualquer patologia dentro de uma gravidez, um motivo para dizer que a mulher corre “risco de vida” e, portanto, está autorizada a abortar. Não é isso que diz, como vimos acima, o Código Penal.

No caso do aborto sentimental, há o aspecto emocional envolvido. De fato, não há como obrigar a mulher a aceitar o filho de uma relação não consentida, precedida de violência, que deixa profundas marcas emocionais. Entretanto, analisando pela ótica do

concepto, é justo que ele responda pelo crime de outrem? Não é um princípio constitucional e penal a personalização da pena, ou seja, o valor de que a pena não passará da pessoa do condenado? Então, como pode o nascituro, a parte mais fraca da relação, responder por um crime que não cometeu? Independentemente da realização do aborto, o trauma sofrido permanecerá. O feticídio não apagará a lembrança da violência sofrida.

Logo, não é melhor estimular a assistência psicológica à mulher vítima de estupro, bem como facilitar a adoção em lugar de promover o assassinato do ser inocente? Sem dúvida, o meio mais fácil de resolver o problema da mulher vítima de estupro é o aborto. Entretanto, há outras alternativas para resolução da questão e para prevenção, que envolveriam planejamento do Estado e desenvolvimento de políticas públicas com destinação de recursos financeiros certamente maiores que os gastos com o aborto legal.

Nesse sentido, Diniz defende (2014, p. 95):

Trata-se de um aborto em defesa da honra com o escopo de repará-la. Mas como se poderia reparar a honra de alguém com a morte de um inocente e indefeso ser humano? A retirada da vida do feto poderia reparar a brutalidade sofrida pela gestante? [...] Como ceifar uma vida humana indefesa, inocente e inculpável pelo ato biológico sofrido pela vítima? Não seria isso uma afronta aos arts. 1º, II e III, 4º, II, 5º, XXXIX, e 6º da Constituição? Não haveria necessidade de absolver da “pena de morte” o “réu” sem culpa pelo crime cometido por seu pai? Se, pelo art. 5º, XLVII, *a*, do Texto Constitucional, não há pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, se no inciso XLV do mesmo artigo está consagrado o princípio da personalização da pena, ínsito no brocardo latino *nemo punitur pro alieno delicto* (ninguém pode ser punido por delito alheio), e se a pena é pessoal, não podendo passar da pessoa do delincente, como poderia cumpri-la quem não perpetrou delito algum?

A fim de intensificar o debate, interessante refletir sobre a inconstitucionalidade do art. 128, II. Está claro que o direito à existência do concepto pode ser atenuado apenas para salvar a vida da mãe, pois, nesse ponto, contrapõem-se dois direitos idênticos: à existência da mãe e à do feto. Em se tratando de conflito entre o

direito à vida e o direito à honra (em caso de estupro), prevalecerá o direito à vida, que é o maior de todos os direitos.

Referida tese é defendida pelo eminente professor Ives Gandra da Silva Martins, no texto “O direito do ser humano à vida”:

A lei penal, inclusive, proibiu o aborto, admitindo não sua legalidade, mas sua impunibilidade em duas hipóteses: o aborto terapêutico, objetivando salvar a vida da mãe, e o aborto em virtude de estupro, hipótese, a meu ver, não recepcionada pela Constituição de 1988. [...] Entendo que a Constituição Federal não admitiu a hipótese do aborto sentimental, porque, pela primeira vez, faz menção à “inviolabilidade do direito à vida” e não mais, como nos textos passados, ao respeito aos “direitos concernentes à vida”. O discurso atual é direto e claríssimo, ao determinar que a inviolabilidade é do direito à vida e não apenas do respeito a *direitos concernentes à vida* (MARTINS et al., 2008, p. 100-101, grifos do autor).

Portanto, a política criminal brasileira criminaliza e o Código Penal penaliza a prática de aborto, tratando-o como delito contra a vida. Como o Direito Penal visa à penalização dos desvios de conduta mais graves, a fim de proteger os bens jurídicos mais relevantes, conclui-se que a existência humana, em qualquer fase, é bem jurídico de suma importância, cuja violação representa grave desvio de conduta, sendo inconstitucional e ilegal qualquer tentativa de ampliação das hipóteses de interrupção intencional da gestação já estabelecidas.

5.1 Do aborto de anencéfalos – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 (ADPF 54)

Nos dias 11 e 12 de abril de 2012, o STF, por maioria de votos, julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 (ADPF 54), admitindo o aborto de fetos anencéfalos. Dois ministros votaram pela improcedência do pedido: Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Em seus votos, os ministros ressaltaram que o anencéfalo é portador de vida e que essa há de ser protegida. Veja-se, como exemplo, trecho do voto do ministro Cezar Peluso:

O doente, de qualquer idade, em estado terminal, portador de enfermidade incurável, de cunho degenerativo, por exemplo, também sofre e, não escondendo a gravidade do quadro mórbido, causa sofrimento a familiares e amigos, mas não pode por isso ser executado, nem lhe é lícito sequer receber auxílio para dar cabo da própria vida, incorrendo, aquele que o auxilia, nas cominações da prática de eutanásia, punível nos termos do art. 122 do Código Penal (auxílio ao suicídio). Vislumbrar, pois, na ínfima possibilidade de sobrevivência, na sua baixa qualidade ou na efêmera duração pressuposta, argumento racional para ceifá-la por economia, impulso defensivo ou falsa piedade, é absolutamente insustentável à luz da ordem constitucional, que declara, sobreleva e garante valor supremo à vida humana.

[...]

A vida humana, imantada de dignidade intrínseca, anterior ao próprio ordenamento jurídico, não pode ser relativizada fora das específicas hipóteses legais, nem podem classificados seus portadores segundo uma escala cruel que defina, com base em critérios subjetivos e sempre arbitrários, quem tem, ou não, direito a ela. Havendo vida, e vida humana – atributo de que é dotado o feto ou o bebê anencéfalo –, está-se diante de valor jurídico fundante e inegociável, que não comporta, nessa estima, margem alguma para transigência. Cuida-se, como já afirmei, do valor mais importante do ordenamento jurídico².

O documentário *Eu, Vitória*, produzido pela Estação Luz Filmes (2013), mostra a história real de um bebê anencéfalo (Vitória) que viveu dois anos e meio fora do útero materno e ensinou o amor a seus pais. A mãe de Vitória, Joana, diz: “Comecei a perceber que o bebê não era só aquele exame, o bebê não era só aquele diagnóstico, aquela má-formação. O meu bebê era muito mais que aquilo. O exame não mostrava tudo o que aquele bebê representava para mim”.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54/DF, Tribunal Pleno, rel. min. Marco Aurélio, divulg. 29 abr. 2013, public. 30 abr. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 20 fev. 2014.

Mais adiante, Joana afirma: “Desde que ela nasceu, ela começou a me mostrar que eu não precisava ter medo de amá-la”. O pai da criança acrescenta: “Viver com a Vitória é entender que cada segundo é importante na vida”.

Logo, a decisão do STF, ao ampliar as hipóteses de aborto legal, além de desrespeitar a independência dos poderes, afronta a Constituição Federal, que, por meio de cláusula pétrea, defende a vida, viola o Código Penal e, principalmente, viola o direito à existência, inerente a todo ser humano em qualquer fase de desenvolvimento em que esteja. Para Martins et al. (2008, p. 112): “[...] o que se pretende, de rigor, com a tese da anencefalia, é abrir o campo para o aborto generalizado, numa tentativa de burlar a Constituição e os Tratados fundamentais sobre direitos humanos, de que o Brasil é signatário”.

6 Aspectos éticos e filosóficos do direito à vida

Tratar os aspectos éticos e filosóficos do direito à vida é adentrar no pensamento dos mais diversos filósofos que trouxeram reflexões principalmente sobre: finalidade da vida, felicidade, igualdade, justiça, poder e o papel do Direito. Qual o sentido da vida? Como alcançar a felicidade? O que é justiça? De que forma viver numa sociedade justa e igualitária? O que é poder? Como o poder pode ser conquistado legitimamente, sem violência? Quais os limites da liberdade? Qual o papel do Direito? Essas são algumas questões que há séculos norteiam o pensamento humano. Todos querem ser felizes. Mas será possível conciliar felicidade individual e coletiva, justiça e liberdade?

Esta seção apresentará breves reflexões sobre o pensamento de Sócrates, Aristóteles, Immanuel Kant e Hannah Arendt, com o fim de trazer luz ao debate sobre o direito à vida, a partir dos estudos de Bittar e Almeida, na obra *Curso de Filosofia do Direito* (2010).

De acordo com Bittar e Almeida (2010, p. 99-104), Sócrates defendia que só por meio do conhecimento o homem pode agir eticamente e, com isso, alcançar a felicidade. Logo, o caminho para a felicidade passava pelo conhecimento e pelo agir ético, e a

ignorância é que leva à prática do mal. Também defendia o respeito às leis, as quais, embora pudessem ser injustas, deviam ser obedecidas por respeito à coletividade. Nesse sentido, exemplificou com a própria vida seus ensinamentos, ao se submeter à morte, após um julgamento injusto. Assim:

[...] Sócrates vislumbra nas leis um conjunto de preceitos de obediência incontornável, não obstante possam estas serem justas ou injustas. O direito, pois, aparece como um instrumento humano de coesão social, que visa à realização do Bem Comum, consistente no desenvolvimento integral de todas as potencialidades humanas, alcançável por meio do cultivo das virtudes [...] (BITTAR; ALMEIDA, 2010, p. 104).

Para Bittar e Almeida, Aristóteles distingue entre ser um homem bom e justo e ser um bom cidadão, ressaltando que o primeiro pratica atos justos voluntariamente:

[...] a justiça não se realiza sem a plena aderência da vontade do praticante do ato justo e sua conduta. Aquele que pratica atos justos não necessariamente é um “homem justo”; pode ser um “bom cidadão”, porém não será jamais um “homem justo” ou um “homem bom” *de per se*. O “bom cidadão”, desaparecida a sociedade, nada carregaria consigo se não a consciência livre de ter cumprido seu dever social. O “homem bom” é, ao contrário, por si mesmo, independentemente da sociedade, completo em sua interioridade; a justiça lhe é uma virtude vivida, reiterada e repisada por meio da ação voluntária (BITTAR; ALMEIDA, 2010, p. 158-159).

Por fim, os autores assim descrevem o sentido da justiça para Aristóteles:

[...] A justiça total destaca-se como sendo a virtude (total) de observância da lei. A justiça total vem complementada pela noção de justiça particular, corretiva, presidida pela noção de igualdade aritmética (comutativa, nas relações voluntárias; reparativa, nas relações involuntárias) ou distributiva, presidida pela noção de igualdade geométrica. A justiça também será exercida nas relações domésticas (justo para com a mulher; justo para com os filhos; justo para com os escravos) ou políticas (legal ou natural). Cumpre ao juiz debruçar-se na equa-

nimização de diferenças surgidas na desigualdade; é ele quem representa a justiça personificada [...] (BITTAR; ALMEIDA, 2010, p. 159).

Por sua vez, de acordo com Bittar e Almeida (2010, p. 323-326), Immanuel Kant traz a ideia do imperativo categórico – lei inerente à racionalidade universal humana –, que leva o homem a agir de acordo com o dever pelo dever em si, isto é, voluntariamente. Esse agir ético voluntário é o que conduz à felicidade. Nas palavras de Bittar e Almeida (2010, p. 326): “A ética, por consequência, é um compromisso de seguir o próprio preceito ético fundamental, e pelo só fato de segui-lo em si e por si [...]”. Ainda:

O homem que age moralmente deverá fazê-lo não porque visa à realização de qualquer outro algo (alcançar o prazer, realizar-se na felicidade, auxiliar a outrem...), mas pelo simples fato de colocar-se de acordo com a máxima do imperativo categórico. O agir livre é o agir moral; o agir moral é o agir de acordo com o dever; o agir de acordo com o dever é fazer de sua lei subjetiva um princípio de legislação universal, a ser inscrita em toda a natureza. Daí decorre que o sumo bem só pode ser algo que independa completamente de qualquer desejo exterior a si, de modo que consistirá no máximo cumprimento do dever pelo dever, do qual decorre a suma beatitude e a suma felicidade, como simples mérito de estar conforme ao dever e pelo dever (BITTAR; ALMEIDA, 2010, p. 326).

Todavia, Bittar e Almeida (2010, p. 327-329) explicam que a observância do imperativo categórico não implica na redução da liberdade e autonomia da vontade, pois a liberdade consiste na escolha voluntária de agir eticamente.

Na filosofia moral kantiana, a vontade aparece como absolutamente autônoma, liberta de qualquer heteronomia que só poderia conspurcar a pureza primitiva em que se concebe constituída a vontade. E a suprema liberdade da vontade residirá, no contexto da filosofia kantiana, exatamente em estar vinculado ao dever, ao imperativo categórico.

[...]

Nessa cadeia de implicações extrai-se que o ser kantianamente ético significa agir conforme ao dever, inclusive em detrimento dos próprios desejos.

[...]

Nesse caso, se estará diante de uma vontade que se quer a si mesma, na intenção de ser somente o dever e de constituir-se autonomamente e independentemente de qualquer carência interna (felicidade, afetuosidade, realização...) ou externa (dinheiro, reconhecimento, poder, prazer...). Essa vontade, dentro desse esquematismo, é senhora de si e não quer nada mais que si mesma, no afã de ser integralmente o que o imperativo diz ser necessário e imperioso (BITTAR; ALMEIDA, 2010, p. 328-329).

Bittar e Almeida (2010, p. 331-333) acrescentam que Kant distingue moral e direito, e ressalta que o indivíduo que age moralmente é aquele que cumpre o dever pelo dever em si, ao passo que aquele que obedece à lei pode observá-la por outro motivo que não necessariamente a consciência ética. De igual forma, o direito pode decorrer apenas da vontade do legislador ou do imperativo categórico.

Em relação a Hannah Arendt, filósofa judia nascida na Alemanha, em 1906, Bittar e Almeida (2010, p. 429-432) relatam que ela apresentou um discurso sobre a construção do poder, sem violência e opressão, no qual o poder deve ser conquistado pelo consenso e pelo respeito à diversidade. E acrescentam (2010, p. 432): “Defende-se a ideia de que, no decorrer do século XX, a personagem que exerceu, de forma prática, a teoria sobre o poder, de Hannah Arendt, foi Mahatma Gandhi [...]”. Ainda:

Ao eleger a *ahimsa* (não violência) como princípio de ação, Gandhi opta, sem a menor sombra de dúvida, por uma ética de princípios, já que a conquista do resultado, por mais importante que seja, não justifica, em hipótese alguma, a violação da integridade psicofísica do ser humano (BITTAR; ALMEIDA, 2010, p. 435).

Logo, depreende-se que Arendt apresenta uma nova forma de pensar a política quando propõe a discussão sobre o poder como um resultado do consenso e do diálogo, por meio da construção de um espaço de ação que respeite a diversidade.

De outro vértice, Bittar e Almeida (2010, p. 437) expõem que a concepção de liberdade em Hannah Arendt está associada com

o próprio agir, isto é, os homens são livres enquanto estão agindo. Observe-se:

Assim, a concepção de poder arendtiana tem como elemento essencial a não violência; essa definição ajusta-se à ideia de liberdade enquanto campo do exercício da ação. A liberdade, entendida dessa forma, não é funcional, ou seja, seu exercício não pressupõe determinado fim. Como na *satyagraha* de Gandhi, sua prática é uma tentativa de busca da verdade, a qual não está predeterminada, mas surge, paulatinamente, durante a prática. O mesmo ocorre com a liberdade “arendtiana”; ela é um meio para tornar a ação efetiva, daí podendo resultar diversas consequências. Essa concepção difere, radicalmente, da ideia de soberania, que tem um fim explícito em sua conceituação, qual seja: a decisão em última instância.

Por fim, de acordo com Bittar e Almeida (2010, p. 440), o pensamento de Arendt, ao dissertar sobre a Declaração Universal de Direitos Humanos, é:

A condição essencial para o reconhecimento de um ser humano como sujeito de direito, no sistema DIDH, deixa de ser seu vínculo jurídico com determinado Estado ou seu *status* jurídico de cidadão e passa a ser sua existência como ser humano. O simples fato da existência vincula o homem, a mulher e a criança à ordem jurídica internacional. Essa é a “novidade” do Direito Internacional dos Direitos Humanos: o ser humano passa a ser sujeito de direito na ordem internacional.

Do exposto, é possível notar alguns pontos em comum no pensamento dos quatro filósofos abordados.

Para Sócrates, Aristóteles e Kant, a felicidade é o resultado do agir ético. Tal agir ético é obtido, em Sócrates, por meio do conhecimento e da observância das leis; em Aristóteles, fala-se sobre a prática de atos justos, sendo aquele que os pratica voluntariamente, por meio da observância da lei, um homem justo. Em Kant, tal agir ético identifica-se com a observância do dever voluntariamente, por meio do imperativo categórico. Arendt acrescenta que a ação humana deve ser participativa, consensual, não violenta e não coercitiva.

Com relação à liberdade, Kant e Hannah Arendt defendem a sua limitação. O primeiro, na medida em que a felicidade decorre

do agir ético, o qual pressupõe o sacrifício dos próprios desejos, e a segunda, na medida em que a liberdade se identifica com o próprio agir, que, por sua vez, deve respeitar a diversidade e o ser pacífico.

Ora, vive-se, atualmente, numa sociedade hedonista, em que se confundem felicidade e prazer, colocando-se na busca deste último a finalidade existencial. Por isso, os meios de comunicação estimulam a ação egoísta, em que o contentamento de um significa o não contentamento de outro e em que todos os meios são válidos para se alcançar o fim almejado: o prazer.

Contudo, como visto, a felicidade não é prazer. Este é efêmero, enquanto a felicidade é o estado de ser daquele que age eticamente, pois ao agir eticamente de forma voluntária, atinge-se um estado de consciência naturalmente feliz. Esse agir ético pressupõe o respeito à diversidade, a não violência, a prática da justiça, a observância das leis e, sobretudo, o respeito ao ser humano.

No caso da gravidez indesejada, estando em conflito dois valores fundamentais – vida e liberdade –, o direito à vida deve prevalecer sobre a liberdade, haja vista o dever de agir eticamente, o imperativo categórico de Kant e a não violência de Arendt para alcançar a felicidade.

É justo buscar a felicidade com a morte de outro ser? E, acaso justo, a felicidade seria realmente alcançada com a morte de outrem? O que se julga ser bem-aventurança não seria apenas o prazer, efêmero, de ver-se livre de um problema momentaneamente e, assim, poder estudar, trabalhar, ter outros relacionamentos, buscar sucesso profissional etc.? Não seria esse um pensamento egoísta de alguém que aceita utilizar-se de todos os meios para atingir a “felicidade”? A felicidade deve, sim, ser buscada, como o prazer, mas não por quaisquer meios.

Nesse ponto, entram a ética e a ideia de que a liberdade de um não pode impedir a liberdade de outro. Logo, o livre-arbítrio da mulher para interromper a gravidez não pode sobrepor-se à liberdade e ao direito que o conceito também tem de nascer.

Assim, a liberdade não pode ser compreendida como o direito de fazer tudo o que se queira, independentemente dos resultados, pois, a partir do momento em que há sociedade, os direitos dos demais grupos sociais – no caso em tela, do nascituro – também devem ser respeitados.

7 Conclusões

É a pessoa humana o fundamento do Estado Democrático de Direito, o fim para o qual se dirigem todas as ações do Estado. Assim, todas as decisões e ações nas três esferas do Poder – Executivo, Judiciário e Legislativo – têm por finalidade o ser humano e a construção da paz e justiça social.

Nessa senda, o papel do Direito mostra-se essencial para a construção da paz e da justiça. Com isso, os direitos de fraternidade – direitos difusos, atinentes à sociedade como um todo – parecem querer recuperar os valores de equidade e paz outrora esquecidos.

A sociedade atual, marcada por grandes e crescentes avanços tecnológicos e científicos, é marcada também pela inversão de valores, representada no estímulo ao consumismo, à competitividade no plano individual e coletivo, à busca desenfreada pelo prazer, pelo egoísmo, pelo sexo sem limites, pelo aumento do consumo de drogas, da criminalidade, dos casos de depressão e suicídio etc. Pergunta-se: é essa a sociedade almejada, rica em avanços tecnocientíficos mas com indivíduos infelizes, pobres de valores morais?

Eis que aí se encontra a questão fundamental do direito à vida do nascituro.

Como respeitar a vida de quem está por nascer se o indivíduo não é capaz de respeitar a si mesmo ao, por exemplo, aviltar seu corpo, na busca pelo prazer com as drogas e com o sexo irresponsável? Como respeitar o nascituro, se o indivíduo não é capaz de respeitar outro ser humano adulto, igual a ele, quando, para conseguir uma posição profissional melhor, engana, mente e rouba?

Claro está que a inversão de valores na sociedade moderna é o motivo pelo qual se envidam esforços para legalizar o aborto,

quando, em realidade, se deveria lutar pela vida, pela dignidade do ser, dentro ou fora do útero. Nesse sentido:

Se a vida começa no momento preciso da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, como já está comprovado pela ciência genética, medicina e biologia, e se desde a concepção a qualquer médico é possível seguir e observar o maravilhoso desenvolvimento da vida humana, podendo perceber que o feto é um ser humano, com todos os seus caracteres, terão de ser-lhe outorgados todos os privilégios e direitos, respeitando-se-lhe sobretudo a vida, que deve ser inviolável e respeitada por todos. Então, em vez de lutar para conseguir leis que rompam com a norma antiabortiva, por que não batalhar em prol da vida? (DINIZ, 2014, p. 56).

Paralelamente aos avanços tecnocientíficos, encontram-se as discussões éticas sobre os limites da ciência. É preciso impor limites ao uso da ciência e da tecnologia quando ameaçarem a vida e a dignidade da pessoa humana. Além disso, é preciso educar o ser despertando-lhe o instinto moral, que lhe é natural, a fim de que o próprio indivíduo saiba distinguir o bem do mal, o justo do injusto.

Portanto, algumas medidas podem e devem ser adotadas para estimular o respeito à vida, entre as quais sugerem-se: fortalecimento da instituição familiar, introdução do ensino de bioética nas escolas e de biodireito nos cursos jurídicos, criação de leis e de instituições fortalecedoras do planejamento familiar, instituição de educação sexual nas escolas, aumento na distribuição de preservativos, prestação de informações quanto às consequências físicas e psicológicas do aborto, preparação na rede pública e privada para a paternidade e maternidade responsável, incentivo à adoção, assistência do Estado para as famílias com crianças deficientes etc.

Por fim, vê-se que é premente a humanização do Direito, para que o seu operador, em lugar de simplesmente aplicar a letra fria da lei, pense o Direito como instrumento de promoção da paz social, da felicidade, do respeito mútuo, no qual a lei não é o fim mas, sim, o ser humano, nascido ou por nascer.

Que o operador do Direito respeite o direito inviolável à vida e tenha consciência, no dizer de Eduardo Couture (1999), em *Os*

Mandamentos do Advogado, de que seu dever é lutar pelo direito, mas no dia em que encontrar o direito em conflito com a justiça, que lute pela justiça e assim seja capaz de promover o bem.

Referências

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário acadêmico de direito*. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 8. ed. rev. e aum. São Paulo: Atlas, 2010.

COUTURE, Eduardo. *Os mandamentos do advogado*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

EU, VITÓRIA. Direção de Glauber Filho. Produção de Lucas Onofre. Fortaleza: Estação Luz Filmes, 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ndaA4xdScQo>>. Acesso em: 6 jul. 2014.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 7. ed. Curitiba: Positivo, 2008.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *A questão do aborto: aspectos jurídicos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N. *Embriologia clínica*. Tradução da 8. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. rev. e atual. até a EC n. 67/2010 e Súmula Vinculante. São Paulo: Atlas, 2011a.

———. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011b.

SADLER, Thomas W. *Embriologia médica*. 12. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2013.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006.

Direitos fundamentais à verdade e à memória na transição brasileira: o papel da Comissão Nacional da Verdade

Rafael da Silva Alvim

Assessor-Chefe na Procuradoria Geral da República. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

Resumo: O presente artigo se propõe a investigar e a apresentar, em breves linhas e à luz de uma prévia leitura axiológica dos direitos à memória e à verdade, um histórico das transformações institucionais e normativas concebidas no Estado brasileiro a partir do exame do conjunto de medidas de transição levadas a efeito desde o retorno ao regime democrático, ocorrido em 1985 e consolidado com a Constituição de 1988. Dentro do conjunto de medidas destinadas a tornar efetiva a transição para o regime democrático no Brasil, buscar-se-á examinar, em particular, o papel da Comissão Nacional da Verdade (CNV), instituída pela Lei Federal n. 12.528/2011, neste cenário de reformas e abertura de caminhos para uma robusta democracia. Proceder-se-á a uma análise da gênese, dos contornos, dos objetivos e dos resultados alcançados pela CNV, para que se verifique o seu alinhamento aos preceitos da justiça de transição e, além do mais, para que se examine a contribuição e a importância de uma Comissão da Verdade no caminho rumo à conclusão da transição no Brasil.

Palavras-chave: Memória. Transição. Comissão Nacional da Verdade.

Abstract: This paper aims to investigate and to present, in short lines, and under a previous axiological reading of the rights to memory and truth, a historic of the institutional and normative transformations conceived in Brazil from the exam of the set of transitional measures carried out since the return to the democratic regime occurred in 1985 and consolidated with the Constitution of 1988. Among the set of measures destined to make transitional

justice in Brazil effective, this article will examine, particularly, the role of the National Truth Commission, instituted by Federal Law 12.528/2011, in this scenario of reforms and opening of paths for a strong democracy. In this sense, there will be an analysis of the genesis, the outlines, the objectives and the results reached by the CNV, so that its alignment with the precepts of transitional justice can be verified and, furthermore, the contribution and the relevance of a Truth Commission in the path towards the conclusion of the transition in Brazil can be examined.

Keywords: Memory. Transition. National Truth Commission.

Sumário: 1 Introdução. 2 Os direitos à memória e à verdade. 3 Justiça de transição: contornos teóricos. 4 Panorama do processo de transição no Brasil de 1985 a 2015. 5 A Comissão Nacional da Verdade (CNV): Lei Federal n. 12.528/2011. 5.1 Características e objetivos. 5.2 Resultados. 6 Conclusões.

1 Introdução

O legado de graves violações de direitos humanos deixado por governos autoritários, marcados pela falta de comprometimento com o respeito e com a promoção de direitos fundamentais reconhecidos há muito pelo Estado em favor do homem, enseja das democracias que exsurtem uma resposta apta a prover reparação às vítimas dos abusos, bem como a prevenir uma nova ocorrência dessas violações cometidas em períodos obscuros de sua história recente.

A adoção dos mecanismos próprios da justiça de transição reflete o compromisso de governos democráticos com o esclarecimento do passado e com o repúdio à impunidade dos agentes que, sob o manto de um direito imposto pela força, perpetraram hediondas violações aos direitos humanos, vitimando centenas – ou, em alguns casos, milhares – de pessoas durante regimes autoritários.

Neste cenário, a busca e a revelação da verdade sobre os fatos ocorridos durante regimes de exceção são realizadas, entre outros meios, por intermédio do trabalho desempenhado pelas comissões da verdade, objetos do presente estudo, como relevantes instru-

mentos de investigação e esclarecimento acerca de graves violações de direitos humanos cometidas no passado.

O presente artigo, tendo por finalidade precípua investigar o contributo da Comissão Nacional da Verdade (CNV) para a efetivação da transição democrática no Brasil, propor-se-á, adiante, a uma investigação das características que aqui assumiu esta Comissão (aí incluídos, além de seu histórico, os seus contornos, finalidades e resultados), com os imprescindíveis aportes da Lei n. 12.528/2011 e do Relatório Final da CNV, trazido a público por força de disposição legal, na data de 16 de dezembro de 2014.

2 Os direitos à memória e à verdade

Os Estados, na condução de processos de retorno a regimes democráticos em observância aos ditames da justiça de transição, dotados da árdua tarefa de dissipar as escuras nuvens deixadas pelos governos autoritários sobre as práticas envolvendo graves violações de direitos humanos, veem-se imbuídos do dever de empregar efetividade aos direitos à verdade e à memória (WOJCIECHOWSKI, 2013, p. 35) como forma de prover uma reparação adequada às vítimas e a seus familiares, bem como à sociedade como um todo. Como lecionam Sampaio e Lemos (2014, p. 207),

Elemento essencial da justiça de transição, o direito à memória e à verdade é tratado por cientistas políticos como um dos eixos centrais na transformação democrática de sociedades que abandonaram regimes ditatoriais. Com a pretensão de permitir a realização da justiça histórica [...], mencionado direito impõe a satisfação de diversas obrigações pelo Estado, que deve possibilitar aos indivíduos não só o conhecimento do maior número possível de documentos que retratem os fatos passados, como também permitir a atribuição de responsabilidade pelas violações aos direitos humanos praticadas pelo Estado durante um período autoritário.

Os direitos à memória e à verdade histórica encontram-se em relação simbiótica, não havendo cogitar-se de um adequado gozo do direito à memória sem que esta esteja impregnada da verdade

coligida dos documentos que relatem os fatos ocorridos no regime antecedente. Não sendo assim, resta comprometida – mais do que a definição dos rumos da sociedade – a conformação de uma identidade nacional. A estreita relação entre memória e verdade é explanada, com agudeza, por Torres e Moura (2014, p. 176):

A partir da busca da Verdade, portanto, revela-se o histórico do período e é possível construir a Memória daquele povo. De fato, de posse da Verdade é possível impedir que os acontecimentos atrozos que marcaram a sociedade sejam anulados da Memória nacional, e a busca pela verdade pode ser dita uma efetivação do Direito à Memória ou direito à Verdade. Em resumo, a Verdade permite a construção da Memória de determinada sociedade.

Outro grande matiz dos direitos à memória e à verdade histórica, mais do que a indispensável contribuição para a formação da memória nacional acerca de um passado de arbitrariedades e atozos violações de direitos humanos, reside no conhecimento e na conscientização sobre os hediondos erros anteriormente cometidos, com vistas à prevenção contra novas ocorrências no futuro e, em suma, à consolidação da democracia (SOARES; BASTOS, 2012, p. 56).

O resgate da realidade dos fatos ocorridos no passado, por mais graves que sejam, conduz vítimas e sociedade, como um todo, ao fim da sensação de ruptura causada pelo hiato histórico que a ocultação da verdade é capaz de manter. Mostra-se imprescindível, portanto, a constituição de comissões da verdade no bojo de processos transicionais em sociedades pós graves violações de direitos humanos, uma vez que a reconstituição da memória, fundada na verdade, é o meio pelo qual se pode reconquistar o sentimento de justiça, já que ela fornece o elo de continuidade e de coerência de uma pessoa ou de um grupo.

No caso brasileiro, em particular, pode-se perceber uma acentuada lentidão no que tange à promoção da verdade e da memória, consubstanciada na adoção de medidas institucionais destinadas a obter o esclarecimento dos fatos ocorridos durante a ditadura militar, haja vista as peculiaridades que marcaram a transição do regime autoritário para o democrático e que serão analisadas com

maior vagar adiante. Como observa Wojciechowski (2013, p. 151-152), o processo de abertura do regime militar “foi completamente arquitetado, manipulado e manejado pelos militares, de modo a garantir a transição pacífica para o regime democrático”.

Assim, as medidas legais e institucionais levadas a efeito para garantir a impunidade dos gestores do governo militar, mesmo após mais de trinta anos do fim da ditadura, encontram reflexo na falta de respostas às perguntas feitas envolvendo os fatos que marcaram o período, especialmente no que toca às acusações de graves violações de direitos humanos. Ainda segundo o diagnóstico de Wojciechowski (2013, p. 152),

[...] o arraigamento deste “continuismo autoritário” no país refletiu a inércia na adoção dos mecanismos de justiça transicional, não só por parte do governo pós-autoritário, mas dos governos democráticos que sucederam. Em razão disso, as escassas medidas implementadas até o momento, em grande parte, devem-se a iniciativas de setores da sociedade civil.

Como se pode verificar, o Estado brasileiro ainda não se mostrou totalmente capaz de prestar os devidos esclarecimentos, não só às famílias de indivíduos mortos e perseguidos pelo regime militar como também à própria sociedade, o que impede de se falar na consolidação plena de uma memória nacional. Vannuchi e Barbosa (2009, p. 59), em trabalho sobre o tema, identificam importante entrave à efetivação desses direitos:

No Brasil, [...] passadas mais de duas décadas do término do regime militar, ainda não se restaurou por inteiro a verdade. Por exemplo, ainda não foram totalmente disponibilizados à população os arquivos da ditadura, a despeito dos esforços empreendidos pela Secretaria Especial e pela Comissão. Ainda não se mostrou, em sua integralidade, o que realmente se passou no período ditatorial. Resistências em abrir os arquivos da ditadura ainda subsistem em importantes segmentos do Estado [...].

Em que pesem as amarras que ainda prejudicam a ação da justiça de transição no Brasil, onde se tem verificado, desde o retorno ao regime democrático, o recurso a meios precipuamente inden-

zatórios (FECHER, 2014, p. 220) como resposta ao legado de violações cometidas pelo governo ditatorial, hão de ser reconhecidas as iniciativas do Estado em prol do esclarecimento dos fatos ocorridos no pretérito, a serem examinadas com maior cuidado à frente.

Nesse sentido, as propostas formuladas no bojo do Terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) assumem papel de proeminência para a promoção dos direitos à verdade e à memória. Por oportuno, colaciona-se a seguir trecho do programa em que se encontram as justificativas para as medidas governamentais relativas à afirmação desses direitos:

A história que não é transmitida de geração a geração torna-se esquecida e silenciada. O silêncio e o esquecimento das barbáries geram graves lacunas na experiência coletiva de construção da identidade nacional. Resgatando a memória e a verdade, o País adquire consciência superior sobre sua própria identidade, a democracia se fortalece. As tentações totalitárias são neutralizadas e crescem as possibilidades de erradicação definitiva de alguns resquícios daquele período sombrio, como a tortura, por exemplo, ainda persistente no cotidiano brasileiro (BRASIL, 2010, p. 170).

Assentadas as premissas teóricas básicas a respeito da conformação dogmática dos direitos à verdade e à memória, elementos basilares do desenvolvimento da justiça transicional, passar-se-á a analisar o fenômeno da justiça de transição, com a apresentação dos contornos dogmáticos mais comumente identificados na literatura nacional e estrangeira acerca do tema.

3 Justiça de transição: contornos teóricos

A necessidade de se promover, com justiça, alterações institucionais, políticas e sociais num contexto de mudança de regimes – de um regime de exceção, marcado pela falta de representatividade e legitimidade democrática, para um governo em que se assegurem as liberdades e garantias individuais, pautado pelo Estado de Direito – remonta à antiguidade clássica. Em diversos períodos da história, governos autoritários e repressivos sucumbiram, cedendo espaço à restauração das democracias (WOJCIECHOWSKI, 2014, p. 351).

O estudo moderno da justiça de transição, consubstanciada neste conjunto de alterações estruturais em um dado território à luz do direito, com vistas, entre outros objetivos, à manutenção da paz, à reparação das vítimas do regime antecedente, e a evitar que o mesmo episódio torne a ocorrer, iniciou-se ao final da primeira metade do século XX, no pós Segunda Guerra Mundial, quando do julgamento dos bárbaros crimes cometidos durante o regime nazista na Alemanha, acompanhado de programas de desnazificação e da elaboração de leis voltadas à reparação de vítimas do regime.

A justiça de transição, a partir de então, assumiu características diversas, conforme as várias oportunidades em que ganhou aplicabilidade – tendo, por isso, na análise de Teitel (2003, p. 70), apresentado, até o momento, três fases distintas, cada uma configurada a partir dos contextos políticos e sociais em constante mutação ao redor do globo – isto é, de acordo com imperativos de otimismo (relacionado aos acelerados processos de democratização ao final da década de oitenta) ou de pessimismo (marcado, por exemplo, pela multiplicação de conflitos referentes à limpeza étnica, como ocorrido em Ruanda e em Srebrenica):

[...] a justiça transicional torna-se entendida como extraordinária e internacional no período pós-guerra após 1945. A Guerra Fria acaba com o internacionalismo desta primeira [...] fase da justiça de transição. A segunda fase, ou pós Guerra Fria, está associada com a onda de transições democráticas e de modernização que começou em 1989. Em direção ao final do século XX, a política global foi caracterizada por uma aceleração na resolução de conflitos e por um discurso persistente sobre a justiça através da lei e da sociedade. A terceira fase, ou de Estado estável, da justiça de transição, é associada às condições contemporâneas de conflito persistente que ensejam a criação de uma legislação normalizada sobre a violência.

A justiça de transição teve, em diversos países da América Latina, campo fértil à sua aplicabilidade, já que a região, no contexto da bipolarização criada pela Guerra Fria na segunda metade do século XX, foi marcada por governos autoritários comandados por juntas militares, cujo objetivo principal era extirpar a chamada

ameaça comunista, mantendo o alinhamento com o bloco ocidental pautado pelo modelo de livre mercado.

Desse modo, a partir da década de oitenta, como visto, o campo da justiça de transição tem recebido incrementos importantes (VAN ZYL, 2011, p. 47-48), sobretudo em razão da ampliação das operações da Organização das Nações Unidas e do reconhecimento da relação entre direitos humanos, desenvolvimento e pacificação. Os Estados vêm, desde então, adotando diversos mecanismos da justiça de transição para buscar a efetivação dos direitos da sociedade e das vítimas, punir os agentes do Estado que praticaram graves violações de direitos humanos, esclarecer os fatos ocorridos no passado e prevenir-se contra o retorno ao modelo de Estado autoritário. Esta é a análise empreendida por Sikkink e Walling (2007, p. 427), *in verbis*:

Mesmo após os regimes autoritários terem transitado em direção à democracia, os arquitetos das atrocidades comandadas pelo Estado tipicamente não enfrentaram processos judiciais por seus crimes. Em vez disso, para o bem da estabilidade ou da reconciliação, os líderes das transições preferiram oferecer anistias aos violadores de direitos humanos de regimes passados. Desde os anos 1980, contudo, os Estados estão cada vez mais utilizando diversos mecanismos da justiça de transição, incluindo julgamentos, comissões da verdade, reparações [...], museus e outros “lugares de memória”, arquivos e projetos de história oral, para dirigirem-se às violações passadas de direitos humanos.

Na linha do que foi elucidado pelas autoras acima referidas, pode-se verificar que a justiça de transição é um grande projeto de refundação constitucional de um Estado saído do obscurantismo autoritário, representado por um conjunto de mecanismos e métodos de construção da paz social (VAN ZYL, 2011, p. 47), caracterizados pela aplicabilidade restrita a períodos posteriores a conflitos envolvendo graves violações de direitos humanos.

Por intermédio desses mecanismos, objetiva-se atribuir reparações (pecuniárias ou não) às vítimas sobreviventes e aos familiares de mortos ou desaparecidos; investigar, processar e julgar os agentes do Estado responsáveis por aquelas violações; revelar a ver-

dade sobre os acontecimentos que marcaram o período autoritário (por meio das comissões da verdade); reformar as instituições identificadas com o abuso a direitos humanos; adotar outras medidas de cunho simbólico para marcar o respeito às vítimas do regime antecedente e o repúdio às práticas então adotadas; e, por derradeiro, promover a construção de uma identidade nacional e alcançar a reconciliação. Todos esses objetivos se destinam, em suma, à reconstrução ética e moral da sociedade traumatizada (SAMPAIO; LEMOS, 2014, p. 204).

Sendo a justiça de transição o conjunto desses mecanismos, os quais devem ser adotados conforme a realidade e a necessidade de cada país (MEZAROBBA, 2009, p. 41), haverá, portanto, objetivos diversos, verificados a partir dos “modelos de transição” expostos por Leão (2013, p. 83):

A justiça transicional pode ter distintas finalidades: compensar as vítimas da atuação arbitrária e violenta do Estado, pacificar a sociedade ou evitar que a experiência do passado se repita. A cada uma destas finalidades se pode associar um modelo. A satisfação das vítimas pressupõe a responsabilização dos agressores (modelo da punição). A pacificação da sociedade implica tomar medidas como a anistia, admitindo a ideia de que o perdão facilita a reconciliação (modelo da anistia). E, por último, a prevenção contra a repetição dos fatos inclui o esclarecimento da verdade e a preservação da memória (modelo da verdade). [Tradução livre do autor].

Resta claro, desta forma, que a escolha dos instrumentos postos à disposição dos Estados que atravessam períodos transicionais é feita levando-se em conta, entre outros fatores históricos e políticos, as peculiaridades do regime antecedente e as aspirações dos novos atores políticos e sociais (BRITO, 2010, p. 66). Assim, pode-se verificar, com base em experiências históricas recentes, que mudanças de regime empreendidas por meio de ruptura abrem um campo mais fértil à atuação dos mecanismos transicionais, enquanto aquelas pactuadas, em geral, restringem as possibilidades de promover a transição em sua integralidade. O caso da transição brasileira, como se sabe, centrou-se no “modelo da anistia”, justificando-se no perdão e na reconciliação nacional, para

os quais o esquecimento dos abusos do passado mostrava-se um requisito necessário.

Deve-se recordar que a todas essas medidas a serem adotadas pelos governos “recém-democráticos” correspondem direitos das vítimas, de forma particular, e da sociedade, de forma geral, quais sejam: o direito à justiça, o direito à verdade, o direito à compensação e o direito à existência de instituições reorganizadas, nas quais não mais haja pessoas ligadas ao antigo regime de governo. São estes, no dizer de Fachin (2014, p. 149), os *core terms* da justiça de transição.

Outro traço marcante das transições reside em que, em geral, durante o seu transcurso, as regras e procedimentos encontram-se nas mãos dos governantes autoritários, “os quais conservam um poder discricionário maior ou menor sobre o ordenamento jurídico e conseqüentemente sobre os direitos, consoante o caso ou a etapa em que se encontra a transição” (BORGES, 2012, p. 23).

Contudo, modernamente, já não é mais possível falar-se em retorno a modelos de governo democrático sem que o Estado esteja compelido a adotar mecanismos da justiça de transição, mesmo porque, nesta sua “terceira fase”, em que se vivencia um novo paradigma de Estado de Direito, ela emerge como uma reflexão primordial para a comunidade internacional. Como aduzem Sampaio e Lemos (2014, p. 208), em Estados saídos do autoritarismo, “torna-se obrigação pública a discussão dos (mal)ditos e das inverdades, da versão oficial do que aconteceu e, principalmente, do que se disse que não sucedeu”.

Sobretudo com o crescente processo de afirmação dos direitos humanos na ordem internacional, não se pode retornar a um regime democrático sem a prestação de contas acerca dos erros pretéritos. Isto porque, de acordo com Batista, Boiteux e Hollanda (2010, p. 57), o enfrentamento do passado é “mecanismo essencial para se superar os conflitos e desafios, prevenir futuras vitimizações e alcançar a verdadeira reconciliação e o respeito aos direitos humanos”.

Não se cogite, a partir do exposto, que a justiça de transição, pelo fato de se prestar a esclarecer violações pretéritas e a prover

justiça e reparação aos indivíduos que viveram amargas e dolorosas experiências provocadas pelo “terror de Estado”¹, seja um conjunto de mecanismos voltado somente para o passado. Como é cediço, um dos grandes escopos da justiça de transição é a prevenção contra o retorno à forma autoritária de governo. Este objetivo se reveste de especial importância em países de transição tardia – tais como o Brasil, em cuja história as páginas infelizes escritas pela ditadura militar são, como no dizer de Francisco Buarque de Hollanda, “passagem desbotada na memória das nossas novas gerações”. Assim lecionam Oliveira e Gomes (2014, p. 9):

Mas não é apenas aos mortos que a justiça de transição fala, sendo esse um erro corriqueiro relativo ao tema. Se é tanto de memória quanto de projeto que se trata, a justiça de transição tem como uma outra dimensão seu olhar ao futuro, seu olhar para as gerações vindouras, para aquelas e aqueles que não estão presentes não por não estarem mais, mas por não estarem ainda. A elas e eles, a justiça não é feita em memória, mas em projeto, em projeto de um país mais livre e mais igualitário, em condições de assegurar que os eventos de um passado de barbárie não se repitam.

Por fim, ressalte-se que o fenômeno da justiça de transição, uma vez aplicado com vistas ao atingimento da plenitude do regime democrático, no qual haja um processo constante de aprimoramento das instituições com o objetivo de assegurar, sempre na maior medida possível, o amplo exercício das liberdades constitucionais e democráticas, não deve ser visto como um processo finito. Dessa forma, a justiça de transição “vai se adaptando às condições do momento e às mudanças que vão evoluindo ao longo do tempo” (BRITO, 2010, p. 71), para alcançar um modelo de democracia pensado como um “processo infindável de construção e como abertura

¹ De acordo com Bastos (2009, p. 171), o terror de Estado é “a organização sistemática e institucionalizada de um conjunto de instituições repressivas por meio de leis, prisões, execuções e julgamentos, que é utilizada como fórmula para criar um sentimento generalizado de angústia e atemorização nos indivíduos, a fim de que estes se mantenham consoante com os desígnios do governante e abstenham-se de questionamentos quanto às suas tomadas de decisões”.

infinita à pluralidade, uma transição que sempre já começou e que sempre nunca termina” (OLIVEIRA; GOMES, 2014, p. 10).

4 Panorama do processo de transição no Brasil de 1985 a 2015

Em breve análise do turbulento cenário político que se apresentava ao final da década de setenta, quando o governo capitaneado pelos militares já demonstrava sinais de desgaste – após passada a fase do *milagre econômico* brasileiro –, verificava-se a intensificação dos movimentos sociais desejosos pelo retorno das liberdades individuais e democráticas restringidas pelo regime autoritário, por meio dos quais se exigiam, igualmente, a volta dos exilados e a liberdade dos presos políticos.

Outrossim, mesmo com o agravamento crescente das pressões exercidas sobre os militares, o País ainda não acenava claramente para o retorno à democracia. Apenas após os *anos de chumbo*, inaugurados com a edição do Ato Institucional n. 5, prolongando-se até o término do governo do general Médici (isto é, de 1968 a 1974), destacou-se a política de opção pelo retorno ao governo democrático com uma abertura *lenta, gradual e segura* no governo Geisel.

Em 1979, já na gestão do general Figueiredo, sancionava-se a Lei n. 6.683/1979 (Lei de Anistia), que longe de promover a reconciliação nacional, suscita, até hoje, intensas discussões entre partidários e opositores da bilateralidade que tornou imunes à perseguição criminal tanto os membros da sociedade civil quanto os agentes públicos do regime. Elucida Leão (2013, p. 85), a propósito, que a opção pelo modelo de anistia, ao final da década de setenta, “não se deveu propriamente a uma opção, senão a uma necessidade política, já que as condições vigentes naquele momento não propiciavam nenhuma alternativa”. [Tradução livre do autor].

A redemocratização do Estado brasileiro, em meados da década de oitenta, foi marcada sobretudo pela pressão política exercida pelas marchas a favor das *Diretas Já* e pela propositura da Emenda Dante de Oliveira, que, apesar de não aprovada, buscava reinstaurar o direito a voto direto para presidente da República. No fim desse processo, a

eleição, mesmo que ainda indireta, de Tancredo Neves, por meio do voto de colégio eleitoral, parecia marcar a iminência de uma nítida ruptura com o governo militar instaurado em 1964. Contudo, sua doença e posterior óbito fizeram com que o vice, José Sarney, ex-líder da ARENA² no Congresso Nacional, assumisse a Presidência.

Essa reviravolta no cenário político, somada à necessidade de se debelar a crise econômica instaurada ainda durante o final do regime militar, revelou-se decisiva para a definição dos rumos da justiça de transição no Brasil pós ditadura militar. A necessidade de concentrar esforços na tentativa de solucionar problemas em outras dimensões da vida do País acabou “por deslocar para um plano inferior as necessárias medidas para confrontar o passado” (MOURA; ZILLI; GHIDALEVICH, 2009, p. 196).

Além disso, ocupavam papel central no plano político as discussões em torno da formação e instalação da Assembleia Nacional Constituinte, formada a partir da Emenda Constitucional n. 26, de 27 de novembro de 1985, encarregada de conduzir os trabalhos que, ao cabo, trouxeram a lume a atual “Constituição Cidadã” (na expressão do deputado Ulysses Guimarães), de 5 de outubro de 1988, responsável pela “reconstrução de instituições democráticas e [pela] formação de um sistema de direitos e garantias que possam proteger os cidadãos” (KOZICKI; LORENZETTO, 2014, p. 138). A promulgação da Constituição de 1988 ocasionou também, em certa medida, uma modificação nas pautas de reivindicações dos movimentos sociais, como elucida Abrão (2014, p. 397):

[...] especialmente após a aprovação da Constituição, as pautas tradicionais dos movimentos de direitos humanos, relacionados à luta por liberdade política, são substituídas pelos “movimentos sociais de novo tipo”, caracterizados mais por criticar déficits estruturais dos arranjos institucionais e menos por propor alternativas de natureza política global. [...]. A luta por justiça de transição no Brasil não

² A ARENA (Aliança Renovadora Nacional), partido político de viés eminentemente conservador fundado em abril de 1966, consubstanciava a representação parlamentar do regime militar no contexto do bipartidarismo instituído com o advento do Ato Institucional n. 2 (AI-2), de outubro de 1965.

constou da pauta desses novos movimentos sociais, ficando adstrita ao movimento dos familiares de mortos e desaparecidos políticos, sempre atuante e relevante, porém restrito a um pequeno número de famílias, e também ao movimento por reparação, capitaneado sobremaneira pelo movimento dos trabalhadores demitidos ou impedidos de trabalhar durante a ditadura em função do exercício de seu direito de associação ou de livre manifestação.

No período posterior à promulgação da CRFB/1988, poucos avanços se fizeram verificar em termos de efetivação dos direitos à memória, verdade e justiça. Toda essa conjuntura política, peculiar ao Estado brasileiro, muito contribuiu para a impunidade dos agentes do regime, bem como para a falta de esclarecimentos sobre os fatos do passado. Como se observa pela literatura, a transição negociada entre as classes políticas no poder, para o fim do regime militar e a transferência de poder para um presidente civil eleito indiretamente, “possibilitou um silenciamento institucional sobre os casos de tortura e desaparecimento político” (SILVA, 2014, p. 159).

Neste ponto, revela-se crucial tecer comentários sobre os efeitos da redemocratização *à brasileira*, feita de forma negociada, na conformação das atuais instituições democráticas. O arraigamento do autoritarismo vivenciado e reforçado durante o período militar marca a manutenção do silêncio e garante a impunidade dos agentes do regime pretérito. Essa impunidade, de acordo com Wojciechowski (2014, p. 366), “reflete sobre a sociedade brasileira, fragilizando a democracia e arraigando mazelas sociais, instrumentos de dominação social e, principalmente, a violência policial”. Corroborando tal posicionamento, Sikkink e Walling (2007, p. 62) observam ainda que, comparados os períodos anterior e posterior à redemocratização, há um declínio em práticas ligadas à preservação e à promoção dos direitos humanos no Brasil.

Assim, pode-se verificar, como o faz Vital Brasil (2011, p. 248), que a opção pelo silenciamento acerca dos fatos do passado foi uma “potente operação política que envolveu medidas de ordens variadas, jurídicas, de comunicação, educativas, que promoveram a invisibilidade da experiência brutal experimentada”. O delicado panorama político e social inerente à retomada do regime demo-

crático, na visão dos agentes de poder de então, não suportaria as consequências advindas da revelação dos crimes praticados pelo governo militar.

Dos governos José Sarney a Itamar Franco, pouco se avançou em termos de efetivação da justiça de transição no Brasil. Nesse ínterim, coube, sobretudo a organizações não governamentais institucionalmente vinculadas à promoção e à proteção dos direitos humanos, bem como aos familiares, a busca pela verdade sobre o paradeiro das vítimas do regime, além da reparação dos danos causados pelo Estado. Exemplo marcante verificado nesse período é a publicação do livro *Brasil: nunca mais*, resultado de trabalho realizado entre os anos de 1979 e 1985 pela Arquidiocese de São Paulo e pelo Conselho Mundial de Igrejas. Formado a partir da catalogação de dados constantes de processos políticos que tramitavam perante o Superior Tribunal Militar entre 1964 e 1979, a obra, representativa de um esforço para a descoberta da verdade acerca do antigo regime, foi também publicada fora do País, em virtude dos receios quanto ao risco de censura.

Apenas a partir do governo Fernando Henrique Cardoso (1995–2002) é que foram concebidas as primeiras medidas voltadas à reparação dos graves danos causados pelo Estado brasileiro durante o período de exceção. Do período datam dois importantes diplomas legislativos relacionados à justiça de transição: a Lei n. 9.140/1995 (Lei dos Desaparecidos) e a Lei n. 10.559/2002³, que regulamentou o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988. O trabalho das comissões instituídas por esses dois diplomas legislativos, como informado no Relatório Final da CNV,

3 A Lei n. 10.559/2002 regulamentou o regime de anistia política, estabelecendo a competência do Ministro de Estado da Justiça para a declaração do benefício (arts. 3º, § 2º, e 10), e instituindo a Comissão de Anistia como órgão de assessoramento nas decisões acerca do assunto (art. 12). Ademais, o diploma também estipulou os direitos inerentes à condição de anistiado (art. 1º) e as situações que caracterizam perseguição política (art. 2º), indicando os critérios para a fixação das reparações econômicas às vítimas (arts. 4º a 9º).

[...] tem possibilitado um espaço privilegiado para a busca da verdade. O deferimento dos pedidos elaborados com base na Lei nº 9.140/1995 e na Lei nº 10.559/2001 significa conferir *status* público a uma versão constantemente negada por setores militares. Ainda que as duas comissões sejam consideradas comissões de reparação, ambas têm contribuído para a luta por memória, verdade e justiça no país (BRASIL, 2014, p. 28).

Assim, no que concerne ao papel desempenhado pelo Estado, verifica-se que a transição no Brasil assumiu caráter preponderantemente indenizatório, por meio de leis que fixaram valores a serem pagos aos sobreviventes ou aos familiares de vítimas do regime. Não houve, inicialmente, uma preocupação acerca da revelação e preservação da verdade e da memória nacionais – perspectiva esta que, felizmente, vem apresentando sensíveis modificações. Como elucida Leão (2013, p. 88),

Juridicamente, a comunidade internacional começou, por um lado, a considerar imprescritíveis os delitos de violação dos direitos humanos, e, por outro lado, a questionar nos foros internacionais, a legalidade das chamadas “leis de autoanistia”. Politicamente, pelas expectativas geradas por este novo entorno jurídico externo e pelas pressões de novas instituições [...], a partir do qual as exigências das vítimas e suas famílias foram ganhando legitimidade e fazendo eco na sociedade, para exigir, passo a passo, a reorientação do modelo inicialmente adotado pelo Brasil. [Tradução livre do autor].

O perfil do processo transicional brasileiro, a partir do advento das duas leis acima mencionadas, passa a apresentar três particularidades: em primeiro lugar, as Comissões de Reparação têm revelado histórias de violações pouco conhecidas até então, contribuindo com a promoção do direito à verdade. Em segundo lugar, as Comissões têm documentado, de forma oficial, violações graves aos direitos humanos, o que tem permitido a judicialização das questões – promovendo, assim, o direito à justiça. Por último, os processos de reparação constituem um importante avanço na política de memória brasileira, representado tanto pela edição de obras basilares, como o livro *Direito à verdade e à memória*, quanto por iniciativas como as Caravanas da Anistia.

5 A Comissão Nacional da Verdade (CNV): Lei Federal n. 12.528/2011

A criação de uma Comissão da Verdade, no Brasil, foi uma das medidas recomendadas no bojo do Terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3), aprovado pelo Decreto n. 7.037, de 21 de dezembro de 2009. A efetivação dos direitos à memória e à verdade representava um dos eixos orientadores do PNDH-3 (art. 1º, VI, do Decreto), tendo por diretrizes o reconhecimento da memória e da verdade como direito humano da cidadania e dever do Estado (alínea *a*); a preservação da memória histórica e construção pública da verdade (alínea *b*); e a modernização da legislação relacionada com a promoção do direito à memória e à verdade, fortalecendo a democracia (alínea *c*).

O aludido decreto, em seu anexo, elucida cada um dos seis eixos orientadores do projeto, composto, ao total, por 25 diretrizes de atuação do Poder Executivo. Nesse sentido, um dos objetivos estratégicos da Diretriz 23 do PNDH-3 (reconhecimento da memória e da verdade como direito humano da cidadania e dever do Estado) foi

[...] promover a apuração e o esclarecimento público das violações de Direitos Humanos praticadas no contexto da repressão política ocorrida no Brasil no período fixado pelo art. 8º do ADCT da Constituição, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.

Assim, com vistas a promover a efetivação desse objetivo estratégico, a ação programática a ser adotada consistia na designação de

[...] grupo de trabalho composto por representantes da Casa Civil, do Ministério da Justiça, do Ministério da Defesa e da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, para elaborar, até abril de 2010, projeto de lei que institua Comissão Nacional da Verdade, composta de forma plural e suprapartidária, com mandato e prazo definidos, para examinar as violações de Direitos Humanos praticadas no contexto da repressão política [...].

Deve-se notar, ainda, que as revelações de graves violações de direitos humanos trazidas à tona pelos trabalhos da Comissão

Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP) e da Comissão de Anistia, bem como as críticas formuladas por organizações internacionais voltadas à defesa de direitos humanos e as pressões sociais pela apuração e responsabilização das atrocidades do passado, foram também fatores determinantes para a inclusão dos direitos à verdade e à memória como eixos norteadores do Terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos.

Foi assim que, em 20 de maio de 2010, o Poder Executivo submeteu à deliberação do Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 7.376/2010, que criava “a Comissão Nacional da Verdade, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República”. Após quase um ano e meio de tramitação, foi sancionada a Lei n. 12.528, de 18 de novembro de 2011, criando a CNV⁴.

Como consignado no Relatório Final, a instituição da CNV se deu num momento em que “o Brasil se via – e ainda se vê – obrigado a lidar com o legado de graves violações de direitos humanos, verificando-se resistência por parte de alguns setores do Estado, até mesmo de instâncias judiciais” (2014, p. 30).

Nesse contexto, a instituição da CNV representou uma nova frente de atuação oficial do Estado brasileiro em busca da revelação e do esclarecimento dos fatos ocorridos durante o regime militar, de molde a promover a efetivação dos direitos à verdade e à memória, imprescindíveis à realização da justiça de transição no Brasil, com a responsabilidade de atuar, como leciona Cury (2012, p. 314), com

[...] a imparcialidade e a independência política que faltaram ao Brasil no momento da queda da ditadura militar e da promulga-

⁴ Saliente-se, contudo, que apenas seis meses depois, em maio de 2012, o Decreto n. 7.727/2012 (posteriormente revogado pelo Decreto n. 7.919/2013) veio a aprovar o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da CNV. A demora na instalação e início efetivo dos trabalhos da CNV ensejou a modificação da redação do art. 11 da Lei n. 12.528/2011 pela Medida Provisória n. 632/2013 (art. 25), posteriormente convertida na Lei n. 12.998, de 18 de junho de 2014. Desse modo, por fim restou fixada a data de 16 de dezembro de 2014 para a conclusão dos trabalhos da CNV e consequente entrega de seu Relatório Final.

ção da Constituição da República de 1988, e que impediram que, naquela ocasião, tivesse lugar uma efetiva justiça de transição.

Apesar do longo lapso temporal decorrido entre as violações de direitos humanos e a instalação da CNV – distanciamento potencialmente lesivo à condução dos trabalhos, uma vez que as experiências do direito comparado têm demonstrado que a efetividade das comissões tende a ser tão maior quanto mais próxima a sua instalação seja da época dos fatos –, a Comissão contou com relevantes aportes advindos dos trabalhos já realizados ao longo dos anos pela CEMDP e pela Comissão da Anistia. Tanto é assim que a própria lei instituidora, em seu art. 6º, previu a possibilidade de atuação integrada com esses órgãos. Nesse sentido é a redação da parte introdutória do Relatório Final da CNV:

[...] a instituição da CNV ocorreu quase 30 anos depois do fim da ditadura militar, reafirmando a perspectiva de que a passagem do tempo não arrefece as obrigações éticas e jurídicas a que o Brasil está vinculado. O tempo também adquire relevância por permitir que a CNV se beneficiasse dos esforços permanentes tanto de vítimas e de seus familiares e amigos na busca de memória, verdade e justiça, como das instituições que a precederam e conduziram o Estado a assumir a responsabilidade por graves violações de direitos humanos – como a CEMDP, a Comissão de Anistia e as comissões estaduais de reparação (BRASIL, 2014, p. 22).

5.1 Características e objetivos

Composta de forma pluralista, a CNV foi integrada por sete membros de reconhecida idoneidade e conduta ética, identificados com a defesa da democracia, da institucionalidade constitucional e com o respeito aos direitos humanos, nomeados pela presidente da República, assumindo mandato que durou até o término dos trabalhos da CNV (art. 2º, *caput* e § 2º, da lei). A escolha dos componentes da Comissão envolveu um delicado juízo político por parte da Presidência, cujo reflexo foi a demora de seis meses para a sua instalação efetiva. Assim observa Pereira (2014, p. 522):

A administração Dilma tentou alcançar o equilíbrio ao apontar os membros da Comissão da Verdade. Seis meses se passaram entre a aprovação da lei criando a Comissão da Verdade e a nomeação de seus membros. Isto sugere que alguns dos acordos foram resultados de consultas e negociações prolongadas. Não obstante, ao menos três questões foram debatidas: quem deveria ser nomeado para a comissão; a relação da comissão com a anistia; e o escopo das investigações da comissão. [Tradução livre do autor].

Os trabalhos desenvolvidos pela CNV não tiveram caráter persecutório ou jurisdicional (art. 4º, § 4º). Entretanto, em decorrência da prerrogativa, assegurada pela legislação, de “convocar, para entrevistas ou testemunho, pessoas que possam guardar qualquer relação com os fatos e circunstâncias examinados” (art. 4º, III), entendida essa convocação como ato coercitivo, e não como mero convite, a CNV pôde recorrer ao auxílio da Polícia Federal como forma de conduzir ex-agentes públicos eventualmente recalcitrantes em atender às referidas convocações – em que pese não haver obrigatoriedade do testemunho. As vítimas de violações, todavia, apresentaram-se voluntariamente ou foram convidadas a prestar seus depoimentos perante a CNV.

