

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

República Federativa do Brasil

Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
JOÃO AKIRA OMOTO

Diretora-Geral Adjunta da Escola Superior do Ministério Público da União
DANIELA DE MORAIS DO MONTE VARANDAS

Câmara Editorial – CED

ANTONIO DO PASSO CABRAL – COORDENADOR DA CED
Procurador da República

ANTONIO HENRIQUE GRACIANO SUXBERGER
Promotor de Justiça

ELAINE NORONHA NASSIF
Procuradora do Trabalho

GEISA DE ASSIS RODRIGUES
Procuradora Regional da República

MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA
Procuradora de Justiça

NELSON LACAVA FILHO
Promotor de Justiça Militar

SELMA PEREIRA DE SANTANA
Promotora de Justiça Militar

VIRGÍNIA LEITE HENRIQUE
Procuradora do Trabalho



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 18 – Número 54 – julho/dezembro 2019
Brasília-DF



Boletim Científico
Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU
SGAS Av. L2 Sul Quadra 603 Lote 22, 1ª andar
70200-630 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5107
Home page: www.escola.mpu.mp.br
E-mail: diep@escola.mpu.mp.br

© *Copyright* 2019. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Infraestrutura e Logística Acadêmica

Nelson de Sousa Lima

Divisão de Editoração e Publicações – Chefia

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Supervisão de Preparação e Revisão Textual – Chefia

Carolina Soares dos Santos

Preparação de originais e revisão de provas

Carolina Soares dos Santos, Davi Silva do Carmo, Sandra Maria Telles,
João Gustavo Borges Marques, Letícia de Oliveira Santiago

Supervisão de Produção Gráfica – Programação Visual

Natali Andrea Gomez Valenzuela, Sheylise Rhoden

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato

Diagramação

Natali Andrea Gomez Valenzuela

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

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 18, n. 54, jul./dez., 2019

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Editorial

O *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União* chega ao 54º número e reafirma sua missão de compartilhar o saber produzido no âmbito do Ministério Público e promover um espaço de debates acerca de temas jurídicos de interesse de toda a sociedade. Este volume, marcado pela pluralidade de assuntos, reúne 20 artigos escritos por membros e servidores do Ministério Público da União e por colaboradores externos, tais como acadêmicos, magistrados e advogados.

Os textos publicados nesta nova edição dissertam sobre temas atuais e relevantes, como a terceirização de serviços auxiliares diante da redução do quadro de servidores públicos em cenário de atingimento do limite da Lei de Responsabilidade Fiscal; os mecanismos de *accountability* horizontal e a confiança pública no desempenho organizacional; a Lei da Segurança para a Inovação Pública; o processo de escolha dos problemas que compõem as agendas governamental e decisional; o controle interno na Administração Pública; o acordo de não persecução penal como medida viável de política criminal; a responsabilidade empresarial internacional como mecanismo de tutela do direito ao trabalho decente; e o direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público.

Do ponto de vista dos direitos fundamentais, os artigos apresentam contribuições sobre a evolução legislativa da assistência farmacêutica no Brasil; a gestão arquivística enquanto metodologia imprescindível para a garantia do exercício regular do direito de acesso à informação; a responsabilidade civil do Estado ante a violação dos direitos da população carcerária brasileira; e o direito humano fundamental das pessoas intersexo à autodeterminação sexual.

Também são destaques deste *Boletim Científico* a análise dos movimentos feministas no Brasil; a discussão sobre a legitimidade do ato de negação da conversão de prisão preventiva em domiciliar a presas grávidas e mães; as críticas à Lei n. 13.344/2016, que atualiza a legis-

lação para o tráfico de pessoas; a tese da coculpabilidade no tipo penal do tráfico de drogas; o debate sobre a instauração de inquérito policial de ofício pelo Poder Judiciário; as implicações jurídico-sociais do IPTU progressivo no tempo sob a luz da teoria do agir comunicativo; o estudo dos métodos de pesquisa de preços para aquisições de bens e serviços na Administração Pública; e as saídas de compensação ao inadimplemento das verbas laborais nos contratos de terceirização no âmbito do serviço público.

Diante de tantas colaborações valiosas ao estudo do Direito, resta à Escola Superior do Ministério Público da União agradecer a participação dos autores na composição deste volume e desejar a todos que tiverem acesso a esta obra uma proveitosa leitura.

Sumário

Terceirização como possível solução para manter a qualidade dos serviços auxiliares do MPDFT diante da redução do quadro de servidores em cenário de atingimento do limite da LRF <i>Francisco Barbosa dos Santos e Luciana Formiga Rodolfo Vasconcelos</i>	11
Mecanismos de <i>accountability</i> horizontal e confiança pública no desempenho organizacional <i>Nayaria Cristina Lima dos Santos</i>	31
Paradigmas e paradoxos dos movimentos de mulheres (feministas?) no Brasil <i>Lutiana Nacur Lorentz</i>	57
Prisão domiciliar de mães e gestantes: atual estado da arte <i>Douglas Pinto Nunes</i>	87
O Programa Aqui tem Farmácia Popular e o direito fundamental à saúde <i>Marcelo Dantas Rocha</i>	105
Lei da Segurança para a Inovação Pública: ratificação da atuação consensual nos contratos administrativos do Ministério Público Militar <i>Edson de Souza Moraes Junior e Maciel Carlos Antunes</i>	133
Políticas de gestão arquivística no Ministério Público da União: experiências e perspectivas <i>João Tiago Jesus Santos e Igor Vidal Araújo</i>	153

**Críticas à Lei n. 13.344/2016 –
Tráfico de pessoas**

Mônica Sifuentes..... 187

**O princípio da coculpabilidade
no tipo penal do tráfico de drogas**

Flávia Silva Soares 213

**Como o conhecimento da realidade social a ser
transformada pode revestir o ciclo pré-decisório
das políticas públicas de um propósito concreto e efetivo**

Lorraine Saldanha Freitas Xavier de Souza 235

**A instauração de inquérito policial de ofício
pelo Poder Judiciário e o sistema acusatório**

Ana Paula Faria Mendonça 245

**Legislação aplicada ao controle interno e diagnóstico
do perfil dos servidores que atuam na conformidade
de registros de gestão no MPT**

Carlos Alberto Castelo Fonseca e

Ana Paula Donofrio 275

**A responsabilidade civil do Estado: a evolução do tema
diante da violação generalizada dos direitos fundamentais
da população carcerária brasileira**

Lucas Vasconcelos de Moraes 295

**O IPTU progressivo no tempo e suas implicações
jurídico-sociais: uma análise sob a luz da teoria do
agir comunicativo de J. Habermas**

Sérgio Lauria Ferreira..... 323

***Plea bargaining* à brasileira? O acordo de
não persecução penal como uma medida viável
de política criminal**

Gabriel Santana Vasco Viana..... 347

O direito humano fundamental das pessoas intersexo à autodeterminação sexual	
<i>Alessandra Torres Váz Mendes</i>	383
Eficácia e economicidade das licitações realizadas pela Procuradoria-Geral do Trabalho após a mudança da metodologia de pesquisa de preços	
<i>Michel Madureira Loures de Souza</i>	407
Responsabilidade empresarial internacional como mecanismo de tutela do direito ao trabalho decente	
<i>Raíssa Fabris de Souza</i>	447
<i>Performance bond</i> nos contratos de terceirização das atividades laborais no âmbito da Administração Pública	
<i>Vagner Gomes Alves</i>	467
Direito subjetivo à nomeação: evolução jurisprudencial e a importância do princípio da proteção à confiança para o seu reconhecimento	
<i>Rafaela Neiva Fernandes</i>	495

Terceirização como possível solução para manter a qualidade dos serviços auxiliares do MPDFT diante da redução do quadro de servidores em cenário de atingimento do limite da LRF

Francisco Barbosa dos Santos

Servidor do Ministério Público da União. Pós-graduando em Gestão Pública pela Escola Superior do Ministério Público da União.

Luciana Formiga Rodolfo Vasconcelos

Secretária Adjunta de Orçamento e Finanças do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). Professora do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e da Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) nos cursos de Gestão do Orçamento Público e Gestão Orçamentária e Financeira. Conteudista e tutora da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Mestra em Educação pela Universidade Cidade de São Paulo (UNICID). Pós-graduada em Contabilidade e Auditoria Governamental pela Universidade de Brasília (UnB).

Resumo: O volume do gasto com pessoal do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios aproxima-se a cada ano da ultrapassagem do limite estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal. O presente artigo tem por objetivo demonstrar que a contratação de empresa para terceirização dos serviços auxiliares da instituição seria medida hábil – porém contrária ao interesse público – para atender à demanda por pessoal na hipótese de incidência da disposição legal que subordina o ajuste do gasto com pessoal à perda por servidores estáveis dos cargos que ocupam. Demonstrada a inconformidade institucional dessa medida, é recomendável o estudo de

outras alternativas para melhoramento da gestão do gasto com pessoal desse órgão da função *ministério público* no âmbito da União.

Palavras-chave: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Volume de gasto com pessoal. Extrapolação do limite. Lei de Responsabilidade Fiscal. Terceirização. Interesse público.

Abstract: The volume of expenditure with staff of the Public Prosecution Service of the Federal District and Territories approximates each year the extrapolation of the limit established by the Fiscal Responsibility Law. The objective of this paper is to demonstrate that the hiring of a company for outsourcing the auxiliary services of the institution would be a skillful action, but contrary to the public interest, to meet the demand for staff in the hypothesis of incidence of the legal provision that subordinates the adjustment of staff expenses to the loss by steady servants of the positions they occupy. Having demonstrated the institutional nonconformity of this action, it is advisable to study other alternatives to improve the management of the expenditure of this agency's personnel in the public ministry function within the Union.

Keywords: Public Prosecution Service of the Federal District and Territories. Staff expenditure volume. Limit extrapolation. Fiscal Responsibility Law. Outsourcing. Public interest.

Sumário: 1 Introdução. 2 Referencial teórico. 3 Os efeitos da extrapolação dos limites da LRF para o MPDFT. 3.1 A situação econômica do Brasil e a política fiscal de contenção de gastos. 3.2 A necessidade de revisão da interpretação do art. 18 da LRF. 4 Terceirização do serviço público: viabilidade de sua implementação como substituta dos serviços auxiliares no âmbito do MPDFT. 4.1 Execução indireta do serviço público. 4.2 O interesse público inviabiliza a terceirização quando se trata de Ministério Público. 5 Considerações finais.

1 Introdução

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) poderá enfrentar a redução do quadro de pessoal dos serviços auxiliares, e será preciso tomar decisões que venham a garantir

a eficiência administrativa e a consequente efetividade dos produtos finais da missão institucional, que é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos direitos difusos, sociais e individuais indisponíveis, enfim, a satisfação do interesse público.

Figurando como função de Estado, essencial à efetivação da justiça, a instituição Ministério Público tem a necessidade de expandir o seu ferramental administrativo na proporção do crescimento da população do Distrito Federal, uma vez que, na mesma proporção, tendem a crescer os casos concretos de conflitos de interesse nos quais se devem fazer efetivas as funções de fiscal da lei e de defensor da sociedade desempenhadas por essa instituição. Sendo assim, quanto maior a defasagem entre o crescimento populacional e a necessidade de expansão, menor, por conseguinte, a efetividade do Ministério Público na resposta às demandas da população por justiça, por paz social.

A situação-problema da redução do quadro de pessoal do MPDFT poderá ocorrer pelas seguintes hipóteses:

1. Pelos efeitos da extrapolação dos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) em um cenário de:

- a. economia em recessão e baixa arrecadação tributária; e (ou)
- b. aumento do volume da despesa com a folha de pagamento:
 - I. via reajuste da remuneração; e (ou)
 - II. excesso de contingente.

2. Pelos efeitos da contenção de gastos públicos.

Observe-se que tanto a extrapolação dos limites da LRF como a contenção de gastos públicos comprometem a sobredita expansão da estrutura administrativa desse Ministério Público, evidenciando a urgência em formular política de gestão administrativa voltada para a prevenção dos efeitos, o que exigirá dos gestores do órgão maior foco na racionalização da aplicação dos recursos disponíveis. E a racionalização da aplicação de recursos públicos é tema essencial da gestão pública.

Justifica-se o empreendimento do presente estudo diante da verificabilidade das hipóteses levantadas para a situação-problema identificada, qual seja, redução do quadro de pessoal dos serviços auxiliares do MPDFT e conseqüente defasagem entre a demanda da população do DF por promoção de justiça e a oferta de estrutura pelo MPDFT.

O objetivo geral deste artigo é verificar se a contratação de empresa para terceirização dos serviços auxiliares do MPDFT seria uma alternativa hábil para atender a demanda por pessoal, considerando-se o interesse público.

Especificamente, procurou-se fazer levantamento bibliográfico de trabalhos que abordam a temática da terceirização do serviço público; identificar se há equívoco na apuração do índice de comprometimento da Receita Corrente Líquida (RCL) que possa vir a causar redução do contingente de servidores do MPDFT; e, adicionalmente, sugerir soluções que a pesquisa indique para o melhoramento da gestão dos gastos com pessoal do órgão.

Para tanto, buscaram-se, na legislação, parâmetros para estabelecer premissas e, na produção científica já publicada, referência para firmar o entendimento acerca das nuances do tema, com o fim último de contribuir com sua discussão, a título de sugestão de solução.

O método de pesquisa escolhido foi o exploratório. No ambiente literário e legislativo, buscou-se descrever e classificar os fatos e eventos que já foram investigados, bem como opiniões sobre o tema que já foram ou ainda estão por serem refutadas, a fim de se contribuir para o assentamento das ideias correlatas ao objeto da pesquisa.

Inicialmente, analisaram-se os efeitos da extrapolação dos limites da LRF para o MPDFT, destacando-se a influência direta da situação econômica do Brasil e a política fiscal de contenção de gastos, bem como a necessidade de revisão da interpretação do art. 18 da LRF. Em seguida, estudaram-se os detalhes da terceirização do serviço público, tendo como interesse a verificação da viabilidade de sua implementação como substituta dos serviços auxiliares no âmbito do

MPDFT. Verificou-se ainda se o interesse público, como objetivo maior da instituição Ministério Público, inviabiliza essa terceirização.

2 Referencial teórico

No decorrer da pesquisa, constatou-se que o tema da terceirização era assunto bastante específico e restrito ao campo do Direito do Trabalho, que é ramo do direito privado, mas o advento da Lei n. 13.429/2017 trouxe a novidade de contemplar também o universo do serviço público, ínsito no campo do Direito Administrativo.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2015, p. 473), terceirização:

Resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Não se trata, seguramente, de terceiro, no sentido jurídico como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa.

Diante de um contexto de deterioração fiscal, marcado pela falta de crescimento econômico, pela queda de arrecadação tributária e pelo pagamento de juros, conforme comentário de Laura Carvalho (2018, p. 120), foi que, em 13 de dezembro de 2016, a Emenda Constitucional n. 95 (EC n. 95/2016) foi aprovada. Sua proposta é limitar o crescimento das despesas públicas e viabilizar a sustentabilidade da dívida pública, conforme a exposição de motivos da respectiva Proposta de Emenda Constitucional n. 241/2016:

A raiz do problema fiscal do Governo Federal está no crescimento acelerado da despesa pública primária. No período 2008–2015, essa despesa cresceu 51% acima da inflação, enquanto a receita evoluiu apenas 14,5%. Torna-se, portanto, necessário estabilizar o crescimento da despesa primária, como instrumento para conter a expansão da dívida pública. Esse é o objetivo desta Proposta de Emenda à Constituição¹.

1 Trecho da Exposição de Motivos EMI n. 00083/2016 MF MPDG, constante na PEC n. 241/2016, disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351>.

Nesse contexto econômico, sob o signo da limitação de gastos, é que foi editado o Decreto n. 9.507/2018, que regulamenta a matéria da Lei n. 13.429/2017, no que se refere à terceirização das atividades administrativas no setor público.

Mostrou-se imprescindível tocar, ainda que de passagem, na questão da autonomia do Ministério Público para que se fizesse com maior propriedade o cotejo entre a adoção da terceirização dos serviços auxiliares e o interesse público, uma vez que é esse princípio, a autonomia administrativa do MP, a salvaguarda da atuação ministerial na persecução do interesse público, para o que Pedro Roberto Decomain (1996, p. 23) assevera:

[...] No terreno administrativo, a autonomia na gestão dos assuntos internos é princípio que se destina precisamente a consagrar a independência da Instituição, inclusive frente a outros setores da Administração Pública, de modo que não fique adstrita à vontade de estranhos, de sorte a sofrer indevidas ingerências na condução de suas tarefas institucionais.

3 Os efeitos da extrapolação dos limites da LRF para o MPDFT

Os gastos com pessoal do MPDFT aproximam-se do limite posto na LRF, qual seja, 0,092%² da RCL, e a extrapolação de 95% desse limite – verificado a cada final de quadrimestre – tem por efeito o previsto no inciso IV do parágrafo único do art. 22 da LRF³. No ensejo, o Relatório de Gestão Fiscal (RGF) apurado

2 Vide nota de rodapé 5 deste artigo.

3 Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF): “Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos arts. 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre. Parágrafo único. *Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso: [...] IV – provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, ressalvada a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança; [...]*” (Grifos nossos).

no 2º quadrimestre de 2019⁴ já traz a despesa total com pessoal do MPDFT com 91%⁵ dos referidos 95%.

Ultrapassando esse limite, se a administração do MPDFT não conseguir eliminar o excedente nos dois quadrimestres seguintes (art. 23, LRF)⁶, serão adotadas as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da CRFB/1988⁷, entre as quais, a da impossibilidade

4 Portal da Transparência do MPDFT. Disponível em: http://www.mpdft.mp.br/transparencia/arquivos/responsabilidadeFiscal/2019_relatorio_gestao_fiscal_2.pdf.

5 Em obediência ao previsto no art. 21 da CRFB/1988 e no art. 31, *caput*, da EC n. 19/1998, são custeados pela União o pessoal das funções de Estado, Ministério Público, Judiciária, Defensoria Pública no âmbito do Distrito Federal, além do pessoal dos cargos em extinção das ex-autarquias territoriais Roraima e Amapá. Consta da LRF o limite da RCL de 3%, em que devem se conformar esses gastos. Saliente-se que, enquanto a despesa com os primeiros tende a aumentar, a com o pessoal dos cargos em extinção das ex-autarquias territoriais tende a diminuir e a se extinguir em algum momento. Por essa razão, à medida que parte do seu percentual-limite vai se tornando ociosa, essa vai sendo incorporada aos limites dos primeiros. Foi nesse contexto que o Decreto n. 10.120, de 21 de novembro de 2019, alterou o Decreto n. 3.917/2001, elevando o limite de 0,092% para 0,133%, para o MPDFT. O RGF do terceiro quadrimestre de 2019, ainda não publicado até o momento de redação deste artigo, já contemplará esse novo limite e, então, o volume do gasto com pessoal representará, nesse próximo RGF, em torno de 54% dos tais 95%. Todavia, depreende-se do exposto que o procedimento de se distribuir o saldo ocioso da cota-limite dos ex-territórios é um recurso com o qual a Administração não poderá contar por tempo indeterminado.

6 LRF: “Art. 23. Se a despesa total com pessoal, do Poder ou órgão referido no art. 20, ultrapassar os limites definidos no mesmo artigo, sem prejuízo das medidas previstas no art. 22, o *percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres seguintes*, sendo pelo menos um terço no primeiro, *adotando-se, entre outras, as providências previstas nos §§ 3º e 4º do art. 169 da Constituição*” (Grifos nossos).

7 CRFB/1988: “Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios *não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar*. [...] § 3º Para o cumprimento dos limites estabelecidos com base neste artigo, durante o prazo fixado na lei complementar referida no *caput*, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adotarão as seguintes providências: I - *redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança*; II - *exoneração dos servidores não estáveis*. [...] § 4º Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um

do ingresso de mais servidores e até a perda de cargo pelo servidor estável – e não estável.

3.1 A situação econômica do Brasil e a política fiscal de contenção de gastos

No Brasil, é corrente na mídia jornalística a regra da ineficiência no emprego dos recursos públicos, por um lado, e a da inefetividade do serviço público, por outro. Contudo, é possível apontar exemplos de órgãos de Estado que contrariam essa regra. Um desses exemplos é o do MPDFT, que, como todo órgão de Estado, depende da arrecadação de tributos para desenvolver suas atividades e projetos na persecução do interesse público.

Segundo o Relatório de Mercado Focus⁸ (Banco Central do Brasil), de 17 de janeiro de 2020, o Brasil fechou o ano de 2019 com um déficit primário (relação deficitária entre dívida pública e Produto Interno Bruto) de 1,10%. Retrospectivamente, 2017 fechou em 1,90% e 2016, em 2,47%. Prospectivamente, esse índice cairá para 0,60% em janeiro de 2021, porém com tendência de aumento.

A propósito, a estrutura administrativa federal – em que se encontra o MPDFT e seus congêneres, a saber, o Ministério Público Federal (MPF), o Ministério Público do Trabalho (MPT) e o Ministério Público Militar (MPM) – teve a despesa corrente num crescendo de R\$ 133 bilhões para R\$ 1,15 trilhão entre 1997 e 2015, segundo dados do Tesouro Nacional e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁹ – um crescimento de mais de 864%. No mesmo período, a inflação, medida pelo Índice de Preços ao Consumidor (IPCA), do IBGE, subiu 306%. Uma das medidas aprovadas na gestão do governo Michel Temer para conter

dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal” (Grifos nossos).

8 Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/focus/focus/R20200117.pdf>.

9 Disponível em: <https://www.politize.com.br/teto-de-gastos-publicos-infografico/>. Acesso em: mar. 2020.

a expansão desses gastos – entre os quais os obrigatórios, tais como os com a folha de pagamento de pessoal – foi o novo regime fiscal no âmbito dos orçamentos fiscais e da seguridade social da União, aprovado com *status* constitucional, que vigorará por vinte anos. Trata-se da Emenda Constitucional n. 95/2016, com previsão de alteração do método de correção dos limites de gasto somente após dez anos – em 2027¹⁰.

Por tudo isso é que o Tribunal de Contas (TCU), em 13 de junho de 2018, alertou, na Ata n. 21¹¹ (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2018, p. 197-198), na ocasião do julgamento das contas de 2017 do referido governo, que somente a mudança do cenário econômico – de recessão (desde 2014) para expansão da economia – livrará os governos seguintes de ultrapassarem esses limites já em 2024, tendo que se endividarem para pagar despesas correntes.

E a mudança nesse cenário somente acontecerá se os próximos governos fizerem reformas estruturantes na questão fazendária, que possam gerar um círculo virtuoso na economia do País. Reformas que passam por melhoramento da gestão do gasto público, as quais, combinadas com o combate efetivo à sonegação fiscal, poderão influenciar positivamente o grau de confiança na economia brasileira¹² e atrair mais aportes de recursos para empreendimentos no País, o que fará crescer o volume das transações comerciais e financeiras e alavancará a abertura de mais postos de trabalho. Assim acontecendo – no que se refere ao fator *arrecadação tributária* –,

10 Emenda Constitucional n. 95/2016: “Art. 108. O Presidente da República poderá propor, a partir do décimo exercício da vigência do Novo Regime Fiscal, projeto de lei complementar para alteração do método de correção dos limites a que se refere o inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”.

11 Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2018_21.pdf. Acesso em: mar. 2020

12 Grau de investimento, ou *investment grade*, é uma nota atribuída aos países por agências de classificação de risco e que indica, grosso modo, a capacidade que os países têm de pagar suas dívidas internas e externas. As principais agências em operação hoje no mundo são: Fitch Ratings; Moody’s; e Standard & Poor’s.

o MPDFT afastar-se-á dos efeitos dos §§ 3º e 4º do art. 169 da CRFB/1988, conforme se depreende da referida ata¹³.

3.2 A necessidade de revisão da interpretação do art. 18 da LRF

Importa observar que a aplicação do § 4º do art. 169 da CRFB/1988 enseja controvérsia quando dispõe que deverão ser especificados “a atividade funcional e o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal”, pois dele se depreende que, se a referida extrapolação ocorrer no MPDFT, o servidor que ali esteja lotado é quem será demitido. Ocorre que, diferentemente do que se dá, por exemplo, com o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) – órgão do Poder Judiciário junto ao qual o MPDFT atua –, há a realização de concurso de admissão para provimento de cargos do MPU, e não do MPDFT, sendo aqueles, portanto, lotados originariamente na Secretaria do MPU¹⁴.

Deve-se ainda considerar que a despesa total com pessoal, para efeito da composição da base de cálculo para a aferição do índice de comprometimento da RCL, inclui a despesa com a folha de pagamento dos *membros de Poder*. Tem sido esse o entendimento da redação do art. 18 da LRF¹⁵.

13 “Discute-se, portanto, a necessidade de eventual aperfeiçoamento da legislação, bem como a adoção das medidas estruturantes necessárias à obtenção do equilíbrio fiscal, de forma a conferir ao dispositivo constitucional que trata da ‘Regra de Ouro’ a eficácia requerida para o controle do endividamento da União, uma vez que o ajuste fiscal necessário para o cumprimento da regra nos próximos anos poderá inviabilizar o alcance de atividades e programas governamentais, em face da conjuntura econômica e fiscal adversa” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2018, p. 189).

14 Lei Complementar n. 75/1993: “Art. 35. A *Secretaria do Ministério Público da União* é dirigida pelo seu Diretor-Geral de livre escolha do Procurador-Geral da República e demissível *ad nutum*, incumbindo-lhe os serviços auxiliares de apoio técnico e administrativo à Instituição. Art. 36. O pessoal dos *serviços auxiliares* será organizado em *quadro próprio* de carreira, sob regime estatutário, para *apoio técnico-administrativo adequado às atividades específicas* da Instituição” (Grifos nossos).

15 LRF: “Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como *despesa total com pessoal*: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e

Esse fato não teria maior importância em um cenário de estabilidade econômica, mas ganha relevo em um cenário de recessão da economia, déficit público, baixa arrecadação tributária e Emenda Constitucional n. 95/2016, haja vista que reduz a margem de crescimento da despesa com pessoal e aproxima o órgão da extrapolação do limite em questão.

Partindo-se das peculiaridades de ambas as categorias de agentes públicos, haveria, a princípio, uma inconsistência jurídica a ser considerada. Isto porque, numa eventual extrapolação do limite de 0,133%¹⁶ da Receita Corrente Líquida, os ajustes previstos nos §§ 3º, II, e 4º do art. 169 da CRFB/1988 não se aplicariam aos membros da instituição, impassíveis de exoneração por serem agentes políticos detentores da garantia da vitaliciedade, mas, sim, ao contingente dos serviços auxiliares do MPDFT, por serem endereçados exclusivamente aos agentes administrativos.

Tendo em vista o que foi considerado, não há, para efeito de apuração do índice de comprometimento da RCL, outro argumento que suplante a força cogente do princípio aristotélico da igualdade (ou equidade), que diz ser “a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade”¹⁷, princípio que permeia todo o ordenamento jurídico e se encontra na sua feição formal no art. 5º, *caput*, da *Lex Mater*¹⁸, simplesmente porque o

os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência” (grifos nossos).

16 Vide nota de rodapé 5 deste artigo.

17 “E, mesmo, é esse o motivo por que nem todas as coisas são determinadas pela lei: em torno de algumas é impossível legislar, de modo que se faz necessário um decreto. Com efeito, quando a coisa é indefinida, a regra também é indefinida, como a régua de chumbo usada para ajustar as molduras lésbicas: a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, exatamente como o decreto se adapta aos fatos” (ARISTÓTELES, 2019, posição 1910).

18 CRFB/1988: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a invio-

legislador e o intérprete da regra, a quem cabe discriminar e aplicar a discriminação, respectivamente, não podem fazê-lo sem um fator de *discrimen* justo, conforme assevera Hans Kelsen, e Pimenta Bueno arremata (ambos citados por Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu opúsculo *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade* – BANDEIRA DE MELLO, 2003, p. 16-18):

A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania.

Portanto, esse entendimento atual do art. 18 da LRF, pelo qual as folhas de pagamento de membros da instituição e de servidores do MPU devem ser somadas na base de cálculo que apura o índice de comprometimento da RCL e que, em última análise, daria causa ao desmantelamento de um corpo profissional gabaritado para o auxílio da instituição no cumprimento de sua missão constitucional, não seria o melhor entendimento nos termos do ordenamento jurídico brasileiro, calcado no princípio da isonomia, entre outros princípios basilares.

4 Terceirização do serviço público: viabilidade de sua implementação como substituta dos serviços auxiliares no âmbito do MPDFT

4.1 Execução indireta do serviço público

Importa assim mencionar que, em 1967, um diploma legal de essencial importância para o Direito Administrativo, o Decreto-Lei n. 200 (DL n. 200/1967) – que dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências – reafirma o que vinha sendo posto nas Constituições Federais de 1934 e 1946 acerca da desoneração do Estado prestador direto de serviços públicos.

labilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]”.

Foi ao reafirmar tal diretriz constitucional em um texto legal, porém da lavra do chefe do Poder Executivo, que o Estado declarou a sua intenção de dar concretude ao primado da eficiência e efetividade, bem como da economicidade (art. 10, § 7º, DL n. 200/1967)¹⁹.

A importância desse dispositivo está no fato de o cenário político de 1967 ser identificado como de estatização, e, ainda assim, a ideia do *Estado mínimo*, que tem na descentralização dos serviços públicos um exemplo, foi privilegiada em um diploma legal de valor teleológico tão relevante para o Direito Administrativo, o que impediu o crescimento dispendioso ainda maior da máquina estatal, contratando com terceiros particulares, por conta e risco desses, a exploração de serviços públicos, até então na forma de concessão – somente na Constituição de 1988 (art. 175, *caput*)²⁰, a Administração Pública foi autorizada a terceirizar também na forma de permissão.

Na esteira do DL n. 200/1967 é que foi editada a Lei n. 5.645/1970 – diploma legal que regeu a carreira do serviço público da União até o advento da Lei n. 8.112/1990 –, a qual previa a substituição da mão de obra efetiva estatutária/CLT pela prestação de serviços contratados com pessoa jurídica de direito privado alheia à organização estatal (art. 3º, Lei n. 5.645/1970)²¹.

19 Decreto-Lei n. 200/1967: “Art. 10. [...] § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará *desobrigar-se da realização material de tarefas executivas*, recorrendo, sempre que possível, à *execução indireta*, mediante contrato, desde que exista, na área, *iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução*” (grifos nossos).

20 CRFB/1988: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de *concessão* ou *permissão*, sempre através de licitação, a *prestação de serviços públicos*” (grifos nossos).

21 Lei n. 5.645/1970: “Art. 3º Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá: [...] Parágrafo único. As atividades relacionadas com *transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas* serão, de preferência, objeto de *execução indireta*, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967” (grifos nossos).

Tendo em vista que “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público” (DI PIETRO, 2009, p. 99) é serviço público, pode-se afirmar que a expressão “terceirização do serviço público” é sinônimo de “execução indireta”. Sendo assim, essa é gênero do qual a descentralização de serviços públicos via concessões e permissões – às quais se refere o art. 1º da Lei n. 8.987/1995²² – é espécie, ao lado da terceirização da atividade-meio propriamente dita, cuja matéria prevista na já mencionada Lei n. 5.645/1970, tendo em vista o disposto no § 7º do art. 10 do DL n. 200/1967, foi regulamentada pelo Decreto n. 2.271/1997²³.

O Decreto n. 9.507/2018, já mencionado, revogou o Decreto n. 2.271/1997, limitando-se à natureza genérica dos serviços – “auxiliares, instrumentais ou acessórios” – e estabelecendo um rol de critérios de vedação, ampliando, assim, a margem de possibilidades de contratação de serviços terceirizados no âmbito da Administração Pública Federal e permitindo a contratação indireta para a execução dos serviços auxiliares, conforme a dicção, merecendo destaque o inciso IV e o § 1º do seu art. 3º, que condicionam a implementação da prática apenas às reservas legal e de responsabilidade, respectivamente²⁴.

22 Lei n. 8.987/1995: “Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos” (grifos nossos).

23 Decreto n. 2.271/1997: “Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade. § 1º As atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, copeiragem, recepção, reprografia, telecomunicações e manutenção de prédios, equipamentos e instalações serão, de preferência, objeto de execução indireta” (grifos nossos).

24 Decreto n. 9.507/2018: “Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços: I – que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle; II – que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tec-

4.2 O interesse público inviabiliza a terceirização quando se trata de Ministério Público

Segundo o mencionado § 7º do art. 10 do DL n. 200/1967, para melhor eficiência no desempenho das atividades-fim – destaque-se: *atividades-fim* – de planejamento, coordenação, supervisão e controle, além de se evitar o crescimento desarrazoado da estrutura estatal, a Administração Pública contratará com terceiros – pessoa jurídica de direito privado especializada – a realização de tarefas executivas, por conta e risco desses. Contudo, não o poderá fazer se o interesse público for, de alguma forma, prejudicado²⁵.

Portanto, pelo Decreto-Lei n. 200/1967, a incumbência da prestação dos serviços públicos será sempre do Estado, que poderá concorrer com particulares concessionários e permissionários na realização desses serviços, visando, em todo caso, precipuamente, ao interesse público. O mesmo ocorrerá com a terceirização, em que a Administração poderá contratar empresa especializada em determinado serviço de interesse público secundário – que é o interesse da Administração (JUSTEN FILHO, 2011, p. 38) –, mas sempre contido no rol das atividades-meio.

A instituição Ministério Público tem por incumbência a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CFRB/1988)²⁶. E, para

nologias; III – que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e IV – que sejam *inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade*, exceto *disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal*. § 1º *Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta*, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado. § 2º *Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de fiscalização e consentimento relacionados ao exercício do poder de polícia não serão objeto de execução indireta*” (grifos nossos).

25 Decreto-Lei n. 200/1967: “Art. 10 [...] § 8º A aplicação desse critério está condicionada, em qualquer caso, aos ditames do *interesse público* e às conveniências da segurança nacional” (grifo nosso).

26 CRFB/1988: “Art. 127. O Ministério Público é *instituição permanente*, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime demo-

tanto, sua estatura na estrutura orgânica do Estado brasileiro é a de um órgão de soberania, ao lado dos Poderes da República e dos Tribunais de Contas. Esse arranjo constitucional implica prerrogativas, quais sejam, a autonomia funcional e a autonomia administrativa e financeira.

É de interesse deste estudo a autonomia administrativa e financeira. Por essa prerrogativa, pode o Ministério Público organizar sua estrutura administrativa bem como seus serviços auxiliares, elaborar e propor ao Poder Legislativo a proposta orçamentária e o plano de carreira dos servidores públicos sob seu comando, mas observando o art. 169 da Lei Maior.

Recorde-se que, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, é comum o Ministério Público assumir a função de fiscal da lei, o que não seria viável caso não fossem atribuídas à instituição as já referidas prerrogativas, ao lado de outras contidas nos conceitos de independência funcional, indivisibilidade e unidade, princípios balizadores da função *ministério público*.

Pelo exposto, para referendar a tese da inviabilidade da contratação de serviços de empresa terceirizada para a execução dos serviços auxiliares, aqueles ora realizados por servidores no MPDFT, um parecer, por pouco abalizado que fosse, já seria digno de atenção acadêmica se apresentasse como argumento apenas o fato de o órgão representante da instituição ter como uma de suas missões a de fiscalizar os atos extroversos das polícias administrativas, judiciária e militar, e também os atos dos agentes administrativos e políticos. Missão fiscalizadora que se reflete na própria organização administrativa que lhe faculta os meios de atingimento do fim institucional e que é levada a efeito pelo labor especializado de profissionais aprova-

crático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. § 2º Ao Ministério Público é assegurada *autonomia funcional e administrativa, podendo*, observado o disposto no art. 169, *propor* ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e de provas e títulos; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento” (grifos nossos).

dos em concurso público de provas e títulos, organizados em carreira própria, capacitados para esse intuito e, portanto, comprometidos com a realização dos interesses públicos primário e secundário. E o próprio Decreto n. 9.507/2018 trata dessa hipótese (art. 21, § 2º).

5 Considerações finais

A contratação de empresa especializada em serviços administrativos para atender a possível déficit de pessoal do MPDFT, pelo que foi demonstrado, cumpre com o requisito da economicidade, haja vista que o custo da prestação do serviço de terceiros pessoa jurídica tende a ser sempre menor que o da manutenção de um quadro de pessoal estatutário. Contudo, pela natureza fiscalizadora e acusatória da instituição Ministério Público, o serviço prestado por terceiro, de quem, naturalmente, não se pode cobrar o comprometimento próprio de um servidor público, poria em risco a manutenção de sigilos próprios da função ministerial, como os objetos de diligência e perícia técnica sob responsabilidade da instituição. A terceirização dos serviços auxiliares não estaria, por isso, contemplada pelo interesse público – corolário dos princípios da indisponibilidade e da impessoalidade no trato com a coisa pública.

Isto posto, para a manutenção da eficiência e eficácia na entrega da promoção da justiça à população do Distrito Federal, tendo no horizonte a redução do contingente de auxiliares, propõem-se duas soluções que a pesquisa reputa viáveis, a saber:

I) *a interpretação do art. 18, caput, da LRF conforme a Constituição*, tendo em vista o princípio da isonomia. Ademais, pela literalidade desse artigo – que já é uma interpretação autêntica do legislador infraconstitucional –, a *despesa total com pessoal* é o *somatório dos gastos do ente da Federação*, no qual se inclui o *membro de Poder*. Com isto, para atender ao mencionado princípio, bastaria ao *ente da Federação*, na apresentação do Relatório de Gestão Fiscal do MPDFT, passar a desconsiderar, na apuração da base de cálculo do índice de comprometimento da RCL, a despesa com a folha de pagamento do membro da instituição. Desta forma, esse relatório prestigiará a situação de *discrimen* apontada nesta pesquisa.

II) *o redimensionamento do quadro de pessoal*. Com a adoção cada vez mais comum dos meios tecnológicos de telemática, a racionalização das rotinas de trabalho, seja processual, seja cartorial, tenderá a simplificar a produção e a entrega de serviços. Estudos podem ser realizados no sentido de se instituir uma comissão de servidores em cada unidade administrativa, promotória e procuradoria, respeitando-se sempre as peculiaridades e a natureza do papel de cada setor, para produção de um relatório conclusivo que contenha sugestões-piloto de reorganização das forças laborais disponíveis e, se for o caso, remanejamento de pessoal, obedecendo-se, em todo caso, a qualificação profissional e as condições individuais do servidor.

A combinação de ambas as soluções – é o que se conclui desta pesquisa –, permitirá ao MPDFT manter o padrão de excelência na promoção da justiça no Distrito Federal, uma vez que haverá espaço orçamentário para expansão e modernização do parque administrativo, acompanhada de política remuneratória de atração e retenção de talentos para o âmbito dos seus serviços auxiliares.

No labor desta pesquisa, o que também se revelou foi que a perspectiva de redução do quadro dos serviços auxiliares do MPDFT está relacionada a uma mudança de cultura em relação ao serviço público por parte da sociedade, que banca a coisa pública com os tributos e tem-se mostrado mais interessada pela vida política do País. O cidadão comum, razoavelmente bem informado, não mais tolera no agente público os vícios da desídia, do desleixe, da negligência, da desonestidade, nem o amadorismo, nem o empirismo, nem a paralisia, nem a aversão ao risco, nem a burocracia pela burocracia. A sociedade, cada vez mais exigente, a cada dia tolera menos o corporativismo e o culto aos privilégios do agente público – que é o cuidador da coisa pública, a qual existe para servir a ela, a sociedade como um todo.

Esta pesquisa revelou, ainda, que a profissão de agente público nos próximos dez anos já terá reduzido o seu contingente. Contingente esse que terá o desafio de responder à demanda da sociedade com o mesmo profissionalismo, proatividade, criati-

vidade e especialização técnica e científica de um entregador de valor do setor privado, e com grau satisfatório de qualidade.

Portanto, desse corpo reduzido de profissionais talentosos devotados ao terceiro setor da economia nacional, na especialidade *serviço público*, não se esperará inteligência nem qualidades incomuns. Bastar-lhes-á saber desenvolver as capacidades de discernimento e de compreensão de que a coisa pública não é um fim em si mesma; de pensar a organização administrativa como uma agência produtora e entregadora de valor público, considerando-a de fora para dentro, globalmente e não localmente; de comunicação eficiente e efetiva com o cidadão, com a mídia, com os movimentos sociais, com o terceiro setor e com a classe política; de serem mais proativos, isto é, de saberem tomar decisões com autonomia, equilibradamente, ao mesmo tempo em que saibam compartilhá-las, e estar à disposição para delas prestar contas.

Enfim, por ser o princípio da moralidade um dos princípios da gestão pública mais caros à República, esses novos agentes públicos – gestores por excelência – deverão ter desenvolvida em seu caráter a cultura da transparência, já que o pressuposto da honestidade tem sido a principal exigência da sociedade em relação à conduta desses agentes.

Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: LeBooks, 2019. Edição Kindle. (Coleção Filosofia).

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Focus Relatório de Mercado*: expectativas de mercado. 17 jan. 2020. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/focus/focus/R.20200117.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2020.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BLUME, Bruno André. Como funciona o teto dos gastos públicos? *Politize!*, [S. l.], 8 jul. 2016. Disponível em: Teto de gastos públi-

cos: <https://www.politize.com.br/teto-de-gastos-publicos-infografico/>. Acesso em: 9 jan. 2020.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e C., 1857.

CARVALHO, Laura. *Valsa brasileira: do boom ao caos econômico*. São Paulo: Todavia, 2018.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público: Lei nº 8.625, de 12.02.1993*. Florianópolis: Fórum, 1996.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTR, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Fórum, 2011.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Portal da transparência: Lei de Acesso à Informação. Gastos com pessoal conforme a Lei de Responsabilidade Fiscal. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/transparencia/index.php?item=inicio>. Acesso em: 28 fev. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Secretaria das Sessões. *Ata n. 21, 13 de junho de 2018*. Presidência da sessão extraordinária: Mins. Raimundo Carreiro e José Múcio Monteiro, 26 de junho de 2018. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/CONSES/TCU_ATA_0_N_2018_21.pdf. Acesso em: 9 jan. 2020.

Mecanismos de *accountability* horizontal e confiança pública no desempenho organizacional

Nayaria Cristina Lima dos Santos

Técnica do Ministério Público da União lotada na Procuradoria Regional do Trabalho da 22^a Região. Especialista em Gestão Pública pela Faculdade Integrada AVM.

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar a atuação das instituições de *accountability* horizontal brasileiras no aumento da confiança pública no desempenho governamental. Primeiramente, traz os principais conceitos sobre *accountability* e identifica suas dimensões: horizontal e vertical. Também traz os conceitos de confiança e aborda o que leva a sociedade a ter confiança no desempenho governamental. Após, verifica como atuam as instituições de *accountability* horizontal no País, principalmente quanto aos controles institucionais, por meio dos quais se busca responsabilizar os governos por seus atos diante do público, combater a corrupção e contribuir para formulação de políticas públicas. Por fim, demonstra a importância da atuação das instituições de *accountability* horizontal na formação da opinião pública, uma vez que os cidadãos têm mais informações para avaliar se os agentes públicos são capazes de responder às suas expectativas.

Palavras-chave: *Accountability*. Controle. Responsabilidade. Prestação de contas. Transparência e confiança.

Abstract: This paper aims to analyze the performance of Brazilian horizontal accountability in increasing public confidence in government institutions performance. First, it brings the main concepts of accountability and identifies its dimensions: horizontal and vertical. Also brings the concepts of trust and addresses what leads society to have confidence in government performance. Afterwards, it verifies the actuation of institutions of horizontal

accountability in the country, especially as institutional controls, through which it seeks to hold governments accountable for their actions before the public, fight corruption and contribute to policy-making. Finally, it demonstrates the importance of the role of horizontal accountability institutions in shaping public opinion, since citizens have more information to assess whether public officials can meet their expectations.

Keywords: Accountability. Control. Responsibility. Accountability. Transparency and trust.

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceitos e dimensões de *accountability*. 3 Mecanismos de *accountability* horizontal no Brasil. 4 Confiança pública. 5 *Accountability* e confiança no desempenho organizacional. 6 Prestação de contas e transparência e opinião pública. 7 Combate à corrupção e opinião pública. 8 Implementação de políticas públicas e opinião pública. 9 Conclusão.

1 Introdução

Este artigo tem como tema a relação entre a atuação das Instituições de *accountability* horizontal no Brasil e a confiança pública no desempenho organizacional.

As reformas do aparelho do Estado em diversos países, a partir da segunda metade do século XX, buscavam implantar a administração gerencial como resposta à crise social do Estado. Segundo Bresser-Pereira (1997), a crise do Estado teve início nos anos 1970, devido ao descontrole fiscal, à redução nas taxas de crescimento econômico, ao aumento de desemprego e aos elevados índices de inflação, que dificultavam ao Estado conseguir atender às demandas da sociedade, que cresceram diante do sucesso da política de bem-estar aplicada no pós-guerra.

Assim, os governos precisavam de eficiência, o que não era proporcionado pelo modelo burocrático, uma vez que priorizava exageradamente os controles de processos em detrimento do alcance de resultados e, conseqüentemente, não dava atenção às necessidades da população.