O testemunho prestado por vítimas que sobreviveram a violações de direitos humanos, ou por familiares de mortos e desaparecidos políticos, ocupou papel central no desenvolvimento dos trabalhos da CNV – sobretudo porque, como já discutido, a execução dos trabalhos da Comissão conviveu com a recusa sistemática dos chefes das Forças Armadas em franquear à inspeção dos membros da CNV as instalações que abrigam os arquivos datados da época da repressão.

Como referido, a Comissão Nacional da Verdade teve, no exercício de seu mister, o objetivo de efetivar os direitos à verdade e à memória. Conforme consta do Relatório Final, as ações da CNV

[...] visaram ao fortalecimento das instituições democráticas, procurando beneficiar, em um primeiro plano, toda a sociedade, composta inclusive por 82 milhões de brasileiros que nasceram já sob o regime democrático. [...] a CNV atuou com a convicção de que

o esclarecimento circunstanciado dos casos de detenção ilegal, tortura, morte, desaparecimento forçado e ocultação de cadáver, bem como a identificação de sua autoria e dos locais e instituições relacionados à prática dessas graves violações de direitos humanos, constitui dever elementar da solidariedade social e imperativo da decência [...] (BRASIL, 2014, p. 21).

Entretanto, verifica-se na legislação instituidora a ausência de previsão da disseminação de comissões da verdade pelo País. Em resposta a essa lacuna deixada pela legislação, a Comissão buscou estimular a criação desses órgãos de investigação em diversos estados, municípios, universidades, sindicatos e órgãos de classe (como a Ordem dos Advogados do Brasil). A instituição de outras comissões, por meio de ato normativo próprio, deflagrou a criação de uma rede difusa, que potencializou em grande medida os trabalhos desenvolvidos pela CNV.

A CNV, mesmo em decorrência do prazo exíguo conferido pela lei ao seu funcionamento, não buscou esclarecer, pormenorizadamente, os casos particulares de violações de direitos humanos – como o fazem até hoje a CEMDP e a Comissão da Anistia. O principal escopo foi o de apresentar um panorama do terror então praticado pelo Estado brasileiro, identificando padrões de violação e os responsáveis por esses episódios lamentáveis da história nacional. Mais importante ainda foi o compromisso da CNV com a reconstrução de versões falsas da história, documentadas de forma intencionalmente errônea por agentes da repressão. Confirma-se, a propósito, a lição de Torelly (2014, p. 220–221):

[...] importa destacar uma característica crucial da CNV brasileira: o Estado já reconheceu mortes e desaparecimentos políticos por meio da CEMDP, criada pela Lei n.º 9.140/1995, bem como inúmeras formas de perseguição política, entre elas exílios, banimentos, expulsões do país, demissões e afastamento de postos de trabalho, expulsão de escolas e universidades, por meio de sua Comissão de Anistia [...]. Neste sentido, o que objetiva a Comissão da Verdade é verificar os meios e contextos em que ocorreram estas graves violações, focando-se não somente nas mais graves, como a tortura,

mas também em outras mais sistemáticas e cujas instituições perpetradoras passaram por poucas reformas com vistas à não repetição.

O art. 3º da lei instituidora da CNV estabelece um rol de sete objetivos, todos relacionados à efetivação dos direitos à memória e à verdade e à promoção da reconciliação nacional, a serem atingidos pela Comissão com o exercício de suas funções. Para o cumprimento desses objetivos, foram delimitados os marcos material, legal, espacial e temporal dentro dos quais se desenvolveriam as atividades da CNV.

Em primeiro lugar, vê-se que os marcos material e temporal constam já do art. 1º da lei, uma vez que a finalidade da CNV consistiu no exame e no esclarecimento de graves violações de direitos humanos ocorridas entre os anos de 1946 e 1988 – o que fez com que a Comissão Nacional da Verdade fosse uma das comissões com maior marco temporal já existentes. A CNV teve, ainda, o mérito de promover investigações sobre grupos e organizações sociais cuja situação durante o período ditatorial historicamente tem sido relegada a um segundo plano. A partir do final de 2012, a CNV passou a desenvolver suas pesquisas, basicamente, por meio de grupos de trabalho coordenados pelos membros do colegiado – o que permitiu a descentralização das investigações e a autonomia das equipes de pesquisa.

Nesse sentido, o segundo volume do Relatório Final da CNV é totalmente dedicado à publicação de textos temáticos que abordam questões como violações de direitos humanos no meio militar; violações de direitos humanos dos trabalhadores, dos camponeses, dos povos indígenas; violações nas igrejas cristãs, nas universidades. Desenvolveram-se, também, importantes estudos sobre ditadura e homossexualidade, sobre civis que colaboraram com a ditadura e sobre a resistência da sociedade civil às graves violações de direitos humanos.

O marco legal, a seu turno, foi o da “responsabilidade do Estado, que consiste na obrigação de reparar de forma integral os danos e fazer cessar as consequências das violações de direitos humanos praticadas” (BRASIL, 2014, p. 37).

É oportuno registrar ter havido discussões a respeito da inclusão ou não da investigação de crimes praticados por membros da

resistência armada durante o período referido, no contexto da delimitação do marco material da CNV. Prevaleceu, contudo, a noção de que apenas os crimes praticados por agentes públicos seriam investigados, uma vez que a oposição armada foi julgada e reprimida em tribunais militares durante o período ditatorial. É relevante trazer à colação a observação de Pereira (2014, p. 523):

Esta decisão tinha lógica a partir de uma perspectiva dos direitos humanos, mas mostra a natureza polarizada do debate sobre o passado no Brasil e não permitiu que a Comissão da Verdade afirmasse, como pôde fazer sua congênere na África do Sul, que estava procurando por abusos de direitos humanos praticados por mais do que uma parte no conflito [...]. [Tradução livre do autor].

No que tange ao marco espacial, a CNV concentrou suas investigações sobre casos de graves violações de direitos humanos, ainda que ocorridos no exterior (art. 3º, II). Note-se que, ao dar à CNV competência para investigar casos ocorridos em outros países, a Lei n. 12.528/2011 autorizou um raro caso de extraterritorialidade entre as comissões da verdade.

Além dos objetivos a que legalmente a CNV se viu vinculada, outro escopo de sua atuação foi dar à realização de seus trabalhos a mais ampla divulgação possível, seja por sua própria natureza, afeta à obtenção e à disseminação da verdade acerca de fatos de grande relevância para a construção da identidade nacional, seja também para propagar, tanto quanto possível, a existência e a execução de seus trabalhos, para os quais o comparecimento e o testemunho voluntários de pessoas que guardassem relação com fatos do período investigado foram essenciais.

Por fim, em termos de orçamento, deve-se ressaltar que a CNV esteve vinculada à Casa Civil da Presidência da República (art. 10 da Lei n. 12.528/2011), para que fosse possível a concessão de suporte técnico e financeiro necessária ao desenvolvimento de suas atividades. Ademais, a lei criou um total de 14 cargos de direção e assessoramento superiores no âmbito da Administração Pública Federal (art. 9º). Referida disposição foi regulamentada pelo Decreto n. 7.919/2013, que remanejou cargos em comissão

para atividades da CNV, aumentando de 14 para 25 o número inicialmente previsto.

Cabe mencionar ainda que cada um de seus integrantes recebeu o valor mensal de R\$ 11.179,36, além de diárias e passagens para atender aos deslocamentos que, em razão do serviço desenvolvido, exigissem viagem para fora do local de domicílio (art. 7º, § 3º).

A Lei Orçamentária Anual (LOA) de 2014 (Lei n. 12.952/2014) aprovou dotação orçamentária no valor de R\$ 8.300.000,00 em favor da CNV. Já a LOA de 2013 (Lei n. 12.798/2013) destinou à CNV um total de R\$ 10.000.000,00, cuja destinação foi demonstrada pelo Relatório de Gestão do Exercício de 2013, expedido pela Secretaria-Executiva da Casa Civil da Presidência da República⁵.

5.2 Resultados

Após dois anos e sete meses em exercício, a CNV entregou à Presidência da República, em sessão solene realizada em 16 de dezembro de 2014, o seu Relatório Final, dividido em três volumes (atividades da CNV, graves violações de direitos humanos, conclusões e recomendações; textos temáticos; relação de mortos e desaparecidos políticos, com circunstâncias de suas vidas e mortes).

Ao todo, a CNV colheu 1.121 depoimentos, sendo 132 deles de ex-agentes públicos; a Comissão realizou oitenta audiências e sessões públicas pelo País (sendo a primeira modalidade destinada especialmente à coleta de depoimentos e a segunda à apresentação

⁵ “Tendo sido aprovados R\$ 10 milhões, a CNV empenhou recursos da ordem de R\$ 8.843.399,30, dos quais foram efetivamente pagos R\$ 8.826.809,93. Do valor efetivamente pago, 79,30% foram destinados ao Projeto de Cooperação Técnica Internacional – BRA/13/011, recursos que estão sendo empregados na contratação de pesquisadores, assistentes administrativos em atividades de apoio à pesquisa e outras ações voltadas para a conclusão do Relatório Final. O valor restante foi dedicado ao pagamento de passagens (12,12%), diárias (5,02%) e pagamento de serviços terceirizados e eventos (3,55%).” Relatório disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/acesso-a-informacao/relatorios-de-gestao/relatorio-de-gestao-2013/relatorio-de-gestao-2013-versao-final.pdf/view>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

de resultados do trabalho de investigação), visitando, ao todo, vinte estados da federação – por vezes, em parceria com outras comissões da verdade. Ademais, foram realizadas centenas de diligências investigativas, entre elas, dezenas de estudos periciais. De acordo com o Relatório Final,

[...] a CNV constituiu um núcleo pericial, para elucidar as circunstâncias das mortes de vítimas da ação repressora do Estado, bem como para caracterizar locais e métodos de tortura, execução, desaparecimento forçado e ocultação de cadáver. Com esse propósito, os peritos da CNV elaboraram laudos periciais e relatórios técnicos, realizaram entrevistas, exumações e pesquisas, coletaram depoimentos e participaram de diligências nas dependências de instalações militares. A partir dessas diligências, foi possível, por exemplo, confeccionar croquis da antiga distribuição de celas ou cômodos destinados a prisioneiros políticos, uma vez que os locais, em sua maioria, foram alterados ao longo do tempo (BRASIL, 2014, p. 53).

Assim, para que fossem ainda mais fidedignos os dados apresentados no Relatório Final, a CNV percorreu, durante quase um ano, unidades militares e outras instalações utilizadas pela repressão para a prática de graves violações de direitos humanos (os chamados “aparelhos”), ao mesmo tempo em que apoiou iniciativas para a transformação de locais de tortura e morte em espaços de memória. Os relatórios, bem como as diligências, além de servirem como prestação de contas do trabalho da CNV em diversos temas, ajudaram muito a divulgar o papel da Comissão para toda a sociedade.

Como se sabe, a CNV contou com os relevantes espólios da CEMDP e da Comissão de Anistia. Perceberam-se, contudo, dois importantes avanços relacionados ao esclarecimento de casos de mortes e desaparecimentos políticos, como se vê a seguir:

Primeiro, ao desenvolver seus trabalhos no período de 2012 a 2014, a CNV examinou os casos de morte e desaparecimento forçado em compasso com tratados e decisões de órgãos internacionais posteriores à Lei nº 9.140/1995 – o que a levou a classificar alguns casos de morte, assim considerados pela CEMDP, como casos de desa-

parecimento. Em segundo lugar, ao não exigir a comprovação de que mortos e desaparecidos tivessem participado ou sido acusados de participar de atividades políticas, a avaliação da CNV viabilizou um incremento qualitativo e quantitativo para a verificação daqueles que morreram e desapareceram no período entre 1964 e 1988 (BRASIL, 2014, p. 27).

Uma das vias de interlocução mais relevantes foi aquela que se buscou estabelecer com dirigentes das Forças Armadas. Durante todo o tempo de sua atuação, a CNV buscou o diálogo com as forças militares, na procura pela revelação de informações ainda ocultas envolvendo o período ditatorial, referentes a possíveis práticas de graves violações de direitos humanos. Como resultado, a secretaria executiva da CNV, ao promover um balanço do relacionamento institucional e da colaboração do Ministério da Defesa com as solicitações da Comissão, apurou que

[...] em resposta aos 43 ofícios até então enviados pela CNV à pasta, os comandos militares responderam não dispor de informações relativamente a 16 deles. Em dez dos ofícios recebidos, relativos a casos específicos de graves violações de direitos humanos, os comandos militares reiteraram informações em sua maior parte já conhecidas, uma vez que constavam dos acervos do AN e da CEMDP. Por seu turno, sete ofícios não haviam sido objeto de resposta pelo Ministério da Defesa ou pelos comandos militares. Os dez ofícios remanescentes foram parcialmente atendidos pelos comandos das Forças Armadas. Assim, cerca de um quarto do total de ofícios enviados pela CNV foi objeto de atendimento por parte do Ministério da Defesa e das Forças Armadas, e ainda assim em caráter parcial (BRASIL, 2014, p. 64).

A Comissão logrou, ainda, promover, mediante pedido dirigido às Forças Armadas, sindicâncias para a investigação da prática de graves violações de direitos humanos em suas próprias instalações. Contudo, em junho de 2014, o Ministério da Defesa encaminhou à CNV os relatórios das três sindicâncias, nos quais, de forma homogênea, se concluiu não ter havido nenhum desvio de finalidade quanto ao uso daquelas instalações.

Todos esses dados foram determinantes para a formulação das 29 recomendações constantes do Relatório Final da CNV⁶. Para tanto, também foram imprescindíveis as conclusões a que chegou a Comissão ao término de seus trabalhos. Confirmando a ocorrência sistemática de graves violações de direitos humanos ocorridas no período de 1946 a 1985, com prática acentuada durante os anos em que no Brasil esteve instalada a ditadura militar, a Comissão confirmou 434 mortes e desaparecimentos de vítimas, “sendo 191 os mortos, 210 os desaparecidos e 33 os desaparecidos cujos corpos tiveram seu paradeiro posteriormente localizado, um deles no curso do trabalho da CNV” (BRASIL, 2014, p. 963).

Revelou-se, ainda, que a prática de graves violações de direitos humanos por agentes investidos de poder pelo Estado brasileiro foi resultado de uma ação generalizada e sistemática do Estado brasileiro, já que, durante a ditadura militar, “a repressão e a eliminação de opositores políticos se converteram em política de Estado, concebida e implementada a partir de decisões emanadas da presidência da República e dos ministérios militares” (BRASIL, 2014, p. 963).

Por derradeiro, identificou a CNV que o cenário de graves violações de direitos humanos persiste nos dias atuais. Em decorrência das peculiaridades da transição brasileira, pautada pela premissa da anistia concedida aos agentes da repressão, a perpetuação desse quadro resulta, em grande parte, “do fato de que o cometimento de graves violações de direitos humanos verificado no passado não foi adequadamente denunciado, nem seus autores responsabilizados” (BRASIL, 2014, p. 964).

Com base em todos estes resultados e observações, a CNV pôde cumprir com seu desiderato legal, consubstanciado na contribuição para o esclarecimento de graves violações de direitos humanos e na promoção da reconciliação nacional. E isto foi feito, a uma,

⁶ É oportuno mencionar que as recomendações foram divididas entre “medidas institucionais”, “reformas institucionais e legais” e “medidas de seguimento das ações e recomendações da CNV”.

através da sistematização do imenso acervo de dados e informações a que teve acesso em seu breve período de existência, constantes de seu Relatório Final; a duas, pela formulação de recomendações ao Estado brasileiro, todas relacionadas à efetivação de medidas de transição que, ainda não adotadas no Brasil (ou adotadas de forma precária), têm o potencial de acelerar os processos de reconciliação e formação da identidade nacional – tais como o reconhecimento, pelas Forças Armadas, de sua responsabilidade pela ocorrência de graves violações de direitos humanos; o afastamento da anistia em relação aos agentes públicos que deram causa a estas violações; a criação de mecanismos de prevenção e combate à tortura; a promoção dos valores democráticos e dos direitos humanos na educação; e a preservação da memória das graves violações de direitos humanos.

O Relatório Final, sem dúvidas, representa o corolário do desenvolvimento dos trabalhos da CNV, que, agindo no cumprimento de suas finalidades legais e institucionais, colheu informações novas e sistematizou aquelas que já existiam nos arquivos públicos colocados à sua disposição – para, ao cabo, buscar identificar um padrão de violação de direitos humanos ocorrido entre os anos de 1946 e 1988, reconstruir parte da história nacional e, ainda, recomendar a adoção de medidas e políticas públicas com vistas à prevenção, à não repetição e à reconciliação nacional.

6 Conclusões

Como visto, o extenso lapso temporal até que houvesse a ampliação do escopo de medidas voltadas à transição democrática no Estado brasileiro coloca em xeque a efetividade desse novo impulso oficial dado pelo Terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos. O Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade custou caro aos cofres públicos. E a Comissão cumpriu com o seu dever, apontando elementos sensíveis à consolidação democrática e incrementando a agenda dos direitos humanos no Brasil.

Não se discute o mérito das investigações e pesquisas desenvolvidas no decorrer da existência da CNV, tampouco a consonância das recomendações formuladas pela Comissão aos anseios

da sociedade civil. É certo que a adoção de uma Comissão da Verdade, no caso brasileiro, cujo paradigma se consubstancia em uma Lei de Anistia bilateral, foi a melhor (ou, talvez, a única) alternativa à persecução criminal dos ex-agentes da ditadura militar. Todavia, é bem de ver que as promessas da CNV, apresentadas no bojo da Lei n. 12.528/2011, não serão realizadas sem o empenho do Poder Executivo. As bases da efetivação dos direitos à memória e à verdade, bem como da promoção da reconciliação nacional, certamente foram lançadas através do legado da Comissão. O Relatório Final da CNV é emblemático, uma vez que representa esforço sem precedentes do Estado brasileiro para o esclarecimento de seu passado obscuro, marcado por graves violações de direitos humanos. Contudo, a concretização das medidas sugeridas pela Comissão ficará ao alvitre dos agentes políticos incumbidos de promover políticas públicas no Brasil.

É assim que, se por um lado, o desenvolvimento dos trabalhos da Comissão Nacional da Verdade (com reflexos diretos na elaboração do Relatório Final) se viu afetado pelo excessivo distanciamento temporal dos fatos investigados, tendo-se dado mais de duas décadas após findo o regime militar, por outro, a eficácia de seus resultados revela-se também contida, uma vez que, como indica a própria lei instituidora, a CNV teve o dever de formular recomendações ao Poder Público – as quais, por definição, não são revestidas de caráter vinculante.

Por conta dessas peculiaridades que marcam o processo brasileiro de revelação da verdade e construção da memória e da identidade nacionais, o Relatório Final da CNV não pode ser visto como um *ponto-final* no esclarecimento de graves violações de direitos humanos. A CNV deixa de existir; contudo, dezenas de outras comissões da verdade no território nacional prosseguem com suas próprias investigações, dando continuidade ao legado da CNV e fazendo com que a temática não seja novamente relegada à penumbra.

Nesse âmbito, deflagra-se, no singular cenário político evidenciado nos últimos anos, a premente necessidade de se fortalecer

rem as bases do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, por meio da adoção dos mecanismos da justiça de transição – entre os quais a Comissão da Verdade, que em grande medida contribuiu para a efetivação dos direitos à verdade e à memória na transição brasileira.

Referências

AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Eds.). *Justicia de Transición: informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. As leis de anistia face ao direito internacional e à justiça transicional. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BATISTA, Vanessa Oliveira; BOITEUX, Luciana; HOLLANDA, Cristina Buarque de. Justiça de transição e direitos humanos na América Latina e na África do Sul. *Revista OAB/RJ*, v. 25, n. 2, 2010.

BORGES, Bruno Barbosa. *Justiça de transição: a transição inconclusa e suas consequências na democracia brasileira*. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório*. Brasília: CNV, 2014.

_____. *Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)/ Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República*. ed. rev. Brasília: SEDH/PR, 2010.

BRITO, Alexandra Barahona de. Justiça transicional e a política da memória: uma visão global. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, Ministério da Justiça, n. 3, jan./jun. 2010.

CURY, Paula Maria Nasser. Comissão da Verdade: análise do caso brasileiro. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 7, p. 314, jan./jun. 2012.

FACHIN, Melina Girardi. Direito humano ao desenvolvimento e justiça de transição: olhar para o passado, compreender o presente e projetar o futuro. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). *Direitos humanos atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

FECHER, Viviane. Busca pela verdade: reflexões sobre as iniciativas oficiais e não oficiais de esclarecimento sobre as violações de direitos humanos praticadas durante a ditadura instalada no Brasil com o golpe de 1964. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). *Direitos humanos atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

KOZICKI, Katya; LORENZETTO, Bruno Meneses. Entre o passado e o futuro: a não acabada transição no Brasil. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). *Direitos humanos atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

LEÃO, Anna Mariani Carneiro. La Comisión de la Verdad en la trayectoria de la justicia transicional en Brasil. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 30, enero-junio de 2013.

MEZAROBBA, Glenda. O que é justiça de transição? Uma análise a partir do caso brasileiro. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada. *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; GHIDALEVICH, Fabíola Girão Monteconrado. Brasil. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (Eds.). *Justicia de Transición: informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; GOMES, David Francisco Lopes. A história, a memória, os soberanos: a justiça de transição e o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). *Direitos humanos atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

PEREIRA, Anthony W. Brazil's truth commission: opportunities and risks. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). *Direitos humanos atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

REÁTEGUI, Félix (Coord.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael; DIMOULIS, Dimitri. *Justiça de transição: das anistias às comissões da verdade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite; LEMOS, Eduardo Loureiro. Notas sobre o direito à memória e à verdade. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). *Direitos humanos atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The impact of human rights trials in Latin America. *Journal of Peace Research*, Thousand Oaks, v. 44, n. 4, 2007.

SILVA, Angela Moreira Domingues da. Perspectiva histórica sobre justiça da transição no Brasil: das certidões de “paradeiro ignorado” à criação da Comissão da Verdade. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). *Direitos humanos atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

SOARES, Inês Virgínia Prado; BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. A verdade ilumina o direito ao desenvolvimento? Uma análise da potencialidade dos trabalhos da Comissão Nacional da Verdade no cenário brasileiro. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 6, p. 56, jul./dez. 2011.

SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TEITEL, Ruti. Transitional justice genealogy. *Harvard Human Rights Journal*, n. 69, v. 16, 2003.

TORRES, Edgard Marcelo Rocha; MOURA, Luiza Diamantino. Verdade, memória e justiça no caso “Gomes Lund e Outros”: uma análise a partir do conflito entre a sentença da CIDH e a confirmação da lei de anistia pelo STF. *Revista de Direito Brasileira*, a. 4, v. 7, jan./abr. 2014.

TOSI, Giuseppe; FERREIRA, Lúcia de Fátima Guerra; TORELLY, Marcelo D.; ABRÃO, Paulo (Orgs.). *Justiça de transição: direito à justiça, à memória e à verdade*. João Pessoa: UFPB, 2014.

VANNUCHI, Paulo; BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues. Resgate da memória e da verdade: um direito de todos. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: REÁTEGUI, Félix (Coord.). *Justiça de transição: manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia,

Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

VITAL BRASIL, Vera. Dano e reparação no contexto da Comissão da Verdade: a questão do testemunho. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, Ministério da Justiça, n. 6, jul./dez. 2011.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi. *Leis de anistia e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos: estudo comparativo Brasil, Argentina e Chile*. Prefácio de Flávia Piovesan. Curitiba: Juruá, 2013.

———. O impacto do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e dos ditames da justiça transicional na interpretação e aplicação da Lei de Anistia Brasileira: a fragilização do Estado Democrático de Direito frente à denegação do direito à justiça. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). *Direitos humanos atual*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

O caso da efetivação das políticas públicas de saúde: breves apontamentos para a atuação do Ministério Público

Ricardo César Duarte

Assessor da 7^a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo (USP).

Resumo: Este artigo pretende, no contexto da judicialização das políticas públicas, apontar brevemente os efeitos das audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal na realização do direito à saúde. Nesse sentido, tendo em vista as dificuldades inerentes à efetivação do direito sanitário e o caráter limitado que as audiências públicas assumiram na Corte Suprema, uma vez que o instituto acabou sendo apropriado como um canal de diálogo democrático com a sociedade civil, sendo utilizado de forma discricionária, pontual e seletiva, atendendo assim, principalmente, a uma busca por maior legitimidade decisória, indicaremos alguns parâmetros para a atuação do Ministério Público para que possa ser superada a lógica compensatória e individualista da aplicação do referido direito, com uma valorização do diálogo entre o Ministério Público e a sociedade civil, por meio da realização de audiências públicas efetivamente deliberativas, capazes de produzir judicializações e outras formas de atuação verdadeiramente transformadoras em termos estruturais.

Palavras-chave: Direitos sociais. Direito à saúde. Inefetividade. Judicialização. Audiências públicas. Legitimidade. Ausência de diálogo. Ministério Público.

Abstract: This article aims, in the context of the judicialization of public policies, to briefly point out the effects of public hearings held by the Supreme Court on health rights achievement. In this regard, bearing in mind the difficulties inherent to the realization of the health policies and the limited nature that the public hearings have taken by the Supreme Court, since the institute's institu-

tionalization as a democratic channel of dialogue with civil society use is discretionary, timely and selective, we will indicate some parameters for the Public Prosecution Service acting to overcome the compensatory and individualistic logic of the application of the right to health through the promotion of a true dialogue with civil society, capable of producing forms of adjudication truly transformative in structural terms.

Keywords: Social rights. Right to health. Ineffectiveness. Adjudication. Public hearings. Legitimacy. Lack of dialogue. Public Prosecution Service.

Sumário: 1 Introdução: a questão da ausência de efetividade dos direitos sociais. 2 O ativismo jurídico e os direitos sociais. 2.1 O conceito de direito à saúde e os desafios para sua efetivação. 2.2 A judicialização da saúde. 3 A instrumentalização de canais de diálogos com a sociedade civil pelo Judiciário: instrumento de diálogo ou de legitimação? 4 As audiências públicas e o Ministério Público: uma perspectiva estruturalista. 5 Conclusões.

1 Introdução: a questão da ausência de efetividade dos direitos sociais

O propósito deste artigo¹ consiste na análise crítica do emprego das audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal e os seus efeitos na aplicação do direito à saúde, aqui entendido como um direito fundamental de segunda dimensão, ou um direito social, de modo que possamos apontar formas alternativas para o uso do instituto pelo Ministério Público.

Nesse sentido, pode-se dizer que a história da afirmação dos direitos humanos fundamentais é contada em dimensões. Para fins didáticos, costuma-se esclarecer que, primeiro, foram consagradas

¹ O presente artigo é uma adaptação da dissertação de mestrado intitulada “A utilização de audiências públicas no Judiciário: o caso da efetivação das políticas públicas de saúde”, defendida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Associado Dr. Antonio Rodrigues de Freitas Júnior.

a igualdade formal e a proteção dos direitos civis e políticos (chamados de direitos fundamentais de primeira dimensão) e, em consequência do reconhecimento da inutilidade dessa isonomia, que tomava patrões e operários como contratantes perfeitamente iguais em direitos, surgem os chamados “direitos econômico-sociais”, direitos fundamentais de segunda dimensão. Esses direitos se conformam após a organização e a luta da classe trabalhadora (ou seja, a classe explorada) e visam proteger a saúde, a educação, o trabalho, enfim, o próprio bem-estar social².

Verificamos, então, que vigora a compreensão de que haveria ao menos três dimensões consolidadas de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais de primeira dimensão, oriundos do pensamento liberal do século XVIII, possuem forte caráter individualista, além de exigirem uma abstenção do Estado (OLIVEIRA, 2007). São os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade, à participação política, entre outros direitos que são comumente referidos como direitos civis e direitos políticos.

Entre os direitos fundamentais de segunda dimensão estão os direitos sociais, culturais e econômicos, que encontram sua gênese no século XIX, notadamente a partir da percepção de que a formal consagração dos direitos à liberdade e à igualdade não implicava necessariamente a sua realização do ponto de vista substancial. Para a efetivação dessa categoria de direitos fundamentais, que inclui os direitos à saúde, à educação, ao trabalho, à assistência social, seriam exigidas intervenções ativas, como o planejamento e a execução de políticas públicas (OLIVEIRA, 2007).

² Nesse ponto, vale uma pequena digressão para esclarecer que os direitos fundamentais têm origem nas transformações sociais pelas quais passa a humanidade, ou seja, eles são fruto das demandas e necessidades do homem em virtude da sua existência, sobrevivência e desenvolvimento histórico. Por isso, preferimos falar em dimensões, e não gerações, pois o conceito de geração pode indicar que há uma superação dos direitos fundamentais anteriores. Ocorre que, muito pelo contrário, justamente por serem essencialmente históricos, os direitos fundamentais estão em constante mutação e encontram-se muitas vezes sobrepostos, o que significa que a dimensão anterior não é abandonada, mas continua a ser válida e exigível.

Por sua vez, os direitos fundamentais de terceira dimensão são construídos em torno da titularidade coletiva ou difusa de um certo elenco de direitos, fruto de reivindicações e destinados à proteção de grupos humanos, povos, nações, coletividades regionais ou étnicas. São exemplos de direitos dessa dimensão o direito ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente e à qualidade de vida (OLIVEIRA, 2007).

No que se refere aos direitos sociais, foco do presente artigo, temos que, justamente por serem normas que se contrapõem aos direitos civis e políticos, por serem uma resposta ao liberalismo clássico e ao capitalismo predatório que caracterizou o século XIX e início do século XX, sua realização pressupõe a existência de um governo forte, capaz de intervir e planejar políticas públicas de saúde, educação etc.

Assim, com os direitos sociais, há uma clara mudança no papel do Estado: de uma postura negativa, de não intervenção, torna-se necessária uma postura positiva, planejadora e intervencionista, de tal modo que a própria fonte de legitimidade do Estado contemporâneo passa a ser sua capacidade de realização de programas sociais, em radical oposição aos objetivos fundamentais do Estado liberal tradicional, que se legitimava pela produção de normas que privilegiavam a igualdade formal e a autonomia individual.

Dessa forma, tem-se que os novos direitos sociais diferem da natureza dos antigos direitos subjetivos (os tradicionais direitos civis e políticos), não apenas por seu aspecto coletivo, mas também por exigirem remédios jurídicos distintos.

Assim, temos que, com o Estado de *bem-estar social*, a igualdade somente é possível se houver amplas condições de acesso à cidadania, de tal modo que os direitos sociais sejam essencialmente promocionais, isto é, indutores de políticas públicas. Dessa perspectiva, a função do Poder Judiciário seria alterada para ir além do julgamento de condutas certas ou erradas com base na lei, passando a incluir também o exame da concretização dessas políticas de promoção de cidadania, o que, de certa forma, politizaria o juiz (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18).

Nesse sentido, há uma clara mudança no papel do próprio Direito. Ele deve ir além da racionalidade positivista tradicional, que reconhece e declara direitos, dentro de uma lógica bilateral – credor/devedor –, para um Direito que deve ao menos fiscalizar a implementação de políticas públicas. É justamente nesse ponto que “o papel do direito é constantemente colocado à prova, visto que, na tradição liberal, a implementação de políticas públicas nunca foi matéria afeita aos profissionais do direito” (SILVA, 2008, p. 588).

Podemos dizer que a interpretação jurídica tradicional (positivista clássica) desenvolveu-se destacando que caberia à norma, como um relato genérico e abstrato, a solução jurídica para os problemas da vida em sociedade. Ao juiz, intérprete neutro da lei, caberia, por sua vez, apenas a identificação do código e da regra a ser aplicada ao caso concreto, de tal modo que o operador do Direito realizaria apenas uma atividade técnica, sem maiores juízos de valores.

Desse modo, o que acaba ocorrendo é a simples transposição da racionalidade tradicional do positivismo jurídico para a aplicação dos direitos sociais, ou seja, há apenas uma subsunção simplista da norma (no caso, a Constituição) ao fato (e.g., a carência de um direito, como o acesso a medicamento), no seguinte sentido: visto que a Constituição garante, por exemplo, um direito à saúde, se uma pessoa não tem acesso a determinado tratamento médico ou a determinado medicamento, então, é função do Judiciário garantir que essa pessoa receba o tratamento e o medicamento necessários (SILVA, 2008, p. 588).

Nota-se, assim, que os operadores do Direito falham em não perceber que uma política pública é um conjunto de decisões e leis de naturezas variadas, de tal modo que a falta de reflexão sobre o complexo de normas que aí se entrelaçam pode ser fonte de trágicos mal-entendidos (LOPES, 2010, p. 131), que, por sua vez, podem levar a uma aplicação insuficiente da política pública, o que, no limite, acabaria inviabilizando-a.

Dessa forma, essa racionalidade jurídica tradicional parece ignorar que as políticas públicas envolvem a elaboração de leis

programáticas, que tratam de orçamentos, de despesas e receitas, isso sem falar da realização e da fiscalização dos atos concretos de execução de tais políticas públicas exercidos por órgãos administrativos diversos.

Diante desse *despreparo* dos operadores do Direito, em vez de ocorrer um aprimoramento e uma fiscalização das políticas públicas implementadas pelo Estado, a resposta judicial, ainda que carregada de uma nova semântica (conceitos como sopesamento de princípios, reserva do possível, entre outros), acaba por perpetuar um modelo que privilegia decisões casuísticas e compensatórias, o que leva aos resultados apontados por Calixto Salomão Filho:

Em uma realidade como essa, compensações levam a dois resultados paradoxais: (a) políticas públicas dificilmente podem ser implementadas através do direito, pois as compensações são atribuídas pelas decisões judiciais de forma casuística e nem sempre coordenada e coerente; (b) é difícil conseguir através do direito a transformação econômica e social, pois compensações sempre serão insuficientes para fazer frente às desigualdades (2012, p. 539).

Em igual sentido, podemos dizer que a nova percepção do papel do Judiciário na concretização de direitos, acompanhada de possibilidades inovadoras no campo da adjudicação constitucional, tem afetado a percepção (correta) de que a cidadania só é verdadeiramente alcançada com efetivas alterações estruturais de cunho econômico, político e social, e não por meio de decisões judiciais, que seriam essencialmente subsidiárias em relação a matéria de políticas públicas (BUCCI, 2009, p. 2).

Nesse cenário, cria-se uma evidente sobrecarga de expectativas em relação às reais possibilidades da enunciação constitucional dos direitos, em detrimento de outras condicionantes de cunho político. No nosso entender, isso acaba por aumentar a inefetividade dos direitos sociais, porque no atual modelo, casuístico e com excesso de expectativas, os resultados produzidos pela judicialização são, quando muito, incidentais.

2 O ativismo jurídico e os direitos sociais

Conforme apontado no tópico anterior, é clara a falta de efetividade dos direitos sociais. Ocorre, contudo, que a sociedade civil, pelo menos no momento da democracia brasileira, tende a perceber que a causa dessa inefetividade é culpa quase exclusiva da má execução das políticas públicas.

Diante dessa percepção, há uma tendência entre os ativistas de direitos humanos e os próprios cidadãos que necessitam dessas políticas públicas de se voltarem para o Poder Judiciário para a declaração formal, isto é, o reconhecimento e a efetivação dos direitos sociais. Ocorre, então, uma verdadeira aposta na consolidação do sistema de Justiça como uma arena de lutas e espaço de conquistas políticas para os movimentos sociais.

Essa tendência levaria a uma valorização excessiva das inovações jurisdicionais e dos instrumentos de participação no interior do processo jurídico, o que acabaria por produzir discursos legitimadores a respeito do *potencial democrático* de institutos como a audiência pública (VESTENA, 2010, p. 31).

Podemos dizer ainda que, de certo modo, há uma verdadeira transferência de responsabilidades políticas, na medida em que os representantes políticos, em muitas ocasiões, parecem preferir que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, evitando assim a ocorrência de desgastes na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas, por exemplo (BARROSO, 2013, p. 230).

Assim, diante desse clamor social, caberia ao Judiciário pensar em formas de se adequar às novas demandas da sociedade civil, inclusive no que diz respeito às estruturas e aos modelos de operação do sistema processual de adjudicação tradicional.

E mais: diante dessa conjuntura, há uma evidente expansão do ativismo judicial em conjunto com (e por meio da) *juridificação*, que consistiria na “expansão, diversificação e sofisticação dos mecanismos pelos quais os poderes públicos, especialmente o Poder

Judiciário, passaram a intervir nas relações sociais, habitualmente concebidas como pertencentes ao domínio do mercado ou dos costumes” (SCHWARZ, 2010, p. 2).

Esse ativismo jurídico, mais que uma resposta às novas demandas criadas pelos direitos sociais, seria uma espécie de autoritarismo³, no sentido de que há uma tendência de, nas questões de justiça alocativa, tentar impor a justiça judicial como a única possível.

Parece-nos que o Judiciário tem pretensões de substituir a política e a economia como instrumentos capazes de, utilizando uma definição clássica, determinar “quem recebe o quê, quando e como” (*who gets what, when and how*). Isso não quer dizer que não caiba ao Direito um papel nesse processo de distribuição. Contudo, no atual cenário de ativismo judicial *despreparado*, o que ocorre, na verdade, é a substituição (no que se refere a questões de justiça alocativa, ou seja, aquela justiça que define a distribuição de bens escassos e de deveres) das instituições que promovem uma justiça *local* (ELSTER, 1993, p. 2) pelo voluntarismo da justiça judiciária, pautada pela lógica compensatória e que muitas vezes ignora a existência de critérios técnicos, por exemplo, inerentes às políticas públicas.

Melhor dizendo, mais do que causa para o protagonismo judicial, o ativismo jurídico é um reflexo desse protagonismo, ou seja, é a resposta que muitas vezes resta ao Judiciário diante da falência das instituições, da crise da política e das conseqüentes demandas da sociedade.

Em contrapartida, a resposta judiciária, mesmo que pautada pelo ativismo judicial, não está habilitada a lidar com as questões

³ Pode-se dizer que a reação do Poder Judiciário diante dos desafios propostos pela massificação dos litígios representados, neste contexto, pela expansão do chamado *pluralismo jurídico* e pela ameaça ao *monopólio da jurisdição* consiste na expansão do ativismo judiciário em conjunto com (e por meio da) *juridificação*, que seria uma intensa expansão das regras do direito sobre as condutas humanas “em proporções geométricas e na diversificação e sofisticação dos mecanismos jurídicos pelos quais o poder público passou a interferir em relações sociais, histórica e originalmente concebidas como pertinentes ao domínio do mercado e da tradição” (FREITAS JÚNIOR, 2013a).

colocadas pelos direitos sociais. Ela também é parte do problema da falta de efetividade desses direitos, uma vez que, por mais que seja uma resposta que se contraponha ao positivismo jurídico clássico, continua presa a sua lógica compensatória e individualista. Assim, diante dessa perspectiva, tem-se que a racionalidade positivista (tradicional-liberal) continua sendo transposta, sem maiores reflexões e questionamentos, para o âmbito dos direitos sociais.

Nesse sentido, entendemos que há uma intervenção excessiva do Poder Judiciário no âmbito de execução das políticas públicas. O problema é que essa intervenção é excessiva a ponto de inviabilizar o planejamento de tais políticas, o que é patente no caso da política de distribuição de remédios, por exemplo, e é mínima no que se refere à alteração das estruturas socioeconômicas, dado que perpetua a desigualdade.

2.1 O conceito de direito à saúde e os desafios para sua efetivação

Após algumas reflexões sobre a estrutura dos direitos sociais em um contexto de expansão da atuação judicial, trataremos especificamente da efetivação do direito à saúde.

Destacamos que, para fins teóricos e referenciais, o conceito de saúde moderno foi erigido em 26 de julho de 1946, junto ao preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU). A constituição da OMS afirma ser a saúde o “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças”⁴.

Nesse sentido, segundo Germano Schwartz, o conceito de saúde da OMS sofreria críticas por se tratar de um conceito *não operacional*, na medida em que dependeria de várias escalas decisórias.

⁴ Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%Bade/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

Desse modo, a partir do momento em que o Estado assume o papel de destaque no cenário da saúde, sua implementação seria *refém* da vontade política, uma vez que dependeria de verbas públicas, que podem não ser suficientes para a consecução do pretendido bem-estar físico, social e mental (2001, p. 36).

Entretanto, não concordamos com Schwartz, visto que, justamente por se tratar de um direito social, a realização do direito à saúde pressupõe a implementação de políticas públicas que, por sua magnitude orçamentária e viés global, dependem da vontade política e do Estado. E é com esse entendimento que o direito à saúde foi normatizado em nossa Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
[...]

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I – descentralização, com direção única em cada esfera do governo;
- II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III – participação da comunidade.

Verifica-se que o objetivo do legislador constitucional foi estabelecer que a consecução do direito à saúde deveria dar-se por intermédio da promoção de políticas e da realização de serviços, ou seja, o direito à saúde não pode ser visto por meio de uma lógica declarativa, de *tudo ou nada*, mas deve ser entendido, ao contrário, como um ideal a ser alcançado, um conceito em constante mutação e que deve ser promovido da melhor forma possível, tanto pelo Poder Público como pelos particulares, em caráter colaborativo.

Essa sistemática fica clara ao analisarmos a Lei n. 8.080/1990, que versa “sobre as condições para a promoção, proteção e recu-

peração da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes”, e assim dispõe:

Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas de direito Público ou privado.

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Diante dessa perspectiva, quando afirmamos que o Poder Executivo é o responsável pela efetivação do direito à saúde garantido constitucional e infraconstitucionalmente, na verdade, depreende-se que ele é o responsável pela operacionalização dessa efetivação. Cabe ao referido Poder o planejamento orçamentário e a execução de políticas públicas, aqui entendidas como ações governamentais cuja finalidade é coordenar os meios à disposição do Estado para a realização de objetivos definidos, por meio da seleção de prioridades, haja vista a escassez de recursos (BUCCI, 2006, p. 39), ou seja, trata-se de uma atividade que envolve um elevado nível de planejamento e demanda uma visão em escala global.

Desse modo, podemos concluir que o direito à saúde, inclusive a saúde pretendida pelo Sistema Único de Saúde, é um processo, uma meta a ser alcançada, que varia de acordo com sua própria evolução e com os avanços sociais e econômicos (SCHWARTZ, 2001, p. 39).

Pode-se dizer, inclusive, que a saúde é “como uma imagem-horizonte, uma busca constante do estado de bem-estar” (DALLARI, 1988, p. 59). Isso significa que devemos entender que não é possível conceber o direito à saúde de forma estática, como na lógica bilateral do *credor-devedor* do positivismo clássico.

Em suma, devemos compreender que o direito à saúde é um direito social e, como tal, embora possa ser individualmente reclamado pela via jurídica, não pode ser considerado um direito do indivíduo isolado, ou seja *um direito absoluto*. É um direito cuja aplicação exige, a rigor, uma consideração por parte dos atores políticos (inclusive do Poder Judiciário) em relação aos demais membros da comunidade que também necessitam de políticas públicas sanitárias (NEVES, 2013b).

2.2 A judicialização da saúde

Diante de todo o exposto, devemos agora analisar como os tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, aplicam efetivamente o direito à saúde.

Nesse sentido, a jurisprudência do STF e do STJ sobre a aplicação do direito à saúde, antes da realização da audiência pública sobre a judicialização da saúde⁵, pode ser representada pelas seguintes linhas argumentativas: I) como regra geral, tem-se que o direito à saúde, tendo em vista seu caráter fundamental e indisponível, deve ter primazia sobre outros interesses estatais⁶, inclusive ante eventual

5 Realizada em abril e maio de 2009.

6 V. RMS n. 23.184, assim ementado: “PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUS. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO, PELO ESTADO, À PESSOA HIPOSSUFICIENTE PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. OBRIGATORIEDADE. [...] 4. Os arts. 196 e 227 da CF/88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico à pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e conseqüências que possam acarretar a não-realização. 5. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa carente, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte. 6. O Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpra o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana

tensão existente entre o proclamado direito à saúde e à vida e a disponibilidade de recursos públicos⁷; II) verifica-se também uma expansão em relação aos limites da atividade jurisdicional, sob a justificativa de que é necessário dar efetividade aos comandos constitucionais garantidores do direito à vida e à saúde⁸ (CIARLINI, 2013).

e à vida. É totalitário e insensível. [...]”. Inteiro teor do acórdão disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2934932&num_registro=200602590936&data=20070319&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 fev. 2016.

7 V. RE n. 393.175, assim ementado: “PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO – PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – ABUSO DO DIREITO DE RECORRER – IMPOSIÇÃO DE MULTA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA”. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+393175%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+393175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aphd9kd>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

8 V. RESP n. 857.502, assim ementado: “FAZENDA PÚBLICA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS – CABIMENTO – ART. 461, § 5º, DO CPC – PRECEDENTES. 1. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos à portadora de doença grave, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva da obrigação de fazer ou de entregar coisa. (arts. 461 e 461-A do CPC). 2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. 3. Por isso, a decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade”. Inteiro teor disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=27>>

Tendo em vista o quadro apresentado, temos que, de um modo geral, as decisões judiciais tratavam o direito à saúde de forma absoluta, pela lógica do *tudo ou nada*, ou seja, é evidente que persistem a lógica *credor-devedor* e o viés compensatório do positivismo clássico.

Nesse sentido, parecem justas as contundentes críticas apontadas por Luís Roberto Barroso (2009, p. 3-4), para o qual a judicialização da saúde no Brasil é caracterizada por um notável excesso de ambição e por uma evidente falta de critérios, além de voluntarismos diversos. Afinal, proliferariam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis, tanto por serem desprovidos de essencialidade como por sua inacessibilidade. Assim, tais excessos e inconsistências, além de serem problemáticos em si mesmos, colocariam em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, na medida em que provocariam uma desorganização na atividade administrativa e impediriam a alocação racional dos escassos recursos públicos.

No limite, para Luís Roberto Barroso (2009, p. 3-4), o casuismo da jurisprudência brasileira poderia “impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas”.

3 A instrumentalização de canais de diálogos com a sociedade civil pelo Judiciário: instrumento de diálogo ou de legitimação?

Conforme apontado anteriormente, tem-se que o ativismo jurídico, pautado pela lógica individualista e compensatória do positivismo tradicional, é insuficiente para proporcionar uma real efetivação dos direitos sociais. Trata-se, muitas vezes, e principalmente em demandas individuais sobre o direito à saúde, de verdadeiro *ato de caridade* com o dinheiro público, uma vez que, ao serem confrontados com a possibilidade de que a pessoa que está reivindicando a concessão de algum remédio possa morrer, os

10306&num_registro=200601380246&data=20061030&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 fev. 2016.

juízes preferem determinar, sem maiores reflexões sobre os custos e outros aspectos técnicos pertinentes, a concessão do remédio, de tratamentos ou cirurgias, em vez de assumirem o fardo dessas decisões difíceis sobre a alocação de recursos para a implementação de políticas públicas em saúde.

Nesse sentido, pode-se afirmar que,

[...] por trás dessas decisões, não haveria nenhum novo, moderno, cosmopolita e democrático constitucionalismo, mas apenas o velho patrimonialismo da elite brasileira, para a qual o governo não seria o principal instrumento de redistribuição de recursos, e sim o motor principal para preservar a desigualdade social (GOUVÊA, 2013, p. 414)⁹.

Desse modo, o Judiciário, mesmo que ativista, continuaria sendo uma instituição tradicionalmente conservadora, uma vez que a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais para manter seus privilégios. Para tanto, basta lembrarmos que quem tem maior acesso à informação, inclusive sobre seus direitos, e condições para contratar melhores advogados, tem um maior acesso à Justiça.

Entendemos, assim, que esse tipo de adjudicação de direitos sociais, sem a devida reflexão sobre as estruturas socioeconômicas e os impactos das decisões judiciais, indica que os juízes, muitas vezes, não conhecem, nem procuram conhecer, os ônus atinentes às escolhas que resultaram na composição de interesses que culminaram na decisão política, o que, no limite, levaria a uma verdadeira *irresponsabilidade política* por parte do Poder Judiciário (BUCCI, 2009, p. 5).

Enfim, vale dizer que o ativismo judicial pautado pelo *voluntarismo irracional* é a realização de um modelo que celebra o como-

⁹ Tradução livre do original: “Behind these decisions is not any ‘new’, modern, cosmopolitan, and democratic constitutionalism, but instead the same remarkable patrimonialism of Brazilian society for whom government is not considered the principal instrument for resource redistribution, but rather as the primary motor to preserve social inequality”.

dismo por parte dos juizes, que preferem perpetuar uma lógica de subsunção simplista do fato à norma. A perpetuação dessa lógica reforçaria, ao seu turno, a lógica bilateral positivista de credor-cidadão/devedor-Estado, que ignora, além da estrutura dos direitos sociais, a própria realidade social em que vivemos.

Entretanto essa não é a visão do próprio Poder Judiciário sobre o seu papel no atual momento e sobre a efetivação dos direitos fundamentais. Para o ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, o Poder Judiciário assumiu papel fundamental no funcionamento do Estado, justamente por estarmos “numa época em que direitos humanos estão fartamente assegurados na legislação”, de modo que seria dever dos magistrados executar a sua concretização. Para o ministro, “os juizes hoje fazem parte da confecção e da elaboração das próprias políticas públicas, como na área do consumidor, do meio ambiente, dos povos indígenas, da proteção à criança e ao adolescente, ao idoso e aos deficientes físicos”¹⁰.

Para Lewandowski, desde a promulgação da Constituição de 1988, e especialmente ao longo da última década, “o Judiciário passou de uma postura interpretativa mais ortodoxa, que analisava o Direito principalmente a partir de regras jurídicas escritas na Constituição e nas leis, para fazê-lo também com base em princípios”. Ainda de acordo com o presidente do Supremo, a partir dessa nova postura, o Judiciário começou a intervir em questões antes reservadas exclusivamente aos demais Poderes, participando de maneira mais ativa da formulação de políticas públicas, especialmente nas áreas da saúde, do meio ambiente, do consumo, da proteção de idosos, crianças, adolescentes e pessoas com deficiência, de tal modo que o STF passou a interferir “em situações limítrofes, nas quais nem o Legislativo, nem o Executivo brasileiro alcançaram consenso para resolver”¹¹.

¹⁰ Ver: “Judiciário tem papel de protagonismo no funcionamento do Estado, diz Lewandowski”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=280306>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

¹¹ Ver: “Presidente do STF: ‘Judiciário é ator fundamental ao equilíbrio institucional’”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=288351&tip=UN>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

Nesse contexto, tem-se a institucionalização de instrumentos de participação popular, notadamente das audiências públicas, celebradas como instrumentos de efetivação da participação democrática.

Num primeiro momento, pode parecer que a *abertura democrática* proporcionada pela realização das audiências públicas é, inclusive, um sinal de mudança de postura dos órgãos julgadores, um sinal até mesmo de *humildade* e de reconhecimento dos limites da jurisdição tradicional. Afinal, dentro de um contexto de atuação jurisdicional em que, inevitavelmente, se reconhecem certos espaços compartilhados com outros órgãos e Poderes, faz-se necessária a democratização dos próprios procedimentos adotados por esses juizes e tribunais, em vista de possibilitar maior abertura pluralista quanto à interpretação e aplicação dos conteúdos constitucionais.

Ademais, para muitos, as audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal seriam a própria realização da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” proposta por Peter Häberle (2002), para o qual, no processo de interpretação constitucional, estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Aliás, esse parece ser o entendimento do próprio STF, como se vê na notícia cujo trecho transcrevemos abaixo:

20 de abril de 2007. A data entrou para a história do Supremo Tribunal Federal porque neste dia a população brasileira passou a ter voz ativa nas decisões mais polêmicas do Supremo, por meio das audiências públicas. Nesses encontros, os ministros da Corte são apenas ouvintes. Os protagonistas são os representantes de segmentos da sociedade civil e do governo, os quais expõem seus argumentos no intuito de auxiliar os votos que, mais tarde, serão dados no Plenário pelos onze magistrados do tribunal¹².

¹² Fonte: “Audiências públicas abrem os microfones do Supremo à sociedade”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124643&caixaBusca=N>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

Ocorre que, para que o Supremo Tribunal Federal se torne um espaço de verdadeiro diálogo, pelo menos no que se refere ao papel das audiências públicas, questões como a grande discricionariedade na forma de convocação, a seletividade dos temas e a própria forma de participação dos interessados e dos ministros deverão ser repensadas.

Melhor dizendo, para que as audiências públicas sejam efetivamente essa expressão democrática que o STF anuncia, entendemos que o instituto deve se tornar mais amplo e transparente, no sentido de ter um propósito bem estabelecido no Tribunal Constitucional.

Em apertada síntese, verifica-se que sua atual institucionalização foi feita de modo incipiente, sem completa regulamentação sobre a forma de sua realização e qual o seu verdadeiro papel no processo decisório judicial. Falta ao STF definir se a audiência pública é um instrumento efetivo de deliberação e de diálogo amplo da Corte com a sociedade civil ou se é um instrumento técnico, uma forma mais sofisticada do *amicus curiae*, voltado para dirimir dúvidas, de modo limitado, no bojo de ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental, que, no nosso entender, parece ser a forma original proposta pelas Leis n. 9.868/1999¹³ e n. 9.882/1999¹⁴.

Essa percepção fica clara ao analisarmos a Emenda Regimental n. 29/2009 do STF, que inseriu dispositivos que permitem ao presidente do Tribunal e ao relator do processo:

¹³ “Art. 9º [...] § 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

¹⁴ “Art. 6º [...] § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.”

[...] convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal¹⁵.

Nesse sentido, entendemos que a regulamentação apenas aumentou o rol de legitimados para convocar a audiência pública, pouco modificando o caráter voluntário (e pontual) do instituto, uma vez que os motivos para a convocação continuaram abertos e vagos (“grande relevância da matéria e interesse público envolvido”).

Diante dessas características, é natural que restem dúvidas sobre a possibilidade de efetivação dos direitos sociais por intermédio das audiências públicas no Judiciário. Como apontado, persis-

¹⁵ Nos termos do Regimento Interno do STF:

“Art. 13. São atribuições do Presidente:

[...]

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 29/2009).

XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou em qualquer processo em curso no âmbito da Presidência (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 29/2009).

[...]

Art. 21. São atribuições do Relator:

[...]

XVII – convocar audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 29/2009).

XVIII – decidir, de forma irrecorrível, sobre a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, em audiências públicas ou nos processos de sua relatoria (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental n. 29/2009).”

tem aspectos, sobretudo na questão do voluntarismo, que indicam que a *instrumentalização das audiências perpetua decisões descoordenadas e compensatórias, incapazes, por si só, de aperfeiçoar as políticas públicas*. Essa instrumentalização evidencia, além disso, o caráter pontual e seletivo das audiências públicas, na medida em que os temas a serem tratados por meio delas podem ser cuidadosamente escolhidos para reforçar a legitimidade da atuação judicial.

Em igual sentido, ao analisarmos a dinâmica das audiências públicas realizadas pelo STF no que diz respeito à efetivação do direito à saúde, a saber, as audiências sobre “a judicialização da saúde”, “o programa Mais Médicos” e “a internação com diferença de classe no SUS”¹⁶, verificaremos que tais audiências reproduziram esse caráter discricionário, visto que todas, sem exceção, foram convocadas de modo unilateral pelo ministro-relator e obtiveram um alcance muito limitado dentro da própria corte: todas as audiências em questão trouxeram exposições de determinados especialistas, que, convocados sem a definição de critérios objetivos, falaram apenas para um ministro, sem a realização de um amplo debate e diálogo efetivo entre os demais membros da Corte Constitucional.

Mesmo no caso da audiência pública sobre a *judicialização da saúde*, que foi precedida de maior preocupação com o seu alcance e com os resultados almejados, seus efeitos foram pouco sentidos quanto à forma de atuação judicial no que diz respeito à efetivação do direito sanitário.

Isso porque, ainda que evidenciada uma preocupação com a criação de uma metodologia e de parâmetros para lidar com as demandas judiciais sobre a saúde (ao mesmo tempo em que foi reafirmada a legitimidade do Poder Judiciário para decidir sobre as políticas públicas sanitárias), basta analisarmos a jurisprudência

¹⁶ Ver <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>> para acessar notícias, transcrições e relatos sobre a dinâmica da realização das audiências públicas pelo STF, que foram devidamente tratadas na dissertação (ver *Nota 1*) e não puderam ser reproduzidas no presente artigo, tendo em vista seu escopo mais limitado.

mais recente do STF¹⁷⁻¹⁸ para percebermos que as decisões referentes ao fornecimento de medicamentos são ainda justificadas com argumentações muitas vezes vagas, pouco objetivas, nas quais há um sopesamento de princípios *abertos* (direito à vida, dignidade da pessoa humana etc.), cujo real significado e alcance são difíceis de serem mensurados.

Nesse sentido, parece-nos difícil não perceber a instrumentalização da audiência pública como sendo precária, pouco afetando a forma como o Judiciário decide questões de políticas públicas. Ela seria voltada, quase que exclusivamente, a tratar do problema da falta de legitimidade democrática dos tribunais, o que, ao nosso sentir, é um sinal de que essa instrumentalização é, de fato, apenas um refinamento do modelo decisório, compensatório e individualista, incapaz de contribuir para a efetivação dos direitos sociais envolvidos e de tornar o STF uma *arena de luta social*.

Dessa forma, tem-se que a institucionalização apontada acaba sendo realizada sem a crítica necessária aos limites do positivismo jurídico tradicional e termina repetindo os “erros” que o ativismo judicial tem cometido em relação à efetivação dos direitos sociais. Entretanto, mesmo não produzindo efeitos sensíveis na forma de decidir sobre a aplicação desses direitos, as audiên-

¹⁷ Na notícia “Mantidas liminares que obrigam município paulista a custear tratamentos”, destaco a afirmação do min. Joaquim Barbosa: “*a mera menção abstrata ao risco representado pelo cumprimento das ordens judiciais impugnadas não é suficiente para autorizar a sua suspensão, uma vez que, tratando-se de prestações relacionadas ao direito fundamental à saúde, a impugnação estatal à sua satisfação imediata deve levar em conta, na grande maioria dos casos, o perigo de que a demora no julgamento final da causa venha a comprometer o direito à vida dos cidadãos beneficiados pela tutela liminar*” [grifos nossos]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241165&caixaBusca=N>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

¹⁸ Na notícia “Presidente do STF mantém decisão que garante medicamentos para portadores de doença rara”, destaco o seguinte trecho da decisão: “*A suspensão dos efeitos da decisão poderia causar situação extremamente mais grave (sofrimento contínuo e diário, com redução da qualidade e expectativa de vida dos pacientes) do que aquela que se pretende combater*” [grifos nossos]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=188964&caixaBusca=N>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

cias públicas têm-se tornado instrumentos de legitimação dessa atuação voluntarista, na medida em que são propagandeadas pelo Poder Judiciário como um canal de comunicação direta com a sociedade civil, sendo, portanto, capazes de mitigar a crítica de que ele carece da legitimidade necessária para decidir questões de políticas públicas.

Em verdade, percebe-se que o Judiciário tem-se apressado em combater as críticas sobre sua suposta falta de legitimidade democrática e, nesse sentido, tem institucionalizado e convocado cada vez mais audiências públicas.

É importante destacar que, para alguns autores, nem mesmo com a criação de uma estrutura técnica de suporte ao juiz seriam superados os limites da atuação judicial em relação às políticas públicas, tendo em vista que a lógica da atuação judicial é, sobretudo, atomizada, baseada nos conflitos explicitados e, portanto, essencialmente secundária no que diz respeito à efetivação de políticas públicas, que, por sua vez, seriam amplas e aglutinadoras (BUCCI, 2009, p. 5).

Contudo, não ignoramos que o Judiciário pode ser um poderoso instrumento de formação de políticas públicas, mas, para que isto aconteça, é necessário que haja mais iniciativas de caráter menos particularmente reivindicantes e mais sociais, coletivas (LOPES, 2010), somadas a uma mudança de postura, de abertura ao diálogo democrático no bojo do processo jurídico.

Ocorre que, infelizmente, ainda *não é possível perceber a superação do individualismo nas reivindicações nem na resposta judicial, o que faz com que o aperfeiçoamento da política pública se dê de modo indireto, no sentido de reação à judicialização, mas não como resultado dela.*

Isso é evidente no episódio da judicialização relacionado à chamada “pílula do câncer”, uma vez que a efetivação do direito à saúde pela via judicial, neste caso, é pautada pelo individualismo, o que tem resultado em milhares de processos, que, de forma desordenada, determinam, muitas vezes liminarmente, o acesso à fos-

foetanolamina sem critérios (inclusive técnicos)¹⁹, de tal modo que o aprimoramento da política pública é resultado da judicialização excessiva, mas somente de forma reativa²⁰.

4. As audiências públicas e o Ministério Público: uma perspectiva estruturalista

Diante de todo o exposto em relação à problemática utilização (atual) das audiências públicas pelo Poder Judiciário no caso da efetivação do direito à saúde, convém apontarmos alguns aspectos sobre a atuação do Ministério Público e como o uso das audiências públicas pela instituição pode trazer experiências efetivamente deliberativas, pautadas em um real diálogo com a sociedade civil e capazes, portanto, de produzir efeitos transformadores no direito à saúde, tanto no que se refere à judicialização e ao controle de políticas públicas quanto na criação delas.

Nesse sentido, convém apontarmos que a Constituição Federal, em seu art. 27, inciso IV, determina que “cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual” e “promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no *caput* deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito”.

Desse modo, a realização de audiências públicas no âmbito do Ministério Público não representaria uma submissão da instituição ao controle popular. Muito pelo contrário, representaria um instrumento apto à coleta de subsídios para a atuação na defesa do interesse público (SOARES, 2002).

19 Ver: “Ações por ‘pílula do câncer’ travam sistema jurídico da USP”. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,acoes-por-pilula-do-cancer-travam-sistema-juridico-da-usp,10000016211>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

20 Ver: “Pesquisa em fosfoetanolamina”. Disponível em: <<http://www.mcti.gov.br/fosfoetanolamina>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

Assim, tem-se que a utilização da audiência pública no âmbito do Ministério Público visa aprimorar as providências a serem tomadas, de modo a legitimar suas ações mediante maior proximidade com a realidade e as necessidades da coletividade. Sua realização não consiste em um dever imposto pela Constituição, mas em um mecanismo para o aperfeiçoamento da atuação funcional que pode ser utilizado discricionariamente.

O próprio perfil do Ministério Público, entendido aqui como órgão essencial à Justiça, torna-o apto para, no que diz respeito à efetivação do direito social à saúde, convocar a sociedade civil com o fim de colher os mais diversos subsídios – experiências de casos concretos, opinião de especialistas e de autoridades políticas –, possibilitando um aprimoramento e um controle da política pública sanitária por meio do ajuizamento de ações verdadeiramente coletivas e mais inclusivas (e conseqüentemente desvinculadas do caráter individualista e compensatório do direito positivo tradicional).

Percebe-se, assim, um elevado potencial no papel do Ministério Público e no seu diálogo com a sociedade civil para que o direito à saúde seja tratado em uma perspectiva estruturalista, ou seja, preocupada com as estruturas socioeconômicas e os interesses que as compõem²¹ e não somente interessada em reafirmar uma legitimidade decisória seletiva.

Para superarmos essa perspectiva “intimista”, é necessário que as audiências públicas se tornem instrumentos capazes de promover uma deliberação genuína entre os juízes e interlocutores. Nesse sentido, entendemos que as audiências públicas que podem ser con-

²¹ Trata-se, portanto, de uma perspectiva que tenta afastar o Direito da visão racionalista e intimista do direito positivo, afinal, “[...] se o direito não se propõe a tratar de estruturas, mas apenas se preocupa com esquemas lógicos e autointegrados, o máximo que se pode almejar são as compensações interindivíduos ou intergrupos. Da afirmação positiva dos direitos objetivos surgem pretensões, direitos subjetivos de uns perante outros. De início, parece ser possível fazê-lo ao nível individual. Fazer justiça na tradição civil do século XIX é fazer com que indivíduos desvantajados no processo de trocas ou na vida civil tenham acesso a compensações” (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 538).

vocadas pelo Ministério Público têm potencial para produzirem ações e compromissos mais coletivizados e capazes de serem meios de contestação pública que possibilitem o envolvimento de todos os atores interessados.

Por tudo isso, é preciso reforçar a ideia de que a audiência pública pode se tornar um instrumento transformador no que diz respeito à efetivação dos direitos sociais. Afinal, a revisão judicial não precisa ser vista apenas como um dique ou uma barreira de contenção, mas também como um propulsor de deliberações mais qualificadas (MENDES, 2008, p. 214). Nesse sentido, destacamos que a atuação do Ministério Público por meio da convocação de audiências públicas tem um potencial catalisador para que sejam produzidas demandas verdadeiramente coletivas, capazes de abrir caminhos para iniciativas de caráter global, como sugestões de projetos de lei e formulação de políticas públicas (nos mais diversos graus da federação).

Contudo, para que isso ocorra, é necessário, primeiro, que os operadores do Direito em geral, inclusive os próprios membros do Ministério Público, superem a perspectiva individualista e compensatória do direito positivo e adotem uma visão estruturalista, preocupada com as estruturas socioeconômicas, para que a aplicação das normas assuma uma perspectiva mais inclusiva e transformadora. É necessário, em segundo lugar, que as audiências públicas se tornem um instrumento amplamente utilizado, com objetivos, formas e escopos bem definidos.

5 Conclusões

Procuramos apresentar, neste breve artigo, os enormes desafios enfrentados para que possamos ter uma melhor efetivação do direito à saúde.

Apontamos que os direitos sociais, por sua natureza *promocional*, demandam métodos hermenêuticos que vão além da mera subsunção do direito à situação fática. Verificamos que tais direitos, devido a sua estrutura, precisam de uma série de procedimentos

(estudos, planejamento, decisões) que, por sua vez, culminam na realização de uma política pública com objetivos definidos e de alcance global.

Nesse sentido, a atuação jurisdicional no âmbito do controle dessas políticas públicas deveria ser pautada por um maior cuidado e preocupação em conhecer os aspectos técnicos e políticos que nortearam a sua execução.

Entretanto, no que diz respeito à aplicação do direito à saúde, ocorre, infelizmente, a persistência de um modelo de adjudicação de justiça judiciária individualista e compensatório que, respaldado em um ativismo jurídico *despreparado*, justamente por ignorar amplos aspectos das políticas públicas, toma e aplica, de forma voluntarista, decisões que determinam o fornecimento de medicamentos e tratamentos sem maior reflexão, o que, no limite, impacta todo o planejamento da política pública sanitária.

Nesse contexto, verificamos uma instrumentalização das audiências públicas como ferramentas de participação democrática na esfera do processo judicial. Entretanto, conforme demonstrado, a utilização das audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal foi (e continua sendo) muito precária, com notável ausência de critérios em relação a sua convocação, forma de realização e efeitos.

Diante da seletividade, dos amplos poderes discricionários do ministro que convoca a audiência e, principalmente, pela gritante ausência de diálogo entre a sociedade civil e a Corte Constitucional (tendo em vista que os ministros do STF pouco participam das exposições dos diversos especialistas e interessados convocados para apresentar seus pontos de vista), temos que a *capacidade democrática* da audiência pública é muito pouco aproveitada, sendo utilizada praticamente como uma ferramenta de legitimação pontual de determinadas decisões judiciais.

Por tudo isso, concluímos que, no caso da efetivação do direito sanitário, a utilização de audiências públicas pelo STF fez muito pouco para a reflexão sobre a questão da judicialização da saúde, justamente por replicar os limites observados no modelo positivista

tradicional. Ela se mostrou uma utilização pautada pelo aspecto compensatório e pontual, incapaz de propiciar uma ampla discussão sobre as políticas públicas e sobre o papel do SUS.

Apontados todos esses limites, apresentamos opções para o Ministério Público no que se refere à utilização de audiências públicas focadas no diálogo efetivo e capazes de proporcionar uma atuação e uma (eventual) judicialização interessadas em promover o controle democrático de políticas públicas de saúde, aptas, inclusive, a possibilitar a produção de iniciativas mais globais, como a elaboração de projetos de lei e outras iniciativas capazes de criar e aprimorar as diversas políticas públicas responsáveis pela efetivação do direito à saúde.

Referências

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios. In: NOBRE, Milton Augusto de; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL. *Audiência Pública – Saúde*. Brasília: Supremo Tribunal Federal – Secretaria de Documentação, Coordenadoria e Divulgação de Jurisprudência, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. *Revista Conjur*, 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: JusPodivm, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. *Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62501>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. O conceito jurídico de política pública em direito. In: _____. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito de jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BURGOS, Marcelo Baumann; VIANNA, Luiz Werneck. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. São Paulo: Revan, 1999.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

DALLARI, Sueli. Aspectos particulares da chamada judicialização da saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, n. 1, v. 14, EDUSP, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/56624/59641>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

DALLARI, Sueli. O direito à saúde. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, n. 22, 1988.

_____. O Judiciário e o direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DIAS, Michelle Souza. *Supremo Tribunal Federal e seletividade decisória – prática política e (re)desenho institucional?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ELSTER, Jon. *Local justice*. New York: Russell Sage Foundation, 1993.

FARIA, José Eduardo. *O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico*. In: _____. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*, n. 21, São Paulo, EDUSP, 1994.

FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. Conflitos de justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro – homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. Conflitos intersubjetivos e apropriações sobre o justo. In: SILVA, Luciana Aboim Machado G. da (Org.). *Mediação de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013a.

_____. Contribuição da ciência política para um conceito operativo de conflito e uma pragmática responsável da mediação. In:

FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Mediação e direitos humanos: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: LTr, 2013b.

GOUVÊA, Carlos Pagano Botana Portugal. *Social rights against the poor*. In: Social Science Research Network, 2013. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2219890>. Acesso em: 21 fev. 2016.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no estado social de direito*. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo – FFLCH em 2008. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. O projeto de uma corte deliberativa. In: PINTO, Henrique Motta et al. (Orgs.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013a.

NEVES, Marcelo. Judiciário intensifica privilégios no acesso à saúde. *Revista Consultor Jurídico*, 2013b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-19/observatorio-constitucional-judiciario-intensifica-privilegios-acesso-saude>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, Curitiba, 2007.

_____. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Novo estruturalismo jurídico: uma alternativa para o direito? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 926, 2012.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: JusPodivm, 2010.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2013.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Judicialização de políticas: uma introdução à temática do controle judicial sobre as respostas dos poderes públicos às demandas sociais*. Direito administrativo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

_____. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3145/a-audiencia-publica-no-processo-administrativo/1>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

SOUZA, Renilson Rehem de. *O sistema público de saúde brasileiro*. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Controle de constitucionalidade e judicialização: o STF frente à sociedade e aos poderes*. São Paulo: SBDP, 2011.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 11, n. 3, 2011.

VESTENA, Carolina Alves. *Participação ou formalismo? O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Poder Judiciário). Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 2010.

História e Direito

O fordismo/taylorismo, o toyotismo e as implicações na terceirização¹

Tadeu Henrique Lopes da Cunha

Procurador do Trabalho na Procuradoria do Trabalho no Município de São José do Rio Preto. Professor de Direito Civil e Trabalho da Universidade Paulista. Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Resumo: O presente estudo concerne à gênese da terceirização no mundo fático a partir de variações nos sistemas de produção capitalista, à passagem de um modelo vertical e concentrado, aqui representado pelo fordismo/taylorismo, para uma forma de produção mais flexível e horizontal, o denominado toyotismo. Esse modelo japonês de produção trouxe grandes implicações no mundo do trabalho, ressaltando-se, neste artigo, a terceirização, que, indubitavelmente, influencia sobremaneira o Direito do Trabalho. A ideia é a de que o jurista, para exercer a tarefa hermenêutica e de aplicação do Direito, deve ter ciência da realidade fática, sobretudo com o conhecimento da origem histórica de situações que serão objeto de aferição jurídica.

Palavras-chave: Fordismo. Taylorismo. Estado de Bem-Estar Social. Lutas sociais. Toyotismo. Terceirização. Neoliberalismo.

Abstract: This study concerns the genesis of outsourcing in the factual world from changes in capitalist production systems, the passage of a vertical and centralized model, represented here by fordism/taylorism, for a way to more flexible and horizontal production, called toyotism. This Japanese model of production

¹ Este artigo tem como base parte da Dissertação de Mestrado, com alterações, defendida em 2007 pelo autor, com a seguinte referência: CUNHA, Tadeu Henrique Lopes da. *Terceirização e seus efeitos sobre os direitos do trabalhador no ordenamento jurídico brasileiro*. 2007. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007.

brought major implications for the world of work, and this article points up outsourcing, which undoubtedly greatly influences the Labour Law. The idea is that the lawyer to practice hermeneutics and application of law task should be aware of the factual reality, especially with the knowledge of the historical origin of situations that will be subject to legal assessment.

Keywords: Fordism. Taylorism. Welfare State. Social struggles. Toyotism. Outsourcing. Neoliberalism.

Sumário: 1 Introdução. 2 Fordismo/taylorismo. 2.1 Características gerais. 2.2 O fordismo/taylorismo no Brasil. 2.3 Crise do fordismo/taylorismo. 3 Toyotismo. 3.1 O modelo japonês de produção (o toyotismo) como solução para crise. 3.2 Gênese do modelo japonês de produção. 3.3 Transferência do modelo japonês. 3.4 A implantação de novas técnicas de gestão empresarial no Brasil. 4 Conclusão.

1 Introdução

Atualmente, a terceirização tem sido um assunto muito debatido, tanto nos tribunais quanto no Poder Legislativo. Se na jurisprudência o tema vem sendo objeto de debates desde a década de 1970, no Congresso Nacional a celeuma foi intensificada com a aprovação, pela Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei n. 4.330/2004, em que se permite a terceirização da atividade-fim.

Paralelamente, o Recurso Extraordinário com Agravo n. 713.211, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, certamente representará intensos debates relativos à terceirização em cotejo com a ordem constitucional brasileira.

Logo, é indiscutível a relevância do estudo da terceirização. Neste artigo, procura-se fazer um esboço histórico do tema sob o aspecto sociológico e econômico, analisando-se sua gênese a partir de mudanças nos modelos de produção capitalista. Perpassa-se, destarte, uma forma concentrada e vertical de produzir, com o fordismo/taylorismo, alcançando o modelo japonês, flexível e horizontal, denominado toyotismo, sendo que é neste último que se insere a terceirização.

2 Fordismo/taylorismo

2.1 Características gerais

A organização industrial, a qual emergiu da revolução industrial ocorrida na Europa no século XIX, especialmente na Inglaterra, foi aperfeiçoada no Novo Continente, mais precisamente na Filadélfia e em Detroit, nos Estados Unidos da América (DE MASI, 2003, p. 126). O aperfeiçoamento desejado veio com Taylor e com Ford. Aquele foi um engenheiro que se dedicou, entre outras coisas, à administração científica. Para ele, as atividades relacionadas à execução deveriam ser separadas daquelas consideradas diretivas. Os serviços concernentes à execução eram classificados, cronometrados, sem deixar qualquer margem à imaginação do operário (DE MASI, 2003, p. 128-129).

Ford, que era não somente engenheiro mas também empresário, resolveu colocar em prática a teoria de Taylor, adotando a racionalização e a maximização na indústria automobilística (DE MASI, 2003, p. 133).

Ele criou, em 1903, uma indústria automobilística que até hoje leva o seu nome, baseando a sua produção em um sistema que se denominou fordismo. Esse sistema visava à produção de veículos a serem vendidos por preços relativamente baixos. Para isso, ele utilizava cinco transformações principais (GOUNET, 2002, p. 18-19):

- a produção em massa como forma de redução do preço de venda do carro, com a racionalização das operações e a redução do desperdício;
- considerava-se como primeira racionalização a *parcelização* das tarefas, fazendo uso do método taylorista de produção. O trabalho do operário limitava-se a uma série de exercícios repetitivos, o que tornava o trabalhador desqualificado;
- a integração entre os trabalhadores era feita pela linha de montagem. Ela ligava os trabalhos individuais sucessivos e ditava o ritmo da produção de acordo com a intenção da direção da empresa;

- a padronização das peças para simplificar a produção. Para tanto, Ford deveria incorporar as pequenas empresas que cuidavam da fabricação das peças. Com isso, ocorreu a integração vertical, havendo um controle direto de toda a produção; e
- a automação das fábricas, ocorrida ao término de todo o processo.

O binômio fordismo/taylorismo, que indica sistema produtivo e processo de trabalho, estruturava-se na *fabricação em massa* de mercadorias, fundada na produção *homogeneizada e verticalizada*. Assim (ANTUNES, 2003, p. 36-37),

Na indústria automobilística taylorista e fordista, grande parte da produção necessária para a fabricação de veículos era realizada internamente, recorrendo-se apenas de maneira secundária ao fornecimento externo, ao setor de autopeças. Era necessário também racionalizar ao máximo as operações realizadas pelos trabalhadores, combatendo o “desperdício” na produção, reduzindo o *tempo* e aumentando o *ritmo* de trabalho, visando a intensificação das formas de exploração [grifos do original].

Cabe mencionar que o taylorismo separava o trabalho manual do trabalho intelectual. Além disso, a empresa tornava o operário um ser não pensante, possibilitando um maior controle do capital sobre o processo de produção. Destarte, a fábrica impulsionou o controle social (DRUCK, 1999, p. 41-42).

O padrão de produção fordista/taylorista baseou-se no *trabalho parcelar e fragmentado*, consoante o qual as tarefas eram decompostas a fim de que os operários praticassem movimentos repetitivos, que, somados, resultavam no produto coletivamente produzido. O trabalhador era um mero apêndice da máquina (ANTUNES, 2003, p. 37).

Desta forma, a linha de produção comportava uma verdadeira divisão do trabalho. Para cada parte da produção, um operário (ou um grupo de operários) executava uma determinada tarefa; a interligação entre as partes da tarefa era realizada pela esteira, o que conferia um ritmo de trabalho programado pela gerência. Assim, combinava-se o fordismo (a divisão parcelar do trabalho)

com o taylorismo (ritmo de trabalho determinado pelo cronômetro como o ideal para um determinado tipo de produção, evitando o desperdício na linha de montagem). Destarte, havia uma nítida separação entre a *elaboração* (dimensão intelectual do trabalho), que era incumbência da gerência científica, e a *execução* (parte manual do trabalho), de competência dos operários (ANTUNES, 2003, p. 37; PRADO, 1999, p. 16-17).

Nas palavras do sociólogo italiano De Masi (2003, p. 135),

A linha de montagem evita que o trabalhador se desloque ou se movimente para pegar um componente, porque leva as peças ao lugar preciso onde ele deve utilizá-las. Desse modo, grande parte do tempo antes perdido pelos operários é incorporado na linha de montagem. O trabalho se parceliza posteriormente e perde qualidade; a produtividade cresce visivelmente. Onde enlouquecia a desordem das coisas, o perambular e o vozerio dos homens, agora reinam, soberanos, a precisão dos gestos, o silêncio das pessoas, a força da máquina. [...]. Em poucos anos a linha de montagem – posta no ponto, finalmente – conseguiu quadruplicar o rendimento de cada operário.

Esse método de trabalho não foi, contudo, aceito de forma pacífica pelos trabalhadores. Houve greves na metalurgia em virtude do sistema de pagamento por prêmios, da desqualificação, e devido ao controle do tempo pelo cronômetro. Os trabalhadores mais qualificados reclamavam contra a expropriação do saber e a quebra da autonomia. Os operários com menor qualificação buscavam melhores salários e diminuição no ritmo de trabalho. A resistência ao taylorismo foi mais forte nos EUA, onde foi iniciada a sua implantação, todavia, não se concentrou somente nesse país, encontrando ressonância, outrossim, na Inglaterra (DRUCK, 1999, p. 44-45; BOTELHO, 2000, p. 15-16).

Para que tal método de produção obtivesse êxito era necessário que a sociedade se convencesse de suas vantagens, cedendo o controle sobre seu modo de trabalho e de vida (DRUCK, 1999, p. 47). Assim, o fordismo/taylorismo não pode ser considerado como um simples modelo de produção, mas, sobretudo, como um artifício utilizado para a dominação social.

O taylorismo, para ser bem-sucedido, precisava da cooperação entre o trabalho e o capital, isto é, era necessária a ausência de conflito. Contudo, seu método era autoritário, o que afastava o consenso dos trabalhadores em se submeter ao novo paradigma de produção. A adesão dos trabalhadores aconteceu em virtude do aumento dos salários e da concessão de benefícios sociais até então inexistentes (DRUCK, 1999, p. 47-49).

Dessa forma, como expediente para atrair mão de obra para sua indústria, Henry Ford aumentou substancialmente o salário dos operários, o que fez recrudescer exponencialmente a oferta de trabalho para a sua empresa.

Em outras palavras:

Graças à nova organização da produção e ao afluxo de operários, atraídos pela diária de 5 dólares, Ford conquista o mercado norte-americano e, em seguida, mundial. Apesar do aumento dos custos salariais, ele consegue baixar o preço dos veículos, seu objetivo para alcançar o consumo das massas. Aquilo que perde na produção de um veículo, recupera na massa de carros vendidos. Em 1921, pouco mais da metade dos automóveis do mundo (53%) vem das fábricas Ford. O capital da empresa, que era de 2 milhões de dólares em 1907, passa a 250 milhões em 1919 graças aos lucros incessantes (GOUNET, 2002, p. 20).

Entretanto, os altos salários não seriam suficientes se não houvesse uma combinação com outros elementos de controle social. Se não houvesse a coerção social, os altos salários teriam sido insuficientes para angariar a adesão dos trabalhadores ao novo industrialismo (GRAMSCI, 1980, p. 405).

Nesse sentido, havia o controle sobre a produção e o trabalho, além da observância e vigilância da vida privada do trabalhador (*proibicionismo*). Utilizavam-se métodos *puritanistas* voltados à adaptação do trabalhador ao novo industrialismo (GRAMSCI, 1980, p. 396-397).

Assim, havia um controle no consumo de álcool a fim de não deteriorar a eficiência do trabalhador. Além disso, Ford verificava o modo como os empregados gastavam seus salários, e também ins-

pecionava a vida sexual dos trabalhadores, cujo descontrole poderia representar um óbice para o novo industrialismo (GRAMSCI, 1980, p. 398).

A sustentação do método de produção fordista/taylorista alicerçou-se, outrossim, em um compromisso entre o capital e o trabalho mediado pelo Estado (ANTUNES, 2003, p. 38).

Tal compromisso buscava a manutenção do modo de produção capitalista e estruturava-se na implementação de elementos constitutivos de um Estado de Bem-Estar Social, em troca do abandono da luta dos trabalhadores pelo projeto socialista. Logo, os representantes do capitalismo fizeram concessões aos trabalhadores a fim de evitar a luta de classes. Esse compromisso também se sustentava na exploração dos trabalhadores dos países subdesenvolvidos, que não participavam desse pacto “social-democrata” (ANTUNES, 2003, p. 38-39).

Para a realização plena do compromisso, os representantes dos trabalhadores (os sindicatos) atuavam na busca de melhores condições de trabalho, aumentos de salários e seguridade social, e, em troca, controlavam as bases operárias a fim de evitar o conflito com o capital (ANTUNES, 2003, p. 39).

Portanto, conforme outrora mencionado, o fordismo/taylorismo não se consubstancia em mera técnica de gestão administrativa voltada ao recrudesimento da produção e dos lucros, mas igualmente, e sobretudo, como um modo de organização da sociedade direcionado à expansão e manutenção do sistema capitalista de produção.

O fordismo/taylorismo consubstanciava-se em um modelo de controle do capital sobre o trabalho, com a concessão de algumas vantagens aos trabalhadores em troca de seu abandono do projeto de controle da produção. Por isso, não era mero modelo produtivo, mas sobretudo um expediente utilizado pelo capitalismo para o controle da sociedade e a manutenção do sistema diante das consequências nefastas (para a classe trabalhadora) advindas do liberalismo. Com isso, foram necessárias concessões salariais diretas e indiretas a fim de que os trabalhadores abdicassem da luta de classes.

2.2 O fordismo/taylorismo no Brasil

O fordismo e o taylorismo não foram aplicados uniformemente nos diversos países capitalistas do mundo. A transplantação de um modelo de produção sofre modificações porque as condições sociais e econômicas variam de acordo com o país a ser estudado. Tais condições podem ser díspares, inclusive, dentro de um mesmo país. Esse foi o caso, por exemplo, da implantação do toyotismo na Inglaterra (ANTUNES, 2003, p. 76-90).

Partindo dessa constatação, são notórias as diferenças entre o modelo adotado no Brasil e os modelos norte-americano e europeu. Não se pode dizer, assim, que o modelo implantado neste país seguiu as linhas do modelo fordista, pois não se pode entender que no Brasil houve um Estado de Bem-Estar Social nem o pleno emprego, pilares do modelo referido.

Apesar disso, é válido o entendimento de que parte do fordismo foi implantada no País. Pode-se dizer que a produção seguiu, de certo modo, o que foi relatado sobre esse modelo. Com as Constituições de 1934 (Título IV – “Da Ordem Econômica e Social” – nos arts. 121 e seguintes) e de 1946 (Título V – “Da Ordem Econômica e Social” – nos arts. 145 e seguintes) poderia ter havido um Estado de Bem-Estar Social, desde que as disposições respectivas tivessem sido efetivadas. No entanto, a primeira norma teve pouco mais de três anos de existência, ao passo que a segunda não era dotada de eficácia, sendo, destarte, difícil dizer que aqui houve plena aplicação do modelo fordista:

Embora possamos falar de estratégias *fordistas/tayloristas* de organização do trabalho no interior das unidades produtivas, fica difícil estender o conceito de *fordismo* para um conjunto maior de práticas sociais e para áreas mais amplas do território nacional. O chamado “compromisso *fordista*” que se desenvolveu nos países capitalistas ricos não encontrou a mesma acolhida em países pobres, como o Brasil. Algumas áreas restritas do país, como a região da Grande São Paulo, através da organização sindical e da luta efetiva por maior participação dos trabalhadores no cenário político e econômico nacional apresentaram algumas características de formação

de um conjunto de práticas sociais que poderiam ser associadas ao *fordismo* (BOTELHO, 2000, p. 65, grifos no original).

Diz-se que já nos anos 20 havia preocupação por parte dos empresários brasileiros em implantar o modelo taylorista e fordista de produção no Brasil. Essa intenção ganhou impulso com a Revolução de 1930 (DRUCK, 1999, p. 54).

Nesse período – a década de 1920 – duas empresas do setor automobilístico se instalaram no Brasil, mais especificamente em São Paulo: a Ford Motors do Brasil (1923) e a General Motors do Brasil (1925). A escolha da cidade foi estratégica, haja vista a existência de um grande contingente de mão de obra, o mercado consumidor composto pelos imigrantes e fazendeiros de café e a infraestrutura de transportes, com destaque para a ferrovia Santos-Jundiaí (BOTELHO, 2000, p. 62-63).

No entanto, quem iniciou a prática taylorista foi a Administração Pública, com as companhias ferroviárias no Estado de São Paulo. Pode-se dizer que foram várias as frentes para a instauração do método taylorista (DRUCK, 1999, p. 54-56):

- a qualificação da mão de obra brasileira por meio de institutos especializados no ensino industrial (surgem o SENAI e o SESI). O objetivo desta medida era o de substituir os operários estrangeiros, que eram mais combativos nas lutas sindicais, pelos brasileiros, considerados mais pacíficos e passíveis de dominação pelo capital;
- a política de substituição de importações, como forma de incentivo ao desenvolvimento industrial;
- a proliferação das escolas de engenharia, as quais propunham uma formação do engenheiro para que este atuasse na mediação entre a tecnologia/capital e o trabalho;
- o estabelecimento de uma legislação trabalhista destinada a prevenir o conflito entre o capital e o trabalho; e
- o controle do sindicato pelo Estado, o que objetivava evitar as lutas operárias.

2.3 Crise do fordismo/taylorismo

O termo *crise* é aqui utilizado entendendo-se que o modelo do *compromisso fordista* não conseguiu dar respostas imediatas a efeitos colaterais advindos no contexto desse compromisso. Em virtude do que foi mencionado supra, de que tal modelo não foi incorporado plenamente no Brasil, far-se-á referência ao que se entende por crise na forma genuína do modelo, sobretudo nos países europeus.

Vários fatores costumam ser mencionados para explicar a crise do modelo fordista. Costuma-se atribuir a crise do fordismo às quedas da produtividade e do crescimento econômico, ao recrudescimento dos déficits públicos, aos acordos de Bretton Woods e às crises do petróleo (PRADO, 1999, p. 20).

Ademais, pode-se dizer que os produtos fabricados pelo modelo fordista eram homogeneizados, uniformes, decorrentes de um processo de produção em massa de mercadorias. Os ganhos salariais auferidos pela classe trabalhadora – e consumidora, diga-se – tornaram-na mais exigente na escolha dos produtos. Isso implicou uma mudança no padrão de concorrência, que, outrora, era representado pela diferenciação de preços, e passou para a diferenciação de produtos. Para isso, a indústria deveria sempre buscar a inovação, a produção de mercadorias novas, diferentes, com o que era necessário um processo produtivo mais flexível, que permitisse a fabricação de produtos heterogêneos, voltados para um consumidor mais exigente e rompendo com a produção em massa (PRADO, 1999, p. 21).

A escola da regulação entende que cada modelo de produção representa uma determinada etapa do desenvolvimento capitalista. Durante um determinado período, o fordismo ocupou esse espaço (GOUNET, 2002, p. 57-61).

O esgotamento do referido modelo estaria na mudança do mercado consumidor, queda nas taxas de crescimento e, sobretudo, no conflito entre capital e trabalho (GOUNET, 2002, p. 61-63).

Há quem entenda que, embora o fordismo/taylorismo, pelo método de produção utilizado, tenha criado um trabalhador alienado, propiciou, por outro lado, uma convivência entre os traba-

lhadores fora da fábrica. Com isso eles teriam passado a questionar o controle social da produção. O epicentro das revoltas concernia ao método fordista/taylorista de produção (ANTUNES, 2003, p. 42).

O fordismo/taylorismo estruturou-se no crescimento da produção, com elevados lucros e bons salários, além de um eficiente sistema de seguridade social. O problema residia exatamente no fato de que um achatamento da produção poderia levar o sistema ao desequilíbrio. Desta forma, o recrudescimento da produção deveria ser acompanhado pela capacidade dos consumidores de adquiri-la. Assim, os salários teriam que subir de forma rápida a fim de que o mercado consumidor se mantivesse ativo. Esse equilíbrio se tornava cada vez mais difícil em virtude do aumento de reivindicações dos trabalhadores. Os Estados Unidos atuavam como agente estabilizador e asseguravam a manutenção desse sistema (HOBSBAWN, 1995, p. 279).

Todavia,

Durante a década de 1960, tudo isso dava sinais de desgaste. A hegemonia dos EUA declinou e, enquanto caía, o sistema monetário com base no dólar-ouro desabou. Houve alguns sinais de diminuição na produtividade da mão-de-obra em vários países, e sem dúvida sinais de que o grande reservatório de mão-de-obra da migração interna, que alimentara o *boom* industrial, chegava perto da exaustão. Após vinte anos, tornara-se adulta uma nova geração, para a qual a experiência do entreguerras – desemprego em massa, insegurança, preços estáveis ou em queda – era história, e não parte de sua experiência. Eles haviam ajustado suas expectativas à única experiência de seu grupo etário, de pleno emprego e inflação contínua (FRIEDMAN, 1968, p. 11). Qualquer que tenha sido a situação responsável pela “explosão mundial de salários” no fim da década de 1960 – escassez de mão-de-obra, crescentes esforços dos patrões para conter os salários reais, ou, como na França e na Itália, as grandes rebeliões estudantis –, tudo se assentava na descoberta feita por uma geração de trabalhadores acostumados a ter ou conseguir emprego, de que os regulares e bem-vindos aumentos a tanto negociados por seus sindicatos eram na verdade muito menos do que se podia arrancar do mercado. Detectemos ou não um retorno à luta de classes nesse reconhecimento de realidades do mercado (como

afirmaram muitos na “nova esquerda” pós-68), não há dúvida sobre a impressionante mudança de estado de espírito entre a moderação e a calma das negociações salariais antes de 1968 e os últimos anos da Era de Ouro (HOBBSAWN, 1995, p. 279-280).

Por outro lado, houve as crises do petróleo e o desmoronamento do sistema financeiro internacional, que se baseava no acordo de Bretton Woods, o que fez suprimir as condições utilizadas para a repressão financeira que forçava a maior valorização produtiva do capital e o compromisso com o pleno emprego, objetivo das políticas keynesianas (POCHMANN, 2001, p. 26; DELGADO, 2006, p. 111-112).

Nesse contexto,

A globalização financeira, que combina o desenvolvimento de inovações financeiras com informatização dos mercados, potencializa o volume de transações de curto prazo, pressionando a eliminação de controles cambiais, a liberalização das taxas de juros e a desregulamentação bancária.

[...]

Assim, o movimento dos capitais, além de fortalecer a supremacia do dólar, dá maior predomínio ao capital financeiro, inibindo o ciclo de expansão produtivo. A financeirização tanto resulta na valorização fictícia da riqueza, por meio da autonomização do capital a juros, como subordina a dinâmica econômica a taxas reduzidas de expansão produtiva (POCHMANN, 2001, p. 26-27).

Com isso, houve redução de investimentos no capital produtivo. Tendo menor disponibilidade de recursos, a concorrência ficou mais acirrada, o que levou muitas empresas a buscarem fusões e incorporações com outras, formando oligopólios, e, outrossim, a partirem com veemência para a redução de custos, entre outros, com especial relevância para os fins deste estudo, os trabalhistas. É nesse contexto que se insere o modelo toyotista de produção, que se alicerça, entre outras práticas, na utilização da subcontratação como redução de custos trabalhistas.

Portanto, houve uma conjunção entre os elementos da crise do sistema capitalista de produção (crise estrutural do capital –

problemas relacionados ao crescimento e à produtividade baixas), modificações no sistema financeiro internacional e as lutas de classes ocorridas em fins dos anos 60 e início dos 70, vislumbrando-se a possibilidade de uma hegemonia do mundo do trabalho. Essa confluência de fatores teve papel nevrálgico na crise daqueles anos (ANTUNES, 2003, p. 42).

3 Toyotismo

3.1 O modelo japonês de produção (o toyotismo) como solução para crise

O toyotismo e a era da acumulação flexível emergiram como solução para o contexto da crise estrutural do capital dos anos 70, a qual reunia elementos problemáticos internos ao próprio capital e as lutas oriundas da classe trabalhadora (ANTUNES, 2003, p. 47).

Pode-se dizer que

O capital deflagrou, então, várias transformações no próprio processo produtivo, por meio da constituição das formas de acumulação flexível, do *downsizing*, das formas de gestão organizacional, do avanço tecnológico, dos modelos alternativos ao binômio taylorismo/fordismo, onde se destaca especialmente o “toyotismo” ou o modelo japonês. Essas transformações, decorrentes da própria concorrência intercapitalista (num momento de crises e disputas intensificadas entre os grandes grupos transnacionais e monopolistas) e, por outro lado, da própria necessidade de controlar as lutas sociais oriundas do trabalho, acabaram por suscitar a resposta do capital à sua crise estrutural (ANTUNES, 2003, p. 47-48, grifos do original).

A resposta capitalista veio, ao menos, em duas frentes: no plano ideológico, em que se pode destacar a apologia do individualismo, em detrimento das formas de solidariedade e de atuação coletiva, e, principalmente, no plano da produção, cujo modelo foi alterado, o que ocorreu não em detrimento do sistema capitalista de produção, mas para corroborar esse sistema, no sentido da retomada do seu nível de acumulação e da continuação de seu projeto de dominação (ANTUNES, 2003, p. 48-50; PRADO, 1999, p. 23; DELGADO, 2006, p. 46-47).

O capitalismo sentiu a necessidade de maior circularidade das mercadorias, o que seria feito pela diminuição do tempo útil de vida dessas, o que forçaria a uma reposição mais rápida dos produtos. Desta forma, a aparência e a superfluidade emergem como características inerentes às mercadorias (ANTUNES, 2003, p. 50; GORZ, 2004, p. 37).

Nas palavras de Antunes:

Desse modo, o apregoado desenvolvimento de processos de “qualidade total” converte-se na expressão *fenomênica, involucral, aparente e supérflua* de um mecanismo produtivo que tem como um dos seus pilares mais importantes a *taxa decrescente do valor de uso* das mercadorias, como condição para a reprodução ampliada do capital e seus imperativos expansionistas (2003, p. 51, grifos do original).

Essa lógica parte de uma definição de Edward Barnays, sobrinho de Freud, de que o consumidor tem necessidades limitadas, mas possui desejos ilimitados. Para fazer com que estes (os desejos) recrudescessem, bastaria desfazer-se da ideia de que as compras dos indivíduos respondessem a necessidades práticas e a causas racionais. Os produtos deveriam ser transformados em vetores de um sentido simbólico. Era preciso, pois, criar uma cultura de consumo. Destarte, mesmo os objetos mais triviais seriam consumidos (GORZ, 2005, p. 48). Ademais, os produtos passaram a não ter mais o mesmo tempo de vida útil, vindo a ser repostos com maior frequência.

Como exemplo dessa lógica, podem-se mencionar as indústrias de computadores e, em especial, alguns de seus produtos, os *softwares*, que são mercadorias que se tornam obsoletas, desatualizadas, e inúteis com pouco tempo de uso. Com essa intensa circularidade de produtos, as empresas necessitam cada vez mais de inovação sob pena de serem ultrapassadas pelas concorrentes (ANTUNES, 2003, p. 51).

Esse procedimento, que tem como lógica a *lei de tendência decrescente do valor de uso das mercadorias*, acarreta diversas consequências nocivas tanto ao meio ambiente quanto à força humana de trabalho (ANTUNES, 2003, p. 52).

Dentro do processo de mudança no paradigma produtivo encontra-se o que se denomina de *liofilização*² organizacional e do trabalho, que se constituem em novas formas de intensificação do trabalho. O toyotismo apareceu como a suposta solução para o problema da crise estrutural do capital (ANTUNES, 2003, p. 52).

3.2 Gênese do modelo japonês de produção

O sucesso do modelo fordista/taylorista de produção fez com que as empresas concorrentes se vissem na necessidade de adotarem o mesmo modelo, sob pena de irem à falência. O modelo fordista de produção foi, destarte, internacionalizado (GOUNET, 2002, p. 21).

O Japão também entrou na corrida pelo desenvolvimento da indústria automobilística. Para tanto, introduziu o fordismo, protegeu a produção nacional e proibiu a produção estrangeira no país. Em 1939, as empresas americanas foram convidadas a sair do país (GOUNET, 2002, p. 23).

Contudo, a Segunda Guerra Mundial mudaria a situação:

Mas, em 1945, o Japão perde a guerra e retorna a intervenção norte-americana, não em certos setores, mas no conjunto do aparelho econômico, político e militar. Então volta à baila a discussão sobre a oportunidade de uma indústria automobilística autônoma (GOUNET, 2002, p. 23).

Além disso, após a Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos investiram capitais na reconstrução da Europa e do Japão com o intuito de evitar a expansão do socialismo real para tais países (HOBSBAWN, 1995, p. 237).

Todavia, o Japão não gozava de condições ideais para uma nova implantação do fordismo, pois (GOUNET, 2002, p. 23-24):

² Este termo tem o sentido de enxugamento, redução, significando que a empresa, para o sistema toyotista, teria de diminuir de tamanho.

- o nível de vida dos japoneses era bem inferior ao dos norte-americanos, o que limitava a expectativa de consumo em massa;
- além da exígua demanda, a preferência dos japoneses era por veículos compactos, mais adequados ao bolso e à configuração acidentada do país;
- a procura era diversificada, o que induzia a uma produção com maior número de modelos e reduzida quantidade de cada um deles;
- o fordismo precisava de espaço, o que encarecia os custos, já que o sistema imobiliário japonês era um dos mais caros do mundo devido à falta de espaço no país.

O sistema norte-americano não poderia ser bem-sucedido no Japão, e, portanto, tinha de passar por adaptações. Desta forma, surgiu o método flexível, também chamado de toyotismo, *just in time*, ou método *kanban* (GOUNET, 2002, p. 24-25).

O modelo fordista foi, portanto, adaptado às peculiaridades do Japão. A partir daí ocorreu, na verdade, a implantação de um novo modelo de organização da produção, o padrão iniciado na empresa Toyota, por isso também chamado de toyotismo.

Podem ser aludidos os seguintes elementos diferenciadores do toyotismo em relação ao fordismo (ANTUNES, 2003, p. 54-55; PRADO, 1999, p. 23-24; KOVÁCS, 2001, p. 49; MELLO, 1998, p. 274; GORZ, 2004, p. 40-41; DELGADO, 2006, p. 46-48):

- no fordismo havia a produção em massa, ao passo que no toyotismo a produção passou a ser mais individualizada, heterogênea. Se no fordismo a demanda se baseia na oferta, no toyotismo é a oferta que se condiciona pela demanda;
- no toyotismo há o trabalho operário em equipe, transformando o trabalhador em um polivalente, não mais se limitando ao trabalho parcelar então existente no fordismo;
- alterou-se a relação homem/máquina, passando o operário a utilizar várias máquinas para executar o seu trabalho, dife-

rentemente do que ocorria no fordismo, em que para cada máquina havia um (ou mais de um) operário;

- a produção passou a ser feita de acordo com a demanda (*just in time*), não trabalhando com estoques, e evitando desperdícios;
- estrutura horizontal (em contraposição à verticalidade do fordismo) da empresa. A fábrica toyotista concentra pequena parte da produção (o que é considerado o núcleo da produção), delegando a outras empresas partes do processo produtivo que antes era inteiramente realizado na fábrica fordista. É nesse ínterim que se insere a subcontratação de mão de obra;
- o toyotismo passou a utilizar mais a “parte intelectual” dos trabalhadores, que passaram a constituir grupos de trabalho para discussão e avaliação de seus desempenhos com vistas ao aumento da produtividade. No fordismo valorizava-se especialmente a “força manual” do trabalhador, prescindindo-se um pouco do uso de sua inteligência (as tarefas eram basicamente repetitivas, o que desvalorizava a inteligência do trabalhador);
- a implantação pelo toyotismo do emprego vitalício para uma parcela dos empregados da empresa (cerca de 25% a 30%), com ganhos salariais proporcionais à produtividade do trabalhador. Essa vitaliciedade garantia a estabilidade a uma parte dos trabalhadores da empresa.

Nesse contexto,

A racionalização do processo produtivo, dotada de forte *disciplinamento* da força de trabalho e impulsionada pela necessidade de implantar formas de *capital* e de *trabalho intensivo*, caracterizou a *via toyotista de desenvolvimento do capitalismo monopolista no Japão* e seu processo de *liofilização organizacional e do trabalho* (ANTUNES, 2003, p. 55, grifos do original).

Além disso, podem ser mencionados outros três pontos (GOUNET, 2002, p. 26-28; PRADO, 1999, p. 23-24; KOVÁCS, 2001, p. 49-50; MELLO, 1998, p. 274; GORZ, 2004, p. 40-41; DELGADO, 2006, p. 46-48):

- instala-se o *kanban*. O *kanban* é uma espécie de placa que serve para indicar que uma determinada peça acabou e que precisa ser repostada no estoque esgotado, o que facilita o controle da produção;
- a produção de vários modelos distintos em uma mesma linha de montagem. Isso passou a ser possível com a adaptação das máquinas à produção de veículos diferentes; e
- o desenvolvimento de relações de subcontratação com fornecedores de autopeças. A Toyota impõe a essas empresas o seu sistema de produção, flexibilidade dos trabalhadores, sistema *kanban* e pequena distância em relação à empresa principal para a redução dos custos com transporte. Ademais, aproveitam-se as condições mais penosas de trabalho nas subcontratadas, com redução salarial de 30% a 50% em relação aos empregados da Toyota. Há a fixação de condições concernentes a preço, prazos, à qualidade da produção, que deve ser *just in time*.

Constata-se, no entanto, que o novo sistema de produção exige mais do trabalhador que o fordismo, tanto do trabalhador subcontratado quanto do empregado da empresa principal (GOUNET, 2002, p. 29).

Nesse sentido, pode-se mencionar a mudança na relação homem/máquina, que passa de um para cinco (um homem para cada cinco máquinas). Além disso, há o gerenciamento sob pressão (*by stress*). Há sinais que indicam o ritmo da produção, sendo interessante que o ritmo seja o mais intenso possível (nem tranquilo demais para o operário, nem suscetível de superaquecimento) (GOUNET, 2002, p. 29; KOVÁCS, 2001, p. 49-50).

Cabe salientar que o trabalho em equipe exige maior qualificação do operário, o que não implica necessariamente aumento proporcional (à sua qualificação) da remuneração. E para que os trabalhadores tenham qualquer pretensão de aumento salarial infirmada, foi preciso acabar com o sindicato, que terminou virando sindicato de empresa, não batendo de frente com esta, mas se tornando um mediador em busca da inexistência do conflito de classes (GOUNET, 2002, p. 30-31).

Pode-se observar que o referido modelo de produção exige maior envolvimento do trabalhador com a empresa e a produção. Por isso, o sistema, na sua forma genuína, oferecia-lhe contrapartidas como perspectiva de ascensão dentro da empresa e emprego vitalício. Ademais, utilizava-se do sindicato de empresa para evitar o conflito de classes.

Em outras palavras:

Assim, os fabricantes usam a cenoura e o chicote, a garantia de emprego vitalício e o sindicato totalmente atrelado ao patrão, para impor a seus empregados as mudanças nas condições de trabalho. Isso é fundamental para o novo sistema (GOUNET, 2002, p. 31).

A intensificação da concorrência entre as empresas fez com que o capital buscase a redução de custos, entre eles o da mão de obra. O ritmo de trabalho recrudesciu, sem a contrapartida salarial na mesma proporção. Além disso, recorreu-se à subcontratação, cujo nível de remuneração diz-se ser de 30% a 50% menor quando comparado ao da empresa principal. Esses números correspondem à maior parte dos fornecedores, com a exceção dos chamados fornecedores de primeira categoria, como, por exemplo, a Bosch e outras empresas de produção específica, além de fabricantes de pneus e de aço. Nessas empresas, o tratamento trabalhista é comparável ao dado pela empresa principal (GOUNET, 2002, p. 48-49).

Destarte, as empresas se tornaram mais enxutas, ampliando suas relações de subcontratação. Nas empresas subcontratadas, exige-se o mesmo envolvimento dos trabalhadores da empresa principal, não sendo, no entanto, oferecidas aos subcontratados as mesmas concessões outorgadas àqueles. Agregue-se a isto o fato de as principais empresas impulsionarem a competitividade das subcontratadas, obrigando-as a reduzir os custos e a melhorar a qualidade dos produtos.

Neste ínterim,

A Toyota e a Nissan procuram atualmente, e cada vez mais, encontrar subcontratados concorrentes de seus fornecedores tradicio-

nais, para obrigar esses últimos a serem mais competitivos, ou seja, essencialmente, a apresentar custos e preços mais baixos, maior qualidade e prazos de entrega mais curtos. A GM, ao instalar o proletariado industrial no Saturn, ao mesmo tempo aumenta o recurso à subcontratação, de 70%/30% para 40%/60% [anteriormente, 70% dos trabalhadores pertenciam à empresa principal e 30% às subcontratadas. Agora, a relação passou para 40% à principal e 60% às subcontratadas. Ou seja, houve significativo aumento do recurso à subcontratação]. Mesmo que houvesse democracia econômica e humanização para os 6 mil trabalhadores da fábrica de Spring Hill (o que parece estar longe da verdade), os 20 ou 25 mil operários das imediações vivem uma exploração capitalista cada vez mais feroz (GOUNET, 2002, p. 49).

Logo, conclui-se que o modelo japonês de produção distanciou-se das características do genuíno padrão fordista/taylorista de produção. O toyotismo, nome dado ao modelo japonês, baseia-se no tripé: organização do trabalho, sindicato de empresa, e contrapartidas aos trabalhadores (emprego vitalício e remuneração por antiguidade). Com isso, consegue-se uma produção mais flexível, que se baseia na demanda, bem como a redução da luta de classes, conferindo-se determinadas vantagens (emprego vitalício e remuneração por antiguidade) aos trabalhadores que aderem ao aludido sistema.

3.3 Transferência do modelo japonês

Conforme já acontecera com a transferência do modelo fordista/taylorista para outros países, a qual não foi homogênea, a expansão do modelo japonês para o restante do mundo foi, outrossim, marcada pela heterogeneidade.

Assim,

A transferibilidade do toyotismo, *ou de parte de seu receituário*, mostrou-se, portanto, de enorme interesse para o capital ocidental, em crise desde o início dos anos 70. Claro que sua adaptabilidade, em maior ou menor escala, estava necessariamente condicionada às singularidades e particularidades de cada país, no que diz respeito tanto às condições econômicas, sociais, políticas, ideológicas,

quanto aos seus respectivos movimentos sindicais, às condições do mercado de trabalho, entre tantos outros pontos presentes quando da incorporação (de elementos) do toyotismo (ANTUNES, 2003, p. 57, grifos do original).

Nesse sentido, é oportuno mencionar que, se no Japão havia a vitaliciedade para 25% a 30% da mão de obra, nos países europeus não chegou a 15% esse contingente, sendo de 13% na Inglaterra, 6% na Espanha e 5% na França. Logo, pode-se depreender que o toyotismo japonês (o original) sofreu mudanças em outros países que o adotaram (ANTUNES, 2003, p. 57).

Além disso,

A vigência do neoliberalismo, ou de políticas sob sua influência, propiciou condições em grande medida favoráveis à adaptação *diferenciada* de elementos do toyotismo no Ocidente. Sendo o *processo de reestruturação produtiva do capital a base material do projeto ideopolítico neoliberal*, a estrutura sob a qual se erige o *ideário* e a *pragmática* neoliberal, não foi difícil perceber que desde fins dos anos 70 e início dos 80 o mundo capitalista ocidental começou a desenvolver técnicas similares ao toyotismo. Este mostrava-se como a mais avançada experiência de reestruturação produtiva, originado do próprio *fordismo* japonês e posteriormente convertida em uma *via singular de acumulação capitalista*, capaz de operar um enorme avanço no capitalismo no Japão, derrotado no pós-guerra e reconvertido à condição de país de enorme destaque no mundo capitalista dos fins dos anos 70 (ANTUNES, 2003, p. 58, grifos do original).

Com o toyotismo a mudança não ocorreu unicamente nos métodos de controle da produção e do trabalho, mas, outrossim, na estrutura de organização da política e da sociedade. De um *compromisso fordista* entre o capital e o trabalho, mediado pelo Estado, com concessões variadas aos trabalhadores em troca da abdicação da luta de classes, passou-se para um modelo neoliberal como forma de solucionar a crise capitalista da década de 1970.

Sabe-se que os pensadores liberais não deixaram de existir durante o período áureo do capitalismo (Era de Ouro). No entanto, entre 1940 e 1970, eles não eram ouvidos, pois criticavam

um modelo que estava logrando êxito para a manutenção do sistema capitalista de produção (HOBBSAWN, 1995, p. 266).

Essa retomada da ideologia liberal baseou-se na conjugação dos seguintes fatores (DELGADO, 2006, p. 80-95):

- reformulação das políticas macroeconômicas, passando-se do keynesianismo para medidas de natureza liberal-monetarista;
- atuação concertada dos organismos internacionais no sentido da aplicação rigorosa do modelo neoliberal pelos diversos países do mundo;
- uniformização da teoria acadêmica voltada à matriz neoliberal de organização econômica, sobretudo nos Estados Unidos e na América Latina;
- a abordagem jornalística atrelada a essa ideologia, o que faz parecer que essa concepção teórica é consensual;
- organização e gestão dos Estados, especialmente os periféricos, seguindo o modelo proposto pela ideologia liberal-monetarista; e
- o intercâmbio de influências relacionadas a essa ideologia por meio da realização de seminários, congressos, palestras, encontros etc.

Além disso, a inexistência de um contraponto ideológico ao capitalismo, como era o caso do socialismo, que ruiu com a queda do muro de Berlim, abriu espaço para que o capital não mais se preocupasse em assegurar políticas sociais, em virtude do seu custo financeiro representado pela carga tributária, restaurando-se a ideologia liberal de afastamento do Estado das relações sociais, dando ensejo ao neoliberalismo (MAIOR, 2001, p. 153).

Essa concepção neoliberal, formalizada no Consenso de Washington, que prega a liberalização do comércio, a privatização das empresas públicas, a estabilização monetária e o equilíbrio fiscal, não ficou imune a crises. Como exemplos podem ser mencionadas as crises do México (1994), do Sudeste Asiático (1997) e

a recessão econômica da Argentina (2001) (LEWANDOWSKI, 2004, p. 65 e 73-75).

Assim, implantou-se um modelo para responder à crise estrutural do capital, que, no entanto, não tornou o sistema imune a crises; pelo contrário, como visto, houve diversos problemas, sobretudo em países do Terceiro Mundo.

Dessa forma, e resumindo, sabe-se que tanto o modelo fordista quanto o toyotista são implementados no sentido da preservação do sistema capitalista de produção. Nos dois casos, a implantação se deu como resposta a crises estruturais do padrão de acumulação capitalista.

Sabe-se, igualmente, que a transferência de um modelo de organização da produção de um país para outro não se dá de forma integral, ou seja, nem todos os elementos integrantes de um modelo são passíveis de aparecimento em um outro país. O grande exemplo mencionado foi a implantação do fordismo no Japão, que, dadas as suas peculiaridades, transformou-se, na verdade, em um outro paradigma de organização da produção.

Ademais, tanto o fordismo quanto o toyotismo não representam meros métodos de organização ou de gestão da produção, mas simbolizam modos de organização da sociedade como um todo, no sentido da preservação do capitalismo.

3.4 A implantação de novas técnicas de gestão empresarial no Brasil

O empresariado argumenta que com a globalização da economia a competição entre as empresas se intensificou, o que as obrigou a buscar alternativas para melhoria da qualidade de seus produtos. Destarte, passaram a utilizar novas práticas de gestão empresarial e de inovações tecnológicas (DRUCK, 1999, p. 104; BOTELHO, 2000, p. 72).

No Brasil, no entanto, houve dois fatores mais determinantes que a busca por competitividade mundial: (a) a abertura da economia feita pelo governo Collor, em que foram reduzidas as alí-

quotas de importação, exigindo mudanças na gestão das empresas para enfrentar a concorrência de produtos importados no mercado interno; e (b) a política de recessão da economia colocada em prática no início da década de 1990 a fim de conter o processo inflacionário (DRUCK, 1999, p. 104).

Dessa forma, as empresas brasileiras passaram a sofrer com a concorrência de produtos importados, que, frequentemente, possuíam melhor qualidade, e, com a abertura da economia e menores alíquotas de importação, passaram a apresentar menores preços, tornando-se mais competitivos. Com isso, o mercado interno passou a consumir mais produtos estrangeiros, reduzindo a lucratividade das empresas brasileiras. Destarte, essas empresas passaram a buscar maior competitividade, sobretudo com a retração dos custos.

Com isso, acentuaram-se as implementações dos Programas de Qualidade Total e a terceirização. No caso desta última, inclusive, houve uma generalização de sua utilização por todos os setores da economia, desde a indústria até o comércio, passando pelos serviços, das grandes empresas até as de médio e pequeno porte. Além disso, houve um avanço da terceirização para atividades nucleares da empresa (tais como produção, operação, manutenção, usinagem etc.), não atingindo somente as áreas consideradas periféricas da empresa como a limpeza, o transporte, a alimentação etc. (DRUCK, 1999, p. 105).

No caso brasileiro, contudo, a terceirização não é somente mero fruto da competitividade internacional ou da política econômica adotada pelo governo Collor, mas, primeiramente, da sua adoção pelo Poder Público, com o Decreto-Lei n. 200/1967, que descentralizou a Administração Pública, e pela Lei n. 5.645/1970, que definiu que determinados serviços deveriam ser contratados de forma indireta, além da busca por maiores lucros com a redução de custos trabalhistas. O exemplo mais elucidativo desta afirmação é o dos bancos, que iniciaram o processo de terceirização já nos anos 1970, ou seja, vinte anos antes do governo Collor, o que denota motivo diverso do anteriormente mencionado para a sua adoção. Pode-se entender, contudo, que a política econômica adotada

por esse presidente da República foi responsável por impulsionar, intensificar, agravar, mas não criar a terceirização.

4 Conclusão

Para que haja interpretação/aplicação do Direito, entende-se que o intérprete/aplicador deva conhecer a realidade em que vive. É imprescindível, na operação hermenêutica, não somente o conhecimento jurídico mas, igualmente, o entendimento acerca da situação fática sobre a qual incidirá a norma de decisão.

Por isso é relevante ao jurista conhecer o fenômeno da terceirização desde o seu nascedouro, assim como a evolução por que passou até atingir os dias atuais. É importante compreender o motivo de seu surgimento e as consequências advindas com ele. Assim, conhecer o fenômeno, a realidade fática, é o primeiro passo para a interpretação/aplicação do Direito. É um processo de concretização da norma jurídica, passando pelo mundo dos fatos e pelo mundo jurídico.

É nesse contexto de conhecimento da realidade fática e, sobretudo, histórico-evolutiva da subcontratação que se insere este artigo, com o intuito de trazer a lume a evolução social e econômica de modelos de produção que acabaram por desembocar na terceirização.

Assim, lembrando, os modelos de organização do trabalho e da sociedade responderam a interesses capitalistas na manutenção e no desenvolvimento do sistema capitalista de produção.

O fordismo/taylorismo foi um modelo baseado na produção em massa de mercadorias, com concessões salariais diretas e indiretas, como a previdência social, aos trabalhadores, que, em contrapartida, abdicaram do projeto de emancipação da classe. Com isso, agregado à coerção social, o modelo foi considerado o período áureo do capitalismo.

A crise estrutural do capitalismo foi identificada pelos capitalistas como uma crise do modelo fordista/taylorista. Nesse sentido, eles entenderam que a solução para tal crise seria mudar o modelo

de organização e controle do trabalho e da produção, implantando-se o toyotismo, ou modelo japonês de produção.

Este último modelo também transformou o modo de organização da sociedade e da política, com o advento da ideologia neoliberal. Essa nova etapa da globalização intensificou a exploração da força humana de trabalho, provocou um recrudescimento dos índices de desemprego e aumento da desigualdade e exclusão sociais. Assim, a resposta do capitalismo à sua crise estrutural gerou piores condições de trabalho e de vida para as classes menos abastadas.

Se o liberalismo trouxe consequências funestas para os trabalhadores, e a social-democracia procurou trazer algumas concessões voltadas à melhoria da situação daquela classe, o neoliberalismo tem sido responsável pela intensificação da exclusão e da desigualdade sociais. Se no período fordista – ou social-democrata – era necessária a aplicação dos direitos sociais para que as classes mais pobres pudessem ser incluídas no sistema, com muito mais razão deveria ser assim nesse período do toyotismo, em que vige o neoliberalismo, o qual tem acentuado as distorções sociais provocadas pelo sistema capitalista de produção.

Verificou-se, ainda, que uma das formas de flexibilização do trabalho é a subcontratação. Esta serviu como propulsor retórico para o crescimento da terceirização, pois os empresários alegam que devem fazer uma reestruturação produtiva para poderem competir no mercado internacional.

Sabe-se que a análise da subcontratação é de suma importância para a compreensão da precarização das relações de trabalho, e que é necessário combater essa precarização para que ocorra a melhoria das condições para os trabalhadores.

Referências

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2003.

BOTELHO, Adriano. *Do fordismo à produção flexível: a produção do espaço num contexto de mudança das estratégias de acumulação do capital*. 2000. 148 f. Dissertação (Mestrado em Geografia Humana). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

CUNHA, Tadeu Henrique Lopes da. *Terceirização e seus efeitos sobre os direitos do trabalhador no ordenamento jurídico brasileiro*. 2007. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

DE MASI, Domenico. *O futuro do trabalho: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial*. 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.

DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des) fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999.

GORZ, André. *Misérias do presente, riqueza do possível*. Tradução de Ana Montoia. São Paulo: Annablume, 2004.

_____. *O imaterial: conhecimento, valor e capital*. Tradução de Celso Azzan Júnior. São Paulo: Annablume, 2005.

GOUNET, Thomas. *Fordismo e toyotismo na civilização do automóvel*. São Paulo: Boitempo, 2002.

GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a política e o Estado moderno*. 4. ed. Tradução de Luiz Mário Gazzaneo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

HOBBSAWN, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KOVÁCS, Ilona. Empresa flexível: problemas sociais do pós-taylorismo. In: SANTOS, Maria João et al. (Orgs.). *Globalizações: novos rumos no mundo do trabalho*. Florianópolis – Lisboa: UFSC, 2001.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Modernidade e direito do trabalho. *Revista do TST*, Brasília, v. 67, n. 1, p. 153, jan./mar. 2001.

MELLO, Prudente José Silveira. Globalização e reestruturação produtiva do fordismo ao toyotismo. In: ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre Luiz (Orgs.). *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: Ibej, 1998.

POCHMANN, Marcio. *O emprego na globalização: a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*. São Paulo: Boitempo, 2001.

PRADO, Antônio. A controvérsia da crise do fordismo e a transição pós-fordista: algumas reflexões sobre o caso brasileiro. In: PRADO, Antônio et al. (Coords.). *Emprego e desenvolvimento tecnológico: processos de integração regional*. São Paulo: Dieese, 1999.

Filosofia e Direito

O direito como ramo da moral política e o STF

Thiago dos Santos Luz

Procurador da República. Especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Resumo: Proposta por Ronald Dworkin na obra *A Raposa e o Porco-Espinho: justiça e valor (Justice for Hedgehogs)*, a teoria integrada e unissistemática – que situa o Direito dentro da moral política – tenta romper com um velho (mas resistente) paradigma, o qual parte da falha premissa de que o Direito e a moral são sistemas normativos diferentes. O presente artigo visa a revelar, em caráter ilustrativo, como essa nova concepção, que se reveste da característica da transdisciplinaridade, explicaria algumas decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. Em conclusão, verificou-se que os julgados selecionados da Corte ostentam fundamentação perfeitamente legível com as lentes do modelo integrado dworkiniano: no subitem 2.1 (*Leis más*), foram colocados em evidência os dilemas genuinamente morais – e não exatamente jurídicos – enfrentados pelo tribunal diante de coerções penais iníquas (HCs n. 102.094, 111.017, 105.904) e dispositivos constitucionais e legais em matéria cível reputados injustos (ADI n. 1.158; RE n. 405.386); no tópico 2.2 (*Imposição parcial*), foi possível demonstrar que o STF, precisamente por estar mergulhado na concepção bissistemática, chegou ao extremo de afirmar a existência de um direito constitucional insuscetível de tutela judicial (RE n. 327.621); no subitem 2.3 (*A moral no procedimento*), buscou-se expor que o instituto da mutação constitucional, expressamente admitido pela jurisprudência da Corte (MS n. 26.603; HC n. 91.361), reflete inequívoca preocupação com a moralidade no processo de criação do direito, numa profunda sintonia com os ditames da teoria integrada.

Palavras-chave: Teoria integrada. Unissistemática. Direito, moral e política. Ronald Dworkin. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: Proposed by Ronald Dworkin in the book *Justice for Hedgehogs*, the integrated and global systematic theory – which places the law as a branch of moral politics – tries to break away from an old (but resistant) paradigm which parts of the fault assumption that law and morality are different regulatory systems. This article aims to reveal, for illustrative purposes, how this new design, which has the characteristic of transdisciplinarity, explains some judicial decisions delivered by the Brazilian Federal Supreme Court. In conclusion, it was found that the reasons of the selected Court's decisions are perfectly legible with the lens of Dworkin's integrated model: in subsection 2.1 (*Bad laws*), were placed in evidence the genuinely moral dilemmas – not exactly legal – faced in cases of wicked criminal coercion (HCs 102094, 111017, 105904) and constitutional and legal provisions in civil proceedings reputed unfair (ADI 1158; RE 405 386); in the topic 2.2 (*Partial enforcement*), it was possible to demonstrate that the STF, just by being immersed in dual systematic design, went so far as to state the existence of a constitutional right unsusceptible to judicial protection (SR 327621); in subsection 2.3 (*Moral in the procedure*), we sought to expose that the institute of constitutional change, expressly admitted by the Court's jurisprudence (MS 26603; HC 91361), reflects unequivocal concern with morality in the process of the law creation, in profound harmony with the dictates of integrated theory.

Keywords: Integrated theory. Global systematic theory. Law, moral and politics. Ronald Dworkin. Jurisprudence. Brazilian Supreme Court.

Sumário: 1 Introdução. 1.1 Problema contextualizado. 1.2 Transdisciplinaridade. 1.3 Justificativa do estudo. 2 A teoria integrada aplicada à jurisprudência nacional. 2.1 Leis más. 2.2 Imposição parcial. 2.3 A moral no procedimento. 3 Conclusão.

1 Introdução

1.1 Problema contextualizado

No auge de sua maturidade intelectual, o renomado jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin propôs, em sua obra *A*

Raposa e o Porco-Espinho: justiça e valor (Justice for Hedgehogs), uma concepção integrada, unissistemática do direito e da moral.