Com a insatisfação da sociedade em relação ao modelo burocrático, começam a surgir as teorias da administração gerencial. Essas teorias ficaram conhecidas como a Nova Gestão Pública, que tem a transparência e a gestão de resultados como algumas das características propostas.

Entre os diferentes tipos de controles institucionais, por meio dos quais se busca efetivar essa transparência e gestão de resultados, está o conceito de *accountability*, sem tradução para o português, que abrange três aspectos: a obrigação do administrador público de prestar contas à sociedade; a responsabilização dele por seus atos e resultados; e sua disposição de adotar as políticas preferidas por seus governados (responsividade).

Guillermo O'Donnell (O'DONNELL, 1998 *apud* ABRUCIO; LOUREIRO, 2004) distingue duas dimensões de *accountability*, a vertical e a horizontal. A dimensão vertical é a dimensão eleitoral, que consiste na população premiar (reeleger) ou punir (eleição de adversários) um governante nas eleições. A dimensão horizontal implica a existência de instituições legalmente instituídas para o controle mútuo dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (*checks and balances*).

Os mecanismos de *accountability* horizontal podem ser: controles administrativos, exercidos pelos próprios Poderes sobre seus atos e agentes; controles legislativos, representados pelo apoio ou pela rejeição às iniciativas do Poder Executivo nos legislativos; controles de contas, que fiscalizam as contas públicas, subsidiando os legislativos; e controles judiciários, que objetivam coibir abusos contra o patrimônio público e do exercício do poder pelas autoridades.

No Brasil, a redemocratização trouxe a necessidade de mudanças do aparato burocrático e do papel do Estado que possibilitassem a responsabilização do Poder Público perante a sociedade. Assim, constitucionalmente e legalmente, foi constituída uma complexa rede de instituições de *accountability* horizontal, envolvendo o Executivo, o Legislativo, o Judiciário e o Ministério Público.

No entanto, o que se observa, geralmente, é que essas instituições de *accountability* horizontal atuam mais preocupadas com a pro-

bilidade dos gestores públicos e com o combate à corrupção. Elas não vislumbram que podem estabelecer e reforçar a confiança pública no desempenho governamental, envolvendo os cidadãos na melhoria do serviço público e no controle da qualidade das políticas públicas.

Dessa forma, os estudos sobre *accountability* se direcionam mais para a relevância das instituições de *accountability* horizontal no controle *a posteriori* dos gastos de recursos públicos.

O Sistema de Controle Interno do Poder Executivo, o Poder Legislativo, juntamente com o Tribunal de Contas da União ou Tribunais de Contas Estaduais ou Municipais, onde houver, e o Ministério Público atuam como mecanismos de controle da Administração Pública, mas atuam mais no combate à corrupção do que no controle da qualidade das políticas governamentais.

Diante das informações obtidas na execução de suas atribuições, essas instituições têm elementos que podem contribuir para a Administração Pública buscar modernidade e qualidade para os serviços prestados à população, uma vez que podem cobrar dos governos não apenas a eficiência na alocação de recursos mas também que sejam mais responsivos às demandas da sociedade.

As políticas públicas implementadas pelos governos podem ser mais coerentes com as demandas da sociedade quando existem instituições que os obrigam a prestar contas de suas decisões ao Legislativo, ao Judiciário, ao Ministério Público e à sociedade, uma vez que a formulação de políticas públicas não será centralizada no âmbito do Poder Executivo, pois envolverá a participação de diversas instituições democráticas.

Por sua vez, a opinião pública depende do acesso à informação e à documentação dos atos dos governantes. Porque, diante dessas informações, a sociedade pode verificar se as instituições funcionam conforme o estabelecido legalmente e, realizando efetivamente suas funções, estas tenderiam a gerar confiança dos cidadãos, enquanto aquelas cujo desempenho contraria ou frustra suas funções teriam baixos níveis de confiança ou total desconfiança.

Conclui-se, então, que a abordagem do presente tema se justifica pela sua relevância, aplicabilidade e atualidade, ainda mais,

considerando-se que o tema *accountability* está diariamente presente na mídia, bem como em discussões entre membros da sociedade, mesmo inconscientemente.

Ressalta-se que, devido ao seu caráter essencialmente bibliográfico, este artigo será fundamentado em estudos publicados sobre o tema.

2 Conceitos e dimensões de *accountability*

A partir da segunda metade do século XX, a crise social do Estado levou diversos países a implantarem a administração gerencial ou nova gestão pública em substituição ao modelo burocrático. Esse novo modelo de gestão é caracterizado principalmente pela busca por maior governança, controle por resultados e *accountability* (SANO, 2003).

O termo *accountability* vem do latim *ad* e *computare*, que significa contar para, prestar contas a. A palavra não tem uma tradução para o português. Segundo Sano (2003), na literatura, o termo *responsabilidade* é o que mais se aproxima do significado original.

Fernando Filgueiras (2011, p. 67) afirma que *accountability* pressupõe uma diferenciação entre o público e o privado e, em

[u]ma ordem política democrática, se consolida e legitima mediante a responsabilização dos agentes públicos diante dos cidadãos, tendo em vista uma relação entre governantes e governados balizada no exercício da autoridade por parte dos segundos.

Para esse autor, os princípios complementares da *accountability* são: (1) a existência de um processo de justificação pública de políticas e decisões no âmbito de uma esfera pública inclusiva e autônoma; (2) a existência de um sistema de direitos que assegure, no limite dos direitos fundamentais, o *status* de participação na formação da vontade; (3) a transparência de ações, políticas e decisões do governo no limite do processo de justificação pública (FILGUEIRAS, 2011, p. 87).

No conceito de Arantes *et al.* (2010, p. 111), *accountability* são [...] os diferentes tipos de controles institucionais que podem ser acionados durante o exercício dos mandatos, por meio dos quais

se busca efetivar a prestação de contas ou responsabilização política dos governantes [...].

Segundo Fernando Abrucio e Maria Rita Loureiro (2004, p. 7), *accountability* democrática é “a construção de mecanismos institucionais pelos quais os governantes são constrangidos a responder por seus atos ou omissões perante os governados”.

Frederich Mosher (1968 *apud* CAMPOS, 1990) apresenta *accountability* como sinônimo de responsabilidade objetiva ou obrigação de responder por algo.

Para Campos (1990), a *accountability* pode ser entendida como questão de democracia, já que a cidadania organizada pode influenciar o processo de identificação de necessidades e canalização de demandas, bem como cobrar melhor desempenho do serviço público.

Nesse sentido, Fernando Filgueiras (2011, p. 67) diz que

[u]ma ordem política democrática se consolida e legitima mediante a responsabilização dos agentes públicos diante dos cidadãos, tendo em vista uma relação entre governantes e governados balizada no exercício da autoridade por parte dos segundos.

Conforme Fernando Abrucio e Maria Rita Loureiro (2004), existem três formas de *accountability* democrática. A primeira diz respeito ao processo eleitoral, por meio do qual os eleitores podem recompensar ou punir seus representantes. A segunda forma de *accountability* se refere ao conjunto de instituições de controle intra-estatal (os chamados *checks and balances*) que fornecem os mecanismos de fiscalização contínua dos representantes eleitos – durante o exercício de seus mandatos – e da alta burocracia com responsabilidade decisória. A terceira forma de *accountability* democrática relaciona-se à criação de regras estatais intertemporais, pelas quais o poder governamental é limitado em seu escopo de atuação, a fim de se garantirem os direitos dos indivíduos e da coletividade que não podem simplesmente ser alterados pelo governo de ocasião.

Segundo Sano (2003), a *accountability* tem duas dimensões: vertical e horizontal. A dimensão vertical está representada principalmente pelas eleições, pela qual o prêmio do bom governante é a

reeleição, quando a legislação permite, e o castigo é a vitória de seus adversários políticos. E a dimensão horizontal refere-se à existência de “instituições que complementam o controle mútuo exercido entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário” (SANO, 2003, p. 38).

Para O’Donnell (1989, p. 28), a *accountability* vertical “são ações realizadas, individualmente ou por algum tipo de ação organizada e (ou) coletiva, com referência àqueles que ocupam posições em instituições do Estado, eleitos ou não”, como, por exemplo, as eleições, reivindicações sociais, entre outros. Por *accountability* horizontal, O’Donnell (1989, p. 40) entende

a existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais até o *impeachment* contra ações ou emissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser qualificadas como delituosas.

Este artigo se atentará ao estudo da *accountability* horizontal, que, como visto, consiste nos mecanismos de controle recíprocos dos Poderes, por meio dos quais o Legislativo, o Judiciário e outras agências estatais fiscalizam os governantes, de forma continuada, e não apenas episódica, durante os mandatos (ABRUCIO; LOUREIRO, 2004).

3 Mecanismos de *accountability* horizontal no Brasil

Para a efetividade da *accountability* horizontal, são necessárias agências estatais autorizadas legalmente, autônomas e dispostas a supervisionar, controlar, retificar e (ou) punir ações ilícitas de autoridades localizadas em outras agências estatais. Esses mecanismos incluem as instituições do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, e várias agências de supervisão, como os *ombudsmen* e as instâncias responsáveis pela fiscalização das prestações de contas (O’DONNELL, 1989, p. 42-43).

No Brasil, a *accountability* horizontal, entre instâncias de poder, pode ser notada nas ações do Ministério Público, dos Tribunais de Contas e do Judiciário, além das do próprio Parlamento (ABRUCIO; LOUREIRO, 2004).

O controle parlamentar na Administração Pública é exercido por meio de fiscalização orçamentária, da participação na nomeação de integrantes da alta burocracia, da instauração de comissões de inquérito para averiguar possíveis equívocos em políticas públicas e (ou) atos de improbidade administrativa. Para tanto, é necessário que o Parlamento tenha um conjunto de capacidades institucionais no tocante às competências legais, à autonomia financeira e à qualidade de seu corpo técnico (ARANTES *et al.*, 2010).

Todavia, o controle exercido pelo Legislativo sobre o Executivo não é uma rotina devido à fragilidade do primeiro diante do segundo. Na verdade, o Legislativo exerce um controle político-partidário das ações do Executivo, e não um controle sobre a Administração Pública, talvez porque a atuação oposicionista seja a principal motivação da *accountability* horizontal (ARANTES *et al.*, 2010).

O controle exercido pelos Tribunais de Contas objetiva verificar se o Poder Público efetuou as despesas da maneira como fora determinado pelo orçamento e pelas normas legais mais gerais, tendo como ponto central a probidade, sendo a finalidade não permitir o mau uso dos recursos públicos e, sobretudo, a corrupção. E também busca examinar a eficiência e a efetividade de políticas públicas, isto é, se os gastos do governo foram realizados segundo as normas legais e se produziram o resultado esperado (ARANTES *et al.*, 2010).

Por sua vez, as instituições de Justiça podem atuar em três tipos de controles: (1) o controle que tem por objetivo preservar as regras que presidem o funcionamento da *polity* democrática e asseguram a sua intertemporalidade de possíveis ações arbitrárias dos políticos; (2) o controle que incide sobre forma e conteúdo das políticas elaboradas e implementadas pelos governantes (*policies*); e (3) o controle dos ocupantes de cargos públicos, eletivos, nomeados ou de origem na carreira burocrática, no que diz respeito à sua conduta pública e administrativa (ARANTES *et al.*, 2010).

Dessa forma, o Judiciário declara a constitucionalidade ou não das leis e dos atos normativos do Executivo e do Legislativo, decide sobre as condições de exequibilidade de medidas governamentais, o que chamam de judicialização da política, e combate a corrupção, seja

como crime comum ou como ato de improbidade administrativa, por parte de políticos e administradores públicos (ARANTES *et al.*, 2010).

O Ministério Público, com a promulgação da Constituição de 1988, atua como fiscal de políticas públicas, podendo cobrar e contestar políticas implementadas pelos governos nos três níveis da Federação. Para tanto, para a defesa dos direitos difusos e coletivos, o MP dispõe do inquérito civil público e do termo de ajustamento de conduta (TAC), que “podem ser considerados expedientes de responsabilização política extrajudicial” (ARANTES *et al.*, 2010).

Assim, pode-se dizer que o Ministério Público e o Judiciário têm sido bastante atuantes no controle dos agentes estatais, sobretudo no combate à corrupção. Todavia, também têm procurado atuar no âmbito das políticas governamentais, reclamando dos agentes estatais a implementação de políticas atinentes aos “serviços de relevância pública” (ARANTES *et al.*, 2010).

Portanto, pode-se observar que as institucionais de *accountability* horizontal do Brasil não aproveitam todas as atribuições constitucionais para controlar os resultados das ações burocráticas, aumentar a transparência governamental e incrementar a possibilidade de a sociedade fiscalizar a Administração Pública.

4 Confiança pública

Segundo Susanne Lundasen (2002), há uma grande variedade de definições de confiança, já que é uma variável usada de modo tão amplo. Para a autora, os componentes fundamentais da confiança seriam o risco, a informação, as expectativas em relação ao comportamento da contraparte, a possibilidade de obter confiança dos outros e a possibilidade de ter um retorno maior se confiar.

Para Vivian Schwarz-Blum (2006), a confiança é o resultado de uma comparação entre percepções das pessoas e suas expectativas e desempenha um papel essencial na percepção da legitimidade dos atos de um governo ou de um regime e, portanto, do nível de apoio ao regime e ao governo que um indivíduo pode expressar.

Fernando Filgueiras (2007, p. 879) afirma:

A confiança em instituições só pode ocorrer em contextos de alta publicidade das atividades do Estado, porquanto ela se torna um elemento central para aferir as virtudes das instituições políticas. Isto é, instituições virtuosas são aquelas que conseguem estabelecer, frente à sociedade, um contexto de confiança construído, fundamentalmente, em cima do princípio da publicidade e da proteção da autonomia privada.

Assim, a avaliação dos cidadãos em face de autoridades e de instituições envolve a percepção de como e quanto governos e instituições são capazes de responder às expectativas normativas geradas pela ordem institucional e pelos processos eleitorais (ALMOND; VERBA, 1963; STOKES, 1962; MILLER, 1974 *apud* MOISÉS, 2005).

Isso porque as regras constitutivas das instituições geram expectativas sociais a respeito de seu desempenho, assim como dos responsáveis por sua administração. Nessas condições, os julgamentos dos cidadãos para decidir confiar em instituições referem-se à performance destas, tomando por base, ao mesmo tempo, a avaliação da consistência e da coerência internas de suas normas e as avaliações estritas do comportamento individual dos seus gestores e administradores.

As instituições cujo funcionamento é compatível com a expectativa suscitada por sua justificação normativa, associada às suas funções permanentes, tenderiam a gerar a confiança dos cidadãos, enquanto aquelas cujo desempenho contraria ou frustra essa expectativa provocariam suspeição, sentimentos de distanciamento e rejeição, gerando baixos níveis de confiança política ou simplesmente desconfiança. A suposição é que as instituições funcionam bem se, coerentes com seus fundamentos legais e sua legitimidade, sinalizam imparcialidade, universalismo, probidade e justiça na relação com os cidadãos, ganhando a sua confiança e, assim, constituindo-se em referencial de seu comportamento político (GIDDENS, 1989; OFFE, 1999; NORRIS, 1999; LEVI, 1999; DURAND PONTE, 2004 *apud* MOISÉS, 2005).

Por sua vez, o direito de escolher governos assegura a participação dos cidadãos na avaliação e no julgamento que fundamenta o processo de tomada de decisões que afetam a coletividade. Entretanto, o voto *per se* não garante que aquilo que os cidadãos aspiram para si

e a coletividade se realize; cabe às instituições de representação, de justiça, de decisão e implementação de políticas públicas assegurar a distribuição de poder e, ao mesmo tempo, garantir que, entre o julgamento dos cidadãos a respeito das prioridades públicas e o processo de tomada de decisões correspondente, haja uma ligação (MOISÉS, 2005).

A existência dessas instituições implica a motivação dos cidadãos para participar de processos de tomada de decisões que afetam a comunidade a que pertencem, permitindo que ajam com vistas à realização de suas aspirações e interesses e formando a base da orientação avaliativa que assumirão sobre como e quanto governos e instituições são capazes de responder às expectativas normativas geradas pela ordem institucional (STOKES, 1962; MILLER, 1974 *apud* MOISÉS, 2005).

Portanto, a confiança pública, alicerçada no conjunto de regras, normas e valores que regulam o funcionamento das instituições, corresponderia à capacidade dessas instituições de ater-se à “verdade” dos fatos e de cumprir as promessas implicadas por suas missões.

Por sua vez, a desconfiança corresponderia à situação em que os cidadãos sentem-se desrespeitados por procedimentos institucionais ilícitos ou não autorizados, a exemplo de eleições irregulares ou fraudulentas, corrupção e comportamento antirrepublicano de governos e políticos; ou, ainda, a quando os cidadãos não encontram motivos para acreditar que instituições como as agências de serviços públicos funcionam de acordo com o fim para o qual existem ou com a eficiência necessária ao cumprimento de sua missão; e, finalmente, a quando estão convencidos de que alguns entre eles têm mais acesso a direitos civis, políticos e sociais do que outros – ao contrário do que preconizam a constituição e as leis do País (NORRIS, 1999; NYE *et al.*, 1997; LEVI, 1999 *apud* MOISÉS, 2005).

5 Accountability e confiança no desempenho organizacional

Segundo Anna Maria Campos (1990, p. 35),

o desenvolvimento da consciência popular é a primeira pré-condição para uma democracia verdadeiramente participativa e, portanto, para a *accountability* do serviço público.

Para a autora, com o amadurecimento da democracia, o cidadão passa do papel passivo, apenas de consumidor de serviços públicos e objeto de decisões públicas, para o papel ativo, que exerce o controle e cobra do governo seus direitos.

Os mecanismos e processos de *accountability* podem afetar a confiança da sociedade na conduta dos governantes e nas políticas públicas concebidas e implementadas por eles, na medida em que tornam-se uma complexa rede legalmente instituída não apenas para fiscalizar a conduta dos atores, mas têm seu papel expandido na direção de avaliar ou mesmo de intervir sobre políticas, algo que tem acontecido no Brasil nos últimos anos, por exemplo, com o Ministério Público e os Tribunais de Contas (ARANTES *et al.*, 2010).

Ao mesmo tempo em que colaboram com o aumento da confiança pública no desempenho dos órgãos fiscalizados, ao cobrarem a prestação de contas de suas ações e verificarem se realmente estão realizando os fins aos quais se destinam, as instituições de *accountability* horizontal também reforçam a confiança nos instrumentos democráticos, pois os direitos e deveres constitucionais deixam de ser “letras mortas” da constituição na visão da população.

Segundo O’Donnell (1989), o acesso a variadas fontes de informação permite articular reivindicações e mesmo denúncias de atos de autoridades públicas.

O’Donnell (1989, p. 29) também afirma:

Por outro lado, o impacto das reivindicações sociais na mídia, quando denunciam e (ou) exigem destituição ou punição por atos alegadamente ilícitos de autoridades públicas, depende muito das ações que as agências estatais propriamente autorizadas tomem para investigar e finalmente punir os delitos. Na ausência de tais ações, as reivindicações sociais e a cobertura da mídia, especialmente se forem abundantes e se referirem a temas que são considerados importantes pela opinião pública, tendem a criar um clima de insatisfação popular com o governo (e às vezes com o próprio regime), que pode obstruir suas políticas e levar à sua derrota nas eleições seguintes. Mas a insatisfação popular não necessariamente desencadeia procedimentos públicos apropriados, mesmo se a legislação existente os requer.

Para O'Donnell (1989), a fragilidade da *accountability* horizontal em muitos países é consequência da inconveniência, para o Executivo, da existência de poderes e agências autônomos em relação a ele e que têm o papel de controlá-lo, sendo que, em longo prazo, para se desincumbir das responsabilidades que considera serem de sua exclusividade, o Executivo procura eliminá-los, cooptá-los ou neutralizá-los.

Ainda segundo O'Donnell (1989), as organizações e redes internacionais também influenciam a opinião pública em questões que envolvem corrupção e usurpação e suscitam um apoio às autoridades dispostas a adotar uma *accountability* horizontal.

O autor ainda enfatiza a necessidade de uma rede de agências estatais capazes e dispostas a reforçar a *accountability* horizontal, bem como que sua efetividade depende dos tipos de *accountability* vertical. Para ele, o bom exemplo de políticos e outros líderes institucionais também é importante para gerar um apoio valioso da opinião pública e que “essas atitudes podem encorajar outros indivíduos ou agências estrategicamente colocadas”.

Quanto mais existirem instituições que obriguem a prestação de contas dos governantes à sociedade, seja combatendo a corrupção, seja trabalhando conjuntamente com os governos na formulação de políticas públicas, mais os governos serão transparentes, proporcionando informações fidedignas e fáceis de compreensão para os leigos, e, conseqüentemente, maiores serão os motivos para a população confiar na Administração Pública.

Para Camargo (1987 *apud* CAMPOS, 1990), no Brasil, há uma crise de credibilidade da nação em suas instituições devido ao isolamento em que cidadãos e legisladores foram mantidos por duas décadas de ditadura, quando deixaram de tomar parte nas decisões, e à falta de informação – ou à má informação.

Nesse contexto, Campos (1990, p. 39), afirma:

A debilidade das instituições políticas, acoplada ao baixo nível de organização da sociedade civil, explica também a má qualidade do processo de partilha de informações entre governo e sociedade. Se, por um lado, a omissão ou distorção da comunicação entre governo

e sociedade reforça a indigência política, porque compromete a possibilidade de controlar a burocracia, por outro lado essa mesma fraqueza prejudica a credibilidade governamental.

A falta de credibilidade atinge também o Congresso, visto como a casa dos privilégios. Os “representantes” parecem só preocupados com seus interesses pessoais e as conveniências de seus parentes e amigos. As promessas de campanha não são honradas nem reclamadas. Muitos eleitores não cobram de seus candidatos programas que alterem a hegemonia de grupos tradicionalmente favorecidos. Em vez disso, trocam-se votos por dinheiro e por empregos nos órgãos de administração pública esvaziando o sentido da representação política.

O funcionamento dos Partidos Políticos observa um padrão casuístico com elevada vulnerabilidade em face da orientação particularista. A visão deteriorada que o povo tem do sistema político – visto como venal e corrupto – aumenta o sentimento de impotência e reduz o nível da demanda popular sobre o sistema.

Nesse cenário de fragmentação cívica e ética das instituições da sociedade, o cidadão, individualmente, sabe que não pode esperar muito da administração pública e nem pode contar tampouco com os Poderes Legislativo e Judiciário, este último muito dependente do Executivo, até mesmo quanto a recursos financeiros.

6 Prestação de contas e transparência e opinião pública

Segundo Fernando Filgueiras (2011, p. 66), com as demandas por reformas e pelo aprofundamento da *accountability*, criou-se uma política da transparência nas democracias contemporâneas, segundo a qual as ações do Estado diante da sociedade devem ser mais transparentes e, por sua vez, mais afeitas à avaliação do público.

No Brasil, hoje, há uma crise de credibilidade nas instituições públicas. Conforme levantamento feito pela agência de comunicação internacional Edelman, em 2014, o Barômetro da Confiança demonstrou que 34% dos brasileiros confiam nos governos. Um dos motivos dessa desconfiança é a falta de transparência nas organizações burocráticas do governo.

Em geral, embora a transparência no setor público brasileiro seja prevista na Constituição Federal de 1988, na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei n. 101/2000), na Lei de Transparência (Lei n. 131/2009) e na Lei de Acesso à Informação – LAI (Lei n. 12.527/2011), os atos dos governantes não são transparentes aos cidadãos, bem como não são justificados, principalmente quando não coincidem com os interesses da coletividade. De fato, no funcionalismo público brasileiro, estabeleceu-se uma cultura de segredo, visando atingir interesses pessoais, acobertar esquemas de malversação de recursos públicos e abusos de poder por parte do governo.

Por consequência, a falta de transparência gera desconfiança sobre como os recursos públicos são geridos pelos administradores públicos, pois não há certeza se foram aplicados realmente aos fins pretendidos, o que também caracteriza desrespeito ao princípio da publicidade da Administração Pública, que determina tornar públicos todos os atos da administração e está relacionado à prestação de contas e à transparência da administração.

Nesse sentido, o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, estabelece que

[p]restará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

É essencial, nesse contexto, o papel dos Tribunais de Contas da União, dos estados e dos municípios no julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis pelos bens públicos, especialmente na verificação da probidade formal de como utilizam o dinheiro dos contribuintes, sendo que o julgamento das Cortes de Contas consiste na verificação da legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência, eficácia e efetividade da gestão pública, principalmente quanto aos aspectos contábeis e orçamentários.

Entretanto, as análises de prestações de contas feitas pelos Tribunais de Contas, geralmente, não são tempestivas, uma vez que são feitas no final de cada exercício, o que impossibilita a adoção de medidas corretivas *a priori* nas falhas da gestão e maior controle

sobre ações dos governos. Assim, a população não tem a informação que necessita, no momento certo, para a apreciação crítica dos atos dos administradores públicos.

Convém salientar, como empecilho para a transparência da Administração Pública, a falta de distinção mais clara entre o que é público e o que é privado por parte dos administradores públicos. Por exemplo, com a entrada em vigor da LAI, houve resistências de algumas classes de servidores quanto à publicidade de informações sobre suas remunerações. Eles alegavam o desrespeito ao direito à intimidade e à privacidade assegurado pela Constituição. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que, por estar o agente público vinculado ao regime jurídico da Administração Pública, que prevê a publicidade de todas as informações de interesse da coletividade, sua remuneração também é informação de interesse público.

A partir da publicidade da remuneração dos servidores públicos, foi possível identificar irregularidades no pagamento de remunerações acima do teto constitucional, o que também contribuiu para reforçar os baixos níveis de confiança ou mesmo desconfiança da opinião pública quanto aos servidores públicos, já que os cidadãos consideram que a remuneração deles não corresponde ao próprio desempenho, pois os serviços oferecidos são de baixa qualidade.

Também é importante destacar que a simples disponibilização de informações à sociedade não é suficiente para a transparência dos atos dos governos. É necessário que a população seja capaz de processar e interpretar os dados. Geralmente, as informações publicadas pelos governos são de linguagem técnica, de difícil compreensão pelos leigos.

Ressalta-se também que, num certo ponto, há uma manipulação das informações disponibilizadas pelos governos, um uso intencional das informações, principalmente das individuais de agentes públicos, sobretudo para a formação de escândalos e, por consequência, o julgamento parcial da sociedade. Assim, a opinião dos cidadãos sobre o desempenho dos governos acaba baseando-se em informações de cunho político, em vez de se basear nas que retratam se os governos são capazes de atender às suas expectativas.

Nesse contexto, enquadra-se o controle parlamentar feito por meio da instauração de comissões de inquérito, que, de acordo com Mota (2006, p. 104), “tem grande importância como meio de coagir os burocratas a se responsabilizarem por seus atos”. No entanto, observa-se que, como mencionado anteriormente, elas têm uma atuação mais oposicionista que de averiguação das ilegalidades cometidas pelos agentes públicos.

Portanto, no Brasil, a *accountability* será consolidada com o aumento da transparência das instituições e das prestações de contas dos agentes públicos. A pouca disponibilização de informações à população faz com que os governos, tanto federal quanto estaduais e municipais, sejam pouco responsivos às demandas da sociedade, o que reflete numa ampliação da corrupção. A atuação dos mecanismos de *accountability* horizontal no País no combate à corrupção e sua influência na opinião pública serão discutidas na próxima seção.

7 Combate à corrupção e opinião pública

Para a maioria dos brasileiros, na máquina estatal predominam o clientelismo, a corrupção e a ineficiência. O Estado gasta mal os recursos públicos, sendo que os agentes públicos usam o poder que têm para omitir as ilegalidades cometidas.

Embora as reformas do aparelho do Estado no início dos anos 1990 tenham tentado implementar o modelo de administração gerencial, ainda predominam alguns traços de administração patrimonialista, como a utilização do aparelho do Estado pelos políticos e burocratas para servir aos seus próprios interesses, em vez de ao interesse público, o que torna comum o desrespeito dos cidadãos a funcionários públicos e políticos.

Essas ações, de certa forma, são estimuladas, já que a maioria delas não chega ao conhecimento do público. Conseqüentemente, a corrupção se espalha por todas as esferas de governo e raramente é investigada e punida. Essa impunidade, por sua vez, contribui para os baixos níveis de confiança da população nas ações dos governos, bem como para a desconfiança nas instituições de controle externo.

Nesse contexto, conforme Mota (2006, p. 139), nos casos de corrupção, como um dos elementos que possibilitam a *accountability* horizontal está o direito de investigar e colher provas dos atos considerados suspeitos, “que pode ser exercido tanto pelas Comissões de Inquérito Parlamentar, como em sede de ações como a Ação Civil Pública e a Ação Popular”.

Destaca-se que a atuação do Ministério Público no combate à corrupção, especialmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com a Lei de Improbidade Administrativa, tornou mais rápido o indiciamento de agentes públicos corruptos. Entretanto, ainda é pequeno o número de condenações de políticos e administradores públicos por corrupção, seja como crime comum ou como ato de improbidade administrativa, principalmente devido ao grande número de recursos garantidos pela legislação.

A demora do Judiciário em julgar os casos de corrupção, por outro lado, também faz com que aumente a prática de atos de corrupção, já que a não efetividade das instituições de *accountability* horizontal não inibe comportamentos ilegais dos agentes públicos. Conseqüentemente, também aumenta a sensação de impunidade da população.

Salienta-se também a importância da *accountability* vertical, por meio das ações da sociedade civil e dos meios de comunicação, na publicidade de atos corruptos de autoridades públicas. A mobilização social e as denúncias da mídia levam as instituições de *accountability* horizontal a iniciarem investigações oficiais sobre atos ilegais de autoridades públicas, uma vez que a própria imprensa também torna público o andamento dessas investigações. Assim, os mecanismos de *accountability* horizontal e vertical atuam, conjuntamente, no combate à corrupção.

8 Implementação de políticas públicas e opinião pública

Para Fernando Filgueiras (2011, p. 69), “o conceito de *accountability* está centrado no problema da gestão e eficiência das políticas públicas”, uma vez que se refere à ideia de responsabilização do

Estado e do governo em frente à sociedade por determinadas políticas e decisões tomadas.

Em uma democracia, por meio de seus representantes, agentes políticos e demais agentes públicos, os cidadãos participam da orientação da implementação de políticas públicas. No entanto, no Brasil, em geral, os agentes públicos não consideram a opinião dos cidadãos na formulação de políticas públicas; pelo contrário, priorizam seus próprios interesses. Assim, criam programas cujos resultados e impactos não são efetivos para a sociedade.

Contribui para essa situação o fato de a população se “conformar” com que alguns direitos previstos na constituição não lhe sejam realmente oferecidos pelos governos, como, por exemplo, os direitos a moradia, saúde e educação. Tal fato é explicado pela baixa mobilização da sociedade civil, pois a maioria dos brasileiros acham que é inútil lutar por esses direitos, uma vez que suas reivindicações não são atendidas pelos governantes. Assim, os governos não sofrem muita pressão da população para formularem políticas públicas que atendam às necessidades dela e nem temem a punição dos eleitores por promessas eleitorais não cumpridas.

Na verdade, grande parte da população, quando utiliza um serviço público, o considera como se fosse um favor ou caridade da autoridade pública que o fornece, sentindo-se obrigada a retribuí-lo. Isso também explica outra característica marcante da democracia brasileira: a venda ou troca de votos nas eleições.

Como consequência, existe uma fragilidade do controle das ações dos governos pela população, os quais aproveitam para omitir ou distorcer informações de decisões tomadas no âmbito de políticas públicas o que, contribui para a baixa confiança nas ações governamentais.

Para políticas públicas mais eficientes, é necessário que as decisões dos governantes sejam mais abertas ao público, justamente para os cidadãos saberem que sua vontade é conhecida e está sendo atendida pelos agentes públicos que tomam as decisões.

No âmbito das políticas governamentais, percebe-se que os Tribunais de Contas, o Ministério Público e o Judiciário reclamam

dos governantes a implementação de políticas atinentes aos “serviços de relevância pública”.

De toda forma, a repercussão pública dessas atuações do Ministério Público tem sido considerável, provocando tanto aplausos como severas críticas. A despeito da diversidade nas avaliações, não haveria como negar suas consequências no jogo político. Isto é, do ponto de vista do desempenho administrativo, legisladores e administradores passaram a ter de levar em conta a presença de mais um ator, que tem interferido no que se faz, no que se deixa de fazer, em como se faz e com que recursos.

Trata-se de uma estratégia que amplia o acesso à justiça – informando sobre direitos, solucionando disputas – e, ao mesmo tempo, torna a instituição conhecida e valorizada pela população. Mais ainda: passa a desenvolver com a população laços que legitimam o Ministério Público como uma instituição de natureza representativa, em um sentido absolutamente inédito. Pois, assim como facilita o contato com os bens públicos e a implementação de direitos, não “cobra” apoios que se traduzam em votos. A moeda de troca é mais sutil.

Os Tribunais de Contas vêm buscando examinar a eficiência e a efetividade de políticas públicas, isto é, se os gastos do governo foram realizados segundo as normas legais e se produziram o resultado esperado.

O Poder Judiciário tem decidido questões de grande repercussão política ou social, tradicionalmente de competência do Executivo e do Legislativo, fenômeno conhecido como judicialização. Por exemplo, muitos brasileiros têm recorrido à justiça para gozarem dos direitos assegurados pela Constituição, como o direito à saúde, sendo muito comuns ações judiciais contra os governos para disponibilização de tratamentos não cobertos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Segundo Mota (2006, p. 124-125), o

Judiciário não substitui escolhas políticas e, mesmo em um caso que se pudesse haver decisão política, como no que se refere à destinação de verbas públicas para tal ou qual finalidade, se o Judiciário

determinar a aplicação de determinado percentual para, por exemplo, a educação, estará apenas aplicando uma previsão anterior do ordenamento jurídico, inserida pelo Poder Constituinte ou pelo Poder Legislativo.

Entretanto, assim como em relação ao Executivo e ao Legislativo, o cidadão também não confia muito no Judiciário, por achar que esse não atua de forma imparcial quanto aos demais Poderes.

Portanto, a efetiva atuação dos mecanismos de *accountability* horizontal motiva os cidadãos a participarem do processo de elaboração de políticas públicas, cobrando dos agentes públicos a tomada de decisões com base no interesse coletivo. Além disso, contribui para a disponibilização de informações que possibilitam a sociedade avaliar se os governos estão agindo conforme os seus objetivos institucionais.

9 Conclusão

A Nova Gestão Pública pressupõe um governo transparente e orientado pela gestão de resultados. Entre os tipos de controles institucionais de busca efetiva da transparência e gestão de resultados, enquadra-se o conceito de *accountability*. A palavra não tem tradução para o português, mas, na literatura, o termo que mais se aproxima do significado original é responsabilidade.

Assim, *accountability* refere-se aos mecanismos institucionais de responsabilização do Estado e de seus agentes perante os cidadãos, que permitem diferenciar entre o público e o privado e proporcionar formas de gestão pública abertas à participação da sociedade na construção das políticas públicas.

Existem duas dimensões de *accountability*: vertical e horizontal. A primeira abrange as eleições, nas quais os eleitores recompensam com o voto os políticos que mais se saíram bem ao representá-los e punem os que tiveram desempenho insatisfatório. Também se enquadra na dimensão vertical da *accountability* a atuação dos movimentos sociais e da imprensa. Por sua vez, a segunda dimensão contempla as instituições legais que exercem o controle mútuo entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

No tocante aos mecanismos de *accountability* horizontal existentes no Brasil, destacam-se o controle parlamentar e as atuações dos Tribunais de Contas, do Ministério Público e do Judiciário.

O Poder Legislativo controla a Administração Pública por meio da fiscalização orçamentária, da aprovação de pessoas indicadas pelo Executivo para determinados cargos públicos e da instauração de comissões de inquérito. No entanto, é um controle frágil, já que, muitas vezes, baseia-se em convicções político-partidárias, e não em questões administrativas.

Os Tribunais de Contas atuam verificando a execução do orçamento como planejado, o cumprimento de normas legais, sob a ótica da probidade, e a eficiência e efetividade de políticas públicas implementadas pelos governos.

Com a Constituição Federal de 1988, o Ministério Público ganhou importante papel na defesa dos direitos difusos e coletivos; por consequência, pode fiscalizar e cobrar as políticas implementadas nos entes da Federação. Além disso, tem atuado bastante no combate à corrupção, juntamente com o Judiciário.

Embora ainda seja baixo o número de condenações de agentes públicos por corrupção, a Justiça também é importante na responsabilização do Estado diante da sociedade. Ela verifica, quando provocada, se as ações governamentais estão de acordo com a legislação e julga os processos nos quais os réus são políticos ou administradores públicos. Além disso, como visto nos últimos anos, decide a exequibilidade de medidas governamentais, o que é conhecido como judicialização da política.

Quanto à confiança dos cidadãos nos agentes públicos, pela percepção de como e quanto estes são capazes de responder às expectativas normativas geradas pela ordem institucional e pelos processos eleitorais, percebe-se a importância da atuação das instituições de *accountability* horizontal na formação da opinião pública.

Ao fiscalizarem e verificarem se a conduta dos agentes públicos está de acordo com a legislação, os mecanismos de *accountability* horizontal oferecem também informações para os cidadãos avaliarem se

aqueles têm desempenho coerente com seus fundamentos legais. Se sim, ganham a sua confiança. Por outro lado, aqueles cujo desempenho é inferior ao esperado são vistos com desconfiança pela população.

Quanto mais consolidadas forem as instituições de *accountability* horizontal, mais se estabelecerão os mecanismos de prestação de contas dos governantes à sociedade, contribuindo para a responsabilização dos governos diante do público, seja combatendo a corrupção, seja trabalhando conjuntamente com os governos na formulação de políticas públicas. E, quanto mais os governos forem transparentes, maior será a confiança da população na Administração Pública.

Ao analisar a realidade brasileira, no que diz respeito à prestação de contas e à transparência dos gestores públicos, percebe-se que ainda é tímida a informação sobre como os governos gastam os recursos públicos. Em geral, os atos dos agentes públicos não são transparentes aos cidadãos, bem como não são justificados, principalmente quando não coincidem com os interesses da coletividade.

O que explica a baixa confiança dos brasileiros nos governos, considerando não ser pública a maioria das decisões dos governantes? A população não tem como saber se uma organização pública, ao alocar recursos públicos, foi eficaz no atingimento de suas metas, foi efetiva no atendimento às necessidades de seus contribuintes e se foi feita justiça social e política, na distribuição de custos e benefícios.

A pouca transparência ou nenhuma dos atos dos governantes também contribui para a proliferação da corrupção, já que, não chegando ao conhecimento do público e das instituições de controle as ações ilícitas dos agentes públicos, elas dificilmente serão investigadas e punidas. Logo, a corrupção enfraquece a confiança no Estado.

Sendo imunes ao controle da sociedade e das instituições de controle, os governos tornam-se ineficientes, pois não se responsabilizam pelas políticas e decisões que tomam.

Na verdade, os programas dos governos não são efetivos para os cidadãos, ou seja, não atendem às suas necessidades e nem solucionam os problemas que os atingem. Isso porque os governos não consideram de fato a opinião dos cidadãos na formulação de políti-

cas públicas. Em vez de se basearem nos interesses da coletividade, eles tomam como base os interesses da minoria dominante.

Por isso são necessários mecanismos de *accountability* que permitam aos cidadãos expressarem seus interesses e opiniões e que possibilitem aos representantes prestar contas sobre suas decisões.

Referências

ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. Finanças públicas, democracia e *accountability*. In: BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (org.). *Economia do setor público no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus/FGV, 2004.

ARANTES, Rogério Bastos *et al.* Controles democráticos sobre a administração pública no Brasil: Legislativo, Tribunais de Contas, Judiciário e Ministério Público. In: ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita; PACHECO, Regina Silvia (org.). *Burocracia e política no Brasil: desafios para o estado democrático no século XXI*. Rio de Janeiro: FGV, 2010. v. 1.

BRASIL. Presidência da República. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, 1995.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. (Coleção Cadernos MARE da Reforma do Estado).

CAMPOS, Anna Maria. *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português?* *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 30-50, fev./abr. 1990.

EDELMAN. *Barômetro da Confiança 2014*. São Paulo: Instituto Ethos, 2014. Disponível em: <http://www3.ethos.org.br/cedoc/barometro>

-da-confianca-2014-confirma-cri-se-de-confianca-nos-lideres/
#.UzIKxbtOXIV. Acesso em: 25 mar. 2014.

FILGUEIRAS, Fernando. República, Confiança e Sociedade. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 4, p. 863-897, 2007.

FILGUEIRAS, Fernando. Além da transparência: *accountability* e política da publicidade. *Lua Nova*, São Paulo, n. 84, p. 65-94, 2011.

LUNDASEN, Sussane. Podemos confiar nas medidas de confiança? *Opinião Pública*, v. 8, n. 2, p. 304-327, 2002.

MOISÉS, José Álvaro. A desconfiança nas instituições democráticas. *Opinião Pública*, Campinas, v. 11, n. 1, p. 33-63, mar. 2005.

MOTA, Ana Carolina Yoshida Hirano Andrade. *Accountability no Brasil: os cidadãos e seus meios institucionais de controle dos representantes*. 2006. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

O'DONNELL, Guillermo. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. *Lua nova*, São Paulo, n. 44, p. 27-54, 1998.

SANO, Hironobu. *Nova gestão pública e accountability: o caso das organizações sociais paulistas*. 2003. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Curso de Pós-Graduação, Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, São Paulo. 2003.

SCHWARZ-BLUM, Vivian. Por que confiamos nas instituições? O caso boliviano. *Opinião Pública*, Campinas, v. 12, n. 12, p. 297-328, nov. 2006.

Paradigmas e paradoxos dos movimentos de mulheres (feministas?) no Brasil

Lutiana Nacur Lorentz

Procuradora Regional do Trabalho em Minas Gerais. Assessora do Conselho Nacional do Ministério Público na Comissão de Defesa de Direitos Fundamentais. Professora Adjunta I da Universidade FUMEC. Professora da Escola Superior do Ministério Público da União. Visitante na Universidade *La Sapienza* de Roma. Doutora e Mestra em Direito Processual pela PUC Minas.

Resumo: No presente estudo, procedeu-se ao inventário tanto dos vários movimentos feministas no Brasil, de forma crítica, quanto da normatividade de gênero no mundo e no Brasil, por pesquisa bibliográfica, através da chave de leitura do feminismo descolonial adotado em Lugones e, depois, do feminismo interseccional de Fraser. Também foi feita pesquisa estatística de remuneração de gêneros, em âmbito criminal e na representação legislativa, que comprova as discriminações e as assimetrias de gêneros no Brasil. Após, foi analisada a infomisoginia atual dos *Red Pills*, *chans*, MRAs, *incels*, que redundou na *Lei Lola*; e, ao final, foram feitas proposições evolutivas com vistas tanto à evolução na simetria de gêneros no Brasil quanto à ressignificação dos reais movimentos feministas.

Palavras-chave: Normatividade antiga e atual. Infomisoginia: *incels*. Estatísticas. Propostas.

Abstract: In the present study, the author took stock critically of both the various feminist movements in Brazil and of gender normativity in the world and in Brazil, through bibliographic research, through the reading key of decolonial feminism adopted in Lugones and, after, of Fraser's intersectional feminism. Statistical research on gender remuneration was also carried out, in the criminal sphere and in legislative representation, which prove the gender discrimination and asymmetries in Brazil. Afterwards, the current online misogyny of the Red Pills, chans, MRAs, incels, which resulted in the *Lola Law*, was analyzed; and, in the end, evolutionary proposi-

tions were made intending both the evolution in gender symmetry in Brazil and the resignification of the actual feminist movements.

Keywords: Past and current normativity. Online misogyny: incels. Statistics. Proposals.

Sumário: 1 Introdução. 2 Análise dos dez tipos de feminismos: do carreirismo branco ao descolonial. 3 Breve inventário jurídico da normatividade concernente à mulher no mundo e no Brasil. 4 Infomisoginia: *Men's Rights Activists* (MRAs), Masculinistas (*mascus*) e *involuntary celibates* (*incels*). 5 As fases do movimento feminista no mundo e no Brasil e pesquisa estatística no Direito do Trabalho, no Direito Penal e no Poder Legislativo brasileiro. 6 Proposições. 7 Conclusões.

1 Introdução

Este artigo tem como propósito fazer uma análise crítica dos dez principais tipos de feminismo: o carreirismo branco; o neoliberal; o negro; o verde ou ecofeminismo; o interseccional; o social democrático; o comunista e o socialista; o comunitário; o LGBTQI+; e o descolonial. As chaves de leitura deste estudo são, em primeiro lugar, o feminismo descolonial (Lugones) e, depois, o interseccional (Fraser).

Foi analisada a questão da mulher, em geral, nas angulações normativas e históricas. Inventariou-se a normatividade feminina no mundo (método dedutivo) e no Brasil (método indutivo), incluindo a questão da infomisoginia (*chans*, MRAs, *incels*). Na sequência, analisaram-se as quatro grandes fases do movimento feminista. Foi feita pesquisa estatística que *comprova* as discriminações sofridas pela mulher no Brasil em quatro recortes: remuneração (redistribuição), feminicídios, mídia (reconhecimento) e representatividade (Poder Legislativo). Realizaram-se pesquisas bibliográficas e estatísticas sobre a situação do gênero feminino feitas pela Organização das Nações Unidas (ONU), pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Na conclusão, foram apresentadas proposições de ressignificações evolutivas de gênero no Brasil.

2 **Análise dos dez tipos de feminismo: do carreirismo branco ao descolonial**

A presente pesquisa apresentará de maneira perfunctória (apesar de se reconhecer a prejudicialidade das categorizações analíticas do capitalismo separatista e desagregador), apenas para fins de reconhecimento crítico, os dez principais tipos de feminismo: o carreirismo branco; o neoliberal; o negro; o ecofeminismo, ou feminismo verde; o interseccional; o social democrático; o comunista e o socialista; o comunitário; o LGBTQI+; e o descolonial. Entretanto, vale fazer a ressalva de que vários tipos de feminismos se sobrepõem e se ligam, enquanto outros se opõem.

O feminismo carreirismo branco, ou de conveniência, ou *de perfumaria*, na verdade é uma fraude ao real movimento, porque tem como reais propósitos alavancar a carreira de específicas mulheres, em geral brancas, que reproduzem os motes da sociedade patriarcal, machista e excludente tanto internamente, ou seja, nas próprias casas oprimem empregadas domésticas, em regra, negras, quanto externamente, sendo refratárias à libertação das mulheres (especialmente pobres), negando-lhes direitos sociais fundamentais, notadamente os trabalhistas. A esses movimentos são apresentados os questionamentos: o que significa seu “*nós*, mulheres brancas”? Em que tipo de realidade vocês trabalham? Uma única? Lamentavelmente, é o mais recorrente hoje em dia, sobretudo em algumas bancadas religiosas de extrema direita que entendem que a forma de libertação das mulheres é justamente a de lhes tirar direitos e mantê-las em situações subalternizadas.

Este “feminismo” (na verdade, movimento de mulheres) aderiu ao PL n. 867/2015, “Escola Sem Partido”, que visa negar as discriminações em geral e ao gênero feminino. Esse PL tem o objetivo de eliminar discussões religiosas, morais e sexuais do debate acadêmico e escolar, em oposição à jusfundamentalidade da liberdade docente e discente da CF/1988, art. 206, II, e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), ratificada pelo Brasil, art. 8º, letra *b*:

[...] b) modificar os padrões sociais e culturais de conduta de homens e mulheres, inclusive a formulação de programas formais e não formais adequados *a todos os níveis do processo educacional*, a fim de combater preconceitos e costumes e todas as outras práticas baseadas na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher, que legitimem ou exacerbem a violência contra a mulher; [...]. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1994, grifo nosso).

O feminismo neoliberal alinha-se de certa forma ao carterismo branco, porque propugna pela retirada de direitos trabalhistas às mulheres em geral, mas se diferencia deste, porque, além disso, pretende a retirada do Estado da maior parte das relações, deixando *ao mercado*, ou melhor, a transnacionais, grandes empresas nacionais e bolsa de valores o comando da economia (e do mundo) em um verdadeiro capitalismo sem peias, prevalecendo a lei do mais forte, a formação de cartéis, a ausência de direito de concorrência, o aumento da miséria dos empregados (e da população em geral), a volta do trabalho escravo (MIRAGLIA, 2015) e infantil, a concentração brutal de renda, o aumento da correlata criminalidade (WACQUANT, 2001), entre outros. Também é um movimento de cooptação do capitalismo de rapinagem.

O feminismo social democrático é aquele que, apesar de não propor a mudança do sistema capitalista (este é o feminismo comunista, ou socialista), entende que é mais necessária do que nunca a presença do Estado como regulador das relações jurídicas, trabalhistas, econômicas e, notadamente, a distribuição forçada de renda pela forte presença de um Direito do Trabalho com densa, progressista e expansiva proteção social.

O feminismo negro tem em Djamila Ribeiro (2017), acadêmica e filósofa brasileira, uma referência (criadora da teoria do *lugar de fala*, que, aliás, dialoga em parte com uma música de outra ativista negra, Elza Soares, *O que se cala*). Cita-se também a professora e filósofa americana Angela Davis (2019), que propugna pela confluência das questões de gênero com raça e cor, com prevalência nestas. Em suma, Ribeiro defende que a negativa de discriminação de raça da mulher branca ocorre devido a diferentes *modus vivendi*, ou de *lugar de fala*, com relação à negra.

O feminismo verde também visa ao feminismo de convergência pelo cruzamento da questão de gênero com questões ambientais. Este artigo entende que esses dois últimos feminismos de convergência são extremamente necessários, até porque, na historicidade do feminismo, na gênese, verificar-se-á que ele nasceu exitosamente da convergência entre trabalhistas e sufragismo¹.

O feminismo interseccional tem em Nancy Fraser (FRASER; HONNETH, 2003), filósofa americana, um paradigma que também é de convergência. Defende que há um verdadeiro cruzamento de várias questões discriminatórias como que em camadas: há tanto discriminação de gênero quanto de raça e cor, classes sociais, entre outras, agudizando no cruzamento destas camadas a discriminação. Ela inclui em sua teórica uma tríplice angulação para verificação da posição das minorias (gênero feminino): a questão da representatividade (em todas as esferas de poder), a redistribuição (material) e o reconhecimento (não como forma de homogeneidade, e sim de consciência interna do grupo discriminado sobre sua situação).

O feminismo comunitário e revolucionário surgiu na Bolívia, tendo uma das matrizes em Julieta Paredes Carvajal (2018), poeta e ativista boliviana (além de Yuderkis Mimosa e Ochy Curiel, da República Dominicana), e tem como bases a destituição do patriarcado, a defesa, sobretudo nos países colonizados, de repúdio à globalização como farsa (SANTOS, 2015) e a valorização do localismo para preservar as relações comunitárias, os saberes e as práticas locais de cultivo, tecelagem, de cosmos e religiosidade. Critica a epistemologia eurocêntrica, “moderna” e ocidental, e busca o comunitário ao revés do individual como objetivo. Elas entendem que a Bolívia tem que fazer seu próprio feminismo e que será este que incluirá os homens.

O feminismo LGBTQI+ tem como principal referência a filósofa americana Judith Butler (2003) e Jack Halberstam. Aquela defende: que o sexo não seja visto como dual, e sim múltiplo; que o que cria gênero é comportamento; o direito da mulher ao prazer, seu direito de escolha; o direito de lésbicas, gays, bissexuais e transexuais à

1 Vide filmografia: AS SUFRAGISTAS: mães, filhas, revolucionárias. Direção de Sarah Gavron. Reino Unido: Universal Pictures, 2015. 1 vídeo (107 min).

sua não objetificação, à valorização de sua liberdade de adotar o comportamento que reputar conveniente; e que a mulher não tenha que se portar do modo ditado pela sociedade machista e patriarcal para ser respeitada, sendo até culpabilizada por estupros (LOURES, 2016).

O feminismo descolonial tem em Maria Lugones (2014), argentina, professora da Universidade de Binghamton (NY), e em Rita Laura Segato (PEREIRA, 2007), argentina, antropóloga e professora da Universidade de Brasília (UnB), referências. Lugones propugna pela análise da colonialidade (sistema de poder capitalista no mundo) e da consequente desumanização do colonizado, e, sobretudo, da mulher colonizada, trabalhando a interseção de questões de gênero com as várias marcas deixadas na América Latina e no Caribe pela colonização, sustentando que esta não é apenas um *locus* físico, mas sobretudo uma captura da (inter)subjetividade; defende que os colonizados se mantêm num estado de subalternidade, clarificando que as mulheres brancas colonizadoras (de forma recorrente) eram guardiãs do sistema patriarcal, o que se reflete até hoje, em especial nas mulheres da classe média e da alta que continuam a oprimir as mulheres pobres (em regra, negras) e negam a existência de qualquer discriminação de gênero.

A autora trabalha com a dicotomia humano (colonizado europeu) e inumano (colonizados) – em que os colonizados são considerados aberrações pelo colonizador branco, perfeito, e as mulheres, inversões de virago objetificadas às quais são negados a legitimidade, a voz, o sentido e a visibilidade – e as consequências atuais desta cisão. Entende que os construtos centrais de capitalismo mundial se assentam na tríade opressão: de gênero racializada, sexualizada e de classe (há contratos no capitalismo de dominação racial e sexual). Este artigo não pode deixar de citar o *Whiteman Burden*, “o fardo do homem branco” colonizador e a conjugação do colonialismo, do imperialismo, do “Estado de Direito” e da civilização dos “bárbaros” como pressupostos inclusivamente do nazismo (MATTEI; NADER, 2013).

Este estudo defende que sejam desmascarados e denunciados os “feminismos” de farsa (movimento de mulheres de rapinagem – *rape*, estupro, em inglês) e que haja ressignificação dos reais movimentos

feministas, que devem ser de convergência: os feminismos negro, verde, interseccional, social democrático, descolonial, entre outros.

3 Breve inventário jurídico da normatividade concernente à mulher no mundo e no Brasil

Inicialmente, a presente pesquisa objetivou um breve inventário jurídico do tratamento normativo dispensado à mulher, com metodologia de pesquisa bibliográfica e estatística, tendo sido feita a pesquisa no mundo (método dedutivo) e no Brasil (método indutivo). Os códigos foram escolhidos por critério de preponderância, e não por linearidade temporal. Existem relatos de algumas sociedades matriarcais nas famílias bárbaras, poliândricas (ENGELS, 2014); entretanto, na antiguidade, a sociedade era essencialmente patriarcal para todas as normatividades antigas: os Dez Mandamentos, a Lei das Doze Tábuas e o Código de Hamurabi, nos quais a mulher é objetificada a ponto de literalmente constar *na lista de bens do marido*. Nos Dez Mandamentos (ALBERGARIA, 2012), ela aparece junto a casa, servos, bois e jumentos do marido:

Não terás outros deuses além de mim. [...] Honra teu pai e tua mãe, a fim de que tenhas vida longa na terra que o Senhor, o teu Deus, te dá. Não matarás. Não adulterarás. Não furtarás. [...] Não cobiçarás *a casa* do teu próximo. Não cobiçarás *a mulher* do teu próximo, nem seus *servos ou servas*, nem seu *boi ou jumento*, nem *coisa alguma* que lhe pertença. (Grifos nossos)

O Código de Hamurabi (ALBERGARIA, 2012), que é considerado o documento jurídico mais importante do mundo antigo, antes da Grécia Antiga (séculos XIII e XVII a.C.), previa que, se a mulher tivesse comportamento defeituoso, ou não fosse virgem, poderia ser morta pelo marido, perdoada ou devolvida ao pai (cap. IX e cap. X, n. 129). Na Lei das Doze Tábuas (ALBERGARIA, 2012), base do Direito Romano (450/451 a.C.), a mulher ou aparece também como sujeita ao poder do marido ou como insana (Tábuas 6^a e 10^a), e o pátrio poder tem a extensão de vida e morte dos filhos (Tábua 4^a).

Em âmbito mundial, a gênese do chamado *8 de março*, Dia Internacional da Mulher, data de 8 de março de 1857, quando houve

uma greve de mulheres em Nova York, na fábrica Cotton, reivindicando licença-maternidade e jornada diária de 10 horas. Os policiais atearam fogo, e 129 operárias foram queimadas. Esse movimento ficou conhecido como *trabalhismo* e teve convergência com o *sufragismo*, no qual as mulheres pleiteavam direito ao voto. O 8 de março das mulheres antecedeu em 29 anos o chamado 1º de maio (Dia Internacional do Trabalhador), cujas origens também foram de outra greve, de homens e mulheres, ocorrida em 1º de maio de 1886, em Chicago, que objetivava a redução de jornada para 8 horas/dia e resultou em prisões e morte por enforcamento de grevistas.

No Brasil, o Código Civil de 1916, no art. 6º, considerava a mulher relativamente incapaz, sendo equiparada aos menores, aos pródigos e aos silvícolas. Seus atos precisavam da validação do pai (quando solteira) ou do marido (quando casada), e, pelo art. 242, precisava de autorização marital para trabalhar. Somente em 1932, com a reforma do Código Eleitoral, as mulheres conquistaram o direito ao voto no Brasil (o que se efetivou em 1946 com o voto feminino obrigatório), direito alcançado a partir de ações desde políticas até armadas de sufragistas como Elvira Kolmer (GAMA, 1987), advogada, que com 23 anos arregimentou e liderou batalhão armado, em 1930, com alistamento de 8 mil mulheres. Também se destaca a ação da sufragista e trabalhista Bertha Lutz (ABREU *et al.*, 2001), que lutou pela educação e pelo sufrágio feminino, foi deputada federal, defendeu licença-maternidade de três meses (à época, 1936), jornada de 13 horas para mulheres, igualdade remuneratória com homens, entre outros.

O art. 6º do Código Civil de 1916, a partir da conquista do direito ao voto feminino, foi alterado pela Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da Mulher Casada), e pela Lei n. 6.515, de 2 de dezembro de 1977 (Lei do Divórcio).

Com a Constituição de 1988, foi ressignificada a questão de gênero. Após intensa luta capitaneada principalmente por movimentos feministas (BERTOLIN *et al.*, 2018), foi prevista constitucionalmente a igualdade entre os gêneros, em todos os âmbitos (art. 5º, I) e também na sociedade, que passa a ser, de patriarcal para fami-

liar (art. 226, §§ 5º e 8º). Seguindo essa base matricial, o Código Civil de 2002 promove a simetria entre mulheres e homens, na sociedade familiar e fora dela (arts. 3º, 4º, 1.571 e 1.631 a 1.634). Do mesmo modo se estabelecem duas relevantes convenções internacionais: a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará em 9 de junho de 1994 e promulgada pelo Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996, e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, da ONU, promulgada pelo Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002, além das ratificações das Convenções 100 e 111, da OIT.

Na esfera do Direito do Trabalho, a Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995 (CLT, art. 373-A), estabeleceu vedação de práticas como: realização de exames de esterilidade como condição de admissibilidade, dispensa em virtude de gravidez, revistas íntimas, exigência de que a mulher a ser contratada tenha “boa aparência”, entre outras. Contudo, os artigos da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, sobre compensação de jornada em condições insalubres, implicariam o aumento do desemprego feminino, em claro retrocesso na proteção da mulher. Também numa análise recente do Direito Penal (Código Penal de 1940), observa-se que era recorrente o uso da expressão *mulher honesta*, não no sentido de mulher que cumpre suas obrigações de cidadã, quita suas dívidas, entre outras características, mas sim aquela que se comporta da maneira como a sociedade patriarcal define, submetendo-se a valores preconceituosos naturalizados. Tal expressão incredivelmente esteve inscrita na legislação brasileira até o advento da Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009 (ou seja, por 69 anos!), quando, finalmente, crimes contra mulheres deixaram de ser avaliados tendo em conta pretensa honestidade da vítima.

Ainda na ótica do Direito Penal, como já mencionado, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, da ONU, tendo sido acionado por inúmeros casos de agressões à mulher, inclusive ocorridos com Maria da Penha Maia Fernandes, os quais, leva-

dos à Corte Interamericana, impulsionaram a aprovação da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e, posteriormente, tendo sido acionada a ONU com denúncia de que o Brasil tinha passado em 2013 do nada honroso 7º lugar em feminicídios para o vergonhoso 5º lugar mundial, foi aprovada a Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015 (Lei do Feminicídio).

4 A infomisoginia: Men’s Rights Activists (MRAs), Masculinistas (*mascus*) e *involuntary celibates* (*incels*)

A misoginia na era digital da Quarta Revolução Industrial se alastrou, com a terminologia de *infomisoginia*, valendo-se sobretudo do anonimato e da facilidade de cooptação de seguidores no mundo, através dos *chans* (diminutivo de *channel*, canais da internet da *web* profunda ou *deep web*), que hospedam comunidades compostas por homens supremacistas de gênero (masculino) e de cor (brancos) com as características: ódio às mulheres – em especial negras, ou simplesmente empoderadas –, crise de masculinidade, espetacularização da violência. Considere-se notadamente que o homem (e não a mulher) é o oprimido pela sociedade atual.

Esses *chans* e grupos têm vários nomes, tais como o *Red Pill* e o *Men’s Rights Activists* (MRAs) (ZUCKERBERG, 2018). Há até os mais agressivos *incels* (*involuntary celibates*), mais comuns nos EUA, mas que têm migrado para o Brasil com o nome Masculinistas (*mascus*). Seus membros usam da infomisoginia agressiva, que em resumo vai desde “manuais de sedução”, aparentemente ligados ao filósofo Ovídio, até “manuais de estupro” de mulheres, ataque à reputação mediante criação de perfis falsos de mulheres na internet, com o propósito de atribuir-lhes prática de abortos de fetos masculinos, castração, entre outras, chegando ao ponto de incentivar a realização de chacinas. Pesquisadora de estudos clássicos, Donna Zuckerberg realizou estudo sobre esse submundo e causou espécie ao divulgar um número imenso de homens membros de *incels*.

No Brasil, a misoginia digital, assim como nos EUA, vem crescendo exponencialmente, sendo uma prática constante contra inúmeras mulheres, em especial mulheres negras e que ocupam cargos de

poder, tais como Dolores Aronovich Agüero (Lola Aronovich), professora de Literatura Inglesa da Universidade Federal do Ceará e ativista feminista, que foi perseguida e ameaçada por grupos misóginos com práticas de infomisoginia². Após intensa luta política, foi promulgada a Lei n.13.642, de 3 de abril de 2018 (*Lei Lola*), de combate à misoginia digital, atribuindo à Polícia Federal (PF) a investigação de crimes que propaguem ódio ou aversão às mulheres. As operações da PF “Bravata” e “Intolerância” culminaram em prisões, inclusive do agressor digital da professora. A polícia ligou o massacre da Nova Zelândia³ a esses grupos de *incels* e já está em fase adiantada de investigações do liame dos *incels* ao Massacre de Suzano, no Brasil⁴.

5 As fases do movimento feminista no mundo e no Brasil e pesquisa estatística no Direito do Trabalho, no Direito Penal e no Poder Legislativo brasileiro

Com o uso de técnica inicialmente analítica e, ao final, sistêmica, será feita a análise das fases do movimento feminista, o qual se divide em quatro grandes marcadores históricos não lineares, e sim preponderantes, e se sujeita a retrocessos constantes. Tal análise será realizada primeiramente no panorama mundial e em seguida na realidade do Brasil. Marshall (1967) defendia existir uma ordem de conquista de direitos: em primeiro lugar, seriam os civis, após, viriam os políticos e, doravante, os sociais. A primeira fase do movimento feminista teve início no final do século XIX e durou até 1945, tendo como principais focos: o direito ao voto feminino (Sufragistas), o direito a salário igual pelo mesmo trabalho realizado pelo homem, o direito à educação para as mulheres, entre outras conquistas. No Brasil, por pesquisa estatística com base em

2 Disponível em: <https://www.viomundo.com.br/denuncias/blogueira-lola-aronovich-e-ameacada-por-membros-de-forum-que-dois-assassinos-de-suzano-frequentavam-veja-mensagens.html>. Acesso em: 7 abr. 2019.

3 Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2019/03/18/interna_mundo,743594/apos-massacre-nova-zelandia-vai-restringir-acesso-as-armas-de-fogo.shtml. Acesso em: 7 abr. 2019.

4 Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/os-massacres-de-christchurch-e-suzano-e-o-lado-obscur-o-da-internet/a-47945454>. Acesso em: 7 abr. 2019.

dados secundários tanto do Direito do Trabalho (angulação *remuneração*) quanto do Direito Penal (angulação *feminicídios*) e do Poder Legislativo (angulação *representatividade*), comprova-se a permanência, até os tempos atuais, de grave assimetria entre os gêneros em todos os aspectos abordados. Nas eleições de 2018, apesar de as mulheres serem quase 52% da população, não se atingiu na última legislatura 15% de representatividade.

Tabela 1 • Presença feminina no Legislativo - 2018
(Câmara dos Deputados, Senado Federal e Estado de Minas Gerais)

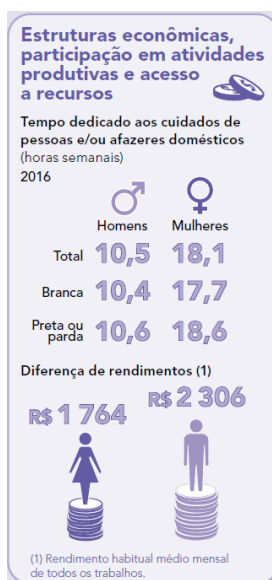
Casa	Total de Parlamentares	Homens	Mulheres	Percentual de Representação Feminina
Câmara dos Deputados	513	436	77	15%
Senado Federal	81	70	11	13,6%
Legislativo de Minas Gerais	Total de Parlamentares	Homens	Mulheres	Percentual de Representação Feminina
Deputados Federais	53	49	4	7,5%
Deputados Estaduais	77	67	10	13%
Senadores	3	3	0	0%

As conclusões são de que o Brasil ocupa a 115^a posição no *ranking* mundial de presença feminina no Parlamento entre os 138 países analisados pelo Projeto Mulheres Inspiradoras⁵, com base no

5 Disponível em: <http://www.marlenecamposmachado.com.br/documentos/pesquisa-presenca-feminina-noparlamento.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2018.

banco de dados primários do Banco Mundial (BIRD) e do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). A representação feminina no Legislativo do Brasil é uma das piores do mundo, ficando atrás de Ruanda.

No que concerne à segunda grande pauta da primeira fase do movimento feminista – remuneração igual para trabalho de gênero igual –, em 2015, as mulheres recebiam em média 72,7% do que era pago para os homens, de acordo com o IBGE (BRASIL, 2017). Segundo o Banco Mundial, o Brasil é um dos piores países do mundo no quesito diferença de renda entre homens e mulheres⁶, o que é corroborado pela OIT⁷. Estudos realizados também pelo IBGE em 2018, denominados Sistema Nacional de Informações de Gênero (SNIG), comprovam a dupla e tripla jornadas feminina, ou seja, a *divisão sexual do tempo do trabalho*⁸:



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais (2018).

6 Disponível em: http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/Event/Gender/GenderAtWork_web2.pdf. Acesso em: 4 mar. 2018.

7 Disponível em: www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_619550?lang=es. Acesso em: 17 abr. 2019.

8 Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

E por que isso ocorre? A hipótese levantada por esta pesquisa (e que será provada no item seguinte, que trata da segunda fase do movimento feminista) é de que basicamente são três os motivos. Primeiro, porque é somente a mulher que goza do direito de licença ampla para os cuidados iniciais com filhos e filhas (licença à gestante – de 120 a 180 dias). A licença ao pai, em regra, é ínfima (de 5 a 20 dias). Segundo, porque é senso comum que cabe à mulher, e “naturalmente” somente a ela, todos os cuidados para com os filhos e a casa (TEODORO, 2016). Esses dois motivos fazem com que ela tire licença à gestante, tenha menos tempo disponível para o empregador, não possa fazer amiúde horas extras, entre outras condições laborais, o que culmina no seu menor potencial de contratação, na sua menor remuneração e, de forma muito recorrente, no subemprego e trabalho informal para conseguir dar conta dessas duplas e triplas jornadas. Essa divisão sexual do tempo de trabalho doméstico/familiar entre os gêneros no Brasil, sobrecarregando a mulher, diminui sua remuneração, sua independência e perpetua o *ciclo feminino geracional da pobreza*. Um terceiro fator, que deve ser apontado por sua relevância, é a não ratificação pelo Brasil da Convenção 156, da OIT, que prevê tratamento legal diferenciado em favor do trabalhador e da trabalhadora com obrigações familiares, e aborda a falta de responsabilidade do Estado na manutenção de creches e escolas para afiançar que a mulher possa sair para trabalhar sem temores de que seus filhos estarão sem amparo, ou, como ocorre no Brasil (em franco descumprimento ao art. 212, CF/1988), em perigo, notadamente para as famílias de baixa renda.

Com efeito, além do trabalho remunerado, externo (produtivo), as mulheres acumulam a maior parte do trabalho reprodutivo, não remunerado (lar e filhos), validando a tese da divisão sexual do tempo do trabalho *in pejus* da mulher. Em 2016, o IBGE⁹ indicou que a mulher, em média, tem pelo menos o dobro de horas por semana gastas com o cuidado para com o lar e os filhos. Para a

9 Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=resultados>. Acesso em: 7 abr. 2019.

demonstração desta hipótese, a *Tabela 2* traz provas das duplas e triplas jornadas femininas no Brasil:

Tabela 2 - Número médio de horas semanais dedicadas aos cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos das pessoas de 14 anos ou mais de idade, na semana de referência, por sexo, com indicação do coeficiente de variação, segundo características selecionadas - 2016

Características selecionadas	Horas semanais dedicadas aos cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos											
	Pessoas de 14 anos ou mais de idade						Pessoas ocupadas de 14 anos ou mais de idade					
	Total		Sexo				Total		Sexo			
	Medida	CV (%)	Homens	CV (%)	Mulheres	CV (%)	Medida	CV (%)	Homens	CV (%)	Mulheres	CV (%)
Brasil	16,7	0,4	11,1	0,5	20,9	0,4	14,1	0,5	10,5	0,6	18,1	0,8
Norte	15,5	1,1	10,5	1,4	19,4	1,2	13,2	1,3	10,2	1,5	17,2	1,5
Nordeste	17,5	0,6	11,0	0,8	21,8	0,6	14,6	0,7	10,5	0,9	19,0	0,7
Sudeste	17,1	0,8	11,4	1,0	21,4	0,8	14,4	0,8	10,7	1,0	18,4	0,9
Sul	16,0	0,7	11,0	0,9	19,9	0,8	13,6	0,8	10,3	1,0	17,3	0,8
Centro-Oeste	15,0	1,2	10,0	1,8	18,9	1,3	12,9	1,3	9,6	1,7	16,7	1,3
Cor ou Raça												
Branca	16,6	0,6	11,0	0,7	20,6	0,6	13,9	0,6	10,4	0,8	17,7	0,7
Preta e Parda	16,9	0,4	11,1	0,6	21,2	0,5	14,3	0,5	10,6	0,7	18,6	0,6
Grupos de idade												
14 a 29 anos	13,9	0,7	9,5	0,9	17,3	0,7	12,6	0,9	9,6	0,9	15,8	1,1
30 a 49 anos	17,4	0,5	11,3	0,7	22,2	0,5	14,7	0,6	10,9	0,7	18,8	0,6
50 a 59 anos	18,2	0,6	11,4	0,9	23,2	0,6	14,5	0,7	10,5	0,9	19,2	0,8
60 anos ou mais	18,4	0,6	13,0	0,9	22,0	0,7	14,2	1,0	10,8	1,3	19,3	1,3

Fonte: IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, 2016, consolidado de quantas entrevistas.

Notas:

1. Calculado apenas para as pessoas que declararam ter feito atividades de cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos na semana de referência.
2. Excluídas as pessoas sem declaração das horas dedicadas às atividades de cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos na semana de referência.

Pelo exame dos dados, constata-se que, sob os dois grandes motes da primeira fase do movimento feminista, o Brasil ainda não atingiu os objetivos pretendidos pelas trabalhistas e sufragistas.

A segunda fase do movimento feminista deu-se dos idos do final da década de 1960 até 1990, tendo referenciado a figura da filósofa Simone de Beauvoir (*O segundo sexo*, 2009), apesar de o livro mencionado ter sido publicado em 1949, este passou a ser usado como base matricial apenas na segunda fase do movimento, sendo notável o corte promovido por ela entre dois conceitos diversos: sexo e gênero. A autora clarificou que sexo é o biológico (homem e mulher), e gênero é a *construção complexa histórica* do “papel fixo” da mulher na sociedade nos vieses social, cultural, político, econômico, entre outros. Contudo, até o advento da obra de Beauvoir, havia a “transposição automática” de caracteres (pseudobiológicos ou de biologismo de má-fé) – de *sexo para gênero* (BEAUVOIR, 2018) no seguinte senso: sexo homem, o macho, é ativo, detentor da força, da razão, liderança, dominação; por sua vez, a mulher, a fêmea, seria a passiva, detentora da fraqueza, emoção, irracionalidade, submissão, função básica de matriz.

Esses conceitos pseudobiológicos (SANTOS, 2019) foram “assimilados” pelo gênero. O masculino teria o papel de domínio (ou

liderança) social, político, econômico e cultural, trabalho externo, remunerado e reconhecido, e papel principal. O feminino teria a função de parideira, de mãe, voltada (“naturalmente”, ou pela “vontade de Deus”) aos cuidados com a prole, com a casa, com ausência de papéis (ou parca presença) nos vieses político, econômico e cultural, ou seja, situação de opressão ou subalternidade. O trabalho que caberia a ela seria naturalmente o labor dentro de casa, não remunerado, invisibilizado, secundário. Tanto isso é verdade que, mesmo quando a mulher obteve o direito de trabalhar fora de casa (exceto a negra, que desde sempre laborou como escrava), ela manteve no Brasil a dupla jornada e a tripla jornada (cuidado com filhos e casa), pouco dividindo com os homens, conforme dados de 2018 do IBGE¹⁰.

Beauvoir demonstrou o erro da naturalização dos “papéis fixos” de gênero. Para ela, a superação desses papéis depende do preenchimento, por homens e mulheres, dos pressupostos: controle de natalidade (felizmente a pílula anticoncepcional foi inventada em 1960), oferta igualitária¹¹ de oportunidades educacionais¹², de saúde e, notadamente, *de liberdade de escolha*. Com o preenchimento desses pressupostos mínimos, qualquer dos sexos pode – e deve – ocupar o protagonismo em espaços políticos, econômicos, culturais e sociais. Nessa segunda fase, em âmbito mundial, foram teorizadas (SAFFIOTI, 1986) as diversas faces da opressão da mulher, tendo sido criados fóruns de discussões, horizontalizados, com propósitos de evolução, em parte efetivados no Brasil, que usaram emblemas como “Quem ama não mata” em resposta ao vetusto e recorrente “Matar em legítima defesa da honra” (SAFFIOTI, 1986).

Tais discussões se expandiram nas universidades (BITTENCOURT, 2015), incluindo o temário de gênero na pauta do governo, passando-se a exigir políticas públicas em favor das mulheres na saúde,

10 Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

11 Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

12 Sobre a falta de educação às mulheres, vide filmografia: DAUGHTERS of destiny. Direção de Vanessa Roth. EUA: Netflix, 2017. 4 vídeos (240 min).

na educação dos filhos e no combate à violência. Nas teorizações dessa onda, surgiu o Feminist Legal Studies (Assis, 2017), na década de 1980, na Austrália, nos Estados Unidos, entre outros países, o qual sustentava que a perspectiva analítica do gênero é uma estrutura social importante para produção ou destruição do Direito.

Nos EUA, apesar de ter sido assegurado o direito a sufrágio com a 15^a Emenda, em 1870, a todo cidadão americano (o direito de voto dos cidadãos não poderia ser negado ou cerceado pelos Estados Unidos, nem por qualquer Estado da federação, seja por motivo de raça, cor, seja por prévio estado de servidão), a Suprema Corte norte-americanos entendeu que essa emenda não se aplicava às mulheres, com interpretação conservadora, patriarcal e discriminatória. Apenas com a 19^a Emenda, em 1920, é que, após muitas lutas, as sufragistas, feministas obtiveram esse direito, ou seja, 50 anos depois: “o direito de voto dos cidadãos dos Estados Unidos não será negado ou cerceado em nenhum Estado em razão do sexo”.

Notadamente no Brasil, desde o século XIX, o conceito de *privacidade* emergiu não apenas como um meio de proteção individual, mas muito mais como forma de que empresas e famílias ficassem infensas à aplicação das leis. Nessa realidade, foram criados os ditos populares que tanto prejudicaram a defesa da mulher vítima de violência, como “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”. Na Grécia antiga, apesar de a lei ter sido uma conquista como um comando a ser obedecido por todos, vigorava a “Lei do Pai”, Lei de Oikos (LORENTZ; SOUZA, 2008), que permitia ao pai, dentro de casa, decepar, mutilar e até matar. No Brasil, muitos séculos após, a casa da mulher é o lugar onde se correm mais riscos de sofrer violência, sendo o País o que ostenta o vergonhoso 5^o lugar no mundo em feminicídios (“violência doméstica”), segundo a ONU¹³. Essa taxa só é menor que as de El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia.

A terceira fase, ou Pós-Feminismo (BARBOSA; LAGE, 2015), que ocorreu nos anos 1980/90, implicou uma conduta crítica à

13 Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-femicidio-brasil-quinto-maior-mundo-diretrizes-nacionaisbuscam-solucao/>. Acesso em: 15 abr. 2019.

segunda fase, ao conceito homogêneo de ser mulher, sustentou a multiplicidade de diferenças internas de sexualidade, raça, classe social, entre outros marcadores sociais, ou seja, propugnou a diferença na igualdade, o feminismo plural. Também havia uma crítica muito incisiva em face do patriarcalismo e do assistencialismo estatal. Essa fase marcou um declínio do movimento feminista, notadamente no Brasil, no qual o neoliberalismo atua na destruição de movimentos coletivos (notadamente sindical e feminista) e direitos sociais arduamente conquistados pelos trabalhadores do segundo quartel do século XIX.

Em suas pesquisas, Delgado (2006) descreve os motivos de gênese do neoliberalismo, em síntese: ausência de contraponto político (o fim do comunismo e do movimento sindical revolucionário); uma frontal perseguição ao movimento sindical operário (BAUMAN, 2008); alterações econômicas (hegemonia do capital especulativo, bancos e bolsas de valores), culturalmente, pelo individualismo e escolha do consumo como propósito de vida (DEBORD, 1997); uso da mídia como forma de alienação e fragmentação social (CHOMSKY, 2013). Tal fase atingiu o Brasil, com efeitos impactantes dessa terceira onda, notadamente a redução das políticas públicas em favor da mulher, a parca escolarização, a falta de horário integral das crianças em escolas, entre outros, ou seja, houve redução do espaço público de assistência aos filhos, o que, novamente, agrava a dupla e tripla jornada da mulher, trazendo como resultado seu trabalho parcial e precarizado, bem como o trabalho de crianças (para suprir a falta de renda familiar), a criminalidade infantil e tantas outras consequências nefastas.

A quarta onda do feminismo, em curso, tem as seguintes características: critica o código binário de Beauvoir de sexo (homem e mulher) e gênero (masculino e feminino), sendo possíveis outros tipos enquadráveis pelo desejo, pela transexualidade, pelo *queer* (reconhecimento LGBTQI+), sem bases pré-determinadas de sexualidades, sendo esta onda capitaneada pelo pós-estruturalismo francês e pelos estudos de Judith Butler, Eve Kosofsky Sedgwick e Jack Halberstam; propugna pelo *positive body*, por novas conformações

estéticas, para além dos padrões de beleza e magreza ditados pelo machismo. Essa fase está ligada à antimisandria e objetiva o protagonismo do direito da mulher ao prazer, à sua não objetificação, valorizando sua liberdade de adotar o comportamento que reputar conveniente e chancelando que ela não tenha que se comportar da maneira ditada pela sociedade machista e patriarcal para ser respeitada, e que não seja culpabilizada por estupro (LOURES, 2016).

Isso ocorreu na Marcha das Vadias¹⁴, movimento pelo fim da violência de gênero e da culpabilização da vítima de agressão sexual que se iniciou na Universidade de Toronto, Canadá, em 2011, quando, nesta universidade, após a ocorrência de vários estupro, foi chamada a polícia e esta disse que não haveria tantos casos se as estudantes não se comportassem como vadias. No dia seguinte, em 3 de abril de 2011, aconteceu a primeira Slutwalk, uma passeata pelo fim da culpabilização da vítima em casos de agressão sexual. No Brasil organizou-se, no mês seguinte, a Marcha das Vadias, movimento de enfrentamento à violência doméstica. Usou-se a força da polêmica da semântica da palavra *vadia* para ressignificá-la no senso que fugiria ao modelo da sociedade machista.

Esta quarta fase também não foi plenamente atingida pelo Brasil, o que se percebe pelos índices alarmantes tanto de feminicídios (já citados) quanto de homicídios e preconceito aos LGBTQI+, bem como pelo comportamento incessante da mídia no sentido de objetificar a figura feminina. Além disso, no Ministério Público Brasileiro (MPB), o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), pela pesquisa *Cenários*¹⁵, desvelou imensas assimetrias: verifica-se que, quanto mais alto o posto, menor é a representação feminina. Esta análise é reveladora da dificuldade que as mulheres enfrentam para alcançar espaços de poder. Isto porque as assimetrias de tratamento da mulher, no Brasil, já comprovadas nos outros

14 Disponível em: <https://marchadasvadiascwb.wordpress.com/conheca-a-marcha/porquevadias/>. Acesso em: 25 jul. 2018.

15 Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/20180622_CEN%C3%81RIOS_DE_G%C3%81NERO_v.FINAL_2.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019.

tópicos no macrosistema brasileiro, refletem-se no microsistema (FOUCAULT, 2001) no MPB.

Tais dados só confirmam os dados gerais já descritos, de dupla e tripla jornadas femininas, que foram naturalizadas, bem como a discriminação sofrida pelas mulheres, o que, para Bourdieu, em resumo, é a *dominação masculina* em todas as estruturas sociais e de atividades produtivas e reprodutivas, sendo estas baseadas em uma divisão sexual do tempo trabalho de produção e de reprodução biológica e social (BOURDIEU, 2002). Urgem a desnaturalização de papéis de gênero (ADICHIE, 2015) e a tomada de consciência de que o movimento feminista defenda (WOOLF, 2016) que as únicas diferenças entre gêneros são as biológicas e que todas as demais foram forjadas historicamente (COMPARATO, 2005), artificialmente construídas, e devem ser transformadas.

6 Proposições

Em termos de proposições gerais, propugna-se que o Brasil ratifique a Convenção 156, da OIT (e a Recomendação 165, também da OIT), que trata da questão dos empregados com obrigações familiares, que devem ter tratamento diferenciado (OIT, 2009)¹⁶, até porque em 2009, segundo a OIT¹⁷, um terço das famílias na América Latina eram providas apenas por mulheres, com projeção de aumento, em 2019, para 51% destas famílias monoparentais sustentadas apenas por mulheres (em detrimento das biparentais).

Outra medida necessária seria a publicização, para fins de boicote econômico e social, das condenações de pessoas físicas ou jurídicas por assédio moral, sexual, agressões, discriminação por gênero, entre outras formas de violências. Vale lembrar que, em 2017, em Charlottesville, Virginia (EUA), três negros foram mortos

16 A OIT recomenda licença para cuidar de filhos doentes (ou para emergências familiares), adoção da licença parental, horários flexíveis e prestações de serviços educacionais pelo Estado. No Chile, 30% do salário das empregadas de 18-24 anos é pago pelo Estado (OIT, 2009, p. 21, 31 e 50).

17 OIT, 2009, p. 42-44.

na jornada de violência provocada por grupos racistas. Usou-se a informática contra a discriminação, através do site Yes, You're Racist, que tirou fotos dos nazistas e as enviou para seus contatos pessoais obtidos no Facebook, empregador, família, amigos, usando de informações dos racistas em suas próprias páginas da internet. O resultado foi devastador para os racistas! O movimento feminista também precisa dar transparência e, para isto, *ter acesso às condenações* por práticas machistas, assédio moral, sexual, discriminação de remuneração, entre outras.

Nesse sentido ainda, a criação da licença parental (LORENTZ, 2019) – na linha da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, da ONU, e do Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002, arts. 5º, *b*, e 11, 2, *c*, com alteração da licença-maternidade do art. 7º, XVIII, CF/1988, de 120 (ou 180) dias –, que não deveria ser concedida exclusivamente à mulher, e sim a qualquer dos pais. Na Dinamarca, desde 1980, já ocorre a chamada licença extensiva ao pai, ou seja, da licença após o parto de 24 semanas, após a 14ª semana, quem pode gozá-la é o pai (conforme escolha do casal). Igualmente, na França, há a licença parental desde 1991 (BARROS, 1995), com ressignificação da leitura dos arts. 7º, XIX, e 10, § 1º, ADCT, CF/1988, para licença parental, à escolha da mãe ou do pai. A licença parental já é adotada por vários países, sendo dividida de forma obrigatória entre homens e mulheres, dentro de parte do período total em países como Portugal e Suécia¹⁸. Tal medida iria conferir democratização e horizontalidade à sociedade patriarcal (ADICHIE, 2015). Esta autora redigiu a proposta de licença parental encaminhada pelo Ofício n. 2725.2019-GAB/PGT, do procurador-geral do Trabalho, à procuradora-geral da República, protocolado na PGR em 7 de junho de 2019.

Também deveriam ser criadas medidas de licença parental nas ONGs, nos departamentos dentro dos sindicatos, das universida-

18 Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo_brasilia/documents/publication/wcms_229658.pdf. Acesso em: 25 abr. 2019.

des, nos centros de atendimentos de grupos de autodefensoras e promotoras populares para questões de gênero. Também deveria ser criado (por reserva legal) um fundo para mulheres (a exemplo dos FIAs) para as condenações judiciais em ações metaindividuais (tanto dos MPs quanto de outros legitimados ativos), que envolvessem o temário *gênero feminino*, revertendo-se (em harmonia com o art. 8º, b e e, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, de 9 de junho de 1994, concluída em Belém do Pará, e do Decreto n. 1.973/1996) os valores para educação dessas mulheres, campanhas educativas de combate à discriminação, entre outras medidas.

Nas carreiras públicas, Judiciário, MP, Defensoria Pública e em todas as escolas, propugna-se pela inclusão, como parte integrante dos cursos de ingresso, em estágios probatórios e disciplinas escolares (*mutatis mutandis* a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará – e o Decreto n. 1.973/1996, art. 8º, e, c/c a Lei n.11.340/2006, art. 8º), da matéria de gênero. Nas carreiras públicas, propõe-se a criação de atendimento especializado ao público externo, com a presença de mulheres, para tratar de questões envolvendo ilícitos de gênero. Nas escolas de carreiras públicas, na linha das teorizações da segunda onda do Feminismo, do Feminist Legal Studies, propõe-se a criação de linhas de pesquisa de uma teoria latino-americana de estudos jurídicos feministas (na linha do feminismo descolonial de Lugones) e a criação de ouvidoria interna (de mulheres), com a presença de uma equipe de mulheres atuando de forma permanente nas corregedorias para colher denúncias internas de procuradoras, servidoras, estagiárias, funcionárias e terceirizadas.

Finalmente, propõe-se que (na linha da Convenção 156, da OIT) todas as promoções por merecimento e também as promoções para entrâncias, em quaisquer carreiras públicas, deveriam ser feitas por gênero feminino e masculino, alternadamente, mas dando preferência ao membro que tenha obrigações familiares, considerando-se a proporção entre o número de interessados homens e mulheres.

7 Conclusões

No presente artigo, restou provado que há discriminações em face da mulher tanto no âmbito societário geral quanto no Ministério Público brasileiro. Dessarte, segundo a base matricial desta pesquisa, as teorias de Lugones e, após, de Fraser, nenhuma das três chaves de leitura da igualdade feminina foram alcançadas no Brasil, quais sejam: redistribuição, representação e reconhecimento das mulheres. E, pior, verificou-se que vários movimentos feministas têm reais propósitos opostos à simetria com o gênero feminino, notadamente o feminismo carreirismo branco e as representações legislativas de extrema direita religiosa, mostrando que a colonialidade está muito presente, lamentavelmente, como no PL n. 867/2015, “Escola Sem Partido”.

Através das estatísticas, verificou-se que há imensa assimetria desses pressupostos, no Brasil, com relação ao gênero feminino, que sequer atingiu plenamente os ideários da segunda fase do movimento feminista, da terceira e, muito menos, da quarta, verificando-se inclusivamente mais retrocessos recentes do que avanços. Nesse contexto, este estudo propõe medidas a serem implementadas tanto pela sociedade em geral quanto nas carreiras públicas e escolas a fim de que sejam combatidas e superadas as discriminações à mulher, para a efetivação da jusfundamentalidade da Constituição de 1988 e das Convenções Internacionais adotadas pelo Brasil para efetivação dos melhores ideais de democraticidade, respeitabilidade e simetria entre gêneros.

Referências

ABREU, Alzira Alves de *et al.* (coord.). *Dicionário histórico-biográfico brasileiro pós-1930*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001. v. 3.

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *Para educar crianças feministas: um manifesto*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *Sejamos todos feministas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ARAÚJO, Adriane Reis. O papel do gênero no assédio moral coletivo. In: ARAÚJO, Adriane Reis; FONTENELE-MOURÃO, Tânia (org.). *Trabalho da mulher: mitos, riscos e transformações*. São Paulo: LTr, 2017. p. 55-60.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ASSIS, Mariana Prandini. História do direito, abordagens feministas e o desafio da exclusão: lições no caso estadunidense. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; VIEIRA, Regina Stela Corrêa (org.). *Mulheres em luta: a outra metade da história do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017. p. 147-158.

BALLESTRERO, Maria Vittoria. *Dalla tutela alla parità: la legislazione italiana sul lavoro delle donne*. Bologna: Il Mulino, 1979.