No esforço de integrar os departamentos do valor, ele trata o direito como uma subdivisão da moral política, a qual, por sua vez, deflui da moral pessoal, e esta, por fim, da ética. Nega, assim, a existência de conflito entre a justiça e o direito:

Os filósofos da política insistem num outro conflito entre valores políticos: o conflito entre a justiça e o direito. Nada garante que nossas leis serão justas; se forem injustas, os representantes do Estado e os cidadãos poderão ter de comprometer as exigências da justiça para obedecer ao Estado de Direito. No capítulo 19, refiro-me a esse conflito: descrevo uma concepção de direito que não o entende como um sistema rival de regras que podem conflitar com a moral, mas sendo ele mesmo um ramo da moral (DWORKIN, 2014a, p. 9).

Dworkin sustenta haver uma falha na imagem do direito e da moral como dois sistemas normativos separados, asseverando que não existe um ponto de vista neutro a partir do qual avaliar essa relação. Examiná-la como uma questão jurídica ou como uma questão moral geraria, em ambos os casos, argumentos circulares.

Com efeito, perguntar qual a ligação entre o direito e a moral pressupõe saber, por exemplo, o papel que a segunda exerce na determinação do conteúdo do primeiro. Em outras palavras: não podemos responder qual o vínculo existente entre direito e moral sem antes definirmos o que é o direito – se ele depende somente de questões factuais históricas, daquilo que a comunidade aceita como direito em matéria de costume e prática (positivismo) ou, contrariamente, se além das regras postas em vigor de acordo com tais práticas (regras com *pedigree*) ele também abrange seus princípios justificadores e outras regras deles decorrentes, embora não promulgadas (interpretativismo). A indagação somente pode ser respondida quando a resposta é pressuposta desde o princípio, impondo uma dificuldade lógica.

Ainda segundo o autor, a controvérsia também não pode ser resolvida como um problema *conceitual*, como proposto pela teoria

analítica do direito. Defender que o direito e a moral são conceitualmente distintos ou, inversamente, sustentar que a moral exerce um papel no raciocínio jurídico, seria, em qualquer caso, partir do pressuposto falacioso da imagem dos dois sistemas, cujo problema da circularidade somente poderia ser solucionado caso o conceito de direito fosse *criterial*. Todavia, o desacordo entre juízes, advogados e demais membros das comunidades políticas sobre como determinar a veracidade das proposições de direito estampa que o conceito doutrinário de direito não é *criterial*, mas sim *interpretativo*. Disso resulta que sua análise só pode se identificar com uma teoria controversa de moral política, mediante investigação das práticas políticas, comerciais e sociais em que o conceito figura. E elas revelam, por sua vez, que entre vários outros direitos políticos, as pessoas possuem alguns dotados de característica especial: os *direitos jurídicos* – aqueles que podem ser exigidos por seus titulares, sem nenhuma intervenção legislativa, em instituições judiciais que comandam o poder executivo de polícia. Em duas palavras: o direito a uma decisão judicial. Para se construir uma concepção do direito é preciso, então, encontrar uma justificativa para essa prática numa rede integrada maior de valores políticos (como igualdade, liberdade e democracia).

Assim, a teoria do direito cuida dos *direitos jurídicos*, mas consiste em uma teoria política, porquanto visa a responder a uma questão de natureza moral política, qual seja: sob que condições as pessoas adquirem os direitos jurídicos?

O positivismo jurídico diria que somente os fatos legislativos históricos e as convenções sociais determinam os direitos jurídicos; o interpretacionismo, a seu turno, incluiria também os princípios da moral política.

Depara-se aí, portanto, com duas teorias políticas normativas rivais, e não com duas teses antagônicas sobre conceito (*criterial*) de direito. E é exatamente essa nova visão, conforme Dworkin, que nos permitirá corrigir um erro histórico da filosofia e teoria do direito: não é o vocabulário, a essência ou o conceito de direito que devem determinar essa complexa prática social; ao revés, é a

discussão política que nos conduz aos direitos e deveres das comunidades. Nas palavras do pensador:

Quando vemos essas duas posições como teorias políticas normativas rivais e não como teses rivais acerca do entendimento de conceitos *criteriais*, conseguimos corrigir um erro histórico. Com demasiada frequência, a jusfilosofia e a teoria do direito partem de alguma declaração acerca da essência ou do próprio conceito de direito e chegam em teorias acerca dos direitos e deveres do povo e das autoridades. Devemos caminhar na direção oposta: é o vocabulário que deve seguir a discussão política, e não o contrário (DWORKIN, 2014a, p. 623).

Argumentando que a imagem unissistemática não nega a distinção entre o que o direito é e o que ele deve ser, Dworkin, em outra passagem, reafirma o caráter revolucionário dessa nova concepção:

Se os juristas e os leigos assumirem essa teoria do direito integrada e unissistemática em lugar do estéril modelo de dois sistemas, a filosofia e a prática do direito vão mudar. A substância do antigo confronto entre o positivismo e o interpretacionismo continuaria existindo, mas assumiria [...] uma forma política, não conceitual. [...] A jusfilosofia e a teoria do direito se tornariam mais interessantes e mais importantes. Se a teoria do direito fosse tratada como um ramo da filosofia política, a ser desenvolvido não só nas faculdades de direito, mas também nos departamentos de política e filosofia, ambas as disciplinas se aprofundariam (2014a, p. 626-627).

Para demonstrar a veracidade de sua proposição, Ronald Dworkin argumenta, por exemplo, que um positivista deveria justificar, com razões políticas, por que a justiça nunca deve ser levada em conta na interpretação do direito constitucional ou substantivo de uma comunidade. Ilustra, também, como a teoria se aplicaria nos casos em que os juízes se deparam com leis más, injustas, possibilitando análise e descrição mais adequadas e precisas sobre as diferentes espécies de dilemas que eles realmente enfrentam nessas situações. Mostra, ainda, como a teoria melhor explica os casos em que os tribunais deixam de impor determinados direitos declarados na Constituição, negando-lhes exigibilidade. Finalmente, expli-

cita como a teoria integrada, ao contrário da bissistemática, abarca discussões que alcançam não apenas o conteúdo, a substância do direito, mas também o processo, o procedimento de sua criação.

Em síntese, o marco teórico aqui adotado pode ser traduzido na proposição, formulada por Dworkin, de que “o direito é um ramo, uma subdivisão, da moral política” (2014a, p. 620). Na linguagem do autor:

Já nos livramos da antiga imagem que entende o direito e a moral como dois sistemas separados e busca então afirmar ou negar, em vão, possíveis interligações entre eles. Substituímo-la pela imagem de um só sistema: agora tratamos o direito como uma parte da moral política (2014a, p. 620).

A imagem bissistemática por ele atacada, que concebe o direito e a moral como dois sistemas normativos distintos, é a premissa fundamental da clássica pergunta que tradicionalmente se colocam os filósofos do direito: como o direito e a moral se relacionam ou se interligam?

A questão, que nos remete à velha polêmica entre o *jusnaturalismo* e o *positivismo*, é enfrentada pelo saudoso jurista argentino Carlos Santiago Nino (2010, p. 17), o qual advertiu que “a ideia de que há uma relação essencial entre o direito e a moral pode ter muitas variantes e nem todas elas são relevantes para a caracterização do conceito de direito”.

Partindo do mesmo dogma, Robert Alexy inicia sua obra *Conceito e Validade do Direito* já lançando as seguintes assertivas, categóricas:

O principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos, duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista (2009, p. 3).

De outra face, agora se opondo a essa visão clássica, Dworkin (2014a, p. 620) sustenta que “o direito é um ramo, uma subdivisão, da moral política”, afirmando que “a moral pessoal deflui da ética e a moral política, da moral pessoal”. Em outro trecho do livro, ele resume tais conceitos, esclarecendo:

A ética estuda como as pessoas devem administrar sua responsabilidade de viver bem, e a moral pessoal, o que cada qual, como indivíduo, deve aos outros indivíduos. A moral política, por sua vez, estuda o que todos nós, juntos, devemos uns aos outros enquanto indivíduos quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial (2014a, p. 500).

Pois é precisamente nesse cenário que emerge o escopo do presente artigo: revelar, em caráter ilustrativo, como a teoria integrada e unissistemática do direito de Ronald Dworkin acima resumida explicaria algumas decisões jurisdicionais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Tentar ler e compreender determinados julgados do Pretório Excelso usando como lente a tese segundo a qual o direito consiste em um ramo da moral política, e não um sistema diferente e separado dela, eis o desafio proposto.

1.2 Transdisciplinaridade

A tarefa em liça, como desponta cristalino, parte de um referencial teórico *transdisciplinar*, erigido sobre campos do conhecimento tradicionalmente compreendidos como autônomos: direito, moral e política.

Cuida-se de uma postura que antagoniza com a concepção metodológica monográfica, bem representada, em sede de teoria do Direito, na célebre obra *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, cujo projeto visava a “garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto [...] libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos” (1996, p. 1), delimitando o conhecimento do Direito em face de disciplinas como a Psicologia, a Sociologia, a Ética e a Teoria Política.

Fazendo especial referência a John Rawls, por conta de sua magistral obra *Uma Teoria da Justiça*, Dworkin chega a exteriorizar ousada afirmação:

Na verdade, a maior parte das obras mais importantes de teoria jurídica é hoje produzida não por juristas, mas por filósofos e eco-

nomistas políticos que atuam tanto nas faculdades de direito quanto em seus próprios departamentos acadêmicos. Modernamente, nenhum teórico deu maior contribuição à filosofia do direito do que o filósofo político John Rawls (2010a, p. 50).

A propósito da mudança de rumos na concepção da pesquisa científica, atualmente tendente à transdisciplinaridade, leciona a abalizada doutrina sobre a matéria:

Até muito recentemente (meados do século XX), predominaram a unidisciplinaridade e a metodologia monográfica, que não pretendiam uma visão de totalidade. No pós-guerra, ocorre uma mudança de rumos. A realidade, cada vez mais complexa, é problematizada e experimenta-se a institucionalização da pesquisa. O enfoque metodológico deixa de ser monológico e, no primeiro momento, assume uma vertente da *multidisciplinaridade*, ou seja, de cooperação teórica entre campos do conhecimento, antes distanciados. Passa-se, daí, não mais, somente, para a cooperação, mas para a coordenação de disciplinas conexas ou para a *interdisciplinaridade*. Atualmente, a *transdisciplinaridade* ou a produção de uma teoria única a partir de campos de conhecimento antes compreendidos como autônomos é a tendência metodológica que emerge com maior força (GUSTIN; DIAS, 2010, p. 8, grifos do autor).

Corroborando a veracidade de tal assertiva, Carla Faralli (2006, p. 11), ao tratar dos temas e desafios da filosofia contemporânea do direito, dedicou um capítulo de seu livro para assinalar a abertura da filosofia do direito aos valores ético-políticos. Michel Troper, a seu turno, cuidou do “estado da disciplina” anotando que os autores tentam ultrapassar a mera oposição jusnaturalismo e positivismo jurídico (2008, p. 31).

1.3 Justificativa do estudo

Parece-nos conveniente, para a evolução dos estudos e da prática jurídica em âmbito nacional, buscar enxergar de que maneira uma teoria que se anuncia revolucionária, elaborada no contexto de uma cultura jurídica anglo-saxônica mas de pretensões nitidamente universais, pode ser manejada e interpretada concretamente sobre matéria-prima brasileira.

O poder das influentes ideias de Ronald Dworkin, Robert Alexy e outros escritores estrangeiros sobre a experiência jurídica nacional não passou despercebido, nem mesmo sob os aspectos negativos, muitos dos quais derivados de uma transposição inadequada, para o Brasil, de pensamentos alienígenas incompatíveis com nossa realidade. Pretendendo oferecer um modelo alternativo, Marcelo Neves se propôs a uma desmistificação “[...] da teoria, da dogmática e da prática jurídicas e constitucionais que, sob a rubrica do princípio, da ponderação, da otimização e de rótulos afins, passou a ser não apenas dominante, mas também sufocante no Brasil da última década” (2014, p. X).

No entanto, quase tudo do que já se debateu no País sob a rubrica do “Pós-positivismo” – e não foi pouco (CRUZ; DUARTE, 2013) – remete-nos a ideias sustentadas por Dworkin ainda em etapas liminares ou intermediárias de sua longa carreira acadêmica. Naturalmente, resta muito para se discutir sobre seu pensamento final, que passou a conceber o direito como um ramo da moral.

Afirmou o próprio doutrinador, em certa passagem de *Justice for Hedgehogs*: “[...] foi só muito tempo depois, quando comecei a pensar nas grandes questões deste livro, que vim a compreender plenamente a natureza desse quadro e o quanto ele é diferente do modelo ortodoxo” (DWORKIN, 2014a, p. 616).

Ao defender o caráter universal da teoria do direito, Joseph Raz se contrapôs a Dworkin, atribuindo-lhe a equivocada postura de admitir o *localismo*, concebendo uma teoria do direito restrita aos Estados Unidos e ao Reino Unido (RAZ, 2013, p. 85) – ponto também notado por Gianluigi Palombella (2005, p. 326). Independentemente do mérito da questão, o certo é que tal objeção não tem pertinência aqui, pois ela nos remete a outra época, anterior ao marco teórico ora adotado, o qual ostenta ambição de alcance incontestavelmente global.

Enfim, a aplicação à experiência jurídica brasileira de uma teoria do direito desse quilate, a despeito de sua origem estrangeira, afigura-se-nos cabível e oportuna para contribuir com a evolução do pensamento jusfilosófico no País.

Passemos então, doravante, a conjugar a teoria integrada e unissistemática do direito com precedentes jurisprudenciais da corte pátria suprema (originalmente fundamentados a partir da imagem ortodoxa dos dois sistemas – direito e moral), balizando-nos nas hipóteses elencadas por Dworkin nos subtítulos “Leis más”, “Imposição parcial” e “A moral do procedimento”, todos sob o título “Que diferença faz”, do capítulo dezenove do livro *Justice for Hedgehogs*.

2 A teoria integrada aplicada à jurisprudência nacional

2.1 Leis más

Conforme Dworkin, o novo modelo proposto – que trata o direito como um ramo da moral – promove mudanças na teoria substantiva do direito, exigindo a distinção entre direitos jurídicos (direito a uma decisão judicial em determinado sentido) e direitos políticos em sentido amplo. O autor enfrenta, então, o chamado “enigma das leis más”, dando como exemplo a antiga lei norte-americana que previa que os escravos que fugissem para estados não escravocratas continuariam escravos e deveriam ser devolvidos a seus donos. Deparando-se com tais casos, os juízes enfrentavam um dilema moral, pois acreditavam que, embora má, a lei era válida, de modo que ou deveriam aplicar a lei injusta ou mentir sobre sua interpretação acerca da lei. Essa maneira de enxergar o problema parece pressupor a teoria dos dois sistemas normativos diferentes: de um lado, o direito (o que a lei diz) e, de outro, a moral (se os juízes devem ou não aplicar a lei, reputada injusta).

No entanto, segundo Dworkin, a teoria unissistemática, que exige distinção entre direitos políticos e direitos jurídicos, explica – e melhor – tal fenômeno. Diria que os senhores tinham em princípio o *direito político* de exigir a devolução de seus escravos, mas uma emergência moral atuaria como trunfo contra tal direito (em outras palavras: a lei era válida, mas injusta demais para ser imposta). Isto porque os princípios estruturadores de justiça, que fazem do direito uma parte bem definida da moral política (como o da autoridade

política, do precedente e da confiabilidade) e que davam força moral maior às pretensões dos donos de escravos do que elas normalmente teriam, sucumbiriam, no caso concreto, diante dos direitos humanos. A teoria integrada, assim, evidencia o que a bissistemática obscurece: estampa que se depara, na espécie, com um autêntico caso de dilema moral – e não meramente de prudência (direito).

Com efeito, camuflando tal essência, o pensamento tradicional, talvez sem muita coerência, honestidade ou clareza em sua argumentação, simplesmente negaria que os senhores de escravos tinham, mesmo em princípio, o direito ao que demandavam (alguns, de vertente com matriz jusnaturalista, diriam que a lei era injusta demais para ser considerada válida).

Por outro lado, os decretos nazistas – cuja imposição afrontava os próprios princípios estruturadores de justiça – não podiam, exatamente por tal razão, ser considerados direito.

A teoria integrada e unissistemática, portanto, teria a vantagem, segundo Dworkin, de colocar em destaque esse aspecto, nublado pelo pensamento ortodoxo: que os dilemas enfrentados pelos juízes alemães, ao contrário do que se viu em relação ao caso da Lei dos Escravos Fugitivos, eram estritamente jurídicos, de prudência, e não morais. Anotou o autor:

A teoria integrada do direito nos permite fazer essa discriminação. A estéril imagem de dois sistemas, não. [...] Seria enganoso, a meu ver, declarar simplesmente que a Lei dos Escravos Fugitivos não era válida ou que os decretos nazistas eram leis válidas. Seria enganoso em ambos os casos, pois essas descrições nublam os aspectos moralmente importantes de cada caso e as diferenças entre eles (DWORKIN, 2014a, p. 630).

Transplantando esse raciocínio para aplicação no exame crítico da jurisprudência nacional, parece exsurgir profunda similaridade entre o pensamento tradicional dos dois sistemas criticado por Dworkin e a fundamentação adotada, por exemplo, na decisão monocrática proferida pelo eminente ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello em liminar no Habeas Corpus n. 102.094.

No *decisum*, o magistrado se contrapôs à quantidade de pena abstratamente cominada pela lei ordinária ao crime de receptação qualificada, tipificado no art. 180, § 1º, do Código Penal, reputando-a inconstitucional por afronta aos princípios da proporcionalidade e da individualização *in abstracto* da pena, como resume sua ementa, abaixo transcrita:

RECEPTAÇÃO SIMPLES (DOLO DIRETO) E RECEPTAÇÃO QUALIFICADA (DOLO INDIRETO EVENTUAL). COMINAÇÃO DE PENA MAIS LEVE PARA O CRIME MAIS GRAVE (CP, ART. 180, “CAPUT”) E DE PENA MAIS SEVERA PARA O CRIME MENOS GRAVE (CP, ART. 180, § 1º). *TRANSGRESSÃO, PELO LEGISLADOR, DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPORCIONALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO “IN ABSTRACTO” DA PENA. LIMITAÇÕES MATERIAIS QUE SE IMPÕEM À OBSERVÂNCIA DO ESTADO, QUANDO DA ELABORAÇÃO DAS LEIS. A POSIÇÃO DE ALBERTO SILVA FRANCO, DAMÁSIO E. JESUS E DE CELSO, ROBERTO, ROBERTO JÚNIOR E FÁBIO DELMANTO. A PROPORCIONALIDADE COMO POSTULADO BÁSICO DE CONTENÇÃO DOS EXCESSOS DO PODER PÚBLICO. O “DUE PROCESS OF LAW” EM SUA DIMENSÃO SUBSTANTIVA (CF, ART. 5º, INCISO LIV). DOUTRINA. PRECEDENTES. A QUESTÃO DAS ANTINOMIAS (APARENTES E REAIS). CRITÉRIOS DE SUPERACÇÃO. INTERPRETAÇÃO AB-ROGANTE. EXCEPCIONALIDADE. UTILIZAÇÃO, SEMPRE QUE POSSÍVEL, PELO PODER JUDICIÁRIO, DA INTERPRETAÇÃO CORRETIVA, AINDA QUE DESTA RESULTE PEQUENA MODIFICAÇÃO NO TEXTO DA LEI. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.”* (HC n. 102.094 MC/SC, rel. min. Celso de Mello, j. em 1º.7.2010, grifos nossos).

A invocação do princípio da proporcionalidade – *due process of law* na dimensão substantiva (art. 5º, LIV, da CF/1988) – para “conter os excessos do Poder Público” e justificar excepcional “interpretação ab-rogante”, “corretiva, ainda que desta resulte pequena modificação no texto da lei”, impõe-nos fundadas razões para mergulho em uma profunda reflexão sobre a essência desse postulado e o que esse discurso de aparente roupagem suposta-

mente apenas jurídica – naquela acepção tradicional do modelo bissistemático, combatido por Dworkin – pode esconder.

A propósito dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na interpretação constitucional, calha trazer à baila o escólio doutrinário de José Adércio Leite Sampaio:

Embora já estivesse presente na *clássica ideia de justiça como proporção ou equilíbrio* e, recentemente, com a *adequação justa das penas aos ilícitos* e, ainda mais diretamente, como pauta de legitimidade do direito administrativo sancionador alemão, a proporcionalidade hoje apresenta um conceito muito mais complexo e que serve para aferir se uma dada intervenção no âmbito dos direitos fundamentais é legítima ou indevida. Em geral, diz-se proporcional a intervenção que não é excessiva tampouco insuficiente. Excessiva para restringir um direito; insuficiente para realizá-lo. [...] Razoabilidade é a racionalidade possível do direito, dizia Siches. [...] A razoabilidade é, em geral, identificada com a proporcionalidade ou com algumas de suas máximas, especialmente a adequação e a proporcionalidade estrita (2013, p. 450 e 456, grifos nossos).

Luís Roberto Barroso explicita que o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade “tem seu fundamento na ideia de devido processo legal substantivo e na de *justiça*” (2009, p. 375, grifo nosso).

Não nos parece ousado questionar se a aclamada aplicação do princípio da proporcionalidade (devido processo legal sob o aspecto material) não estaria de algum modo a camuflar o fato de que naquele caso concreto o decano da Suprema Corte teria se deparado, a rigor, com um autêntico dilema moral, e não com uma questão meramente de prudência (jurídica), como coloca em evidência a visão integrada dworkiniana.

Nessa hipótese, diríamos que, mesmo compreendendo que a norma proibitiva veiculada no art. 180, § 1º, do Código Penal atendia a todos os critérios definidores do que é o direito válido (no caso, trata-se de lei ordinária regularmente editada pela autoridade competente, que tipifica condutas efetivamente lesivas a bem jurídico relevante para a sociedade e comina modalidades de sanções

penais admitidas pela Constituição da República e em quantidades a princípio ordinárias – arts. 5º, XLVI e XLVII, 22, I, 59 e 61 da CF/1988), o juiz, reputando em seu íntimo que a lei era extremamente iníqua, socorreu-se, de modo velado e não confessado, de uma emergência moral externa ao direito para declará-la não imponível ao réu, paciente no *habeas corpus*.

Dizendo de outro modo: o magistrado optou por lançar mão do conhecido expediente hermenêutico de socorro ao princípio *coringa* da razoabilidade, para dizer que a lei era inválida (inconstitucional) e assim confortar a consciência com o discurso de que a solução da questão não teria provindo diretamente da moral, mas sim que esteve circunscrita exclusivamente à esfera jurídica.

A teoria unissistemática explicaria que os princípios estruturadores de justiça (da autoridade política, do precedente, da confiabilidade etc.), os quais definem o direito dentro da moral política e que no caso concreto elevavam a força moral da pretensão do Estado-Acusação em condenar o réu às penas cominadas no art. 180, § 1º, do Código Penal, sucumbiram face a um trunfo moral. No caso, os valores da liberdade e igualdade despontariam como fundamento para a clemência ao indivíduo, haja vista a iniquidade extrema da quantidade da reprimenda prevista na lei. Haveria, pois, apenas um *direito político* – mas não *direito jurídico* – do Estado ou da vítima do delito em ver o agente punido nos limites estabelecidos naquele dispositivo legal (3 a 8 anos de reclusão e multa).

Ainda com as lentes da teoria integrada, poderíamos afirmar que esse mesmo dilema moral – e não exatamente jurídico –, quando enfrentado pelos pares do relator, resolveu-se em sentido oposto: os demais ministros formaram jurisprudência que optou por conferir primazia aos princípios da autoridade política e da confiabilidade, impondo a aplicação do preceito secundário do art. 180, § 1º, do Código Penal.

Como constou da decisão de mérito no *writ*, a Corte já havia pronunciado, em caso semelhante, a

[...] Inocorrência de violação aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização da pena. *Cuida-se de opção*

político-legislativa na apenação com maior severidade aos sujeitos ativos das condutas elencadas na norma penal incriminadora e, conseqüentemente, falece competência ao Poder Judiciário interferir nas escolhas feitas pelo Poder Legislativo na edição da referida norma. (RE n. 443.388/SP, rel. min. Ellen Gracie, citado no HC n. 102.094 /SC, rel. min. Celso de Mello, j. em 20.3.2014, grifos nossos).

Um outro exemplo de dilema moral por iniquidade de coerção penal, agora ainda mais emblemático, provém do Superior Tribunal de Justiça. Cuida-se da arguição de inconstitucionalidade no Habeas Corpus n. 239.363, alusiva às penas cominadas no art. 273, § 1º-B, do Código Penal. Mais uma vez, a válvula de escape dos magistrados foi o postulado constitucional da razoabilidade. A decisão foi assim ementada:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. *A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.* 2. *É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.* 3. *Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.* 4. *O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretenso usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas – notoriamente mais grave e cujo bem*

jurídico também é a saúde pública. 5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela *falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso*. 6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma. (AI no HC n. 239.363 – PR (2012/0076490-1), rel. min. Sebastião Reis Júnior, j. em 26.2.2015, DJe de 10 abr. 2015, grifos nossos).

Voltando à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, certo é que a Egrégia Corte tem-se socorrido com bastante frequência dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade (albergados pelo postulado do devido processo legal substantivo) para afastar a eficácia de normas criminais em determinados casos concretos e às vezes até mesmo para rechaçar sua própria validade *in abstracto*, como ilustram os trechos de arestos abaixo reproduzidos:

HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL. TIPICIDADE PENAL. JUSTIÇA MATERIAL. JUÍZO DE ADEQUAÇÃO DE CONDUTAS FORMALMENTE CRIMINOSAS, PORÉM MATERIALMENTE INSIGNIFICANTES. SIGNIFICÂNCIA PENAL. CONCEITO CONSTITUCIONAL. DIRETRIZES DE APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. ORDEM DENEGADA. 1. [...] 2. *A norma legal que descreve o delito e comina a respectiva pena atua por modo necessariamente binário, no sentido de que, se, por um lado, consubstancia o poder estatal de interferência na liberdade individual, também se traduz na garantia de que os eventuais arroubos legislativos de irrazoabilidade e desproporcionalidade se expõem a controle jurisdicional. Donde a política criminal-legislativa do Estado sempre comporta mediação judicial, inclusive quanto ao chamado “crime de bagatela” ou “postulado da insignificância penal” da conduta desse ou daquele agente. Com o que o tema da significância penal confirma que o “devido processo legal” a que se reporta a Constituição Federal no inciso LIII do art. 5º é de ser interpretado como um devido processo legal substantivo ou material. Não meramente formal.* 3. [...] 14. Ordem denegada. (HC n. 111.017/RS, 2ª T., rel. min. Ayres Britto, j. em 7.2.2012, grifo nosso).

HABEAS CORPUS – CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI Nº 11.343/2006, ART. 33, § 4º) [...] – CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS NOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33, “CAPUT” E § 1º, E NOS ARTS. 34 A 37, TODOS DA LEI DE DROGAS – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA LEGAL QUE VEDA, “IN ABSTRACTO” (ART. 33, § 4º, E ART. 44), ESSA CONVERSÃO (HC 97.256/RS) – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA – POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, NOS CASOS DE TRÁFICO PRIVILEGIADO DE ENTORPECENTES, EM REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO QUE O REGIME FECHADO (HC 111.840/ES) – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE HIPÓTESE DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO – PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. – O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC 97.256/RS, Rel. Min. AYRES BRITTO, reconheceu a inconstitucionalidade de normas constantes da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), no ponto em que tais preceitos legais vedavam a conversão, pelo magistrado sentenciante, da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos. – *O Poder Público, especialmente em sede penal, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal, ainda mais em tema de liberdade individual, acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo.* – Atendidos os requisitos de índole subjetiva e os de caráter objetivo previstos no art. 44 do Código Penal, torna-se viável a substituição, por pena restritiva de direitos, da pena privativa de liberdade imposta aos condenados pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37, todos da Lei nº 11.343/2006. – Possibilidade de o condenado pelo crime de tráfico privilegiado de entorpecentes (Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º) iniciar o cumprimento da pena em regime menos gravoso que o regime fechado. Precedente do Plenário (HC n. 111.840/ES, rel. min. Dias Toffoli, “Informativo/STF n. 672”; HC n. 105.904/ES, 2ª T., rel. min. Celso de Mello, j. em 22.5.2012, grifos nossos).

Argumentariam alguns que todos os exemplos acima selecionados, por concernirem ao Direito Penal, não seriam os mais

adequados, afinal, a doutrina hodierna tem rejeitado intensamente a concepção tradicional que atribui ao *jus puniendi* a natureza de direito subjetivo. Nessa linha, Zaffaroni afirma que admitir a existência de um direito subjetivo do Estado a incriminar ou penalizar seria pressupor que todos os delitos estariam a lesar um único bem jurídico (direito estatal), colocando inadvertidamente em segundo plano, em contrariedade à Constituição, os direitos das próprias pessoas humanas (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 86). Aliás, o próprio Dworkin chegara a advertir, há meio século, em um de seus escritos componentes da clássica coletânea *Levando os direitos a sério*, que sua então tese dos direitos era válida apenas nos casos civis, pois “em um processo criminal, o acusado tem direito a uma decisão em seu favor, caso for inocente, mas o Estado não tem nenhum direito paralelo de condená-lo se ele for culpado.” (2010b, p. 157).

De todo modo, a alegação é superada quando constatamos que também a jurisprudência *cível* do Supremo Tribunal Federal revela exemplos de apelo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para “inibir e [...] neutralizar eventuais abusos do Poder Público, notadamente no desempenho de suas funções normativas” (ADI n. 2.667 MC/DF, Tribunal Pleno, rel. min. Celso de Mello, j. em 19.6.2002).

Com efeito, ao deferir o pedido de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.158, ao final julgada procedente, o plenário do STF, por maioria de votos, assentou que a norma estadual questionada – que havia concedido adicional de férias a servidores públicos inativos – ofendera o critério da razoabilidade (projeção concretizadora da cláusula do *substantive due process of law*), aduzindo que o legislador, no caso, incidira em “desvio ético-jurídico”:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL QUE CONCEDE GRATIFICAÇÃO DE FÉRIAS (1/3 DA REMUNERAÇÃO) A SERVIDORES INATIVOS - VANTAGEM PECUNIÁRIA IRRAZOAVEL E DESTITUÍDA DE CAUSA - LIMINAR DEFERIDA. - *A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do “substantive due process of*

law”, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa (ADI n. 1158 MC/AM, Tribunal Pleno, rel. min. Celso Mello, j. em 19.12.1994, grifos nossos).

Veja-se que, à época do *decisum*, o texto do art. 40, § 4º, da Carta Política de 1988, emanado do poder constituinte originário, previa expressamente a paridade de remuneração entre servidores públicos ativos e inativos, estabelecendo aos aposentados o direito a quaisquer benefícios ou vantagens concedidos aos servidores em atividade. Não à toa, o ministro Celso de Mello, relator no feito, chegou a admitir que a regra da lei estadual impugnada, “ainda que contenha esdrúxula outorga de adicional de férias a servidor aposentado, parece ajustar-se ao espírito que inspirou o legislador constituinte na formulação da norma (art. 40, § 4º, da CF/88)”.

A despeito disso, extrai-se dos votos vencedores a literal invocação do “princípio moral” (ministro Maurício Corrêa) e dos princípios da moralidade, igualdade e razoabilidade (ministro Sepúlveda Pertence) para suspender a vigência da lei, a qual, *a priori* compatível com a norma constitucional originária (art. 40, § 4º), foi considerada pelo próprio relator, ministro Celso de Mello, como “destituída do necessário coeficiente de razoabilidade”.

Nessa situação, a teoria integrada lançaria luzes sobre o fato de que a lei estadual impugnada – e em última instância o próprio dispositivo positivado no art. 40, § 4º, da Constituição da República – geraria aos servidores públicos inativos o *direito* (tão somente) *político* – mas não *jurídico* – ao acréscimo pecuniário de um terço de férias. Segundo essa nova visão, uma emergência moral externa ao direito é que teria determinado a solução para a causa: os princípios delimitadores do direito (autoridade política, precedente, confiabilidade etc.), que davam força moral maior às pretensões dos servidores aposentados do que elas normalmente teriam, curvaram-se, no caso concreto, diante de outro valor moral político (igualdade – questão de justiça distributiva), afastando a juridicidade da regra examinada (que estaria a veicular, portanto, um *direito político*, mas não propriamente *jurídico*, uma vez que inexigível por meio judicial).

A força do paradigma ortodoxo bissistemático no órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional também pode ser testemunhada, agora em toda sua intensidade e de maneira emblemática, no Recurso Extraordinário n. 405.386, cuja decisão foi assim ementada:

CONSTITUCIONAL. PENSÃO ESPECIAL A VIÚVA DE PREFEITO. LEI MUNICIPAL DE EFEITOS CONCRETOS. VALIDADE. ISONOMIA E PRINCÍPIO DA MORALIDADE (CF, ART. 37). IMUNIDADE MATERIAL DE VEREADORES (CF, ART. 29, VIII). EXTENSÃO QUANTO À RESPONSABILIDADE CIVIL. 1. Não há empecilho constitucional à edição de leis sem caráter geral e abstrato, providas apenas de efeitos concretos e individualizados. Há matérias a cujo respeito a disciplina não pode ser conferida por ato administrativo, demandando a edição de lei, ainda que em sentido meramente formal. É o caso da concessão de pensões especiais. 2. *O tratamento privilegiado a certas pessoas somente pode ser considerado ofensivo ao princípio da igualdade ou da moralidade quando não decorrer de uma causa razoavelmente justificada.* 3. *A moralidade, como princípio da Administração Pública (art. 37) e como requisito de validade dos atos administrativos (art. 5.º, LXXIII), tem a sua fonte por excelência no sistema de direito, sobretudo no ordenamento jurídico-constitucional, sendo certo que os valores humanos que inspiram e subjazem a esse ordenamento constituem, em muitos casos, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do patrimônio ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade.* A quebra da moralidade administrativa se caracteriza pela desarmonia entre a expressão formal (= a aparência) do ato e a sua expressão real (= a sua substância), criada e derivada de impulsos subjetivos viciados quanto aos motivos, ou à causa, ou à finalidade da atuação administrativa. 4. *No caso, tanto a petição inicial, quanto os atos decisórios das instâncias ordinárias, se limitaram a considerar “imoral” a lei que concedeu pensão especial a viúva de prefeito falecido no exercício do cargo por ter ela conferido tratamento privilegiado a uma pessoa, sem, contudo, fazer juízo algum, por mínimo que fosse, sobre a razoabilidade ou não, em face das circunstâncias de fato e de direito, da concessão do privilégio.* 5. [...]. (RE n. 405.386/RJ, 2ª T., rel. min. Ellen Gracie, rel. p/ acórdão min. Teori Zavascki, j. em 26.2.2013, grifos nossos).

Naquele processo, que tratou de pretensa nulidade de uma lei municipal concessória de pensão vitalícia a viúva de prefeito fale-

cido no curso do mandato, os integrantes do Supremo Tribunal Federal, por maioria, concluíram pela validade do ato normativo, censurando a postura das instâncias judiciais ordinárias, que

[...] se limitaram a considerar “imoral” a lei que concedeu pensão especial a viúva de prefeito falecido no exercício do cargo por ter ela conferido tratamento privilegiado a uma pessoa, sem, contudo, fazer juízo algum, por mínimo que fosse, sobre a razoabilidade ou não, em face das circunstâncias de fato e de direito, da concessão do privilégio.

Ao pedir vista dos autos após voto proferido pela relatora (que ao final restou isoladamente vencida), o ministro Eros Grau justificou-se afirmando: “o aspecto da moralidade me preocupa muito. Temo um dia rompermos a garantia da certeza e segurança jurídica e substituímos o direito pela moral”. Mais de três anos depois, em 2009, ao enfim ofertar seu voto em sentido contrário, o magistrado pronunciou-se sobre o princípio da moralidade administrativa, consignando que

[...] o conteúdo desse princípio há de ser encontrado no interior do próprio direito, até porque a sua contemplação não pode conduzir à substituição da ética da legalidade por qualquer outra. Vale dizer, não significa uma abertura do sistema jurídico para a introdução, nele, de preceitos morais. O que importa assinalar, ao considerarmos a função do direito positivo, o direito posto pelo Estado, é que este o põe de modo a constituir-se a si próprio, enquanto suprassume a sociedade civil, conferindo concomitantemente a ela a forma que a constitui. Nessa medida, *o sistema jurídico tem de recusar a invasão de si próprio por regras estranhas a sua eticidade própria, advindas das várias concepções morais ou religiosas presentes na sociedade civil, ainda que isto não signifique o sacrifício de valorações éticas. Ocorre que a ética do sistema jurídico é a ética da legalidade. E não pode ser outra, senão esta, de modo que a afirmação, pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, do princípio da moralidade o situa, necessariamente, no âmbito desta ética, ética da legalidade, que não pode ser ultrapassado, sob pena de dissolução do próprio sistema.* Isto posto, compreenderemos facilmente esteja confinado, o questionamento da moralidade da Administração, nos lindes do desvio de poder ou de finalidade [grifos nossos].

Outros três anos se passaram após novo pedido de vista, dessa feita do ministro Cezar Peluso, até que em 2013 seu sucessor, Teori Zavascki, trouxe seu voto, realçando com ainda mais vigor a tese dos dois ordenamentos – direito e moral –, embora reconhecendo a decisiva influência da segunda na formação e interpretação do primeiro:

[...] a moralidade, tal como erigida na Constituição – como princípio da Administração Pública (art. 37) e como requisito de validade dos atos administrativos (art. 5º, LXXIII) –, não é, simplesmente, um puro produto do jusnaturalismo, ou da ética, ou da moral, ou da religião. É o sistema de direito, o ordenamento jurídico e, sobretudo, o ordenamento jurídico-constitucional a sua fonte por excelência, e é nela que se devem buscar a substância e o significado do referido princípio. É certo que os valores humanos, que inspiram o ordenamento jurídico e a ele subjazem, constituem, em muitos casos, inegavelmente, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do patrimônio ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade. Sob esse aspecto, *há, sem dúvida, vasos comunicantes entre o mundo da normatividade jurídica e o mundo normativo não jurídico (natural, ético, moral), razão pela qual esse último, tendo servido como fonte primária do surgimento daquele, constitui também um importante instrumento para a sua compreensão e interpretação. É por isso mesmo que o enunciado do princípio da moralidade administrativa – que, repita-se, tem natureza essencialmente jurídica – está associado à gama de virtudes e valores de natureza moral e ética: honestidade, lealdade, boa-fé, bons costumes, equidade, justiça.* São valores e virtudes que dizem respeito à pessoa do agente administrativo, a evidenciar que os vícios do ato administrativo por ofensa à moralidade são derivados de causas subjetivas, relacionadas com a intimidade de quem o edita: as suas intenções, os seus interesses, a sua vontade. Ato administrativo moralmente viciado é, portanto, um ato contaminado por uma forma especial de ilegalidade: a ilegalidade qualificada por elemento subjetivo da conduta do agente que o pratica. [...] É por isso que o desvio de finalidade e o abuso de poder (vícios originados da estrutura subjetiva do agente) são considerados defeitos tipicamente relacionados com a violação à moralidade. Pode-se afirmar, em suma, que a lesão ao princípio da moralidade administrativa é, rigorosamente, uma lesão a valores e princípios incorporados ao ordenamento jurídico, constituindo, portanto, uma injuridicidade,

uma ilegalidade *lato sensu*. Todavia, é uma ilegalidade qualificada pela gravidade do vício que contamina a causa e a finalidade do ato, derivado da ilícita conduta subjetiva do agente [grifos nossos].

No entanto, independentemente do mérito da causa, o que impende aqui ressaltar é que a Corte, *data venia*, não explicou satisfatoriamente por que a “garantia da certeza e segurança jurídica” – interesses cuja realização se busca por meio da legalidade e que consistiram no foco de preocupação do ministro Eros Grau – deveria apriorística e necessariamente gozar de primazia sobre todos e quaisquer outros valores morais políticos na prestação da jurisdição.

Pergunta-se: por qual razão não seria admissível nem mesmo em tese que o STF subordinasse a segurança, a previsibilidade e a confiabilidade (princípios definidores do direito dentro da moral política) a outros princípios de moral política para afastar a eficácia da lei municipal e assim hipoteticamente concluísse, nos termos da teoria integrada dworkiniana, pela inexistência de *direito jurídico* da viúva do falecido prefeito à pensão especial? Em outras palavras: por que a lei municipal deveria automática e obrigatoriamente prevalecer e ser imposta mesmo que o órgão jurisdicional hipoteticamente a reputasse, pelas circunstâncias e atributos do caso concreto, como injusta e imoral?

E mais: qualquer que fosse o entendimento final após o sopesamento, mesmo no sentido da imposição da lei, não seria mais adequado e sincero reconhecer abertamente que o vetor da decisão judicial teria resultado de razões de natureza moral política, e não propriamente de um determinado conceito doutrinário de direito maculado por pressupor o criticado dogma dos dois sistemas diferentes (direito e moral)?

Consoante o paradigma unissistemático, as teorias do direito devem se originar das discussões políticas, e não de uma suposta essência ou conceito prévio de direito. Nesse diapasão é que Dworkin assevera:

Para construir uma concepção do direito – uma exposição das justificativas necessárias para apoiar, desse modo, uma pretensão de direito

passível de imposição a pedido de seu titular –, temos de encontrar uma justificativa para essas práticas [políticas, comerciais e sociais] numa rede integrada maior de valores políticos (2014a, p. 619).

Do exposto constata-se, em última análise, que o STF, perfilhando a corrente tradicional e dominante – atacada pelo modelo integrado de Dworkin –, sustentou nesse precedente que o direito, que é por ele declarado com força definitiva e em última instância no Estado Brasileiro, pode em tese perfeitamente conflitar com o valor da justiça e, nessa hipótese, sobre ele sempre deve prevalecer, mesmo à míngua de qualquer justificativa moral e política, como uma decorrência simples, direta e automática da adesão a um determinado conceito de direito.

Se o ministro Eros Grau temia romper a garantia da certeza e a segurança jurídica com a substituição do direito pela moral, parece-nos legítimo e fundado o receio inverso: de que a justiça seja gravemente sacrificada pela corte maior do País em nome de um conceito, erigido de fonte misteriosa, que se expressa pelo vocábulo “direito”.

2.2 Imposição parcial

A criticada imagem dos dois sistemas – direito e moral – também aparece quando os tribunais reconhecem que certos direitos constitucionais atendem plenamente aos critérios definidores do que é o direito (conjunto de normas jurídicas válidas) mas, a despeito disso, negam-lhes exigibilidade.

Dworkin ilustra, no âmbito do Direito norte-americano, com uma decisão do Tribunal Recursal do Distrito de Columbia, que, ao apreciar caso envolvendo presos na Baía de Guantânamo, declarou que “nem toda violação de um direito gera um remédio jurídico, mesmo quando o direito é constitucional” (2014a, p. 630). Outro exemplo, extraído da doutrina estadunidense, consistiria no direito constitucional dos cidadãos à assistência médica financiada pelo Estado, direito que, todavia, não seria suscetível de total garantia pela via judicial (mesmo reconhecendo que todos os indivíduos possuem tal direito, um tribunal não poderia exigir do

governo a implantação deste ou daquele plano específico de saúde, por inaptidão para lidar com delicadas questões de orçamento e medicina; a atuação das cortes se limitaria a enfrentar determinadas situações como, por exemplo, discriminação no atendimento).

Observe-se que nesses casos buscam-se razões independentes para justificar a ausência de tutela judicial de determinados direitos, que somente são considerados como tais – ou seja, como “direitos” – precisamente por conta da adoção do pressuposto (equivocado) da existência dos dois sistemas distintos (direito e moral) e, mais que isso, de uma teoria positivista, a qual consagre que tudo o que está escrito na Constituição constitui direito, por corresponder a critério factual-histórico aceito pela comunidade.

Sob a ótica da teoria integrada, que diferencia *direitos políticos* de *direitos jurídicos*, Dworkin argumenta que nem todos os direitos expressos na Constituição são jurídicos (exigíveis pelos cidadãos junto aos tribunais). Os referentes à política externa e aqueles que podem ser supridos de modo mais eficiente por outros ramos do governo – como o da assistência médica – são apenas direitos políticos, mas não jurídicos. Aqui, os princípios estruturadores de justiça (que distinguem os direitos jurídicos dos demais direitos políticos) – tais como o da melhor distribuição do poder político num Estado coercitivo – emergem como argumentos contra a exigibilidade/imposição da norma, diferentemente da hipótese anterior da Lei dos Escravos Fugitivos (em que tais princípios atuam a favor de sua exigibilidade, mas sucumbem face ao trunfo de uma emergência moral).

Pois voltemos os olhos ao cenário nacional.

Por aqui, toma-se como exemplo o art. 37, X, da Constituição da República, o qual assegura expressamente aos servidores públicos a revisão geral anual de sua remuneração. Pela consagrada doutrina do constitucionalista José Afonso da Silva (1998), a norma em apreço seria classificada como de eficácia limitada, pois dependeria, para produzir efeitos, de lei integrativa infraconstitucional.

Ocorre que a cláusula constitucional é solenemente inobservada pelo Poder Executivo, contumaz em se omitir na iniciativa de proje-

tos de lei tendentes à reposição do poder aquisitivo dos vencimentos dos agentes públicos. O tema teve repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário n. 565.089, que se encontra em fase de julgamento no STF, com votos divergentes entre os ministros¹.

Mas a Corte já teve a oportunidade de julgar anteriormente a matéria no agravo regimental no Recurso Extraordinário n. 327.621, ocasião em que assim decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DE SÃO PAULO. INFLAÇÃO. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA QUAL NÃO DECORRE O DIREITO À REVISÃO GERAL DE QUE TRATA O INCISO X DO ART. 37 DA CARTA DE OUTUBRO (REDAÇÃO ORIGINÁRIA). NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO FIXAR O ÍNDICE OU DETERMINAR QUE O EXECUTIVO O FAÇA. JURISPRUDÊNCIA DO STF. *A garantia constitucional da irredutibilidade de vencimentos não autoriza o Poder Judi-*

1 VENCIMENTOS - REPOSIÇÃO DO PODER AQUISITIVO - ATO OMISIVO - INDENIZAÇÃO - INCISO X DO ARTIGO 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REPERCUSSÃO DO TEMA. Ante a vala comum da inobservância da cláusula constitucional da reposição do poder aquisitivo dos vencimentos, surge com repercussão maior definir o direito dos servidores a indenização. RE 565089 RG / SP, rel. min. Marco Aurélio, j. 13.12.2007. “Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), conhecendo do recurso extraordinário e provendo-o, pediu vista dos autos a Senhora Ministra Cármen Lúcia. [...] Presidência do Senhor Ministro Ayres Britto (Vice-Presidente). Plenário, 09.06.2011. Decisão: Após o voto-vista da Ministra Cármen Lúcia, acompanhando o Relator, conhecendo e provendo o recurso, e o voto do Ministro Roberto Barroso, negando-o, pediu vista dos autos o Ministro Teori Zavascki. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 03.04.2014. Decisão: Após o voto-vista do Ministro Teori Zavascki, negando provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelos Ministros Rosa Weber e Gilmar Mendes, e o voto do Ministro Luiz Fux, que lhe dava provimento, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 02.10.2014.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listar-jurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+565089%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EPRCR.%2E+ADJ2+565089%2EPRCR.%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/b9f2rvc>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

ciário a fixar índice de revisão geral, na forma do inciso X do art. 37 da Magna Carta (redação originária), dada a necessidade de lei específica, cujo processo legislativo é de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Não altera esse entendimento o suposto fato de as leis específicas editadas pelo ente federado terem concedido aumentos inferiores aos índices inflacionários apurados no período. Mesmo que reconheça mora do Chefe do Poder Executivo, o Judiciário não pode obrigá-lo a apresentar projeto de lei que trate da revisão geral anual da remuneração dos servidores, prevista no inciso X do art. 37 da Lei Maior. Ressalva do entendimento pessoal do Relator. Precedentes: ADI 2.061, Relator Ministro Ilmar Galvão; MS 22.439, Relator Ministro Maurício Corrêa; MS 22.663, Relator Ministro Néri da Silveira; AO 192, Relator Ministro Sydney Sanches; e RE 140.768, Relator Ministro Celso de Mello. Agravo regimental desprovido. (RE n. 327.621 AgR/SP, rel. min. Carlos Britto, 1ª Turma, j. em 21.2.2006, grifos nossos).

Note-se que o precedente *supra*, em última análise, negou a exigibilidade (pela via judicial) de um direito conferido aos servidores públicos por dispositivo de matriz constitucional!

Realmente, o tribunal guardião da Constituição afirmou, por unanimidade, a existência de um direito material de fonte constitucional insuscetível de tutela pelo Poder Judiciário. Nesse diapasão, o voto do relator assinalou explicitamente que “a só condição de destinatário da proteção constitucional não basta para conferir ao beneficiário dessa expressiva garantia o direito à revisão corretiva dos efeitos nocivos gerados pelo processo inflacionário”, pontuou que “a revisão geral originariamente prevista no inciso X do art. 37 da Carta de Outubro depende da edição de lei específica”, e declarou, por derradeiro,

[...] a impossibilidade de obrigar o Chefe do Poder Executivo, mesmo que reconhecida mora legislativa de sua responsabilidade, a apresentar projeto de lei que trate da revisão geral anual da remuneração dos servidores, prevista no mencionado inciso X.

A teoria unissistemática explicaria o fenômeno esclarecendo que os servidores públicos teriam o *direito político* – mas não *jurídico* – ao reajuste anual previsto no art. 37, X, da Magna Carta. Na

espécie sob exame, os próprios princípios estruturadores de justiça (distintivos dos direitos jurídicos face aos demais direitos políticos), mormente o princípio da melhor distribuição do poder político num Estado coercitivo, serviriam como justificativa para a inexigibilidade da norma constitucional.

2.3 A moral no procedimento

Finalmente, a falha concepção bissistemática gerou, na visão de Dworkin, uma relevante divisão entre processo (procedimentos de criação do direito) e substância (conteúdo do direito criado), sendo que o eterno debate se concentrou apenas na substância (lei imoral é lei?; princípio de justiça não positivado é direito?), em detrimento do processo, a respeito do qual prevaleceu a corrente positivista de que o direito é criado e conformado exclusivamente pelas convenções locais. Defende ele:

Quando, porém, rejeitamos o modelo dos dois sistemas e entendemos o direito como um elemento bem definido da moral política, temos de tratar os próprios princípios estruturadores especiais que separam o direito do restante da moral política como princípios políticos que devem ser interpretados do ponto de vista moral.

E aí o doutrinador cita a regra mítica na Inglaterra, outrora inquestionável, de que o Parlamento seria supremo e seu poder ilimitado. Historicamente, com a superação do jusnaturalismo de Coke e a introdução do utilitarismo de Jeremy Bentham, a norma passou a ser tida como verdade absoluta, como bem ilustra o escólio doutrinário de H. Hart em trecho de sua célebre obra *O Conceito de Direito*, datada da década de 1960:

[...] onde quer que exista um poder legislativo não sujeito a limitações constitucionais e que seja competente para privar de juridicidade a todas as outras normas de direito que emanem de outras fontes, a norma de reconhecimento daquele sistema dita que a atuação desse poder constitui o critério supremo de validade. Esta é, de acordo com a teoria constitucional, a situação do Reino Unido (2009, p. 137).

No entanto, Dworkin segue explicando que agora, em um contexto de consolidação e internacionalização dos direitos humanos, a regra foi novamente posta em xeque pelos juristas quando o governo inglês cogitou da ideia de um projeto de lei que suprimiria dos tribunais a jurisdição sobre detentos suspeitos de terrorismo. Para Dworkin (2014a, p. 634),

O *status* do Parlamento enquanto legislador – uma das questões jurídicas mais fundamentais – tornou-se de novo uma profunda questão de moral política. Na prática, o direito está integrado à moral: os advogados e juízes são os filósofos políticos operantes do Estado democrático.

Já nos Estados Unidos, instalou-se discussão acerca da natureza das cláusulas constitucionais: se as substantivas mais abstratas (direitos à liberdade de expressão, à liberdade religiosa, ao devido processo legal, proibição a penas cruéis etc.) deveriam ser interpretadas como princípios morais (como se observou de decisão da Suprema Corte que, contrariando dados históricos, reconheceu o direito de *habeas corpus* a estrangeiros presos em Guantânamo), ao passo que as cláusulas mais concretas, diferentemente, dependeriam apenas de questões históricas (tal qual em julgamento sobre o direito constitucional dos cidadãos à posse de armas de fogo).

Mais uma vez, Dworkin adverte:

Esses debates da Corte fariam algum sentido se adotássemos o modelo bissistemático do direito e da moral política. [...] Devemos [...] nos esforçar ao máximo, dentro dos limites da interpretação, para que a lei fundamental do nosso país seja compatível com nosso senso de justiça – não porque o direito deva às vezes curvar-se perante a moral, mas porque é exatamente isso que o próprio direito exige, quando é bem compreendido (2014a, p. 635).

Quando temos em mente a proposição da tese unissistemática de que não apenas o conteúdo mas também os métodos e procedimentos de criação do direito devem ser justos, de sorte que os próprios princípios estruturadores do direito (que o separam do restante da moral) sejam interpretados moralmente, torna-se fácil

compreender o fundamento da admissão, pela jurisdição constitucional, dos processos informais de mudanças da Carta Política.

Lecionam os doutos que os processos de vicissitudes constitucionais podem ser impróprios (mudanças *da* Constituição) ou próprios (mudanças *na* Constituição), esses últimos classificados como formais ou informais. As mudanças informais, conhecidas como *mutações*, são práticas “que introduzem alterações significativas no ordenamento constitucional sem mexer em uma vírgula no texto escrito [...]” (SAMPAIO, 2013, p. 286). Elas “exteriorizam o caráter dinâmico das normas jurídicas, através de processos informais [...] no sentido de não serem previstos dentre aquelas mudanças formalmente estabelecidas no texto constitucional.” (LENZA, 2007, p. 110).

Diz-se que com as mutações há um desenvolvimento das normas constitucionais a domínios não imaginados pelos constituintes originários, sustentando no tempo a confiança na Constituição como elo entre as gerações (GREWE; FABRI apud SAMPAIO, 2013, p. 286).

No Mandado de Segurança n. 26.603, a Suprema Corte brasileira preconizou que por meio de sua atividade interpretativa possui a prerrogativa, embora extraordinária, de (re)formular a Constituição. Assentou que a interpretação judicial consiste em processo informal de mutação constitucional, asseverando que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”, como se extrai de trecho da ementa correspondente:

MANDADO DE SEGURANÇA [...] A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - *No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re) formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os*

processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que “A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”. Doutrina. Precedentes. - A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. (MS n. 26.603/DF, rel. min. Celso de Mello, j. em 4.10.2007, grifos nossos).

Ao apreciar o Habeas Corpus n. 91.361, o STF afirmou com todas as letras que a interpretação judicial constitui instrumento idôneo para adequar e compatibilizar a Constituição da República com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos:

“HABEAS CORPUS” - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO LEGAL (LEILOEIRO OFICIAL) - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. - Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário. Precedentes. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordena-

mento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? – Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. *A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO*. - *A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. [...]* (HC n. 91.361/SP, 2ª T., rel. min. Celso de Mello, j. em 23.9.2008, grifos nossos).

No caso, veio a lume não apenas o tema da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil (natureza constitucional ou caráter de supralegalidade), mas também o da possibilidade de alteração da Constituição por meio de interpretação judicial. E ficou assentado, nos exatos termos do voto do ministro relator, que a interpretação judicial viabiliza

[...] a adaptação do “corpus” constitucional às novas situações sociais, econômicas, jurídicas, políticas e culturais surgidas em um dado momento histórico, para que [...] o estatuto fundamental não se desqualifique em sua autoridade normativa, não permaneça vinculado a superadas concepções do passado, nem seja impulsionado, cegamente, pelas forças de seu tempo.

Ora, como explicar que o direito comporta um procedimento *informal* de mudança da Constituição em razão de alterações sociais, culturais, econômicas e políticas, na esteira do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal, senão com uma justificativa de ordem moral?

Sinal forte de que os precedentes sobre mutação constitucional daquele eminente sodalício guardam profunda sintonia com a teoria unissistemática.

Com efeito, se a Egrégia Corte concebe que a Lei Fundamental da nação, dotada de supremacia na hierarquia normativa, muda significativamente de conteúdo sem qualquer alteração de forma, à margem dos procedimentos próprios consagrados em seu texto (especialmente as reformas ou revisões constitucionais) e com a finalidade de se ajustar aos novos padrões da sociedade, ela parece avaliar, ainda que tácita e inconscientemente, o pensamento de Dworkin, no sentido de que o objetivo da interpretação constitucional é entender as palavras da Constituição como dispositivos que visam a promover um governo justo, ou seja, compatibilizá-la ao máximo com nosso senso de justiça.

3 Conclusão

Proposta por Ronald Dworkin na obra *A Raposa e o Porco-Espinho: justiça e valor (Justice for Hedgehogs)*, a teoria unissistemática – que situa o direito dentro da moral – tenta romper com um velho (mas resistente) paradigma, o qual parte da falha premissa de que o direito e a moral são sistemas normativos diferentes. Jusnaturalistas, positivistas e até mesmo interpretacionistas, caso abandonassem o quadro ortodoxo dos dois sistemas e conferissem à discussão contornos políticos – e não meramente conceituais –, muito enriqueceriam os debates da filosofia e teoria do direito. A construção de uma concepção do direito demandaria necessariamente encontrar, numa rede integrada maior de valores políticos (justiça, igualdade, liberdade, democracia, legitimidade, direito etc.), uma justificativa para os *direitos jurídicos*, vale dizer, uma modalidade específica de direitos políticos dotada da especial característica de serem exigíveis e imponíveis pela via judicial, sem a necessidade de intervenção legislativa.

Aplicada em caráter ilustrativo sobre matéria-prima brasileira, essa visão integrada, que trata o direito como um ramo da moral política, fornece interessante explicação teórica para determinadas decisões jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal. Não obstante embebidos na concepção bissistemática, os julgados selecionados de nossa Corte Suprema ostentam fundamentação perfeitamente legível com as lentes do modelo integrado dworkiniano.

De fato, o exercício aqui proposto se prestou, conforme registrado no subitem 2.1 (*Leis más*), a colocar em evidência os dilemas genuinamente morais – e não exatamente jurídicos – enfrentados pelo tribunal diante de coerções penais iníquas (HCs n. 102.094, 111.017, 105.904) e dispositivos constitucionais e legais em matéria cível reputados injustos (ADI n. 1.158; RE n. 405.386). No tópico 2.2 (*Imposição parcial*), foi possível demonstrar que o STF, precisamente por estar mergulhado na concepção bissistemática, chegou ao extremo de afirmar a existência de um direito constitucional insuscetível de tutela judicial (RE n. 327.621). Por derradeiro (subitem 2.3 – *A moral no procedimento*), buscou-se expor que o instituto da mutação constitucional, expressamente admitido pela jurisprudência da Corte (MS n. 26.603; HC n. 91.361), reflete inequívoca preocupação com a moralidade no processo de criação do direito, numa profunda sintonia com os ditames da teoria integrada.

As constatações resumidas estampam que o presente estudo não cuidou de apontar acertos ou equívocos da tese unissistemática de Dworkin. Entretanto, não era mesmo esse o seu escopo. E nem poderia sê-lo, dadas a manifesta incompatibilidade entre os estreitos limites deste singelo texto e a extrema complexidade do tema. O trabalho já terá atingido plenamente sua finalidade, contudo, caso sirva de elemento propulsor – ainda que modesto – para o aprofundamento das pesquisas nessa seara, especialmente no âmbito de nossa República, a qual possui como objetivo fundamental declarado, entre outros, o de construir uma sociedade *justa* (art. 3º, I, da CF/1988).

Referências

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. *Além do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010a.

_____. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014a.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010b.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014b.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*. Tradução de Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2007.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do direito*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAZ, Joseph; ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *Uma discussão sobre a teoria do direito*. Tradução de Sheila Stolz. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SGARBI, Adrian. *Clássicos de teoria do direito*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

TROPER, Michel. *A filosofia do direito*. Tradução de Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – parte geral*. v. 1. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Administração Pública

Instituições financeiras oficiais e responsabilidade pela prática de ato de improbidade administrativa

Flávio Pereira da Costa Matias

Procurador da República em Jequié-BA. Pós-graduado em Direito do Estado pela Fundação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (2011). Pós-graduando em Sistemas de Justiça Criminal pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Portador do *Diplôme d'Etudes Universitaires Françaises* pela Université Jean Moulin – Lyon III.

Resumo: O artigo inicia tratando do conceito de sujeito ativo e passivo do ato de improbidade administrativa. Posteriormente, conceituam-se as modalidades de transferências voluntária e legal e a relação de ambas com a aplicação vinculada de recursos, na qual políticas públicas são eleitas como prioritárias antes de o repasse dos recursos correspondentes serem encaminhados ao gestor legal. Em seguida, abordam-se os Decretos n. 6.170/2007 e n. 7.507/2011 e o papel que eles atribuem às instituições financeiras oficiais. Ao final, discute-se a possibilidade de as instituições financeiras oficiais, notadamente o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, pessoas jurídicas que integram a Administração Pública indireta, responderem por ato de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Decretos n. 6.170/2007 e n. 7.507/2011. Instituições financeiras oficiais. Responsabilidade por ato de improbidade.

Résumé: L'article commence pour traiter le concept de sujet actif et passif de l'acte qui porte atteinte à la probité publique. Après, les modalités de transferts volontaires et légales des ressources sont conceptualisés, et bien les liaisons de l'un et l'autre avec la destination des ressources spécialisés, dans laquelle des politiques publiques sont élues comme prioritaires. Ensuite, l'article analyse les Décrets 6.170/2007 e 7.507/2011 et le rôle qu'ils apportent sur les

institutions financières publiques. Finalement, il est mis en cause la possibilité des institutions financières publiques, surtout la Banque du Brésil et la Caisse Economique Fédérale, personnes morales qui font parties de la sphère publique, être responsables pour la pratique des actes d'atteinte à probité.

Mots clés: Atteinte à probité. Décrets 6.170/2007 e 7.507/2011. Institutions financières publiques. Responsabilité pour porter atteinte à probité.

Sumário: 1 Introdução. 2 Sujeitos dos atos de improbidade administrativa. 3 Transferências voluntárias e legais e destinação vinculada dos recursos. 4 Os Decretos n. 6.170/2007 e n. 7.507/2011 como instrumentos de prevenção ao desvio de recursos públicos. 5 As instituições financeiras oficiais como sujeitos ativos de improbidade. 6 Conclusão.

1 Introdução

Nos últimos anos, vêm-se discutindo no Brasil, com frequência cada vez maior, os malefícios do fenômeno da corrupção. Para além da corrupção “de varejo” que historicamente acomete o serviço público, em especial prefeituras, onde, aliados a um clientelismo característico, o controle e a fiscalização são bastante precários, investigações e julgamentos de envergadura nacional – a exemplo da Ação Penal n. 470 do Supremo Tribunal Federal (caso Mensalão) e da Operação Lava Jato (capitaneada pela força-tarefa do Ministério Público Federal em Curitiba) – têm-se destacado na imprensa e atraído a atenção de toda a sociedade, colocando na ordem do dia causas, efeitos e meios de prevenção e repressão à corrupção.

Novas leis surgiram recentemente, sempre batalhando contra o tempo para alcançar a evolução social, no intuito de dar uma resposta aos reclames por menos corrupção em nosso País e atender aos diversos compromissos internacionais assumidos regional e globalmente.

Dois exemplos refletem o progresso legislativo do combate à corrupção (e também à criminalidade organizada): a Lei n. 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção, a qual, entre

outras medidas, instituiu a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica que for beneficiada por atos de corrupção; e a Lei n. 12.850/2013, a nova Lei do Crime Organizado, que previu diversos meios de obtenção de prova passíveis de utilização no combate à corrupção, valendo registrar, por todos, a festejada colaboração premiada, cuja regulamentação anterior era excessivamente tímida e esparsa.

Entretanto, os recentes textos legais que subsidiam o combate à corrupção, longe de suplantar a normatização precedente, acrescentaram ou reformularam institutos jurídicos para tão árdua batalha, somando esforços e, ao mesmo tempo, influenciando a leitura de ferramentas preexistentes.

É nessa perspectiva que a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei n. 8.429/1992, a despeito de já vir sendo aplicada com familiaridade pelos profissionais do Direito – não sem ocasionais percalços, pontue-se –, pode ser objeto de novas leituras e interpretações que confirmam maior eficácia ao seu duplo intento: reprimir e, conseqüentemente, prevenir a corrupção.

Uma dessas possíveis releituras da Lei de Improbidade Administrativa é o que se propõe mostrar neste breve artigo.

2 Sujeitos dos atos de improbidade administrativa

A promulgação da Lei n. 8.492/1992 constituiu um marco no combate à corrupção.

Elaborada com a finalidade de regulamentar o § 4º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, a Lei de Improbidade Administrativa avançou tanto na seara daqueles atingidos por suas sanções como nos atos reputados ímprobos, cujo rol, dos arts. 9º a 11, possui caráter meramente exemplificativo.

Antes de sua entrada em vigor, a prática de atos ímprobos podia ser sancionada extrapenalmente com amparo nas Leis n. 3.164/1957 e n. 3.502/1958, respectivamente conhecidas como Lei Pitombo-Godói Ilha e Lei Bilac Pinto. Ambas, porém, pecavam, entre outros motivos, por somente se aplicarem a servidores públi-

cos, isentando de responsabilidade os particulares (pessoas naturais e jurídicas) que eventualmente tivessem tomado partido na prática de atos ímprobos¹. Além disso, durante as décadas em que vigoraram, tiveram pouquíssima aplicação prática (FAZZIO JÚNIOR, 2007, p. 52).

Por isso, elasticendo o âmbito de responsabilização subjetiva devido ao cometimento de atos ímprobos², a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) estabeleceu, no art. 3º, a possibilidade de o terceiro, isto é, o *extraneus*, sofrer as sanções nela impostas, e não apenas o servidor público, cujo (amplo) delineamento constou no art. 2º da LIA³.

1 Lei n. 3.164/1957 - “Art. 1º São sujeitos a sequestro e à sua perda em favor da Fazenda Pública os bens adquiridos pelo servidor público, por influência ou abuso de cargo ou função pública, ou de emprêgo em entidade autárquica, sem prejuízo da responsabilidade criminal em que tenha aquêlê incorrido.”

Lei n. 3.502/1958 - “Art. 1º O servidor público, ou o dirigente, ou o empregado de autarquia que, por influência ou abuso de cargo ou função, se beneficiar de enriquecimento ilícito ficará sujeito ao seqüestro e perda dos respectivos bens ou valores.

§ 1º A expressão servidor público compreende todas as pessoas que exercem na União, nos Estados, nos Territórios, no Distrito Federal e nos municípios, quaisquer cargos funções ou empregos, civis ou militares, quer sejam eletivos quer de nomeação ou contrato, nos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário.

§ 2º Equipara-se ao dirigente ou empregado de autarquia, para os fins da presente lei, o dirigente ou empregado de sociedade de economia mista, de fundação instituída pelo Poder Público, de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade que receba e aplique contribuições parafiscais.”

2 É importante salientar que as leis Pitombo-Godói Ilha e Bilac Pinto destinavam-se a responsabilizar extrapenalmente, com várias limitações, os atos hoje denominados de “íprobos” e tratados na Lei n. 8.429/1992, que, a propósito, ab-rogou expressamente aqueles dois diplomas legislativos.

3 Há várias polêmicas sobre a possibilidade de terceiro submeter-se às sanções de improbidade, como a possibilidade de ele, terceiro, ser demandado isoladamente ou ter de forçosamente ser demandado em litisconsórcio passivo com agente público; o gestor de entidade do terceiro setor subvencionada com recursos públicos poder ou não responder por atos em tese ímprobos praticados em detrimento da própria entidade etc. Tais questões extrapolam o presente estudo e demonstram como, passadas mais de duas décadas, a aplicação da LIA ainda possui pontos controversos.

O sujeito passivo, isto é, o titular do bem jurídico violado pelo agente ou terceiro ímprobos, também está delimitado na Lei n. 8.429/1992, mais especificamente no art. 1º e parágrafo único⁴⁻⁵. Em síntese, os atos de improbidade voltam-se contra o Poder Público em sentido amplo (entes federativos, sua administração indireta e respectivos órgãos), além de entidades subvencionadas ou custeadas, posto que parcialmente, com recursos públicos.

Na verdade, a identificação do sujeito passivo deve preceder à própria análise da condição do agente, pois somente serão considerados atos de improbidade, para os fins da Lei n. 8.429/1992, aqueles praticados em detrimento dos sujeitos elencados no art. 1º e parágrafo único dessa lei (GARCIA; PACHECO, 2013, p. 285).

Dito isso, infere-se que a Lei de Improbidade Administrativa buscou e, apesar dos obstáculos, logrou se impor no Direito brasileiro como uma norma de natureza cível dotada de instrumentos idôneos para sancionar um amplo leque de perpetradores de condutas ímprobos, sejam agentes públicos, sejam terceiros (*extraneus*).

Os entes públicos, em regra, na qualidade de titulares do bem jurídico violado por intermédio do ato de improbidade, são os sujeitos passivos, as vítimas diretas das condutas perpetradas pela pessoa natural (agente público ou *extraneus*) ou pessoa jurídica (geralmente sociedade empresária).

A aplicação das sanções da LIA, por outro lado, volta-se tanto a pessoas naturais – agentes públicos ou não – como a pessoas jurídicas, a exemplo da clássica hipótese de sociedade empresária em favor da qual é efetuado pagamento sem a correspondente execução da obra (pagamento por obra não executada), em desacordo

4 Também aqui – sujeição passiva dos atos de improbidade – pululam discordâncias na literatura e jurisprudência, sobre as quais igualmente não nos deteremos.

5 Rigorosamente, a proteção do patrimônio público e a observância dos princípios da Administração Pública pelos agentes públicos, isto é, o direito a ter uma Administração Pública proba e honesta, é um direito difuso, consoante bem apontado por Pedro Roberto Decoiman (2007, p. 27).

com as normas de direito financeiro (especificamente os arts. 62 e 63 da Lei n. 4.320/1964). É pacífica a jurisprudência no particular, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tribunal responsável pela uniformização da interpretação do direito federal, o qual já teve a oportunidade de decidir que “[...] as pessoas jurídicas que participem ou se beneficiem dos atos de improbidade sujeitam-se à Lei 8.429/1992”⁶.

Não resta dúvida, assim, de que a pessoa jurídica, enquanto terceiro (visto que uma pessoa jurídica jamais ostentará a condição de *agente público*, somente atribuível a pessoa humana), pode responder pela prática de ato de improbidade para o qual tenha concorrido, sofrendo as sanções do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 compatíveis com sua estrutura⁷.

Esse pressuposto, de responsabilização das pessoas jurídicas por ato de improbidade administrativa, é que ampara o entendimento defendido mais adiante.

3 Transferências voluntárias e legais e destinação vinculada dos recursos

A Lei Complementar n. 101/2000, intitulada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), conceitua transferência voluntária, no art. 25, *caput*, como “[...] a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde”.

As transferências legais, por sua vez, podem ser conceituadas – acolhendo lição do Tribunal de Contas da União – como aquelas que “são regulamentadas em leis específicas que disciplinam os

critérios de habilitação, forma de transferência, formas de aplicação dos recursos e prestação de contas” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2005, p. 47). A LRF fala sobre as transferências legais no art. 8º, parágrafo único.

Além do marcante fato de fundamentarem o repasse de recursos públicos de um ente para outro, seja com base num convênio ou similar, seja por força de lei, as transferências voluntárias e legais são dotadas de outra característica inerente a ambas: a imposição de que os recursos repassados sejam aplicados exclusivamente na destinação predeterminada, isto é, a finalidade estabelecida no instrumento da transferência voluntária ou na lei.

Com efeito, nesse sentido dispõem acerca da aplicação dos recursos oriundos de transferências voluntárias e de transferências legais, respectivamente, os arts. 25, § 2º, e 8º, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal, a seguir transcritos:

Lei Complementar n. 101/2000

Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

§ 2º É vedada a utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada.

Art. 8º, parágrafo único. Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.

Fica claro que a aplicação das verbas oriundas de transferências voluntárias e legais tem natureza vinculada, sendo imperativa a observância da destinação previamente estipulada, seja no ato que gerou a transferência, seja na lei. A razão para tal exigência reside no princípio democrático.

⁶ STJ REsp n. 1122177/MT, rel. min. Herman Benjamin, 2ª T., j. em 3.8.2010, *DJe* 27 abr. 2011.

⁷ Obviamente, uma pessoa jurídica condenada por ato de improbidade não terá os direitos políticos suspensos nem decretada a perda do cargo ou função pública.

A transferência voluntária pressupõe que o ente repassador (na esfera federal, a União ou entidade a si vinculada), cuja direção decorre de governo democrática e legitimamente eleito, esteja implantando política pública que será contemplada com os recursos a serem transferidos. Um exemplo corriqueiro é a celebração de convênio firmado entre o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) e município para aquisição de veículo no âmbito do programa Caminho da Escola.

Na transferência legal, semelhantemente, a lei adotada pelo Congresso Nacional e promulgada pela Presidência da República, órgãos políticos eleitos democraticamente, estabelece que um dado programa ou uma determinada despesa é necessária para a implantação de política pública reputada prioritária – entre tantas outras de que o Brasil é carente – pelo legislador.

Nas duas (transferência voluntária e transferência legal) sobressai o desejo de órgãos federais democraticamente eleitos de priorizar uma política pública escolhida como mais relevante em detrimento de outra, ainda que também importante. A decisão política de como gastar a despesa é feita antecipadamente, no lugar de ser deixada a cargo do Poder Público local, tornando a execução do recurso um ato vinculado, sem espaço para discricionariedade ou casuísmos.

Em relação especificamente às transferências voluntárias (convênios e similares), a Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional n. 1/1997 (IN STN n. 1/1997) estabelece que os recursos repassados do órgão concedente (aquele que transfere os recursos, como regra a União ou autarquia federal) para o conveniente (estados ou municípios⁸) devem ser mantidos em conta bancária específica (art. 20), o que deve constar expressamente do termo do convênio (art. 7º, XIX). A *ratio* dessa norma é fazer com que o dinheiro repassado ao conveniente, cuja aplicação – não custa repetir – deve obedecer rigorosamente ao que consta do instrumento, não se misture com outros recursos do conveniente – no caso de município, com os recursos do Fundo de Participação dos

⁸ Por opção do autor, será enfatizado o município enquanto receptor de recursos.

Municípios (FPM), folha de pagamento etc. –, além de permitir uma fiscalização mais eficiente, ao obrigar a identificação dos beneficiários de movimentações financeiras da conta específica⁹.

A prática, todavia, mostra que parte considerável dos gestores municipais faz tábula rasa desses dispositivos e aplica recursos oriundos de transferências voluntárias e legais – com destinação vinculada ao objeto previsto no instrumento contratual ou na lei – de maneira irregular, com desvio de finalidade.

Os exemplos são incontáveis e pululam nas unidades do Ministério Público Brasil afora. Seguem dois casos corriqueiros de desvio desses recursos.

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB) é um fundo destinado à educação básica do País e constituído com recursos de todos os entes da federação (União, estados, Distrito Federal e municípios). O FUNDEB sucedeu ao FUNDEF, foi criado pela Emenda Constitucional n. 53/2006, está previsto no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e é regulamentado em nível legal pela Lei n. 11.494/2007¹⁰⁻¹¹.

A prática mostra que, não raro, o dinheiro do FUNDEB é utilizado com despesas que não têm nenhuma relação com educação, geralmente após ser transferido para outra conta bancária do pró-

⁹ A movimentação bancária de uma conta como a do FPM, por exemplo, torna bastante dificultosa, quando não impossível, a missão de identificar todos os beneficiários de recursos daquela conta, ainda que dentro de lapso temporal reduzido.

¹⁰ Também convém registrar a Lei n. 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), cujo art. 70 traz as hipóteses de despesas que se consideram de manutenção e desenvolvimento do ensino, nas quais parcela do recurso do FUNDEB (até 40%) pode ser empregada.

¹¹ Apesar de, em rigor, o FUNDEB ter origem constitucional, sua regulamentação em nível infraconstitucional aproxima sua aplicação ao regime das transferências legais, de que é exemplo, no setor da educação, o Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar (PNATE).

prio município (conta do FPM, folha de pagamento, ICMS-25% etc.). No mês de dezembro de 2012, último do mandato dos prefeitos que foram eleitos em 2008, porém não foram reeleitos em 2012, aconteceu um mesmo fenômeno em inúmeros municípios baianos (e certamente de outros estados): os recursos do FUNDEB foram recebidos normalmente, inclusive acrescidos da parcela correspondente ao 13º salário, mas foram desviados para outras contas da prefeitura, e os professores não receberam suas remunerações. A mistura do dinheiro do FUNDEB na conta geral da prefeitura (normalmente a do FPM, com maior volume de recursos) dificulta a identificação de onde aquele dinheiro foi aplicado¹².

A mesma situação ocorre com transferências voluntárias: dinheiro de convênios é transferido para contas diversas da prefeitura, não mais se conseguindo, em regra, identificar onde foi utilizado nem com quais tipos de despesas. Outras vezes, com o intuito deliberado de se apropriar de recursos públicos, o gestor, antes de sacar em espécie a quantia (o que por si só não se admite, senão excepcionalmente, de acordo com o art. 74, § 2º, do Decreto-Lei n. 200/1967), transfere-a da conta específica do convênio para outra conta do município, certamente na crença de que assim ficará mais difícil aos órgãos de controle constatar o fato¹³.

Foi o que ocorreu no município de Gongogi, elencado pela Federação das Indústrias do Rio de Janeiro (FIRJAN) no IFDM¹⁴

¹² No caso, incidirá o art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

¹³ Essa observação, aliás, foi consignada pelo Tribunal de Contas da União no relatório do Acórdão n. 7909/2014 – 1ª Câmara, nos seguintes termos: “A partir da transferência dos recursos da conta do convênio para contas da prefeitura, torna-se impossível acompanhar a movimentação financeira do convênio. Portanto, se é certo que os recursos repassados entraram nos cofres da prefeitura, sendo transferidos para outras contas movimento, a partir da qual eram feitos quase todos os pagamentos da entidade, não há qualquer indício seguro sobre qual o destino que lhes foi dado. Não há, então, como presumir que tenham sido utilizados em benefício do município, nem como afastar acima de qualquer dúvida a possibilidade de desvio ou locupletamento do gestor municipal.”

¹⁴ “O IFDM – Índice FIRJAN de Desenvolvimento Municipal – é um estudo do Sistema FIRJAN que acompanha anualmente o desenvolvimento socioeconômico de

como o município mais precário da Bahia¹⁵. Em março de 2012, o prefeito (reeleito e atualmente no exercício do segundo mandato) e a então tesoureira desviaram pouco mais de R\$ 100.000,00 da conta específica de um convênio celebrado com o FNDE, objetivando a construção de uma creche, para a conta do FPM do município, e em seguida efetuaram três saques contrarrecibo, exatamente na mesma quantia. Eis uma inusual situação em que se pôde atestar com clareza a apropriação de recursos públicos.

Esses dois exemplos de fatos recentemente ocorridos não retratam um cenário isolado. Ao contrário, o descumprimento generalizado da IN STN n. 1/1997 e do DL n. 200/1967 foi sistemático ao longo da história da gestão pública brasileira. Por essa razão, no Acórdão n. 2.066/2006-Plenário, o Tribunal de Contas da União determinou ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

[...] que, para possibilitar a transparência que deve ser dada às ações públicas, como forma de viabilizar o controle social e a bem do princípio da publicidade insculpido no art. 37 da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 5º, inciso XXXIII, da mesma Carta Magna, no prazo de 180 (cento e oitenta dias), apresente a este Tribunal estudo técnico para implementação de sistema de informática em plataforma *web* que permita o acompanhamento *on-line* de todos os convênios e outros instrumentos jurídicos utilizados para transferir recursos federais a outros órgãos/entidades, entes federados e entidades do setor privado, que possa ser acessado por qualquer cidadão via rede mundial de computadores, contendo informações relativas aos instrumentos celebrados [...].

todos os mais de 5 mil municípios brasileiros em três áreas de atuação: Emprego & renda, Educação e Saúde. Criado em 2008, ele é feito, exclusivamente, com base em estatísticas públicas oficiais, disponibilizadas pelos ministérios do Trabalho, Educação e Saúde.” Disponível em: <<http://www.firjan.com.br/ifdm/>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

¹⁵ Para maiores detalhes, v. <<http://www.prba.mpf.mp.br/mpf-noticias/diccor/mpf-ba-prefeito-e-ex-tesoureira-de-gongogi-ba-tem-mais-de-meio-milhao-de-reais-em-bens-bloqueados-e-sao-acionados-por-improbidade>>.

O Acórdão n. 2.066/2006 do TCU está na origem da criação do Sistema de Convênio do Governo Federal (SICONV) e, para o que nos interessa, do Decreto n. 6.170/2007¹⁶, objeto do próximo item.

4 Os Decretos n. 6.170/2007 e n. 7.507/2011 como instrumentos de prevenção ao desvio de recursos públicos

Foi explicado que a Lei de Responsabilidade Fiscal determina que os recursos oriundos de transferências voluntárias e legais sejam aplicados na destinação vinculada previamente eleita (arts. 25, § 1º, e 8º, parágrafo único), e que, mesmo antes da entrada em vigor dessa lei complementar, a IN STN n. 1/1997 já preconizava que os recursos de transferências voluntárias deviam ser mantidos em conta bancária específica¹⁷ (art. 20).

Isso não impediu, como visto, que o TCU apontasse a fragilidade do sistema de controle da aplicação do dinheiro repassado pela União e seus entes descentralizados no Acórdão n. 2.066/2006, em que constou a determinação para se realizarem estudos técnicos a fim de aprimorar a transparência e o controle social no gasto de tais recursos.

¹⁶ Assim disse o TCU no Relatório do Acórdão n. 2465/2012, p. 5: “[...] A origem do SICONV está no Decreto 6.170/2007, ao prever, no art. 13, que a celebração, a liberação de recursos, o acompanhamento da execução e a prestação de contas de convênios seriam registradas no sistema. A própria edição do Decreto 6.170/2007, em substituição à Instrução Normativa da STN 01/1997, foi fomentada pelo TCU ao determinar, no Acórdão 2.066/2006-Plenário, que o MP realizasse estudos técnicos para a implementação de sistema de informática em plataforma *web* que permitisse o acompanhamento *on-line* de todos os convênios, no qual constasse o objeto, plano de trabalho, custos, cronogramas etc”. Disponível em: <www.tcu.gov.br/consultas/juris/docs/judoc/acord/20120917/ac_2465_36_12_p.doc>. Acesso em: fev. 2016.

¹⁷ A IN STN n. 1/2004 foi mais além e alterou o art. 20 da IN STN n. 1/1997 com o fito de reforçar a identificação do destinatário do dinheiro público.

Assim, em 25 de julho de 2007, veio a lume o Decreto n. 6.170, cujo art. 10 dispõe:

Art. 10. As transferências financeiras para órgãos públicos e entidades públicas e privadas, decorrentes da celebração de convênios e contratos de repasse, serão feitas exclusivamente por intermédio de instituição financeira oficial, federal ou estadual, que poderá atuar como mandatária da União para execução e fiscalização. (Redação dada pelo Decreto nº 8.244, de 2014)¹⁸

§ 1º Os pagamentos à conta de recursos recebidos da União, previsto no *caput*, estão sujeitos à identificação do beneficiário final e à obrigatoriedade de depósito em sua conta bancária.

§ 2º Excepcionalmente, mediante mecanismo que permita a identificação, pelo banco, do beneficiário do pagamento, poderão ser realizados pagamentos a beneficiários finais pessoas físicas que não possuam conta bancária, observados os limites fixados na forma do art. 18.

§ 3º Toda movimentação de recursos de que trata este artigo, por parte dos convenentes, executores e instituições financeiras autorizadas, será realizada observando-se os seguintes preceitos:

I - movimentação mediante conta bancária específica para cada instrumento de transferência (convênio ou contrato de repasse);

[...].

O propósito do art. 10 do Decreto n. 6.170/2007 foi límpido: fazer com que os recursos repassados ao conveniente e depositados na conta bancária específica fossem entregues ao fornecedor contratado do serviço ou da obra, evitando repasses para outras contas do município e a aplicação irregular ou mesmo a apropriação de tais valores.

¹⁸ A mudança de texto devido a decretos mais recentes manteve o procedimento adotado. A redação original do *caput* do art. 10 do Decreto n. 6.170/2007 delimitava sua aplicação ao Banco do Brasil e à Caixa Econômica Federal, instituições financeiras oficiais federais nas quais as contas específicas aludidas no art. 20 da IN STN n. 1/1997 eram e permanecem sendo abertas.

Anos depois, foi a vez das transferências legais. Em 27 de junho de 2011, editou-se o Decreto n. 7.507¹⁹, cujo art. 2º versa:

Art. 2º Os recursos de que trata este Decreto serão depositados e mantidos em conta específica aberta para este fim em instituições financeiras oficiais federais.

§ 1º A movimentação dos recursos será realizada exclusivamente por meio eletrônico, mediante crédito em conta corrente de titularidade dos fornecedores e prestadores de serviços devidamente identificados.

§ 2º Excepcionalmente, mediante justificativa circunstanciada, poderão ser realizados saques para pagamento em dinheiro a pessoas físicas que não possuam conta bancária ou saques para atender a despesas de pequeno vulto, adotando-se, em ambas hipóteses, mecanismos que permitam a identificação do beneficiário final, devendo as informações sobre tais pagamentos constar em item específico da prestação de contas.

Também aqui se buscou fazer com que o dinheiro repassado legalmente só saísse da conta específica para o fornecedor do serviço ou obra, em vez de se perder nos tortuosos caminhos das inúmeras contas dos municípios.

No entanto, o que se vê é que as instituições financeiras oficiais, em cujas contas tais recursos são custodiados por determinação normativa expressa, permitem, e até mesmo contribuem para isso, que a movimentação irregular desse dinheiro público ocorra, e, o que é mais grave, elas (instituições financeiras oficiais) ainda saem impunes. Chega-se agora ao ponto nodal deste artigo.

5 As instituições financeiras oficiais como sujeitos ativos de improbidade

Ensina José Afonso da Silva (1999, p. 756) que as instituições financeiras oficiais são aquelas criadas pelo Poder Público, com

¹⁹ O art. 1º do Decreto n. 7.507/2011 afirma que ele se aplica aos recursos repassados com base nas seguintes leis: Lei n. 8.080/1990 e Lei n. 8.142/1990 (Leis Orgânicas do SUS); Lei n. 10.880/2004 (Lei do PNATE); Lei n. 11.494/2007 (Lei do FUNDEB); Lei n. 11.692/2008 (Lei do Projovem); e Lei n. 11.947/2009 (Lei do PDDE).

natureza de empresa pública ou de sociedade de economia mista, integrando a administração pública indireta. Para os fins do presente estudo, essa definição é satisfatória²⁰.

Afirmar que as instituições financeiras oficiais compõem a administração pública indireta implica admitir que elas estão alcançadas pela incidência do art. 1º da Lei n. 8.429/1992, isto é, elas podem ser sujeito passivo do ato de improbidade²¹. Assim, por exemplo, quando empregado público comete peculato, praticando, além do crime do art. 312 do Código Penal, ato de improbidade que importa em enriquecimento ilícito (LIA, art. 9º), causa dano ao erário (LIA, art. 10) e viola os princípios da Administração Pública (LIA, art. 11). Sobre isso não há controvérsia.

A questão que ora se propõe discutir é: sabido que as pessoas jurídicas podem ser sujeito ativo do ato de improbidade (conclusão do *item 2* supra), esse entendimento se aplica às instituições financeiras oficiais, que são entes da administração pública indireta (sociedade de economia mista, no caso do Banco do Brasil, e empresa pública, no da Caixa Econômica Federal)?

Nossa convicção é de que sim, embora reconheçamos que a questão é polêmica²². E o caso em que admitimos essa possibilidade

²⁰ Para outra visão, vide o parecer ofertado por Luís Roberto Barroso no procedimento de controle administrativo n. 200810000002117, que tramitou no Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20080603-5.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2016.

²¹ Por todos, veja-se: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL – FUNCEF – FUNDAÇÃO PRIVADA INSTITUÍDA E PATROCINADA PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (EMPRESA PÚBLICA) – DIRIGENTES SUJEITOS ÀS DISPOSIÇÕES DA LEI Nº 8.429/92. 1. A prática de atos lesivos ao patrimônio da FUNCEF sujeita-se às disposições da Lei 8.429/92, por tratar-se de entidade instituída e patrocinada com recursos da Caixa Econômica Federal. Precedente do STJ. 2. Recurso especial não provido.” (STJ REsp n. 1.137.810/DF, rel. min. Eliana Calmon, 2ª T., j. em 3.12.2009, *Dje* de 15 dez. 2009).

²² Há precedente contrário do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO QUE RECEBEU A INICIAL. DISPENSA

se refere justamente ao desvio e aplicação irregular de recursos públicos federais repassados por força de transferência voluntária ou legal a municípios, nos quais os sujeitos passivos serão o próprio município e o órgão repassador dos recursos.

Conforme esclarecido, os Decretos n. 6.170/2007 e n. 7.507/2011 estabelecem que os recursos federais repassados ao município por intermédio de transferência voluntária ou legal, respectivamente, devem ser custodiados em conta específica (isto é, criada para esse fim exclusivo) de instituição financeira oficial, de onde somente podem sair mediante transferência eletrônica para conta do fornecedor ou prestador de serviço.

Um município jamais será contratado para ser fornecedor de si mesmo. Tampouco será contratado como prestador de serviço dele próprio. Não há exceção. Ou um município executa diretamente uma obra, por meios próprios (Lei n. 8.666/1993, art. 6º, VII), ou contrata alguém para fazê-lo (Lei n. 8.666/1993, art. 6º, VIII). Fere qualquer lógica aceitar que um ente contrate a si próprio. Essa possibilidade não existe no Direito, pois um contrato pressupõe a presença de, ao menos, duas pessoas.

Conquanto a assertiva citada seja indubitosa e peque por obviedade, as instituições financeiras a ignoram solenemente. Vejamos.

É de clareza solar que as normas transcritas (Lei de Responsabilidade Fiscal, Decretos n. 6.170/2007 e 7.507/2011 e IN STN n. 1/1997), formadoras de um microsistema de tutela da correta aplicação de recursos com destinação vinculada, impõem

INDEVIDA DE LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL PARA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS FINANCEIROS. IMPOSSIBILIDADE DE PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO POR EMPRESA PÚBLICA PROTEGIDA PELA LEI 8.429/92. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. A Caixa Econômica Federal está colocada na previsão da Lei 8.429/92, não como sujeito ativo dos atos de improbidade e sim como sujeito passivo, isto, é, como aquela que é titular do bem jurídico violado pela conduta ilícita. Logo, merece reforma a decisão agravada ao admitir que a CEF possa praticar ato de improbidade. 2. Agravo de instrumento provido.” (TRF1 AG 00441354420144010000, des. federal Hilton Queiroz, 4ª T., *e-DJF1* 8 maio 2015, p.1814).

um verdadeiro dever de agir às instituições financeiras oficiais nas quais são abertas contas para viabilizar o repasse das transferências voluntárias ou legais: somente poderão sair recursos dali diretamente para a conta de fornecedor, isto é, pessoa jurídica de direito privado ou pessoa natural, salvo situações excepcionalíssimas²³.

Embora inexista a obrigação de a instituição financeira substituir a tesouraria ou controladoria do município e checar a regularidade de processos de pagamento (processo licitatório, contratação regular, notas de empenho, liquidação da despesa etc.), há situações em que a violação à norma de regência é cristalina, quando, por exemplo, os recursos com destinação vinculada são transferidos para outras contas do município, ou quando – situação ainda mais grave – é efetuado o saque em espécie pelos agentes públicos, ou terceiros, da quantia que deveria ser transferida diretamente para a conta do fornecedor.

Não há espaço para que o município que recebeu recursos federais mediante transferência voluntária ou legal os repasse para outra conta. A burla às normas reproduzidas é patente, não havendo outra explicação para o gestor que assim age do que a vontade deliberada de dilapidar o erário.

Da mesma forma, ao contribuir omissiva²⁴ ou comissivamente²⁵ para que esse tipo de operação ocorra – transferência de

²³ Vide o § 2º do art. 2º do Decreto n. 7.507/2011, já transcrito.

²⁴ Ao não vedar tal tipo de operação, possibilitando que ela seja feita eletronicamente pelo gestor municipal, por exemplo. Qualquer cliente dos serviços bancários conhece por experiência própria as limitações que existem para realização de operações bancárias, as quais muitas vezes podem ser alteradas com um simples comando do gerente da conta, o que refuta a alegação de impossibilidade técnica ou operacional de se impedir a transferência de contas específicas de transferência voluntária ou legal para outra conta do município.

²⁵ Como no caso elencado acima, passado no município de Gongogi, em que recursos públicos federais repassados pelo FNDE para a construção de uma creche foram transferidos pelo prefeito e tesoureira para a conta do FPM e, em seguida, sacados, tudo realizado na boca do caixa e com participação direta de empregado público do Banco do Brasil.

recursos da conta específica para outra conta bancária do município ou saque em espécie de valores altos –, a instituição financeira está deliberadamente concorrendo e contribuindo para a prática do ato de improbidade, incidindo, nesses termos, no art. 3º da Lei n. 8.429/1992.

Com efeito, se algum preposto do banco tiver concorrido para o desvio ou a apropriação dos recursos públicos, será nítida a responsabilidade da instituição financeira, devido ao ato ilícito por ela praticado por intermédio de seu preposto.

De acordo com o art. 927 do Código Civil, “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O art. 932, III, do mesmo código, reza que “são também responsáveis pela reparação civil [...] o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”. O Código Civil, no particular, pode ser aplicado criativamente para fazer cumprir as regras de controle²⁶.

Seja por conduta omissiva, seja por conduta comissiva de seu preposto, a instituição financeira pode ser responsabilizada.

Convém assinalar que as instituições financeiras oficiais como o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal, embora integrem a administração indireta federal, possuem natureza jurídica de direito privado e exploram atividade econômica, concorrendo com bancos privados no mercado, não se lhes aplicando o regime jurídico de direito público, senão em algumas situações pontuais (necessidade de recrutamento por concurso público, submissão à fiscalização do TCU – Acórdão n. 3.363/2015²⁷ etc.).

²⁶ Nesse sentido, mas em relação à lavagem de dinheiro, v. LIMA, 2013, p. 118.

²⁷ Assim se posiciona o Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ATRIBUIÇÃO DO ÓRGÃO - CONSULTOR JURÍDICO - SUSTENTAÇÃO DA TRIBUNA. Versando o mandado de segurança ausência de atribuição do Tribunal de Contas da União, cabível é a sustentação da tribuna pelo consultor jurídico do Órgão. MANDADO DE SEGURANÇA - ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - CHAMAMENTO AO PROCESSO DAS MESAS DA CÂMARA

Não há razão jurídica, portanto, para afastar a responsabilização por ato de improbidade das instituições financeiras oficiais quando elas tiverem participado diretamente do cometimento de ato ímprobo. Ao permitir ou realizar a saída de recursos oriundos de transferência voluntária ou legal da conta específica para outra conta do município, no mínimo o banco terá praticado as condutas descritas nos incisos IX e XI do art. 10 da Lei n. 8.429/1992, isto é, “IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento” ou “XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular”.

No momento em que descumpre flagrantemente todo o arcabouço jurídico de tutela da correta aplicação dos recursos públicos transferidos da União e suas autarquias com destinação vinculada, a instituição financeira (Banco do Brasil ou Caixa Econômica Federal) pratica ato ilícito e age, ao menos, com culpa, devendo ser responsabilizada pelo dano causado ao erário, mormente por ter prestado indispensável auxílio para a consumação do ato ímprobo, pois sem o concurso do banco em cuja conta específica o recurso repassado está custodiado, o desvio e a apropriação do dinheiro público, num primeiro momento transferido para outra conta do município, não poderiam se concretizar.

Por outro lado, ao contrário da situação fática subjacente ao julgado mencionado na *nota de rodapé n. 21*, aqui a instituição

DOS DEPUTADOS E DO SENADO - INADEQUAÇÃO. A previsão do artigo 49 da Constituição Federal - de cumprir ao Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta - não atrai a participação do Poder Legislativo na relação processual de mandado de segurança impetrado contra decisão do Tribunal de Contas da União. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - FISCALIZAÇÃO. Ao Tribunal de Contas da União incumbe atuar relativamente à gestão de sociedades de economia mista. Nova inteligência conferida ao inciso II do artigo 71 da Constituição Federal, ficando superada a jurisprudência que veio a ser firmada com o julgamento dos Mandados de Segurança nºs 23.627-2/DF e 23.875-5/DF.” (MS 25.181, rel. min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 10.11.2005, DJ 16 jun. 2006, PP-00006 EMENT VOL-02237-01 PP-00131).

financeira oficial não é o sujeito passivo do ato de improbidade. O patrimônio lesado (recurso repassado por transferência voluntária ou legal) não lhe pertence; ela somente mantém a sua custódia em conta específica, o que, se houvesse autorização normativa, poderia ser tranquilamente realizado por banco privado.

Nos casos explanados, a instituição financeira oficial, transgredindo deliberadamente normas jurídicas, concorre para a prática do ato ímprobo que lesa entes diversos. Essa ressalva é essencial para evitar o equívoco de se reproduzir ementas sem atentar para o caso concreto (circunstâncias de fato do precedente) nem fazer a reflexão devida.

Em acréscimo, registre-se que, em diversas ações civis públicas, o Ministério Público Federal vem logrando obter decisões com tutela antecipada nas quais o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal são obrigados a se adequarem aos termos dos Decretos n. 6.170/2007 e n. 7.507/2011 (tem-se notícia de já terem sido ajuizadas ações no Maranhão²⁸, no Amazonas e no Tocantins, e nas Subseções da Jequié-BA, Ilhéus-BA e Itabuna-BA, e existem investigações em curso em unidades do Ministério Público Federal, como na Procuradoria da República em Vitória da Conquista-BA).

Pela precisão lapidar, transcreve-se decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Tocantins, nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e tombada sob o n. 11461-14.2014.4.01.4300:

²⁸ No Maranhão, nos autos da Ação Civil Pública n. 47876-21.2012.4.01.3700, foi celebrado compromisso de ajustamento de conduta no qual o Banco do Brasil assumiu a obrigação de se adequar, no Estado do Maranhão, aos ditames dos Decretos n. 6.170/2007 e n. 7.507/2011, salvo no que concerne ao FUNDEB, prosseguindo a ação no particular. As discussões levantadas pioneiramente no Maranhão deram origem a um Grupo de Trabalho, coordenado pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, do qual participam, além do MPF, o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, a Controladoria-Geral da União, o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) e o Fundo Nacional de Saúde (FNS).

Assim, é compromisso visceral de toda instituição envolvida com o trato do dinheiro público adotar as medidas que estejam ao seu alcance para evitar ou, pelo menos, dificultar a malversação dos recursos públicos. As instituições financeiras onde aportam recursos federais assumem protagonismo no cumprimento desse compromisso, pois é indissociável o fato de que o dinheiro sai de seus cofres. Nesse sentido, os requeridos devem obedecer aos comandos dos Decretos 6170/07 e 7507/11, especialmente porque tais diplomas normativos disciplinam a destinação de verbas públicas depositadas no *BANCO DO BRASIL* e na *CAIXA* a fim de financiarem convênios e outras iniciativas da *UNIÃO* [grifos no original].

A tese, finalmente, foi acatada pela Justiça Federal na sentença prolatada em 17 de outubro de 2016, no processo tombado sob o número 0000740-35.2015.4.01.3308 (caso do município de Gongogi, relatado linhas atrás), a primeira de que se tem conhecimento nestes moldes (responsabilização de instituição financeira oficial federal por descumprimento ao Decreto n. 6.170/2007 ou 7.507/2011), fruto de ação civil pública ajuizada na Subseção Judiciária de Jequié-BA, pelo autor deste artigo, em junho de 2015²⁹.

Na sentença pioneira, acolheu-se integralmente o entendimento do Ministério Público Federal – inclusive quanto à aplicação das sanções cabíveis em face das instituições financeiras oficiais, isto é, a multa civil e o ressarcimento ao erário, além dos danos morais, que no caso concreto não foram reconhecidos³⁰ – e condenou-se o Banco do Brasil pelo fato de ele ter concorrido diretamente para a

²⁹ No link <<http://www.mpf.mp.br/ba/sala-de-imprensa/noticias-ba/banco-do-brasil-e-condenado-por-improbidade-em-acao-movida-pelo-mpf-ba>> consta a petição inicial da ação civil pública por ato de improbidade administrativa e a íntegra da sentença.

³⁰ Vale a pena transcrever o seguinte trecho da sentença: “O banco não é evocado aqui a assumir a fiscalização dos recursos ou a prestar contas deles. O que ordenou o Chefê do Executivo, e é requerido pelo *parquet* nesta ação, é que o banco abstenha-se (ou responda por não ter abtido) de permitir transferências de recursos públicos estritamente vinculados, para o ermo das contas genéricas, ou dos saques em espê-

prática de ato de improbidade administrativa. Sem dúvida, trata-se de decisão cujo ineditismo servirá de estímulo a que outros juízos, uma vez demandados em ações de improbidade propostas contra instituições financeiras que descumprem os Decretos n. 6.170/2007 e 7.507/2011, acolham a tese aqui delineada, convergindo para fortalecer o combate ao desvio de recursos públicos.

Conclui-se, retomando o início deste artigo, que, na hipótese de o ato de improbidade ter acontecido por meio da transferência de recursos repassados mediante transferência voluntária ou legal da conta específica respectiva para outra conta do município ou por saque em espécie de tais valores, a posição do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal é de sujeito ativo do ato de improbidade, pois o seu concurso – mediante a violação de normas legais e regulamentares – foi indispensável para a efetivação dos atos ímprobos, motivo pelo qual deve a instituição financeira oficial figurar no polo passivo da demanda e da relação processual, sendo-lhe aplicadas as sanções do

cie, inviabilizando qualquer tipo de rastreio e, por conseguinte, a fiscalização dos entes responsáveis.

Ou seja, a instituição financeira não é obrigada a fiscalizar, mas o é a colaborar, e para isso não é preciso qualquer convênio ou contrato específico, pois trata-se de obrigação decorrente de lei. Não se exige, portanto, que o banco procure saber quem são os fornecedores ou prestadores de serviço, que apure os valores, se a contratação foi regular ou não, nada disso. O que se exige, apenas, é que ele, dentro da atividade de caráter público na qual foi investido, não celebre transações que sirvam, exclusivamente, para falsear os reais destinatários dos recursos públicos ou, ainda, para o desvio de finalidade dos mesmos.

Assim, entendo que a possibilidade de manejar recursos públicos sem qualquer dado que identifique o destinatário e o motivo da movimentação representa omissão grave da instituição bancária, enquadrando, tal conduta, no tipo do art. 10, inciso I, da LIA, que lhe obriga a responder de maneira solidária pelo ressarcimento do dano ao erário.

No que tange às demais sanções previstas para o ato ímprobo em questão, a multa civil é a única que se faz compatível com a natureza da instituição financeira, tanto por se tratar de pessoa jurídica quanto por se tratar de entidade da administração indireta.

Além de compatível, a sanção mostra-se concretamente necessária, visto seu aspecto sancionatório, levando-a a repensar o procedimento a ser adotado nas operações futuras.”

art. 12 da LIA compatíveis com sua natureza (ressarcimento ao erário, multa civil e condenação em danos morais coletivos).

6 Conclusão

O intuito do presente texto foi despertar a atenção para uma nova leitura da Lei de Improbidade Administrativa em face das instituições financeiras oficiais, cuja recalcitrância em observar as normas indicadas ao longo do artigo tem contribuído para a aplicação irregular de recursos públicos, quando não para o desvio em favor de terceiros ou para sua apropriação.

A atuação preventiva, com ajuizamento de ações civis públicas para obrigar o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal a seguirem à risca os decretos repetidamente referidos, é crucial, mas o é igualmente a atuação repressiva, pois não há dúvida de que, se a tese ora exposta for amplamente aceita pelo Judiciário, as condenações certamente trarão um forte estímulo às instituições financeiras oficiais para que elas deixem de andar na contramão do combate à corrupção e sigam as normas do microsistema de tutela da correta aplicação dos recursos com destinação vinculada.

Referências

DECOIMAN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCIA, Emerson; PACHECO, Rogério Alves. *Improbidade administrativa*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Carlos Fernando dos Santos. O sistema nacional antilavagem de dinheiro: as obrigações de *compliance*. In: CARLI, Carla

Veríssimo de et al. (Org.). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Transferências governamentais constitucionais e legais: orientações fundamentais*. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, 2005. Disponível em: <http://www.contas-publicas.gov.br/Download/Cartilha_Transf_Const_Leg.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2016.

A gestão da segurança institucional na Administração Pública

Rodrigo Otávio da Silva Horta

Técnico de Segurança Institucional e Transporte do Ministério Público Federal. Coordenador Administrativo da Procuradoria da República no Município de Teófilo Otoni-MG. Especialista em Gestão Pública pela Faculdade Educacional da Lapa (FAEL) e Bacharel em Direito pelo Instituto Ensinar Brasil (DOCTUM).

Resumo: As questões referentes à gestão da segurança institucional promovida pela Administração Pública deixam clara a importância de serem traçadas diretrizes e normas gerais para elaboração de planos de segurança orgânica, específicos às características e obrigações de cada órgão público. Este artigo objetivou identificar a importância de uma eficiente gestão da segurança institucional para a Administração Pública. A metodologia aplicada a este estudo foi o método de abordagem hipotético-dedutiva. O resultado demonstrou que a segurança institucional deverá primar pelo envolvimento de todos os seus integrantes em ações de prevenção, pois, se regida no envolvimento da ética e da justiça, irá repercutir favoravelmente em todo corpo institucional, produzindo imunidade a qualquer tipo de ameaça. Concluiu-se que as organizações públicas, assim como o Ministério Público Federal (MPF), deverão estar sempre atentas à adoção de medidas especiais de segurança, indo além de um conceito estrutural, para alcançar a compreensão do que é segurança institucional.

Palavras-chave: Segurança institucional. Ministério Público Federal. Organização institucional.

Abstract: The issues that refer to the management of institutional security promoted by public authorities make clear the importance of outlining general guidelines and rules for the preparation of organic security plans, specific to the characteristics and requirements of each public body. This article aimed to identify the importance of efficient management of institutional security

for the Public Administration. The methodology used in this study was the method of hypothetical-deductive approach. The results showed that institutional security should prioritize the involvement of all its members in prevention, therefore, if governed in wrapped ethics and justice, there will be a favorable reflect on the whole institutional body, producing immunity to all kinds of threats. It was concluded that the public, as well as the Federal Public Prosecution Service (MPF), should always be alert to adopt special security measures, going beyond a conceptual framework to achieve an understanding of what is institutional security.

Keywords: Institutional security. Federal Public Prosecution Service. Institutional organization.

Sumário: 1 Introdução. 2 Métodos e instrumentos de apoio. 3 Desenvolvimento. 3.1 Gabinetes de Gestão Integrada. 3.2 Segurança institucional. 3.3 Segurança institucional no Ministério Público Federal. 4 Conclusão.

1 Introdução

A criminalidade nos dias de hoje cresce de forma espantosa, o que depõe contra o equilíbrio e a harmonia social, produzindo a busca pela maior segurança em todos os âmbitos organizacionais e públicos.

Indispensável é a discussão a respeito do crime organizado, sobretudo para encontrar medidas que viabilizem ações de prevenção de danos e ameaças no âmbito das políticas e gestão da segurança institucional na Administração Pública no Brasil. Nessa tangente, as instituições públicas, ao adotarem medidas de prevenção de danos e ameaças, estarão buscando a melhoria no controle de acesso e guarda de suas instalações, materiais, dados e informações.

Oportunamente, questiona-se neste artigo: qual a importância da atualização da Política de Segurança Institucional e da elaboração de planos de segurança orgânica na Administração Pública?

Os órgãos públicos devem buscar, constantemente, a atualização sobre Política de Segurança Institucional e elaboração de planos

de segurança orgânica, que orientarão a consolidação dos processos e procedimentos de salvaguarda de ações finalísticas e administrativas. O planejamento dessas atividades deverá considerar o necessário equilíbrio entre a funcionalidade dos órgãos e as restrições impostas pelas normas de segurança, uma vez que a segurança institucional precisa ser permanente e envolver todos os integrantes da instituição em atuação responsável e integrada (SOARES, 2011).

Por esse vértice, objetivou-se identificar a importância de uma eficiente gestão da segurança institucional para a Administração Pública.

2 Métodos e instrumentos de apoio

Para alcançar os objetivos deste estudo, utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutiva. A pesquisa evidenciou inicialmente a ausência de regulamentação das políticas de gestão da segurança institucional na Administração Pública brasileira que restringisse os riscos para as instituições. Com base nessa constatação, algumas hipóteses foram formuladas.

Os dados da pesquisa foram obtidos a partir de fontes primárias, como a Portaria PGR n. 580, de 17 de novembro de 2010, e o Plano de Segurança Institucional do MPF, instituído pela Portaria PGR n. 417, de 5 de julho de 2013.

Foi feita, *a priori*, uma pesquisa acerca do tema proposto, seguida de leitura dinâmica e seletiva, imprescindível para alcançar os referenciais teóricos magnos para a escrita deste artigo. A atenção à escolha dos textos serviu como fundamentação científica, que seguiu pertinentemente o objetivo proposto.

3 Desenvolvimento

3.1 Gabinetes de Gestão Integrada

Os Gabinetes de Gestão Integrada (GGIs) surgem do empenho da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) e do Ministério da Justiça em estabelecer políticas públicas na área de

segurança, tendo como foco principal a prevenção e o combate à criminalidade, dentro de uma perspectiva de bem estar social (COMIOTTO, 2012).

Não obstante, os GGIs compreendem como fundamental a integração democrática e participativa de vários órgãos para que juntos possam abordar problemas de segurança pública e propor sugestões para melhor executar ações (COMIOTTO, 2012).

Nesse sentido, Aragon (2010) descreveu que os GGIs têm um perfil de instâncias democráticas de discussão, negociação e planejamento de estratégias em segurança pública, nas esferas federal, estadual e municipal.

Assim, segundo Aragon (2010, p. 28), os GGIs têm como objetivos

[...] implementar as políticas vinculadas ao plano nacional de segurança pública e aos planos estaduais e municipais, observadas as peculiaridades locais; estabelecer uma rede estadual/nacional de intercâmbio de informações, experiências e práticas de gestão, que alimente um sistema de planejamento em nível nacional, com agendas de fóruns regionais e nacionais; elaborar um planejamento estratégico das ações integradas a serem implementadas; criar indicadores que possam medir a eficiência dos sistemas de segurança pública; identificar demandas e eleger prioridades, com base em diagnósticos; garantir um sistema onde a inteligência e as estatísticas trabalhem de forma integrada; difundir a filosofia de gestão integrada em segurança pública; garantir a representação da SENASP para facilitar a comunicação, articulação e o alcance dos objetivos.

O que se observa é que os Gabinetes de Gestão Integrada em segurança pública constituem uma rede nacional, nos níveis regional, estadual e municipal. Contudo, a dinâmica de cada nível torna-se diferenciada, pois alguns se desenvolveram em termos de resultados, enquanto outros seguem em um processo de ambientação com um modelo de gestão participativa orientada para resolução de problemas (BRASIL, 2009).

Não há que se olvidar da complexidade dos sistemas de integração, que, para ter funcionalidade, contam com a cooperação

em associação e alianças. Ademais, a integração é sustentada pela colaboração, num procedimento decisório consensual, com troca de informações e um padrão de desempenho (VIANNA, 2012).

3.2 Segurança institucional

3.2.1 Breve histórico

Pensar na segurança institucional, na vulnerabilidade e na exposição aos riscos é uma novidade dentro da Administração Pública, porém, devido ao número crescente de notícias sobre atentados, violações, invasões e ameaças ocorridas dentro das instituições, discussões acerca de normas e condutas tornaram-se indispensáveis na atualidade, na tentativa de resguardar o patrimônio e a integridade física de seus integrantes.

Dessa forma, restou plenamente cabível implantar planos de segurança voltados para o enfrentamento da violência no País, como a criação do Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP), que teve como objetivo melhorar as ações dos órgãos de segurança pública em prol do combate à criminalidade.

Segundo Lopes (2009), o Plano Nacional de Segurança Pública de 2000 foi

[...] considerado a primeira política nacional e democrática de segurança focada no estímulo à inovação tecnológica; alude ao aperfeiçoamento do sistema de segurança pública através da integração de políticas de segurança, sociais e ações comunitárias, com a qual se pretende a definição de uma nova segurança pública e, sobretudo, uma novidade em democracia (LOPES, 2009, p. 29).

De acordo com Lopes (2009), a política de segurança pública foi implantada pelo governo Lula em 2001. A proposta dessa política surgiu por parte da ONG Instituto da Cidadania, do Projeto de Segurança Pública para o Brasil, que serviu de base para o programa de governo no percurso da disputa eleitoral em 2002. A princípio, a elaboração tinha por fim o aperfeiçoamento das instituições de segurança pública e a implantação do Sistema Único de Segurança

Pública (SusP) para operar de forma articulada por meio de políticas de prevenção, em especial as que pudessem envolver a juventude.

De acordo com Carvalho e Silva (2011), em 2003 foi instaurado o Sistema Único de Segurança Pública, que teve grande êxito na articulação de políticas integradas de redução da violência e criminalidade.

Constataram também os autores que tanto o PNSP do governo Fernando Henrique Cardoso quanto a política de segurança pública proposta pelo primeiro governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva não renderam resultados positivos. Já em 2007, o presidente Lula, em seu segundo mandato, persistiu com o programa de segurança pública e apresentou o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI), que acordou repressão qualificada com políticas sociais, tendo como meta a prevenção, educação e acompanhamento de jovens e adolescentes.

O PRONASCI é uma política pública instituída com o objetivo de reduzir a criminalidade e melhorar os serviços prestados no âmbito da segurança pública, nos termos da Lei n. 11.530, de 24 de outubro de 2007, conforme a seguir:

Art. 1º Fica instituído o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - PRONASCI, a ser executado pela União, por meio da articulação dos órgãos federais, em regime de cooperação com estados, Distrito Federal e municípios e com a participação das famílias e da comunidade, mediante programas, projetos e ações de assistência técnica e financeira e mobilização social, visando à melhoria da segurança pública.

A ideia do programa é fazer com que, de fato, haja envolvimento entre órgãos e entidades do governo federal, estadual, da União, municípios e sociedade civil como protagonistas nas questões de segurança e ações sociais.

Esse pacto federativo, conforme o disposto na Constituição de 1988, objetiva reduzir esforços e otimizar a solução de problemas comuns que, muitas vezes, só podem ser resolvidos por meio de ações conjuntas dos três entes federativos. Assim, segundo o

Gabinete de Gestão Integrada Municipal (GGIM), o PRONASCI busca garantir

[...] direitos fundamentais aos cidadãos, no contexto de uma nova ordem mundial, cuja macrolegalidade incita os estados nacionais a renunciarem a elementos centrais de sua soberania e de seu ordenamento jurídico, gerando em todas as esferas um profundo sentimento de insegurança; além de atuar como resposta a um contexto de tensão social do país, caracterizado pelo crescimento desestruturado das periferias das grandes cidades brasileiras e marcado por altos índices de criminalidade e violência, que atinge principalmente os mais jovens (BRASIL, 2015, p. 8).

O PRONASCI é, de fato, uma resposta a essa complexa conjuntura, que busca superar modelos ultrapassados de política de segurança pública. Sob esse raciocínio, o programa é executado mediante convênios ou por outro meio – estados, municípios, Ministério da Justiça. A coordenação do programa em nível federal é feita por uma secretaria-executiva, sob a coordenação do Ministério da Justiça e, em nível regional, por equipes que atuam junto aos Gabinetes de Gestão Integrada Municipais.

No PRONASCI, os municípios foram incentivados a constituir Gabinetes de Gestão Integrada (GGIs), como fóruns municipais e comunitários de segurança, para constituir uma política municipal preventiva de segurança pública (BRASIL, 2015).

3.2.2 Política de segurança nas instituições públicas

A globalização foi introduzida na sociedade, exigindo diariamente maior conhecimento em todas as áreas. Por essa razão, tornou-se determinante para as instituições compartilhar informações sociais, econômicas, tecnológicas e culturais. Segundo André Soares (2011), especialista em inteligência operacional, as informações produzidas, de toda espécie, surgem em grande volume e de forma cada vez mais rápida, levando à “necessidade de equacionar o compartilhamento com o compartimento da informação, de acordo com a necessidade de proteção”.

O especialista citado compreendeu que, diante da governança corporativa, há condições de planejar com exatidão a segurança institucional, priorizando o equilíbrio entre segurança e funcionamento ativo da organização, impedindo medidas de segurança exageradas e confirmando os controles institucionais essenciais, utilizando para isso a gestão da informação e do conhecimento, bem como a tecnologia da informação.

Na busca pela plena preservação da instituição, é razoável se pensar em ações que assegurem as diversas atividades estruturais organizacionais, as quais se desdobram, segundo Soares (2011), em:

Segurança da informação, referente à Política Nacional de Segurança da Informação; regida pelo Decreto n. 3.505, de 13 de junho de 2000, que “*Institui a Política de Segurança da Informação nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal*”; Segurança das Operações, relacionada à sua atividade-fim; Segurança Logística, relacionada à sua atividade-meio; Segurança Econômica, relacionada à sua previsão e execução orçamentária; Segurança Administrativa, relacionada ao seu funcionamento eficaz [grifos do autor].

Cumpra ainda mencionar que ações de fiscalização e auditoria das atividades de segurança institucional primam pela eficiência e evitam a arriscada perda da informação. Assim, torna-se necessária a estruturação do sistema de informações da organização, do qual o sistema de segurança institucional será parte integrante, com o objetivo de dar amparo ao processo decisório.

3.2.3 Eficácia vs. ineficácia do sistema de segurança institucional

É lamentável constatar, mas a segurança institucional ainda não é um assunto constante da agenda nacional. Segundo Soares (2011), as autoridades e dirigentes do Poder Público não compreendem esse discurso como uma questão de prioridade. De forma rotineira, a temática ganha realce, pois a segurança institucional está em meio à ocorrência de contingências de grande proporção, em que os danos e prejuízos expõem o País, revelando sua deficiência e sérias vulnerabilidades institucionais, e resultam, inclusive, na devida responsabilização criminal dos envolvidos.

O discurso de André Soares (2011) vai além e descreve que os sistemas de segurança, inteligência, ouvidorias, controladorias, corregedorias e todas as demais estruturas de segurança institucional (controle interno) só terão resultados positivos se submetidos a um rigoroso controle externo, ou seja, se estiverem sob a égide dos princípios constitucionais da publicidade e da transparência.

No entanto, mesmo estando diante de articulações no âmbito da prevenção, a atuação do crime organizado continua em pauta, afetando de forma contundente toda a sociedade.

Na sociedade brasileira, o que se presencia, em termos de segurança pública, são medidas paliativas que em nada contribuem para solucionar os problemas relacionados à segurança. Ademais, a importância da segurança institucional transcende a ação de proteção e salvaguarda, pois atinge diretamente a eficiência das instituições e, em última instância, a própria segurança nacional (SOARES, 2011).

Com o entendimento da importância da segurança pública pautada no âmbito social e institucional, Soares (2011) defendeu que os responsáveis por problemas relacionados à segurança pública sejam investigados pelo poder público, em especial quando da ocorrência de contingências, e que sofram a devida responsabilização funcional.

3.3 Segurança institucional no Ministério Público Federal

O Sistema do Ministério Público Federal é constituído pela Procuradoria Geral da República, Procuradorias Regionais da República, Procuradorias da República nos estados e no Distrito Federal e Procuradorias da República nos municípios. Assim como os seus membros e servidores, estão também sob o alcance do conceito do Sistema MPF os estagiários e funcionários terceirizados, por manterem algum tipo de vínculo com o MPF (BRASIL, 2014).

Os membros do MP e do Judiciário estão expostos ao cotidiano da profissão, sendo, muitas vezes, vítimas de ameaças. O Ministério Público Federal, em busca de melhor atender aos objetivos e funções a ele destinadas, antecipou-se no quesito segurança institucional ao elaborar sua Política e Plano de Segurança Institucional.

Em busca de gerar maior segurança e tranquilidade aos servidores públicos, foi sancionada, em 24 de julho de 2012, pela então presidente da República, Dilma Rousseff, a Lei n. 12.694/2012, que, entre outras coisas, autoriza o porte de armas de fogo para a equipe de segurança institucional do MP e do Judiciário (BRASIL, 2014).

Em face das especificidades, particularidades e características das funções institucionais do MPF, nada mais condizente com essa realidade do que adotar medidas que assegurem o pleno exercício dessas funções por meio da normatização de processos, práticas, procedimentos e técnicas referentes à segurança (BRASIL, 2014).

Frente à necessidade do efetivo combate à corrupção e ao crime organizado, o MPF adotou medidas de proteção aos seus membros e servidores, bem como de melhoria no controle de acesso e guarda de suas instalações, materiais, dados e informações. Nesse sentido, gerou uma estrutura de segurança fundamentada em quatro áreas de atuação, sendo elas: governança corporativa, medidas ativas, medidas preventivas e medidas reativas (BRASIL, 2014).

Conforme prelecionou Soares (2011), as medidas preventivas são de natureza passiva e podem ser classificadas em ações de comando, direção e chefia, e segurança orgânica. Com efeito, são consideradas especiais medidas preventivas de segurança institucional, quando geridas de forma rigorosa pelos princípios da ética e da justiça. Nesses termos, a repercussão é favorável para o público interno, tendo em vista que fortalece a questão psicossocial e o espírito de corpo institucional, não deixando lacunas que possam ameaçar a instituição, tornando-a imune a qualquer tipo de risco. Revestidas de seriedade deverão ser as ações de comando, direção e chefia por parte dos membros da organização institucional, que são selecionados não apenas por critérios técnicos e profissionais, mas em especial por atributos morais e de liderança.

3.3.1 Eficácia da Política de Segurança Institucional no MPF

Diante do quanto exposto, os equívocos e as dificuldades existentes no âmbito institucional são grandiosos e precisam ser venci-

dos. A demonstração é de uma inaptidão generalizada das autoridades públicas nacionais sobre a temática da segurança institucional, cujo exercício é caracterizado pelo empirismo e práticas viciosas. Entrementes, conforme se pode verificar, é necessário rever os fundamentos sobre os quais são edificadas as instituições públicas, indo além de um conceito estrutural, para alcançar a compreensão do que é segurança institucional (SOARES, 2011).

De acordo com o Ministério Público Federal (2014), podem ser considerados como fatores determinantes para o sucesso da implementação da Política de Segurança Institucional

[...] comprometimento e apoio explícito de todos os níveis de direção e chefia do MPF, com atitudes favoráveis ao cumprimento de normas de segurança no âmbito da Instituição; obtenção de uma mentalidade de segurança por todos os integrantes do MPF, incorporando o conceito de que cada um é responsável pela manutenção do nível de segurança adequado; estabelecimento de um Plano de Segurança Institucional e Planos de Segurança Orgânica, normas e procedimentos consistentes com a cultura organizacional da Instituição e consubstanciados na realidade de cada unidade do MPF; estabelecimento de estruturas de gerência, auditoria e validação de processos sensíveis, que envolvam quesitos de segurança; entendimento das necessidades de segurança que respalde o desempenho das Funções Institucionais do MPF; elaboração de programas de divulgação, educação e informação de conteúdos de segurança; provisão de recursos financeiros para as atividades de segurança; criação de programas de formação de recursos humanos e de treinamento continuado específico para servidores e para terceirizados com encargos de segurança; realização de Assessorias Técnicas de Segurança (ATS) para orientar as unidades do MPF (BRASIL, 2014, p. 13).

Soares (2011) reiterou que, para adquirir a plenitude da preservação institucional, as ações de segurança deverão alcançar as variadas atividades estruturais organizacionais.

De forma lamentável, o Ministério da Justiça admitiu que a segurança institucional na Administração Pública brasileira dos

últimos 40 anos foi pautada pela ineficácia, ausência de planejamento e conseqüentemente visão restrita no âmbito da prevenção. Sugere, como alternativa para resultados diferentes, a criação de políticas de segurança institucional e a implantação de planos de segurança orgânica nas instituições públicas (BRASIL, 2009).

3.3.2 Planos de segurança institucional no MPF

Conforme o Ministério Público Federal (2014), para se fazer cumprir as atribuições de proteção do Sistema, a segurança institucional se segmentará nos seguintes grupos de medidas de segurança orgânica:

- segurança de recursos humanos;
- segurança do material;
- segurança das áreas e instalações; e
- segurança da informação.