BARBOSA, Geovane dos Santos; LAGE, Allene Carvalho. Reflexões sobre o movimento feminista na América Latina. *Revista Lugares de Educação*, Bananeiras, v. 5, n. 11, p. 92-103, ago./dez. 2015.

BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAYLOS, Antonio. *Direito do trabalho: modelo para armar*. São Paulo: LTr, 1999.

BEAUVOIR, Simone de. *Brigitte Bardot e a síndrome de Lolita & outros escritos*. Belo Horizonte: Quixote+DO, 2018.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. v. 1.

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins *et al.* (org.). *Carta das mulheres brasileiras aos constituintes: 30 anos depois*. São Paulo: Autonomia Literária, 2018.

BIHR, Alain. *Du “grand soir” a “l’alternative”*: le mouvement ouvrier européen en crise. Paris: Les Éditions Ouvrières. [Edição brasileira: Da “grande noite” à “alternativa”. São Paulo: Boitempo, 1998.]

BITTENCOURT, Naiara Andreoli. Movimentos feministas. *Revista InSURgência*, Brasília, ano 1, v. 1, n. 1, p. 198-210, jan./jun. 2015.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Previdência. *Políticas de proteção social e equidade de gênero*. Brasília: MF/SPREV, nov. 2017. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/dezembro/cnp-estudo-mostra-que-mulheres-recebem-30-a-menos-que-homens-no-mercado-de-trabalho-formal/politicas-de-protecao-social-e-equidade-de-genero1.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2019.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CANTELLI, Paula. *O trabalho feminino no divã: dominação e discriminação*. São Paulo: LTr, 2007.

CANUTO, Érica. *A masculinidade no banco dos réus*. Natal: Editora do Autor, 2018.

CARVAJAL, Julieta Paredes. Descolonizar las luchas: la propuesta del feminismo comunitario. *Mandrágora*, São Paulo, v. 24, n. 2, p. 145-160, 2018. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/MA/article/view/9238>. Acesso em: 27 abr. 2019.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar – artigo 9º. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 233-246.

CHOMSKY, Noam. *Mídia: propaganda política e manipulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DAVIS, Angela. *Angela Davis: uma autobiografia*. São Paulo: Boitempo, 2019.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (org.). *O estado de bem-estar social no século XXI*. São Paulo: LTr, 2007.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2014.

FOUCAULT, Michel. Le jeu de Michel Foucault. In: FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits II: 1976-1988*. Edição estabelecida sob a direção de Daniel Defert e François Ewald, com a colaboração de Jacques Lagrange. 2. ed. Paris: Quarto Gallimard, 2001. p. 298-329.

FRASER, Nancy. O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história. *Mediações*, Londrina, v. 14, n. 2, p. 11-22, jul./dez. 2009.

FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or recognition? A political philosophical exchange*. New York: Verso, 2003.

GAMA, Lélia Vidal Gomes da. *Elvira Kolmer: uma estrela riscou o céu*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, 1987.

GONÇALVES, Eliane; PINTO, Joana Plaza. Reflexões e problemas da “transmissão” intergeracional no feminismo brasileiro. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 36, p. 25-46, jan./jun. 2011.

LORENTZ, Lutiana Nacur. O “8 de março” – dia internacional da mulher, análise das quatro ondas do movimento feminista e proposições evolutivas. In: ARAÚJO, Adriane Reis de; LOPES, Andrea Lino; GUGEL, Maria Aparecida; COELHO, Renata (coord.). *Direitos humanos no trabalho pela perspectiva da mulher*. Belo Horizonte: RTM, 2019. p. 17-46.

LORENTZ, Lutiana Nacur; SOUZA, Flávia Roberta Benevenuto de. O princípio da igualdade e as perspectivas antiga e moderna. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 3, p. 51-79, 2008.

LOURES, Lieli Karine Vieira. A imparcialidade jornalística sob a ótica da retórica e a perpetuação do *status quo* feminino. *Revista Alterjor*, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 1-9, 2012.

LOURES, Lieli Karine Vieira. *Estupro na imprensa: o processo de trabalho de jornalistas e profissionais de direito na cobertura do caso Roger Abdelmassih pelo jornal Folha de S.Paulo (2009-2015), na perspectiva de estudos de jornalismo, da legislação e das práticas do Poder Judiciário e dos estudos feministas*. 2016. Dissertação (Mestrado em Ciências da Comunicação) – Escola de Comunicações e Artes, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

LUGONES, Maria. Colonialidad y género. *Tabula Rasa*, Bogotá, n. 9, p. 73-101, jul./dic. 2008.

LUGONES, Maria. Rumo ao feminismo descolonial. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 22, n. 3, p. 935-952, set./dez. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/issue/view/2211/showToc>. Acesso em: 27 jun. 2019.

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe e status social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MATOS, Ana Clara Harmatiuk; OLIVEIRA, Ligia Ziggioni de; NATIVIDADE, José Pedro Kostin Felipe de. Licença parental como agenda para a igualdade de gênero: diálogos entre os modelos sueco e brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito do Paraná UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 345-363, set./dez. 2016.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*. Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – Convenção de Belém do Pará. Belém: OEA, 9 jun. 1994.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho e família: rumo a novas formas de conciliação com corresponsabilidade social*. Brasília: OIT, 2009.

PEREIRA, Pedro Paulo Gomes. As estruturas elementares da violência. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 29, p. 459-468, jul./dez. 2007.

RIBEIRO, Djamila. *O que é lugar de fala*. São Paulo: Letramento, 2018.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. O feminismo e seus frutos no Brasil. In: SADER, Emir (org.). *Movimentos sociais na transição democrática*. São Paulo: Cortez, 1986. p. 105-158.

SANTOS, Magda Guadalupe dos. Simone de Beauvoir e os paradoxos do feminino. *CULT – Revista Brasileira de Cultura*, São Paulo, ano 22, n. 10, jan. 2019.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização*. 24. ed. São Paulo: Record, 2015.

TELES, Maria Amélia de Almeida. *Breve história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2003.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. El derecho del trabajo de la mujer como “techo de vidrio” del mercado de trabajo brasileño. *Revista Derecho del Trabajo*, Montevideo, v. 13, p. 191-204, 2016.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WOOLF, Virginia. *Profissões para mulheres e outros artigos feministas*. Porto Alegre: L&PM, 2016.

ZUCKERBERG, Donna. *Not all dead white men: classics and misogyny in the digital age*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2018.

Filmografia

DAUGHTERS of destiny. Direção de Vanessa Roth. EUA: Netflix, 2017. 4 vídeos (240 min).

PERIOD – end of sentence. Direção de Rayka Zehtabchi. Índia: Netflix, 2018. 1 vídeo (26 min).

AS SUFRAGISTAS: mães, filhas, revolucionárias. Direção de Sarah Gavron. Reino Unido: Universal Pictures, 2015. 1 vídeo (107 min).

Prisão domiciliar de mães e gestantes: atual estado da arte

Douglas Pinto Nunes

Técnico do MPU/Assistente Técnico do Gabinete do 2º Ofício da Procuradoria da República em Uruguaiana. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela LFG/Anhanguera. Graduado em Ciências Sociais e Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo abordar a legitimidade do ato de negação da conversão de prisão preventiva em domiciliar a presas grávidas e mães e a responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência, com fulcro na identificação de situações excepcionais pelo magistrado (STF, *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641) após a edição da Lei n. 13.769/2018, que inseriu o art. 318-A no Código de Processo Penal. Nesse interesse, adentrou-se ao teor do projeto de lei originário e confrontou-se com o entendimento exarado no aresto do Supremo Tribunal Federal, buscando desvelar a real intenção do legislador nas modificações legislativas produzidas, bem como angariaram-se os apontamentos iniciais trazidos pela doutrina acerca da temática. Constatou-se, a partir do estudo proposto, que o legislador não almejou em nenhum momento automatizar a concessão da benesse, mas sim normatizar o entendimento jurisprudencial trazido pela Corte. Nessa toada e em consonância com as disposições trazidas no art. 282 do CPP, percebe-se que ainda é totalmente justificável a aplicabilidade dessa hipótese de “situações excepcionais” para a rejeição do benefício, desde que devidamente analisada e fundamentada pelo magistrado em cada caso específico.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. HCC n. 143.641/2018. Lei n. 13.769/2018. Alterações no CPP. Prisão preventiva. Conversão. Prisão domiciliar. Situações excepcionais. Indeferimento. Possibilidade.

Abstract: This paper aims to address the legitimacy of the act of denying the conversion of preventive detention at home to preg-

nant prisoners and mothers and to those responsible for children or persons with disabilities, with a focus on the identification of exceptional situations by the magistrate (STF, Coletive *Habeas Corpus* n. 143.641) after the enactment of Law 13.769/2018, which inserted the article 318-A in the Criminal Procedure Code. In this interest, the original law project was analyzed and the understanding expressed in the STF judgement was confronted, seeking to unveil the real intention of the legislator in the legislative modifications produced, as well as raising the initial notes brought by the doctrine about the topic. It was found that, based on this proposed study, the legislator did not, at any time, aim to automate the concession of benefits, but rather to standardize the jurisprudential understanding brought by the Court. In that way and in consonance with the provisions brought by the article 282 of the Code of Criminal Procedure, it is clear that the applicability of this “exceptional situations” hypothesis for the rejection of the benefit is still fully justified, provided that it is properly analyzed and based on the magistrate’s decision in each specific case.

Keywords: Preventive prison. Home prison. Conversion. Exceptional situations. Law 13.769/2018.

Sumário: 1 Introdução. 2 A tese fixada, em sede de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641/2018 e o Projeto de Lei do Senado n. 64, de 2018 (PL n. 10.269/2018). 3 Prisão domiciliar e as alterações promovidas pela Lei n. 13.769/2018. 4 Posicionamentos doutrinários. 5 Conclusão.

1 Introdução

O presente artigo científico terá por finalidade apreciar a legitimidade da manutenção do entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de *Habeas Corpus* Coletivo, para o indeferimento da conversão da prisão preventiva em domiciliar à mulher gestante, mãe ou a responsável por crianças ou pessoas com deficiência, após a inserção do art. 318-A no Código de Processo Penal, pela Lei n. 13.769/2018.

Assim sendo, o artigo será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será abordada a orientação fixada pelo STF no jul-

gamento do HCC n. 143.641/2018 e promovida sua análise em confrontação com o teor da proposta trazida no Projeto de Lei n. 64, de 2018, visando auferir a real intenção do legislador na edição da Lei n. 13.769/2018. No segundo capítulo, o foco é direcionado à análise do instituto de prisão preventiva e das alterações trazidas pela Lei n. 13.769/2018. Por fim, no terceiro capítulo, serão abordados alguns posicionamentos doutrinários acerca da temática.

Para alcançar o objetivo científico proposto, será realizada a análise do processo de tramitação do Projeto de Lei n. 64/2018 (PL 10.269/2018) até a edição da Lei n. 13.769/2018, assim como perfectibilizada pesquisa jurisdicional e doutrinária das razões de decidir exaradas pelo Supremo Tribunal Federal no citado HCC e em decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. A metodologia escolhida (pesquisa jurisprudencial, bibliográfica e doutrinária) contempla a proposta trazida no presente artigo, que tem por escopo realizar a análise, a confrontação e a ponderação da posição controvertida em questão.

Por fim, o objeto desta pesquisa consiste em apurar uma possível intervenção ilegítima do Superior Tribunal de Justiça (ativismo judicial) em matéria plenamente regradada pela Lei n. 13.679/2018, o que poderia estar ocorrendo de encontro à real intenção do legislador ao editar a normativa que acrescentou os arts. 318-A e 318-B ao Código de Processo Penal.

2 A tese fixada, em sede de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641/2018 e o Projeto de Lei do Senado n. 64, de 2018 (PL 10.269/2018)

O Colegiado da Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641/SP, firmou entendimento, em sede de repercussão geral, de que as disposições contidas nos incisos IV e V do art. 318 do Código de Processo Penal abrangiam todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e (ou) de deficientes sob sua guarda que estivessem presentes no *writ*, bem como todas as demais em idêntica situação no solo nacional.

No dispositivo do voto condutor do *Habeas Corpus* n. 143.641/SP¹, porém, o Colegiado excepcionou a concessão do instituto de conversão da prisão preventiva em domiciliar, nas hipóteses em que: (I) os crimes fossem praticados com violência ou grave ameaça; (II) os delitos fossem praticados contra descendentes; (III) as situações excepcionais fossem devidamente fundamentadas:

[...] Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pela DEPEN e outras autoridade estaduais, enquanto perdurar tal condição, *excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.*

Estendo a ordem, de ofício, às demais as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional, observadas as restrições previstas no parágrafo acima.

Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em relação às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão.

Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP. [...] (Grifos nossos).

A Lei n. 13.769/2018, de 19 de dezembro de 2018, que inseriu os arts. 318-A e 318-B no Código de Processo Penal, foi

1 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 5 set. 2019.

gerada a partir do Projeto de Lei do Senado n. 64, de 2018 (PL n. 10.269/2018)², de autoria da senadora Simone Tebet.

O projeto de lei mencionado tinha por escopo disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade da mulher gestante ou mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, bem como a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar das mulheres na mesma situação, e comportava, na redação originária apresentada pela senadora, a presença de seis artigos, que estão abaixo transcritos:

Art. 1º Esta Lei flexibiliza as regras de progressão de regime prisional previstas no art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para a mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência.

Art. 2º A pena privativa de liberdade imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será executada em forma progressiva, com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando a presa atender aos seguintes requisitos, cumulativamente: I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; II - não tenha cometido crime contra seu filho ou dependente; III - tenha cumprido ao menos um oitavo da pena no regime anterior; IV - seja primária e tenha bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; V - não tenha integrado organização criminosa. Parágrafo único. No caso de não atendimento a qualquer dos requisitos previstos nos incisos I a V ou do cometimento de novo crime doloso ou falta grave após o deferimento do benefício previsto nesta Lei, aplicam-se as regras dispostas no art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) ou no art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

Art. 3º A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, observados os mesmos requisitos do art. 2º desta Lei, com exceção de seu inciso III.

2 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7638604&ts=1559744609696&disposition=inline>. Acesso em: 18 ago. 2019.

Art. 4º Cumprirá ao Departamento Penitenciário Nacional e aos departamentos ou órgãos similares locais, na forma dos artigos 71 a 74 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), acompanhar a execução da pena das mulheres beneficiadas pela progressão especial, monitorando sua integração social e a ocorrência de reincidência, específica ou não, mediante a realização de avaliações periódicas e de estatísticas criminais.

Parágrafo único. Os departamentos ou órgãos similares locais encaminharão ao Departamento Penitenciário Nacional os resultados obtidos.

Art. 5º Aplicam-se, no que couber, as demais disposições da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Art. 6º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A conversão da prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência em prisão domiciliar foi prevista no art. 3º e trazia os mesmos requisitos previstos para a progressão de regime de pena privativa de liberdade aplicada, com exceção da necessidade de cumprimento de, no mínimo, um oitavo da pena no regime anterior, por notória incompatibilidade lógica dos institutos.

Segundo a redação originária do art. 3º do Projeto Lei n. 64/2018, a concessão do benefício de conversão de prisões cautelares previa o atendimento cumulativo dos seguintes requisitos: (I) não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa; (II) não tenha cometido crime contra seu filho ou dependente; (IV) seja primária e tenha bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; (V) não tenha integrado organização criminosa.

Na justificção apresentada pela senadora para a elaboraçõ do projeto de lei, consta mençõ expressa à decisõ do Supremo Tribunal Federal adotada no *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641/SP³. *In verbis*:

3 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 5 set. 2019.

[...] Tais circunstâncias foram recentemente apontadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do *habeas corpus* coletivo nº 143.641/SP. O Egrégio Tribunal entendeu não restar dúvidas de que a segregação terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente às crianças filhas de mães presas. Além disso, seriam evidentes os impactos perniciosos da prisão da mulher, e da posterior separação de seus filhos, no bem-estar físico e psíquico das crianças.

Assim, o STF decidiu que deveriam ser substituídas todas as prisões preventivas por domiciliares, sem prejuízo da aplicação concomitantemente das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto Legislativo nº 186/2008) e da Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deveriam ser devidamente fundamentadas pelos juízes.

[...] No art. 3º, permitimos a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos mesmos moldes do art. 2º do Projeto, com exceção do cumprimento mínimo da fração da pena. Para as mulheres que não consigam cumprir referidos requisitos, ainda restará a previsão legal do mencionado art. 318 do CPP.

Neste contexto, observe-se que não são beneficiadas pelo Projeto as criminosas habituais, que não manifestam interesse na ressocialização e no retorno ao convívio social. Assim, compreendemos ponderável exigir-se como requisito a não reincidência da presa, conquanto não a tenha a decisão do STF.

Ainda que extensa a transcrição realizada, ela se faz importante para contextualizar que, em nenhum momento, houve a apreciação ou a intenção da autora do projeto de lei de afastar o poder do juiz de indeferir a conversão com fulcro em situações excepcionalíssimas, superando o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

O que se aufere, através da leitura do corpo do projeto de lei, é a clara intenção, expressamente desvelada, da senadora, autora do projeto lei, em vedar a concessão do benefício às criminosas habi-

tuais, posicionamento mais restritivo em comparação à decisão do Supremo Tribunal Federal, que entendia que, nesses casos, o juiz deveria avaliar as circunstâncias do caso concreto.

Há de salientar-se que a controvérsia citada no parágrafo inexistente e é utilizada a título argumentativo tão somente, uma vez que o critério da reincidência, originariamente previsto pela autora na redação do projeto de lei e anteriormente mencionado, foi afastado durante o trâmite legislativo para a conversão em lei (Lei n. 13.769/2018), subsistindo tão somente os dois critérios objetivos previstos nos incisos I e II do art. 318-A do Código de Processo Penal.

3 Prisão domiciliar e as alterações promovidas pela Lei n. 13.769/2018

O Capítulo IV do Código de Processo Penal dispõe sobre o instituto da prisão domiciliar e, inicialmente, foi disciplinado pela Lei n. 12.403/2011, de 4 de maio de 2011, que inseriu em seu bojo os arts. 317 e 318. *In verbis*:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I – maior de 80 (oitenta) anos;

II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – gestante;

V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos nesse artigo. (Grifos nossos).

Em momento posterior, mediante a edição da Lei n. 13.769, de 19 de dezembro de 2018, o legislador pátrio inseriu os arts. 318-A e 318-B ao Capítulo IV do Código de Processo Penal, trazendo critérios objetivos específicos para a substituição da prisão preventiva imposta à mulher gestante, mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência por prisão domiciliar. *In verbis*:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar desde que:

I – não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II – não tenha cometido crime contra seu filho ou dependente.

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no artigo 319 deste Código.

O legislador, na redação do art. 318-A do CPP, diversamente do procedimento adotado no art. 318, inseriu o verbo nuclear “será”, o que ensejou questionamentos acerca do possível afastamento da discricionariedade do juiz para a concessão ou indeferimento da benesse, nas hipóteses em que atendidos os dois requisitos legais previstos nos incisos I e II do art. 318-A do CPP.

Em julgamentos proferidos após a edição da Lei n. 13.769/2018, os ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (HCs 426.526 e 470.549), em que pese tenham entendido que a nova normativa afastava a discricionariedade do magistrado, impondo-lhe o dever de aplicar a benesse quando evidenciado o atendimento aos critérios objetivos previstos nos incisos I e II do art. 318-A do CPP (não tenha o crime sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou cometido contra seu filho ou dependente), firmaram posição pela manutenção da possibilidade de indeferimento fundamentada em casos de situações excepcionais, em consonância com o aresto proferido no *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641.

Nesse prisma, destaca-se trecho do voto exarado pelo ministro Reynaldo Soares da Fonseca, no bojo do Recurso de *Habeas Corpus* n. 106.377-RS⁴ (2018/0329899-9):

[...] Embora relevante a argumentação da defesa da paciente, observo que a interpretação do inciso II do artigo 318-A do CPP comporta uma análise sistemática e protetiva das crianças envolvidas (proteção integral e prioritária).

Logo, se o crime de tráfico é praticado na residência da própria recorrente, na presença ou com o auxílio dos menores, parece que a hipótese viola direito que atinge diretamente os filhos/enteados menores ou dependentes (prejudicados diretos).

[...] No caso, como a traficância ocorre na residência da recorrente, local onde afirmam que enteado menor também reside, e há reiteração da conduta delitiva, não é adequada a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, pois a hipótese viola direito que atinge diretamente os filhos/enteados menores ou dependentes (prejudicados diretos).

Inexiste, portanto, constrangimento ilegal a ser reparado de ofício, por esta Corte Superior.

A título de contextualização da situação fático-jurídica analisada pelo Superior Tribunal de Justiça no bojo do Recurso de *Habeas Corpus* n. 106.377-RS, aponta-se que o recurso foi interposto por paciente, madrastra de dois menores de doze anos e que supostamente traficava no âmbito do lar. Consta nos autos, ainda, informação de que a paciente já havia sido condenada por tráfico de drogas (sem trânsito em julgado) à pena de seis anos de reclusão em regime inicial fechado (215.0001331-5).

4 Posicionamentos doutrinários

Percebe-se que o legislador buscou alcançar, através da edição da Lei 13.769, de 19 de dezembro de 2018, e da inserção do art.

4 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686889772/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-106377-rs-2018-0329899-9/inteiro-teor-686889782>. Acesso em: 5 set. 2019.

318-A no Código de Processo Penal, a efetivação dos princípios constitucionais de proteção à maternidade e à infância, bem como o atendimento às orientações internacionais trazidas nas Regras de Bangkok, primando pelos interesses e o bem-estar da criança.

Em princípio, em uma leitura literal da normativa, a nova disposição trazida no art. 318-A não permite linha de interpretação ao magistrado, pois, contrariamente ao art. 318 do CPP, que traz o verbo “poderá”, a nova normativa utiliza o verbo nuclear “será” e critérios objetivos que, caso atendidos, em uma interpretação literal da lei, imporiam ao magistrado a concessão do benefício.

Ocorre que aceitar essa linha interpretativa e o afastamento da possibilidade de o órgão jurisdicional, no caso concreto, aferir situações excepcionais que não recomendariam a concessão da benesse e impor a manutenção da prisão preventiva abriria a possibilidade de conjecturas ilícitas direcionadas à busca do benefício da prisão domiciliar.

Nesse sentido, o artigo do juiz Fernando Barbagalo – publicado em 4 de fevereiro de 2019, no caderno *Direito & Justiça do Jornal Correio Braziliense*, intitulado: “Lei 13.769/2018: Primeiras impressões” – sustenta que a normativa impõe, sem deixar margem interpretativa, a substituição da prisão preventiva por domiciliar, quando atendidos seus requisitos objetivos, e não estabelece ressalva, restringindo, de forma quase absoluta, a análise judicial do caso.

Argumenta o autor que, embora manifeste como louvável a intenção da nova lei na busca da efetivação de princípios constitucionais de proteção à maternidade e à informação, a automatização da prisão domiciliar causaria perplexidade, na medida em que criaria uma modalidade legal de constrição domiciliar obrigatória com o conseqüente afastamento do controle judicial da prisão (reserva de jurisdição) e ainda das suas conformidades ao princípio da proibição de proteção penal deficiente.

Conforme devidamente demonstrado em tópico anterior, a tese fixada no *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641/SP e o regramento trazido pela edição da Lei n. 13.769/2018 desvelam, em um primeiro momento,

que a intenção do legislador foi positivar, no Código de Processo Penal, o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, o acolhimento, pelo legislador, do entendimento firmado pelo STF no *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641/SP não foi integral, em virtude de que apresentou restrições, quando em comparativo com a tese firmada no aresto, sendo uma delas a previsão originária, posteriormente afastada, de negativa da benesse às mulheres reincidentes. Outra previsão restritiva de alcance do benefício trazida pela Lei n. 13.769/2018 foi a troca do termo “descendente” por “filho ou dependente”.

Assim, evidencia-se que, quando o legislador teve a vontade de restringir o entendimento do STF firmado no *habeas corpus* coletivo, ele a realizou expressamente na nova normativa, pelo que se entende que o silêncio do legislador relativamente à possibilidade de indeferimento da conversão da prisão preventiva em domiciliar, devidamente fundamentada em situações excepcionais, deve ser visto como omissão, e não como uma superação parcial de entendimento.

Debruçando-se sobre essa controvérsia, o juiz Márcio Cavalcante⁵ firmou entendimento no sentido de que a terceira exceção prevista pelo Supremo Tribunal Federal continuava existindo, pois havia sido fixada, não por conta da interpretação da lei, mas em uma verdadeira construção jurisprudencial, não presente em qualquer normativa. Entendeu-se que o legislador não poderia prever todas as hipóteses excepcionais, o que justificaria que o juiz, em um caso concreto, pudesse identificar que a concessão da prisão domiciliar ameaçaria a garantia da ordem pública/econômica, a conveniência da instrução criminal ou colocaria em risco a aplicação da lei penal.

No artigo “Breves comentários às Leis 13.769/2018 (prisão domiciliar), 13.771/2018 (feminicídio) e 13.772/2018 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)”⁶, Rogério Cunha aponta

5 Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/12/comentarios-lei-13769201>. Acesso em: 13 ago. 2019.

6 Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/12/20/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13-7691813769-18-prisao-domiciliar-13->

o equívoco do legislador nas alterações promovidas pela Lei n. 13.769/2018 ao Código de Processo Penal, na medida em que deixou de considerar o cometimento de crimes graves, como o tráfico de drogas, a participação em associações e organizações criminosas voltadas à traficância, as fraudes de grande vulto ou determinadas figuras tipificadas na Lei n. 13.260/2016.

Sustenta que a prisão domiciliar, por ser uma medida de natureza cautelar, deveria ser analisada sob as diretrizes estabelecidas no art. 282 do Código de Processo Penal, que determina que as medidas previstas no Título IX devem ser aplicadas em conformidade com a necessidade e a adequação à gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do indiciado ou acusado.

Da simples leitura da redação dos arts. 318-A e 318-B, evidencia-se que a adoção do entendimento de substituição automática, quando da presença dos requisitos previstos, realmente vai de encontro às diretrizes fixadas no art. 282 do CPP, para a concessão de medidas cautelares, uma vez que afasta a análise do magistrado acerca das circunstâncias do crime cometido, se a conversão é adequada e suficiente para impedir a reiteração delitiva e apta a garantir a instrução criminal e a aplicação da lei penal.

O doutrinador Dezem (2019)⁷, em seu Curso de Processo Penal, manifesta que, diante da amplitude da terceira hipótese prevista pelo STF, a de “situações excepcionalíssimas”, ela não poderia ser aceita como válida, pois permitiria a burla à regra criada pelo STF.

Ressalta, todavia, que, em tendo sido criada e admitida como válida, era necessário alocar a regra no seu devido lugar no sistema, não podendo estar ligada a crime com violência ou grave ameaça, já previsto em outra hipótese de exceção, devendo ser aplicada em situações envolvendo réu reincidente, por exemplo.

7711813771-18-feminicidio-e-13-77218-registro-nao-autorizado-de-nudez-ou-ato-sexual/13772-18.pdf. Acesso em: 15 set. 2019.

7 DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. Livro eletrônico. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Título 13 – Medidas Cautelares Pessoais/Subtítulo 13.6 – Medida substitutiva da prisão preventiva – Prisão domiciliar.

Há de se pontuar que, em análise à doutrina de Dezem, entende-se que o autor, implicitamente, reconhece a necessidade de que haja uma certa margem de discricionariedade ao magistrado para apreciação de situações excepcionais, ao comentar, em sua obra, a exceção fixada pelo STF para hipóteses de crime cometido com violência ou grave ameaça. *In verbis*:

A segunda restrição pode ser questionada. Com efeito, não está prevista em lei e seria desarrazoado criar restrição onde o legislador não o fez. No entanto, mesmo para ela, em caráter excepcional, é possível entender com algum grau de razoabilidade a restrição criada pela nossa suprema corte. Nesse sentido o julgado abaixo do STJ:

“3. Na espécie, é inadequada a substituição da custódia preventiva pela prisão domiciliar, isso porque a recorrente foi denunciada por delito praticado com extrema barbárie. Segundo consta, a recorrente, em concurso de agentes, teria privado a liberdade das vítimas Thuane e Rudimar e, mediante intenso sofrimento moral, submeteram-nas a um ‘rigoroso interrogatório’ e ‘julgamento’ por supostamente terem delatado as atividades ilícitas de um determinado grupo criminoso. Recebida a autorização da facção criminosa para a execução das vítimas, no dia seguinte, os acusados teriam as levado para um terreno baldio, onde foram agredidas com golpes de facção, tapas, socos e chutes e tiveram fogo ateado ao corpo, enquanto ainda estavam vivas. Os homicídios teriam sido gravados e divulgados nas redes sociais. Infere-se, ainda, da denúncia, que os réus teriam retornado aos locais dos crimes e teriam produzido novo vídeo, também divulgado nas redes sociais, onde foi colocada uma placa com os dizeres ‘morreu pq é cagueta’ em frente ao cadáver carbonizado da vítima Rudimar. Os acusados destruíram parcialmente o cadáver da vítima Thuane ao arrancar-lhe a cabeça para enterrar em local próximo a fim de dificultar a identificação da vítima. 4. Ademais, no caso, conforme determinado pelo Tribunal de origem, as crianças vão ser assistidas pelo Conselho Tutelar, que já foi devidamente oficiado, consoante se extrai das informações apresentadas pelo juízo de primeira instância. 5. Evidenciada nos autos a periculosidade da recorrente, acusada de delitos graves cometidos mediante extrema violência, não há falar em substituição da prisão preventiva pela domiciliar, nos termos do decidido

pela Suprema Corte no julgamento do HC n. 143.641/SP.” (STJ, RHC 98184/SC, 5ª T., rel. Min. Ribeiro Dantas, *DJe* 28.06.2018).

No entanto temos específica compreensão aqui para que a decisão do STF não se mostre *contra legem*. Não é qualquer crime com violência ou grave ameaça que autoriza a negativa de prisão domiciliar. É necessário que a violência ou grave ameaça cometida seja de tal monta que justifique o afastamento da prisão domiciliar, como no caso acima. Caso contrário, ameaça praticada por mulher, em tese, iria autorizar a prisão preventiva sem possibilidade de prisão domiciliar. (Grifo nosso).

5 Conclusão

Através do trabalho de pesquisa proposto, buscou-se apurar uma possível, em tese, intervenção ilegítima do Superior Tribunal de Justiça (ativismo judicial) em matéria plenamente regradada pela Lei n. 13.679/2018, o que poderia estar ocorrendo de encontro à real intenção do legislador ao editar a normativa que acrescentou os arts. 318-A e 318-B ao Código de Processo Penal.

Entretanto, em análise da documentação elaborada durante a tramitação do Projeto de Lei n. 64/2018 (proposições, pareceres, requerimentos) constante no sítio virtual do Senado Federal⁸, não se verificou, em nenhum momento, proposta ou menção do legislador que apontasse a sua intenção de afastar a discricionariedade do magistrado para o indeferimento, diante de situações excepcionais e devidamente fundamentadas, da conversão da prisão preventiva em domiciliar.

À luz disso, conclui-se que, quando o legislador usou o verbo “será” no *caput* do art. 318-A do CPP, tinha, em princípio, a intenção de ressaltar que a conversão da medida de prisão preventiva em domiciliar deveria ser adotada como regra, quando presentes os requisitos legais estabelecidos, e não de estabelecer um regramento para a conversão, automatizado e regido unicamente por critérios objetivos.

8 Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132359>. Acesso em: 17 ago. 2019.

A assomar o entendimento da possibilidade de indeferimento, pelo magistrado, do benefício de conversão da prisão preventiva em domiciliar previsto no art. 318-A do CPP, estão as disposições contidas no art. 282 do CPP, que rezam que as medidas cautelares devem ser aplicadas observando a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Assim, como parte do sistema processual penal, os arts. 318-A e 318-B devem observar os demais regramentos previstos no CPP e não serem aplicados como normativas isoladas.

O trabalho de pesquisa elaborado propiciou uma mudança do entendimento em que se alicerçou a proposta inicial do projeto, que apontava a defesa de uma possível intervenção ilegítima do Superior Tribunal de Justiça (ativismo judicial) em matéria, à primeira vista, totalmente disciplinada pela Lei n. 13.769/2018. Diversamente das percepções iniciais, entende-se, ao final desta pesquisa, que plenamente aplicável a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo após a edição da Lei n. 13.769/2018 e a inserção dos arts. 318-A e 318-B no Código de Processo Penal.

Referências

BARBAGALO, Fernando. Lei 13.769/2018: Primeiras Impressões. *Correio Braziliense*, Brasília, 4 fev. 2019. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2019/lei-13-769-2-018-primeiras-impressoes-juiz-fernando-barbagalo>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n. 10.269/2018*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2175798>. Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 64/2018*. Disciplina o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com

deficiência, bem como sobre a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar das mulheres na mesma situação. Brasília: Senado Federal, 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132359>. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 470549*. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 20 de setembro de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=87931491&num_registro=201802472603&data=20180925. Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 426526/RJ*. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 12 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1788878&num_registro=201703073354&data=20190220&formato=PDF. Acesso em: 14 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso em Habeas Corpus n. 106.377 RS-2018/0329899-9*. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 26 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/686889772/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-106377-rs-2018-0329899-9/relatorio-e-voto-686889799?ref=juris-tabs>. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Habeas Corpus Coletivo n. 143641/SP*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 20 de fevereiro 2018. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+143641%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+143641%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ybaf4zt8>. Acesso em: 14 maio 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Mesmo após a inserção do art. 318-A CPP, é possível que o juiz negue a prisão domiciliar para

a mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, desde que presente situação excepcionalíssima. *Buscador Dizer o Direito*, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/ec20019911a77ad39d023710be68aaa1>. Acesso em: 15 maio 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. *Breves Comentários às Leis 13.769/18 (prisão domiciliar), 13.771/2018 (feminicídio) e 13.772/18 (registro não autorizado de nudez ou ato sexual)*. Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/12/9c20f715-breves-comentarios-as-leis-13769-18-prisao-domiciliar-13771-18-feminicidio-e-13772-18.pdf>. Acesso em: 15 set. 2019.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Livro eletrônico.

O Programa Aqui tem Farmácia Popular e o direito fundamental à saúde

Marcelo Dantas Rocha

Assessor jurídico do Ministério Público Federal, lotado na Procuradoria da República no Município de Colatina-ES. Mestre em Gestão Pública pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Pós-Graduando em *Compliance* e Integridade Corporativa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Espírito Santo (Unesc).

Resumo: O presente artigo estuda o Programa Aqui tem Farmácia Popular, uma vez que lhe é destinada parcela significativa dos recursos públicos de assistência farmacêutica. Para tanto, por meio de metodologia qualitativa, mediante pesquisa bibliográfica e documental, analisa a evolução legislativa da assistência farmacêutica no Brasil. A experiência dessa política pública é observada criticamente. Objetiva demonstrar que o programa é uma das principais estratégias para a efetivação do direito fundamental à saúde. Conclui que o programa é fundamental e que essa vertente da política de assistência farmacêutica tem apresentado uma excelente relação custo-efetividade, com impacto positivo na qualidade de vida da população e redução de gastos na rede pública de saúde. Atualmente, o programa atende cerca de 10 milhões de usuários e tem mais de 32 mil estabelecimentos conveniados.

Palavras-chave: Programa Aqui tem Farmácia Popular. Direito fundamental à saúde. Assistência farmacêutica.

Abstract: This paper investigates the Brazilian Popular Pharmacy Program (Programa Aqui tem Farmácia Popular, in Portuguese), as an expressive amount of public resources are dedicated to pharmaceutical assistance. Through qualitative methodology, as well as bibliographical and documental research, it critically analyses the Brazilian legislative evolution on pharmaceutical assistance, thus

concluding the program's importance on guaranteeing rights to healthcare. It also remarks its positive cost-effectiveness, such as in quality of life and health public expenses reduction. It currently attends around 10 million people and has partnership with more than 32 thousand drugstores.

Keywords: Brazilian Popular Pharmacy Program. Rights to health and healthcare. Pharmaceutical assistance.

Sumário: 1 Introdução. 2 O direito à saúde como direito fundamental. 3 Assistência farmacêutica como componente do direito à saúde. 4 A experiência do Programa Aqui tem Farmácia Popular como estratégia de efetivação do direito à saúde. 5 Conclusão.

1 Introdução

Este artigo abordará a experiência do Programa Aqui tem Farmácia Popular como estratégia de efetivação do direito à saúde, uma vez que parcela significativa dos recursos federais da área é destinada à assistência farmacêutica, e o quinhão do programa é significativo, comparado às outras modalidades coexistentes.

A simultaneidade com outras políticas públicas de acesso a medicamentos traz sobre o programa uma série de indagações, notadamente, voltadas a uma possível competição com as outras modalidades, seja em nível assistencial, gerencial/financeiro e até mesmo de cunho ideológico.

A atualidade e a importância do tema discutido vêm em sintonia com a crise econômica e política que o País atravessa, exigindo do gestor público a máxima eficiência na aplicação dos recursos públicos, em favor de uma sociedade que demanda cada vez mais serviços do Estado, ao tempo que clama pela redução da carga tributária e pelo enxugamento da máquina pública – atenderia o programa a esses aspectos?

O estudo servirá de contribuição aos acadêmicos, por provocar reflexões e críticas, bem como aos profissionais de gestão pública e aos operadores de Direito, que, de alguma forma, estão em contato com o tema debatido.

Para o artigo, por meio de metodologia qualitativa, foi realizada pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos.

A compreensão do Programa Aqui tem Farmácia Popular como estratégia de efetivação do direito à saúde deve primeiramente passar por uma análise da mudança promovida pela Constituição Federal de 1988, que compreendeu o direito à saúde como um direito fundamental do ser humano.

Pela amplitude horizontal e vertical desse direito fundamental, a assistência farmacêutica – por ser parte fundamental, na maioria dos casos, do processo de cura, reabilitação e prevenção de doenças – se torna um componente básico necessário sem o que não é possível o seu pleno atendimento, motivo pelo qual se dedicou um tópico do presente artigo à compreensão da assistência farmacêutica como intrínseca ao direito à saúde.

As principais políticas públicas de assistência farmacêutica foram discriminadas, observando-se que se voltam especialmente ao tratamento de doenças crônicas não transmissíveis, a maior causa de mortalidade no Brasil, sem se descurar que ainda há um longo caminho a ser percorrido, no sentido do pleno atendimento das necessidades da população.

Na parte dedicada à experimentação do Programa Aqui tem Farmácia Popular, foi verificada a hipótese de sobreposição com as demais vertentes de assistência medicamentosa, impacto nos orçamentos familiares, efetividade no tratamento das doenças crônicas não transmissíveis, relação custo-efetividade, em cotejo com os objetivos da sua inauguração.

Ao longo da exposição, foram anotados os principais diplomas e dispositivos legais que regem a matéria, conferindo um norte para uma compreensão mais ampla para aqueles que desejarem posteriormente um aprofundamento no conhecimento do regramento.

Por fim, conclui-se, ao lado de algumas sugestões para aperfeiçoamento, que a experiência do Programa Aqui tem Farmácia Popular é fundamental para a efetivação do direito à saúde, e que essa vertente da política de assistência farmacêutica tem apresentado uma excelente

relação custo-efetividade, com impacto positivo na qualidade de vida da população e evidente redução dos gastos com medicamentos no orçamento familiar. E também tem se mostrado viável do ponto de vista orçamentário, uma vez que tem alcançado números favoráveis na redução de gastos na rede pública de saúde, além de poupar vidas.

2 O direito à saúde como direito fundamental

O direito à saúde está previsto na Constituição da República Federativa do Brasil entre os direitos sociais (CF/1988, art. 6º, *caput*), tidos como direitos fundamentais de segunda geração/dimensão. Ser direito fundamental significa que a saúde é reconhecida em nosso ordenamento pátrio como direito básico de qualquer ser humano, independentemente de condições específicas – é um direito que possui um núcleo inatingível resguardado pela ordem jurídica (CAVALCANTE FILHO, 2018, p. 6).

Nesse sentido, relativo ao alcance vertical e horizontal, a Carta Magna assim determina: “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”.

Para cumprimento das obrigações impostas, atribuiu o cuidado com a saúde como competência comum a todos os entes federados (CF/1988, art. 23, II), bem como o poder-dever de legislar sobre a questão (CF/1988, art. 24, XII).

Visando concretizar o direito previsto, o poder constituinte organizou a saúde em uma rede regionalizada e hierarquizada constituindo um sistema único (CF/1988, art. 198, *caput*), com o objetivo de obter a universalidade da cobertura e do atendimento (CF/1988, art. 194, I), que, além do Poder Público, conta com a participação da população (CF/1988, art. 198, II) e da iniciativa privada (CF/1988, art. 199).

Neste ponto, cabe uma digressão. Antes da Constituição de 1988, a assistência à saúde não era tratada de maneira universal e

estava adstrita a trabalhadores contribuintes para a previdência, restando aos demais o socorro de entidades filantrópicas (BRASIL, 2011).

A nova concepção da saúde teve como fundamento o resultado da 8ª Conferência Nacional da Saúde, realizada em março de 1986, que, sob o comando de Sérgio Arouca, reuniu milhares de profissionais para discutir, em 98 grupos de trabalho, três grandes temas: saúde como direito, reformulação do sistema nacional de saúde e financiamento do setor (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2018a).

Retornando, os dispositivos constitucionais atinentes à saúde são regulados pela Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde – Losus) – que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências –, diploma que reafirma o caráter de direito fundamental do ser humano (art. 2º), a universalidade de acesso e a integralidade de assistência (art. 7º, I e II, respectivamente).

Denota-se que o direito da saúde foi reconhecido como uma necessidade básica do ser humano, direito fundamental, que passa a exigir do Estado prestações positivas para o seu pleno atendimento, e que, se sonegadas, configuram verdadeira agressão aos direitos humanos (CARRARO, 2014, p. 32).

Resta evidente que o arcabouço jurídico do direito à saúde no Brasil é formalmente muito bem definido, sendo outra a dificuldade relativa à sua concretização material, que depende da sua integração nas políticas fundamentais dos governos (SOUZA, 2013, p. 148-163).

A questão se mostrou especialmente dificultosa nos primórdios da vigência da Constituição Federal de 1988, ante um “histórico de distanciamento da realidade social e de desrespeito relativo a normas constitucionais” (ROCHA, 2008, p. 12).

Entretanto, o fato de a nova Constituição ser verdadeira coroa de um processo de redemocratização (SARMENTO, 2007, p. 123) criou nela mesma e na sociedade uma vontade de efetivação.

Nessa senda, o texto constitucional, para a garantia do direito à saúde, notadamente após a Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000, resguardou o financiamento, com previsão, caso haja descumprimento da aplicação da receita mínima, de intervenção federal nos estados (CF/1988, art. 34, VII, *e*) e destes ou da União nos municípios (CF/1988, art. 35, *caput*, e inciso III).

A assistência à saúde também foi prevista na política de educação, pois deve ser garantida ao educando (CF/1988, art. 208, VII), bem como se consubstancia em um dos pilares das relações de trabalho (CF/1988, art. 7º, IV), sendo estas um dos fundamentos da ordem econômica brasileira (CF/1988, art. 170, *caput*).

Por fim, essa assistência também se verifica insculpida na função social da propriedade rural (CF/1988, art. 186), encerrada no respeito às relações de trabalho (CF/1988, art. 186, III) e no bem-estar dos trabalhadores (CF/1988, art. 186, IV).

Em que pese a inclusão de tantas salvaguardas no texto constitucional, não foram poucas as dificuldades de efetivação dos direitos relacionados à saúde – ainda não plenamente resolvidas –, mas os obstáculos/argumentos para não efetivação foram/estão sendo paulatinamente removidos pela doutrina e jurisprudência, com notável protagonismo das Cortes Superiores brasileiras (SOUZA, 2013, p. 23-31).

Anota-se que o ativismo judicial decorre do embate da tríade: eficácia dos direitos fundamentais sociais; reserva do possível; e mínimo existencial.

Como direito fundamental, a saúde deve ser perseguida pelo Estado; mas como promover ações universais e integrais ante a notória limitação de recursos orçamentários? Esse é o fundamento da teoria denominada *reserva do possível*.

A solução apontada pela doutrina e jurisprudência foi a teoria do *mínimo existencial*, garantia que

representaria um conteúdo mínimo dos direitos sociais que não poderia sofrer restrições por parte do Estado, nem sob o argumento da indisponibilidade financeira. (MATSUDA; PEREIRA; SOUZA, 2018, p. 2-3).

Entretanto, ainda existe um longo caminho a ser percorrido, a julgar pelo fato de a maior parcela do Produto Interno Bruto (PIB) do País atinente à saúde, apesar da universalidade do sistema, ser particular, e não pública. A constatação denota que existem problemas nos serviços prestados pelo Estado – Mattos (2015, p. 28), com base em dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística do ano de 2009, informa que, dos 8,8% da parcela da saúde no PIB, 3,9% são gastos públicos (44%) e 4,9% privados (56%).