A segurança de recursos humanos é um conjunto de medidas que tem como objetivo proteger a integridade física de membros, servidores do MPF e familiares, quando comprometida em face do desempenho das funções institucionais. Essa proteção é realizada por servidores do MPF ou a pedido de proteção disponibilizada por Órgãos de Segurança Pública (OSP) estaduais e federais e, em última instância, pelas forças singulares. Devido às funções institucionais desempenhadas, torna-se de suma importância que os integrantes do MPF, em especial os membros, sejam conscientes e sensíveis a possíveis ameaças, constituindo métodos para proteger e preservar sua integridade (BRASIL, 2014).

Os bens materiais móveis e imóveis significam para o MPF o patrimônio físico necessário ao funcionamento da unidade. É, por esse vértice, um ativo economicamente importante, além de conter informações sensíveis e sigilosas de interesse de atores antagônicos. Assim, nas medidas de guarda e proteção do material, devem ser incluídas as condições técnicas adequadas e os procedimentos de segurança e manutenção do material.

A segurança de áreas e instalações constitui-se em um grupo de medidas orientadas para resguardar o espaço físico sob responsabilidade do MPF ou onde se realizam atividades de interesse deste, com a finalidade de preservá-las. As ações de segurança nas áreas e instalações se ligam entre si e a outros grupos de medidas, como a segurança de recursos humanos e a segurança da informação. Essa integração é que proporciona maior nível de segurança para o Sistema MPF. Estão inseridos na segurança de áreas e instalações:

- a) demarcação de áreas; b) controle de acessos; c) detecção de intrusão e monitoração de alarme; d) implementação de barreiras; e) estabelecimento de linhas de proteção; f) sistema de vigilância humana; g) proteção de cabamentos e quadros de toda espécie; h) proteção de sistemas de energia, água, gás e ar condicionado; i) outras técnicas e procedimentos de segurança (BRASIL, 2014, p. 15).

Para o MPF, o termo informação, por si só, traz o sentido de complexidade, o qual exige envolvimento de ações para sua proteção. Nesse entendimento, fazem-se coerentes a utilização de modernas tecnologias e o desdobramento da segurança da informação em:

- segurança da informação nos meios de tecnologia da informação;
- segurança da informação no pessoal;
- segurança da informação na documentação;
- segurança da informação nas áreas e instalações.

Nessa mesma esteira, a segurança orgânica se insere na segurança da informação, como balizadora da Política Nacional de Informação, tendo esta uma forma abrangente. A segurança orgânica reflete de forma exclusiva na proteção da informação organizacional produzida sob sua custódia (SOARES, 2011).

Ademais, o Ministério Público Federal considera que, além dos grupos de medidas de segurança orgânica citados, a segurança institucional precisa dispensar atenção específica para ações antagônicas de sabotagem e acessos intencionais não autorizados, garantindo a proteção efetiva de todos os bens tangíveis e intangíveis (BRASIL, 2014).

No entanto, para Soares (2011), a segurança orgânica é muitas vezes vista como único procedimento de segurança existente em órgãos públicos, e, por se desconhecer sua aplicação restrita, considera-se, de forma errônea, ser integral a sua capacidade de segurança institucional.

Segundo o Ministério Público Federal (2014), a Política de Segurança Institucional traz como objetivos:

- estabelecer as diretrizes gerais do procurador-geral da República a respeito de segurança institucional;
- orientar a execução da atividade de segurança institucional no MPF;
- definir as atribuições de segurança para as unidades do MPF; e
- desenvolver uma mentalidade de segurança no MPF.

Em relação à amplitude da Política de Segurança Institucional aplicada nas unidades do Ministério Público Federal, verifica-se que esta alcança os seus integrantes no que se refere às práticas e aos procedimentos individuais nas suas respectivas esferas de atribuições (BRASIL, 2014).

As medidas ativas são de natureza ofensiva, pois antecipam eventuais ameaças e agentes adversos à instituição organizacional. Entretanto, para que seja viável sua aplicabilidade, deve haver a devida ação investigativa, que muitas instituições se recusam a realizar. Frente a esse contexto é que se pode considerar que, mesmo estando diante de uma segurança bem estruturada em bases preventivas, sem as devidas medidas de natureza ofensiva, as organizações ficam constantemente expostas à ação de forças antagônicas desconhecidas. As medidas ativas podem ser concretizadas em diversas vertentes, entre elas: o emprego da comunicação, por meio da propaganda e contrapropaganda; a investigação; a constituição de força de emprego; e as operações de inteligência (SOARES, 2011).

Quanto às medidas reativas, estas se referem à ação imediata, ou seja, diante da ocorrência de eventuais contingências institu-

cionais, são implementadas por meio de sindicâncias, inquéritos, da execução de planos de contingência e outras medidas de apuração internas que se fizerem necessárias. Diante disso, são descritos níveis de prioridade e criadas ações eficientes em prol de suas ocorrências. Em relação aos planos de contingência, estes são planejamentos produzidos em razão do arrolamento dos riscos e vulnerabilidades institucionais e da avaliação do impacto de possíveis eventos à organização.

4 Conclusão

Este artigo buscou apresentar ao leitor, mesmo que de forma breve, um material que despertasse sua atenção quanto à importância de uma eficiente gestão da segurança institucional para a Administração Pública, servindo como documento de consulta e referencial para acadêmicos, e a quem possa interessar, acerca dos conceitos de gestão institucional e segurança pública, com considerações sobre as possibilidades de aplicação na prevenção de riscos no âmbito da Administração Pública.

Concepções e fundamentações retiradas de leis e documentos organizados pelo Ministério Público Federal, além de textos de outros estudiosos e especialistas em segurança pública, como André Soares, contribuíram para alcançar o objetivo deste estudo.

As organizações institucionais não devem olvidar a importância dos planos de segurança no âmbito institucional público, sob pena de se sujeitarem a correr riscos os mais diversos, comprometendo o bom andamento da instituição.

Observou-se que a valoração das funções dos membros que compõem o MPF faz com que a segurança institucional seja efetiva desde o processo seletivo, passando pelo desempenho de suas funções, indo até o desligamento da organização.

Sob esse mesmo vértice, é compreensível que se deva buscar uma relação harmônica entre o MPF e a segurança pública, pois o que se espera é a junção das funções instituição pública/segurança pública.

Ficou claro que a eficiência está ligada efetivamente à segurança pública, uma vez que esta possibilita a obtenção das informações necessárias para se mensurarem os resultados da organização.

O artigo demonstrou que a segurança institucional no âmbito das organizações públicas é de suma importância e, por se constituir de atividades técnicas e especializadas, deve exigir pessoal altamente qualificado, submetido a permanente treinamento e reavaliação profissional.

A Política de Segurança Institucional surge como instrumento auxiliar para que as organizações públicas cumpram normas, legislações e controles internos em prol de segurança preventiva e ativa.

Concluiu-se que as organizações públicas, assim como o MPF, deverão estar sempre atentas à adoção de medidas especiais de segurança, indo além de um conceito estrutural, para alcançar a compreensão do que é segurança institucional. Contrariar os preceitos de segurança institucional é tornar vulnerável a integralidade da organização, dando margem para que fiquem desprotegidas informações de interesse de atores antagonísticos. É preciso, portanto, que as instituições públicas estejam sempre sensíveis às possíveis ameaças.

Referências

ARAGON, Alexandre Augusto. *Vade mecum segurança pública*. Brasília: Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2010.

BRASIL. *Gabinetes de gestão integrada em segurança pública: coletânea 2003 - 2009*/Secretaria Nacional de Segurança Pública. Brasília: Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2009.

_____. Procuradoria Geral da República. Unidade de Segurança Institucional. *Segurança institucional: política e plano*. Brasília: Ministério Público Federal, 2014.

BRASIL. *Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI)*. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

CARVALHO, Vilobaldo Adelídio de; SILVA, Maria do Rosário de Fátima. Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 59-67, jan./jun. 2011.

COMIOTTO, Luciano Francisco. Os gabinetes de gestão integrada municipais como ferramenta para aplicação da polícia ostensiva: uma experiência na cidade de Correia Pinto. *Revista Ordem Pública*, v. 5, n. 1, Semestre I, 2012.

LOPES, Edson. *Política e segurança pública: uma vontade de sujeição*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

SOARES, André. *Segurança institucional*. 26 fev. 2011. Disponível em: <http://www.inteligenciaoperacional.com/index.php?option=com_content&view=article&id=227&Itemid=286>. Acesso em: 28 ago. 2015.

VIANNA, Paulo Sérgio Aparecido. *Gestão com integralidade e segurança pública*. 208 f. Dissertação (Mestrado em Meio Ambiente). Centro Universitário de Araraquara (UNIARA). São Paulo, 2012.

Novo Código de Processo Civil

O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil

Bruno José Silva Nunes

Procurador da República. Ex-Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Resumo: O incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no novo Código de Processo Civil, reflete a preocupação do legislador com o adequado tratamento das causas repetitivas, de modo a garantir a segurança jurídica, a isonomia e a efetividade do processo. Este artigo apresenta considerações sobre o incidente, apontando para a necessidade de amadurecimento dos debates antes da definição da tese jurídica a ser aplicada e indicando os reflexos do incidente nas ações individuais e coletivas.

Palavras-chave: Incidente de resolução de demandas repetitivas. Novo Código de Processo Civil. Processo coletivo.

Abstract: The resolution incident for repetitive claims, under the new Civil Procedure Code, reflects the legislature's concern about the appropriate treatment of repetitive cases. This paper presents considerations about the incident, pointing to the need for maturation of debates before the definition of the legal interpretation and indicating the incident reflections in the individual and class actions.

Keywords: The resolution incident for repetitive claims. New Code of Civil Procedure. Class action.

Sumário: 1 Introdução. 2 Incidente de resolução de demandas repetitivas: contornos. 3 Procedimento do incidente. 4 Amadurecimento dos debates e definição da tese jurídica. 5 Reflexos do incidente nas ações individuais e coletivas. 6 Conclusão.

1 Introdução

É fácil perceber que a configuração dos conflitos de interesse existentes na sociedade atual diverge daquela constatada quando da edição do Código de Processo Civil de 1973. De uma lógica de conflitos individualista, em que a preocupação focava em confrontos singulares, passou-se a verificar a necessidade de reinterpretar e mesmo desenvolver novos institutos processuais, de modo a dar resposta à litigiosidade que surgia (MANCUSO, 2007).

No quadro presente, as relações entre pessoas e os conflitos de interesse apresentam variações que vão além dos conflitos individuais. O surgimento de conflitos que envolvem grande quantidade de pessoas é comum na sociedade contemporânea, sendo possível elencar os conflitos decorrentes de relações de consumo, de questões ambientais, de reivindicações relativas à saúde e à educação, das relações com o Poder Público, sobretudo de índole tributária e previdenciária, entre outros (AMARAL, 2014).

Os conflitos decorrentes da massificação social dão origem a demandas repetitivas apresentadas aos órgãos do Poder Judiciário, com fundamentos e pedidos “idênticos”¹. Assim, e.g., relativamente a determinado tributo instituído em afronta à Constituição da República, diversas pessoas podem ajuizar ações individuais postulando a restituição dos valores pagos em face do ente estatal responsável pela cobrança indevida, com fundamento na mesma tese jurídica (inconstitucionalidade do tributo).

O processo coletivo brasileiro ainda não se desenvolveu a ponto de enfrentar adequadamente o problema das ações repeti-

¹ É importante considerar que as ações repetitivas, em si, não são idênticas. Há diferença, parcial ou total, relativamente a alguns elementos de identificação da ação. No entanto, verifica-se certa homogeneidade nos processos, como se vê na semelhança da tese jurídica defendida. Assim, e.g., em um caso de desaposentação, em que o autor postula a renúncia à aposentadoria que recebe para passar a receber novo benefício previdenciário, com cálculo do valor a ser recebido para maior, é possível indicar que os processos serão diferentes porque cada um dos feitos apresentará pessoa(s) postulando a desaposentação e a situação fática de cada autor será específica. Não obstante, há semelhança da tese jurídica sustentada, no sentido da possibilidade de renunciar ao benefício anterior para postular um novo, de maior valor.

tivas, em virtude de questões como o rol restrito de legitimados², a ausência de protagonismo das associações no ajuizamento de ações coletivas³, a restrição do ajuizamento de ações civis públicas para tratar de determinadas matérias, envolvendo, por exemplo, questões tributárias e previdenciárias⁴, a limitação da coisa julgada prevista no art. 16 da Lei n. 7.347/1985 e no art. 2º-A da Lei n. 9.494/1997, entre outras.

Nesse rumo, o legislador disponibilizou instrumentos para o enfrentamento, pelo Poder Judiciário, das causas repetitivas, sobretudo em virtude da preocupação com a efetividade e a segurança jurídica.

O presente artigo examina o incidente de resolução de demandas repetitivas, apresentando considerações sobre a necessidade de amadurecimento dos debates antes da definição da tese jurídica a ser aplicada e indicando os reflexos do incidente nas ações individuais e coletivas.

2 Incidente de resolução de demandas repetitivas: contornos

Conforme exposto acima, a legislação brasileira apresenta alguns instrumentos para viabilizar que o Poder Judiciário confira tratamento adequado às causas repetitivas. Aponta a doutrina que esse regime processual próprio é composto por diversas normas

² O rol de legitimados a ajuizar ações coletivas pode ser extraído de uma leitura conjugada do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990) com o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), tendo em vista a interação entre os referidos diplomas legais que fazem parte do sistema integrado de tutela de direitos transindividuais.

³ A maior parte das ações coletivas é ajuizada pelo Ministério Público. Atualmente, com a legitimação conferida também à Defensoria Pública, percebe-se um incremento do protagonismo desse órgão. Sobre a atuação do Ministério Público, v. Zenkner, 2006.

⁴ O art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/1985 dispõe que “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

extraídas do ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do art. 332 do diploma processual vigente (anterior art. 285-A do CPC/1973), que permite o julgamento liminar de improcedência, a súmula vinculante (art. 103-A da CR/1988 e Lei n. 11.417/2006), a repercussão geral (art. 102, § 3º, da CR/1988, art. 1.035 do CPC/2015 e arts. 543-A e 543-B do CPC/1973), o julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos (arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e arts. 543-B e 543-C do CPC/1973), entre outros (CUNHA, 2011).

A preocupação em conferir um tratamento uniforme aos casos repetitivos restou salientada na exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, apresentada pela Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal (2010, p. 19-20). Segundo a referida exposição de motivos, o novo diploma busca prestigiar a segurança jurídica, por ser corolário do Estado Democrático de Direito⁵, protegendo e preservando as justas expectativas dos cidadãos. O objetivo é de que as pessoas possam prever, de modo significativo, as consequências jurídicas de sua conduta, sem surpresa, com tratamento que respeite o princípio da isonomia. Nesse rumo, buscou-se harmonizar o princípio do livre convencimento motivado dos magistrados com a necessidade de evitar excessiva dispersão da jurisprudência, que produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário⁶.

5 Canotilho (1998, p. 256-258) sustenta que os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança são elementos constitutivos do Estado de Direito. O doutrinador afirma que o princípio geral da segurança jurídica, em sentido amplo, desenvolve-se, relativamente aos atos jurisdicionais, em torno dos conceitos de estabilidade e de previsibilidade. Assim, registra que a estabilidade diz respeito ao fato de que as decisões adotadas pelos poderes públicos, sob forma e procedimento regulares, não devem ser arbitrariamente alteradas, salvo no caso de ocorrerem pressupostos relevantes. E a previsibilidade se relaciona à exigência de que os cidadãos tenham certeza de calculabilidade a respeito dos efeitos jurídicos dos atos normativos.

6 Sobre a uniformidade e estabilidade da jurisprudência, impõe-se transcrever os arts. 926 e 927 do CPC/2015: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados

Segundo a Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto do novo Código de Processo Civil (2010, p. 21), com os mesmos objetivos de garantir a observância do princípio da segurança jurídica e viabilizar tratamento isonômico, de evitar a excessiva dispersão da jurisprudência e atenuar o assoberbamento do Poder Judiciário (de modo a não prejudicar a qualidade da prestação jurisdicional), houve a previsão do incidente de resolução de demandas repetitivas⁷.

O art. 976 do novo CPC prevê ser cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver,

de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.” Registre-se, ainda, que na linha da uniformização e respeito à jurisprudência, o art. 489, § 1º, do novo CPC, prescreve que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

7 Para uma análise do incidente de resolução de demandas repetitivas conforme previsto no anteprojeto do novo CPC, v. Yoshikawa, 2012.

simultaneamente: a) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e b) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O incidente de resolução de demandas repetitivas tem declarada inspiração no Direito alemão, mais especificamente no *Musterverfahren*, introduzido naquele ordenamento jurídico em 2005, com previsão de um procedimento-modelo para os investidores em mercado de capitais⁸.

O procedimento-modelo alemão visa a definir questões comuns a litígios individuais para que sejam objeto de decisão coletiva. Pretende-se com o procedimento realizar um tratamento de modo isomórfico, e a abrangência da decisão será expandida para além das partes (CABRAL, 2007)⁹.

O incidente de resolução de demandas repetitivas configura, pois, uma técnica para viabilizar o adequado tratamento da litigiosidade repetitiva, com a cisão da cognição judicial por meio de procedimento-modelo ou procedimento-padrão (THEODORO JÚNIOR et al., 2015, p. 379-380).

A ideia básica do novel incidente previsto no CPC de 2015 é viabilizar a prolação de decisão uniforme para questões comuns que afetem número significativo de processos. Desse modo, as questões consideradas comuns são pinçadas e afetadas ao julgamento de um

⁸ Na doutrina, Cabral (2007) tratou com profundidade do instituto tedesco, propondo a adoção de procedimento semelhante no Brasil como alternativa às ações coletivas. Ver também Wittmann, 2008.

⁹ O autor salienta que “a finalidade do procedimento é fixar posicionamento sobre supostos fáticos e jurídicos de pretensões repetitivas. A lei é clara em apontar estes escopos (*Feststellungsziele*) expressamente, assinalando que devem inclusive ser indicados no requerimento inicial. Assim, não é difícil identificar o objeto do incidente coletivo: no *Musterverfahren* decidem-se apenas alguns pontos litigiosos (*Streitpunkte*) expressamente indicados pelo requerente (apontados concretamente) e fixados pelo juízo, fazendo com que a decisão tomada em relação a estas questões atinja vários litígios individuais. Pode-se dizer, portanto, que o mérito da cognição no incidente compreende elementos fáticos ou questões prévias (*Vorfragen*) de uma relação jurídica ou de fundamentos da pretensão individual” (CABRAL, 2007, p. 123-146).

tribunal (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal). Assim, esse órgão proferirá decisão sobre a referida questão, a qual deverá ser reproduzida nos processos que versem sobre ela. O incidente será palco do julgamento apenas daquela questão comum de direito, referente aos diversos processos a partir dos quais se constatou o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Os casos concretos serão posteriormente decididos pelo juízo natural, com aplicação da tese definida no incidente de resolução de demandas repetitivas.

3 Procedimento do incidente

O incidente de resolução de demandas repetitivas está previsto nos arts. 976 a 987 do CPC de 2015. É importante registrar os principais pontos definidos pelo legislador, a fim de apresentar os contornos do incidente.

Nos termos expostos acima, a instauração do incidente é cabível quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, *caput*). Dessa forma, a redação final do diploma afastou a possibilidade de instauração preventiva do incidente, prescrevendo a necessidade de existência de processos nos quais haja efetiva controvérsia sobre a questão de direito (THEODORO JÚNIOR et al., 2015, p. 379).

A novel legislação não traz um número mínimo de casos necessários para a instauração do incidente, como ocorre no procedimento alemão (CABRAL, 2007)¹⁰. Contudo, é necessário demonstrar o efetivo risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, apontando concretamente a existência de dissenso interpretativo, tendo em vista a vedação da instauração preventiva do incidente.

¹⁰ Na Alemanha, após o registro do requerimento de instauração do incidente, é necessário que no período de quatro meses após sua publicação sejam requeridos pelo menos outros nove procedimentos-padrão paralelos, sendo necessários dez requerimentos para admissão da instauração do incidente. Ver também Viafore, 2013.

Incumbe salientar que a inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que seja novamente suscitado após a satisfação do requisito anteriormente ausente (art. 976, § 3º).

Ademais, a legislação dispõe que o incidente não será cabível quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva (art. 976, § 4º). A vedação é adequada, uma vez que o art. 927 do novo CPC determina que os juízes e os tribunais observarão os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Nesse sentido, se já houver recurso afetado para definição de tese sobre a questão no âmbito de tribunal superior – a qual será, portanto, aplicada em âmbito nacional –, a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas se revelará providência desnecessária, inclusive porque, em princípio, a tese nele fixada se aplicaria em menor extensão do que a decisão de recurso repetitivo no âmbito dos tribunais superiores (no incidente de resolução de demandas repetitivas a decisão se aplica no âmbito dos juízes vinculados ao Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal onde será decidido¹¹).

No incidente de resolução de demandas repetitivas não serão exigidas custas processuais.

O pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas deve ser dirigido ao presidente do tribunal, cumprindo registrar que poderá ser feito: pelo juiz ou relator, por meio de ofício; pelas partes, por petição; e pelo Ministério Público ou

11 O art. 987, § 2º, do novo Código de Processo Civil prescreve que se houver recurso do acórdão que decidir o incidente de resolução de demandas repetitivas, apreciado o mérito recursal, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito. Nesse caso, a decisão no incidente terá abrangência nacional.

pela Defensoria Pública, também por petição¹². Caberá ao requerente instruir o pedido com documentação apta à demonstração da presença dos pressupostos de admissibilidade do incidente (art. 977).

A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente. Ademais, o Ministério Público deverá intervir no incidente quando não for o requerente e assumirá a sua titularidade no caso de desistência ou de abandono. Esta última previsão legal deve ser analisada com parcimônia, visto que poderá o órgão do Ministério Público oficiante constatar que o requerimento de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não preenche os requisitos legais, hipótese em que deve ser acolhida a manifestação do *Parquet* no sentido de sua inadmissão.

No tribunal, o julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno entre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência (art. 978), sendo recomendável que seja composto por desembargadores de órgãos competentes para julgar a matéria¹³.

A instauração do incidente deverá ser divulgada de forma ampla e ser objeto de publicidade por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Seria oportuno, ainda, que a divulgação ocorresse por outros meios, tais como a publicação de notícia em jornais impressos de grande circulação, bem como anúncios em rede de televisão e na Internet, o que deveria ser justificado em decisão fundamentada do tribunal.

Caberá aos tribunais manter banco eletrônico de dados atualizado com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, devendo a atualização ser comunicada imediata-

12 A legitimidade do Ministério Público e da Defensoria Pública deve ser interpretada em harmonia com as disposições da Constituição da República de 1988 (arts. 127 a 130, 134 e 135).

13 Não seria interessante que o órgão legitimado para decidir o incidente de resolução de demandas repetitivas, em matéria de natureza cível, fosse composto em sua maioria por desembargadores membros de câmaras criminais.

mente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro. O registro eletrônico deverá apresentar as teses jurídicas constantes do cadastro e conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

Apresentado o requerimento de instauração do incidente, haverá distribuição do feito para um relator, que fará juízo de admissibilidade a respeito dos requisitos do art. 976 do CPC/2015.

No caso de ser admitido o incidente, o relator determinará a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso, que versem sobre a questão de direito objeto do incidente. A suspensão dos processos terá duração de um ano, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário. A suspensão deverá ser comunicada aos órgãos competentes, de modo que se assegure a eficácia da medida. No período de suspensão, eventual medida de urgência deverá ser postulada perante o juízo onde tramita o processo suspenso.

A suspensão dos processos pendentes é medida essencial para o funcionamento da lógica do incidente. Levando em conta que se pretende conferir um tratamento isonômico e efetivo aos processos que versem sobre idêntica questão de direito, a suspensão dos processos pelo período de um ano permite que o tribunal tenha tempo razoável para decidir o incidente e definir a tese jurídica a ser aplicada. Enquanto isso, os juízos vinculados ao tribunal podem despender energia em outros casos, analisando apenas, se for o caso, eventuais medidas urgentes requeridas nos processos suspensos. Após o julgamento do incidente, os juízos onde os processos foram suspensos aplicarão a tese definida pelo tribunal aos casos concretos.

No tribunal, o relator poderá requisitar informações aos juízos nos quais tramitem os processos em que se discute o objeto do incidente, que deverão ser prestadas em quinze dias, bem como intimará o Ministério Público (quando este não houver requerido a instauração do incidente), oportunizando que se manifeste, no mesmo prazo. O relator também deverá ouvir as partes e os demais interessados e poderá solicitar informações a pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum

de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos. Poderá também determinar a realização de diligências necessárias à elucidação da questão de direito.

A legislação ainda autoriza o relator a designar audiência pública para instruir o incidente, colhendo informações de *experts* que tenham conhecimento sobre a matéria debatida.

Durante a sessão de julgamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, caberá ao relator fazer exposição do objeto do incidente, após o que poderão fazer sustentação oral, sucessivamente, o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público, pelo prazo de trinta minutos, e os demais interessados, no prazo de trinta minutos, dividido entre todos, sendo exigida a inscrição destes com dois dias de antecedência. A legislação prevê que o prazo poderá ser ampliado levando em conta o número de interessados.

O art. 984, § 2º, determina que o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados, ou seja, independentemente de os argumentos serem favoráveis ou contrários à tese jurídica que prevaleceu, deverão ser objeto de consideração na decisão colegiada. A doutrina pontua que “essa forma de decidir é a regra geral do Novo Código (arts. 10 e 489) para qualquer decisão” (THEODORO JÚNIOR et al., 2015, p. 391).

Vê-se, pois, que o tribunal poderá se valer de um amplo leque de contribuições para analisar a questão de direito e fixar a tese que deverá prevalecer. Como regra, deve ouvir as partes do processo que originou a controvérsia, o Ministério Público e os demais interessados que figurem em processos suspensos nos quais seja debatida idêntica questão de direito. Além disso, poderá solicitar ou autorizar a participação de *amici curiae*, bem como designar audiência pública para colher subsídios, de modo a equacionar melhor a questão de direito.

Julgado o incidente e definida a tese jurídica, caberá aos juízos na área de jurisdição do respectivo tribunal (inclusive nos juizados especiais) aplicar a tese sobre a questão de direito resolvida no tribunal a cada um dos processos individuais ou coletivos, tomando

em consideração as peculiaridades de cada caso concreto. De se registrar, ainda, que a tese deve ser aplicada aos processos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal.

No caso de não ser observada a tese adotada no incidente, a parte prejudicada poderá apresentar reclamação.

Ademais, quando o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o tribunal deverá comunicar o resultado do julgamento ao órgão, ente ou agência fiscalizadora, de modo que a efetiva observância do precedente pelos entes sujeitos a regulação seja aferida.

O art. 986 do CPC/2015 prevê a possibilidade de revisão da tese jurídica. A legislação assenta que a revisão pode ser realizada de ofício pelo tribunal ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

Após o julgamento do incidente pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal Regional Federal, caberá recurso extraordinário ou especial, observadas as hipóteses constitucionais de cabimento. O art. 987, § 1º, aponta que o recurso será dotado de efeito suspensivo e que será presumida a repercussão geral da questão constitucional debatida. Ademais, determina o novo CPC que se o mérito do recurso for apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (recurso extraordinário) ou pelo Superior Tribunal de Justiça (recurso especial), a tese jurídica definida deverá ser aplicada em âmbito nacional.

4 Amadurecimento dos debates e definição da tese jurídica

Vê-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas é um incidente por meio do qual se realiza a cisão da cognição das questões que deverão ser decididas nos processos com matéria repetitiva. A parte *padronizável* é separada e passa a ser objeto de decisão por um tribunal. Feito o julgamento da questão comum de direito, os processos individuais e coletivos retomarão curso nos juízos onde estavam suspensos, que terão atribuição para aplicar a

tese jurídica definida pelos tribunais ao caso concreto. Trata-se de técnica de procedimento-modelo e não de causa-piloto¹⁴.

Nos termos referidos acima, o art. 984, § 2º, do CPC/2015 determina que o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados, cumprindo ao tribunal analisar os argumentos favoráveis e desfavoráveis à tese jurídica que prevalecer.

Assim, no incidente de resolução de demandas repetitivas é preciso analisar todos os pontos de vista existentes sobre a matéria, examinando o maior número de argumentos possível. Somente assim se garante a análise da questão de direito com o amadurecimento necessário para evitar que, posteriormente, surjam argumentos que permitam novo dissenso (CUNHA, 2011).

O novo CPC não traz um número mínimo de casos necessários para a instauração do incidente, o que implica, de um lado, a necessidade de demonstrar, a partir dos casos referidos no momento da instauração do incidente, o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, apontando concretamente a existência de dissenso interpretativo – inclusive tendo em vista a vedação da instauração preventiva do incidente –, e, de outro lado, a necessidade de o órgão legitimado para julgar o incidente efetivamente buscar analisar a maior gama de argumentos possível a respeito da matéria de direito debatida.

Levando em conta que a decisão do incidente será aplicada aos casos pendentes e aos casos futuros (CAMBI; FOGAÇA, 2015) que versem sobre aquela determinada questão de direito, o amadurecimento do debate é de suma relevância. Assim, antes de se admitir a instauração do incidente sobre determinada questão de direito, impõe-se permitir a maturação das discussões sobre aquela

¹⁴ O procedimento do tipo causa-piloto ocorre, e.g., nos recursos extraordinário e especial repetitivos, prevendo a legislação que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça selecionem um ou mais recursos representativos da controvérsia e realizem o julgamento. Além de resolver o caso concreto, decidindo o recurso, esses tribunais fixam a tese jurídica que deverá ser aplicada nos demais casos que envolvem debate daquela questão repetitiva.

questão específica para verificar os pontos de vista existentes sobre a matéria e evitar que a decisão do tribunal seja posteriormente questionada por haver argumentos não analisados.

A doutrina registra que no início das discussões, quando se instaura o debate sobre determinada matéria, ainda não se está no melhor momento para que o tribunal fixe a tese jurídica com incidência prospectiva. Assim, permitir o dissenso por algum tempo viabiliza que o debate continue até que se aclare o assunto (CUNHA, 2011).

Após o amadurecimento do debate, é possível ao tribunal verificar quais são os argumentos invocados para sustentar e para refutar determinada tese sobre a questão de direito, inclusive destacando eventuais argumentos secundários, indicando premissas utilizadas para sustentação de argumentos, entre outros, com uma análise mais detalhada. Toda essa operação é de extrema importância, sobretudo porque a tese fixada será aplicada a casos futuros.

Em uma sociedade complexa como a atual, em que, sobre uma determinada questão, podem existir diversos pontos de vista¹⁵, valorizar a pluralidade de argumentos permite uma melhor compreensão da matéria e a indicação da interpretação que tenha aptidão de se tornar mais duradoura¹⁶.

No que diz respeito à escolha da causa que deverá servir de base para a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, Cabral (2014) indica ser possível elencar dois vetores para guiar essa escolha: o primeiro seria a amplitude do contraditório e o segundo, a pluralidade e representatividade dos sujeitos do processo originário. Dentro do primeiro vetor (amplitude do contraditório), o doutrinador destaca, além de outros parâmetros, os seguintes: a completude da discussão e a diversidade da argu-

¹⁵ Em matéria constitucional, Häberle (1997) já anotou a necessidade de ampliar o rol de intérpretes da Constituição, conferindo a tarefa a toda a sociedade.

¹⁶ A necessidade de levar em consideração a complexidade do mundo real é apontada até mesmo nas ciências exatas, com abrandamento de uma lógica de simplificação (PRIGOGINE, 1996, p. 14).

mentação. Assim, sustenta que as causas nas quais a discussão foi mais ampla, com maior quantidade de argumentos deduzidos, bem como as causas nas quais a argumentação foi mais diversificada, devem ter preferência em relação àquelas nas quais o debate não foi tão rico, seja do ponto de vista de quantidade, seja do de diversidade de argumentos.

Esses critérios apontados pela doutrina para a escolha da causa-piloto podem e devem orientar a própria instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas. Somente se deve admitir a instauração do incidente se de fato houver uma significativa quantidade de argumentos já deduzidos, bem como uma diversidade e pluralidade de argumentos a respeito da questão de direito objeto de debate. Somente esse cenário permite constatar um amadurecimento das discussões que viabilize ao tribunal fixar a tese jurídica com aptidão para se tornar razoavelmente estável.

A ausência de uma análise mais completa e criteriosa dos argumentos permite que sejam suscitadas novas discussões, inclusive com alegação de que a *ratio decidendi* do acórdão paradigma do tribunal que fixou a tese jurídica não deve ser aplicada, justamente pela ausência de análise do argumento apresentado no caso concreto¹⁷. Assim, além de dar ensejo ao afastamento da aplicação do

¹⁷ Em relação à completude da discussão, ensina Cabral (2014, p. 201-223): “Definir uma tese em decisão paradigmática sem tomar em consideração um grupo mais completo de fundamentos da pretensão e da defesa que comumente são encontrados nos processos repetitivos traz um duplo risco. Por um lado, a solução do incidente pode revelar-se equivocada porque justamente um daqueles argumentos não compreendidos no processo-teste poderia conduzir o Tribunal a uma conclusão diversa. E a decisão do incidente pode também ser menos eficiente, seja porque não se vislumbrou uma possibilidade decisória, seja porque, ao omitir-se sobre certos argumentos, deixa espaço para novos dissensos, podendo surgir, posteriormente, questionamentos no sentido de evitar a aplicação da decisão do incidente a processos pendentes. Neste caso, o *distinguishing* teria fundamento na omissão do Tribunal julgador em considerar certos argumentos que, não debatidos, impediriam que a tese jurídica fosse aplicada porque aquele caso seria ‘diverso’, devendo ser apreciado à luz daqueles argumentos não analisados quando do julgamento do incidente”. Em sentido bastante semelhante, registra Cunha (2011) que a falta de apreciação de alguns argumentos sobre os quais não houve a devida reflexão e análise pelo tribu-

precedente firmado no tribunal, pode potencializar os pedidos de revisão da tese (art. 986), o que, em certa medida, gera descrédito ao Poder Judiciário.

É de rigor, portanto, que os tribunais competentes para julgar o incidente constatem e indiquem na decisão o amadurecimento das discussões a respeito da tese jurídica debatida. E, no caso de se verificar, em concreto, a necessidade de ampliar os debates sobre a matéria, utilizem os mecanismos dispostos na legislação, tais como a solicitação de informações a pessoas com conhecimento e experiência sobre a matéria, a realização de audiências públicas, a dilação do tempo de debates, entre outros.

5 Reflexos do incidente nas ações individuais e coletivas

A tese jurídica fixada no incidente de resolução de demandas repetitivas deve ser aplicada aos processos individuais e coletivos, pendentes e futuros, que versem sobre idêntica questão de direito.

A instauração do incidente é alternativa interessante para resolver as demandas repetitivas decorrentes da massificação social, sobretudo para os casos em que há restrições ao ajuizamento de ações coletivas (CABRAL, 2007). Todavia, levando em consideração justamente o alcance da decisão a ser proferida no incidente, é muito relevante que a sua instauração seja autorizada de forma criteriosa e que o julgamento também examine cuidadosamente os argumentos aptos a influenciar na definição da tese a ser seguida.

Nas ações coletivas, a sistemática da coisa julgada definida no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor¹⁸ indica que a decisão

nal torna manifesto o risco de sobrevirem decisões que afastem o precedente, por meio de *distinguishing*, *overruling* e *overriding*.

¹⁸ A sistemática da coisa julgada deve ser analisada levando em conta o arcabouço normativo de tutela coletiva. No Brasil, a edição de uma série de leis, aliada à promulgação da Constituição da República de 1988, fez surgir um sistema que é denominado comumente como sistema integrado de tutela de direitos ou interesses coletivos (LEONEL, 2013, p. 140). Ele é formado pela interação entre a Constitui-

coletiva não necessariamente se projeta para as ações individuais. Ademais, para de fato influenciar significativamente nas ações individuais, a decisão na ação coletiva deve ser favorável (CAMBI; FOGAÇA, 2015).

A atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem considerado ser possível, a partir do ajuizamento de ação coletiva, a suspensão das ações individuais¹⁹. Malgrado a medida ser interessante do ponto de vista da racionalidade do Poder Judiciário, haja vista que no caso de acolhimento do pedido deduzido nas ações coletivas haverá benefício às ações individuais, fato é que, se for julgado improcedente o pedido aviado em ação coletiva, não haverá prejuízo às ações singulares (art. 103, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor). Salvo no que diz respeito à eventual persuasão produzida a partir da decisão proferida na ação coletiva, os juízes responsáveis por julgar os casos individuais não ficarão vinculados à decisão que culminou na improcedência do pedido deduzido na ação coletiva.

No incidente de resolução de demandas repetitivas, por sua vez, a tese fixada a respeito da questão de direito será aplicada aos casos pendentes e também aos casos futuros, sejam eles individuais ou coletivos, salvo revisão. Assim, o potencial do incidente é bastante elevado para enfrentar a litigiosidade de massa, haja vista que

ção da República de 1988, a Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor e as demais leis infraconstitucionais que tratam da tutela de direitos ou interesses coletivos em sentido lato. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro passou a consagrar a tutela de direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e de direitos acidentalmente coletivos (individuais homogêneos), conforme a acertada classificação doutrinária (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 196-197). A configuração da coisa julgada nas ações coletivas deve ser extraída do referido sistema integrado. Sobre a sistemática da coisa julgada nas ações coletivas, v. Nunes, 2015, e Gidi, 1995.

¹⁹ No julgamento do REsp n. 1.110.549/RS, rel. min. Sidnei Beneti, j. em 28.10.2009, DJe de 14 dez. 2009, a 2ª Seção do STJ assentou o entendimento no sentido de que “ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva”.

a tese jurídica definida pelo tribunal, independentemente de sua direção, será aplicada aos casos pendentes e futuros²⁰.

Nesse rumo, cabe ao Poder Judiciário conferir ampla publicidade aos incidentes de resolução de demandas repetitivas, colher a maior gama de argumentos possível, deferir a participação de legitimados coletivos que possam defender os direitos objeto dos processos que originaram o incidente²¹, entre outros.

Além disso, o tribunal que firmou a tese jurídica, o Ministério Público e a Defensoria Pública devem atentar para o surgimento de eventuais argumentos que possam acarretar a revisão da tese jurídica e, conforme o caso, realizar a revisão ou requerê-la. As finalidades do incidente de resolução de demandas repetitivas, de promover a consagração prática de princípios como a isonomia, a segurança jurídica e a efetividade, não podem impedir a evolução do Direito, inclusive por meio da superação de teses jurídicas. Somente assim se promove efetivamente a justiça.

6 Conclusão

O CPC/2015, na linha de alguns instrumentos previstos no diploma processual anterior, fornece ao Poder Judiciário instrumentos para a resolução dos litígios que decorrem de conflitos de

²⁰ Importante registrar que nos casos em que o proveito econômico pretendido não justifique o ajuizamento de ações individuais dificilmente haverá a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas. Nesse caso, a ação coletiva complementa o sistema, viabilizando o acesso à justiça de pretensões que, individualmente consideradas, não justificariam o ajuizamento de processo singular. Vê-se, portanto, que as ações coletivas e o incidente ora analisado devem ser considerados de fato como alternativas, não excludentes, para proporcionar o adequado tratamento das demandas repetitivas.

²¹ Os legitimados à tutela de direitos individuais homogêneos estão elencados como legitimados para requerer o incidente apenas na qualidade de parte, ressalvados o Ministério Público e a Defensoria Pública. Não obstante, conforme ensina Marioni (2015), sua legitimação para ingressar no incidente deve ser admitida, pois cabe a eles a tutela “dos direitos daqueles que têm casos pendentes que reclamam a solução de ‘questão idêntica’”.

massa (demandas repetitivas), quando apresentados de forma individualizada, com o escopo de viabilizar o desenvolvimento da atividade jurisdicional de forma célere e efetiva.

O novo diploma também prevê instituto inédito no Brasil, o chamado incidente de resolução de demandas repetitivas, que reflete a preocupação do legislador com o adequado tratamento das causas decorrentes da massificação social, de modo a assegurar a segurança jurídica, a isonomia e a efetividade do processo.

O presente ensaio procurou apresentar os contornos do novo incidente, salientando a importância dos debates sobre a questão de direito objeto de apreciação antes da definição da tese jurídica a ser aplicada, sobretudo em virtude dos reflexos da decisão nas ações individuais e coletivas.

Espera-se que o incidente de resolução de demandas repetitivas seja utilizado com parcimônia e que a análise dos argumentos aptos a influenciar a decisão a respeito da questão de direito seja ampla, com efetiva participação dos interessados, de modo que a consagração prática dos princípios apontados pelo legislador, caros ao Estado Democrático de Direito, seja realizada em harmonia com a ordem constitucional brasileira.

Referências

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de coletivização”. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/261-artigos-mar-2014/6432-efetividade-seguranca-massificacao-e-a-proposta-de-um-incidente-de-coletivizacao-1>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: _____. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

BRASIL. *Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 231, p. 201-223, maio 2014.

———. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 147, p. 123-146, maio 2007.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 243, p. 333-363, maio 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1998.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 193, p. 255-280, mar. 2011.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

HÄBERLE, Peter. *Hermêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. O problema do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, p. 399-419, nov. 2015.

NUNES, Bruno José Silva. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2015.

PRIGOGINE, Ilya. Uma nova racionalidade (Prólogo). In: ————. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: UNESP, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VIAFORE, Daniele. As semelhanças e as diferenças entre o procedimento-modelo *Musterverfahren* e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas” no PL 8.046/2010. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 217, p. 257-308, mar. 2013.

WITTMANN, Ralf Thomas. Il contenzioso di massa in Germania. In: GIORGETTI, Alessandro; VALLEFUOCO, Valerio (Org.). *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo*. Milano: Giuffrè, 2008.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil.

Comentários aos arts. 930 a 941 do PL 8.046/2010. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 206, p. 243-270, abr. 2012.

ZENKNER, Marcelo Barbosa de Castro. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Processo Penal

Persecução penal mais eficiente e democrática: seletividade declarada e regrada

Leandro Mitidieri Figueiredo

Procurador da República. Membro do Grupo de Controle Externo da Atividade Policial da Procuradoria da República no Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Constitucional na Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Pisa. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB). Ex-Procurador Federal. Ex-Chefe da Procuradoria Regional do INCRA no Rio de Janeiro.

Resumo: Este artigo aborda a discricionariedade na persecução penal, especificamente na parte de perseguição de crimes noticiados, analisando a ideia de que o Estado não pode, em hipótese nenhuma, deixar de perseguir todos os crimes, em confronto com a possibilidade de se elegerem os delitos a serem investigados e apurados. Diante da constatação de que a persecução de todos os crimes noticiados é uma ilusão e de que, por outro lado, há sérios riscos na possibilidade de um agente público escolher quem e qual fato será perseguido, é sustentada uma fórmula intermediária para uma persecução penal eficiente, mas também republicana, admitindo-se uma seletividade declarada e regrada, com a eleição dos delitos a serem investigados e apurados prioritariamente, de modo a permitir controle estatal e social.

Palavras-chave: Discricionariedade. Persecução penal. Investigação. *Full enforcement*. Seletividade. Transparência.

Abstract: This article discusses the discretion in criminal prosecution, specifically at the pursuit of reported crimes, analyzing the idea that the state can not, under any circumstances, fail to pursue all crimes and the possibility to choose the crimes to be investigated. Given the fact that the prosecution of all reported crimes is an illusion and that, moreover, there are serious risks in the possibility of a public official to choose who and what actually will be pur-

sued, it is sustained an intermediate formula for effective criminal prosecution, but also republican, assuming a declared and regulated selectivity, with the election of the priority crimes to be investigated and determined, so as to allow state and social control.

Keywords: Discretion. Criminal prosecution. Criminal investigation. Full enforcement. Selectivity. Transparency.

Sumário: 1 Introdução. 2 Persecução penal. 3 A fantasia do *full enforcement* na persecução penal. 4 Tolerância Zero e Teoria das Janelas Quebradas e seus resultados questionáveis. 5 Realidade da persecução penal brasileira. 6 Seletividade. 6.1 Perigos da seletividade. 6.2 Seletividade clandestina. 6.3 Seletividade indireta ou por via transversa. 6.4 Seletividade declarada e regrada. 7 Conclusão.

1 Introdução

Para além da dicotomia entre atos administrativos vinculados ou discricionários, é de se reconhecer que toda atuação dos órgãos, entidades e agentes públicos está submetida a limites jurídicos. Dentro desses limites, cada atuação é dotada de maior ou menor dose de subjetividade.

A persecução penal é tradicionalmente enxergada como atividade estatal estritamente regida pela lei, em todos os seus aspectos. Ocorre que a persecução penal, ou seja, a perseguição de crimes, não difere substancialmente de outras atividades do Estado. Como em toda atuação de agentes públicos, a atividade dos agentes da persecução penal também comporta subjetividades.

Dentre várias questões relativas ao tema, sobressai o problema do direcionamento dos esforços estatais na investigação e apuração de fatos criminosos. Não há quem discorde de que todos os fatos previstos pelo legislador como crimes devam ser perseguidos, ou seja, investigados e apurados. Todavia, como proceder se notadamente o aparato estatal não tiver capacidade para perseguição de absolutamente todos os crimes noticiados?

A questão se insere no diálogo entre dois extremos: o da insistência na ideia de que o Estado não pode, em hipótese nenhuma, deixar de perseguir todo e qualquer fato criminoso noticiado e o da

possibilidade de se escolherem os fatos delituosos a serem investigados e apurados¹.

Ao se constatar, sem muita dificuldade, que a persecução de todos os crimes noticiados é uma ilusão e que, por outro lado, há sérios riscos na possibilidade de um agente público escolher quem e qual fato será perseguido, impõe-se o estudo de uma fórmula intermediária que alcance uma persecução penal eficiente, mas também republicana.

Natural e óbvio que o grande objetivo de uma sociedade é a diminuição do nível de criminalidade, do número de crimes, fundamentalmente por meio da redução das desigualdades sociais, assim como não se descarta a necessidade de maior aparelhamento do Estado brasileiro na área de segurança pública. Todavia, o objeto do presente artigo se insere nas raias da realidade brasileira atual. Em outras palavras, almeja-se trabalhar com o estabelecimento de prioridades na persecução penal, de acordo com os limitados recursos do Estado brasileiro, em busca de sua eficiência e controle sob outras perspectivas.

2 Persecução penal

Em relação a infrações à legislação, o Estado pode agir basicamente de duas formas: preventivamente, desestimulando ou evitando sua ocorrência, e repressivamente, apurando e sancionando as já ocorridas. Essas duas formas de agir são imemoriais, mas a fonte histórica dessa divisão comumente citada é o Código de 3 do Brumário do ano IV (do calendário da Revolução Francesa), que dividiu a polícia em administrativa, incumbida da ordem pública, segurança, tranquilidade e salubridade (art. 19), e judiciária, incumbida da apuração de delitos (art. 20)².

1 *Full enforcement*, ou seja, a execução ou cumprimento de todas as leis criminais, em confronto com o *selective enforcement*, em que se admite algum tipo de seletividade.

2 Sobre a tradicional distinção entre polícias administrativa e judiciária, em que aquela preveniria e esta reprimiria, Louis Rolland observa que a polícia judiciária na verdade não reprime, mas ajuda o Judiciário a promover a repressão. Ainda, a

A repressão a infrações penais consubstancia-se na persecução penal, que nada mais é do que a perseguição de infrações penais. Com o cometimento de uma infração penal, nasce para o Estado a pretensão punitiva, um poder/dever de perseguir o infrator e puni-lo, compreendendo essa persecução o conhecimento do fato, a investigação, o processamento e a punição.

Prevalece que a persecução penal contém duas fases, a pré-processual (inquérito policial ou procedimento investigatório criminal ministerial) e a processual (*persecutio criminis in iudicio*) (Rcl 10644 MC, relator ministro Celso de Mello, Decisão Monocrática, julgamento em 14.4.2011, DJe de 19 abr. 2011). Em uma visão mais ampla de persecução penal como a repressão ou resposta estatal ao cometimento de infrações penais, principalmente para os fins do presente artigo, vale incluir a fase da execução penal. Ainda, não como fase, mas como evento inaugural da persecução, há o conhecimento do fato, a gerar dois tipos de atuações persecutórias: atuação diante de um flagrante e atuação diante de uma notícia de fato.

3 A fábula do *full enforcement* na persecução penal

Enforcement significa execução de uma ordem ou lei. *Full enforcement* representa na política criminal a execução ou cumprimento de todas as leis criminais ou, em termos de persecução criminal, a perseguição de todas as infrações penais, assim definidas na legislação penal³.

A ideia chega a parecer tautológica, já que todas as leis devem ser executadas e cumpridas. A supremacia da lei é algo muito

polícia administrativa, além de prevenir por meio de regulamentos e interdições, também reprime, empregando a força para o acatamento de suas ordens (1947 apud MELLO, 2005, p. 770). Mello conclui que importância da distinção está em que a polícia judiciária rege-se pela legislação processual penal e a administrativa pelas normas administrativas (ibidem, p. 771).

3 A “obligation to enforce all statutes and ordinances” ou “full enforcement legislation” (DAVIS; WILSON, 1975, p. 58).

caro, sendo a *rule of law* o sinal característico do Estado de Direito. Assim, *full enforcement*, ou seja, o Estado perseguindo todo e qualquer crime previsto e ocorrido, é algo até natural, que figura no senso comum. Todavia, é justamente este o problema⁴.

A questão que se coloca é o fato de o Estado pretender executar todas as leis criminais, ou seja, perseguir toda e qualquer infração penal, mesmo sendo facilmente perceptível que isso não é possível⁵. Essa falsa pretensão é perniciosa e traz sérias consequências.

Essa falsa pretensão, afirmam Davis e Wilson (1975), não foi criada pelos policiais de hoje, tendo sido herdada de concepções nascidas provavelmente em meados do século XIX. Os estatutos revisados de Illinois de 1845 impunham o dever aos guardas, uma vez cometida uma infração em sua presença, de apreender a pessoa e levá-la perante um juiz. Em 1874, o estatuto foi expandido para abarcar qualquer policial:

It shall be duty of every sheriff, coroner, and every marshal, policeman, or other officer of any incorporated city, town or village, having the power of a sheriff, when any criminal offense or breach of the peace is committed or attempted in his presence, forthwith to apprehend the offender and bring him before some judge, to be dealt with according to law (GROSMAN, 1975, p. 53-54).

4 Abordando esse problema, Saddy (2014, p. 361-362), citando Albert J. Reiss Junior e Kenneth Culp Davis, reflete que “A norma deve ser obedecida e, se não é obedecida, deve ser aplicada forçosamente pela Administração, logo, não pode ter qualquer tipo de planejamento para executar ou aplicar uma norma, no sentido de quando deve ser executada, contra quem e em que ocasiões, pois toda norma sem exceção deve ser cumprida. Mas, infelizmente – ou felizmente – não é assim, a premissa do ‘full enforcement’ é errônea, porque, na prática, o que existe é a execução seletiva ou não execução das normas. No entanto, se a Administração faz cumprir a norma de maneira seletiva ou, inclusive, não a cumpre, poderá ser acusada de favoritismo; e se é legalista e cumpre todas as normas, poderá ser acusada de rigidez. Isso torna a questão de extrema complexidade”.

5 É a óbvia constatação de Brian A. Grosman (1975, p. 85) de que “There are not enough financial resources available in most municipalities to enforce all of the laws against all the offenders all the time”.

Tudo nas instituições funciona sob essa falsa pretensão de *full enforcement*. No entanto, os operadores das leis criminais, principalmente os agentes policiais, logo percebem que algumas leis às vezes não são executadas e outras até mesmo nunca cumpridas. Todavia, essa fábula impede que as autoridades estabeleçam e anunciem abertamente políticas realistas de combate à criminalidade.

Destarte, os estudos em torno do *full enforcement*, em confronto com o *selective enforcement* e *police discretion* (seletividade e discricionariedade policial), não pretendem questionar o princípio da legalidade, mas abordar o problema da fábula do *full enforcement* e suas consequências nefastas (GROSMAN, 1975, p. III).

4 Tolerância Zero e Teoria das Janelas Quebradas e seus resultados questionáveis

Em 1982, James Q. Wilson e George Kelling (1982) sugeriram, em um influente artigo no *Atlantic Monthly*, que desordem e criminalidade estavam interligadas e que o foco no combate a crimes menores poderia ajudar a reduzir a criminalidade mais grave. Para tanto, utilizaram-se da Teoria das Janelas Quebradas (*Broken Windows*):

[...] at the community level, disorder and crime are usually inextricably linked, in a kind of developmental sequence. Social psychologists and police officers tend to agree that if a window in a building is broken and is left unrepaired, all the rest of the windows will soon be broken. This is as true in nice neighborhoods as in rundown ones. Window-breaking does not necessarily occur on a large scale because some areas are inhabited by determined window-breakers whereas others are populated by window-lovers; rather, one unrepaired broken window is a signal that no one cares, and so breaking more windows costs nothing. (It has always been fun)

A teoria tinha sido testada em experimentos relatados por Philip Zimbardo, psicólogo de Stanford, em 1969. Ele arranjou para que um automóvel sem placas fosse estacionado em uma rua no Bronx e um outro, em situação similar, em uma rua em Palo

Alto, Califórnia. O carro no Bronx foi atacado por vândalos dentro de dez minutos após seu abandono. Os primeiros a chegar foram um pai de família, mãe e filho, que removeram o radiador e a bateria. Dentro de vinte e quatro horas, praticamente tudo de valor tinha sido removido. Em seguida, a destruição aleatória começou: janelas foram quebradas, partes arrancadas e estofados rasgados. As crianças começaram a usar o carro como um *playground*. A maioria dos vândalos adultos estava bem-vestida. Já o carro em Palo Alto restou intocado por mais de uma semana, até que Zimbardo quebrou parte dele com uma marreta. Aí os transeuntes foram juntando-se e, dentro de algumas horas, o carro tinha sido virado de cabeça para baixo e totalmente destruído. Nesse caso, também, os vândalos pareceram ser pessoas bem-vestidas.

Em relação ao foco no combate a crimes menores, o artigo sustentava que policiais deveriam ser incentivados, por exemplo, a atuarem em ônibus ou metrô, para fazer cumprir as regras sobre o fumo, bebida, conduta desordeira e semelhantes. A atuação envolveria nada mais do que expulsar o agressor (sem movimentar a máquina judicial). Essa manutenção implacável de padrões em ônibus levaria a condições que se aproximariam do nível de civilidade que já se encontrava em aviões.

O trabalho concluía afirmando que o vital era manter a ordem, evitando janelas quebradas. Assim como é preferível cultivar a saúde a tratar da doença, a polícia deveria proteger a comunidade, ao invés de focar nas ofensas individuais. Nesse sentido, a polícia deveria ser encorajada a supor que seria avaliada também nessa tarefa, e não só com base na sua atuação contra crimes graves e violentos. No entanto, essa proteção da comunidade deveria focar em áreas recuperáveis, em que as pessoas ainda transitavam, mas se sentindo inseguras. Não deveria o efetivo policial ser concentrado nas áreas de maior criminalidade, e sim nas áreas mais vulneráveis à invasão criminosa. A formação dos policiais não deveria enfatizar investigação e captura de criminosos, mas gestão de vida de rua. Por fim, não deveriam ser apoiadas campanhas para descriminalização do comportamento “inofensivo”, pois, segundo os autores,

embriaguez pública, prostituição de rua e exibição pornográfica poderiam destruir uma comunidade mais rapidamente do que qualquer equipe de ladrões profissionais.

Talvez a adoção mais proeminente da Teoria das Janelas Quebradas para o crime e a desordem ocorreu na cidade de Nova York. A teoria é considerada, não raramente, sinônimo da política de Tolerância Zero, em que a desordem é agressivamente policiada e todos os infratores são multados ou presos. A abordagem da Teoria das Janelas Quebradas seria muito mais sutil do que o Tolerância Zero, pelo menos de acordo com a afirmação do próprio Kelling, em estudo com Coles, de 1996, e por isso seria injusto avaliar a sua eficácia com base na eficácia das abordagens baseadas em detenções agressivas, que eliminariam a discricionariedade policial (KELLING; COLES, 1998).

Mais de vinte anos depois, três das cidades mais populosas dos EUA – Nova York, Chicago e, mais recentemente, Los Angeles – adotaram, pelo menos, algum aspecto da teoria de Wilson e Kelling, principalmente por meio de uma atuação mais agressiva sobre infrações menores.

Todavia, Harcourt e Ludwig, em estudo de 2005, analisaram independentemente os dados sobre a criminalidade de Nova York no período 1989 a 1998, contidos no trabalho de Kelling e Sousa, de 2001.

Segundo o referido estudo, a análise dos dados de Nova York não forneceria suporte para a ideia de que a Teoria das Janelas Quebradas, incluindo atividades de Tolerância Zero ou outras medidas destinadas a reduzir o nível de desordem social ou física dentro de uma comunidade, representam a melhor utilização possível dos escassos recursos públicos. A polícia se concentrar em crimes menores não levaria a reduções mais acentuadas nos crimes violentos do que se a polícia se concentrasse em crimes violentos diretamente, não representando a mudança melhora na eficiência dos gastos da polícia. O padrão de criminalidade teria mudado nos arredores da cidade de Nova York durante a década de 1990, o que Kelling e Sousa (2001 apud HARCOURT; LUDWIG, 2005) atribuem a Janelas Quebradas. Ocorre que as circunscrições que mais receberam a polí-

tica das Janelas Quebradas foram aquelas com os maiores aumentos dos níveis de criminalidade durante a epidemia de *crack* da cidade na época anterior, em meados da década de 1980. Assim, de acordo com a “Lei de Newton da Criminalidade”, tudo que sobe tem que descer (o que sobe mais deve descer mais), o que significaria que as áreas com os maiores aumentos de crimes, no período anterior, experimentaram os maiores declínios no período subsequente.

Quando perguntado, em janeiro de 2004, se a Teoria das Janelas Quebradas tinha sido alguma vez verificada empiricamente, um de seus próprios autores, James Q. Wilson (2005), teria dito ao *The New York Times*: “as pessoas não entenderam que esta era uma especulação”, “a teoria não foi baseada em dados empíricos”, “fizemos uma suposição de que a deterioração da qualidade de vida fazia a taxa de criminalidade subir”, “eu ainda hoje não sei se melhorar a ordem vai ou não vai reduzir a criminalidade”. Em outra entrevista, disse: “Deus sabe o que é a verdade”.

Editorial do *The New York Times*⁶, de 28 de abril de 2012, afirma que:

Não há nenhuma prova de que o policiamento de tolerância zero adotada por Nova York e outras cidades na década de 1990 tenha algo a ver com o declínio dos crimes violentos em toda a nação. O crime também caiu em jurisdições que não utilizam o método. Milhões de pessoas foram detidas no âmbito da política de violações menores, como a posse de pequenas quantidades de maconha. E uma coisa é indiscutível: esta política de detenção-primeiro tem enchido os tribunais com infratores menores primários, causando estragos à vida dessas pessoas. Mesmo quando os casos são julgados, as pessoas podem ficar manchadas por anos por registros criminais cheios de erro.

Conclui que:

O prefeito Michael Bloomberg precisa reconhecer que o policiamento de tolerância zero não é a panacéia que seu Departamento

6 The human cost of ‘zero tolerance’. *The New York Times*, 28 abr. 2012. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/04/29/opinion/sunday/the-cost-of-zero-tolerance.html?_r=0>. Acesso em: 17 set. 2015.

de Polícia parece pensar que é. A polícia precisa gastar mais tempo procurando formas graves de criminalidade e menos em delitos menores. Não há nada de menor em um registro que pode seguir as pessoas para o resto de suas vidas.

Outros questionamentos acerca dos resultados da Teoria das Janelas Quebradas/Tolerância Zero são os de que: a) os crimes diminuíram mais em razão da integração dos órgãos de segurança; b) a época da diminuição dos crimes coincidiu com um momento econômico favorável; e c) por fim, Nova York não elegeu o sucessor dos republicanos Rudolph Giuliani e Michael Bloomberg, elegendo Bill de Blasio, que fez campanha prometendo, por exemplo, acabar com uma prática típica do Tolerância Zero, a *stop and frisk* (“parada e revista”), muito voltada às minorias e conduzida com base em mera *reasonable suspicion* (razoável suspeita), enquanto a *search and seizure* (literalmente “busca e apreensão”), mais invasiva, exigiria *probable cause* (causa provável), como estabeleceu a Suprema Corte Americana (Terry v. Ohio, 1968)⁷.

5 Realidade da persecução penal brasileira

O Estado brasileiro adota uma espécie de *full enforcement*, encarnando convictamente em suas instituições a falsa pretensão de prevenir e reprimir todos os crimes previstos na legislação penal. A realidade mostra que o País está longe de efetivar tal *full enforcement*.

Segundo o Mapa da Violência de 2014, comparando 100 países que registraram taxa de homicídios, entre 2008 e 2012, o Brasil ocupa o sétimo lugar, ficando atrás somente de El Salvador, Guatemala, Trindade e Tobago, Colômbia, Venezuela e Guadalupe. Os homicídios em 2012 vitimaram majoritariamente negros:

⁷ É de se ressaltar que Bill de Blasio acabou nomeando William Bratton, o ex-comissário de polícia que praticamente criou o Tolerância Zero, para liderar o departamento novamente. (Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2518823/Bill-Blasio-picks-William-Bratton-man-cleaned-New-York-NYPD-commissioner-again.html>>. Acesso em: 17 set. 2015).

41.127 negros mortos e 14.928 brancos, havendo uma “crescente seletividade social”, considerando toda a década (2002 – 2012)⁸.

Segundo estimativa da Associação Brasileira de Criminalística (ABC), o Brasil soluciona todos os anos, em média, de 5% a 10% dos homicídios, enquanto os Estados Unidos resolvem 65% dos casos, a França, 80% e a Inglaterra, 90%⁹. Trata-se de uma estimativa questionável do ponto de vista científico, mas quem já teve algum contato com o sistema criminal brasileiro não tem dúvida de que o número de crimes devidamente investigados é ínfimo.

A corroborar o fato de que o número de investigações está muito além da capacidade dos órgãos policiais, tem-se o número de inquéritos ainda não concluídos. De acordo com os dados do “Inqueritômetro” do Conselho Nacional do Ministério Público, acerca da Meta 2 da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (ENASP), que objetiva concluir os inquéritos sobre homicídios instaurados até dezembro de 2008, havia, em setembro de 2015, 38.340 inquéritos policiais, ainda de 2007, em todo o País, não concluídos até aquele momento¹⁰.