Os dados, em que pesem demonstrar um passado recente, são atualizados e projetados na pesquisa desenvolvida pela *Global Burden of Disease Health Financing Collaborator Network* (DIELMAN, *et al.*, 2017), que levantou dados do PIB e das despesas com saúde das últimas duas décadas de 184 países, com a finalidade de projetar esses investimentos/despesas até o ano de 2040.

No que tange ao Brasil, o levantamento indicou que a saúde, no ano de 2014, registrou uma parcela de 8,3% no PIB, com investimentos públicos da ordem de 45,9%, com projeção de 11,3% do PIB, sendo 56,1% de gastos públicos para o ano de 2040 (DIELMAN *et al.*, 2017, p. 2010 e 2015).

A indicação do baixo investimento no setor é corroborada pelo fenômeno denominado *judicialização da saúde*, caracterizado pelo conjunto de ações judiciais que buscam obter do Estado prestações de atenção à saúde, notadamente, o fornecimento de tratamentos e medicamentos, aspecto que já representa aos cofres públicos das três esferas federativas cerca de 8 bilhões de reais (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 2018b) – os pedidos de acesso a medicamentos são responsáveis por 65% das demandas (OLIVEIRA-COSTA, 2018).

Principal objeto das ações judiciais – não é possível conceber a plena garantia ao direito fundamental à saúde sem o adequado acesso aos medicamentos (ALMEIDA, 2016, p. 5) –, a assistência farmacêutica é “parte integrante do processo de cura, reabilitação e prevenção de doenças” (OLIVEIRA; ASSIS; BARDONI, 2010, p. 3562), tema que será tratado no próximo tópico.

3 Assistência farmacêutica como componente do direito à saúde

Apesar de todos os avanços promovidos após a implantação do Sistema Único de Saúde, ainda são as doenças crônicas não transmissíveis (as doenças cardiovasculares, os cânceres, as doenças respiratórias crônicas e o *diabetes mellitus*) a maior causa de mortalidade adulta no Brasil (BRASIL, 2018a).

Remondi, Cabrera e Souza (2014, p. 127) destacam que

[...] o tratamento medicamentoso representa uma das principais estratégias para o controle em nível individual das [doenças crônicas não transmissíveis], sendo empregado em até 87% dos adultos e idosos.

De fato, “os medicamentos constituem, na grande maioria dos casos, a intervenção terapêutica com maior relação custo-efetividade, desde que prescritos e utilizados de forma racional” (BRUM, 2008, p. 1458).

Antes da Constituição Federal de 1988, a assistência farmacêutica não fazia parte do rol de responsabilidades do Estado (ALMEIDA, 2016, p. 60), apesar de iniciativas importantes. As iniciativas se confundiam basicamente com a atuação da Central de Medicamentos (CEME), criada em 1971 e extinta em 1997, após atritos com laboratórios e escândalos de corrupção (OLIVEIRA; ASSIS; BARDONI, 2010, p. 3563).

A CEME “tinha como objetivo a fiscalização da produção de medicamentos e a distribuição destes para a população de baixo poder aquisitivo” (PASQUETTI; JUNGES, 2012, p. 4), mas sua gestão centralizada e o pouco conhecimento do perfil epidemiológico das populações foram responsáveis pela dissonância entre as necessidades dos usuários e a oferta de medicamentos (OLIVEIRA; ASSIS; BARDONI, 2010, p. 3563), que acabou por gerar perdas estimadas em até 40% do orçamento – reflexos da deficiência na rede de distribuição e má gestão administrativa (ALMEIDA, 2016, p. 60).

Com o advento da universalidade e da integralidade da assistência à saúde, inauguradas a partir da Constituição Federal de 1988, e a criação do Sistema Único de Saúde, organizado em uma rede

regionalizada e hierarquizada, a assistência farmacêutica precisava ser repensada segundo os princípios e as diretrizes do novo sistema.

Nesse sentido, anotam Oliveira, Assis e Bardoni (2010, p. 3564), foi editada a Política Nacional de Medicamentos – Portaria GM/MS n. 3.916, de 30 de outubro de 1998.

Posteriormente, por intermédio da Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que tem por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária (Lei n. 9.782/1999, art. 6º).

Logo depois, foi editada a regulamentação dos medicamentos genéricos – a Lei n. 9.787, de 10 de fevereiro de 1999, importante passo no acesso a medicamentos com menor custo pela população em geral.

No mesmo ano, a Portaria GM/MS n. 176, de 8 de março de 1999, estabeleceu incentivo à assistência farmacêutica básica (atualmente regulada pela Portaria GM/MS n. 1.555, de 30 de julho de 2013), garantindo transferência de recursos federais com base na contrapartida financeira dos estados e municípios.

Apesar das medidas adotadas, Carraro (2014, p. 44-45), com fulcro em dados de 2003, da Organização Mundial da Saúde, indica que os brasileiros ainda gastavam em média 19% do orçamento familiar com saúde, sendo que, entre as pessoas de baixa renda, os medicamentos respondiam por 61% dessa fatia.

Em 2004, o Conselho Nacional de Saúde aprovou a Política Nacional de Assistência Farmacêutica – Resolução n. 338, de 6 de maio de 2004 –, indicando ser esta

[...] parte integrante da Política Nacional de Saúde, envolvendo um conjunto de ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde e garantindo os princípios da universalidade, integralidade e equidade. (Resolução CNS n. 338/2004, art. 1º, I).

Também em 2004, foi criado o Programa Farmácia Popular do Brasil, por meio da Lei n. 10.858, de 13 de abril de 2004, que auto-

rizou a Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ) a disponibilizar medicamentos mediante ressarcimento (copagamento), regulado pelo Decreto n. 5.090, de 20 de maio de 2004, que instituiu o programa.

O Programa Farmácia Popular do Brasil adotou o sistema de copagamento, em que o Estado subsidia até 90% do valor de referência do medicamento, cabendo ao usuário arcar com o restante – apesar de a metodologia não ser isenta de críticas, a medida foi capaz de reduzir o gasto financeiro das famílias com remédios (CARRARO, 2014, p. 71).

O programa que, em um primeiro momento era adstrito à própria FIOCRUZ, foi expandido para uma rede de convênios com estados e municípios (desdobramento natural previsto no parágrafo único do artigo segundo do decreto) e, posteriormente, passou a agregar estabelecimentos particulares, sob o manto da vertente Aqui tem Farmácia Popular (ATFP) – Portaria GM/MS n. 491, de 9 de março de 2006 (atualmente, vige a Portaria GM/MS n. 111, de 28 de janeiro de 2016).

O Programa ATFP passou por diversas ampliações do rol de medicamentos disponibilizados, com destaque para a campanha denominada “Saúde não tem preço” (Portaria GM/MS n. 184, de 3 de fevereiro de 2011), que deferiu gratuidade aos fármacos para tratamento de hipertensão e do diabetes.

Denota-se que, ao longo dos anos, foi estabelecida uma gama de serviços voltados à assistência farmacêutica, sendo que, atualmente,

A oferta de medicamentos no Sistema Único de Saúde (SUS) é organizada em três componentes que compõem o Bloco de Financiamento da Assistência Farmacêutica – Básico, Estratégico e Especializado, além do Programa Farmácia Popular. Com exceção do Farmácia Popular, em todos os outros componentes o financiamento e a escolha de qual componente o medicamento fará parte é tripartite, ou seja, a responsabilidade é da União, dos estados e os municípios (BRASIL, 2017).

Os medicamentos do componente básico são destinados à atenção básica à saúde, sendo de responsabilidade estratégica e operacional dos estados e municípios, por intermédio das unidades básicas de saúde (BRASIL, 2017).

Os medicamentos do componente estratégico são os que têm por objetivo o tratamento e controle de doenças e agravos de perfil endêmico, com importância epidemiológica e impacto socioeconômico como a tuberculose, hanseníase, entre outras; e ainda o combate ao tabagismo, auxílio à alimentação e nutrição, enfrentamento às endemias e DST/SIDA. Os medicamentos são adquiridos pelo Ministério da Saúde e distribuídos aos estados e (ou) municípios de acordo com programação informada por estes (BRASIL, 2017).

O componente especializado

[...] refere-se a todas as ações de saúde necessárias para o cuidado dos pacientes, visto que esse paciente, majoritariamente, necessitará de tecnologias mais especializadas (médicos especialistas, exames mais complexos, medicamentos mais caros, tratamento mais complexo) do que os agravos cobertos integralmente no Componente Básico da Assistência Farmacêutica (CBAF), por exemplo. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2014, p. 27).

Esse último componente é dividido em três grupos, o primeiro, financiado exclusivamente pela União (medicamentos de elevado impacto financeiro – doenças mais complexas –, com não aceitação de outras linhas de tratamento), o segundo, pelos estados e municípios (tratamento ambulatorial menos complexo – quando não há aceitação de tratamento básico), e o terceiro, de maneira tripartite (componente básico) (BRASIL, 2017).

Considerando o objeto deste estudo, o Programa Farmácia Popular será trabalhado no tópico seguinte, tema também que receberá tratamento mais amplo relativo às demais vertentes.

4 A experiência do Programa Aqui tem Farmácia Popular como estratégia de efetivação do direito à saúde

O Programa Farmácia Popular do Brasil foi criado a partir do Decreto n. 5.090/2004, que regulamentou a Lei n. 10.858/2004, com a finalidade de disponibilizar medicamentos mediante ressarcimento (copagamento).

Ainda na fase embrionária, o programa foi desenvolvido exclusivamente no âmbito da FIOCRUZ, mas depois foi expandido para uma rede estruturada por meio de convênios com estados e municípios, que passou a ser conhecida por rede pública ou rede própria de farmácias populares.

Em sua última fase, a atual, passou a agregar estabelecimentos particulares, sob a vertente denominada Aqui tem Farmácia Popular (ATFP), regida pela Portaria GM/MS n. 111, de 28 de janeiro de 2016.

Como visto, o Programa Farmácia Popular do Brasil opera conjuntamente com outras políticas públicas, o que, segundo Mattos (2015, p. 15) poderia causar, em vários níveis, competição entre os programas, podendo ser destacados o nível assistencial (deixaria a cargo do usuário optar com critérios subjetivos), o gerencial/financeiro (lógicas diferentes e não colaborativas e competição por recursos) e o ideológico (orientado por princípios organizacionais, gerenciais e assistenciais diferentes).

Entretanto, os programas não competem entre si, mas são complementares, sendo essa a conclusão da pesquisa feita por Carraro (2014) com base nas informações levantadas com 1.073 usuários do Programa ATFP de 27 estabelecimentos, dispersos em catorze estados da Federação (CARRARO, 2014, p. 66-70).

A pesquisa aponta que cerca de 52% dos usuários advieram da rede privada de suprimento farmacêutico – considerando alguns medicamentos, o número chega a 90%, a exemplo dos contraceptivos –, 28% mesclavam serviços públicos e privados e apenas 16% migraram de outros programas públicos para o ATFP. Uma pequena parcela, aproximadamente 2%, não adquiria os medicamentos necessários.

Com fulcro no mesmo levantamento, se o Programa ATFP deixasse de existir, apenas 58% se voltariam à rede pública para obter os medicamentos, considerando o valor a ser pago como única justificativa (86%). Por sua vez, outra parcela (36%) voltaria a adquirir na rede privada, assinalando a falta frequente de medicamentos (62%) e a burocracia e demora na rede pública (20%).

Profundos problemas de planejamento, como perdas de medicamentos pelo prazo de validade, insuficiências de recursos financeiros, baixa disponibilidade e descontinuidade de fornecimento, além dos escândalos de corrupção que marcaram o passado recente da assistência farmacêutica brasileira (OLIVEIRA; ASSIS; BARDONI, 2010), são imagens ainda presentes na memória popular (CARRARO, 2014), que impedem e desmotivam parcela da população a procurar os serviços públicos de saúde.

À burocracia, à demora, ao desabastecimento e ao preço pode ser reunida a dificuldade de deslocamento para a busca do medicamento, sendo essa questão considerada “como uma das mais críticas no acesso aos medicamentos através do SUS” (ALMEIDA, 2016, p. 76), incluindo grandes cidades que exigem longos e demorados deslocamentos pela região metropolitana.

A capilaridade foi um importante motivo para a assistência farmacêutica ter evoluído para convênio com particulares, uma vez que os elevados custos de implantação e operação das redes próprias não permitiram o almejado crescimento do Programa Farmácia Popular do Brasil (ALMEIDA, 2016, p. 76-77).

Denota-se que a ampliação para o ATFP é uma tentativa de suplantiar as dificuldades encontradas na assistência básica e na rede própria da Farmácia Popular:

A ampliação do Programa de distribuição de medicamentos através das unidades privadas (ATFP) tem como principal objetivo aproveitar melhor a distribuição geográfica dessas unidades e a dinâmica da cadeia farmacêutica: produção, distribuição e varejo; estendendo, desta forma, o acesso aos medicamentos essenciais ao maior número de usuários, gratuitamente ou com baixo custo, por meio da parceria do governo federal com o setor privado varejista farmacêutico (CARRARO, 2014, p. 21).

Hoje o Programa ATFP “atende cerca de 10 milhões de usuários por mês, através de 31.081 estabelecimentos credenciados, com conexão de vendas ativa, em 4.381 municípios brasileiros” (BRASIL, 2018b, p. 1).

Carraro (2014, p. 53) conclui que o Programa ATFP apresenta maior proximidade às dimensões do modelo proposto pela Organização Mundial de Saúde (disponibilidade, aceitabilidade, acessibilidade geográfica e poder de compra), se comparado com as demais linhas governamentais de assistência farmacêutica básica, assinalando, porém, que as políticas ainda podem ser aprimoradas.

Há, ainda, outras justificativas para a adoção do programa: cobrir doenças de maior incidência no País; reduzir o impacto da aquisição de medicamento no orçamento familiar; manter aderência ao tratamento; “reduzir os gastos do SUS com as internações que são provocadas pelo abandono e/ou falta do tratamento” (CARRARO, 2014, p. 46).

Denota-se coerência nas justificativas para a adoção do programa, pois, considerando serem as doenças crônicas não transmissíveis (as doenças cardiovasculares, os cânceres, as doenças respiratórias crônicas e o *diabetes mellitus*) a maior causa de mortalidade adulta no Brasil, o tratamento medicamentoso representa uma das principais estratégias para o controle em nível individual dessas doenças – sendo este, na grande maioria dos casos, a intervenção terapêutica com maior relação custo-efetividade – faz sentido investir nesse tipo de assistência.

Entretanto, as predições se concretizaram?

No que tange à concentração/foco do programa, denota-se que o governo tem disponibilizado

[...] medicamentos para o tratamento de doenças prevalentes no Brasil, como diabetes, hipertensão, asma, doenças cardiovasculares e relacionadas ao sistema nervoso central e outras. (ALMEIDA, 2016, p. 45).

Assim, é possível afirmar que o programa “tem conseguido atender, de forma articulada com outras ações do Ministério da Saúde, às patologias que representam 72% das mortes no Brasil” (PEREIRA, 2013, p. 59).

Mesmo com adoção do sistema de copagamento para a maioria dos medicamentos, o estudo realizado por Carraro (2014, p. 71) com 1.073 usuários do ATFP identificou que 71% dos entrevista-

dos reconhecem algum ganho financeiro com a utilização do programa, ou seja, a vertente da redução do impacto da aquisição de medicamento no orçamento familiar pode ser confirmada; sendo, no mesmo sentido, o trabalho de Pinto *et al.* (2010).

Neste ponto, cabe uma digressão para observar a reflexão proposta por Silva e Caetano (2015, p. 2951) acerca da diferença da experiência internacional e nacional sobre o sistema de copagamento: em países estrangeiros, o sistema é utilizado principalmente para conter gastos governamentais na área da saúde e, por aqui, o objetivo é a ampliação do acesso a medicamentos.

Daí a sugestão de Almeida (2016, p. 138) no sentido de o programa tratar o subsídio ofertado para os medicamentos conforme a origem da receita (particular ou SUS), privilegiando as classes mais populares que sofrem um impacto proporcional maior dos preços dos medicamentos em seus orçamentos familiares, justificando, assim, a diferenciação (MATTOS, 2015, p. 29).

Retornando, com relação à redução de gastos do SUS com as internações que são provocadas pelo abandono e (ou) falta do tratamento, cumpre, a princípio, destacar o embate atinente ao valor de referência utilizado pelo Ministério da Saúde como base para pagamento dos subsídios.

Anota-se, para fins de esclarecimento, que o valor de referência, em tempo recente, era obtido por meio da comparação média ponderada do quintil inferior do preço de fábrica aprovado pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) e da média ponderada do preço de mercado (apurados com base nos descontos médios praticados pela indústria), adotando-se o menor valor (BRASIL, 2018c).

O Tribunal de Contas da União (TCU), com resultado de uma auditoria operacional realizada no Programa Farmácia Popular do Brasil, levantou questionamento acerca da diferença entre os preços obtidos nas farmácias da rede própria e do valor de referência utilizado para pagamentos dos estabelecimentos particulares, abrindo discussão sobre o custo-efetividade do ATFP (BRASIL, 2011).

A título de ilustração, para o medicamento Captopril 25 mg, os auditores indicaram haver uma diferença de 2.507%, a maior no ATFP – e quatro foram os medicamentos que apresentaram preço mediano superior a 1.000% (BRASIL, 2011, p. 21).

Não passou ao largo a compreensão de que deveriam ser analisados outros custos embutidos, além do mero preço de aquisição, a exemplo de logística, transporte e armazenamento (BRASIL, 2011, p. 22), mas que não foram enfrentados naquele relatório.

Posta a questão pela Corte de Contas, diversos pesquisadores se debruçaram sobre o assunto, podendo-se acrescentar, desde já, que, aos aludidos custos adicionais de logística, transporte e armazenamento, devem ser considerados os custos fixos operacionais e de implantação (operação e instalação de unidades).

Em sua pesquisa, Carraro (2014, p. 90-95) comparou o gasto total por unidade farmacotécnica das farmácias próprias com o valor de referência dos medicamentos da lista do ATFP.

Visando obter um valor mais preciso para a rede própria, acrescentou-se aos valores das unidades farmacotécnicas a média dos custos operacionais apurados (foram analisados dezessete estabelecimentos).

Também visando valores mais acertados para o Programa ATFP, descontaram-se os tributos que incidem nas operações – já que estes retornam para o Estado (utilizou-se o valor estimado de 4,27% sobre a receita bruta).

O resultado demonstrou que o Governo Federal, em média, gasta 150% a mais com o Programa ATFP com os mesmos medicamentos distribuídos na rede própria, diferença que reputou razoável, uma vez que o estabelecimento particular ainda tem que cobrir os seus gastos operacionais, bem como auferir uma certa margem de lucro – não se pode descurar que o comerciante assume responsabilidades dentro do programa e que também há certo atraso no repasse das verbas.

Entretanto, identificou também que o valor de aquisição da farmácia privada é superior ao da rede pública, chegando a ser 8,8 vezes superior (foram analisadas 3.300 notas fiscais de 150 farmácias), concluindo-se que a grande diferença se dá basicamente pelo

volume de compras e pela forma de apresentação do medicamento (tipo de embalagem e bula – prescindidas nas dispensações públicas) (CARRARO, 2014, p. 96-97).

O volume de compras das farmácias particulares é muito inferior às grandes aquisições governamentais, o que influencia fortemente no preço; ademais, como foi destacado, as apresentações (embalagens e bulas) são diferentes em cada espécie de fornecimento, aspecto que também compõe o custo final.

Há de se destacar, porém, que já foram registrados casos de complôs e boicotes às licitações públicas para deixar de fornecer medicamentos com descontos, buscando, assim, forçar compras diretas com preços mais elevados (ALMEIDA, 2016, p. 55-56).

Retomando à análise do trabalho de Carraro (2014), considerando os métodos aplicados, verificou-se que, para alguns medicamentos, o valor de referência era inferior ao preço médio de aquisição, motivo pelo qual a análise se voltou para a análise custo-volume (total financiado pelo Ministério da Saúde e total de compra no estabelecimento).

A evidência parece corroborar o outro lado da questão: os clamores das associações de fabricantes, distribuidores e revendedores de fármacos indicam ser o valor estabelecido insuficiente para ser um atrativo para o setor.

Isso porque, à míngua do incentivo fiscal para fabricantes e revendedores (ALMEIDA, 2016, p. 81), a manutenção do programa sobrecarrega a cadeia produtiva, impelida a realizar descontos, sacrificando a margem de lucro. O problema se agrava ante a não correção da tabela, que fica defasada com relação à prática do setor (ALMEIDA, 2016, p. 143).

De fato, a carga tributária sobre os fármacos no Brasil é elevada (média de 33,9%), enquanto no México, nos Estados Unidos, na Suécia, no Canadá e no Reino Unido são isentos de tributo. Os vizinhos Chile (18%) e Argentina (21%) possuem cargas menores. Considerando a incidência na margem da fabricação e na margem da farmácia, restam cerca de 30% para o sustento da cadeia pro-

dutiva e para a margem de lucro (ALMEIDA, 2016, p. 138-139). Anota-se que a carga sobre produtos veterinários gira em torno de 26% (ALMEIDA, 2016, p. 142).

O programa também exige um certo aumento de capital de giro do estabelecimento comercial, uma vez que o pagamento por parte do Ministério da Saúde ocorre entre dois e três meses depois da operação de dispensação (ALMEIDA, 2016, p. 144).

Entretanto, nem tudo são agruras, pois o programa é um bom marketing para as marcas e para o estabelecimento comercial, gerando oportunidades de vendas não associadas ao programa (ALMEIDA, 2016, p. 84). Ademais, cria benefícios para a “indústria farmacêutica, gerando emprego, renda e inovação” (CARRARO, 2014, p. 22). O crescimento exponencial de credenciamentos é um reforço à tese – a Sala de Apoio à Gestão Estratégica (SAGE), do SUS, registrou o aumento de 1.168% no número de estabelecimentos credenciados entre 2006-2017¹.

De volta ao trabalho de Carraro (2014, p. 99), o resultado da análise custo-volume apurou uma margem positiva ao estabelecimento de 34,2%, donde,

A partir do conjunto de análises, pode-se concluir que o valor de referência pago pelo governo federal parece atender às necessidades da farmácia privada para que ela faça a compra dos medicamentos, compense seus gastos extras, pague os tributos e obtenha margem de lucro. O que favorece sua participação e permanência no PAFP [Programa Aqui tem Farmácia Popular].

A constatação diminui muito a força dos argumentos, tanto da exorbitância do valor de referência quanto da insuficiência.

Com a compreensão dos questionamentos que gravitam em torno do valor de referência, passa-se à análise da eventual redução de gastos do SUS potencialmente promovida pelo programa em estudo.

Ferreira (2015, p. 12-13) avaliou o impacto da política brasileira de copagamento de medicamentos sobre indicadores de

1 Disponível em: <http://sage.saude.gov.br/>. Acesso em: mar. 2020.

saúde, como mortalidade e internações hospitalares, levando em consideração os microdados do Departamento de Informática do SUS (DATASUS) em nível de município/ano entre 2000 e 2012, demonstrando que

[...] a inserção do programa impactou na queda das taxas de mortalidade e probabilidade de morte dos internados para doenças agudas que são agravadas na presença de diabetes e hipertensão, como isquemias do coração e doenças cerebrovasculares. [...] A instalação de uma farmácia popular por 100 mil habitantes diminuiu a taxa de mortalidade por doenças circulatórias em 1,3 mortes também por 100 mil habitantes, assim como reduziu a probabilidade de óbito do internado em 0,07%.

Os impactos sobre internações foram mais abrangentes, a instalação de uma nova farmácia popular por 100 mil habitantes é capaz de reduzir as taxas de internação também para cada 100 mil habitantes em -3,5 para diabetes, -4,5 para hipertensão, -0,06 por doença de Parkinson, -0,04 por glaucoma e -0,006 por rinite. Os efeitos indicam que a política conseguiu reduzir as internações das doenças crônicas focadas pelo programa. Verificou-se, ainda, que a queda das taxas de internação diminuiu os gastos de internação, repercutindo numa diminuição dos custos de operação do sistema de saúde. A análise de custo-benefício sugere, ainda, que o programa é extremamente efetivo, a queda da mortalidade e das internações quando trazidas a valores monetários suplantam, e muito, os custos da política. (FERREIRA, 2015, p. 73, grifos nossos).

O estudo demonstrou que o programa, no período de investigação, foi instrumento que promoveu a salvação de mais de 113 mil vidas e promoveu uma redução de quase 150 milhões de reais nos gastos com internações, indicando que os valores investidos – 3,5 bilhões de reais de subsídios no período – foram superados pelas vantagens (FERREIRA, 2015, p. 15) – a cada R\$ 1 investido no programa, economizaram-se R\$ 16 em internações (BRASIL, 2018d).

Então restou demonstrada, por mais essa faceta, a relação custo-efetividade do programa.

Entretanto, cumpre consignar que o governo, recentemente, promoveu reajustamento dos valores de referência dos medicamen-

tos ofertados no Programa ATFP, por intermédio da Portaria GM/MS n. 739, de 27 de março de 2018.

A nova tabela promoveu, na verdade, profunda mudança na fórmula de cálculo do valor de referência, que agora leva em consideração o valor informado no Sistema de Acompanhamento de Mercado de Medicamentos (SAMMED) – referente à revenda das indústrias farmacêuticas para as farmácias e distribuidoras –, acrescentando-se 40% de margem para as conveniadas, além da alíquota de ICMS (BRASIL, 2018e).

O ajuste veio em resposta às dúvidas levantadas sobre a adequação do valor de referência e tem a pretensão de gerar economia aos cofres públicos (BRASIL, 2018e).

A alteração alardeou o setor, que chegou a afirmar sobre a possibilidade do descredenciamento de 31 mil estabelecimentos e do risco do fim do programa (ENTIDADES..., 2018).

Assim, resta evidenciada a efetividade do programa, uma vez que produz efeitos positivos na saúde geral da população, com uma excelente relação custo-benefício, além dos reflexos positivos nos orçamentos familiares.

5 Conclusão

A Constituição Federal de 1988 reconheceu o direito à saúde como um direito fundamental do ser humano, ante o qual o Estado não pode ficar inerte, ao revés, deve envidar esforços, em conjunto com a sociedade e a iniciativa privada, para sua efetivação; para tanto, garantiu, em seu texto, tanto o financiamento quanto as medidas necessárias para sua concretização.

Entretanto, não foram e ainda não são poucas as dificuldades, havendo ainda, nos dias atuais, um longo caminho a ser percorrido para atendimento pleno das necessidades da população.

A constatação é corroborada pela observação do fenômeno denominado *judicialização da saúde* e pela análise dos números orçamentários, que verificam e projetam um baixo investimento na área pelo Estado.

A *judicialização da saúde* é caracterizada pelo conjunto de ações judiciais que buscam obter do Estado prestações de atenção à saúde, notadamente o fornecimento de tratamentos e medicamentos.

A assistência farmacêutica – por ser parte fundamental, na maioria dos casos, do processo de cura, reabilitação e prevenção de doenças – é caracterizada como um componente básico necessário do direito fundamental à saúde.

Com o advento da universalidade e da integralidade da assistência à saúde, inauguradas a partir da Constituição Federal de 1988, e a criação do Sistema Único de Saúde, organizado em uma rede regionalizada e hierarquizada, a assistência farmacêutica no Brasil passou por diversas etapas em busca do atendimento pleno aos princípios e às diretrizes do novo sistema – ainda há muito o que se fazer.

Verificou-se que as principais políticas públicas de assistência farmacêutica estão voltadas especialmente ao tratamento de doenças crônicas não transmissíveis, a maior causa de mortalidade no Brasil, denotando o acertado foco das decisões governamentais na área.

As políticas também visam especialmente ampliar o acesso aos medicamentos e reduzir o impacto financeiro da aquisição de medicamentos no orçamento familiar.

Atualmente, a oferta de medicamentos no Sistema Único de Saúde (SUS) é organizada em três componentes que compõem o Bloco de Financiamento da Assistência Farmacêutica – Básico, Estratégico e Especializado, além do Programa Farmácia Popular.

A vertente da Farmácia Popular, que, em um primeiro momento, era manejada exclusivamente por farmácias governamentais, passou por uma grande expansão quando se voltou às parcerias com a iniciativa privada.

A coexistência com outras políticas públicas de acesso a medicamentos trouxe sobre o programa uma série de indagações, notadamente, voltadas a uma possível competição com as outras modalidades, seja em nível assistencial, gerencial/financeiro e até mesmo de cunho ideológico.

Visando contribuir com o debate, foi verificada a hipótese de sobreposição com as demais vertentes de assistência medicamentosa, impacto nos orçamentos familiares, efetividade no tratamento das doenças crônicas não transmissíveis, relação custo-efetividade, em cotejo com os objetivos da sua inauguração.

Concluiu-se que a experiência do Programa Aqui tem Farmácia Popular é fundamental para a efetivação do direito à saúde e que essa vertente da política de assistência farmacêutica tem apresentado uma excelente relação custo-efetividade, com impacto positivo na qualidade de vida da população e evidente redução dos gastos com medicamentos no orçamento familiar. E tem se mostrado também viável do ponto de vista orçamentário, uma vez que tem alcançado números favoráveis na redução de gastos na rede pública de saúde, além de poupar vidas.

O sistema pode ser aperfeiçoado por intermédio de incentivos fiscais – notadamente, redução ou isenção de tributos sobre os medicamentos ofertados no programa – e ponderação do sistema de copagamento visando distribuir melhor os recursos destinados ao ATFP.

Referências

ALMEIDA, Sílvia Rebouças Pereira de. *Políticas públicas para o acesso aos medicamentos no Brasil: o caso da Farmácia Popular*. 2016. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Faculdade de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/18792>. Acesso em: 13 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Componente especializado da assistência farmacêutica: inovação para a garantia do acesso a medicamentos no SUS*. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2015/janeiro/06/Livro-2-completo-para-site-com-ISBN.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Comunicado em relação aos 1.729 estabelecimentos descredenciados do Programa Farmácia Popular do Brasil*. Brasília: Ministério da Saúde, 18 maio 2018b. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/maio/18/Nota-de-descredenciamento-18052018.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. *Resolução n. 338, de 6 de maio de 2004*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0338_06_05_2004.html. Acesso em: 13 jan. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Farmácia Popular. Valores de referência. *Portal da Saúde*, Brasília, 27 abr. 2018c. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/acoes-e-programas/farmacia-popular/adesao-e-credenciamento/valores-de-referencia-para-medicamentos>. Acesso em: 8 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Farmácia Popular garante mais acesso e não muda para usuário. *Agência Saúde*, Brasília, 23 mar. 2018e. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42878-farmacia-popular-garante-mais-acesso-e-nao-muda-para-usuario>. Acesso em: 9 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portal da Saúde. Sistema Único de Saúde: estrutura, princípios e como funciona. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>. Acesso em: 8 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Sala de Apoio à Gestão Estratégica (SAGE). [Online]. Disponível em: <http://sage.saude.gov.br/>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Sobre assistência farmacêutica. *Portal da Saúde*, Brasília, 22 ago. 2017. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/assistencia-farmacautica/sobre-a-assistencia-farmacautica>. Acesso em: 8 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Vigilância de Doenças Crônicas Não Transmissíveis (DCNT). *Portal da Saúde*, Brasília, 19 abr. 2018a. Disponível em: www.saude.gov.br/saude-de-a-z/vigilancia-de-doencas-cronicas-nao-transmissiveis. Acesso em: 13 jan. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Lei poderá dar segurança ao Farmácia Popular. *Senado Notícias*, Brasília, 20 mar. 2018d. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/lei-podera-dar-seguranca-ao-farmacia-popular>. Acesso em: 15 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de auditoria operacional: Farmácia Popular*. Brasília: TCU – Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo, 2011. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A14D6E85DD014D7327A82819E4>. Acesso em: 13 jan. 2020.

BRUM, Lucimar Filot da Silva. Resenha de livro: assistência farmacêutica e acesso a medicamentos, de Maria Auxiliadora Oliveira, Jorge Antonio Zepeda Bermudez e Claudia Garcia Serpa Osorio-de-Castro. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 6, p. 1457-1458, jun. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2008000600028&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 jun. 2018.

CARRARO, Wendy Beatriz Witt Haddad. *Desenvolvimento econômico do Brasil e o Programa Aqui tem Farmácia Popular: limitantes e potencialidades*. 2014. Tese (Doutorado em Economia do Desenvolvimento) – Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/103962>. Acesso em: 13 jan. 2020.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Teoria geral dos direitos fundamentais. TV Justiça – Saber Direito. [Online]. Disponível

em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portal_tvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 16 jun. 2018.

DIELMAN, Jeanne *et al.* Future and potential spending on health 2015–40: development assistance for health, and government, prepaid private, and out-of-pocket health spending in 184 countries. *The Lancet*, [online], v. 389, p. 2005–2030, 20 maio 2017. Disponível em: <https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736%2817%2930873-5>. Acesso em: 13 jan. 2020.

ENTIDADES da indústria farmacêutica alertam para fim do programa Farmácia Popular. *Sul21*, Porto Alegre, 26 mar. 2018. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/ultimas-noticias/geral/2018/03/entidades-da-industria-farmacautica-alertam-para-fim-do-programa-farmacia-popular/>. Acesso em: 14 jun. 2018

FERREIRA, Pedro Américo de Almeida. *Efeitos do copagamento de medicamentos sobre saúde no Brasil: evidências do Programa Aqui tem Farmácia Popular*. 2015. Dissertação (Mestrado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/ppge/Pedro_Americo.pdf. Acesso em: 14 jun. 2018.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. Biblioteca Virtual. Sanitarista. Oitava Conferência Nacional de Saúde. Disponível em: <https://bvsarouca.icict.fiocruz.br/sanitarista06.html>. Acesso em: 9 jun. 2018a.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. Saúde nos municípios brasileiros: um retrato nacional. *Fiocruz Brasília*, Brasília, 25 jan. 2018b. Disponível em: <https://www.fiocruzbrasil.fiocruz.br/saude-nos-municipios-brasileiros-um-retrato-nacional/>. Acesso em: 22 jan. 2020.

GARCIA, Marina Morgado; GUERRA JÚNIOR, Augusto Afonso; ACÚRCIO, Francisco de Assis. Avaliação econômica dos Programas

Rede Farmácia de Minas do SUS *versus* Farmácia Popular do Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 221-233, jan. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000100221. Acesso em: 17 maio 2018.

MATSUDA, Juliana Tiemi Maruyama; PEREIRA, Helida Maria; SOUZA, Luciana Camila de. O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais. [Online]. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/%207306306. Acesso em: 16 jun. 2018.

MATTOS, Leonardo Vidal. *Assistência farmacêutica na atenção básica e Programa Farmácia Popular do Brasil: uma análise crítica das políticas públicas de provisão de medicamentos no Brasil*. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências na área de Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2015.

OLIVEIRA, Luciane Cristina Feltrin de; ASSIS, Marluce Maria Araújo; BARDONI, André René. Assistência farmacêutica no Sistema Único de Saúde: da Política Nacional de Medicamentos à atenção básica à saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, [online], v. 15, n. 3, p. 3561-3567, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v15s3/v15s3a31.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2020.

OLIVEIRA-COSTA, Mariella de. Estudo traça panorama da judicialização da saúde no Brasil. *Agência Fiocruz de Notícias*, Rio de Janeiro, 25 jan. 2018. Disponível em: <https://agencia.fiocruz.br/estudo-traca-panorama-da-judicializacao-da-saude-no-brasil>. Acesso em: 10 jun. 2018.

PASQUETTI, Carolina Vedana; JUNGES, Fernanda. O desenvolvimento da assistência farmacêutica no Brasil: evolução da legislação e o seu contexto histórico. *In: MOSTRA DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA*

DA PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU DA PUC GOIÁS, 7., 2012, Goiânia. *Cadernos [...]*. Goiânia: PUC, 2012. p. 1-20. Disponível em: [www. http://www.cpgls.pucgoias.edu.br/7mostra/Artigos/SAUDE%20E%20BIOLOGICAS/O%20Desenvolvimento%20da%20Assist%C3%Aancia%20Farmac%C3%AAutica%20no%20Brasil.pdf](http://www.cpgls.pucgoias.edu.br/7mostra/Artigos/SAUDE%20E%20BIOLOGICAS/O%20Desenvolvimento%20da%20Assist%C3%Aancia%20Farmac%C3%AAutica%20no%20Brasil.pdf). Acesso em: 11 jun. 2018.

PEREIRA, Marco Aurélio. *Programa Farmácia Popular no Brasil: uma análise sobre sua relação com o Complexo Econômico-Industrial da Saúde e os programas estratégicos do Governo Federal*. 2013. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2013.

PINTO, Cláudia Du Bocage Santos *et al.* Preços e disponibilidade de medicamentos no Programa Farmácia Popular do Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 44, n. 4, p. 1-9, jun. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102010000400004. Acesso em: 8 jun. 2018.

REMONDI, Felipe Assan; CABRERA, Marcos Aparecido Sarria; SOUZA, Regina Kazue Tanno de. Não adesão ao tratamento medicamentoso contínuo: prevalência e determinantes em adultos de 40 anos e mais. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 1, p. 126-136, jan. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v30n1/0102-311X-csp-30-01-00126.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2020.

ROCHA, Marcelo Dantas. *A supressão como condição paralisante do direito*. 2008. Monografia (Bacharel em Direito) – Centro Universitário do Estado do Espírito Santo, Colatina, 2008.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 113-148.

SILVA, Rondineli Mendes da; CAETANO, Rosangela. Programa “Farmácia Popular do Brasil”: caracterização e evolução entre 2004-2012. *Ciência & Saúde Coletiva*, [online], v. 20, n. 10, p. 2943-2956, 2015. Disponível em: www.scielo.br/pdf/csc/v20n10/1413-8123-csc-20-10-2943.pdf. Acesso em: 31 maio 2018.

SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: JusPodivm, 2013.

Lei da Segurança para a Inovação Pública: ratificação da atuação consensual nos contratos administrativos do Ministério Público Militar

Edson de Souza Moraes Junior

Servidor do Ministério Público da União, atuando na função de secretário administrativo da Procuradoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro-RJ (PJM/RJ). Especialista em Gestão Pública pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade Estácio de Sá.

Maciel Carlos Antunes

Diretor de Orçamento e Finanças Substituto do Ministério Público do Trabalho. Professor e orientador do Curso de Pós-Graduação em Gestão Pública da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Membro do Grupo de Estudos em Gestão de Serviços Públicos da Universidade de Brasília. Mestre em Gestão das Organizações pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-Graduado em Gestão Pública pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) e em Contabilidade Pública e Controladoria pela Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Graduado em Ciências Contábeis pelo Instituto Compacto de Ensino Superior e Pesquisa. (ICESP)

Resumo: O presente estudo cuida de demonstrar a possibilidade de atuação consensual, pela Administração Pública, na execução dos contratos administrativos, quando houver cumprimento irregular por ação ou omissão do contratado. Os normativos advindos da Lei n. 13.655/2018 serviram de fonte para o embasamento dos benefícios que poderiam ser alcançados pelo Ministério Público Militar, utilizando-se de instrumentos consensuais, como o firmamento de Termo de Ajuste de Conduta (TAC), para o saneamento de situações de descumprimentos contratuais. Para atingir esse objetivo, processos administrativos instaurados no órgão referido

para apuração de eventual aplicação de penalidade foram analisados, demonstrando-se, na prática, como poderiam tramitar de forma mais eficiente com o uso dos novos mecanismos.

Palavras-chave: Lei da Segurança para a Inovação Pública. Contratos administrativos. Atuação consensual. Termo de compromisso. Ministério Público Militar.

Abstract: This study intends to demonstrate the possibility of consensual action, by the Public Administration, in the execution of administrative contracts, when there are irregularities in the contractor's action or omission of the contract. The regulations in Law 13.655/18 served as a guideline to support benefits that can be achieved by the Military Prosecution Service, using consensual instruments, such as the Term for the Adjustment of Conduct (TAC), for remedying of contractual transactions noncompliance. In order to achieve this objective, the administrative processes initiated at the referred prosecution service that could determine any possible application of the penalty were assessed, demonstrating, in practice, how to proceed utilizing the most efficient execution mode with the use of the new mechanisms.

Keywords: Security Law. Administrative contracts. Administrative agreements. Consensual settlement. Term of commitment. MPM.

Sumário: 1 Introdução. 2 Lei da Segurança para a Inovação Pública. 3 A atuação consensual na Administração Pública. 4 O termo de ajuste de conduta e os contratos administrativos. 5 Conclusão.

1 Introdução

O presente artigo trata da recente inserção da Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, no ordenamento jurídico brasileiro. Sumariamente, ela contém disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, alterando parcialmente o Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), intitulada pela doutrina de *norma das normas*. Regula, pois, aspectos temporais, de aplicabilidade e de interpretação das normas em

geral, entre outras instrumentalidades. Houve, ainda, a apuração das inter-relações entre a legislação-base e a consensualidade na seara administrativo-contratual, de tal sorte que se busque solucionar a seguinte problemática: em que dimensão a lei epigrafada influenciaria a atuação consensual – aquela que privilegia a negociação em níveis horizontais entre as partes – em caso de execução irregular, pelo contratado, nos contratos firmados no âmbito do Ministério Público Militar (MPM)?

Buscar-se-á retratar como a atuação consensual poderá ser utilizada no MPM, bem como em toda Administração Pública, notadamente na execução de seus contratos administrativos, quando houver, pelo contratado, a prática de irregularidades no cumprimento das regras compreendidas no acordo. Procedimentos alternativos serão evidenciados com a finalidade de proporcionar mais dinamismo e agilidade (e menos custos) ao se empregarem instrumentos negociais no lugar da habitual instauração preliminar de processos de apuração de penalidade que, a rigor, requerem esforços consideráveis de diversos setores administrativos e jurídicos e, por isso, acabam transcorrendo longos tempos de tramitação.

A princípio, buscou-se relacionar pontualmente os normativos da lei que se compatibilizam com a temática abordada no presente artigo; no entanto, sem o intuito de se chegar a um aprofundamento teórico substancial, tendo a pretensão de apenas perpassar sucintamente pelo conjunto de normas que servirá de base para a produção deste artigo científico. Adicionaram-se, ainda, conjecturas de eminentes estudiosos do tema, para fins de deslinde, e interpretações, de modo a esclarecer o genuíno teor das normas mencionadas no artigo, evitando-se, assim, a ocorrência de indesejáveis desvios de hermenêutica jurídica e administrativa, tanto formais como materiais.

Cumprê afirmar que este artigo científico cuidou de temática ainda pouco abordada por estudiosos do ramo jurídico-administrativo. Isso se deve ao curto período transcorrido desde o início de vigência do normativo, que ocorrera em 25 de abril de 2018, salvo quanto ao seu art. 29, que entrou em vigor somente 180 dias con-

tados da publicação. Assim, intentou-se apresentar laconicamente à sociedade esse novel regimento regulador de inovações instrumentais de intervenção por parte do Poder Público, elevando as consequências práticas das decisões administrativas a um patamar de certa supremacia em relação ao movimento tradicionalista de ação (ainda em voga), eivado de excessivas solenidades, com foco primordial e desmedido nos controles, o que gera, desse modo, oneração substancial ao objeto perseguido inicialmente pelo gestor público.

O objetivo deste artigo é demonstrar como o MPM poderá se beneficiar dos mecanismos dispostos pela Lei n. 13.655/2018 na execução de seus contratos administrativos, no caso de descumprimento contratual pelo contratado, utilizando-se da atuação consensual. Para tanto, processos administrativos concluídos e atrelados à execução de contratos no âmbito do órgão, nos últimos dois anos, serão analisados. Haverá a demonstração de como os mesmos processos poderiam ter tramitado com a utilização dos atuais instrumentos disponibilizados na norma, considerando-se os correlatos aspectos de celeridade e de eficiência.

O artigo foi elaborado utilizando-se a metodologia qualitativa, por meio da compreensão e análise de dados teóricos. Na modalidade de pesquisa, houve precipuamente a exploração de bibliografias, além do exame de processos e contratos administrativos gerados internamente no MPM, entre outros documentos e normativos encontrados na internet. O norte primário seguido foi obra publicada pelo doutrinador Alexandre Santos de Aragão, que instrui sobre fragmento importante do conteúdo deste artigo: a inserção da consensualidade na Administração Pública. O estrito estudo desse lastro documental serviu de engenho à fundamentação teórica, servindo ainda de construção principiológica.

Como propósito, utilizou-se a pesquisa exploratória, visto que parte substancial do assunto abordado ainda é carente de estudos anteriores densos e consolidados, até pelo curto período de nascimento da legislação analisada. Nessa linha, construiu-se hipótese livre, com a finalidade de descobrir padrões e ideias (COLLIS; HUSSEY, 2005). Inexistiu, pois, a intenção precípua de aprofundamento teórico, mas sim a de encontrar caminhos para aplicabilidade

de instrumentos de consensualidade criados pela Lei da Segurança para a Inovação Pública aos contratos administrativos, sobretudo no que se refere ao uso do Termo de Ajuste de Conduta (TAC).

A exploração teve, como campo de pesquisa, dados de processos administrativos eletrônicos produzidos na Procuradoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro para apurar aplicação de penalidade a empresas terceirizadas que descumpriram ou cumpriram irregularmente cláusulas contratuais. A coleta dos dados será implementada por meio de pesquisas executadas no sistema de tramitação eletrônica de processos administrativos do órgão, denominado Sistema Eletrônico de Informações (SEI).