Comumente cogitada a adoção no Brasil da Teoria das Janelas Quebradas e da política da Tolerância Zero, não se percebe que isso de certa forma já ocorre. O Brasil adota uma política de segurança pública, apesar de ineficiente na consecução dos seus fins, focada em pequenos delitos, pequenos infratores (negros/minorias, pobres, prostitutas etc.) e manutenção da ordem (com mais policiamento em áreas com maior patrimônio e, recentemente na cidade do Rio de Janeiro e Niterói, ocupação de determinadas áreas mais

⁸ Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2014/mapa2014_jovens_sumario%20executivo.pdf>. Acesso em: 17 set. 2015.

⁹ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/politica/brasil-negligente-com-pericia-impunidade-como-resultado- apenas-10-dos-homicidios-sao-elucidados-2694252>>. Acesso em: 17 set. 2015.

¹⁰ Disponível em: <<http://inqueritometro.cnmp.mp.br/inqueritometro/home-seam>>. Acesso em: 17 set. 2015.

pobres, com vistas fundamentalmente à segurança das áreas mais ricas adjacentes).

Ainda, é prática tradicional da polícia brasileira a “parada e revista” (*stop and frisk*) voltada às minorias e conduzida com uma fundada suspeita (art. 240, § 2º, do CPP: “Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b a f* e letra *h* do parágrafo anterior.”) bem flexível, equivalente à *reasonable suspicion* (razoável suspeita) da Tolerância Zero americana.

Diante do percentual ínfimo de crimes mais violentos devidamente apurados no Brasil, além da estrutura de segurança em nada voltada ao combate à corrupção, salta aos olhos o foco de nossa política em crimes menores (não se olvidando que na Teoria das Janelas Quebradas isso deveria servir para influir no cometimento de crimes mais graves, por efeito da ordem restabelecida).

Quanto à questão da ordem, é difícil afirmar que o Brasil invista realmente nesse quesito. Pela ausência de fiscalização, é temerário afirmar que algo funcione de forma verdadeiramente ordenada no nosso País¹¹. Ocorre que, em termos de policiamento, a disposição do efetivo segue sim a lógica de proteger as áreas recuperáveis, justamente para trazer sensação de segurança para essas localidades, ao invés da proteção dos *hot spots* de crimes mais violentos e graves.

Exemplo disso é o programa de segurança pública das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) do Estado do Rio de Janeiro. Segundo noticiou o jornal *O Globo* de 24 de julho de 2013, foi realizada a Operação Paz Armada pela UPP da Rocinha, “que mobilizou 300 policiais com 58 mandados. O objetivo era prender

11 A ausência de fiscalização no Brasil é sintoma do modelo brasileiro de um Estado deficitário, com poucos agentes públicos por habitante, ao contrário do que se vê em países com serviços públicos decentes e IDH alto: em 2000, o Brasil tinha 5,52 agentes públicos por mil habitantes, enquanto Irlanda tinha 54,86, França, 38,47, Canadá, 10,97 e México, 8,46. Disponível em: <http://www.contasabertas.org/website/noticias/arquivos/195_Servidores%20p%C3%BAblicos%20por%20habitante%20em%20pa%C3%ADses%20selecionados.pdf>. Acesso em: 7 maio 2014.

os ‘ficha limpa’, suspeitos de tráfico que não têm passagem pela polícia. Entre os dias 13 e 14, 30 pessoas foram presas, 22 delas com base nos mandados”. Um dos presos foi Amarildo de Souza, ajudante de pedreiro, que nunca mais foi encontrado¹². O documentário sobre o episódio revela o fenômeno das UPPs instalarem uma nova ordem jurídica nas comunidades “pacificadas”, em que essas unidades da polícia acabam por impor regras e adotar práticas próprias, como a operação sobredita, toques de recolher e buscas pessoais sistemáticas aos moradores¹³. Constatou-se, assim, que nessas comunidades o direito oficial nunca chegou. Se antes nessas comunidades se identificava uma ordem jurídica paralela, o que Boaventura de Sousa Santos (2014, p. 102) chamou de Direito de Pasárgada¹⁴, hoje um novo direito se instalou: o direito das UPPs.

Vale aqui, ainda, um breve retrato da questão no âmbito da execução penal. O Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) foi instituído para proporcionar recursos para modernização e aprimoramento do sistema penitenciário brasileiro. Desde sua criação, em 1994, até o ano de 2014, o fundo arrecadou cerca de três bilhões de reais, mas repassou apenas 20% desse valor aos estados, ficando o resto contingenciado pela União, a fim de manter o *superavit* primário. Todavia, desse valor repassado, grande parte foi devolvida injustificadamente pelos estados, por falta de planejamento, mau uso das verbas, irregularidades nos projetos ou, ainda, simples não execução. Figuram como estados que realizaram essa devolução

12 Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/a-rocinha-quer-saber-onde-esta-amarildo-9156093#ixzz3lyQNg400>>. Acesso em: 17 set. 2015.

13 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Si1basqb7Ig&feature=player_embedded>. Acesso em: 17 set. 2015.

14 Trata-se de um estudo realizado no início da década de 1970, que resultou na sua dissertação de doutoramento, defendida em 1973 na Universidade de Yale (EUA). Consistiu numa análise sociológica do direito informal e da resolução de litígios na favela do Jacarezinho no Rio de Janeiro. Em tempos de ditadura militar, o autor deu-lhe o nome fictício de Pasárgada, retirado de um poema de Manuel Bandeira, para não identificar a comunidade que generosamente o tinha acolhido.

injustificada Alagoas, Ceará, Paraíba, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Sergipe, Tocantins, Mato Grosso do Sul, Goiás, Rio de Janeiro e Minas Gerais.

A situação é absurda. Foram devolvidos recursos destinados à tentativa de reversão do quadro do sistema carcerário brasileiro de caos, beirando o colapso, tanto social quanto jurídico. A falência do sistema penitenciário do País recentemente chegou a ser óbice à extradição de Henrique Pizzolato, nos termos da decisão da Corte de Bologna, da Itália, de 28 de outubro de 2014, que não via condições humanas mínimas nas prisões brasileiras.

Vale o confronto desse dado com outro: o exemplo do Rio de Janeiro. Para 2016, pela primeira vez, a dotação no orçamento do Estado do Rio de Janeiro para segurança pública (R\$ 11,6 bilhões, após acréscimo de R\$ 1,4 bilhão) é maior do que a dotação para educação (R\$ 7,8 bilhões, após corte de R\$ 2,9 bilhões). Trata-se da mais perfeita subsunção ao que o sociólogo polonês Zygmunt Bauman (2007) chama de “tempos líquidos”, orientados pelo medo, em que o “espectro da degradação social contra a qual o Estado social jurou garantir seus cidadãos está sendo substituído na fórmula política do ‘Estado da proteção pessoal’”. Uma verdadeira gestão penal da miséria, na expressão de Loïc Wacquant (2003).

Nesse diapasão, é sintomática a letalidade da polícia: 227 mortes nas ações policiais nos primeiros 8 meses de 2015, na capital fluminense, com crescimento de 30,4% em relação a 2014, totalizando 8.466 mortes em 10 anos. Em 2008, em ações policiais, foram 6,86 mortes por mil habitantes no Estado do Rio de Janeiro, enquanto na África do Sul, 0,96 e nos EUA, 0,12. Com o investimento maior em segurança pública do que em educação, associado à não utilização dos recursos do FUNPEN destinados à ressocialização e condições dignas do preso, o sistema acaba incentivando que as coisas sejam resolvidas no momento da atuação policial, incumbindo-se o policial da rua da função neutralizante ou eliminatória.

Ainda assim, verifica-se o movimento do Estado do Rio na direção do hiperencarceramento, apresentando crescimento da população carcerária em 18%, acima da média nacional de 4,5%,

com um déficit de 11.602 vagas e com 77% das unidades superlotadas, tudo pelos dados de 2014. Vê-se que “o grande encarceramento no Brasil, e em especial no Rio de Janeiro, parece viver seu apogeu, a despeito do fato das condições de encarceramento serem a cada ano mais desumanas e degradantes”, como conclui o estudo do professor Taiguara Libano Soares e Souza, da Universidade Federal Fluminense (UFF). Não foi por outro motivo que o Supremo Tribunal Federal, nos moldes de decisão da Corte Constitucional Colombiana, reconheceu, na ADPF n. 347, o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

O caso de outro estado da federação é também emblemático: o do Estado do Rio Grande do Norte. Após reiteradas devoluções injustificadas de recursos para construção e reforma de unidades prisionais, o CNJ constatou o estado caótico e calamitoso do sistema prisional potiguar, com superlotação de 300%. Em março de 2015, eclodiu então uma série de motins nos presídios estaduais. Frente a esse quadro, o MPF no Rio Grande do Norte propôs ação de improbidade administrativa em face da ex-governadora do Estado, responsável pela devolução injustificada das verbas do FUNPEN.

6 Seletividade

Se em um extremo está o *full enforcement*, sob a pretensão de persecução sempre de toda e qualquer infração penal, no outro está o *selective enforcement* e *police discretion* (seletividade e discricionariedade policial).

A seletividade representa a existência de subjetividade na persecução criminal, na escolha das infrações a serem perseguidas.

6.1 Perigos da seletividade

A pura e simples possibilidade de escolha arbitrária de quais infrações seriam objeto de persecução não teria nenhum cabimento no estágio atual do Direito, pois representaria um retorno à época anterior ao Estado de Direito, a do Estado Policial. A possibilidade de um agente público escolher quem ou qual fato investigar

contraria os fundamentos de um Estado republicano (legalidade, impessoalidade e moralidade).

Não é difícil visualizar os efeitos perniciosos da possibilidade de a polícia ser direcionada para perseguição de determinadas pessoas, assim como orientada a não incomodar outras, tudo ao arbítrio de quem estivesse investido no poder.

6.2 Seletividade clandestina

Ocorre que a seletividade acontece e sempre aconteceu na prática, mas de forma não declarada.

Por mais paradoxo que possa parecer, é exatamente a lógica do *full enforcement* um dos fatores que mais favorecem uma seletividade clandestina. A seletividade não declarada ou clandestina compreenderia justamente as mais diversas formas latentes de se manietar a atuação policial, as investigações, o processamento e até o julgamento e execução criminais.

A falsa pretensão do *full enforcement*, por um lado, livra os policiais com cargos de supervisão do encargo de pensar o direcionamento da força policial, como constataram Davis e Wilson (1975, p. 53) em trezentas entrevistas. Por outro lado, abre grande margem para o exercício de subjetividades por parte das chefias das polícias, mas de forma clandestina, como aponta Grosman (1975, p. 81).

6.3 Seletividade indireta ou por via transversa

Mesmo quando não de forma absolutamente clandestina, há formas não declaradas de seletividade. Com efeito, há atos ou medidas administrativas que têm o condão de influenciar decisivamente na perseguição penal.

Nesses termos, por exemplo, a criação de órgãos especializados, como delegacias, procuradorias ou promotorias e varas com atribuição e competência para determinadas infrações, transforma o perfil da perseguição penal. Da mesma forma, surtirão tal efeito os atos de lotação de pessoal e de estrutura em determinadas áreas, assim como a criação de forças-tarefa.

6.4 Seletividade declarada e regrada

Identificados os perigos da seletividade arbitrária e se constatado que ela já é praticada clandestinamente ou indiretamente na perseguição penal, é de se refletir sobre como admiti-la, mas de forma que sejam neutralizados seus efeitos nefastos.

Seletividade aqui passa a ser exclusivamente para o estabelecimento de prioridades. Em outras palavras, a escolha e eleição admitidas são para as infrações a serem perseguidas com prioridade, não deixando de sofrer perseguição as demais. Seria enorme hipocrisia, contudo, não reconhecer que o estabelecimento de uma infração como prioritária ou não pode decidir a sorte de sua perseguição, de modo que uma infração encarada como não prioritária pode não chegar a ser investigada.

A seletividade clandestina e indireta deve ser substituída por uma seletividade declarada, ou seja, transparentemente anunciada, de modo que as autoridades estabeleçam e anunciem abertamente políticas realistas de combate à criminalidade.

A pura e simples seletividade, compreendendo a possibilidade de escolha arbitrária de quais infrações seriam objeto de perseguição, ou seja, de um agente público escolher quem ou qual fato investigar, deve dar lugar a uma seletividade regrada, com a prevalência de critérios objetivos.

Isso pode parecer um paradoxo. É que, ao se regar tudo, não haveria mais espaço para a seletividade propriamente dita. Ocorre que, regrada ou não, estar-se-á a admitir determinada seletividade, o que o *full enforcement* repele.

A possibilidade da escolha de prioridades na perseguição penal vai dizer respeito ao tema da subjetividade nos atos dos agentes públicos. É preciso situar bem a questão. Primeiro, para identificar qual é a subjetividade ou autonomia pública já existente na perseguição penal. Segundo, para esclarecer que a proposta do presente artigo é a defesa de certa seletividade na perseguição penal, substanciada na previsão e regulamentação de uma possibilidade de escolha de prioridades, de modo a se minimizarem os efeitos nefastos dessa subjetividade já existente na perseguição penal.

Para André Saddy, as modalidades pelas quais a subjetividade ou autonomia pública administrativa se manifesta são a liberdade de conformação do legislativo e do governo, a discricionariedade administrativa em seu sentido técnico-jurídico, a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados e a apreciatividade:

[...] a discricionariedade administrativa é a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida por uma norma jurídica à Administração Pública para a adoção ou não da atuação, entre as opções oferecidas alternativa e/ou disjuntivamente, que melhor atenda aos interesses públicos.

[...]

As condutas vinculadas são aquelas em que o ordenamento jurídico (e também a legitimidade e a licitude) estabelece as condições de sua realização. Nelas, não possui o administrador nenhuma liberdade, sua atuação fica adstrita às condições estabelecidas pela norma, pela legitimidade ou pela licitude, que dará o contorno de validade do ato. Os interesses públicos vinculam a uma única opção existente, ou a uma única opção entre as existentes. Daí que se entenda que se está diante de um dever, jamais diante de um poder, pois estabelece uma imposição de conduta.

[...]

A apreciatividade é aquela margem de liberdade que a Administração dispõe para adotar uma eleição/decisão, normalmente rápida e rotineira, ante situações de fato que assim requeiram. São os casos em que as garantias procedimentais praticamente não existem, seja por estar diante de um caso de ação não deontológica ou pela imediatidade da atuação. A motivação formal prévia tampouco existe nessas hipóteses, ainda que se possa motivar ou justificar a atuação posteriormente (2014, p. 261 e 269-271).

Para analisar se há discricionariedade na persecução penal, é preciso ter em conta que

A discricionariedade decorre unicamente das normas jurídicas. Não é, portanto, ausência de norma, mas sim atribuição normativa. Resulta, assim, de uma atribuição voluntária do legislador e nunca de uma “fatalidade” das circunstâncias. No Estado de Direito, não pode haver discricionariedade sem autorização em lei (SADDY, 2014, p. 186).

Da análise perfunctória da legislação brasileira que rege a persecução penal, vê-se que, desde o dever de prender da autoridade e dos agentes policiais¹⁵, passando pela obrigatoriedade da ação penal pública¹⁶ e chegando ao julgamento no processo penal regido pelo princípio da legalidade estrita¹⁷, não se encontra autorização para a discricionariedade¹⁸.

Todavia, certa dose de subjetividade ou autonomia pública na persecução penal ainda se detecta. Diante da vagueza da legalidade estrita, que contém a singela determinação de perseguição de todas

15 Código de Processo Penal: “Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.”

16 O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública é extraído da análise sistemática do Título III do Código de Processo Penal. Note-se que o cerne do presente artigo é muito abordado sob a forma de crítica à obrigatoriedade da ação penal pública, afirmando-se que “países da Europa já fazem um critério de prioridade antes do início ação penal, ao contrário do Brasil, que quer fazer ao final do processo penal, na fase de execução penal”. (Obrigatoriedade da ação penal atrasa decisões relevantes. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-21/obrigatoriedade-acao-penal-furtos-atrasa-decisoes-crimes-graves>>. Acesso em: 22 out. 2015).

17 As jurisdições penal e civil contenciosa regem-se pela legalidade estrita, a *contrario sensu* do contido no Código de Processo Civil em relação à jurisdição voluntária: “Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigada a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna” [grifou-se].

18 Quanto à atividade do juiz no processo penal e no civil contencioso, com efeito, a lei não abre espaço para discricionariedade. Dworkin faz uma distinção entre discricionariedade forte e fraca, ao tratar da atividade judicial diante de casos difíceis (*hard cases*), em que a legislação não fornece uma resposta clara. Mesmo nesses casos, o juiz não teria uma discricionariedade “forte”, ou seja, não limitada por qualquer standard jurídico, pois o sistema jurídico conteria princípios, a orientarem a única resposta correta. De toda sorte, não estaria eliminada uma discricionariedade “fraca”, consistente na admissão, em determinados casos, de certo grau de discernimento na aplicação de algumas normas jurídicas (1989, p. 84-86). É importante frisar que mesmo essa discricionariedade “fraca” admitida por Dworkin (que talvez nem possa ser chamada de discricionariedade) seria nos casos difíceis (*hard cases*), em que a legislação não fornece uma resposta clara, como já dito. No caso hipotético de a lei prever claramente a resposta, o juiz, no processo penal e civil contencioso, não poderia se afastar da legalidade estrita para adotar uma decisão que entendesse mais conveniente e oportuna.

as infrações penais cometidas, há uma grande abertura para a apreciatividade. Exemplo dessa apreciatividade seria a iniciativa, bem ou mal-intencionada, de realizar diligências em um inquérito de um mendigo com moeda falsa ao invés de em outro de uma quadrilha de fraudadores do INSS; de denunciar crimes ambientais de comunidades tradicionais ao invés de crimes de redução a condição análoga à de escravo; de sentenciar vários processos de uso de carteira de trânsito falsa ao invés de um processo de desvio de milhões por um prefeito. O mesmo se diga em relação a cada pequeno ato de condução da investigação, podendo ser mais ou menos efetivo e comprometido com sua conclusão, além da gestão dos acervos de inquéritos policiais e processos do Ministério Público e judiciais.

Detectada essa apreciatividade operando na vagueza da legalidade estrita da persecução penal, a previsão e regulamentação de uma possibilidade de escolha de prioridades, como já dito, tem como escopo minimizar os efeitos nefastos dessa subjetividade, determinando parâmetros claros e uma margem definida de liberdade, ou seja, estabelecendo-se devidamente certa discricionariedade.

H. Richard Uviller (1984 apud SADDY, 2014, p. 160) trata das vantagens e desvantagens da discricionariedade:

Rigid rules tend to ossify individual responsibility and discourage individualistic thinking. Those who would shrink discretion obey the precept: "Treat likes alike." However, the overriding lesson of experience in our criminal justice operation is that every case is different. The major worry is that the people out there dealing with the problems will lose their appreciation of the differences between the cases and begin reacting to them as repetitive. There is nothing quite like a good set of rules cum guidelines to bring the common elements to the fore and obscure the differences [...]. The learned fact should be that crimes and criminals emerge from a rich variety of circumstances. Separately and in combination, the variants can never be fully anticipated or assessed; yet they are often critical to forming the just response. So, to the widest extent practicable, I favor discretion.

O regramento total da possibilidade de escolha de prioridades traria consequências indesejáveis, em termos de tratar igualmente situações desiguais, ou seja, alcançando-se uma isonomia formal

mas não substancial. Novamente, a busca seria pelo ponto ótimo, como afirma Saddy (2014, p. 162):

O desafio da sociedade moderna é encontrar o equilíbrio justo entre a necessária discricionariedade e o império do Direito. Um excesso de discricionariedade leva a uma reação legalista e à inversa; um excesso de normas-regra provoca, ao final, um incremento da discricionariedade. É esse o cisma da humanidade, qualquer excesso que se converte em irrazoável e contraproducente provoca uma demanda de mudança com objeto de restabelecer o equilíbrio.

Em verdade, ao final, tudo converge para o meio, já que a discricionariedade é vinculada pelos limites da legalidade, legitimidade e licitude, assim como no dever vinculado "haverá sempre uma mínima escala de discricionariedade, primeiro, do legislador que formulou a norma vinculada, segundo, do agente público que vai praticá-la, pois é fisicamente impossível determinar, por exemplo, o exato momento, local e modo de fazer" (SADDY, 2014, p. 164).

Assim, a seletividade aqui sustentada é regrada, no sentido de vinculada a regras gerais e abstratas de prioridades. Essas regras – consubstanciadas em normas primárias do Legislativo, na sua liberdade de conformação, ou em normas infralegais (do CNJ ou CNMP, por exemplo) – determinam o grau de discricionariedade dos agentes da persecução penal que deverá existir, quer pela impossibilidade de se regerem todos os casos prioritários, quer pela margem de subjetividade na aplicação das regras.

6.4.1 Regras

As regras para o estabelecimento de prioridades na persecução são comandos gerais e abstratos voltados a reduzir a subjetividade na seletividade. Reduzir, porque eliminá-la totalmente é impossível. Além de reduzir a subjetividade, a presença de regras tem o condão de barrar a arbitrariedade:

Afinal de contas, a vagueza permite e encoraja a arbitrariedade (Papachristou v. City of Jacksonville, 405 U.S. 156 (1972)). A existência dessas regras é uma ferramenta importante para o controle da discricionariedade. Em *Defense Fund, Inc. V. Ruckelshaus* 439

F.2d 584 (D.C.Cir 1971) o Tribunal sustenta que: “he has an obligation to articulate the criteria that he develops in making each individual decision” e que “the task of formulating standards must not be abandoned now. [...] Courts should require administrative officers to articulate the standards and principles that govern their discretionary decisions in as much detail as possible. Rules and regulations should be freely formulated by administrators, and revised when necessary”. Em outras palavras se chama “police rulemaking” (SADDY, 2014, p. 358).

Regras já existem versando, por exemplo, sobre a viabilidade e interesse de agir das investigações. Investigações inviáveis ou de viabilidade mínima devem ser arquivadas. Um grande instrumento para ceifar investigações carentes de interesse de agir seria a prescrição virtual ou em perspectiva, ainda não admitida pelo Supremo Tribunal Federal (PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. Inexiste norma legal que, interpretada e aplicada, viabilize assentar a prescrição da pretensão punitiva considerada possível sentença condenatória. Inq-AgR 3574, Marco Aurélio, STF, 2.6.2015). Afora os casos de arquivamento, devem ser eleitas prioritárias as investigações com fatos e provas mais consistentes.

Outro critério é a gravidade dos fatos criminosos. O mais intuitivo aqui é dar prioridade às investigações de fatos envolvendo violência, maior quantidade de vítimas, crimes hediondos etc. Entretanto, merece especial atenção o combate à corrupção e aos crimes de colarinho branco, nos quais a prioridade deve ser daqueles envolvendo os maiores valores. Em um país extremamente desigual, impõem-se como prioritários os crimes que envolvem corrupção, que operam como fatores concentradores de renda. Isso se coaduna com o objetivo fundamental da redução das desigualdades, previsto no art. 3º, inc. III, da Constituição da República.

Mais uma menção, nessa lista exemplificativa, é a da prioridade para processos mais antigos. Trata-se de critério assaz contra-producente, uma vez que os processos antigos, menos importantes, acabam por obstaculizar os novos, mais importantes. Todavia, essa tem sido uma preocupação recorrente, como se vê na Meta 2 da Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública (ENASP),

do Conselho Nacional do Ministério Público, que objetiva concluir os inquéritos sobre homicídios instaurados até dezembro de 2008, assim como a Meta 2 do Conselho Nacional de Justiça, pretendendo o julgamento, até 31.12.2013, de pelo menos 80% dos processos distribuídos em 2008 no STJ; 70%, em 2010 e 2011, na Justiça Militar da União; 50%, em 2008, na Justiça Federal; 50%, em 2010, nos Juizados Especiais Federais e Turmas Recursais Federais; 80%, em 2009, na Justiça do Trabalho; 90%, em 2010, na Justiça Eleitoral; 90%, em 2011, na Justiça Militar dos Estados; e 90%, em 2008, nas Turmas Recursais Estaduais e no 2º grau da Justiça Estadual.

6.4.2 *Transparência*

A cultura da informação tem como origem a experiência sueca de mais de duzentos anos, tendo realmente se desenvolvido no Direito Internacional nos últimos dez anos, generalizando-se por todas as regiões do mundo (MENDEL, 2009, p. 12).

Nos termos da Resolução n. 59(1) da Assembleia Geral da ONU, aprovada em 1946, durante sua primeira sessão, “A liberdade de informação constitui um direito humano fundamental e [...] a pedra de toque de todas as liberdades a que se dedica a ONU”.

A Resolução n. 217-A da Assembleia Geral da ONU – Declaração Universal dos Direitos Humanos –, aprovada em 1948, afirma, em seu art. 19: “Todos têm o direito a liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de expressar opiniões sem interferência e de buscar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e sem limitações de fronteiras”.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto n. 592/1992, prevê, em seu art. 19, que:

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha.

3. O exercício do direito previsto no § 2º do presente artigo implicará deveres e responsabilidades especiais.

Consequentemente, poderá estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para: a) assegurar o respeito dos direitos e a reputação das demais pessoas; b) proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica –, promulgada por meio do Decreto n. 678/1992, em seu art. 13(1) reproduz o art. 19(2) supramencionado.

Em decisão tomada em 19 de setembro de 2006, considerou a Corte Interamericana de Direitos Humanos:

[...] a Corte considera que o Artigo 13 da Convenção, ao garantir expressamente os direitos de “buscar” e “receber” “informações”, protege o direito de toda pessoa de solicitar acesso à informação sob o controle do Estado, com as exceções reconhecidas segundo o regime de restrições da Convenção. Consequentemente, o referido artigo abrange o direito dos indivíduos de receber as referidas informações e a obrigação positiva do Estado de fornecê-las de modo que a pessoa possa acessar a fim de conhecê-las ou receber uma resposta motivada quando, por razão reconhecida pela Convenção, o Estado possa limitar o acesso a ela neste caso em particular. As informações devem ser fornecidas sem necessidade de se provar interesse direto ou envolvimento pessoal a fim de obtê-las, exceto nos casos em que uma restrição legítima se aplique¹⁹.

O quadro legislativo pátrio já havia tutelado a cultura da informação de forma esparsa. A Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/1985 – previu o direito à informação. A Lei n. 8.159/1991 instituiu a Política Nacional de Arquivos Públicos e Privados, assegurando a todos o acesso pleno a qualquer documento público, mas sem disciplinar tal acesso. A Lei n. 9.051/1995 tratou da expedição

¹⁹ Claude Reyes and Others v. Chile, 19 de setembro de 2006, Série C, n. 151, § 77. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_ing.doc>. Acesso em: 19 jun. 2012.

de certidões para a defesa de direitos e esclarecimentos de situações, com prazos, mas sem especificar o teor de tais documentos. O Decreto n. 2.134/1997, já revogado, criava Comissões Permanentes de Acesso. A Lei n. 9.507/1997 normatizou o *habeas data*, regulamentando o direito de acesso à informação constante de registro ou banco de dados de caráter público. O Decreto n. 2.910/1998 dispôs sobre normas para a salvaguarda de documentos de natureza sigilosa. O Decreto n. 2.942/1999, já revogado, dispunha sobre arquivos de caráter privado. O Decreto n. 4.073/2002 criou o Sistema Nacional de Arquivos. E o Decreto n. 4.553/2002 criou o conceito de sigilo eterno, permitindo a renovação indefinida do prazo máximo de cinquenta anos para a não divulgação de determinados documentos (BARROS, 2004, p. 75-77).

É sob esses auspícios que, finalmente, foi gerada a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, batizada de Lei de Acesso à Informação, advinda de debates na Controladoria-Geral da União e no Conselho da Transparência Pública e Combate à Corrupção, tendo o acesso à informação pública como maior instrumento de exercício da cidadania e combate à corrupção. A nova lei trata de informações públicas em geral, em especial sobre gestão, programas, projetos, metas, indicadores, despesas, contratos, licitações e prestações de contas.

No tocante à definição das informações sigilosas, excluem-se do acesso as informações assim devidamente classificadas, que são as pessoais e as referentes à segurança da sociedade e do Estado. Nos termos da lei e do seu regulamento, informação pessoal é aquela relacionada à pessoa natural identificada ou identificável (art. 4º, IV) e relativa à intimidade, vida privada, honra e imagem (art. 3º, V, Decreto n. 7.724/2012).

Já quanto aos meios de obtenção e disponibilização das informações, adotou-se o sistema da Suécia, México e Estados Unidos, em que a justificativa é necessária para a negativa de fornecimento da informação e não para o requerimento de acesso a esta (FIGUEIREDO, 2011, p. 140).

Esse escorço serve para demonstrar que a adoção pelo País da cultura da informação tem o condão de lançar luz sobre todos os

aspectos do Estado. Assim, não poderia ser diferente em relação à perseguição penal.

Seria extremamente alienante falar de transparência sem mencionar a realidade mundial atual. Apesar de nos encontrarmos na era da informação, nunca se manteve tanta informação sob sigilo. Segundo Julian Assange, o perseguido fundador do sítio *WikiLeaks*, o ocidente experimenta um regime de censura privatizada. Pelos casos de simples apagamento de dados e notícias na Internet, vê-se que quem controla o presente, controla o passado. Quem controla os serviços da Internet, controla o registro intelectual de toda a espécie humana²⁰. Não obstante, base jurídica existe para o combate a esse obscurantismo de informações, em especial no tocante ao tema do presente artigo, ao obscurantismo do funcionamento dos órgãos de perseguição.

Transparência tem conexão com a ideia de *accountability*, que compreende a assunção de responsabilidades e prestação de contas. A transparência na perseguição penal, especificamente no anúncio das prioridades estabelecidas, alimenta a cadeia de *accountability* dos órgãos envolvidos.

Em termos práticos, o Ministério Público, ao exercer sua função de controle externo da atividade policial, especificamente, por exemplo, em relação ao andamento de um inquérito policial ou dos inquéritos em geral de uma delegacia, melhor realizará sua análise diante de prioridades anunciadas. O mesmo valerá para o controle sobre a devida celeridade das investigações do Ministério Público e dos processos judiciais, a ser exercida pelos conselhos nacionais (Conselho Nacional do Ministério Público e Conselho Nacional de Justiça). Tudo sem prejuízo, sempre, do controle social.

Para a proposição de algo concreto e prático no presente artigo, vislumbra-se que a publicidade do estabelecimento das investigações, inquéritos, procedimentos ou processos prioritários

²⁰ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=eMif5YxXRqY&feature=player_embedded>. Acesso em: 17 set. 2015.

deva se dar por meio de uma portaria ou qualquer ato análogo, a ser divulgada pelos canais tradicionais e, mormente, pela Internet.

7 Conclusão

Uma fórmula intermediária para uma perseguição penal eficiente, mas também republicana, é a admissão de uma seletividade declarada e regrada, de forma transparente, de modo a permitir controle estatal e social. O controle opera de forma a verificar se, com os meios disponíveis, os crimes mais viáveis e graves estão sendo perseguidos com prioridade.

Aqui se vê que a seletividade declarada e regrada é, naturalmente, para fins de estabelecimento de prioridades. Ao fim e ao cabo, nenhum agente público estará, declaradamente e de acordo com as regras, elegendo as infrações que perseguirá e as que não perseguirá. Em verdade, estará, novamente, frise-se, de forma declarada e regrada, estabelecendo as infrações que serão o objeto prioritário da perseguição, sem necessariamente isso significar que as demais não serão perseguidas.

As regras, com critérios objetivos, eliminam os extremos de subjetividade, posicionando as decisões dentro de padrões mais gerais, mais republicanos. A declaração da seletividade aplicada, ou seja, das infrações estabelecidas como prioritárias, permitirá o controle, o questionamento e a eventual revisão.

Os temas e argumentos do presente artigo podem parecer perfunctórios, mas almejam basicamente dois objetivos de grande relevância: a eficiência e o controle da perseguição penal sob outras perspectivas.

A eficiência, além de princípio constitucional da Administração Pública, impõe-se como a maior preocupação no combate à criminalidade em um país extremamente desigual. Diante do número ínfimo de crimes investigados e solucionados no Brasil, além da perseguição estar voltada aos crimes menores e às minorias – sendo certo que uma coisa corrobora e se correlaciona com a outra – urge rever o direcionamento das escassas forças do Estado, sob o prisma da eficiência, principalmente para o combate à corrupção.

Já quanto ao controle, o que se propõe aqui abre um novo flanco para o controle dos órgãos da persecução. A correição, fiscalização e controle sobre uma delegacia, uma procuradoria, uma promotoria ou uma vara judicial, em relação a uma investigação ou a um processo que não *anda*, pode se dar com base nas prioridades anunciadas, até para se constatar, eventualmente, a ausência de qualquer prioridade, planejamento e estratégia desses órgãos da persecução penal brasileira.

Referências

BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. A proteção legal do acesso a informações sobre atividades causadoras de impactos ambientais. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, a. 3, n. 10, p. 73-84, jan./mar. 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

DAVIS, Kenneth Culp; WILSON, John P. *Police discretion*. St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1975.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

FIGUEIREDO, Leandro Mitidieri. Cultura da informação e improbidade: privacidade mitigada do agente público. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, a. 10, n. 36, p. 135-160, edição especial 2011.

GROSMAN, Brian A. *Police command: decisions and discretion*. Canada: Macmillan Company of Canada Limited, 1975.

HARCOURT, Bernard E; LUDWIG, Jens. Broken windows: new evidence from New York City & a five-city social experiment. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 93, University of Chicago Law School, jun. 2005. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=743284>. Acesso em: 17 set. 2015.

KELLING, George; COLES, Catherine M. *Fixing broken windows: restoring order and reducing crime in our communities*. USA: Simon & Schuster, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDEL, Toby. *Liberdade de informação: um estudo de direito comparado*. 2. ed. Brasília: Unesco, 2009.

SADDY, André. *Apreciatividade e discricioniedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito dos oprimidos*. Sociologia crítica do direito. v. 1. Coimbra: Almedina, 2014.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres – a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução de Eliana Aguiar. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Revan, ICC, 2003.

WILSON, James Q.; KELLING, George. Broken windows – the police and neighborhood safety. *The Atlantic*, mar. 1982. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/>>. Acesso em: 17 set. 2015.

Prosecutorial discretion: o anacronismo do mito da obrigatoriedade da ação penal

Túlio Fávaro Beggato

Procurador da República. Ex-procurador do Estado. Professor de Direito Internacional e Direitos Humanos na Universidade Católica Dom Bosco (UCDB). Pós-graduando em Direito.

Resumo: O atual cenário de corrupção e de deficiência na gestão de serviços públicos exige uma atuação mais racional e efetiva do Ministério Público. No referido contexto, acentua-se a necessidade de se superar o dogma da obrigatoriedade da ação penal. O diagnóstico do modelo atual, bem como o prognóstico relativo à aplicação de um novo parâmetro interpretativo, tendo em vista a desnecessidade de alteração legislativa, demonstra que o interesse público, também sob o enfoque do garantismo penal, aponta para a discricionariedade no oferecimento da ação penal como a melhor solução para o sistema brasileiro, como já tem sido feito no Direito Comparado.

Palavras-chave: Efetividade. Racionalidade. Ministério Público. Obrigatoriedade da ação penal. Superação. Interesse público. Garantismo penal. Discricionariedade.

Abstract: The current scenario of corruption and deficient public services management requires a more rational and effective performance of the Public Prosecution Service. In that context, stresses the need to overcome the dogma of mandatory prosecution. Not only the diagnosis of the current model, but also the prognosis on the application of a new interpretive parameter, independent of legislative change, show that the public interest, also from the standpoint of criminal guaranteeism, points to prosecutorial discretion as the best solution for the Brazilian system, as has been done in comparative law.

Keywords: Effectiveness. Rationality. Public Prosecution Service. Mandatory prosecution. Overcoming. Public interest. Criminal guaranteeism. Discretion.

Sumário: 1 Introdução. 2 Breve diagnóstico sobre a obrigatoriedade da ação penal no Brasil. 3 A eficiência e o estabelecimento de prioridades. 4 A obrigatoriedade da ação penal como princípio. 5 A ausência de norma positivada que obrigue o exercício da ação penal em todos os casos. 6 O sistema acusatório e a discricionariedade na persecução penal. 7 As *mitigações* da obrigatoriedade da ação penal no modelo atual. 8 A procedimentalização da discricionariedade na persecução penal. 9 Reflexos da discricionariedade da ação penal. 10 Conclusão.

1 Introdução

O século XXI, para o Brasil, tem sido um período conturbado por escândalos de corrupção, impunidade e insuficiência de serviços públicos essenciais, a exemplo da saúde, da educação e da segurança pública. Nesse contexto, o Poder Público tem sido instado a combater a corrupção e a recrudescer a sua performance de gestão com o objetivo de atender ao interesse público. O Ministério Público, por seu turno, também deve buscar meios de aperfeiçoar a sua atuação, máxime diante da sua fisionomia constitucional, que lhe atribui a qualidade de fiscal do ordenamento (*custos iuris*), de protetor dos direitos humanos (*ombudsman*), de órgão de controle sobre políticas públicas e serviços públicos essenciais, além da condição de titular da ação penal pública (*dominus litis*), com o conseqüente protagonismo na condução ou na supervisão da investigação criminal.

É certo que o incremento da eficiência e da efetividade na atuação ministerial gera melhores resultados na prestação de serviços públicos e também no combate à corrupção e à impunidade, o que repercute diretamente na concretização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A partir dessa lógica, pensada sob o viés do garantismo penal e do sistema acusatório, é que se evidencia a necessidade de se rever, de maneira técnica e científica, a ideia da obrigatoriedade da ação penal. A necessidade de superá-la também decorre do fato de que a sua aplicação açodada e irracional é tão problemática quanto a sua não aplicação, quando maquiada por institutos jurídicos diversos, conforme se exporá.

Diante de tais premissas, este artigo se propõe a analisar o fundamento normativo da obrigatoriedade da ação penal, bem como

a possibilidade de melhoria nos resultados da persecução penal, inclusive com a correção de distorções que decorrem do modelo atual. Em outras palavras, busca-se perquirir a viabilidade normativa de uma nova interpretação do sistema atual, pautada na proteção dos direitos humanos/fundamentais do investigado e na maior eficiência da atuação ministerial em favor da sociedade.

2 Breve diagnóstico sobre a obrigatoriedade da ação penal no Brasil

A obrigatoriedade da ação penal no Brasil tem gerado o sobrecarregamento de órgãos estatais, a exemplo do Ministério Público, com demandas fadadas ao insucesso ou relativas a delitos de baixíssima gravidade. De outro lado, diante do gigantesco volume de feitos, casos de elevada complexidade e alto grau de estruturação, como aqueles relacionados à corrupção e ao desvio de verbas públicas, com sérias repercussões sociais, são tratados, como regra, da mesma maneira que os demais.

As reiteradas ações penais oferecidas, mesmo diante da baixa probabilidade de procedência dos pedidos (seja pelo entendimento jurisprudencial consolidado ou pela qualidade dos elementos de prova), têm gerado exorbitante desperdício de recursos materiais e humanos do Ministério Público, do Poder Judiciário e até mesmo da Polícia, em detrimento de causas mais sensíveis e relevantes para a sociedade.

No mesmo sentido, segue a constatação de Vladimir Aras:

Na hora de decidir o que fazer com uma investigação criminal concluída a contento, promotores de Justiça e procuradores da República dizem aleluia! E logo são premiados pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal, que se baseia na *utopia totalitária* de que nenhum crime deve permanecer impune (*nec delicta maneat impunita*). Tolerância zero. Aqui sempre foi assim. Está na lei de 1942. Mas em grande parte do mundo *juridicamente civilizado* já se adotam à larga critérios de oportunidade da ação penal, no que se chama em língua inglesa de *prosecutorial discretion*, a nossa discricionariedade regrada. Trata-se da faculdade concedida ao Ministério Público de deixar de perseguir certas infrações, especialmente as de pequeno e médio potencial ofensivo, quando faltantes certas condições objetivas ou quando pre-

sentos certos requisitos previamente estabelecidos em lei. Critérios bem definidos e adequadamente implantados de *prosecutorial discretion* ajudariam a eliminar causas criminais desnecessárias ou fadadas ao insucesso e a economizar recursos humanos e materiais do Estado. Tais ativos poderiam ser empregados para a persecução de crimes realmente graves. Costumo dizer que quem é garantista e favorável ao *princípio da intervenção mínima* é necessariamente um apoiador da adoção de critérios de discricionariedade para reger a *decisão do Ministério Público de acusar ou não acusar*¹.

O excerto acima bem descreve a atual problemática do sistema criminal brasileiro e a necessidade de se eliminarem feitos criminais inúteis ou fadados ao insucesso, o que, ademais, também atende ao princípio da intervenção mínima. Isso porque a obrigatoriedade da ação penal redundante, em diversos casos, na exigência de que o investigado responda, de maneira desnecessária, a processo penal, o que viola o princípio da intervenção mínima, uma vez que, como sabido, o processo penal, de *per se*, já é uma punição (*the process is the punishment*) diante de todos os estigmas, gastos e desgastes que lhe são inerentes (MORENO, 2014).

Além de tudo, o exercício obrigatório da ação penal com a banalização de demandas judiciais repercute em construções judiciais que, no afã de suprir a desproporcionalidade da pena em alguns casos, criam condicionantes inexistentes em lei para a condenação, aumentam parâmetros de insignificância, exigem dolo específico sem previsão legal ou a comprovação de dano em crimes formais e de mera conduta. Essa jurisprudência criada em casos banais, ao ser indevidamente reproduzida, assegura absolvições em casos graves e importantes. Trata-se de um fenômeno pernicioso ao interesse público, que viola o princípio da vedação da proteção deficiente aos bens juridicamente tutelados, ao arrepio da própria ideia de garantismo penal integral (FISCHER, 2009).

¹ BLOG DO VLAD. “Um breve diagnóstico do sistema criminal”. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2015/01/09/um-breve-diagnostico-do-sistema-criminal/>>. Acesso em: 5 set. 2015.

De outra parte, como forma de contornar a obrigatoriedade, ao se depararem com casos notadamente irrelevantes ou que não ultrapassam uma relação de custo-benefício para a intervenção penal, alguns membros do Ministério Público não ajuízam a ação penal pública sob diversas justificativas, a exemplo da *ausência de justa causa*, da *prova não suficiente*, do *dolo não caracterizado* ou do *princípio da insignificância*, que cada vez é mais alargado para abranger diversas hipóteses (exemplo atual é o arquivamento do crime de descaminho quando a reiteração da conduta não totaliza o patamar mínimo de R\$ 10.000,00 ou de R\$ 20.000,00).

O grande problema desse tipo de postura é que ela ocorre de maneira desordenada e até voluntarista, fazendo com que a inexistência de regulamentação sobre essa discricionariedade mascarada, bem como a ausência de critérios transparentes e minimamente uniformes para o seu exercício, repercute em diferença de tratamento entre investigados. Ao invés do arquivamento dos elementos de prova (inquérito policial ou procedimento investigatório criminal) sob fundamentos mascarados, é mais adequado que ele ocorra pelos fundamentos corretos (e que, de fato, ocorra), de maneira que a persecução e a punição sejam concentradas nos casos em que haja real necessidade e probabilidade de procedência nos pedidos das respectivas ações penais.

Em suma, a obrigatoriedade da ação penal não se mostra adequada, nem sob o prisma da coletividade, nem sob o ângulo do investigado. E é em razão disso que o arquivamento da investigação em determinados casos, diante dos corretos fundamentos, além de estabelecer maior eficiência na persecução penal, pode evitar para o réu o desgaste de um processo penal desnecessário, com todas as mazelas que lhe são inerentes.

3 A eficiência e o estabelecimento de prioridades

O Poder Constituinte Reformador, com as alterações advindas da Emenda Constitucional n. 19/1998, entre elas a inserção formal do princípio da eficiência, demonstrou a necessidade de efetivar de

maneira célere as finalidades públicas – em uma lógica de resultados – sem deixar de lado a importância de certas formalidades². Esse novo paradigma decorre da superação do modelo burocrático de gestão, que enfatiza os aspectos formais em detrimento dos resultados.

Notadamente, o aperfeiçoamento institucional de boas práticas, com a exclusão de formalidades desnecessárias, objetiva a consecução de resultados em evidente prestígio à eficiência. Ocorre que a melhoria na gestão tem limite no quantitativo de pessoal (e da respectiva profissionalização), de estrutura e de orçamento, o que impõe a necessidade de se estabelecerem prioridades para avançar.

A necessidade de escolhas decorre da constatação de que, diante da limitação de recursos materiais e humanos, é impossível realizar, de maneira adequada, a integralidade do espectro de atribuições de determinado órgão público. Em razão disso, mostra-se mais razoável atribuir prioridade à realização dos objetivos de maior relevância. Os demais objetivos são descartados de plano ou são deixados para o momento oportuno em caso de surgir viabilidade material ou humana. Tais escolhas devem ser feitas, sob pena de não ser possível concretizar, de maneira minimamente adequada, as finalidades primordiais/imprescindíveis de dado órgão.

Tal expediente já é utilizado pelo Poder Executivo. Tem-se como exemplo a sua atuação fiscal, em que são estabelecidas prioridades de fiscalização. Cuida-se de elencar um rol de importância diante de resultados e critérios conquistados anteriormente. A partir disso, dá-se prioridade a algumas modalidades de fiscalização (e a determinados setores), em detrimento de outras. Em alguns casos, persiste o interesse fiscalizatório, mas desde que as fiscalizações de maior importância se realizem anteriormente. Em outros, a atuação é descartada de plano com substrato na evidente inexistência de custo-benefício. As execuções fiscais obedecem a lógica análoga, entretanto, têm as suas prioridades estipuladas em paradigmas relacionados ao valor da dívida ativa (ausência de prioridade para valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00; interesse inter-

² Trata-se da denominada *Administração de Resultados* (OLIVEIRA, R., 2014).

mediário em montante superior a R\$ 1.000,00 e inferior ou igual a R\$ 10.000,00; e prioridade para montante superior a R\$ 10.000,00).

Evidentemente, também subsiste a necessidade de se estabelecerem prioridades na atuação do Ministério Público como maneira de aperfeiçoar a eficiência no que tange à sua atividade-fim. Tal postura também implica reconhecer a desnecessidade de atuação em casos de baixa ou baixíssima relevância. Nesse ponto, é importante destacar que, em se tratando da tutela coletiva, a referida necessidade já foi sinalizada pela doutrina:

Parece-nos incompatível com as peculiaridades da tutela coletiva, equivocada e anacrônica a aplicação do princípio da obrigatoriedade à atuação do Ministério Público Federal como agente em tutela coletiva. Mais, entendemos que ela prejudica sobremaneira a eficiência e a efetividade da atuação institucional em favor da sociedade, bem como o adequado enfrentamento dos enormes desafios que se apresentam à Instituição neste século, ao ocupar os Procuradores da República com causas de pouca relevância (GAVRONSKI; MENDONÇA, 2015, p. 738).

É interessante destacar que, ontologicamente, não há diferença entre a atuação coletiva (direitos difusos e coletivos em sentido estrito) e a atuação criminal do Ministério Público para efeitos do estabelecimento de prioridades. Em ambos os casos, o direito material é indisponível (do mesmo modo como ocorre com os valores devidos à Fazenda Pública), o que não se confunde, por certo, com a obrigatoriedade do exercício da respectiva ação judicial (ou seja, com a atuação processual). Em outros termos, a indisponibilidade do direito material não deve ensejar confusão entre o direito material e o direito processual.

Tendo isso em conta, recentemente reunidos, membros do Ministério Público Federal posicionaram-se a favor do estabelecimento de prioridades em sua atividade criminal. Segue, nesse sentido, excerto da Carta de Angra dos Reis³, elaborada na ocasião:

³ Documento elaborado por membros do Ministério Público Federal, reunidos no Município de Angra dos Reis-RJ, no XXXI Encontro Nacional dos Procura-

O efetivo combate à corrupção e à criminalidade organizada e a eficiência e efetividade da persecução criminal, no século XXI, exigem a flexibilização crescente do princípio da obrigatoriedade da ação penal. A adoção do princípio da oportunidade regrada (*prosecutorial discretion*), mediante definição de prioridades na persecução criminal, a partir de diretrizes construídas prévia e coletivamente, inclusive ouvidos os demais corpos atuantes na segurança pública, cabe ao Ministério Público, titular da ação penal, e seu exercício deve se dar mediante decisões fundamentadas, com recurso da vítima para os órgãos legalmente investidos de atribuição revisora.

Notadamente, o aperfeiçoamento da atividade ministerial exige o estabelecimento de prioridades, o que também se insere no contexto da atuação criminal. Exsurge daí a necessidade de analisar a natureza jurídica e o fundamento normativo da obrigatoriedade da ação penal, bem como de perquirir se eventual alteração do modelo vigente é de *lege lata* ou de *lege ferenda*.

4 A obrigatoriedade da ação penal como princípio

Antes, porém, da análise do substrato normativo do denominado princípio da obrigatoriedade da ação penal, faz-se mister que seja evidenciada a sua natureza jurídica. O primeiro ponto a ser elucidado diz respeito à nomenclatura do referido *mandamento*, qual seja: *princípio da obrigatoriedade da ação penal*. Registre-se que o mencionado *princípio* é corriqueiramente repetido pela doutrina processualista brasileira.

Entretanto, é oportuno rememorar, segundo a doutrina especializada, quais as características e elementos que qualificam determinada norma como inserida na categoria jurídica de princípio:

Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias

dores da República, ocorrido entre os dias 28 de outubro e 2 de novembro de 2014, em torno do tema central *O crime organizado e suas engrenagens*. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/images/anpr_em_acao/2014/novembro/carta%20de%20angra%20dos%20reis_xxxi%20enpr.pdf>. Acesso em: 6 set. 2015.

de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (*Zagrebelsky*), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou *standards* que, em primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas) (CANOTILHO, 2003, p. 1161).

Observa-se, a partir do excerto acima, que para a prevalência de um princípio (para que ele seja impositivo), deve subsistir o preenchimento de determinadas condicionantes fáticas e jurídicas. Por seu turno, uma regra é sempre impositiva (em uma lógica de tudo ou nada), sendo certo que não há que se falar em ponderação de valores e interesses. Assim, quando uma norma jurídica torna determinada conduta obrigatória, sem que haja a necessidade de preencher condicionantes ou de realizar qualquer ponderação (bastando, portanto, mera subsunção), ela deve ser caracterizada como regra.

Nessa esteira, entende-se como obrigatoriedade a característica daquilo que é imposto e que não se pode dispensar⁴. Notadamente, o sentido de obrigatoriedade traduz algo que não pode deixar de ser feito, ou seja, uma vinculação sem qualquer análise de condicionantes ou ponderações.

É oportuno destacar que a interpretação sobre a existência de um ilícito penal ou sobre o preenchimento das condições da ação como condicionantes para o exercício da ação penal, na intenção de qualificar a sua obrigatoriedade como um princípio, não se mostra correta. Neste caso não existe qualquer ponderação entre valores a ser realizada, mas tão somente subsunção do fato à norma.

Desse modo, a denominação *princípio da obrigatoriedade da ação penal* – nos moldes em que é interpretada atualmente (como regra e não como princípio) –, em verdade, repercute em *contradictio in adjecto* (pois, sendo princípio, não pode ser sempre de incidência obrigatória).

De outro lado, a noção de que a ação penal pública somente pode ser ajuizada após o preenchimento de condicionantes de fato e de direito (entre elas o enquadramento em prioridades previamente estipuladas) e a realização do juízo de ponderação (*verbi gratia*, sobre a gravidade do crime praticado ou sobre a probabilidade de sucesso da ação penal) coaduna-se com a ideia de *princípio*.

5 A ausência de norma positivada que obrigue o exercício da ação penal em todos os casos

Logo de início, é importante sublinhar que a doutrina entende que o *princípio da obrigatoriedade da ação penal*, também denominado de *princípio da legalidade*, é extraído de um dispositivo legal. Trata-se do art. 24 do Código de Processo Penal⁵, especificamente no trecho “nos crimes de ação penal pública, esta será promovida

⁴ Compreensão extraída de pesquisa realizada no *Dicionário Online de Português*. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/obrigatoriedade/>>. Acesso em: 6 set. 2015.

⁵ “Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro

por denúncia do Ministério Público”. Em síntese, o termo *será* é o que subsidia o dogma de que a ação penal pública é obrigatória, conforme se depreende do excerto doutrinário a seguir transcrito:

No que toca à obrigatoriedade, o próprio art. 24, sob comentário, diz que, nos crimes de ação penal pública, esta será iniciada por denúncia do Ministério Público. A forma imperativa “será iniciada” demonstra, de logo, sua obrigatoriedade ou legalidade (TOURINHO FILHO, 2007, p. 114).

Na mesma linha de intelecção, a doutrina defende que a norma contida no referido dispositivo retira a possibilidade de juízo de valor pelo Ministério Público sobre a conveniência e a oportunidade no exercício da ação penal pública. Segue um exemplo dessa posição doutrinária:

Do dever estatal da persecução penal resulta, como regra, que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, se diante de fato que, a seu juízo, configure um ilícito penal. Daí a regra básica da ação penal pública incondicionada, qual seja, o denominado princípio da obrigatoriedade. Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao *parquet* qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribuiu a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou da oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal. A obrigatoriedade da ação penal, portanto, diz respeito à vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento acerca dos fatos investigados, ou seja, significa apenas ausência de discricionariedade quanto à conveniência e oportunidade da propositura da ação penal (OLIVEIRA, E., 2014, p. 126).

Nota-se, assim, que, para a doutrina pátria, diante da presença do crime e das condições da ação, o órgão do Ministério Público é obrigado a oferecer a denúncia (caso entenda que houve, de fato, o crime e que estão presentes as condições da ação).

da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.”

O referido entendimento, contudo, não pode e não deve prevalecer. É que o multicitado dispositivo legal não traz em sua redação a obrigatoriedade da ação penal. Ele demonstra, apenas, a legitimidade processual (do Ministério Público), bem como o instrumento processual (a denúncia) a ser utilizado em crimes de ação penal pública. Em outros termos, o Código de Processo Penal, em atenção ao sistema acusatório, reconheceu ao órgão de acusação a exclusividade na iniciativa da ação penal pública, o que não é o mesmo que determinar a sua obrigatoriedade.

A exposição de motivos do Código de Processo Penal, ao cuidar da ação penal, reforça tal entendimento, conforme se depreende da transcrição abaixo:

O projeto atende ao princípio *ne procedat iudex ex officio*, que, ditado pela evolução do direito judiciário penal e já consagrado pelo novo Código Penal, reclama a completa separação entre o juiz e o órgão da acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal.

Notadamente, não é possível extrair do multicitado art. 24 (nem mesmo pelo método gramatical de interpretação) que em todo crime de ação penal pública o Ministério Público está obrigado a oferecer a denúncia. Lado outro, também não há que se falar que a obrigatoriedade da ação penal é extraída a partir da interpretação conjunta (método sistemático de interpretação) do art. 24 com outros dispositivos do referido diploma legal, a exemplo do seu art. 28. Novamente, faz-se mister a transcrição de trecho da exposição de motivos do mencionado diploma legal, especificamente sobre a ação penal:

Para dirimir dúvidas que costumam surgir no caso de recusa do promotor da justiça em oferecer denúncia, adotou o projeto a seguinte norma: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao Procurador-Geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para ofe-

recê-la ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

Verifica-se que a mencionada exposição de motivos evidencia a possibilidade de recusa do Ministério Público em oferecer a denúncia, inclusive com a palavra final sobre a questão, em homenagem ao sistema acusatório. Notadamente, não há que se depreender daí que apenas o órgão superior do Ministério Público possa realizar juízo de valor sobre o oferecimento da ação penal. Pelo contrário: o órgão superior pode fazer o referido juízo de valor em sede de revisão do juízo de valor realizado pelo órgão de execução, exatamente como ocorre com uma decisão judicial e a possibilidade de sua revisão pelo órgão superior (um tribunal nesse caso).

Das normas positivadas, portanto, extrai-se que não existe obrigatoriedade no oferecimento da ação penal, mas obrigatoriedade de fundamentação na decisão de arquivamento do Ministério Público para o respectivo controle. Tal sistemática, assim, ao contrário do que ocorre com a ideia da obrigatoriedade da ação penal, coaduna-se com a independência funcional deferida originariamente pela Constituição ao promotor de Justiça e ao procurador da República como membros do Ministério Público.

A partir das normas mencionadas, observa-se, tanto pelo método histórico (a partir da exposição de motivos do Código de Processo Penal) quanto por qualquer outro método interpretativo (inclusive pelo sistemático ou gramatical), que inexistente fundamento normativo positivado para a obrigatoriedade da ação penal pública como a doutrina e a jurisprudência aduzem corriqueiramente.

Noutro giro, a necessidade de realização de um juízo de conveniência e oportunidade na ação penal privada não traz como consequência, *a contrario sensu*, que a ação penal pública não necessite do referido juízo de valor. O diferencial é que, diante da característica de publicidade, na análise da discricionariedade da ação penal pública, devem-se levar em conta critérios e controles mais rigorosos (por exemplo, com a revisão e coordenação da instância superior do Ministério Público), o que é totalmente diferente de excluir o mencionado juízo de valor.

É digno de nota, ainda, que a maior distinção entre as espécies de ação penal (pública e privada) não é a discricionariedade, mas a legitimidade (Ministério Público ou particular), exatamente como dispõe o art. 100 do Código Penal e seus respectivos parágrafos⁶ e o art. 257 do Código de Processo Penal⁷.

Por todo o exposto, conclui-se que a obrigatoriedade da ação penal, como praticada atualmente, é um costume, ou seja, pauta-se pela crença e pela tradição de que algo deve ser feito e deve sê-lo porque sempre o foi. Cuida-se, em suma, de um paradigma constituído por força do hábito (da repetição), que é utilizado pelo intérprete na aplicação do Direito. Entretanto, a referida crença ou tradição não se mostra adequada, sobretudo tendo em vista o diagnóstico do sistema criminal brasileiro, acima referido, e a independência funcional atribuída ao Ministério Público pela Constituição da República.

6 O sistema acusatório e a discricionariedade na persecução penal

De início, calha destacar que a Constituição da República de 1988 realizou a opção pelo sistema acusatório, em nítido prestí-

6 “Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

§ 1º A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

§ 2º A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.

§ 3º A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal.

§ 4º No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.”

7 “Art. 257. Ao Ministério Público cabe:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e

II - fiscalizar a execução da lei.”

gio à garantia do devido processo legal, de sorte a resguardar os direitos fundamentais do indivíduo. É oportuno consignar que o ministro Luís Roberto Barroso, na relatoria da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104⁸, registrou a importância e as consequências da referida opção:

Como se sabe, a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema acusatório – e não pelo sistema inquisitorial – criando as bases para uma mudança profunda na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais no Brasil. De forma específica, essa opção encontra-se positivada no art. 129, inciso I – que confere ao Ministério Público a titularidade da ação penal de iniciativa pública –, e também no inciso VIII, que prevê a competência do *Parquet* para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais. De forma indireta, mas igualmente relevante, a mesma lógica básica poderia ser extraída dos direitos fundamentais ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. O ponto justifica um comentário adicional. A titularidade da ação penal de iniciativa pública é do Ministério Público, o que pressupõe a prerrogativa de orientar a condução das investigações e formular um juízo próprio acerca da existência de justa causa para o oferecimento de denúncia.

Extrai-se do bem-lançado voto que cabe ao Ministério Público, em decorrência da titularidade da ação penal pública, realizar o juízo de valor (com a consequente decisão) sobre o oferecimento da denúncia.

O referido voto também destaca que cabe ao órgão citado orientar a condução das investigações. Nesse ponto, vale um adendo: a autoridade policial não possui disponibilidade sobre a investigação criminal. Sendo assim, quando lhe chega notícia de infração penal, a instauração do inquérito policial é medida que se impõe. Em outros termos, não se deve conferir margem de subjetividade, permitindo que a autoridade policial exerça investigação seletiva, sem qualquer controle, o que é incompatível com o

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em ADI n. 5.104 MC/DF, rel. min. Roberto Barroso, *DJe*-213, divulg. 29 out. 2014, public. 30 out. 2014.

regime republicano. Na mesma linha, Moreno (2014, p. 47), ao destacar que, em que pese o trabalho conjunto entre a polícia e o Ministério Público, cabe a este decidir sobre o prosseguimento ou não de um caso.

Tais premissas, reconhecidas pela melhor doutrina, levam à inexorável conclusão de que a palavra final sobre o exercício ou não da ação penal é do Ministério Público, cabendo também a este, por via de consequência, definir a política criminal. É oportuno conceituar política criminal: “A política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos” (ZAFFARONI, 1999, p. 132).

Nessa linha de inteligência, observa-se que o monopólio da ação penal pelo Ministério Público, que decorre do inciso I do art. 129 da Constituição, repercute na necessidade de se verificar a presença de interesse público que justifique a persecução penal no caso concreto, o que se mostra absolutamente incompatível com a ideia da obrigatoriedade da ação penal.

É importante destacar que na noção de interesse público também está inserida a necessidade de se evitar o desperdício de recursos públicos (necessidade de se racionalizar a atividade-fim do Ministério Público e do Poder Judiciário). Sendo assim, durante o processo cognitivo na tomada de decisão entre acusar ou não, a real possibilidade de se chegar a uma condenação ao final do processo penal deve ser muito bem avaliada. Em tal análise, o juízo de valor sobre a qualidade da prova e dos elementos probatórios é fundamental (BURKE, 2005, p. 17, tradução nossa)⁹. No mesmo sentido, segue a doutrina de Luiza Frischeisen:

A decisão de acusar no sistema acusatório deve cumprir um roteiro no qual as provas devem ser analisadas e sopesadas como suficien-

⁹ The potential for cognitive bias to creep into prosecutorial decision making starts from the earliest case-screening stages, when prosecutors must determine whether there is sufficient evidence to proceed with a prosecution.

tes para a sustentação da tese de acusação, tudo devidamente submetido ao devido processo legal, além da possibilidade de se obter decisão judicial razoável e proporcional ao dano ao bem jurídico, cujo responsável será o acusado. Por outro lado será necessário verificar se existe interesse público que justifique a persecução penal. Neste cenário a qualidade da prova é essencial (FRISCHEISEN, 2015, p. 53).