Os elementos teóricos foram baseados e construídos sob o desígnio de priorizar a aplicação dos atributos da eficiência e da eficácia no suporte administrativo voltado para o auxílio pragmático à consecução das atribuições institucionais do Ministério Público Militar.

2 Lei da Segurança para a Inovação Pública

A Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, denominada de Lei da Segurança para a Inovação Pública, trouxe ao sistema jurídico brasileiro temas que geraram (ou, talvez, gerem ainda) diversas polêmicas. A mídia de massa veiculava que tal normativo vinha para mitigar ou até mesmo exterminar os efeitos da famosa investigação denominada Operação Lava Jato, visto que supostamente vincularia a atuação do Poder Judiciário a determinados preceitos que, a rigor, poderiam esvaziar os efeitos de muitas decisões judiciais. Nesse sentido, apesar de os próximos parágrafos não se correlacionarem de forma direta com o tema deste artigo, é importante referenciá-los para que se tenha *a priori* certa contextualização global da lei.

Ela inicia regulando que se decida somente com fundamentos em bases abstratas – princípios –, sendo obrigatória a consideração das consequências materiais (práticas) da decisão, conforme se segue: “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Além disso, o novo normativo ordena que, quando da interpretação de normas com viés de gestão pública, deverão ser levados a efeito os entraves e as dificuldades encontrados, na prática, pelos gestores no exercício da aplicabilidade das políticas públicas exigíveis, *in verbis*:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Assim, de uma ótica, poder-se-ia depreender que o dispositivo traria ao ordenamento jurídico regramentos que formalizariam atitudes de desídia (desleixo) por parte de certos administradores públicos, principalmente aqueles atuantes em pequenos municípios no interior dos estados. No entanto, um grupo de intelectuais juristas que prestaram auxílio à edição do anteprojeto do instituto legal afirmou à época que o julgador deve considerar a realidade inerente a cada unidade da Federação, visto que algumas delas não detêm o mínimo de estrutura financeira e de pessoal, tendo dificuldades de, por exemplo, prestar contas anualmente ao Tribunal de Contas competente. Nessa linha, os juristas afirmavam que

[...] as condicionantes envolvem considerar (i) os obstáculos e a realidade fática do gestor, (ii) as políticas públicas acaso existentes e (iii) o direito dos administrados envolvidos. Seria pouco razoável admitir que as normas pudessem ser ignoradas ou lidas em descompasso com o contexto fático em que a gestão pública a ela submetida se insere. (MARQUES NETO *et al.*, 2018, p. 8).

Por outro lado, a Lei da Segurança para a Inovação Pública evidenciou, no *caput* do mesmo art. 21, a imprescindibilidade de se motivar a decisão que tiver por resultante a invalidação de contrato, devendo indicar expressamente as vertentes jurídicas e administrativas do ato. Daí exprime-se a consagração do emprego da motivação do ato administrativo como regra.

Cumprir destacar que, costumeiramente, o ato administrativo deveria ser motivado apenas caso fosse classificado como ato vinculado: aquele em que a lei descreve, de modo expresso, como serão confeccionadas todas as fases do ato, inexistindo qualquer

margem de avaliação subjetiva pelo administrador em sua feitura. Por sua vez, o ato é discricionário quando há oferecimento, pela lei, de certa margem de conveniência e de oportunidade ao agente público na escolha parcial de seus elementos. Nesta espécie de ato, o instituto da motivação seria notavelmente desnecessário, inexistindo qualquer obrigação de sua aplicabilidade. Isso porque, conforme assevera o doutrinador:

Ao contrário da decisão judiciária, que exige fundamentação – é a regra –, o pronunciamento administrativo de modo geral dispensa justificativa, a não ser expressa norma legal o determine. (CRETELLA JÚNIOR, 1995, p. 276).

No entanto, tal entendimento foi atualizado e hodiernamente grande parte dos doutrinadores administrativistas entende ser obrigatória a motivação dos atos administrativos, tanto os vinculados como os discricionários, tendo como parâmetro a aplicação dos princípios constitucionais da moralidade e do acesso ao Judiciário. A dispensa de tal instrumento moral inviabilizaria o controle social, uma vez que não se conheceria a interpretação dada à lei pelo administrador e tornaria impossível, ainda, a verificabilidade da exata incidência do ato relativo ao fato que o justificou (ARAÚJO, 1992).

Dados os panoramas de contexto inicial da indigitada norma, passa-se a explorar mais agudamente no que ela se relaciona com a temática do presente artigo. Nesse escopo, é imperioso realçar o seu art. 26, segundo o qual a Administração Pública fica autorizada a firmar compromissos com os interessados para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público. Essa instrumentalidade disposta pela lei se assemelha ao acordo extrajudicial utilizado por distintos órgãos e entidades, tal qual o Ministério Público em procedimentos administrativos investigativos, e é alcunhada de Termo de Ajuste de Conduta (TAC), sendo este definido assim pelo Conselho Nacional do Ministério Público:

[...] é um acordo que o Ministério Público celebra com o violador de determinado direito coletivo. Este instrumento tem a finalidade

de impedir a continuidade da situação de ilegalidade, reparar o dano ao direito coletivo e evitar a ação judicial.

Isso ocorre, por exemplo, nos casos em que uma indústria polui o meio ambiente. Nesse caso, o Ministério Público pode propor que ela assine um termo de compromisso para deixar de poluir e reparar o dano já causado ao meio ambiente. Se a indústria não cumprir com seu compromisso, o Ministério Público pode ajuizar ações civis públicas para a efetivação das obrigações assumidas no acordo.

O termo de ajustamento de conduta está previsto no § 6º do art. 5º da Lei 7347/85 e no art. 14 da Recomendação do CNMP nº 16/10:

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Art. 14. O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados. (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2019).

Consoante ao explanado, o TAC é um instrumento para sanar irregularidades de modo mais célere, mediante firmamento de um acordo pelo qual o infrator, ou potencial infrator (no caso de ameaça à lesão), compromete-se a ajustar sua conduta irregular e a reparar o prejuízo decorrente, gerando, ao final, um termo executivo extrajudicial, que posteriormente poderá ser utilizado para cobrança de penalidades na via administrativa e judicial, na hipótese de descumprimento dos termos ajustados. Essa instrumentalidade se mostra mais eficiente e célere do que o *modus operandi* tradicional, visto que evita a instauração e a apuração do cumprimento indevido através de uma tramitação processual específica, com métodos mais solenes e complexos, perpassando por diversos setores administrativos e jurídicos até a sua conclusão.

No entanto, para utilização do termo de ajuste, é indispensável o cumprimento de alguns requisitos e pressupostos delineados pela lei de inovação. O primeiro é buscar o alcance de solução jurídica que possua os atributos da proporcionalidade, equanimidade, eficiência e compatibilidade aos interesses gerais. Adicionalmente, o termo não poderá ter o condão de conceder desoneração perene de dever ou de condicionamento de direitos amplamente reconhecidos e deverá prever as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

3 A atuação consensual na Administração Pública

É perceptível que a lei, objeto deste estudo, caminhou no sentido de se iniciar formalmente a atuação consensual pela Administração Pública por meio de previsão de procedimentos mais simples e diretos, culminando no notório corte de formalidades em demasia. Com essa racionalização, fica latente a realização de menores custos da prestação dos serviços, direta ou indiretamente, em suas tratativas ordinárias. Além disso, visualiza-se a abertura de trilhas guiadoras do atingimento do interesse público de maneira mais dinâmica e fluida.

Outra consequência evidenciada é o privilégio ao resultado material em prejuízo aos procedimentos meramente solenes, atenuando o excesso de formalidades claramente irrelevantes à produção dos processos e decisórios administrativos. Destarte, deveria inexistir na contemporaneidade a Administração Pública consubstanciada na interpretação estrita do princípio da legalidade, o qual obriga os agentes públicos a executarem apenas o que a lei autoriza, não conferindo espaço previsto para uso de inovações e proatividades em níveis expressivos. Para Giorgio Berti,

[...] Administração Pública não se distingue mais por uma subordinação positiva à lei (“só fazer o que a lei permite”), mas pela sua capacidade de compor a diretiva do legislador político com os interesses espirituais e econômicos que, justamente para a sua efetividade, demandam um constante confronto entre a dimensão social e a individual. (BERTI, 1988 *apud* ARAGÃO, 2005, p. 295-296).

Talvez hoje seja incongruente se pensar em exercício do uso cego e indistinto da unilateralidade pelo Poder Público, o conhecido poder de império ou poder extroverso, pelo que vige no País um clamor da sociedade pela fluidez da coisa pública. Atualmente, impõe-se o esforço tutelar do Estado direcionado ao que deve ser primariamente real objeto estatal, isto é, voltado para satisfação das necessidades precípua de seu povo, descartando-se o gasto econômico e energético com situações secundárias, de mero formalismo irracional.

Com isso, a Administração Pública se elevaria à gestão gerencial ao agir tendendo à horizontalidade em atividades nas quais seja possível a caracterização material do Estado contratante ou Estado cliente. Entendendo-se gestão gerencial como

[...] o modelo de Administração Pública gerencial, presente em um Estado não mais prioritariamente produtor de bens e serviços, mas regulador da economia e da sociedade, tanto no aspecto econômico como de outras questões sociais relevantes, como o meio ambiente, o enfoque muda, passando para o controle de resultados pretendidos, atenuando os rígidos controles procedimentais do período antecedente. (SARTURI, 2013).

Há, desse modo, abstenção da aplicação irrestrita do instrumento da unilateralidade, dando vez à consensualidade no cerne de seus negócios administrativos. Entende-se, pois, que

a Administração consensual é um corolário necessário da tese que vê a legitimação da Administração não mais na lei, mas na satisfação das necessidades sociais dos cidadãos. (MANGANARO, 2000, p. 139).

Vale dizer, a aplicação da consensualidade no seio administrativo não se coaduna com a tese ventilada de que se estaria dispondo, ainda que parcialmente, do interesse público. Isso porque a atuação consensual aproxima o poder estatal dos administrados, uma vez que se retiram os entraves arraigados de formalidades existentes entre o desejo do Estado e a efetiva consecução da satisfação das necessidades públicas:

No âmbito jurídico, ensina Alexandre Marques da Silva, citando Miguel Reale, que o valor maior é o ser humano e os outros dele

dependem, acrescentando que suas “necessidades são representadas em cinco valores fundamentais: o verdadeiro, o belo, o útil, o santo e o bem”. (FREITAS, 2018).

Nesse prisma, o eminente lecionador Alejandro Huergo Lora relaciona as razões de conveniência para Administração Pública no uso dessa nova diretriz:

1) O aumento do número de atividades reguladas pelo Estado, e, conseqüentemente, dos interesses públicos e privados envolvidos, aumenta demasiadamente a complexidade da qual as suas decisões devem se revestir, sendo bem mais seguro que as tome ponderadamente e em consenso com os particulares a serem por elas atingidos. Observa Oscar Aguilar Valdez (2002, p. 446) que essa necessidade é maior ainda em se tratando de regulação de serviços públicos, considerando “o caráter triangular da relação jurídico-regulatória e a conseqüente incidência na zona de interesse de vastos setores sociais”; 2) Para as maiores pretensões do Estado em intervir na vida social e econômica, os seus atos unilaterais, editados sem que possam despertar o “desejo de colaboração” do particular, podem não ser muito eficientes; 3) A crise fiscal do Estado faz com que, se, por um lado, o Estado não tem mais condições de participar ativamente da vida econômica do país, por outro, não podendo ficar-lhe alheio, passa a intervir por meio de fomentos negociados com os agentes econômicos privados. (LORA, 1998 *apud* ARAGÃO, 2005, p. 294).

4 O termo de ajuste de conduta e os contratos administrativos

Na prática da gestão da coisa pública, ainda não é raro se deparar com o constante descumprimento das normas contratuais pelo ente privado contratado. Isso se deve à inexistência de estrutura dos órgãos para amparar o exercício da fiscalização contratual, levando a distorções na execução dos contratos administrativos. Como consequência, encontrava-se despreparo teórico dos servidores que exerciam a função de fiscal de contratos, bem como a falta de corpo jurídico e técnico, o que proporcionava a ocorrência

de interpretações inadequadas das cláusulas e a quase ausência de uma cobrança efetiva de execução de serviço que deveria ser prestado a contento, nos termos previamente convencionados; ou seja, as normas contratuais eram apenas meras escrituras em papel, com inexistência de qualquer força normativa material.

Atualmente, com a profissionalização do serviço público, vê-se uma fiscalização contratual cada vez mais diligente, privilegiando, desse modo, o eficaz andamento da execução dos contratos administrativos, mantendo o estabelecimento de órgãos e entidades públicos aptos a auxiliar na consecução das finalidades institucionais correspondentes e, assim, entregar à sociedade uma contraprestação adequada e de qualidade.

Com a edição da Lei da Segurança para a Inovação Pública, houve acréscimo de ferramentas utilizáveis para a obtenção de melhoramentos da fiscalização e gestão contratuais, especialmente a previsão autorizativa de possível uso de Termo de Ajuste de Conduta, que poderá ser firmado entre as partes quando estritamente vantajoso para a Administração, nos moldes detalhados na fundamentação teórica deste artigo. Reafirmando a importância dessa nova disposição legal:

O artigo 26 permite que a administração, nas situações irregulares, incertas ou litigiosas, celebre compromisso com os interessados. Os Termos de Ajustamento de Conduta são cada vez mais utilizados. Sua utilidade é flagrante e a administração em geral, agora, ganha fundamento legal para poder adotá-los. (FREITAS, 2018).

Essa técnica ferramental, recentemente autorizada por lei, ratifica a aceitação da sociedade em se adotar a atuação consensual também na gestão pública, consoante ao exposto minuciosamente na fundamentação teórica.

Pelo que é necessária a atividade negocial da autoridade gestora do contrato para com a contratada, visando ao consenso, a fim de que firmem, ao final, o título extrajudicial – TAC. Isso

faz com que a diretiva da coisa pública comece a se assemelhar à gestão praticada pelos entes privados no campo empresarial, denotando, pois, um inovador movimento em direção ao caminho da imprescindível eficiência administrativa, visto que, com esse modo de ação, consegue-se alcançar resultados mais céleres com menos custos incorridos. É o que se passa a demonstrar a partir de agora.

Nos dois últimos anos e antes da vigência da Lei n. 13.655/2018, na Procuradoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro, órgão regional do Ministério Público Militar, instaurou-se 1 (um) processo administrativo de apuração de penalidade contra empresa contratada para prestar serviço de guarda patrimonial, com o emprego de vigilância armada e, portanto, com mão de obra residente – prestação de serviço com alocação fixa de trabalhadores terceirizados.

O contrato com a empresa de segurança patrimonial foi firmado em 15 de agosto de 2016 e, transcorridos aproximadamente seis meses do início de sua vigência, a fiscalização de contratos começou a ter notícias de que a contratada estava pendente com o pagamento de obrigações trabalhistas: efetuava pagamento irregular dos auxílios transporte e alimentação e das horas extras trabalhadas.

De acordo com legislação e orientações aplicáveis, o gestor público somente poderá quitar nota fiscal ou fatura referente à contraprestação contratual caso a contratada apresente prova de regularidade fiscal e trabalhista, cabendo ao servidor encarregado de exercer as funções de fiscal de contrato a notificação à parte para saneamento de eventual pendência que se tenha conhecimento, sob pena de instauração de processo de apuração de penalidades previstas no instrumento de ajuste.

Dessa forma, como a empresa terceirizada não atendeu às diversas notificações encaminhadas pela fiscalização contratual, autuou-se o Processo n. 3.11.000.1.000242/2017-94, cuja tramitação sumária segue:

Tabela 1 • Resumo de tramitações
do Processo n. 3.11.000.1.000242/2017-94

6/2/2017	Instauração do processo
21/2/2017	Encaminhamento ao setor jurídico
15/9/2017	Parecer técnico – jurídico
25/9/2017	Notificação para apresentação de defesa pela requerida
4/10/2017	Apresentação de defesa
28/11/2017	Parecer técnico conclusivo – jurídico
25/1/2018	Notificação preliminar da aplicação de penalidade à parte
1/2/2018	Apresentação de recurso administrativo pela requerida
9/2/2018	Parecer técnico final – jurídico
14/2/2018	Decisão de indeferimento pela autoridade gestora do contrato
23/2/2018	Notificação da decisão de aplicação de penalidade
2/4/2018	Conclusão do processo

Fonte: Intranet do MPM (2018).

Conforme se observa, os trâmites processuais foram concluídos em período superior a um ano, perpassando por diversos seto-

res administrativos e jurídicos. Percebe-se, portanto, um árduo esforço da Administração para apuração de irregularidades ocorridas no curso da execução contratual. Houve, no caso, a aplicação das penas de advertência e multa. A título de ilustração, exhibe-se a árvore integral do processo em tela (ver Anexo - Figura 1).

Caso houvesse a aplicação do Termo de Ajuste de Conduta, novo mecanismo acrescentado pela Lei da Segurança para a Inovação Pública no âmbito administrativo, o prazo para conclusão se reduziria sobremaneira, uma vez que os trâmites seguiriam por menos setores, produzindo-se uma quantidade comparativamente ínfima de documentos e de labor até a conclusão do processo, entretanto tendo, como resultante, produto semelhante ao modo anteriormente usual.

Essa grande valia seria alcançada seguindo ritos não apenas formais mas também materiais em concomitância, por meio de ações negociais, abstendo-se parcialmente do uso do poder de império da Administração e usando-se a ação de consensualidade. Isso se efetivaria inicialmente com procedimentos práticos e diretos, como o de agendar uma reunião, ainda que formalizada através de notificação e se fazendo constar em ata o conteúdo democraticamente discutido sobre determinada irregularidade ou vício superveniente, em vez de instaurar, de pronto, processo administrativo.

Nesse encontro, o representante competente da Administração apresentaria minuta de proposta de acordo, via TAC, constando minuciosamente as obrigações de fazer e não fazer, a serem cumpridas pelo contratado em prazo fixado, sob pena de incidência de penalidades, consubstanciada em multa por cada descumprimento e por dano moral coletivo para compensação da lesão causada à sociedade em geral, conquanto de forma indireta.

Para tanto, seria precisa ainda a realização de tramitações e exigências protocolares, embora em quantidade reduzida. Ademais, a natureza dos procedimentos seria efetivada em uma complexidade inferior em relação ao modelo de costume, sem interferir, porém, no aspecto qualitativo da efetiva resolução das questões. Em seguida, expõe-se a estrutura da proposição após aplicação de tal mecanismo de consensualidade:

Tabela 2 • Proposição alternativa com o uso da consensualidade

Termo de Ajuste de Conduta (TAC)	
1º	Minuta do TAC – setor jurídico
2º	Notificação de convocação para reunião/audiência
3º	Reunião/audiência para apresentação, negociação e firmamento de termo de ajuste
4º	Acompanhamento do cumprimento do TAC
5º	Em caso de descumprimento, notificação ao compromissado, cobrando o cumprimento estrito dos termos ajustados e o pagamento da multa incidente
6º	Em caso de continuidade do descumprimento, encaminhamento do termo convencionado ao Jurídico para ajuizar ação de execução do título extrajudicial

Fonte: Autor.

Salienta-se que, mesmo na hipótese de descumprimento do Termo de Ajuste de Conduta pela parte compromissada, a ação de execução ajuizada transcorrerá com maior celeridade visto que, com o título extrajudicial, inexistirão discussão e instrução probatória do direito pleiteado no curso do processo judicial, considerando-se preliminarmente a declaração voluntária de cumprimento das obrigações quando da assinatura do instrumento consensual.

[...] [N]o plano material, sobrepõe-se a declaração de certeza (relativa), obtida mediante consenso extrajudicial entre as partes ou através da cognição pelo órgão jurisdicional – e neste caso o grau de cer-

teza é maior, tanto que só algumas objeções estritas previstas nos arts. 741 e 475-L podem desfazê-la [...]. (CAPPELLI *et al.*, 2009, p. 51-52).

Como demonstrado, outra aventada desvantagem no uso do TAC seria a perda de determinados formalismos, o que poderia gerar, em tese, precariedade na tomada de decisão com a edição do ato administrativo. Contudo, o formalismo deve ser aplicado apenas nas situações em que o interesse público e a proteção dos direitos dos particulares assim o exigirem, em absoluto enlace de aplicações dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em face das formas (PIETRO, 2002).

5 Conclusão

Houve a demonstração de como a Lei da Segurança para a Inovação Pública pode ser aproveitada e aplicada à Administração Pública em situações que tradicionalmente causam desgastes na relação contratante-contratada, gerando inclusive custos aplicáveis a outros nichos mais relevantes para o interesse público. Para o atingimento desse objetivo, construíram-se parâmetros teóricos e práticos que buscaram assentar os rumos de uso do Termo de Ajuste de Conduta como alternativa instrumental de atuação consensual nas nuances incididas na execução contratual, em que o cumprimento dos regramentos ora ajustados sai dos ditames da regularidade e desvia o fim comungado previamente entre as partes.

Nessa linha é que se conseguiu arquitetar como se alcançariam os benefícios advindos da Lei n. 13.655/2018 no curso dos processos administrativos instaurados para aplicação de penalidade por descumprimentos contratuais a entidades empresariais contratadas para prestar serviços, proporcionando ao Ministério Público Militar novo enfoque sobre os mecanismos que auxiliem na resolução eficiente de celeumas emergidas na gestão estrutural dos estabelecimentos de suas Procuradorias.

Portanto, ficaram demonstrados os caminhos iniciais de uso da atuação consensual na gestão pública, o que poderá acrescentar valorosas contribuições para a gestão de contratos administrativos,

quando ocorrerem irregularidades na execução dos acordos ora firmados, para contribuírem no amparo ao exercício da missão institucional de cada órgão ou entidade pública.

A abordagem deste estudo se fundou nas possíveis condições de uso do Termo de Ajuste de Conduta na seara contratual, entretanto ainda há muito o que ser pesquisado sobre o descobrimento e aprofundamento de outros instrumentos que permitam o alargamento da atuação consensual na *res publica*.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, p. 293-310, jul./set. 2005. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/42/167/ril_v42_n167_p293.pdf. Acesso em: 16 mar. 2019.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CAPPELLI, Sílvia *et al.* *Compromisso de ajustamento ambiental: análise e sugestões para aprimoramento*. São Paulo: Instituto Planeta Verde, 2009. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/projetos/arquivo_081213_6910.pdf. Acesso em: 3 mar. 2019.

COLLIS, Jill; HUSSEY, Roger. *Pesquisa em administração*. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Portal de Direitos Coletivos. O que é o termo de ajustamento de conduta? Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/direitoscoletivos/index.php/4-o-que-e-o-termo-de-ajustamento-de-conduta>. Acesso em: 1º mar. 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FREITAS, Vladimir Passos de. Inclusão de dez artigos na Lindb traz importante inovação ao direito brasileiro. *Revista Consultor Jurídico*, [online], 29 abr. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-29/segunda-leitura-mudancas-lindb-inovam-direito-brasileiro>. Acesso em: 1º maio 2019.

LORA, Alejandro Huergo. *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Madrid: Civitas, 1998.

MANGANARO, Francesco. *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa: i profili critici e principi ricostruttivi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et al.* Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*. 2. ed., São Paulo: Método, 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SARTURI, Claudia Adriale. Os modelos de administração pública: patrimonialista, burocrática e gerencial. *Revista Consultor Jurídico*, [online], 21 maio 2013. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/35190/os-modelos-de-administracao-publica-patrimonialista-burocratica-e-gerencial>. Acesso em: 1º maio 2019.

Anexo

SEI - Processo

https://sei.mpm.mp.br/sei/controlador.php?acao=procedimento_trabalhar&acao_origem=a...

MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

seil

Para saber Mais Pesquisar

3 11 000 1.000242/2017-5

Notificação - 1002
Despacho 35 (0001)
E-mail Notificações
Planilha Fornecida
Planilha Fornecida
Outros CCT 20162
Despacho 199 (00)
Contrato Angeli's O
Termo aditivo 1º TA
Informação 48 (00)
Despacho 213 (00)
Anexo Resposta a:
Outros Resposta E
Despacho 12 (000)
Despacho 152 (00)
Despacho 157 (00)
Parecer SINDICAT
Planilha Cômputo
Anexo da planilha
Anexo da Planilha

Recibo de Contrato
Despacho 161 (00)
Parecer 331 (0180)
Despacho 89 (02)
Despacho 544 (01)
Despacho 1296 (0)
Ofício Unidades da
Despacho 547 (01)
Notificação ANOEL
E-mail SCC 01902)
Mensagem Eletrô
Outros DEFESA PJ
Outros DEFESA PJ
Informação 307 (0)
Despacho 1423 (0)
Comunicação Inter
Parecer 424 (02)
Despacho do Diret

Despacho 726 (02)
Despacho 1689 (02)
Despacho 697 (02)
Informação 130 (02)
Informação 7 (024)
E-mail SCC 02479)
Ofício Unidades da
GRU - Guia de reco
Despacho 38 (024)
Ofício - PJM Notific
Outros DEFESA AJ
Despacho 57 (025)
Informação 34 (025)
Despacho 150 (02)
Comunicação Inter
Parecer 36 (02572)
Despacho do Diret
Despacho do Proco
Despacho 56 (025)
Despacho 161 (025)

Ofício Unidades da
GRU - Guia de reco
Despacho 89 (026)
Anexo Ofício nº 3/8
Certidão REGISTR
Certidão REGISTR
Outros comprov
Informação 88 (026)
Despacho 432 (026)
Comunicação Inter

Consultar Andamento

Processos Relacionados:
Prestação de serviços - contas d
3 11 000 1.000235/2017-73

PROCURADORIA DE JUSTIÇA MILITAR NO RIO DE JANEIRO-RJ
SECRETARIA DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA MILITAR DO RIO DE JANEIRO-RJ

Despacho nº 35 SEC/PJM RIO-RJ/MPM

Trata-se de fatos ocorridos na execução do Contrato n.º 30-2016-MPM, cujo objeto consiste na prestação de serviços de vigilância armada nas dependências da Procuradoria da Justiça Militar no Rio de Janeiro - PJM RJ (reemanejo do Contrato n.º 40-2013-MPM) por Angeli's Segurança e Vigilância Ltda.

Como condição ao regular pagamento dos serviços prestados pela contratada, a contratada deverá estar quite com as obrigações trabalhistas e tributárias, a fim de desestimar o inadimplemento de tais verbas por empresários ou sociedades empresárias que eventualmente contratarem com a administração pública.

Ato contínuo, assenta-se que esta fiscalização tem percebido constantemente o inadimplemento parcial de verbas trabalhistas por parte da contratada, fato esse que tem ocorrido há meses. Esta constatação originou diversas notificações, via e-mail, aos responsáveis habilitados pela contratada (doc. 0063143), bem como a ocorrência de reunião em 12/01/17, no âmbito desta Secretaria da PJM RJ, na qual demonstrou-se as possíveis irregularidades no pagamento de horas extras, auxílio-alimentação e auxílio-transporte.

Na reunião acima mencionada, ficou ajustado que a contratada iria apurar os valores relativos aos adicionais e auxílios referidos que ainda estariam pendentes de pagamento; entretanto, ao apresentar as apurações ora requeridas, a planilha respectiva (0065318) consignava valores de horas extras absolutamente inadequados, sem correspondência alguma com os montantes efetivamente recebidos mês a mês pelos empregados que prestam serviços no estabelecimento desta Procuradoria, quando comparados aos contracheques correspondentes. Outrossim, na mesma planilha, houve a consignação de crédito de horas extras em favor da contratada, em mês (agosto) que houve cumprimento de jornada inferior a 192 horas, o que aparentemente revela inconsistências que estavam em desacordo com a Convenção Coletiva de Trabalho 2016-2017 (doc. 0063343).

Por último, em 10/02/17, foi protocolado o Ofício n.º 13/SEC/PJM RIO-RJ/MPM (doc. 0063118), fixando prazo para o cumprimento das obrigações trabalhistas, sob pena de aplicação de multa, conforme cláusulas contratuais vigentes no ajuste. Todavia, até o presente momento, não houve manifestação, tampouco quitação dos passivos, por parte da contratada.

Desse modo, tais descumprimentos, em tese, atrei a incidência de aplicação de penalidade, conforme detalhadamente explicitado no Ofício indigitado no parágrafo anterior, com fulcro na Cláusula Quarta, item 32, na Cláusula Nona, Parágrafo Primeiro, item 6 (tabela 1 e 2) e na Cláusula Décima Primeira, Parágrafo Sétimo.

Pelo exposto, encaminhou-se estes autos ao Departamento de Administração/Coordenadoria Administrativa para que tome as medidas preventivas cabíveis ao caso em tela.

Atenciosamente,

Fonte: Intranet do MPM (2019).

Políticas de gestão arquivística no Ministério Público da União: experiências e perspectivas

João Tiago Jesus Santos

Analista do MPU/Arquivologia. Especialista em Engenharia e Gestão do Conhecimento pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Igor Vidal Araújo

Analista de Controle no Conselho Nacional do Ministério Público. Mestre em Gestão Pública pela Universidade de Brasília (UnB).

Resumo: Esta pesquisa objetiva abordar importante temática da gestão pública, isto é, o gerenciamento de informações e documentos arquivísticos públicos enquanto metodologia imprescindível para a garantia do exercício regular do direito de acesso à informação e transparência pública. De forma estrita, procura-se realizar um estudo de caso quanto à supracitada questão no âmbito do Ministério Público da União, principalmente por meio de pesquisa sobre atos normativos institucionais acerca da referida matéria, tendo-se em vista a identificação de políticas arquivísticas institucionais e as práticas de gestão de documentos e informações existentes nos órgãos do Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público do Trabalho (MPT), Ministério Público Militar (MPM) e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). Os resultados apontam que, em termos gerais, os ramos do *Parquet* da União procuram cumprir os dispositivos constitucionais e a legislação arquivística federal a partir de atos normativos que disciplinam a gestão documental e do desenvolvimento de políticas arquivísticas institucionais, apesar de limitações notadamente estruturantes que acabam por dificultar, na prática, o trabalho realizado por gestores de documentação e informação arquivística. Por fim, é traçada uma

perspectiva quanto aos desafios de gestão arquivística institucional a serem superados, inclusive considerando-se a lógica da gestão de documentos eletrônicos.

Palavras-chave: Gestão pública. Ministério Público da União. Gestão arquivística.

Abstract: The present research is based upon the fact that information and public archival documents as essential to guarantee access to information and public transparency. A case study on the Ministério Público da União – MPU (Brazilian General Prosecution Office), analysed institutional norms about archival policies and existing practices at the four branches of MPU: Federal Prosecution Office, Labor Prosecution Office, Military Prosecution Office, and Federal District Attorney Office. The results indicate that although the branches of the MPU fulfill constitutional and federal archival legislation, mostly by normative acts that discipline document management and the development of archival policies, structural limitations impair the work done by archival professionals. Additionally, to structural limitations, electronic document management must be considered to overcome the challenges of archival management at Brazilian General Prosecution Office.

Keywords: Public management. Prosecution Office. Archival management.

Sumário: 1 Introdução. 2 Referencial teórico. 2.1 Acesso à informação e transparência na Administração Pública. 2.2 Gestão arquivística. 3 Gestão arquivística no MPU. 3.1 Gestão arquivística no Ministério Público Federal. 3.2 Gestão arquivística no Ministério Público do Trabalho. 3.3 Gestão arquivística no Ministério Público Militar. 3.4 Gestão arquivística no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. 4 Considerações finais.

1 Introdução

Partindo-se de uma indagação sobre como e se a Administração Pública gerencia dados e registros públicos de modo a assegurar, de fato, o acesso a informações constantes de bancos de dados governamentais, constitui objetivo deste artigo discutir a imprescindibi-

lidade da gestão arquivística de documentos e informações para a garantia do exercício do direito constitucional de acesso à informação pelo cidadão e transparência pública, considerando-se o direito de acesso a arquivos públicos. Assim, pretende-se discorrer a respeito de uma das áreas da gestão pública mais caras à prática de *accountability* na contemporaneidade e, por conseguinte, para a promoção da cidadania, controle social e consolidação democrática.

Motivada pelo direito constitucional de acesso à informação, esta pesquisa procura verificar se a Administração Pública efetivamente promove a gestão documental para fins de atendimento das demandas informacionais do cidadão. Consoante o art. 216, da Carta Magna Brasileira, em seu parágrafo 2º,

cabem à administração pública, na forma da lei, a *gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta* a quantos dela necessitem. (Grifo nosso).

Nessa perspectiva, diante da quantidade relativamente baixa de literatura sobre a temática, e em face do ineditismo de estudo dessa natureza no âmbito do Ministério Público da União, este artigo almeja conhecer a realidade dos órgãos do referido *Parquet* no que tange ao tratamento da matéria ora em tela. Especificamente, este artigo busca revelar o *status quo* institucional quanto à mencionada questão, procurando identificar, a partir de uma perspectiva histórica, a existência de atos normativos relacionados à implementação de políticas, programas e demais ações metodológicas correlatas à gestão arquivística de documentos e informações no âmbito dos seus quatro ramos, isto é, o Ministério Público Federal (MPF), o Ministério Público do Trabalho (MPT), o Ministério Público Militar (MPM) e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). Como passo posterior, pretende-se constatar eventuais *gaps* entre os ditames da legislação arquivística federal e a realidade observada no âmbito do Ministério Público da União (MPU), considerando-se inclusive os fundamentos preconizados pela teoria da Arquivologia, tendo-se em vista apontar eventuais ações necessárias para elaboração, correção e (ou) otimização das políticas públicas arquivísticas institucionais.

Para tanto, além da devida pesquisa bibliográfica, esta pesquisa, de caráter exploratório, será conduzida no âmbito metodológico descritivo, uma vez que visa explorar e descrever a experiência do MPU no que diz respeito à elaboração, implementação e desenvolvimento de políticas e práticas de gestão arquivística, as quais são entendidas na literatura como pilares fundamentais que sustentam o exercício regular efetivo do direito de acesso à informação. Nesse sentido, além do estudo acerca da legislação arquivística federal em vigor e da teoria da Arquivologia, considerando-se a metodologia de pesquisa qualiquantitativa, as etapas previstas contemplarão, principalmente, a análise de atos administrativos e entrevistas semiestruturadas por teleconferência com gestores de documentação e informação arquivística ocupantes do cargo de analista do MPU especializado em Arquivologia de cada um dos quatro ramos institucionais. Nesse sentido, constituíram a base do questionário as cinco seguintes indagações: (1) existe política de gestão documental instituída no ramo do MPU em que você trabalha, a exemplo de atos normativos ou administrativos que disciplinem a prática de gestão arquivística institucional?; (2) quantos analistas especializados em Arquivologia existem em seu ramo?; (3) os documentos e os processos do seu ramo, atualmente, são produzidos e gerenciados digitalmente?; (4) qual é o nome do sistema informatizado de gestão de documentos/processos do seu ramo e, se for o caso, quando este foi instituído?; (5) existe política específica em seu ramo voltada para a preservação da memória organizacional?

Sendo assim, nas próximas seções, o artigo destina-se a examinar a teoria concernente à Arquivologia, especificamente no que se refere às técnicas arquivísticas de tratamento documental, visando observar os fundamentos preconizados por essa disciplina, além de tecer uma caracterização do MPU. Faz-se imprescindível esta etapa para a obtenção de embasamento conceitual sobre o processo de gestão da informação arquivística em organizações públicas, tendo-se em vista análises posteriores acerca da verificação da prática desse *corpus* teórico nos órgãos do MPU, à luz da legislação federal vigente, como caminho imprescindível para a devida e efetiva concretização do direito de acesso à informação pelo cidadão e a realização consequente da transparência pública.

2 Referencial teórico

2.1 Acesso à informação e transparência na Administração Pública

O acesso à informação governamental, encontra, a partir dos anos 70, em Estados de características democráticas, diversas formas de expressão, traduzidas em duas noções que se referenciam mutuamente: transparência administrativa e direito à informação.

A partir dessa época, no âmbito desses Estados, inicia-se um processo de ruptura com a tendência à opacidade. Começa-se a ampliar a ideia de que o segredo comporta um certo número de efeitos indesejáveis, tanto para a sociedade quanto para a administração pública.

O tema da transparência adquire seu lugar de destaque no discurso administrativo em países da Europa ocidental, Estados Unidos e Canadá, tornando-se um dos valores essenciais aos quais a administração pública pós-70 é convidada a se referir. Por outro lado, configura-se um eixo privilegiado do reformismo administrativo que fez da transparência, o princípio, e, do segredo, a exceção. (JARDIM, 1999, p. 55).

Dominguez Luis (1995, p. 555) destaca os aspectos determinantes para a explosão contemporânea reivindicadora da transparência administrativa na gestão pública:

- o intervencionismo econômico e social do Estado, produzindo incursões crescentes do poder administrativo na vida cotidiana, demandando uma nova percepção das relações Administração-cidadão;
- a evolução dos conceitos democráticos dos direitos e das liberdades com a emergência de uma terceira geração de direitos dos cidadãos;
- o desenvolvimento das tecnologias da informação e da comunicação.

Situada em polo diametralmente oposto ao da opacidade e construída por oposição a ele, a noção de transparência permitiria ancorar e fixar a representação de uma administração diferente, capaz de renovar profundamente o sentido das suas relações com a sociedade e aumentar a legitimidade das ações institucionais.

No Brasil, em 1991, a Lei Federal n. 8.159/1991 – Lei de Arquivos – garantiu, pela primeira vez, a perspectiva de um regime jurídico arquivístico no qual fossem configurados atores e processos, envolvendo Estado e sociedade, relacionados às políticas e a formas de gestão das informações arquivísticas governamentais. De acordo com Jardim (2013, p. 384),

[...] a Lei de Arquivos, apesar das dificuldades de sua implantação nos planos federal, estadual e municipal, favoreceu avanços significativos como: o início da ruptura com o modelo de arquivo histórico, atrelado a uma perspectiva patrimonialista, que caracterizava a maior parte das instituições arquivísticas brasileiras; a definição da autoridade arquivística dos arquivos públicos brasileiros como gestores do ciclo vital de documentos arquivísticos, desde a sua produção à destinação final, nas diversas esferas da administração pública; a introdução da gestão de documentos como instrumento de racionalidade e transparência da administração pública sob a ação político-normativa das instituições arquivísticas públicas. Uma primeira tentativa de regulamentação do direito constitucional à informação governamental consubstanciou-se no capítulo V da Lei de Arquivos de 1991, dedicado ao “acesso e sigilo de documentos públicos”.

Posteriormente, a Lei Federal n. 12.527/2011 – Lei de Acesso à Informação – regulamenta o direito constitucional de acesso às informações públicas. Essa norma entrou em vigor em 16 de maio de 2012 e criou mecanismos que possibilitam, a qualquer pessoa, física ou jurídica, sem necessidade de apresentar motivo, o recebimento de informações públicas dos órgãos e entidades. A lei vale para os três Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive para os Tribunais de Contas e o Ministério Público. Por causa desta lei, sobretudo, a Administração Pública, em suas três esferas, passou a promover, com maior intensidade, a transparência administrativa, principalmente mediada por sítios eletrônicos, os chamados “portais da transparência”. Todos esses esforços, em síntese, visam praticar o conceito de *accountability* governamental, tão caro aos regimes democráticos, principalmente

após o advento da Administração Pública Gerencial, que surgiu na Inglaterra no final do século XX¹.

Nesse sentido, é possível observar que muito já se avançou nessa seara da administração pública brasileira, especialmente no plano federal, em alguns estados e, de forma menos acentuada, nos municípios. Porém, a partir de pesquisas e estudos, enfatiza-se que

[...] a ausência de políticas públicas e ações técnico-científicas de caráter arquivístico, na maioria dessas instâncias, confronta os diversos setores do Estado brasileiro com as exigências da Lei de Acesso a Informação. Neste confronto, o ônus da opacidade informacional do Estado recai em especial sobre a cidadania. (JARDIM, 2013, p. 387).

Assim, a gestão arquivística de documentos é reconhecida como uma prática essencialmente relevante para a realização da transparência administrativa na Administração Pública. Nessa perspectiva, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, no Relatório sobre a Implementação da Lei n. 12.527/2011 (2018, p. 23), afirma que

[...] a boa gestão de documentos facilita a recuperação e o acesso de dados e processos, permitindo atendimento célere dos pedidos de informação. A racionalização do fluxo de documentos e o efetivo controle sobre sua produção, por meio da aplicação de técnicas administrativas e recursos tecnológicos, trazem melhorias aos serviços de gestão de informação.

A título de ilustração, para se ter uma ideia dessa importância a partir de dados de pesquisas, no documento supracitado, além de se verificar que apenas 71% dos órgãos participantes daquele estudo (248 órgãos/entidades da Administração Pública) declararam ter aprimorado a gestão documental com o estabelecimento de polí-

1 Segundo Pinho e Sacramento (2009, p. 1364), “buscando o significado da palavra *accountability* em dicionários, justamente para apreender com maior precisão o que o termo significa em inglês e como tem sido traduzido para o português, constatou-se que o significado do conceito envolve responsabilidade (objetiva e subjetiva), controle, transparência, obrigação de prestação de contas [...]”.

tica de gestão de informação em decorrência da Lei de Acesso à Informação, constata-se também que ainda existem muitos pedidos de informação sem resposta pela Administração Pública, cujas negativas foram ocasionadas por motivos de ordem multifacetada, entre os quais destacam-se, por exemplo, pedidos que, segundo aqueles órgãos e entidades, exigem trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, ou serviço de produção ou tratamento de dados. Some-se a isso, ainda, o substancial número de pedidos de informação em que os órgãos e entidades alegaram inexistência ou não disponibilidade das informações solicitadas. Esses dados, reveladores do considerável grau de opacidade ainda presente no Estado brasileiro, parecem estar intimamente relacionados à falta ou ao estado de precariedade de políticas de gestão de documentos e informações nas organizações da Administração Pública.

É exatamente neste momento, portanto, que surge a necessidade de planejamento e desenvolvimento de ações voltadas ao devido tratamento da informação nos órgãos e nas entidades governamentais, inclusive no Ministério Público brasileiro, por meio de políticas de gestão arquivística, tendo-se em vista a eficiência, a eficácia dos programas de transparência pública e a prática efetiva da *accountability* governamental.

2.2 Gestão arquivística

Os arquivos podem ser definidos como

o conjunto de documentos que, independente da natureza ou do suporte, são reunidos por acumulação ao longo das atividades de pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas. (ARQUIVO, 2005, p. 27).

De acordo com Schellenberg (2006, p. 41), “as características essenciais dos arquivos relacionam-se, pois, com as razões pelas quais os documentos vieram a existir [...]”. Percebe-se, assim, que os documentos possuem um caráter orgânico, peculiar à organização que os criou, fato que os diferencia de outros tipos de documentos, tais como os de caráter bibliográfico, as peças de museu, entre outros de distinta natureza.

Conforme Jean-Jacques Valette (1973), na disciplina arquivística, é definido o ciclo vital dos documentos, também conhecido como a teoria das três idades, a qual é dividida em três etapas. Trata-se de umas das principais metodologias do tratamento arquivístico, que tem por finalidade racionalizar o fluxo da documentação ao longo da sua existência no transcurso do tempo. A primeira etapa é a dos arquivos correntes, também denominados de arquivos ativos, nos quais se abrigam os documentos durante o seu uso funcional, administrativo, técnico ou jurídico, sendo sua utilização frequente ligada às razões pelas quais foram criados. A segunda etapa, a do arquivo intermediário, é aquela em que os “papéis” já não são mais intensamente acessados, mas ainda podem ser utilizados pelo produtor, por razões legais ou administrativas. A terceira e última etapa corresponde ao arquivamento permanente dos registros, os quais devem ser preservados por possuírem um valor secundário de importância, isto é, o valor histórico, informativo e sociocultural.

Observam-se, então, dois lados fundamentais na percepção do processo do fazer arquivístico: primeiro, os arquivos administrativos correntes, que permitem à administração caminhar para suas metas e objetivos (o chamado *Records Management* inglês); e segundo, o arquivo permanente (também chamado de *Archives Organization*), o qual é considerado fonte de elementos de informação e prova fundamentais à construção da história da humanidade. Assim, a documentação arquivística de primeira e segunda idades possui uma característica de dinamicidade, em que a tramitação dos arquivos requer uma gestão mais intensa, devido aos complexos fluxos informacionais, o que se contrapõe à ideia de estaticidade inerente aos registros de conhecimento permanente e histórico.

No âmbito dos valores e do ciclo de vida dos documentos, existem as chamadas funções arquivísticas, que devem ser observadas de modo a envolver o conjunto dos princípios, métodos e operações concernentes ao tratamento arquivístico. Conforme Rousseau e Couture (1998, p. 265), “há sete funções a considerar: produção, avaliação, aquisição, conservação, classificação, descrição e difusão dos arquivos”. Apesar de todas serem importantes, pode-se afirmar que a conservação, ou preservação – num sentido mais amplo –, é função de maior destaque, visto que, se tudo se

perder, ou não houver conservação metódica ou preservação adequada, não haverá arquivos a tratar e informação a ser acessada ou difundida. De acordo com Santos (2009, p. 35),

[...] isto possui importância ainda maior quando se fala em documentação de cunho permanente, no intuito de não se dar um golpe na história. Uma política de preservação de registros deve destacar, além da metodologia consolidada de conservação de suportes físicos de informação, planos de ação para salvaguarda de dados e documentos digitais.