Notadamente, a decisão de acusar deve decorrer da análise do interesse público, que inclui a viabilidade de uma decisão condenatória. De outro lado, é certo que a divisão dos deveres e poderes relativos à acusação e ao julgamento entre duas instituições distintas (Ministério Público e Judiciário), com a consequente valorização dos direitos e garantias individuais, própria da adoção do modelo acusatório, milita a favor da potencialização da prerrogativa do Ministério Público de formular sua convicção para acusar ou não acusar. Assim, a percepção de que a referida decisão deve ser lastreada no interesse público e, ao mesmo tempo, na proteção do indivíduo impõe a conclusão de que o sistema acusatório se encontra em total sintonia com a *prosecutorial discretion*, uma vez que ela é conectada às garantias e aos direitos fundamentais do investigado, bem como prestigia a separação dos deveres e poderes relativos às instituições acima mencionadas, o que não ocorre com a obrigatoriedade da ação penal.

Ademais, o Ministério Público, como titular da ação penal, também deve moldar a política criminal, como ocorre em vários países, inclusive nos Estados Unidos da América. É interessante ressaltar que, no referido país, busca-se efetivar um controle para que os promotores e procuradores não decidam acusar absolutamente tudo, uma vez que lá os índices de condenação são levados em conta para a eleição de juízes e promotores. Em outros sistemas jurídicos, como o inglês, também existem controles internos rigorosos para que não existam acusações infundadas, arbitrárias ou injustificadas.

No Brasil, entretanto, o controle é inverso: busca-se evitar que o Ministério Público deixe de acusar alguém. A obrigatorie-

dade da ação penal é defendida, por vezes, como instituto voltado a impedir a impunidade, mas tal argumento mostra-se totalmente falacioso. Conforme já demonstrado, a adoção cega da obrigatoriedade da ação penal, por vezes, gera o efeito inverso: impunidade justamente nos casos mais graves, pelo ementismo advindo de casos de pouca ou nenhuma relevância ou pelo congestionamento do Ministério Público e do Judiciário, que impossibilita a concentração de esforços adequados em investigações e feitos de maior importância.

Verifica-se que, enquanto a doutrina de outros países, pautada no modelo acusatório, encontra-se deveras avançada, com estudos sobre o processo mental (de cognição) no momento da tomada da decisão de acusar, o Brasil ainda está preso ao dogma da obrigatoriedade da ação penal. A academia brasileira ainda não percebeu que a decisão de maior reflexo e mais importante no processo penal, seja porque todo o processo penal depende dela, seja pelas suas diversas consequências, é justamente a decisão de acusar. Como bem nota Moreno,

En definitiva, puede que la decisión de proceder sea probablemente la que más transcendencia tenga en el proceso penal, de manera que los prosecutors no deben comenzar (ni en su caso continuar), un procedimiento a menos que la acusación no haya sido sometida a una serie de controles o filtros que respondan a un pautas estandarizadas de las exigencias del derecho (MORENO, 2014, p. 80).

Por todo o exposto, observa-se que o modelo acusatório no Brasil pode e deve ser aperfeiçoado. A titularidade da ação penal pública ofertada ao Ministério Público pela Constituição não se resume à mera legitimidade processual. O modelo acusatório requer o protagonismo do Ministério Público no que tange à persecução penal. As amarras da obrigatoriedade da ação penal, a participação judicial no arquivamento da investigação, bem como a incursão judicial em critérios de conveniência e oportunidade sobre a investigação e a persecução penal demonstram que o sistema acusatório no Brasil ainda guarda resquícios da época em que as funções de acusação e julgamento não eram separadas.

7 As mitigações da obrigatoriedade da ação penal no modelo atual

Não se pode olvidar que a doutrina reconhece *mitigações* da obrigatoriedade da ação penal. A mais repetida é a transação penal. É certo que, neste caso, conforme a Lei n. 9.099/1995, o Ministério Público, antes de oferecer a denúncia, realiza uma proposta que, na hipótese de ser aceita, impede o oferecimento da exordial acusatória. Tratar-se-ia de hipótese em que a ação penal não seria obrigatória, dando-se lugar a *discrecionalidade regrada*. Esta percepção é, contudo, objeto de críticas pela doutrina de Pacelli de Oliveira:

Na busca da definição conceitual dos diversos institutos e categorias jurídicas trazidas pela citada lei, a doutrina logo cuidou de classificar o novo modelo processual como instituidor de suposta *discrecionalidade regrada*, que viria, assim, a mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, impondo ao Ministério Público uma nova postura em relação à sua iniciativa penal. O Ministério Público não mais se veria obrigado à propositura da ação, podendo, antes, promover a solução da questão penal pela via conciliatória, por meio da chamada transação penal (art. 76, Lei n.º 9.099/95). Entretanto, não nos parece que assim tenha efetivamente ocorrido. Aliás, se afastamento da obrigatoriedade houve – e houve! –, foi unicamente em relação ao tipo de sanção a ser transacionada. Quanto à obrigatoriedade da ação, observa-se que, se o Ministério Público deixou de ser obrigado à propositura da ação penal, exigência inerente ao modelo processual condenatório, permanece, todavia, igualmente obrigado a propor a transação penal, desde que o alegado ou apontado autor do fato preencha as condições previstas nos art. 76, § 2º, I, II e III, da mencionada lei. Por mais que a doutrina citada, sobretudo Ada Pellegrini Grinover (2002, p. 18), tenha se esforçado na tentativa de visualizar aí a existência de uma *discrecionalidade – regrada –* supostamente atribuída ao Ministério Público, o fato é que nenhum deles admite que o membro do *parquet* possa escolher livremente qual a solução mais adequada ou conveniente à administração da jurisdição e/ou aos interesses da Justiça Penal. A exceção ocorre apenas em relação à modalidade de pena a ser objeto da transação. Em outras palavras: nenhum deles reconhece qualquer

juízo de discricionariedade na atividade ministerial, recusando-lhe qualquer participação na definição de conveniência e oportunidade das diversas soluções possíveis (OLIVEIRA, E., 2014, p. 131).

Observa-se que a citada doutrina entende que o instituto da transação penal, em que pese, de fato, afastar a obrigatoriedade da ação penal, não traduz real discricionariedade (conveniência e oportunidade), uma vez que é obrigatória a proposta de transação ou o oferecimento de denúncia, não sendo possível uma terceira via ou soluções diversas. Além disso, os requisitos para a proposta de transação seriam taxativos e as vedações também. Tudo isso leva a concluir que inexiste real discricionariedade nesses casos.

É preciso registrar, entretanto, que a discricionariedade não deve deixar de ser reconhecida pela simples existência de uma inevitável dualidade de opções (transação ou denúncia). O que caracteriza a discricionariedade é a liberdade, expressa ou implícita, conferida pelo legislador ao agente público para exercer um juízo de ponderação. Noutro giro, a existência de duas ou mais opções é indiferente para a configuração da conveniência e oportunidade. Afinal, o que importa é a liberdade de escolha, que possui como premissa, ao menos, a dualidade de opções.

Ademais, no conteúdo da proposta de transação também existe certo grau de discricionariedade na escolha da pena a ser proposta (e do respectivo período de cumprimento), por mais que existam balizas legais a serem observadas. E esses parâmetros legais a serem seguidos não transmudam discricionariedade em vinculação. Tem-se como exemplo clássico o ato administrativo discricionário, pelo qual a escolha dos motivos e/ou do objeto deve, sempre, respeito a determinado quadro normativo, sem que se perca, com isso, a liberdade de eleição do agente que o pratica.

Pelo exposto, deve ser reconhecida a transação penal como uma hipótese de exercício da discricionariedade na ação penal (por mais que tal instituto no Brasil ainda seja incipiente em comparação com o *plea bargain* estadunidense ou com institutos semelhantes

em outros países, totalmente independentes da participação judicial, o que se mostra mais consentâneo com o modelo acusatório).

É oportuno asseverar que, além da transação penal, diversas outras hipóteses de discricionariedade são praticadas no Brasil, diante do crescente congestionamento dos órgãos públicos com casos absolutamente irrelevantes. Os exemplos mais corriqueiros são os arquivamentos lastreados no princípio da insignificância, no princípio da *ultima ratio*, no reconhecimento de ausência de potencialidade lesiva no caso concreto, no apenamento administrativo referente ao crime de desobediência, entre outros.

Exemplo interessante diz respeito à colaboração premiada. É certo que a discricionariedade no seu manejo deve permanecer tão somente à disposição do Ministério Público, como decorrência lógica do sistema acusatório adotado pela Constituição, tendo em vista os reflexos diretos no exercício da titularidade da ação penal. Existe, inclusive, a possibilidade de o Ministério Público deixar de oferecer a denúncia, nos moldes da Lei n. 12.850/2013. Trata-se, portanto, de mais uma hipótese reconhecida pelo ordenamento atual em que a obrigatoriedade da ação penal não se mostra presente como decorrência de um juízo de valor realizado pelo promotor natural (conveniência e oportunidade), que pode ser exercido também na propositura de outros benefícios ou reduções em forma de cláusulas.

Conclui-se, pelo exposto, que a discricionariedade no oferecimento da ação penal já é uma realidade no Brasil. Entretanto, ao lado das hipóteses reconhecidas expressamente pelo ordenamento pátrio, ordinariamente muitos arquivamentos são lastreados em diferentes institutos e justificativas, na maioria das vezes escamoteando os reais motivos de priorização e de busca por eficiência que movem estas decisões de não perseguir e de não processar. Noutro giro, muitos membros do Ministério Público não promovem os referidos arquivamentos, o que repercute em tratamento anti-isonômico e em processos penais absolutamente desnecessários. Ambos os caminhos são inadequados, mostrando-se imperiosa a proceduralização infra-legal e institucional para sanear tais distorções.

8 A procedimentalização da discricionariedade na persecução penal

Conforme apontado, muitos arquivamentos não são expressos em indicar a discricionariedade pautada no interesse público que lhe subsidia. A resistência em arquivar com base nos corretos fundamentos também pode ser atribuída ao fato de que a seletividade na persecução penal poderia passar a equivocada ideia de que é permitido ao membro do Ministério Público escolher, de maneira livre e descontrolada, os casos em que deve atuar.

Ocorre que o *princípio da oportunidade regrada* no exercício da ação penal não pode ser entendido como uma escolha ao exclusivo talante de um único membro do Ministério Público, sem qualquer baliza ou regramento. Em outros termos, a busca pela eficiência com a discricionariedade da ação penal deve ocorrer juntamente da regulação da matéria por ato normativo infralegal e institucional que, além de destacar as prioridades de atuação, deve estabelecer o controle da inércia no que diz respeito ao membro oficiante. Calha anotar que a discricionariedade e o respectivo controle de inércia já são sinalizados pela doutrina nacional no âmbito dos direitos coletivos. Assim, por exemplo, defende Mazzilli:

Mas, naturalmente, essa discricionariedade deverá ser muito bem controlada. Para que o sistema proposto funcione adequadamente, será necessário estabelecer um sistema de controle da inércia, mediante o qual qualquer interessado possa reclamar aos órgãos de administração superior do Ministério Público em decorrência da falta ou da insuficiência da atuação de um de seus órgãos de execução, num caso concreto (MAZZILLI, 2009, p. 94).

É oportuno registrar que a regulamentação interna para o estabelecimento de prioridades e controles deve ao mesmo tempo homenagear a independência funcional e a unidade institucional do Ministério Público. Nessa lógica, devem ser estimulados cursos e encontros entre os diferentes cargos da carreira para que ocorra intenso debate sobre os temas mais importantes, bem como sobre estratégias de atuação e prioridades. A Escola Superior e os Grupos de Trabalho também se mostram fundamentais para os estudos que vão subsidiar os referidos debates.

Nesse plano, as orientações extraídas dos referidos debates, a exemplo da expedição de enunciados sumulares, bem como a elaboração de manuais procedimentais de atuação, dentre outras, nunca podem decorrer de imposição ou designação, o que violaria o princípio da independência funcional, garantia da sociedade. Lado outro, no caso de discordância do membro sobre algum entendimento fixado em abstrato, o órgão superior pode proceder à revisão, como tem sido feito.

De qualquer modo, antes da atuação revisional, é importante que os membros tenham a oportunidade de participar do diagnóstico e da constatação das prioridades. A referida participação deve constar do procedimento interno a ser desenvolvido e formalizado, assim como a participação dos demais corpos atuantes na segurança pública, que também se mostra fundamental. Também deve ser inserida a possibilidade de recurso da vítima ou do interessado ao órgão superior no caso de o órgão de execução decidir pelo arquivamento.

Tais medidas facilitam o arquivamento de demandas não relevantes ou sem interesse social e, ao mesmo tempo, recrudescem o combate aos crimes mais graves, a exemplo da corrupção e da lavagem de dinheiro. Sugere-se, desde logo, como catalisador dessa racionalização, a elaboração de enunciados pelos órgãos superiores nas hipóteses em que os arquivamentos são corriqueiramente homologados, de sorte a dispensar a remessa para homologação e o respectivo fluxo de autos, o que também deve ser regulamentado.

É importante destacar, por fim, que a formalização desse procedimento retira a ideia de livre escolha (de seletividade na persecução penal) e resgata a noção de *discricionariedade na persecução penal*, a revelar, de maneira mais apropriada, o que o instituto deve representar no sistema criminal brasileiro: utilidade, justa causa, transparência, controle, eficiência e razoabilidade na persecução penal.

9 Reflexos da discricionariedade da ação penal

Uma nota final sobre a indisponibilidade da ação penal faz-se pertinente. Sabe-se que a doutrina brasileira traduz o *princípio da indisponibilidade da ação penal* como uma decorrência lógica do prin-

cípio da obrigatoriedade da ação penal. Nesse sentido, por exemplo, defende Pacelli de Oliveira:

No que diz respeito à ação pública, por exemplo, várias destas regras decorrem do próprio princípio da obrigatoriedade. É o que ocorre com o chamado princípio da indisponibilidade, traduzido na impossibilidade de o Ministério Público dispor da ação penal a que era inicialmente obrigado. Parece-nos, em tais hipóteses, que a apontada regra não vai além de consequência fundamental do princípio da obrigatoriedade, que estaria irremediavelmente atingido se se permitisse ao Ministério Público, obrigado a propor a ação penal, dela desistir após a sua propositura. A única distinção que se pode observar entre obrigatoriedade e indisponibilidade seria em relação ao momento processual do respectivo exercício, sendo o primeiro aplicável antes da ação penal e o segundo a partir dela (OLIVEIRA, E., 2014, p. 128).

Tal raciocínio, entretanto, não se mostra adequado. É que a indisponibilidade da ação penal (ao contrário da sua obrigatoriedade, como já demonstrado) tem previsão legal no ordenamento jurídico pátrio (arts. 42¹⁰ e 576¹¹ do Código de Processo Penal), tratando-se de disposição normativa autônoma e não de decorrência principiológica. Ademais, a discricionariedade da ação penal não é incompatível com a sua indisponibilidade. Isso porque, após o juízo de valor sobre o preenchimento dos critérios de perseguibilidade e a decisão de acusar, reconhece-se o interesse público no processo penal, e, iniciada, em razão disso, a relação processual penal, não mais se pode falar em desistência (de acordo com o ordenamento vigente), exatamente como ocorre no processo coletivo¹².

¹⁰ “Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.”

¹¹ “Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.”

¹² A diferença fundamental é que no processo penal o Ministério Público pode requerer a absolvição, o que é diferente de desistir do processo. Não se desconhece a existência de doutrina no sentido de que ao juiz é vedado condenar quando o Ministério Público requer a absolvição (LOPES JUNIOR, 2014, p. 1). Entretanto, não é o que prepondera atualmente.

É oportuno destacar que a impossibilidade de desistência do processo penal inviabiliza a extinção do feito pela ausência do Ministério Público em audiência, do mesmo modo que impede a preclusão temporal em ato processual intempestivo (ressalvada a hipótese recursal). Trata-se de aplicação da indisponibilidade do interesse público, reconhecido pelo Estado no momento em que se decidiu acusar. Em síntese, o regime jurídico da indisponibilidade permanece intacto (pela sua autonomia) mesmo diante da *prosecutorial discretion*.

Noutro giro, o que se nota é que, nos casos de arquivamento pautado pelo juízo de discricionariedade, o interesse público pelo processo penal não se perfectibilizou. Daí a discussão sobre a viabilidade da ação penal privada subsidiária da pública. Não se desconhece o seu *status* de direito fundamental consagrado na Constituição da República (inciso LIX¹³ do art. 5º) nem a sua característica de instrumento de fiscalização da ação penal pública¹⁴. Entretanto, não se pode olvidar que o exercício da ação penal subsidiária da pública apenas é viável diante da inércia ou omissão do Ministério Público, seja no oferecimento da denúncia, no arquivamento da investigação ou na requisição de diligências investigativas¹⁵. O referido entendimento é o mais adequado por prestigiar a segurança jurídica do investigado (que possui legítima expectativa de não ser acusado após o arquivamento) e a vedação do processo penal como vingança ou como possível ameaça para a conquista de acordos civis. Sendo assim, diante da decisão de arquivar, mostra-se inviável a ação penal privada subsidiária da pública, que só pode ser manejada na hipótese de inércia ou omissão do órgão ministerial.

¹³ “LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;”

¹⁴ No mesmo sentido é o parecer, no agravo em Recurso Extraordinário n. 859.251/DF, da lavra da subprocuradora-geral da República Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Acórdão n. ARE 859.251/DF, rel. min. Gilmar Mendes, *DJe*-94, divulg. 20 maio 2015, publ. 21 maio 2015).

¹⁵ Nesse sentido, é a iterativa jurisprudência pátria: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Acórdão no AgRg na APn 302/DF 2004/0010917-0, rel. min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 18 dez. 2006. Supremo Tribunal Federal: ARE 859.251/DF.

Pelo exposto, conclui-se que a discricionariedade no oferecimento da ação penal pública e a ação privada subsidiária da pública possuem campos diferentes de incidência, de sorte a inexistir conflito entre elas. Ademais, a possibilidade de recurso da vítima ou do interessado perante os órgãos superiores do Ministério Público, após a decisão de arquivar, lhes garante o direito de fiscalização e de participação no processo decisório, mesmo quando não exista inércia do órgão.

10 Conclusão

A limitação de recursos não permite a excelência na realização de todo o espectro de atribuições dos órgãos públicos. A necessidade de recrudescer a eficiência e de estabelecer prioridades é notória. Nessa linha de intelecção, evidencia-se a importância de se racionalizar a atividade-fim do Ministério Público, com o estabelecimento de prioridades e, conseqüentemente, com a realização de escolhas.

É neste contexto, e com fulcro no garantismo penal e no sistema acusatório, que se impõe a superação da postura interpretativa que valoriza a obrigatoriedade da ação penal como dogma. Ela tem gerado graves distorções no sistema criminal brasileiro, a exemplo de processos penais absolutamente desnecessários, em desprestígio ao princípio da intervenção mínima e à economia de recursos públicos. Também são distorções advindas do referido dogma, de um lado, os arquivamentos promovidos sob argumentos maquiados e elastecidos (que, por vezes, refletem tratamento anti-isonômico) e, de outro, a criação e repetição irrefletida de jurisprudência que impede a adequada punição em casos realmente graves e importantes.

Essa mudança de paradigma (e a conseqüente aplicação imediata da *prosecutorial discretion*) não exige qualquer alteração legal ou constitucional, mas apenas uma interpretação atualizada. Nesse plano, mostra-se imperiosa a respectiva regulamentação infralegal no âmbito do Ministério Público, a partir de parâmetros desenvolvidos com a participação dos membros, das forças de segurança e de outros setores do Poder Público e da sociedade.

Os ganhos com esse novo modelo são evidentes e dão ao Ministério Público a possibilidade de concentrar maiores esforços nos casos realmente relevantes e graves. Além disso, deixam-se de lado diversos processos absolutamente inúteis e desnecessários, em maior prestígio ao princípio da intervenção mínima como garantia do indivíduo, afinal, o processo penal, de *per se*, já é uma punição (*the process is the punishment*), tendo em vista os estigmas, desgastes e gastos que lhe são inerentes.

Referências

BURKE, Alafair S. Improving prosecutorial decision making: some lessons of cognitive science. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=707138>. Acesso em: 7 set. 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 11 set. 2015.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Apontamentos sobre a prova produzida ou colhida pelo Ministério Público em procedimentos investigatórios criminais e no curso do processo penal. In: SALGADO, Daniel de Rezende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 53-63.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Manual do Procurador da República: teoria e prática*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodvim, 2015.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. Por que o juiz não pode condenar quando o Ministério Público pedir a absolvição? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-05/limite-penal-juiz-nao-condenar-quando-mp-pedir-absolvicao>>. Acesso em: 8 set. 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORENO, Juan Damián. *La decisión de acusar*. Madrid: Editorial Dykinson, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 10. ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2007.

WADHIA, Shoba Sivaprasad. The history of prosecutorial discretion in immigration law. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2605164>. Acesso em: 8 set. 2015.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Tutela Jurisdiccional Coletiva

Inaplicabilidade do art. 844 da CLT à ação civil pública trabalhista ajuizada pelo Ministério Público

Frederico Rodrigues Tedesco

Servidor do Ministério Público da União lotado no Ministério Público do Trabalho. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Bacharel em Direito.

Resumo: A ação civil pública trabalhista é instrumento processual para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos que tem por objeto obrigações positivas e negativas, bem como garantir a reparação do dano. Tanto a Consolidação das Leis do Trabalho quanto o Código de Processo Civil são de índole individualista, com influências do liberalismo econômico, não se prestando à defesa dos direitos oriundos do surgimento da sociedade de massas. Para a defesa destes, reconhece-se a existência de microsistema de tutela coletiva. Por isso, inaplicável ao processo coletivo trabalhista o art. 844 da CLT, que determina o arquivamento da reclamação trabalhista quando do não comparecimento do autor à audiência inaugural, por tal medida não tutelar de forma efetiva os interesses e direitos a que se destina a ação civil pública.

Palavras-chave: Ação civil pública trabalhista. Inaplicabilidade do art. 844 da CLT. Microsistema de tutela coletiva. Direitos fundamentais.

Abstract: Brazilian civil public lawsuit at the Labour Courts is a procedural tool for the custody of common and collective rights, regarding both positive and negative obligations, as well as compensation for possible damages. Both Labour Laws Code and Civil Procedure Code have an individual custody approach, as they were inspired on economic liberalism, when collective protection was not an issue. Concerning collective protection, Brazilian Courts must use the collective protection system, in spite of some incompatibilities, as for article 844, from Labour Laws Code,

which determines case closing when the plaintiff is not present at the first hearing at the court. Such penalty does not help to accomplish an effective protection of the rights and interests targeted by civil public lawsuit, for it was meant to punish a single individual absence, in his personal and exclusive legal action.

Keywords: Civil public lawsuit. Inapplicability of article 844 from CLT. Collective protection system. Fundamental rights.

Sumário: 1 Introdução. 2 O Estado e os direitos e garantias fundamentais. 3 Tutela coletiva. 3.1 Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. 3.2 Microssistema de tutela coletiva. 3.3 Princípios da tutela coletiva. 3.4 Ação civil pública trabalhista. 4 O art. 844 da CLT. 4.1 Aplicação à tutela individual. 4.2 A Constituição Federal e o art. 844 da CLT. 4.3 A inaplicabilidade do art. 844 da CLT à tutela coletiva. 5 Conclusão.

1 Introdução

O objetivo do presente artigo é demonstrar a importância da ação civil pública trabalhista para a tutela dos direitos fundamentais dos trabalhadores e a não aplicabilidade do art. 844 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) na ação civil pública trabalhista ajuizada pelo Ministério Público.

A questão é se o expediente de arquivar a reclamação trabalhista quando da ausência do autor na audiência inaugural se compatibiliza com a ação civil pública. Argumenta-se que: a CLT visa tutelar direito individual, enquanto a ação civil pública, direitos transindividuais; a falta de proteção efetiva a esses direitos, que são direitos fundamentais, afronta o Estado Democrático de Direito; a ação civil pública visa cessar a lesão a direitos de massa e, sendo uma lide despersonalizada, evita decisões conflitantes e vai ao encontro da celeridade judicial.

2 O Estado e os direitos e garantias fundamentais

O Estado de Direito, de inspiração liberal, era regido pela autonomia da vontade, dentro da visão de igualdade formal, sem

a intervenção do Estado nas relações privadas, gerando situações adversas, notadamente na seara trabalhista, como jornada de trabalho excessiva e exploração do trabalho infantil. Por conta dessas desigualdades, a liberdade contratual foi limitada com a intervenção do Estado na vida social.

Surge assim o Estado Social de Direito, caracterizado pelo propósito de, em um mesmo sistema, compatibilizar o capitalismo como forma de produção e a consecução do bem-estar social (SILVA, 2007, p. 112-121).

O Estado Democrático de Direito funda-se no princípio da soberania popular, impondo a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, a qual não se limita à formação das instituições representativas, com vistas a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana. Subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio de igualdade e da justiça, não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais (SILVA, 2007, p. 112-121).

A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil, além de indiscutível avanço no tocante aos direitos e garantias fundamentais, com o fito de proteger setores vulneráveis da sociedade brasileira. É a partir dela que os direitos humanos ganham relevo extraordinário, colocando-a entre as constituições mais avançadas do mundo quanto aos direitos e às garantias fundamentais, com destaque para a cidadania e a dignidade da pessoa humana (PIOVESAN, 2007, p. 24-26).

Os direitos e garantias fundamentais são dotados de força expansiva, uma vez que se projetam por todo o universo constitucional e servem como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico (PIOVESAN, 2007, p. 35).

Segundo Sarlet (2007, p. 69-70), os direitos fundamentais, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, formam a essência do Estado constitucional, não se limitando apenas a compor parte da Constituição formal, mas também como elemento nuclear da Constituição material.

São indissociáveis, portanto, as ideias de Constituição, Estado Democrático de Direito e direitos fundamentais.

A doutrina dividiu os direitos fundamentais em gerações de direitos, levando em conta o momento em que esses direitos surgiram e ganharam significação constitucional, com tutela pelo Estado. Aponta-se a existência de três gerações, ou dimensões, de direitos fundamentais. Os de primeira geração – direitos individuais – impõem limites à atuação estatal, resguardando direitos indispensáveis a cada pessoa de forma individual. Os de segunda geração – direitos sociais, econômicos e culturais – são fruto das lutas da classe trabalhadora por melhores condições de vida (PIMENTA, 2009, p. 316-317).

Os direitos difusos e coletivos, considerados de terceira geração ou dimensão, têm como característica distintiva a sua titularidade coletiva, por muitas vezes indefinida e indeterminável, desprendendo-se, em princípio, da figura do homem indivíduo como seu titular (SARLET, 2007, p. 58-59).

Esta visão histórica e vinculada às finalidades dos direitos fundamentais é a dita dimensão subjetiva, exigindo ação negativa por parte do Estado. Quanto à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que os apresenta como princípios básicos da ordem constitucional, é possível sua eficácia horizontal, ou seja, na esfera privada, no âmbito das relações particulares (MENDES; BRANCO, 2011, p. 189).

Com o fito de assegurar a efetividade das declarações de direitos, elaborou-se um conjunto de meios e de recursos jurídicos, que genericamente passaram a chamar-se de garantias constitucionais dos direitos fundamentais (SILVA, 2007, p. 166-167).

As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito ao direito que instrumentalizam. Vários direitos previstos nos incisos do art. 5º da Constituição Federal se ajustam a esse conceito (MENDES; BRANCO, 2011, p. 192).

Para a concretização dos direitos a prestações sociais e a efetivação dos direitos à proteção, é necessária a participação da coletividade. Dessa forma, ao lado dos direitos a prestações sociais e dos direitos a proteção, surgiram os direitos de participação, que não se

limitam à reserva de locais de participação em órgãos públicos ou à tomada de decisões públicas na esfera administrativa, mas também se referem aos procedimentos judiciais específicos, que possibilitem a tutela dos direitos transindividuais e da coisa pública (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 34-35).

Segundo Delgado (2010, p. 76-77), o Direito do Trabalho, junto com o Direito Previdenciário, corresponde à dimensão social mais significativa dos direitos humanos. O ramo jurídico trabalhista regula a principal modalidade de inserção dos indivíduos no sistema socioeconômico capitalista, cumprindo o papel de assegurar um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas que, em regra, não seria conquistado por meio de seus próprios recursos.

Sem trabalho, sem renda, o indivíduo não consegue participar, de forma plena, da vida em sociedade e não exerce, portanto, a cidadania de forma efetiva. Não se concretiza, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. A ordem econômica deve buscar assegurar a todos existência digna. A ordem social visará à justiça social, à educação, ao desenvolvimento da pessoa e à sua preparação para o exercício da cidadania, não como simples enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana (SILVA, 2007, p. 107).

Tal princípio visa garantir condições dignas de existência a todos os cidadãos, não importando a sua condição social (PIMENTA, 2009, p. 165).

3 Tutela coletiva

3.1 Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

A CF/1988, no art. 129, III, menciona direitos difusos e coletivos, cabendo ao art. 81 da Lei n. 8.078/1990 definir os parâmetros de ambos. Interesse e direitos significam direito subjetivo ou prerrogativa protegidos pelo sistema jurídico (NUNES, 2008, p. 723).

Os interesses difusos são interesses indivisíveis cujos interessados, indeterminados e indetermináveis, unem-se simplesmente pelo evento que ameaça ou prejudica esse interesse, ou seja, meras circunstâncias fáticas (VIGLIAR, 2005, p. 26).

Os interesses coletivos são interesses indivisíveis, com titulares do direito também indeterminados, mas determináveis, ligados por uma relação jurídica, que se pode dar entre os próprios titulares, ou entre os titulares e o sujeito passivo. Se o objeto for divisível, tem-se direito individual ou individual homogêneo (NUNES, 2008, p. 726-727).

Os direitos individuais homogêneos são direitos individuais cujos titulares do direito violado são plenamente identificáveis ou individualizáveis e o objeto divisível. São essencialmente individuais, mas acidentalmente coletivos (MOREIRA, 1991, p. 188-189). Não são transindividuais, mas por serem idênticos, e para garantir que se evitem decisões conflitantes, com otimização da prestação jurisdicional do Estado por meio de uma única ação, admitem-se as ações coletivas para sua tutela (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 300).

3.2 Microssistema de tutela coletiva

A ideia de um ordenamento completo se coaduna com a concepção individualista do século XIX, entretanto, gradativamente vai perder espaço para o coletivismo, próprio do Estado Social. Surge, assim, uma legislação descodificada, que rompe com as noções de unidade formal do ordenamento, com múltiplos sistemas normativos. Surgem os chamados microssistemas, leis especiais ou extravagantes para a regulação de determinadas relações jurídicas que, por sua especificidade e regência própria de princípios, não encontram amparo nas normas gerais; regulam relações jurídicas determinadas, com condução principiológica e critérios incomuns ao diploma geral (MAZZEI, 2007, p. 266).

As ações de natureza coletiva tratam, num só processo e com grande economia processual, do interesse de um grande, e por muitas vezes indeterminado, número de pessoas. O processo coletivo envolve categorias de interesses, difusos e coletivos, que sequer

foram considerados pelo regime do CPC de 1973. São os interesses transindividuais indivisíveis, bem como os interesses individuais homogêneos que, pela dimensão que assumem, podem ser tratados coletivamente, agindo os legitimados como substitutos processuais (ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, 2008, p. 4-5).

A Constituição não se limitou a atender aos anseios no plano do direito material, na busca da justiça social, mas também se preocupou, de maneira expressa, com a tutela coletiva, sendo reconhecido pelo legislador que a tutela coletiva é a via jurídica adequada para resolver e evitar os conflitos inerentes à sociedade de massa, uma vez que foram incluídos na Carta Política instrumentos que permitem decisões cuja abrangência extrapola os limites da esfera jurídica individual, destacando-se o mandado de segurança coletivo, art. 5º, inciso LXX.

A tutela de massa é regulada por uma gama de diplomas interligados, com princípios comuns e que formam um microssistema que permite a comunicação constante da legislação atrelada ao direito coletivo. É o que se observa da leitura dos arts. 90 e 117 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹, promovendo a integração entre o referido código e a Lei n. 7.347/1985, a Lei da Ação Civil Pública (LACP) (MAZZEI, 2007, p. 268-270).

A Constituição é fundamento de validade de todas as normas, tanto na sua formação quanto na aferição de sua conformidade com os ideais constitucionais no momento de sua prática. A soberania não é mais expressa pelo Estado, mas sim pela Constituição, daí se falar em convergência para o centro, tendo o ordenamento jurídico em conformidade com os direitos fundamentais expres-

¹ “Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.”

“Art. 117. Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: [...]”

“Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

tos no texto constitucional, porque as leis devem movimentar-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário (MENDES; BRANCO, 2011, p. 206).

O Código de Processo Civil (CPC) não exerce mais a função de disciplinar, de forma exclusiva, o direito processual. Seus princípios e regras deixaram de ter o caráter subsidiário que anteriormente lhes era natural. Não existe mais a prevalência direta dos Códigos ao se deparar com lacunas, antinomias ou conflitos entre leis especiais. O caminho sempre converge para a Constituição, que em si mesma não porta antinomias, dada sua unidade narrativa, permitindo ao intérprete encontrar soluções que harmonizem as tensões existentes entre suas várias normas, considerando ser ela como um todo unitário (MENDES; BRANCO, 2011, p. 207).

Para Mazzei (2007, p. 270-271), o CPC somente será aplicado nos diplomas de caráter coletivo de forma residual e não imediatamente subsidiário, ou seja, quando houver omissão específica de determinada norma não se adentrará, de imediato, nas soluções legais previstas no código. Somente se aplicará o CPC em ações coletivas quando a norma específica para o caso concreto for omissa e, em seguida, verificar-se que não há dispositivo nos demais diplomas que compõem o microsistema coletivo capaz de preencher o vácuo.

Não havendo norma processual coletiva específica, o regime jurídico processual/procedimental a ser utilizado precipuamente é o sistema processual coletivo formado pelos dois diplomas já citados. Se houver alguma lacuna ou conflito nesse sistema, a solução será buscada no CPC, observando-se uma interpretação dos dispositivos que sejam atinentes à tutela coletiva (RODRIGUES, 2007, p. 287-288).

O caminho para solucionar problemas de processo coletivo em uma ação civil pública deve ser procurar a solução no diploma específico da ação civil pública e buscar a solução no Título III do CDC. Caso não seja encontrada, buscar nos demais diplomas que versam sobre processos coletivos e identificar a *ratio* do processo coletivo para melhor resolver a questão. Dessa forma, tem-se o CPC como diploma residual, com efeito sobre o processo coletivo

reduzido, evitando disciplinar as demandas coletivas com institutos desenvolvidos para os processos individuais (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2007, p. 50-53).

Segundo Leite (2007, p. 145), somente na hipótese de lacuna desse novo sistema de acesso metaindividual à justiça, ou se algumas de suas disposições forem incompatíveis com os princípios peculiares ao processo do trabalho, é que poderá o juiz do Trabalho socorrer-se da aplicação subsidiária da CLT, do CPC e de outros diplomas normativos processuais existentes.

A tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos trouxe, pelo menos, duas grandes vantagens: possibilitou que uma parcela expressiva da população, que por questões econômicas não tem acesso ao Judiciário, pudesse se beneficiar das ações coletivas e que questões sem grande repercussão quando isoladamente consideradas chegassem ao Judiciário, uma vez que, ao serem tratadas em conjunto, mostram-se relevantes ao ponto de justificar sua defesa pelos entes legitimados para tal fim, beneficiando, dessa forma, um imenso número de pessoas que, individualmente, talvez não ingresassem em juízo (ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, 2008, p. 6).

Para Leite (2007, p. 145), a partir da Constituição Federal de 1988, da Lei Complementar n. 75/1993, da Lei n. 7.347/1985 e da Lei n. 8.078/1990, em razão dos princípios da indeclinabilidade e do devido processo legal, há três sistemas na justiça trabalhista: jurisdição trabalhista individual; jurisdição trabalhista normativa e jurisdição trabalhista metaindividual. O primeiro se destina aos tradicionais dissídios individuais, utilizados para solução das reclamações individuais ou plúrimas. O segundo é voltado para os dissídios coletivos de interesses, por intermédio do poder normativo exercido originalmente pelos Tribunais do Trabalho, conforme o art. 114, § 2º, da Constituição Federal de 1988. O terceiro é vocacionado, basicamente, à tutela preventiva e reparatória dos direitos ou interesses metaindividuais, ou seja, interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Para dar efetividade à garantia constitucional do acesso dos trabalhadores a essa nova jurisdição trabalhista metaindividual, é condição necessária a aplicação apriorística do novo sistema normativo

de tutela coletiva integrado pelas normas contidas na Constituição Federal, na Lei Orgânica do Ministério Público da União, na Lei da Ação Civil Pública e pelo Título III do Código de Defesa do Consumidor (LEITE, 2007, p. 145).

Melo (2008, p. 45) defende que o sistema tradicional ortodoxo individualista, baseado na CLT e no CPC, precisa ser abandonado para se aplicar um sistema novo, avançado, moldado na LACP e no CDC.

O novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, possui disposição expressa no art. 139, X, para que, no caso em que haja diversas demandas individuais repetitivas, o juiz oficie o Ministério Público e a Defensoria Pública, bem como outros legitimados elencados na LACP e no CDC, para a propositura de ação coletiva respectiva. Entende-se, portanto, que o CPC/2015 reconhece as leis supracitadas como pilares do microsistema da tutela coletiva, mas não disciplina o processo coletivo. Em sua essência, continua individualista como o código anterior.

O novo CPC também introduziu o incidente de resolução de demandas repetitivas (arts. 976 e seguintes), com previsão de aplicação ao processo coletivo, e, segundo o art. 313, IV, é causa de suspensão do processo, inclusive do processo coletivo, o que é reforçado pela leitura do art. 982, I, do CPC/2015, desde que verse sobre questão de direito. O art. 333 previa a transformação de demanda individual em demanda coletiva, atendidos certos requisitos legais, porém foi revogado. Dessa forma, mesmo com a introdução de tais dispositivos, a essência do código é individualista, ainda que haja preocupação com a isonomia e com a economicidade processual.

Em tema de proteção a direitos ou interesses metaindividuais, devido à inexistência de legislação trabalhista específica, principalmente porque o dissídio coletivo de interesses mostra-se inadequado para tutelar esses novos direitos, a jurisdição trabalhista metaindividual é a única capaz de assegurar a adequada e efetiva tutela constitucional a esses novos direitos ou interesses. A não aplicação desse novo sistema integrado para a tutela dos interesses ou direitos metaindividuais trabalhistas importa violação: às

normas que estabelecem a competência da Justiça do Trabalho e a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a ação civil pública trabalhista – Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU), art. 83, III, c/c art. 6º, VII, a e b; às disposições processuais da LACP e do Título III do CDC; aos princípios constitucionais que asseguram o acesso (coletivo) dos trabalhadores à Justiça do Trabalho (LEITE, 2007, p. 145–150).

Entende-se que as demandas coletivas devam ser processadas e julgadas segundo o microsistema de tutela coletiva, integrado pela LACP e pelo CDC, sempre buscando uma interpretação que proteja e efetive os direitos fundamentais do trabalhador, com os olhos voltados para a Constituição. A CLT traz dispositivos para resolução de conflitos individuais e normativos, mas não possui previsão para as demandas coletivas. Os códigos de 1973 e de 2015 são omissos em relação ao processo coletivo.

3.3 Princípios da tutela coletiva

No que diz respeito à tutela coletiva, a doutrina aponta alguns princípios, dos quais se destacam: do acesso à justiça, da universalidade de jurisdição, da primazia da tutela coletiva, da participação, da economia processual, do ativismo judicial, da ampla divulgação da demanda, da indisponibilidade da demanda coletiva, da continuidade da demanda coletiva, do devido processo legal coletivo ou da aplicação residual do CPC (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2007, p. 110–127).

Em relação à ação civil pública, o destaque deve ser dado aos princípios do acesso à justiça, da economia processual, da continuidade da demanda coletiva, do devido processo legal coletivo, do ativismo judicial.

Pelo princípio da economia processual, busca-se no processo coletivo reduzir o custo econômico, tanto em materiais quanto em pessoas, além de proporcionar julgamentos uniformes para um grande número de situações conflituosas. Não se trata apenas de solucionar o litígio, mas de fornecer resposta efetiva para consequente pacificação social com justiça (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2007, p. 119).

O processo coletivo vem contaminado pela ideia da indisponibilidade do interesse público, diferentemente do processo individual, no qual está presente a *facultas agendi*. Por conta disso, o princípio da indisponibilidade da demanda coletiva estabelece a obrigatoriedade para o Ministério Público, por questão de dever funcional, de propor a demanda, ainda que lhe caiba certo grau de discricionariedade controlada, por lhe ser possível fazer juízo de oportunidade e conveniência (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2007, p. 124).

Por outro lado, quando o Ministério Público não for parte, sua intervenção será obrigatória como fiscal da lei e, ainda, em caso de desistência infundada ou abandono, a continuidade da ação coletiva caberá ao MP ou a outro legitimado. Acredita-se que nesse caso também é possível ser feito juízo de oportunidade e conveniência, uma vez que é possível não se dar continuidade em ações coletivas consideradas pelo membro do *Parquet* infundadas ou temerárias (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2007, p. 124-125).

O princípio do devido processo legal coletivo ou da aplicação residual do CPC está ligado à ideia da existência de microsistema de tutela coletiva, pelo qual não poderá ocorrer contradição com a natureza específica da ação. Esse microsistema estabelece o devido processo legal coletivo; portanto, se não forem observadas as regras desse sistema e aplicadas regras ortodoxas liberais e individualistas do processo civil clássico, haverá vício de invalidade processual possível de sanção de nulidade absoluta do processo coletivo por desrespeito ao devido processo legal (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2007, p. 126-127).

Na jurisdição coletiva, o juiz tem atuação pró-ativa, podendo atuar de ofício, uma vez que o que está em jogo é o interesse público da sociedade. Sua importância, seja de ordem processual ou material, reside no fato de que o magistrado é quem dá a palavra final, sendo provisória a interpretação dada aos outros operadores do Direito (MELO, 2008, p. 44).

O princípio do ativismo judicial, decorrente da relativização do princípio da ação, estabelece maior participação do juiz nos processos coletivos, produto da presença de interesse público primário

nessas causas. Exemplo desse princípio é a previsão de os juízes e tribunais, quando do conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterem peças ao Ministério Público para as providências cabíveis, conforme o art. 7º da LACP (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2007, p. 118).

É possível que haja vício substancial decorrente do excesso de poder legislativo. Trata-se de gerir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, ou seja, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo. Por outro lado, há também a necessidade de se observar a proibição de proteção insuficiente, que ganha maiores contornos na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, casos em que o Estado não pode deixar de proteger de forma adequada esses direitos. Dessa forma, além da tradicional compreensão do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso, há a faceta do princípio que abrange uma série de situações, dentre as quais se destaca a proibição de proteção insuficiente de determinada garantia fundamental (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1072 e 1074).

3.4 Ação civil pública trabalhista

A ação civil pública, prevista no art. 129, inciso III, da Carta Política, é garantia judicial de ordem constitucional destinada à defesa de interesse geral que pode ter reflexos sobre posições subjetivas (MENDES; BRANCO, 2011, p. 438 e 492).

Do texto da LACP extrai-se que seu objeto é a condenação em obrigação de fazer ou não fazer e de reparar o dano atinente aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. O provimento decorrente da postulação por esta via processual poderá revestir-se de natureza declaratória, constitutiva ou condenatória, tanto para as obrigações positivas como para as negativas (FAVA, 2005, p. 100-102).

Em termos trabalhistas, a aplicação do processo do trabalho provoca, em muitos casos, injustiça àqueles que batem às portas

da Justiça Especializada para reparação de direitos fundamentais violados. A falta de efetividade do processo laboral tem como causa principal o resultado do sistema ortodoxo individualista, deixando a Justiça do Trabalho entulhada de ações individuais, com procedimento complexo e vagaroso, tornando a prestação jurisdicional cara e lenta. Nesse contexto, é importante a utilização da ação civil pública como instrumento da jurisdição estatal de forma coletiva (MELO, 2008, p. 40).

A ação civil pública trabalhista tem por objetivo ampliar o acesso à justiça e despersonalizar a lide, além de garantir a prestação de uma tutela jurisdicional mais efetiva, célere e adequada, afastando, ainda, decisões conflitantes (KLUGE, 2009, p. 33). Funciona como “ação sem rosto”, uma vez que disponibiliza proteção genérica, de cunho transindividual. Não compromete o emprego de quem está no curso da relação de trabalho, contudo, não lhe veda o aproveitamento dos efeitos da coisa julgada *ultra partes*. A depender única e exclusivamente do enfrentamento individual, o empregado não está protegido de forma satisfatória e seu pedido realizar-se-á apenas após o término da relação de trabalho ou será movido por seus sucessores (FAVA, 2005, p. 102-103).

4 O art. 844 da CLT

4.1 Aplicação à tutela individual

O art. 843 da CLT determina que a audiência de julgamento deve ser contínua, admitindo-se, no entanto, por motivo de força maior, que o juiz determine sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação. Dessa forma, o costume processual acabou fracionando a audiência de julgamento em três: audiência de conciliação, audiência de instrução e julgamento e audiência de julgamento (LEITE, 2007, p. 464).

O art. 844 da Consolidação das Leis do Trabalho traz as consequências para o não comparecimento do reclamante, estabelecendo:

Art. 844. O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

Parágrafo único. Ocorrendo, entretanto, motivo relevante, poderá o presidente suspender o julgamento, designando nova audiência.

A lei sanciona a ausência do autor da ação, que normalmente é o trabalhador, com o arquivamento da ação trabalhista, conforme o art. 844 citado. Critica-se a utilização do termo *arquivamento*, tendo em vista a sua imprecisão técnica, já que na realidade tem-se a extinção do processo sem resolução do mérito (CHAVES, 2009, p. 537).

O termo arquivamento é equivocado, uma vez que na linguagem da ciência processual a reclamação é a ação e esta não é arquivada, pois é direito subjetivo e público da parte. O que se arquivam são os autos do processo. Sendo assim, o correto é dizer que houve a extinção do processo sem resolução de mérito, por ausência de pressuposto de desenvolvimento válido da relação processual (LEITE, 2007, p. 467).

A terminologia inadequada é influência do período em que o processo do trabalho se resumia a procedimento de índole administrativa. O chamado arquivamento na verdade é uma sentença proferida pelo juiz do Trabalho, ainda que simples e objetiva (CHAVES, 2009, p. 537).

Há entendimentos, inclusive objeto da Súmula n. 240 do STJ, de que a extinção do processo no caso de não comparecimento do autor deve ser requerida pelo réu. Há quem defenda que, se o réu requerer, a ação terá prosseguimento, pois de forma diversa permitir-se-ia a desistência do autor depois de contestado o feito (CARRION, 2010, p. 774).

A CLT prevê uma única hipótese de o processo prosseguir sem a presença do autor (art. 843, § 2º)². Trata-se da substituição

² “Art. 843. Na audiência de julgamento deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independentemente do comparecimento de seus representantes, salvo nos casos de Reclamatórias Plúrimas ou Ações de Cumprimento, quando os empre-

do empregado por outro da mesma categoria ou pelo sindicato por motivo de doença ou qualquer outro motivo imperioso comprovado, o que não deixaria de ser uma mitigação ao art. 844. O dispositivo legal cita a figura do empregado, portanto, voltada para resolução de conflito individual.

O parágrafo único do art. 844 da CLT menciona que, em caso de motivo relevante, o presidente, no caso o juiz do Trabalho, poderá suspender o julgamento e agendar nova audiência. Entende-se que a aplicação desse dispositivo na ausência do membro do Ministério Público do Trabalho à audiência inaugural não ofenderia a tutela dos direitos metaindividuais e resguardaria os direitos fundamentais dos trabalhadores.

4.2 A Constituição Federal e o art. 844 da CLT

O controle de constitucionalidade surge para garantir que prevaleça a Constituição, com a utilização de mecanismos legítimos para assegurar sua inviolabilidade. Trata-se do juízo de verificação da adequação vertical, formal e material que deve haver entre as normas infraconstitucionais e a Constituição, comparando-se esta com o ato impugnado, legislativo ou normativo. Qualquer destes deverá ser declarado inconstitucional se contrariar a Lei Fundamental (PIMENTA, 2009, p. 220-223).

Contradições entre normas posteriores à Constituição são casos típicos de inconstitucionalidade. No caso de contradição entre a norma constitucional superveniente e o direito ordinário pré-constitucional, questiona-se se seria inconstitucionalidade ou simples revogação.

gados poderão fazer-se representar pelo Sindicato de sua categoria. (Redação dada pela Lei n. 6.667, de 3.7.1979)

§ 1º É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente.

§ 2º Se por doença ou qualquer outro motivo poderoso, devidamente comprovado, não for possível ao empregado comparecer pessoalmente, poderá fazer-se representar por outro empregado que pertença à mesma profissão, ou pelo seu sindicato.”

A Constituição brasileira de 1988 não tratou de forma expressa da questão relativa à constitucionalidade do direito pré-constitucional. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sob a vigência da Constituição de 1967/1969, tratava dessa colisão com base no princípio da *lex posterior derogat priori*, e continua a entender que a questão da inconstitucionalidade só se verifica em relação às leis posteriores à Constituição (MENDES; BRANCO, 2011, p. 1078-1079).

Como a CLT é anterior à Constituição vigente, entende-se, de forma majoritária, que não seria caso de inconstitucionalidade, mas de revogação, resolvido no âmbito do direito intertemporal, não sendo necessária a aplicação da cláusula de reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição Federal.

A CLT foi recepcionada pela Constituição vigente, entretanto, acredita-se que tal recepção se deu em relação aos dissídios individuais. O art. 844 da CLT, portanto, foi recepcionado apenas em relação às ações de cunho individual. Quanto à tutela coletiva, não há dispositivos na CLT, por isso se trata de inaplicabilidade.

4.3 A inaplicabilidade do art. 844 da CLT à tutela coletiva

O Código de Processo Civil de 1973, assim como a CLT, foram moldados dentro de uma perspectiva liberal de tutela de direitos individuais que não se coaduna com os direitos surgidos com o desenvolvimento da sociedade de massas. Em contraponto, foi desenvolvido um microsistema para a tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. O CPC de 2015, por seu turno, mantém o caráter individualista do código anterior.

É ponto pacífico, na doutrina e na jurisprudência, a utilização da ação civil pública na Justiça do Trabalho. Assim sendo, também deverá ser utilizado o microsistema de tutela coletiva liderado pela LACP e pelo CDC. Ainda que o direito material violado seja julgado pela justiça laboral, por força do art. 114 da Constituição Federal, processualmente devem-se observar as regras estabelecidas nos diplomas legais que visam à tutela coletiva e, residualmente, as normas da CLT e do CPC.

O problema é quando não existe norma específica dentro do microsistema de tutela coletiva e a aplicação da CLT e do CPC poderia, no caso concreto, impossibilitar a tutela de direitos fundamentais.

No caso do art. 844 da CLT, objeto deste estudo, o simples arquivamento, ou extinção sem resolução do mérito, como apregoa a boa doutrina, não irá garantir economicidade da tutela jurisdicional, tampouco celeridade e acesso ao Judiciário.

A Justiça do Trabalho já convive com muitas ações de cunho individual. Muitas poderiam ser evitadas caso existissem ações civis públicas trabalhistas sendo apreciadas pelo Judiciário. No caso de condenação genérica de obrigação de fazer, que poderia ser o pagamento de determinada verba trabalhista, a partir daquele momento, cessaria a lesão, não dando azo ao ajuizamento de outras ações com a mesma causa de pedir.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto no CPC/2015, em seu art. 976, aplica-se a questões de direito, havendo, dessa forma, limitação em sua aplicação. Outro ponto é que os direitos difusos e coletivos, dada sua natureza, não podem ser tratados em ações individuais.

No curso da relação de emprego, o trabalhador não buscará a reparação da lesão sofrida. Nesse contexto, a ACP evita a perpetuação da lesão e os direitos fundamentais do trabalhador são garantidos. O empregado só ajuíza sua reclamação trabalhista ao término da relação contratual, ou ela é póstuma, movida por seus sucessores. Em nenhum dos casos se concretizam os direitos fundamentais do obreiro, bem como a sua dignidade humana. Já se admite a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, sua aplicação no âmbito das relações privadas, aumentando a importância da ACP.

Por essa razão, argumenta-se que a aplicação do art. 844 da CLT é processualmente incompatível com a ação civil pública trabalhista. Quando se arquiva a ACP, pura e simplesmente, os direitos fundamentais permanecem violados. O Ministério Público do Trabalho (MPT) não defende interesse próprio; é um órgão de envergadura constitucional ao qual se conferiu legitimidade para

a defesa dos interesses transindividuais e individuais homogêneos, daí sua incompatibilidade.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 ampliou a competência da Justiça do Trabalho, determinando que as causas oriundas das relações de trabalho sejam por ela apreciadas, não apenas as referentes às relações entre empregadores e trabalhadores, como na redação anterior. Entretanto, isso não significa que todos os mecanismos processuais contidos na CLT serão necessariamente utilizados, visto existirem procedimentos especiais que devem ser respeitados, como a ação civil pública, o mandado de segurança, as ações possessórias decorrentes do exercício do direito de greve. Em que pese a demanda ser apreciada pela justiça laboral, deverá ser respeitado o rito processual determinado em razão da demanda ajuizada.

Considerado pela doutrina como peculiar ao processo do trabalho – ainda que não exclusivo –, o princípio da conciliação determina que seja proposto acordo como requisito de validade da sentença, nos termos do art. 831 da CLT (LEITE, 2007, p. 80-81).

Há dois momentos para que se realize a conciliação: na abertura da audiência (art. 846 da CLT) e após o término da instrução e das razões finais pelas partes (art. 850 da CLT).

A exigência da presença das partes em audiência imposta pela lei se justifica para que seja possível a conciliação. Contudo, no caso analisado neste estudo, é possível a realização de investigação no âmbito de inquérito civil, de natureza inquisitória, realizada pelo *Parquet*, nos termos do art. 8º, § 1º, da LACP, existindo a possibilidade de formalização de termo de ajustamento de conduta. Dessa forma, a ação civil pública, em termos gerais, só é ajuizada quando verificadas, a juízo do procurador do Trabalho, as irregularidades objeto das investigações e frustradas as tentativas de se firmar o aludido termo, na medida em que sua formalização já garante a tutela dos direitos dos trabalhadores por fazer cessar a irregularidade verificada na investigação.

O Termo de Ajuste de Conduta (TAC) tem por objetivo negociar as condições de tempo, modo e lugar para a adequação da conduta do infrator às exigências legais, definindo as sanções apli-

cáveis em caso de descumprimento do pactuado. Garante celeridade e efetividade processual, na medida em que é título executivo extrajudicial, suprimindo eventual fase cognitiva. Flexibilizam-se tempo, modo e lugar para adequação da conduta, mas o direito tutelado em si não é transigido.

O procurador do Trabalho ajuizará a ação civil pública quando estiver convencido das irregularidades objeto da investigação e frustradas as tentativas de firmar TAC. Há espaço, portanto, no curso da investigação promovida pelo *Parquet* laboral, para que seja realizado acordo na esfera administrativa com força de título executivo extrajudicial.

A violação ao meio ambiente do trabalho pode ocorrer pela utilização de maquinário potencialmente lesivo à integridade física dos trabalhadores. O MPT, após inquérito civil público, no qual se verifica o dano potencial do equipamento e diante da negativa quanto a firmar termo de ajuste de conduta, propõe ACP para evitar a utilização do equipamento, obtendo provimento judicial para que o equipamento em questão deixe de ser utilizado. Entretanto, se por algum motivo o membro do *Parquet* laboral não comparece à audiência e o magistrado aplica o art. 844 da CLT, a liminar concedida no âmbito desse processo perde força, permitindo a utilização do aparelho com potencial de dano efetivo à integridade física dos trabalhadores e violação de direitos fundamentais dos obreiros.

O motivo da ausência deve ser apurado depois, responsabilizando-se quem deu causa, mas o juiz deve suspender a audiência e marcar nova data, determinando a intimação do MPT. Não se trata de criação de norma pelo magistrado, apenas de aplicação do parágrafo único do art. 844 da CLT, com interpretação à luz da Constituição Federal e da proteção dos direitos fundamentais.

A aplicação do art. 844 da CLT aos dissídios individuais é compatível com a Constituição Federal em vigor. O problema é sua aplicação aos processos coletivos em que se tutelam direitos transindividuais e individuais homogêneos.

Na CLT existe a possibilidade da representação do empregado ausente por outro da mesma profissão ou pelo respectivo sindicato, com discussão doutrinária e jurisprudencial acerca dos limites dessa representação. Entretanto, as disposições contidas no § 2º do art. 843 da CLT mencionam o empregado. Dessa forma, tal hipótese é inaplicável ao Ministério Público.

Por outro lado, buscar uma interpretação analógica de dispositivos do Código de Processo Civil para aplicá-los à questão não resolve o problema. O CPC de 1973 possui índole individual e o novo CPC tem a mesma característica, já que, em que pese haver dispositivos aplicáveis de forma expressa ao processo coletivo, não o disciplina. Dessa forma, o CPC de 2015 não pode ser aplicado ao processo coletivo para concretizar os princípios constitucionais e os direitos fundamentais relacionados à tutela coletiva.

A ausência de proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores não encontra guarida na concepção de Estado Democrático de Direito, no qual a justiça e a dignidade humana são valores a serem alcançados.

Há estreita relação entre os direitos fundamentais e o processo, uma vez que este é uma ferramenta para a implementação daqueles, em cujo rol está inclusive inserido o direito à tutela jurisdicional efetiva. As relações complexas e a moderna metodologia do Direito sugerem que a segurança jurídica deixa de ser estática para conviver com um Direito mais flexível. Modelos estáticos de procedimento não concorrem, necessariamente, para o exercício da atividade jurisdicional dotada de segurança jurídica. Sua aplicação pode levar à injustiça, exatamente o que visam coibir (CHAVES, 2009, p. 24-27).

Poder-se-ia argumentar que um tratamento processual diferenciado nas ações civis públicas ajuizadas pelo MPT violaria o princípio da isonomia. Todavia, pretende-se preservar a igualdade formal, com traços liberais, quando se deve buscar a igualdade material, o que justificaria o mencionado tratamento processual diferenciado, na medida em que o MPT age como defensor dos interesses sociais e individuais indisponíveis, em cumprimento de seu mister constitucional.

A Constituição Federal define como princípios a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa estão no mesmo patamar, portanto devem caminhar juntos, em equilíbrio. O Estado não deve criar obstáculos ao exercício da empresa, ao gozo do direito de propriedade. Todavia, o exercício de tais direitos não pode violar valores sociais do trabalho nem desrespeitar a dignidade humana do trabalhador.

Outro argumento para a inaplicabilidade do art. 844 da CLT é que o que se busca, muitas vezes, com a ação civil pública é espécie de tutela inibitória, na medida em que visa impedir a violação de um direito.

Na visão tradicional, a tutela contra o ilícito tinha apenas o objetivo de outorgar tutela aos bens patrimoniais, supondo que o bem jurídico objeto da proteção jurisdicional era uma mercadoria. Entretanto, no âmbito do Estado Constitucional devem ser editadas normas proibidoras ou impositivas de condutas capazes de produzir ou impedir danos a direitos fundamentais. A tutela contra o ilícito não se volta contra um dano, mas contra um ato que se opõe ao direito e é capaz de gerar danos. O pressuposto único da tutela inibitória é a ameaça da prática de ato contrário ao direito (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 71-72).

O art. 844 da CLT foi recepcionado pela ordem constitucional vigente, mas dentro de um contexto de tutela individual. A CLT é lei anterior à Constituição e, caso a violasse, não se trataria de inconstitucionalidade, mas de revogação. Contudo, a decisão judicial que aplica o art. 844 da CLT ao processo coletivo viola direitos fundamentais em dois aspectos: a garantia processual constitucional da ação civil pública e os direitos que visa resguardar.

5 Conclusão

A ação civil pública trabalhista é instrumento processual previsto na Constituição Federal, garantia constitucional para a prote-

ção de direitos transindividuais e, juntamente com outros diplomas processuais voltados para a tutela desses direitos e interesses, é parte do microsistema de tutela coletiva, essencial para tutelar os direitos fundamentais da pessoa humana.

No âmbito trabalhista, sua função é garantir o acesso à justiça dos trabalhadores, seja porque o direito violado, considerado individualmente, não é relevante ao ponto de ensejar a tutela jurisdicional, seja porque não possuem legitimidade ativa para defendê-lo.

Os trabalhadores lesados dificilmente ingressam com reclamação trabalhista no curso da relação empregatícia, o que os leva a conviverem, sistematicamente, com os seus direitos fundamentais desrespeitados. Nada fazem porque o emprego é o garantidor da subsistência própria e de sua família. Como o objeto da ACP é uma obrigação (positiva ou negativa) e a reparação do dano, a despersonalização da lide, além de possibilitar o acesso à justiça, permite o cessar da lesão no tempo.

A igualdade entre as partes do processo não deve ser formal, mas material, concretizando o Estado Democrático de Direito e alcançando a justiça.

O trabalho, dentro da ordem econômica capitalista, garante a subsistência e proporciona cidadania efetiva e completa. Não garantir efetividade aos direitos fundamentais é uma afronta à Constituição Federal por flagrante desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O MPT, ao ajuizar a ACP, não defende interesses da instituição, mas os interesses transindividuais dos trabalhadores, os direitos sociais, considerados direitos fundamentais pela Carta Política. Conclui-se que o disposto no art. 844 da CLT, que determina o arquivamento da reclamação trabalhista no caso de não comparecimento do autor na audiência inaugural, não se aplica à ação civil pública trabalhista ajuizada pelo Ministério Público, por não ser adequado à tutela de direitos metaindividuais e não proteger os direitos fundamentais do obreiro.

Referências

- ARRUDA ALVIM, Angélica; ARRUDA ALVIM, Eduardo. Apontamentos sobre o mandado de segurança coletivo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 399, set./out. 2008.
- CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 35. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CHAVES, Luciano Athayde (Org.). *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo coletivo. v. 4. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.
- FAVA, Marcos Neves. *Ação civil pública trabalhista*. Teoria geral. São Paulo: LTr, 2005.
- KLUGE, Cesar Henrique. *O alcance da coisa julgada na ação civil pública*. São Paulo: LTr, 2009.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimento cautelar*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- _____. *Procedimentos especiais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 394, nov./dez. 2007.
- MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, n. 61, jan. 1991.
- NUNES, Luis Antonio Rizatto. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmim. *Teoria da Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública. In: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Ações constitucionais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. v. III. Salvador: JusPodivm, 2005.

Acesse o *Boletim Científico ESMPU* em formato eletrônico no endereço
<www.escola.mpu.mp.br>.