É oportuno lembrar que a gestão de documentos é também conceituada pela Lei Federal do Brasil n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991. O art. 3º da Lei define gestão de documentos como o

conjunto de procedimentos e operações técnicas à sua produção, tramitação, uso, avaliação e arquivamento em fase corrente e intermediária, visando a sua eliminação ou recolhimento para guarda permanente.

Assim, a gestão de documentos

deve ser vista como um macroprocesso, em que deve ser tomada uma série de medidas administrativas para a racionalização e a obtenção de economia e eficiência nos procedimentos de gerenciamento de arquivos organizacionais. (SANTOS, 2011, p. 26).

Ressalte-se, ainda, de acordo com Paes (2005, p. 54), que constituem “as três fases básicas da gestão de documentos: a produção, a utilização e a destinação” da documentação arquivística. Desse modo, destacam-se os seguintes instrumentos de gestão arquivística, que visam possibilitar a gestão documental nas empresas: (a) o manual de elaboração de documentos; (b) o plano de classificação de documentos; (c) a tabela de temporalidade e destinação de documentos; (d) os instrumentos de pesquisa; e (e) os manuais de arquivo.

Não é objetivo, por ora, discutir profundamente a totalidade da teoria relativa aos arquivos. O leque teórico de conceitos e definições supracitado deve ser considerado, portanto, como algo relativo aos procedimentos técnicos de tratamento documental arquivístico, tendo-se em vista o estabelecimento de discussões posteriores sobre a aplicabilidade prática deste referencial teórico no contexto institucional do Ministério Público da União.

3 Gestão arquivística no MPU

Passa-se, nesta seção, à etapa de apresentação de resultados desta pesquisa no que tange ao levantamento, à identificação e à análise de atos normativos do MPU que regulamentam a gestão arquivística e a transparência administrativa institucionais, notadamente à luz dos pressupostos teóricos preconizados pela Arquivologia, tendo-se em vista verificar se, de fato, a Instituição cumpre os mandamentos constitucionais e legais que versam sobre a gestão arquivística de documentos e informações, entendida como pilar fundamental para a acessibilidade e transparência pública².

3.1 Gestão arquivística no Ministério Público Federal

Por se tratar da Sede Administrativa do MPU, o estudo inicialmente focou o contexto do Ministério Público Federal (MPF), onde foram identificados seis atos normativos vigentes, emanados da Procuradoria-Geral da República (PGR) e da Secretaria-Geral do MPF, os quais tratam especificamente da gestão arquivística, conforme o quadro a seguir:

Quadro 1 • Identificação de atos normativos do MPF³

Item	Ato normativo	Descrição
1	Portaria PGR n. 119, de 5 de abril de 2010	Dispõe sobre a política de gestão do patrimônio documental do Ministério Público Federal.

2 Além da Constituição Federal da República de 1988, a Lei Federal n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991, também trata da gestão da documentação arquivística, determinando, em seu art. 1º, que é “dever do Poder Público a gestão documental e a proteção especial a documentos de arquivos, como instrumento de apoio à administração, à cultura, ao desenvolvimento científico e como elementos de prova e informação”.

3 Todos os atos normativos estão disponíveis em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

Item	Ato normativo	Descrição
2	Portaria SG/MPF n. 568, de 6 de maio de 2011	Estabelece diretrizes para formação das Subcomissões Permanentes de Gestão do Patrimônio Documental e dá outras providências.
3	Portaria PGR n. 184, de 21 de março de 2016 ⁴	Aprova os instrumentos arquivísticos de gestão documental da área-fim do Ministério Público Federal e dá outras providências.
4	Portaria PGR/MPF n. 350, de 28 de abril de 2017	Dispõe sobre o Sistema Único do Ministério Público Federal e dá outras providências.
5	Portaria PGR n. 860, de 20 de setembro de 2018	Aprova o plano de classificação de documentos e a tabela de temporalidade e destinação de documentos do Ministério Público Federal.
6	Instrução Normativa SG/MPF n. 11, de 26 de setembro de 2018	Estabelece processo para eliminação de documentos arquivísticos do Ministério Público Federal.

Fonte: Elaborado pelo autor (2019).

Deve-se destacar, entre todos os normativos do MPF, o ato instituidor da sua política pública arquivística nacional, denominada “Política de Gestão do Patrimônio Documental do Ministério

4 Alterou profundamente a Portaria PGR n. 19, de 23 de janeiro de 2013, que aprovou o Plano de Classificação de Documentos e a Tabela de Temporalidade e Destinação de Documentos do Ministério Público Federal (MPF). Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/82704>. Acesso em: 15 jan. 2019.

Público Federal”, em 2010, por ser a norma jurídica de maior envergadura na seara arquivística, por tratar, de modo abrangente, das funções arquivísticas elencadas pela Teoria da Arquivologia como imprescindíveis ao tratamento de documentos e informações orgânicos. Nesse diapasão, são enfatizadas as funções arquivísticas de classificação e avaliação documental, e se constituem como instrumentos arquivísticos de gestão documental o plano de classificação, a tabela de temporalidade e destinação documental e o manual de procedimentos arquivísticos, os quais se configuram como meios necessários para a operacionalização da atividade arquivística institucional. Ainda com relação a esta importante portaria, deve-se ressaltar a previsão da instituição da “Comissão Permanente de Gestão do Patrimônio Documental – GPAD”, vinculada à Secretaria Geral do MPF, que tem por finalidade orientar e realizar o processo de análise, avaliação e seleção da documentação produzida e acumulada, visando estabelecer prazos de guarda e destinação final do acervo de documentos arquivísticos do MPF. Além disso, é importante também registrar que o ato normativo prevê a instituição de “Subcomissões Permanentes de Gestão do Patrimônio Documental – SUB-GPAD” pelas Procuradorias Regionais da República e pelas Procuradorias da República nos Estados, responsáveis pelo processo de seleção, classificação, avaliação e destinação dos documentos de arquivo produzidos e recebidos em seu âmbito de atuação e por, no caso das estaduais, orientar a realização do processo de análise, seleção e destinação dos documentos produzidos e recebidos pelas Procuradorias da República nos Municípios. Nessa perspectiva, pode-se observar que também é cumprida a determinação do Decreto Federal n. 4.073, de 3 de janeiro de 2002⁵, o qual, em seu art. 18, assevera, *in verbis*:

[E]m cada órgão e entidade da Administração Pública, será constituída comissão permanente de avaliação de documentos, que terá a responsabilidade de orientar e realizar o processo de análise, avaliação e seleção da documentação produzida e acumulada no seu âmbito de atuação, tendo em vista a identificação dos documentos para guarda permanente e a eliminação dos destituídos de valor.

5 Regulamenta a Lei Federal de Arquivos, n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991.

Cabe informar que foram identificados, também, outros atos normativos emanados da Sede do MPF, os quais, apesar de já estarem revogados, merecem ser registrados para fins de conhecimento acerca da retrospectiva de ações institucionais de gestão de documentos e informações arquivísticas⁶. Nesse sentido, a norma jurídica mais antiga localizada foi a Portaria SG/MPF n. 858, de 30 de dezembro de 2002⁷, a qual enfatizava a necessidade de definição e organização dos arquivos administrativos do Ministério Público Federal, com metodologia racional de arquivamento, justificando ser indispensável um instrumento para melhor dinamização das atividades de classificação, destinação, recolhimento e transferência dos documentos, a fim de possibilitar maior aproveitamento do espaço físico e a recuperação de informações. Nos termos do referido ato normativo, verifica-se que o texto dispunha sobre a “Tabela de Temporalidade de Documentos do Ministério Público Federal” relativos apenas a “processos administrativos”, “atividades de apoio jurídico”, “concursos”, documentos “contratuais, patrimoniais e de serviços gerais”, “econômico-financeiros”, “funcionais” e “médicos”.

É destacável, a partir da análise da regulamentação da gestão de documentos e informações do MPF, a forte preocupação com a função arquivística da avaliação e destinação final. Não é por acaso que foram identificados quatro atos normativos vigentes que versam especificamente sobre tal função e, além disso, duas portarias revogadas e uma outra que foi profundamente alterada tratando da mesma matéria. Isto pode ser explicado, em parte, pelo próprio comando da Portaria PGR n. 119/2010, que estabelece a competência da “Comissão Permanente de Gestão do Patrimônio Documental – GPAD” de “desenvolver os instrumentos arquivísticos de gestão documental do Ministério Público Federal, bem como revisá-los, atualizá-los e adaptá-los quando se fizer necessá-

6 Registre-se que, além da Portaria SG/MPF n. 858/2002, também foi revogada a Instrução Normativa n. 1, de 1º de fevereiro de 2013, que estabelecia normas e procedimentos para avaliação e destinação de documentos e processos do Ministério Público Federal. No que tange à matéria, está em vigor a Instrução Normativa SG/MPF n. 11, de 26 de setembro de 2018. Disponíveis em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

7 Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

rio”. Trata-se, portanto, de um processo em que é possível observar um considerável grau de dinamicidade, dada a maior complexidade inerente a tal função arquivística, entre todas as outras preconizadas pela teoria da Arquivologia. A título da exemplificação dessa preocupação literária, Fenoglio (2013) destaca que a importância da avaliação reside na irreversibilidade da decisão tomada e em que isso pode comprometer o futuro das investigações históricas vindouras. Ressalta, ainda, que não existem, em nível internacional, acordos totais acerca dos critérios a serem adotados na avaliação de documentos, em razão das diferenças das legislações, das normas técnicas, da tradição e das práticas arquivísticas. Entretanto, após a análise das partes componentes dessas normas jurídicas que tratam da avaliação documental no MPF, constata-se que todas obedecem à legislação arquivística brasileira, e em especial às resoluções do Conselho Nacional de Arquivos (CONARQ) que tratam da matéria⁸.

No que tange à temática da acessibilidade informacional, o MPF instituiu o Serviço de Informações ao Cidadão, por meio da Portaria PGR/MPF n. 246, de 16 de maio de 2012⁹, em cumprimento às disposições da Lei Federal n. 12.527/2011, complementada pela Portaria PGR/MPF n. 412, de 5 de julho de 2013¹⁰. Tais atos normativos dispõem sobre o atendimento e orientação ao cidadão quanto ao acesso a informações e ao fornecimento direto de resposta a pedido de acesso a informações relativas ao MPF, observado o disposto na Lei de Acesso à Informação¹¹. Nessa perspectiva de cumprimento da legislação em vigor, registre-se que o MPF disponibiliza dados institucionais por meio de seu Portal da Transparência, a partir da disseminação de informações relativas à

8 A exemplo da Resolução do Conselho Nacional de Arquivos n. 14, de 24 de outubro de 2001, que aprova o código de classificação e a tabela de temporalidade para documentos de arquivamento relativos às atividades-meio da Administração Pública.

9 Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

10 Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

11 As diretrizes estabelecidas pelas referidas portarias também observam as determinações da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público n. 89, de 28 de agosto de 2012, que regulamenta a Lei de Acesso à Informação no âmbito do Ministério Público.

gestão administrativa e à atuação finalística de todas as unidades do MPF no Brasil, além da Procuradoria-Geral da República¹².

É importante destacar, ainda, no que diz respeito ao gerenciamento de informações e documentos no MPF, a Portaria PGR/MPF n. 350, de 28 de abril de 2017, que dispõe sobre o Sistema Único do Ministério Público Federal e dá outras providências, considerando os benefícios inerentes à adoção de instrumentos tecnológicos que permitam a prática de atos em meio eletrônico e a substituição da tramitação de documentos, procedimentos e processos em meio físico. Nesse sentido, a referida portaria considerou a necessidade de padronizar a utilização e o funcionamento de sistema eletrônico de prática de atos administrativos, procedimentais e processuais e de registro, distribuição, tramitação e controle de documentos, procedimentos e processos, tanto os relativos ao exercício da função administrativa (atividade-meio) quanto os relacionados às atividades finalísticas, da esfera judicial ou extrajudicial, do MPF¹³.

Por fim, registre-se, no que se refere à preservação da memória organizacional, em grande parte construída a partir de arquivos permanentes detentores de valor histórico, que o Memorial do MPF está instalado na Procuradoria-Geral da República e pode também ser acessado virtualmente¹⁴.

3.2 Gestão arquivística no Ministério Público do Trabalho

É a partir do ano de 2012 que se inicia a regulamentação, em âmbito nacional, da gestão da informação arquivística no *Parquet* Juslaboralista, dada a inexistência de registros anteriores nesse sentido. O quadro, a seguir, enumera cronologicamente todos os

12 Disponível em <http://www.transparencia.mpf.mp.br/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

13 O Sistema atual foi instituído inicialmente pela Portaria PGR/MPF n. 54, de 5 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

14 O Memorial do MPF foi inaugurado em 14 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.memorial.mpf.mp.br/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

sete atos normativos vigentes emanados da Procuradoria-Geral do Trabalho que tratam da gestão documental e da acessibilidade informacional nesta esfera do Ministério Público brasileiro:

Quadro 2 • Identificação de atos normativos do MPT¹⁵

Item	Ato normativo	Descrição
1	Portaria PGT n. 475, de 28 de setembro de 2012	Dispõe sobre a política de gestão documental do Ministério Público do Trabalho.
2	Portaria PGT n. 553, de 15 de julho de 2013	Implementa os instrumentos arquivísticos de gestão documental do Ministério Público do Trabalho e dá outras providências.
3	Portaria PGT n. 251, de 30 de abril de 2014	Aprova o Manual de Documentos Oficiais do Ministério Público do Trabalho.
4	Portaria PGT n. 438, de 21 de julho de 2014	Dispõe sobre a classificação, o tratamento e a gestão da informação sigilosa e da informação pessoal contida na documentação, em qualquer suporte, do Ministério Público do Trabalho.
5	Portaria PGT n. 569, de 17 de setembro de 2014	Dispõe sobre a implantação nacional do procedimento eletrônico finalístico no Ministério Público do Trabalho.

¹⁵ Disponíveis em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/servicos/gestao-documentos/. Acesso em: 15 jan. 2019.

Item	Ato normativo	Descrição
6	Portaria PGT n. 988, de 17 de novembro de 2015	Dispõe sobre a criação do Memorial do Ministério Público do Trabalho.
7	Portaria PGT n. 674, de 8 de novembro de 2016	Dispõe sobre a implantação do processo administrativo eletrônico no âmbito do Ministério Público do Trabalho.

Fonte: Elaborado pelo autor (2019).

É por meio da instituição da sua Política de Gestão Documental que o MPT uniformiza o entendimento acerca do tratamento arquivístico em âmbito nacional, seguindo diretriz estratégica explicitada por seu Planejamento Estratégico¹⁶, pioneiro no âmbito do MPU. A Portaria PGT n. 475/2012, além de definir as diretrizes da referida política pública arquivística, também institui a “Comissão Permanente de Gestão de Documentos do MPT”, órgão responsável por orientar e realizar o processo de análise, a avaliação e a seleção da documentação arquivística do Ministério Público do Trabalho, visando estabelecer seus prazos de guarda e destinação final, bem como define a previsão de criação das “Comissões Regionais de Gestão Documental”, responsáveis pela execução do processo de análise, seleção e destinação dos documentos de arquivo produzidos e recebidos em seus âmbitos de atuação.

Publicada em 2013, a Portaria PGT n. 553 tem por objeto a implementação dos “Instrumentos Arquivísticos de Gestão Documental do Ministério Público do Trabalho”, definindo o

16 O Planejamento Estratégico do MPT, publicado em 2009, além de ter sido o primeiro elaborado em todo o MPU, considerou ser uma iniciativa estratégica a implantação da gestão de documentos.

“Plano de Classificação”, a “Tabela de Temporalidade e Destinação de Documentos” e o “Manual de Gestão de Arquivos” do MPT”¹⁷.

Cabe destacar que o “Manual de Gestão de Arquivos do MPT”¹⁸, também disponível no Portal do MPT na internet – assim como as portarias que tratam da gestão arquivística –, é o único existente em todo o MPU, apresentando-se para membros, servidores e cidadãos como fonte de informação didática e consolidada acerca dos procedimentos arquivísticos realizados no MPT, na medida em que apresenta os fluxogramas dos processos atrelados ao tratamento documental, visando facilitar a operacionalização da gestão de documentos e informações institucionais. Apesar de não possuir um manual específico de gestão arquivística, o Ministério Público Federal, por meio da Portaria PGR/MPF n. 119/2010, reconhece a sua importância, uma vez que o considera como instrumento arquivístico de gestão de documentos, ao lado do “Plano de Classificação” e da “Tabela de Temporalidade e Destinação de Documentos”.

É de se ressaltar também a importância, inclusive para as ações institucionais de gestão documental, da existência do “Manual de Documentos Oficiais do Ministério Público do Trabalho”, aprovado por meio da Portaria PGT n. 251/2014. Tal relevância é explicitada na literatura da Arquivologia, na medida em que trata da função arquivística da produção documental, definida como uma das fases básicas da gestão de documentos, a partir do estabelecimento de critérios padronizados para a geração de documentos.

17 Registre-se que os instrumentos de gestão arquivística, em especial o plano de classificação, foram atualizados conforme as diretrizes da Resolução CNMP n. 123, de 12 de maio de 2015, que altera a Resolução CNMP n. 63, de 1º de dezembro de 2010, para incluir as tabelas unificadas da área de gestão administrativa. As referidas resoluções tiveram como premissa a construção de um instrumento que padronizasse a nomenclatura das atividades realizadas pelo Ministério Público brasileiro, tanto em sua atuação judicial quanto extrajudicial e, posteriormente, administrativa, o que necessariamente envolve a classificação arquivística nesse contexto.

18 Disponível em: http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/servicos/gestao-documentos/. Acesso em: 15 jan. 2019.

Ainda como parte de sua Política Arquivística, o MPT regulamentou a Lei de Acesso à Informação – n. 12.527/2011 – por meio da Portaria n. 438/2014. No que tange à disseminação de informações, é por meio do Portal MPT Transparente¹⁹ que o Ministério Público do Trabalho divulga informações institucionais acerca de suas ações finalísticas, bem como sobre as medidas decorrentes do planejamento estratégico e acerca de licitações, contratos, convênios, despesas com cartões corporativos, diárias e passagens, treinamento, orçamento, recursos humanos e gastos mensais com investimento e custeio. Além de promover e fortalecer o conceito de acessibilidade informacional na instituição, o ato normativo foca a classificação, o tratamento e a gestão da informação sigilosa e da informação pessoal contida na documentação do Ministério Público do Trabalho, na medida em que disciplina a questão do gerenciamento arquivístico da informação legalmente passível de inacessibilidade.

Importante ressaltar, no âmbito do gerenciamento arquivístico de documentos e informações do MPT, que a Portaria PGT n. 569/2014 determinou que a autuação, a documentação, a tramitação, o trânsito, o encerramento e o arquivamento de procedimentos finalísticos do Ministério Público do Trabalho devem ocorrer exclusivamente em meio eletrônico e em autos digitais por meio do Sistema MPT Digital. Um pouco mais tarde, no ano de 2016, essa nova lógica de gerenciamento de processos digitais também foi aplicada ao âmbito das atividades-meio, a partir do advento da Portaria PGT n. 674/2016, a qual, inclusive, instituiu o Sistema MPT Digital Administrativo para a tramitação de processos e expedientes administrativos em todas as unidades que integram o Ministério Público do Trabalho.

Por fim, importante salientar a criação do Memorial do MPT, por meio da Portaria PGT n. 988/2015, órgão vinculado ao Procurador-Geral do Trabalho, com a finalidade de conscientizar, promover, pesquisar, coletar, integrar e preservar documentos, bens e testemunhos que constituam peças de valor histórico e cultural, visando o

19 Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/MPTransparente/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

resgate da memória institucional, contando com a participação das Procuradorias Regionais do Trabalho e Procuradorias do Trabalho nos Municípios nesse distinto esforço de preservação da sua história.

3.3 Gestão arquivística no Ministério Público Militar

No âmbito do *Parquet* Militar, foram identificadas, relativamente aos outros ramos do MPU, poucas normas jurídicas que tratam da matéria arquivística. Nessa perspectiva, segue a relação cronológica de tais atos normativos, exarados pela Procuradoria-Geral de Justiça Militar:

Quadro 3 • Identificação de atos normativos do MPM²⁰

Item	Ato normativo	Descrição
1	Portaria DG n. 276, de 17 de outubro de 2013	Institui a Comissão Permanente de Avaliação e Destinação Documental do Ministério Público Militar.
2	Portaria PGJM n. 106, de 22 de agosto de 2016	Institui o Sistema Eletrônico de Informações (SEI) como sistema oficial de gestão de processos e documentos administrativos eletrônicos e dispõe sobre seu funcionamento.
3	Portaria PGJM n. 197, de 14 de dezembro de 2016	Dispõe sobre o Regulamento do Centro de Memória do Ministério Público Militar.

²⁰ Registre-se que, até o momento de redação deste artigo, as normas jurídicas supracitadas não estavam disponíveis na internet, constando apenas do Sistema Interno do MPM, o que inviabilizou o registro das referências.

Item	Ato normativo	Descrição
4	Portaria PGJM n. 201, de 8 de novembro de 2017	Dispõe sobre os critérios e os procedimentos de gestão da documentação administrativa de caráter sigiloso no âmbito do Ministério Público Militar.

Fonte: Elaborado pelo autor (2019).

A Portaria PGJM n. 106/2016, no âmbito das considerações preliminares, cita o Plano Estratégico do MPM 2016-2020, que definiu como um de seus objetivos

a modernização administrativa, pressupondo a implantação de técnicas gerenciais focadas na racionalização de procedimentos, otimização de fluxos de processos internos e mecanismos de difusão do conhecimento.

É de se destacar que a referida norma jurídica estabelece como objetivos do

Processo Administrativo Eletrônico [...] garantir a organicidade, a unicidade, a confiabilidade, a integridade, a autenticidade e a segurança das informações relacionadas à documentação administrativa.

Esses termos estão intimamente relacionados à gestão arquivística, constituindo-se como princípios e (ou) características essenciais elencadas pela Arquivologia. Figurando de modo destacado no rol dos princípios arquivísticos, a organicidade constitui-se pelas “relações que os documentos arquivísticos guardam entre si e que expressam as funções e atividades da pessoa ou organização que os produziu”²¹.

Por seu turno, a Portaria PGJM n. 201/2017 dispõe sobre os critérios e os procedimentos de gestão da documentação administrativa

21 As definições do termo “Organicidade” e de outros correlatos podem ser profunda e detalhadamente verificadas no documento “e-ARQ Brasil: Modelo de Requisitos para Sistemas Informatizados de Gestão Arquivística de Documentos”, do Conselho Nacional de Arquivos (CONARQ). Disponível em: <http://www.siga.arquivo.nacional.gov.br/images/publicacoes/e-arq.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

de caráter sigiloso no âmbito do MPM, de acordo com a Lei Federal n. 12.527/2011 e as determinações da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público n. 88, de 28 de agosto de 2012, que regulamenta a Lei de Acesso à Informação no âmbito do Ministério Público.

Diferentemente dos outros ramos do MPU, apesar de ter sido instituída a “Comissão Permanente de Avaliação e Destinação Documental” por meio da Portaria da Diretoria-Geral n. 276, de 17 de outubro de 2013, foi possível observar que o Ministério Público Militar, até o momento, não instituiu instrumentos arquivísticos de gestão documental importantes, como, por exemplo, plano de classificação, tabela de temporalidade e destinação e manual de gestão arquivística, fato que potencialmente pode dificultar os processos de gestão arquivística e a acessibilidade informacional no âmbito institucional.

No que tange ao cumprimento da Lei de Acesso à Informação quanto à publicação ativa de informações, o MPM mantém o seu Portal da Transparência, por meio do qual são disponibilizados dados institucionais²².

Finalmente, cumpre salientar que o MPM também possui uma estrutura administrativa destinada à memória institucional. O Centro de Memória do MPM, inaugurado em 30 de março de 2016, visa, entre outros objetivos, contribuir para informar a sociedade sobre o papel do MPM e preservar o seu patrimônio histórico e cultural.

3.4 Gestão arquivística no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

No âmbito do MPDFT, foi possível identificar uma grande quantidade de atos normativos que tratam ou já trataram da gestão arquivística de documentos e informação, conforme os ditames da legislação arquivística federal. A seguir, o quadro relativo apenas à regulamentação vigente, expedida pela Procuradoria-Geral de Justiça, ordenado cronologicamente:

22 Disponível em: <http://www.mpm.mp.br/portal-da-transparencia/>. Acesso em: 15 jan. 2019.

Quadro 4 • Identificação de atos normativos do MPDFT²³

Item	Ato normativo	Descrição
1	Portaria PGJ n. 421, de 24 de fevereiro de 2016	Institui e regulamenta o Sistema de Gestão de Documentos Digitais Tabularium no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.
2	Portaria PGJ n. 426, de 2 de março de 2016	Dispõe sobre a classificação, o tratamento e a gestão da informação sigilosa e da informação pessoal contida na documentação, em qualquer suporte, no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.
3	Portaria PGJ n. 514, de 21 de novembro de 2017	Institui e regulamenta a Política de Gestão de Documentos Arquivísticos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.
4	Portaria PGJ n. 547, de 30 de maio de 2018	Aprova o plano de classificação de documentos e a tabela de temporalidade e destinação de documentos de arquivo da atividade-meio do MPDFT.
5	Portaria PGJ n. 582, de 29 de outubro de 2018	Aprova o plano de classificação de documentos de arquivo, a tabela de temporalidade e destinação de documentos de arquivo e o termo de avaliação e destinação de procedimentos da atividade-fim do MPDFT.

Fonte: Elaborado pelo autor (2019).

²³ Disponíveis em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/conhecampdft-meu/gestao-de-documentos>. Acesso em: 15 jan. 2019.

Entre toda a regulamentação emanada da PGJ/MPDFT acerca da gestão arquivística, foi possível observar que sua política de gestão de documentos arquivísticos foi objeto de várias alterações e (ou) atualizações importantes. Por exemplo, entre outros fatores, a portaria normativa vigente que a instituiu, de n. 514/2017, inclusive citou o advento da Resolução n. 158, de 31 de janeiro de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, que instituiu o Plano Nacional de Gestão de Documentos e Memória do Ministério Público (PLANAME) e seus instrumentos²⁴.

Considerados instrumentos arquivísticos de gestão documental, o “Plano de Classificação de Documentos” e a “Tabela de Temporalidade e Destinação de Documentos” também foram objetos de regulares atualizações, a partir dos trabalhos das “Comissões Permanentes de Avaliação de Documentos”, conforme foi possível observar no levantamento de suas normas jurídicas, que dispõem sobre a gestão de documentos e informações. Cabe destacar, nesse sentido, que a Portaria Normativa n. 37, de 6 de maio de 2010, foi a primeira a aprovar o “Código de Classificação de Documentos” e a “Tabela de Temporalidade de Documentos de Arquivo da atividade-meio do MPDFT”²⁵.

Relativamente ao sistema informatizado de gestão de documentos digitais, o Sistema Tabularium foi institucionalizado em 28 de julho de 2011, pela portaria normativa PGJ n. 179, que foi revogada pela portaria normativa PGJ n. 421/2016. Registre-se que o referido software operacionaliza somente o gerenciamento de processos e documentos digitais relativos às atividades-meio, ou seja, os procedimentos extrajudiciais e relativos às atividades finalísticas do MPDFT permanecem sendo criados em meio convencional físico, isto é, em suporte papel, assim como observa-se

24 Nesse sentido, foram revogadas as Portarias/PGJ n. 567, de 17 de maio de 2012; n. 383, de 3 de junho de 2015; n. 1.125, de 2 de outubro de 2015; e n. 185, de 3 de março de 2017.

25 Devido às atualizações, registre-se que foram revogadas as Portarias Normativas de n. 37, de 6 de maio de 2010; de n. 93, de 27 de fevereiro de 2014; e de n. 98, de 28 de agosto de 2014.

no âmbito do MPM. Porém, existe a tendência iminente de que tal documentação seja também criada e gerenciada exclusivamente em meio eletrônico, mediado por sistema informatizado de gestão de documentos digitais, assim como ocorre em outros ramos do MPU aqui analisados, a saber, o MPF e o MPT.

No que tange à matéria da acessibilidade de documentos e informações, a Portaria Normativa n. 42/2016 regulamenta a Lei Federal n. 12.527/2011 e ressalta a necessidade do estabelecimento de critérios e procedimentos de gestão da informação de caráter sigiloso e pessoal no âmbito do MPDFT, e observa as diretrizes preconizadas pela Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público n. 88, de 28 de agosto de 2012, que regulamenta a Lei de Acesso à Informação no âmbito do *Parquet* brasileiro. No cumprimento do dever de prestar informações ativamente à sociedade, assim como nos outros ramos do MPU, o Portal da Transparência do MPDFT disponibiliza dados institucionais e também mantém um Serviço de Informação ao Cidadão (SIC) para prestação de informações relativamente a dados não publicados na internet.

Como um último ponto analisado por esta pesquisa, ainda sobre o MPDFT, acerca do gerenciamento de documentos arquivísticos permanentes importantes para a preservação da memória institucional, o seu regimento interno, aprovado pela Portaria Normativa n. 423/2016, estabelece uma série de competências à “Seção de Preservação da Memória Institucional”. Merecem ser destacados, entre tais competências, os deveres de “zelar pela guarda, segurança, conservação e higienização dos acervos arquivístico, bibliográfico e museológico”; de “atender o público e apoiar as atividades de consulta e divulgação, viabilizando o acesso ao acervo da memória institucional do MPDFT, bem como o processo de reprodução de documentos, zelando por sua preservação”; e de “gerenciar a disseminação de informações referentes à memória do MPDFT”²⁶.

26 O sítio eletrônico do Centro de Cultura e Memória do MPDFT está disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/memoria>. Acesso em: 15 jan. 2019.

4 Considerações finais

Esta pesquisa procurou, em primeira instância, saber se o MPU possui políticas de gestão arquivística de documentos e informações, em cumprimento da determinação constitucional e da legislação federal que trata da matéria na Administração Pública, para viabilizar e assegurar o pleno exercício regular do direito de acesso à informação pelo cidadão.

Muito além de responder positivamente ao questionamento geral desta pesquisa, este artigo revelou, de forma minuciosa, todos os atos normativos, notadamente vigentes, que tratam da gestão da documentação e da informação arquivística no âmbito dos ramos do MPU e apresentou como os arquivos institucionais são tratados, tendo-se como referência as metodologias preconizadas pela teoria da Arquivologia.

Com efeito, é possível afirmar que, de uma forma geral, verifica-se um considerável comprometimento dos ramos do MPU com a gestão arquivística institucional na medida em que foi constatada a existência de políticas, programas e (ou) práticas de gestão documental instituídas em seus âmbitos de atuação. Podem ser destacadas, por exemplo, as políticas de gestão arquivística do MPF, do MPT e do MPDFT, as quais, de forma clara, estabelecem diretrizes para o tratamento da documentação e da informação arquivística calcadas na teoria da Arquivologia e definem a instrumentalização necessária para a operacionalização de procedimentos de gerenciamento arquivístico de seus registros orgânicos. Apesar de não possuir uma política de gestão arquivística plenamente instituída e nem instrumentos de gestão arquivística consagrados pela literatura especializada na matéria – a exemplo de plano de classificação para conferir eficiência à organização da informação –, o MPM conta com uma “Comissão Permanente de Avaliação e Destinação Documental” e apresenta práticas de gerenciamento de documentos e informações importantes para o tratamento da informação do *Parquet* Militar, a exemplo do Sistema Eletrônico de Informações – SEI, como sistema oficial de gestão de processos e documentos administrativos eletrônicos; do “Centro de Memória do MPM”,

de grande relevância para a preservação da história institucional a partir do tratamento e conservação de arquivos permanentes; e da regulamentação acerca dos procedimentos de gestão da documentação administrativa sigilosa.

Muito embora haja essa constatação positiva quanto à problemática levantada por esta pesquisa, também é possível observar elementos de ordem multifacetada que, inclusive na visão dos gestores consultados, acabam por embaraçar o desenvolvimento pleno das políticas arquivísticas e (ou) práticas de gestão de documentos e informações supramencionadas, bem como a otimização dos processos de trabalho estabelecidos. De uma forma geral, os óbices a serem transpostos dizem respeito, notadamente, a questões estruturantes, mas também geralmente à falta de maior sensibilidade e patrocínio da Administração a projetos arquivísticos e a fatores tecnológicos²⁷. Nesse sentido, o grande entrave apontado é a baixa quantidade de cargos de analistas especializados em Arquivologia nos ramos do MPU, os quais totalizam atualmente apenas quinze em todo o Brasil, sendo que o primeiro cargo foi preenchido no ano de 2004, no MPF. Para o planejamento, orientação, operacionalização, controle e avaliação de políticas arquivísticas de documentos e informações na totalidade dos órgãos componentes dos ramos, existem apenas seis analistas no MPF brasileiro diante de uma grande estrutura organizacional composta pela Procuradoria-Geral da República, pelas cinco Procuradorias Regionais da República, pelas 27 Procuradorias da República nas unidades da Federação e suas muitas respectivas Procuradorias da República nos Municípios; somente dois em todo o MPT brasileiro, o qual é constituído pela Procuradoria-Geral do Trabalho e por mais 24 Procuradorias Regionais do Trabalho e respectivas Procuradorias do Trabalho nos Municípios; não mais que um no

27 De acordo com Paes (2005, p. 50), “outro aspecto fundamental a ser considerado diz respeito aos recursos disponíveis não apenas para instalação dos arquivos, mas sobretudo, para sua manutenção. Nem sempre os responsáveis pelos serviços públicos ou dirigentes de empresas compreendem a importância dos arquivos e admitem as despesas concernentes a tais serviços”.

quadro funcional geral de servidores do MPM, que é formado, além da Procuradoria-Geral de Justiça Militar, por quatorze Procuradorias de Justiça Militar em vários estados da Federação; e seis no MPDFT, o qual possui, relativamente aos demais e considerando-se o tamanho das estruturas organizacionais, nessa variável, a melhor composição de arquivistas²⁸. Ainda no que tange à nuance estruturante das inadequações apontadas, registre-se o fato de alguma quantidade de acervos arquivísticos de registros públicos em suporte papel ainda estar armazenada em locais impróprios para a custódia de documentos, a exemplo de garagens e depósitos em subsolos ou garagens de prédios, dada, em muitos casos, a dificuldade das unidades administrativas de possuir espaços estruturados e adequados para a guarda de acervos.

Importante destacar que, apesar de o modal da produção documental arquivística ter sido recente e radicalmente alterado para a lógica digital, a partir do fascinante advento das tecnologias de informação e comunicação – o que, certamente, poderia constituir o tentador argumento de muitos sobre uma suposta desnecessidade futura da gestão arquivística, dada, inclusive, uma sensação

28 Cabe destacar, aqui, que a literatura especializada recomenda que o arquivista deve capitanear o processo de gestão arquivística, notadamente destacando-se o processo de avaliação documental, o qual, de acordo com a legislação em vigor, deve ser conduzido por comissões permanentes de avaliação constituídas em cada órgão da Administração Pública Federal. Assim, esse processo deve ser conduzido por “comissão idônea, usualmente denominada Comissão de Análise de Documentos, constituída por membros efetivos e eventuais. Os efetivos são o *chefe do Arquivo* e representantes dos órgãos administrativo, financeiro e jurídico”. (Ibid., p.105, grifos nossos). Nessa mesma perspectiva, a Lei Federal n. 6.546/1978, que dispõe sobre a regulamentação das profissões de Arquivista e de Técnico de Arquivo, em seu art. 2º assevera que, entre outras, “são atribuições dos Arquivistas: I – planejamento, organização e *direção de serviços de Arquivo*; II – planejamento, orientação e acompanhamento do processo documental e informativo; [...]” (BRASIL, 1978, grifos nossos). Ademais, cumpre destacar que, no âmbito do MPU, a legislação vai ao encontro deste raciocínio, a exemplo da Resolução CNMP n. 158/2017, da Portaria PGR n. 119/2010 e da Portaria PGT n. 475/2012, que ressaltam, de forma expressa, a preferência pela escolha de profissionais que sejam formados em arquivologia para a composição das comissões, numa primeira ordem relativa a quaisquer outras formações acadêmicas, seguindo, portanto, a mesma lógica preconizada pela doutrina arquivística.

coletiva contemporânea acerca da ideia do fim do papel –, o trabalho dos arquivistas e gestores de documentação e informação tende a se tornar ainda mais relevante na medida em que, muito além da imprescindibilidade da atuação no estabelecimento de critérios e operacionalização do gerenciamento de documentos eletrônicos – a exemplo da necessária organização da informação digital criada e tramitada por meio de sistemas informatizados –, passa-se a ter uma preocupação ainda maior com a preservação do patrimônio arquivístico digital, fortemente destacada pelo Conselho Nacional de Arquivos (CONARQ)²⁹. Nesse sentido, ainda no que tange a essa questão de ordem tecnológica que se impõe no âmbito do tratamento da documentação e das informações institucionais, merece destaque o conceito de Repositório Arquivístico Digital Confiável (RDC-Arq), objeto das Resoluções do CONARQ n. 39/2014 e n. 43/2015, que tratam de diretrizes para sua implementação nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Arquivos (SINAR)³⁰. Todo esse esforço convergente à gestão eficiente de documentos eletrônicos e informações arquivísticas digitais, indubitavelmente, deve ser feito a partir da integração de profissionais de várias áreas, a exemplo de gestores, arquivistas e desenvolvedores de sistemas, numa abordagem multidisciplinar que garanta o sucesso da estratégia de gerenciamento, preservação e acesso aos referidos registros institucionais.

29 De acordo com a Carta para a Preservação do Patrimônio Digital, da UNESCO, o CONARQ elaborou e aprovou a Carta para a Preservação do Patrimônio Arquivístico Digital, reconhecendo a instabilidade da informação arquivística digital e enfatizando, inclusive, a “necessidade do estabelecimento de políticas públicas, diretrizes, programas e projetos específicos, legislação, metodologias, normas, padrões e protocolos que minimizem os efeitos da fragilidade e da obsolescência de hardware, software e formatos e que assegurem, ao longo do tempo, a autenticidade, a integridade, o acesso contínuo e o uso pleno da informação”. Disponível em: http://www.conarq.gov.br/images/publicacoes_textos/Carta_preservacao.pdf. Acesso em: 15 jan. 2019.

30 Conforme a literatura, um repositório digital confiável é capaz de manter autênticos os materiais digitais, de preservá-los e prover acesso a eles pelo tempo necessário. Um repositório arquivístico digital confiável deve ser capaz de atender aos procedimentos arquivísticos em suas diferentes fases e aos requisitos de um repositório digital confiável.

Mencione-se, também como outro desafio a ser superado, a implementação, em todas as Procuradorias e órgãos dos ramos do MPU no Brasil, muito além das Procuradorias-Gerais, de centros de memória e cultura, inclusive para que seja evidenciado o papel histórico-cultural e até educativo dos arquivos permanentes, no sentido de se garantir aos cidadãos brasileiros, inclusive estudantes, a difusão do conhecimento da história e da evolução de atuação institucional, a partir da preservação de sua memória ao longo do tempo, de modo a constituir parte do patrimônio histórico e cultural brasileiro³¹. Nessa perspectiva, faz-se necessário, notadamente para a efetiva concretização do Plano Nacional de Gestão de Documentos e Memória do Ministério Público – Resolução n. 158/2017 do CNMP –, do tratamento técnico focado na documentação componente da terceira idade do ciclo de vida arquivístico, a exemplo de um programa de descrição arquivística e de elaboração de instrumentos de pesquisa que possibilitem a pesquisa no acervo permanente. De pleno acordo com o próprio texto da supracitada resolução, “a execução dessas atividades depende da existência de estruturas organizadas, com observância de diretrizes nacionais”.

Contudo, apesar de obstáculos, que geralmente existem em qualquer atividade humana, é inegável o esforço institucional e dos gestores de documentação e informação arquivística no sentido de planejar, desenvolver e melhorar as políticas e práticas relativas à disciplina da Arquivologia em seus âmbitos funcionais, conforme as iniciativas de incremento da eficiência no gerenciamento de seus registros públicos apresentadas neste artigo.

Todo esse empenho indubitavelmente exitoso, de forma geral, tem conduzido o MPU a práticas de excelência no tratamento de seus dados, informações e documentos orgânicos, os quais registram e testemunham suas ações funcionais ao longo do tempo e são capazes de sustentar a preservação de sua própria história, tendo-se em

31 Conforme Bellotto (2004, p. 230), “no que concerne os serviços de assistência educativa, o papel dos arquivos tem sido pouco explorado no Brasil [...]. A abertura dos arquivos a um novo público – o escolar, o dos alunos do ensino fundamental e médio – pode propiciar benefícios didáticos surpreendentes”.

vista, por fim, atender às demandas informacionais cada vez maiores impostas pela cidadania, garantindo o direito de acesso à informação consagrado na Carta Magna brasileira e na legislação infraconstitucional, para a proteção de direitos individuais e coletivos.

Referências

ARQUIVO NACIONAL. *Dicionário brasileiro de terminologia arquivística*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2005.

BELLOTTO, Heloísa Liberalli. *Arquivos permanentes: tratamento documental*. São Paulo: FGV, 2004.

CONSELHO INTERNACIONAL DE ARQUIVOS. *Multilingual Archival Terminology*. Disponível em: <https://www.ica.org/en/online-resource-centre/multilingual-archival-terminology>. Acesso em: 15 jan. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE ARQUIVOS. *Legislação arquivística brasileira e correlata*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE ARQUIVOS. Resolução n. 14, de 24 de outubro de 2001. Dispõe sobre o Código de Classificação de Documentos de Arquivo para a Administração Pública: atividades-meio, e os prazos de guarda e a destinação de documentos estabelecidos na tabela básica de temporalidade e destinação de documentos de arquivo relativos às atividades-meio da Administração Pública. Disponível em: <http://conarq.arquivonacional.gov.br/index.php/resolucoes-do-conarq/256-resolucao-n-14-de-24-de-outubro-de-2001>. Acesso em: 15 jan. 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução n. 89, de 28 de agosto de 2012. Regulamenta a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011) no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados e dá outras providências.

Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/Resolucao_n_89_acesso_a_informacao_-_LAI.pdf. Acesso em: 15 jan. 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução n. 123, de 12 de maio de 2015. Altera a Resolução CNMP n. 63, de 1º de dezembro de 2010, para incluir as tabelas unificadas da área de gestão administrativa. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-123.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

DOMINGUEZ LUIS, José Antonio. El derecho de información administrativa: información documentada y transparencia administrativa. *Civitas: Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, n. 88, out./dez. 1995.

FENOGLIO, Norma Catalina. Evaluación de documentos en Iberoamérica. *Rev. Fuent. Cong.*, La Paz, v. 7, n. 26, jun. 2013. Disponível em: http://www.revistasbolivianas.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1997-44852013000300003&lng=es&nrn=iso. Acesso em: 15 jan. 2019.

JARDIM, José Maria. A implantação da Lei de Acesso à Informação pública e a gestão da informação arquivística governamental. *Liinc em Revista*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 383-405, nov. 2013.

JARDIM, José Maria. *Transparência e opacidade do Estado no Brasil: usos e desusos da informação governamental*. Niterói: EdUFF, 1999.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Relatório sobre a Implementação da Lei n. 12.527/2011. Brasília: 2018. Disponível em: <http://www.acaoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/publicacoes/relatorio-2017-web.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Planejamento Estratégico do MPT*. Brasília: MPT, 2009.

PAES, Marilena Leite. *Arquivo: teoria e prática*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

PINHO, José A. G.; SACRAMENTO, Ana R. S. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 6, p. 1343-1368, nov./dez. 2009.

ROUSSEAU, Jean-Yves; COUTURE, Carol. *Os fundamentos da disciplina arquivística*. (Trad. Magda Bigotte de Figueiredo). Lisboa: D. Quixote, 1998.

SANTOS, João Tiago. *Arquivologia facilitada*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. 304 p.

SANTOS, João Tiago. *Automação de unidades de informação arquivística: o modelo alternativo do software livre*. Salvador: AABA, 2009.

SCHELLENBERG, T. R. *Arquivos modernos: princípios e técnicas*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

VALETTE, Jean-Jacques. *O papel dos arquivos na administração e na política de planificação nos países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 1973.

Críticas à Lei n. 13.344/2016 – Tráfico de pessoas

Mônica Sifuentes

Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais e pela Faculdade de Direito de Lisboa. Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Resumo: Este artigo descreve as sucessivas alterações legislativas no tipo penal relativo ao tráfico de pessoas, relata a influência do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo adotado pelo Brasil em 2004, analisa a Lei n. 13.344/2016 em relação às mudanças na classificação, caracterização e configuração penal do crime de tráfico de pessoas, tece críticas aos impasses ocasionados pela lei no exercício da atividade jurisdicional, tendo em vista a dificuldade na obtenção da prova de elementos do tipo penal e aborda a questão do consentimento da vítima, a proteção à criança, aos idosos e incapazes, bem como a falta dos meios necessários para executar as medidas protetivas propostas na lei.

Palavras-chave: Direito Penal. Convenção de Palermo. Tráfico de pessoas. Prova. Tipo penal. Consentimento da vítima. Proteção da criança. Lei n. 13.344/2016.

Abstract: This paper shows the consecutive legislative amendments to the criminal law regarding human trafficking as well as the influence of the Additional Protocol to the Palermo Convention, adopted by Brazil in 2004. It analyzes the changes made to Act 13.344/2016 in relation to its disposition, interpretation and the criminal outline of human trafficking, drawing criticism to the legally imposed obstacles to the exercise of judicial function, given the struggle in obtaining criminal type evidence. It addresses the issue of the victim's consent, the protection of children, elderly and disabled, as well as the lack of the necessary means to implement the protective measures laid down in law.

Keywords: Criminal Law. Palermo Convention. Human trafficking. Evidence. Criminal type. Victim's consent. Child protection. Act 13.344/2016.

Sumário: 1 Visão geral da Lei n. 13.344/2016. 2 Evolução legislativa. 3 Críticas à Lei n. 13.344/2016. 3.1 A questão da execução das medidas previstas na Lei n. 13.344/2016. 3.2 Críticas ao novo tipo penal. 4 Conclusões.

1 Visão geral da Lei n. 13.344/2016

A Lei n. 13.344, de 6 de outubro de 2016, entrou em vigor no Brasil com inúmeros aplausos da comunidade jurídica nacional e, em especial, dos profissionais que atuam na conflituosa e delicada área do combate ao tráfico de pessoas. Celebrado pela imprensa como um marco legislativo, o texto teve origem em um projeto da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Tráfico Nacional e Internacional de Pessoas no Brasil, que funcionou no Senado entre 2011 e 2012 (PL n. 7.370/2014).

De fato, há muito se esperava que a legislação interna brasileira no combate ao tráfico de pessoas se adaptasse ao Protocolo Adicional à Convenção de Palermo, ratificado pelo Brasil e em vigor no território nacional desde 12 de março de 2004¹. A nova lei, editada com esse espírito, focou as três linhas centrais de atuação do referido diploma internacional, quais sejam: prevenção, repressão e assistência às vítimas.

Estabeleceu a lei, desse modo, medidas louváveis, em especial no capítulo dedicado à proteção e assistência às vítimas do tráfico, diretas ou indiretas (cap. IV), previsão até então inédita na legislação brasileira. Essa proteção compreende assistência jurídica, social, acolhimento e abrigo provisório, preservação da identidade, rein-

1 Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004 – Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (Protocolo de Palermo).

serção social, atendimento humanizado e prevenção à “revitimização”, entre outras (art. 6º). Além disso, como ocorre em outros países, foi concedido direito a visto de residência permanente às vítimas de tráfico de pessoas que estiverem no Brasil (art. 7º).

Outro ponto de destaque refere-se à previsão expressa de cooperação entre os órgãos do sistema de justiça e segurança, nacionais e estrangeiros, e à formação de equipes conjuntas de investigação (art. 5º), como forma de tentar contornar a velha disputa entre as polícias estaduais, militares e federais, no tocante à apuração e repressão a esse crime. A lei prevê, ainda, a criação de políticas públicas intersetoriais envolvendo profissionais de saúde, educação, trabalho, segurança pública, justiça, turismo, assistência social, desenvolvimento rural, esportes, comunicação, cultura e direitos humanos, como medidas para a prevenção de novos casos de tráfico de pessoas (art. 4º). No capítulo das disposições processuais (cap. V), a lei traz a possibilidade de o juiz decretar medidas assecuratórias, tais como a apreensão de bens e valores pertencentes aos investigados, que possam ser produto ou proveito do crime, ou requisitar auxílio às empresas de telefonia para a localização da vítima e suspeitos do delito (art. 11).

Vale notar que, tanto o membro do Ministério Público como o delegado de polícia, em suas investigações, poderão requisitar diretamente, sem necessidade de autorização judicial, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos a quaisquer órgãos do Poder Público ou de empresas privadas (art. 11). Tudo isso com o objetivo de tornar mais ágil, célere e efetiva a investigação, normalmente demorada nesses casos².

Ressalte-se, ainda, o endurecimento dos critérios para a concessão do livramento condicional em crimes de tráfico de pessoas: ao dar nova redação ao art. 83 do Código Penal, a lei inseriu o tráfico de pessoas nos crimes equiparados aos hediondos, nos quais

2 De fato, tanto as vítimas como as testemunhas, pela própria natureza do crime, acabam por se movimentar muito rapidamente, inserindo-se, não raro, em outras redes de tráfico, o que dificulta a investigação.

o benefício somente será concedido após o cumprimento de mais de dois terços da pena (art. 12).

É inconteste que as medidas elencadas na lei se traduzem em uma séria opção política, feita pelo Estado brasileiro, de enfrentamento e combate ao tráfico de pessoas. No entanto, no exercício da atividade jurisdicional, a que especificamente se destina a vertente da punição ao tráfico, a Lei n. 13.344/2016 trouxe algumas dificuldades adicionais, sobre as quais este texto se propõe a discutir. Não se objetiva aqui um aprofundado estudo doutrinário, incabível nos limites deste artigo, mas apenas a proposição de um ensaio, notas coletadas no processo de aplicação da lei e que se espera possam auxiliar em sua reflexão.

As principais dúvidas concernem à análise de se o texto legal em vigor tornou mais rigorosa a configuração do crime de tráfico de pessoas e se facilitou a sua apuração. O artigo apresenta razões às quais pode inclinar-se para a negativa a ambas as questões.

2 Evolução legislativa

Em pouco mais de dez anos, o tipo penal relativo ao tráfico de pessoas foi alterado três vezes. Isto demonstra, de um lado, a preocupação do legislador brasileiro com o tema, como também, de outro, o desajeitado modo de tentativa e acerto na resolução do problema, que leva, inevitavelmente, à insegurança na aplicação da lei e à instabilidade na sua interpretação pelos tribunais.

A primeira redação do art. 231, do Código Penal brasileiro, esteve em vigor por quase 65 anos³. Estabelecia o artigo a penalização da conduta de “promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro”. Note-se que o exercício da prostituição não era considerado crime, como ainda não o é. Criminosa era considerada a conduta de quem *promo-*

3 De 7 de dezembro de 1940, data do Decreto-Lei n. 2.848 (Código Penal), até a primeira alteração feita no art. 231, pela Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005.

vesse ou *facilitasse* a entrada ou saída de mulher para essa finalidade⁴. A exploração da prostituição alheia era prevista em outros tipos penais, como o rufianismo (art. 230) ou a manutenção de casa de prostituição (art. 229). Mas, quando essa exploração se referia à entrada ou saída do território nacional, a pena era mais severa do que a dos dois outros crimes, considerando a gravidade da conduta relativa ao tráfico. A vítima era somente a *mulher* que viesse exercer a prostituição no Brasil ou saísse daqui para exercê-la lá fora. De se notar que não era punido, talvez por não ser conhecido ou concebível à época, o tráfico de pessoas do sexo masculino.

Na década de 1940, em que a moral sexual recebia particular atenção do legislador, focado nos valores da família cristã e urbana, o crime de tráfico de mulheres estava inserido, portanto, dentro do extenso Título VI – *Dos crimes contra os costumes* –, que englobava os chamados “crimes contra a liberdade sexual”, “sedução e corrupção de menores”, “rapto”, além do “lenocínio e tráfico de mulheres”. A lei trazia, para o tipo penal, de acordo com o espírito da época, adjetivações tais como *mulher honesta*⁵ (art. 215 do CP – posse sexual mediante fraude; art. 216 do CP – atentado ao pudor mediante fraude; art. 219 – rapto), além de *mulher virgem* (art. 217 do CP – sedução).

4 “Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro:

Pena - reclusão, de três a oito anos.

§ 1º. Se ocorre qualquer das hipóteses do § 1º do art. 227:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos.

§ 2º. Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos, além da pena correspondente à violência.

§ 3º. Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa de cinco contos a dez contos de réis.”

5 *Mulher honesta*, nas palavras de Nelson Hungria (1959, p. 150), era aquela “cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o ‘*minimum*’ de decência exigido pelos ‘bons costumes’. [...] Desonesta é a mulher ‘fácil’, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação (*cum vel sine pecunia accepta*)”.

Segundo a redação original do Código Penal, *a caracterização do crime de tráfico não dependia de nenhum meio executivo especial, da habitualidade ou do fim de lucro*. Para a sua ocorrência, bastava a prova de ter o agente *facilitado* ou *promovido* a entrada ou a saída da mulher no território nacional para essa finalidade. Não importava se a vítima tivesse consentido, ou se os autores tivessem utilizado de violência, intimidação ou fraude para conseguir os seus fins. Os meios utilizados para a prática do crime somente eram relevantes para se agravar a pena, que era de três a oito anos de reclusão. Se houvesse emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena de reclusão passava a ser de cinco a doze anos, além da pena correspondente à violência (art. 231, § 2º, do CP). Se o objetivo do crime fosse a obtenção de lucro, aplicava-se também a pena de multa (art. 231, § 3º, do CP).

O *Protocolo Adicional, adotado pelo Brasil em 2004*⁶, trouxe a primeira definição internacionalmente aceita de tráfico de pessoas:

Artigo 3. Definições.

Para efeitos do presente Protocolo:

a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, servidão ou a remoção de órgãos.

O protocolo definiu, no mesmo art. 3, *b a d*, o consentimento como irrelevante para a configuração do tráfico, apenas quando envol-

6 No Brasil, o Decreto n. 5.017, de 12 de março de 2004, promulgou o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

vesse crianças e adolescentes (com idade inferior a 18 anos). Nas demais hipóteses, o consentimento deverá ser considerado como relevante (ou seja, capaz de *excluir* a imputação do crime), se, comprovadamente, não tiver ocorrido ameaça, uso de força, coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou se tiver havido a oferta de pagamentos ou benefícios para obter esse consentimento. Sobre essa questão da importância do consentimento e do seu reflexo na legislação brasileira, será dito mais adiante.

Por sua vez, a *Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005*, embora posterior ao Decreto n. 5.017/2004, trouxe poucas mudanças de relevo⁷. A modificação mais significativa foi a substituição da palavra “mulher” por “pessoa”, estendendo o alcance penal a todos,

7 “Art. 1º. Os arts. 148, 215, 216, 226, 227 e 231 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passam a vigorar com a seguinte redação:

[...]

‘Tráfico internacional de pessoas

Art. 231. Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º.

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 2º. Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude, a pena é de reclusão, de 5 (cinco) a 12 (doze) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º. (revogado).’ (NR)

Art. 2º. O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 231-A:

‘Tráfico interno de pessoas

Art. 231-A. Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. Aplica-se ao crime de que trata este artigo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 231 deste Decreto-Lei”.

independentemente de sexo. O crime continuou dentro do título relativo aos *crimes contra os costumes*, de modo que o bem jurídico tutelado ainda era a moralidade pública em matéria sexual. E, não obstante se referisse genericamente ao tráfico de pessoas, restringia-se à exploração da prostituição alheia.

O art. 231 foi, pela Lei n. 11.106/2005, dividido em duas partes (art. 231 e art. 231-A), sendo o primeiro denominado *tráfico internacional de pessoas*, e o segundo *tráfico interno de pessoas*. Acrescentou-se, ainda, aos dois tipos penais o verbo “intermediar”, alteração pouco relevante, uma vez que tanto a doutrina como jurisprudência já consideravam a intermediação como ínsita no verbo “promover”. Quanto ao tráfico interno, estabeleceu-se expressamente o modo de execução ao discriminar – “o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição”. Suprimiu-se a finalidade de lucro; e a multa foi acrescida à pena, independentemente de a atividade ser lucrativa ou não. Nos casos em que a violência, grave ameaça ou fraude fossem o meio para a prática do crime, tal como na redação anterior, a pena base era especialmente agravada.

Poucos anos depois, a redação dos arts. 231 e 231-A foi novamente modificada. A *Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009*⁸, traduziu-se na primeira tentativa de adaptar a legislação brasileira

8 “*Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual*”

Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º. Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º. A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

ao Protocolo de Palermo e às novas concepções sociais quanto à moralidade. A primeira alteração se deu no próprio Título VI, que, de “crimes contra os costumes”, passou a ser denominado “crimes contra a dignidade sexual”. No tipo penal do art. 231, foi incluída, além da prostituição, qualquer “outra forma de exploração sexual”, ampliando o âmbito de incidência da norma. A vítima, de “pessoa”, passou a ser identificada como “alguém”, e a pena de multa voltou a ser, como na lei anterior, aplicada apenas quando constatada a finalidade de lucro na prática criminosa. O emprego de violência, grave ameaça ou fraude, que antes resultavam em uma previsão de pena maior, passou a ser considerado como causa de aumento da pena (art. 231, § 2º, do CP).

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa’. (NR)

‘Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual

Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 1º. Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar, vender ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º. A pena é aumentada da metade se:

I - a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

II - a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III - se o agente é ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; ou

IV - Há emprego de violência, grave ameaça ou fraude.

§ 3º. Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa’. (NR)”.

Também a Lei n. 12.015/2009 teve vida curta. Passados pouco mais de sete anos, eis que uma nova e profunda alteração viria com a Lei n. 13.344, de 6 de outubro de 2016.

3 Críticas à Lei n. 13.344/2016

3.1 A questão da execução das medidas previstas na Lei n. 13.344/2016

Como já se referiu anteriormente, a Lei n. 13.344/2016, fruto de muitas discussões no âmbito da denominada CPI do Tráfico de Pessoas, trouxe algumas importantes modificações no tocante à proteção e assistência às vítimas, como a criação de políticas públicas envolvendo profissionais de diversas áreas, bem como relevantes alterações quanto à colheita de provas, com a atuação em conjunto das Polícias Federal e Estadual.

No entanto, a primeira observação que se destaca, na interpretação dessa lei, é que ela, como tantas outras leis no Brasil, embora preveja várias formas de proteção às vítimas do tráfico, não especifica qual será o órgão responsável pela sua execução e tampouco cuida da destinação de recursos orçamentários para essa finalidade. Poderia, ao menos, ter criado um fundo destinado a custear as medidas protetivas, formado pelos valores arrecadados com os bens apreendidos em razão de serem produto ou proveito do crime de tráfico de pessoas (art. 8º), tal como acontece no tráfico de drogas⁹. Mas não o fez. Espera-se que um decreto do Poder Executivo venha a suprir essa omissão.

3.2 Críticas ao novo tipo penal

Se a Lei n. 13.344/2016 trouxe algumas medidas importantes no seu objetivo de adaptar a legislação brasileira sobre tráfico de

⁹ Art. 63, § 1º, da Lei n. 11.343/2006, com a redação dada pela Lei n. 13.840/2019: “Os bens, direitos ou valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei ou objeto de medidas assecuratórias, após decretado seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao FUNAD”.

pessoas às normas internacionais, no tocante à repressão criminal, no entanto, não foi tão promissora. A redação do artigo referente ao tráfico de pessoas hoje é a seguinte:

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

- I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;
- II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;
- III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;
- IV - adoção ilegal;
- V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º. A pena é aumentada de um terço até a metade se:

- I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;
- II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;
- III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função;
- IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

§ 2º. A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

Pela nova redação dada ao tipo penal, para a sua configuração, exige-se a prova conjugada: (1) dos *atos* (agenciar, aliciar, recrutar, transferir, comprar, alojar ou acolher); (2) dos *meios* (ameaça, violência, coação, fraude ou abuso); e (3) da *finalidade* (remoção de órgãos, trabalho escravo, servidão, adoção ilegal ou exploração

sexual). Desse modo, os três requisitos devem estar presentes no momento da *ação*, e não do resultado, uma vez que a efetiva prestação do serviço pela vítima é mero exaurimento do crime.

Alguns pontos críticos e que apresentam maior dificuldade na aplicação da nova lei serão, a seguir, abordados.

3.2.1 A questão do consentimento da vítima

No tocante à tipificação penal, a Lei n. 13.344/2016 revogou os arts. 231 e 231-A do Código Penal, que haviam sido objeto das alterações legislativas já referidas. Em seu lugar, acrescentou o art. 149-A ao Código Penal, ou seja, criou uma espécie de “apenso” ao art. 149, que trata do crime de “redução à condição análoga à de escravo”¹⁰. No tocante ao *trabalho escravo*, há então agora duas condutas, em tipos penais diversos: (1) a daquele que efetivamente *submete* a pessoa a trabalhos forçados, jornada exaustiva ou condições degradantes (art. 149); e (2) a daquele que, de alguma forma, “intermedeia” a colocação de pessoa para essa finalidade.

Com essa mudança tópica, o crime de *tráfico de pessoas*, que antes era classificado como *crime contra os costumes* e, depois, como *crime contra a dignidade sexual*, encontra-se agora inserido nos *crimes contra a liberdade individual* (Capítulo VI), dentro da Seção I – *crimes contra a liberdade pessoal*. O crime de tráfico de pessoas passou a ser considerado, a partir da nova lei, como crime contra a *liberdade*, e não mais contra a *dignidade sexual*.

A liberdade, sem dúvidas, é o maior dos nossos direitos. Ao comentar sobre os delitos contra a liberdade, Nelson Hungria (1953, p. 132) assinalava que o bem protegido pela lei penal, nesse caso,

[...] *não é o pretense direito natural à liberdade, ou seja, a faculdade (rectius: possibilidade) natural ao homem de fazer o que quer ou deixar*

10 “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.”

de fazer o que não quer; mas, sim, a liberdade jurídica, isto é, a faculdade de exercer a própria vontade, sem entraves, na órbita da atividade livre que o estado assegura ao indivíduo.

A liberdade de que trata o novo enquadramento legal do crime de *tráfico de pessoas* é a mesma que Bluntschli, citado por Nelson Hungria (1953, p. 133), definia como “faculdade de exercer a própria vontade nos limites do direito”. Como acrescenta Magalhães Noronha (1991, p. 149), os delitos contra a liberdade pessoal referem-se à espécie, ao passo que a liberdade individual é o gênero:

[...] os delitos que compõem a referida seção dizem mais intimamente à personalidade humana, ofendendo o direito que o indivíduo tem de agir, sua tranquilidade, possibilidade de locomoção e à disposição própria.

Essa alteração tem consequências hermenêuticas, especialmente no tocante ao *consentimento da vítima*.

De fato, sob a égide da legislação anterior a 2016, haviam sido construídas sólida jurisprudência¹¹ e doutrina¹², no sentido de que a ciência e o consentimento da vítima seriam irrelevantes para a tipificação do crime. Não importava se a vítima sabia da finalidade do seu deslocamento, se tinha conhecimento de que seria para explora-

11 “O consentimento da vítima não tem o condão de descaracterizar o crime de tráfico de pessoas. Precedentes desta Corte” [TRF 1ª Região (4. Turma). ACR 0016418-43.2008.4.01.3500. Rel.: Juiz Federal Convocado Henrique Gouveia da Cunha, 12 de dezembro de 2016].

“O tipo penal do art. 231 do CP não exige violência para sua consumação e a jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que até mesmo o consentimento da vítima em relação à prostituição a ser praticada no exterior é insuficiente para afastar o delito, uma vez que é desnecessária sua efetiva realização. Ausente comprovação de violência ou fraude é inaplicável a qualificadora prevista no § 2º do art. 231 do CP” [TRF 1ª Região (3. Turma). ACR 0004344-98.2001.4.01.3500. Rel.: Desembargador Federal Cândido Ribeiro, 11 de março de 2014].

12 “O tráfico internacional não se refere apenas e tão-somente ao cruzamento das fronteiras entre países. Parte substancial do tráfico global reside em mover uma pessoa de uma região para outra, dentro dos limites de um único país, observando-se que o consentimento da vítima em seguir viagem não exclui a culpabilidade do traficante ou do explorador, nem limita o direito que ela tem à proteção oficial”. Jesus, Damásio. *Tráfico internacional de mulheres e crianças* – Brasil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. XXIV.

ção sexual ou mesmo se concordava com esse fato. Bastava ao autor transportar a vítima para o fim de exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, e o crime já se considerava realizado.

O crime de tráfico internacional de pessoas consumava-se com a simples entrada ou a saída da pessoa, homem ou mulher, seja ou não prostituída, do território nacional, independentemente do efetivo exercício da prostituição – bastava o deslocamento com essa finalidade –, e ainda que contasse com o consentimento da vítima.

O deslocamento do crime para inseri-lo no campo dos crimes contra a liberdade individual, ou pessoal, introduz novamente a discussão, que já se encontrava ultrapassada no Brasil, sobre se o *consentimento da vítima* continua a ser relevante ou não para a caracterização do crime. Vale lembrar que a saída da pessoa do país, para se prostituir ou utilizar o seu corpo como bem entender, não é considerada crime. Punível é a conduta do intermediário da exploração sexual.

Nessa linha, sendo o tráfico de pessoas um crime contra a liberdade individual ou pessoal, o consentimento da vítima passou a assumir uma nova conotação, pois, *havendo aquiescência da pessoa, não há violação ao seu direito e, portanto, não há crime, a não ser que a sua vontade esteja viciada* por algum dos fatores que vêm descritos no próprio *caput* do artigo e que são: grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. A nova redação, introduzida pela Lei n. 13.344/2016, expressamente prevê que o *agenciamento, o aliciamento, o recrutamento, o transporte, a transferência, a compra, o alojamento ou o acolhimento*, para serem considerados como típicos, devem ocorrer contra a vontade expressa ou tácita da vítima, verificadas as formas de coerção descritas na norma penal.

Com isso, forçoso é concluir que, na nova configuração penal, a colheita e produção da prova da ocorrência do crime de tráfico de pessoas, que já era complicada na vigência da lei anterior, tornou-se ainda mais delicada. A configuração do crime depende agora, essencialmente, de prova de que o consentimento da vítima foi viciado por fraude, violência, abuso, coação ou grave ameaça, o que não se exigia na vigência da lei anterior.

Os casos levados aos tribunais demonstram os percalços na persecução penal e produção de provas nesses processos, em decorrência da dificuldade de localização das testemunhas e até das próprias vítimas, geralmente inseridas em outras redes de tráfico e sujeitas ainda à influência do traficante, por medo de exposição em razão do preconceito social.

Além disso, a lei nova beneficia mais o acusado e, pelo princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, o novo dispositivo penal se aplica também aos crimes cometidos na vigência da lei anterior. Essa orientação já vem sendo adotada pelos Tribunais Regionais Federais, resultando em absolvições por falta de prova dos meios utilizados para a prática do crime¹³. Nesse ponto, portanto, a lei representou um claro retrocesso em relação à legislação anterior.

13 “PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES. ART. 231 DO CÓDIGO PENAL. CONDUTA PRATICADA NA VIGÊNCIA DA LEI 11.106/2005. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 13.344/2016.

1. A Lei 13.344/2016 expressamente revogou os artigos 231 e 231-A do Código Penal e introduziu no mesmo diploma normativo o artigo 149-A, estabelecendo nova tipologia para o crime de tráfico de pessoas, cuja conduta ainda permanece criminalizada pela referida lei, uma vez que o novo tipo penal prevê todas as hipóteses anteriores, aplicando-se, no caso, o princípio da continuidade normativo típica da conduta.

2. À luz do Protocolo de Palermo e da Lei 13.344/16, somente há tráfico de pessoas, se presentes as ações, meios e finalidades nele descritas. Por conseguinte, a vontade da vítima maior de 18 anos apenas será desconsiderada, se ocorrer ameaça, uso da força, coação, rapto, fraude, engano ou abuso de vulnerabilidade, num contexto de exploração do trabalho sexual.

3. Os diversos depoimentos testemunhais colhidos, tanto em sede policial como em Juízo, sob o crivo do contraditório, permitem que se visualize com clareza a forma em que as mulheres eram encaminhadas para a Espanha e tinham os documentos necessários para a viagem providenciados, não havendo nenhuma referência às circunstâncias elementares do novo tipo penal.

4. O tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual (art. 231-A, caput, e § 1º do Código Penal) não se concretizou, uma vez que as mulheres que trabalhavam como prostitutas na boate dos Recorridos para ali foram e permaneceram alojadas por livre e espontânea vontade.

5. Considerando a superveniência da Lei 13.344/2016, tenho pela absolvição dos réus, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

6. Apelações providas”. [TRF 1ª Região (3. Turma), ACR 0003533-56.2007.4.01.4300, Rel.: Desembargadora Federal Mônica Sifuentes, 27 de fevereiro de 2018].

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS. ARTIGO 231 *CAPUT* DO CÓDIGO PENAL. CONDUTA PRATICADA NA VIGÊNCIA DA LEI 11.106/2005. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 13.344/2016. VIOLÊNCIA, GRAVE AMEAÇA E FRAUDE QUE FIGURAVAM NA FORMA QUALIFICADA DO REVOGADO ARTIGO 231-A DO CP, PASSAM A CONSTITUIR CIRCUNSTÂNCIAS ELEMENTARES DO ARTIGO 149-A DO CP. *ABOLITIO CRIMINIS* CONFIGURADA COM RELAÇÃO À FIGURA SIMPLES DO REVOGADO ARTIGO 231-A DO CP, NA REDAÇÃO DA LEI 11.106/2005.

1. Apelação interposta pela Defesa contra sentença que condenou a ré como incurso no artigo 231, *caput*, do Código Penal à pena de 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 13 dias-multa.

2. Os fatos ocorreram em 30/03/2007, e a sentença foi proferida em 24/11/2015. O crime imputado à ré foi o de tráfico internacional de pessoas, previsto no artigo 231, *caput*, do Código Penal, que à época dos fatos descritos na denúncia vigorava com a redação dada pela Lei 11.106/2005 (antes de sua alteração pela Lei 12.015/2009).

3. Posteriormente à sentença, sobreveio a Lei 13.344/2016 que expressamente revogou os artigos 231 e 231-A do Código Penal e introduziu no mesmo diploma normativo o artigo 149-A, que estabeleceu nova tipologia para o tráfico de pessoas.

4. Houve revogação formal do tipo penal, com a inserção imediata de tipo inovador (alteração topográfica normativa), sem efetiva supressão do fato criminoso, ocorrendo, portanto, continuidade normativo-típica, porém somente em parte.

5. Na vigência da Lei 11.106/2005 o emprego de violência, grave ameaça ou fraude consistia qualificadora das condutas descritas no *caput* do artigo 231 do Código Penal. Logo, na vigência dessa lei, o entendimento jurisprudencial, inclusive adotado na r. sentença apelada e por este Relator, era amplamente majoritário no sentido de que o consentimento da vítima era irrelevante para a configuração do delito previsto no *caput*.

6. Contudo, na nova redação do artigo 149-A do CP dada pela Lei 13.344/2016, a violência, a grave ameaça e a fraude – e agora também as figuras da coação e o abuso – estão incluídas como circunstâncias elementares do novo tipo penal, de modo que, se elas não ocorrem, não se configura a tipicidade da conduta. Equivale dizer, especialmente com relação ao crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual, de que se cuida nos autos, que uma vez verificada a existência de consentimento válido, sem qualquer vício, resta afastada a tipicidade da conduta.

7. Assim, quanto ao crime de tráfico de pessoas previsto no artigo 231, *caput*, do CP na redação da Lei 11.106/2005, para o qual o consentimento da vítima era irre-

3.2.2 O momento do consentimento

Questão controvertida refere-se ao *momento* em que esse consentimento foi dado. Pondera-se que esse, embora legítimo no momento em que a vítima foi submetida a uma das condutas previstas no art. 149-A, possa ter sido viciado no *momento posterior*, quando a vítima soube das verdadeiras condições em que exerceria o seu trabalho.

Tal interpretação não nos parece possível, diante da redação do tipo penal, que exige, para a sua configuração, a prova conju-

levante penal, ocorreu *abolitio criminis*. A continuidade normativo-típica ocorreu apenas parcialmente, com relação ao artigo 231 na sua figura qualificada do § 2º, com emprego de violência, grave ameaça ou fraude, ou seja, atuações do agente que acarretem vício ao consentimento da vítima.

8. A alteração legislativa interna veio promover no âmbito do Direito Penal uma adequação aos preceitos estabelecidos pelo Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, promulgado pelo Decreto 5.017/2004.

9. A nova legislação amplia o bem jurídico tutelado, que antes era reservado à prostituição, alcançando agora a figura mais abrangente da exploração sexual, além de outras hipóteses anteriormente não previstas (remoção de órgãos, etc.), bem como incrementando as descrições das condutas criminalizadas no tipo alternativo misto, de modo a recrudescer o combate a referidos atos.

10. Além dessa ampliação, e também em atendimento ao espírito do Protocolo mencionado, a nova legislação limita a proteção ao bem jurídico tutelado aos casos em que há, de alguma forma, vício de consentimento.

11. *A contrario sensu*, se o consentimento é válido, ou seja, se ele foi deduzido sem grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, não – ao menos na hipótese de exploração sexual, de que se cuida nos autos – não se configura o crime.

12. No caso dos autos, basta o exame da denúncia para se verificar que não há nenhuma referência a algum tipo de grave ameaça, violência ou fraude, bastando para se concluir pela *abolitio criminis*. Não bastasse isso, durante a instrução processual, confirmou-se que realmente todas as mulheres que estavam prestes a embarcar para o exterior tinham dado o seu total consentimento, bem como possuíam plena consciência em relação ao propósito da viagem, sendo que uma delas, inclusive, iria pela segunda vez exercer a prostituição na Espanha, agenciada novamente pela corré.

13. Absolvição em razão da ocorrência de *abolitio criminis* pela superveniência da Lei 13.344/2016, prejudicada a apelação”. [TRF 3ª Região. (1. Turma). ApCrim 0003784-95.2010.4.03.6181, Rel.: Juiz Federal Convocado Márcio Mesquita, 19 de setembro de 2017].

gada: (1) dos *atos* (agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher); (2) dos *meios* (ameaça, violência, coação, fraude ou abuso); e (3) da *finalidade* (remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo, trabalho em condições análogas à de escravo, servidão, adoção ilegal ou exploração sexual).

Desse modo, os três requisitos devem estar presentes no momento da *ação*, e não do resultado. A efetiva prestação do serviço pela vítima, como já dito, é mero exaurimento do crime. No entanto, se houver prova de que a vítima não sabia ou não podia prever que as condições de trabalho seriam degradantes ou a sua finalidade, considera-se que o seu consentimento foi viciado no momento da ação, em que agiu por erro mediante *fraude*. Nesse caso, o crime se considera consumado.

Isso certamente reforça a importância das campanhas de prevenção e conscientização de todos para o combate ao tráfico de pessoas, pois o consentimento da vítima agora passa a ser essencial para a configuração do crime. A redação anterior, que punia a conduta daquele que se utilizava do tráfico, sem questionar qual foi o papel da vítima na prática do ato, certamente, atendia melhor ao objetivo de se prevenir e punir esse odioso crime.

3.2.3 *Uso da palavra “tráfico”*

Outra constatação importante é a de que, embora a epígrafe da lei diga que ela “dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas”, e o art. 149-A seja identificado como *tráfico de pessoas*, a palavra *tráfico* só aparece no texto do referido artigo no seu inciso IV, como causa especial de aumento de pena – se “a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional”. Ao revogar os arts. 231 e 231-A, e inserir o novo art. 149-A, sob o pretexto de reunir em um único tipo penal todas as figuras previstas no artigo 3º do Protocolo de Palermo, a nova lei misturou fatos diferentes, dando idêntico tratamento a ações com finalidades bastante diversas, tais como a remoção

de órgãos, tecidos ou partes do corpo, trabalho em condições análogas à de escravo, servidão, adoção ilegal ou exploração sexual.

Poder-se-ia argumentar que a ação de “tráfico” está presente nas condutas de “agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoas”. De fato, essas condutas normalmente estão presentes no tráfico. A recíproca, no entanto, não é verdadeira – qualquer uma dessas condutas poderá ocorrer em situações que não sejam de tráfico, mas sim de mera mercancia. O tráfico pressupõe *tráfego*, movimentação. Nesse ponto, embora possa parecer um preciosismo, as redações anteriores do art. 231 do Código Penal, que explicitavam a finalidade de entrada ou saída do território nacional, eram tecnicamente mais corretas para o tipo penal em questão.

De se concluir, portanto, que, pelo novo dispositivo, o *tráfico* em si, ou seja, a retirada da pessoa do território nacional, acabou por se transformar de delito principal, tal como previsto na redação anterior, para *causa especial de aumento de pena* (art. 149-A, § 1º, IV). No tocante à entrada de pessoa no território nacional para essa finalidade, o art. 149-A não conferiu essa especial relevância jurídica, como se vê a seguir.

3.2.4 O ingresso de pessoa no território nacional

A nova redação do art. 149-A do Código Penal prevê uma causa especial de aumento da pena (um terço até a metade) – se “a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional” (§ 1º, IV). Curiosamente, o *ingresso da pessoa traficada* no território nacional não recebe o mesmo tratamento legal – não é arrolado como causa de aumento de pena. Isso significa que, se o traficante *exportar* a vítima, ele terá um aumento de pena. Se ele *importar*, ou seja, trazer para o Brasil, pessoas de outros países para qualquer outra das finalidades ali previstas, estará sujeito apenas à pena geral prevista para o crime previsto no *caput* do art. 149-A.

O ingresso de pessoa no território nacional poderá, quando muito, caracterizar outro crime, em concurso material com o de

tráfico: o de *atribuição de falsa identidade a estrangeiro*, previsto no art. 309, parágrafo único, do Código Penal¹⁴.

Melhor ficou a redação dada pela nova Lei de Migração (Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017) ao art. 232-A, introduzido no Código Penal:

Promoção de migração ilegal

Art. 232-A. Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º. Na mesma pena incorre quem promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a saída de estrangeiro do território nacional para ingressar ilegalmente em país estrangeiro.

§ 2º. A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se:

I - o crime é cometido com violência; ou

II - a vítima é submetida a condição desumana ou degradante.

§ 3º. A pena prevista para o crime será aplicada sem prejuízo das correspondentes às infrações conexas.

3.2.5 *A questão da vulnerabilidade*

Uma parte da doutrina tem considerado possível se interpretar as elementares do tipo *abuso* e *coação* para se referir à vulnerabilidade da vítima, especialmente a econômica. Em outras palavras, como o agente do crime geralmente paga a passagem e as despesas

14 “Art. 309 - Usar o estrangeiro, para entrar ou permanecer no território nacional, nome que não é o seu:

Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

Parágrafo único - Atribuir a estrangeiro falsa qualidade para promover-lhe a entrada em território nacional: (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.426, de 1996)”.

de viagem da vítima, que depois o reembolsa, haveria aí uma situação de exploração de vulnerabilidade econômica.

De fato, são situações possíveis, mas devem ser examinadas caso a caso, principalmente em atenção à nova classificação do crime como “contra a liberdade individual”. Não se pode, por certo, *presumir* o tráfico, porque a situação pode também se apresentar sob a forma de um *acordo livre de vontades*, entre a pessoa que é encaminhada para a exploração sexual e o agenciador. Mais uma vez, notam-se a relevância da produção da prova e o fato de que a nova lei, na prática, dificultou a caracterização do crime.

3.2.6 *A pessoa idosa, com necessidades especiais, criança ou adolescente como vítimas do crime de tráfico*

A nova redação do crime de tráfico de pessoas diz que o crime cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência enseja um aumento de pena de um terço até a metade (§ 1º, II). À primeira vista, essa medida parece representar um avanço e uma atenção do legislador à situação especial dessas pessoas. Mas não é.

Na verdade, criou-se, nessa hipótese, mais uma causa especial de aumento de pena, ao contrário do que seria recomendável e mais adequado, tal como considerar que, nesses casos, não seria necessária a prova da ocorrência da coação pelas formas ali previstas. O crime cometido contra a pessoa vulnerável foi desse modo colocado, assim como em relação a todas as outras vítimas, dependente da prova de que o seu consentimento foi viciado, ou seja, é necessário se provar que esse consentimento foi obtido por grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. Desse modo, considera-se possível a prática do crime ocorra contra essas pessoas, que detêm especial vulnerabilidade, ainda assim se exigindo a *prova* de que tenha havido a grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. Diante da *vulnerabilidade*, seria esperado que esse vício fosse presumido, invertendo o ônus da prova para o autor do crime. Infelizmente, assim não fez o legislador, e o Direito Penal, como é cediço, não admite interpretação extensiva.

No tocante à criança, em especial, a redação da lei *claramente não se adapta* à previsão do art. 3, c, do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo, no qual se estabeleceu que

o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento *de uma criança* para fins de exploração serão considerados “tráfico de pessoas” *mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos na alínea a*, [quais sejam:] ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios. (Grifo nosso).

Vale ressaltar que, na alínea *d* do mesmo artigo, o protocolo considera como *criança* qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

O novo tipo penal é, portanto, mais rigoroso do que o protocolo adicional, ao exigir a prova do vício de consentimento também com relação à criança, inserindo essa especial condição da vítima apenas como uma causa de aumento de pena. Na redação do protocolo, como se viu, qualquer ação que tenha como vítima a criança, independentemente de ter ocorrido fraude, abuso, coação ou violência, já se configura como tráfico de pessoas.

3.2.7 O tráfico de pessoas privilegiado

O § 2º do art. 149-A, do Código Penal, prevê a figura do *tráfico de pessoas privilegiado*, ao estabelecer que “a pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa”. Já foi dito anteriormente sobre a dificuldade de se colherem provas nos casos de tráfico de pessoas. Considera-se primário o réu que não tenha, contra si, nenhuma outra condenação criminal transitada em julgado. Na prática, no entanto, o que se tem visto é que muitos réus, por vezes, têm uma extensa ficha criminal, mas nenhum dos crimes transitado em julgado. A primariedade é, portanto, a regra, o que indica que a pena será obrigatoriamente reduzida na maior parte dos casos.

Além da sentença criminal passada em julgado, é necessário provar, também, que o indivíduo *integra uma organização criminosa*. A Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, define como criminosa

[a] associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (art. 1º, § 1º).

Em suma, sendo o agente primário e não havendo prova de que o agente efetivamente integre uma organização criminosa, deverá incidir a causa de diminuição, prevista no § 2º do art. 149-A.

A jurisprudência tem considerado, nos crimes de tráfico de drogas, em que se estabeleceu disposição semelhante (art. 33, § 4º, da Lei n. 13.343/2006), que a aplicação, pelo juiz, de redução da pena em percentual inferior a 2/3 deve ser *concretamente fundamentada*. Caso contrário, a aplicação de redução nesse percentual é obrigatória¹⁵. Com essa redução obrigatória, a pena para o tráfico de pessoas, se for aplicada, por exemplo, no mínimo de quatro anos, com a redução obrigatória de 2/3, resultará em uma pena final de um ano e quatro meses de reclusão. Bem abaixo, portanto, do mínimo legal.

Essa constatação demonstra, aliás, o paradoxo do sistema punitivo brasileiro como um todo, em que uma pessoa condenada pelo crime de tráfico de pessoas, por exemplo, poderá vir a ser punida menos gravemente do que outra que foi encontrada com uma nota falsa de dez reais, cuja pena mínima é de três anos de reclusão e não se prevê a forma privilegiada.

O Supremo Tribunal Federal também considera, nesse caso, ser incompatível a hediondez com o tráfico privilegiado¹⁶. Portanto,

15 STF (2. Turma). HC 129.360/MT. Rel.: Min. Teori Zavascki, 1º de setembro de 2005; STJ (6. Turma). HC 387.244/SP. Rel.: Min. Rogério Schietti Cruz, 7 de março de 2017.

16 “HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA.

seguindo a orientação do STF relativa ao crime de tráfico de drogas também para o tráfico de pessoas, quando o crime for cometido por réu primário e não pertencente à organização criminosa, não se aplicará a ele o art. 83, V, do Código Penal, na nova redação que lhe deu a Lei n. 13.344/2016, que estabeleceu regra mais rigorosa para o livramento condicional.

4 Conclusões

As conclusões decorrentes da análise feitas podem ser assim sintetizadas:

1. A Lei n. 13.344/2016 estabeleceu medidas louváveis no tocante à proteção e assistência às vítimas de tráfico de pessoas; no entanto, não previu os meios necessários para a sua execução como, por exemplo, a criação de um Fundo específico para essa finalidade, como ocorre na lei do tráfico de drogas;

2. As sucessivas alterações no tipo penal relativo ao tráfico de pessoas, no prazo de pouco mais de dez anos, trouxeram como consequência a insegurança na aplicação da lei, refletindo na instabilidade da sua interpretação pelos tribunais;

3. A caracterização do crime de tráfico, tanto na redação original do Código Penal como nas anteriores à Lei n. 13.344/2016, não dependia do meio utilizado, da habitualidade e nem do fim de lucro, que eram considerados apenas como causa para o aumento da pena;

1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no *caput* e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos.

2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.

3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90.

4. Ordem concedida.” [STF (Pleno). HC 118.533/MS. Rel.: Min. Cármen Lúcia, 23 de junho de 2016].

4. Sob a égide da legislação anterior à Lei n. 13.344/2016, haviam sido construídas sólida jurisprudência e doutrina de que o consentimento da vítima seria irrelevante para a tipificação do crime de tráfico de pessoas;

5. Com a nova classificação do crime de tráfico de pessoas no capítulo dos “crimes contra a liberdade individual”, o consentimento da vítima isenta o agente do crime e apenas é considerado viciado se obtido por meio de grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso;

6. Na nova configuração penal, a colheita e produção da prova da ocorrência do crime de tráfico de pessoas, que já era complicada na vigência da lei anterior, tornou-se ainda mais delicada, uma vez que a configuração do crime depende agora, essencialmente, de prova de que o consentimento da vítima foi viciado, o que não se exigia na vigência da lei anterior;

7. O tipo penal exige agora, para a sua configuração, a prova conjugada dos *atos*, dos *meios* e da *finalidade*, requisitos que devem estar presentes no momento da ação, e não do resultado, uma vez que a efetiva prestação dos serviços pela vítima é mero exaurimento do crime;

8. Embora o tipo penal seja identificado como “tráfico de pessoas”, o *tráfico* em si mesmo, ou seja, a retirada da pessoa do território nacional acabou por se transformar, de delito principal, tal como previsto na redação anterior, para *causa especial de aumento de pena* (art. 149-A, § 1º, IV, do CP);

9. O *ingresso da pessoa traficada* no território nacional não recebe o mesmo tratamento legal – não é arrolado como causa de aumento de pena;

10. Considera-se possível a prática do crime contra pessoas que detêm especial vulnerabilidade, ainda assim se exigindo a *prova* de que tenha havido grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso; todavia, diante da *vulnerabilidade*, *seria esperado que esse vício fosse presumido*, invertendo o ônus da prova para o autor do crime;

11. O novo tipo penal é mais rigoroso do que o protocolo adicional, ao exigir a prova do vício de consentimento também com

relação à criança e ao adolescente, inserindo essa especial condição da vítima apenas como uma causa de aumento de pena; e

12. O § 2º do art. 149-A do Código Penal prevê a figura do *tráfico de pessoas privilegiado*, ao estabelecer que “a pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa”.

Referências

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 6. Rio de Janeiro: Forense, 1953.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. VIII, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

JESUS, Damásio. *Tráfico internacional de mulheres e crianças – Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

NORONHA, Magalhães. *Direito penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1991.

O princípio da coculpabilidade no tipo penal do tráfico de drogas

Flávia Silva Soares

Estagiária da Defensoria Pública do Estado da Bahia. Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão. Membro do Laboratório de Ciências Criminais 2018 de Salvador-BA, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Resumo: O presente artigo é destinado a tratar sobre a tese da coculpabilidade e a sua possível aplicação às sentenças condenatórias pelo tipo penal do tráfico de drogas. Busca-se evidenciar o contexto vulnerável em que sobrevivem determinados agentes do tráfico, perpassando pelo processo de criminalização, pela política proibicionista e pela omissão estatal na garantia de direitos fundamentais a certos segmentos sociais. Pretende-se analisar o estado das penitenciárias brasileiras e os resultados decorrentes da política antidrogas, além de alguns julgados pertinentes dos tribunais brasileiros, a fim de aferir se há a aplicação do princípio da coculpabilidade nos processos relacionados ao referido tipo penal.

Palavras-chave: Coculpabilidade. Tráfico de drogas. Política proibicionista. Guerra às drogas. Corresponsabilidade estatal. Omissão estatal.

Abstract: The present paper intends to discuss the co-guilt theory and its applicability on guilty verdicts in drug-trafficking crimes. It seeks to demonstrate the vulnerable context in which some people related to the traffic environment live, in extreme poverty situations, passing through the criminalization process, the prohibitionist drugs policy and the failure of the State in acting to guarantee human rights. The paper aims to analyze the conditions of Brazilian criminal institutions, the results of the drug policy and the position of Brazilian Courts of Justice, with the objective to observe the applicability of the co-guilt theory on drug-trafficking cases.

Keywords: Co-guilt. Drug-trafficking crime. Prohibitionist drugs policy. War on drugs. State's co-responsibility. State's failure to act.

Sumário: 1 Introdução. 2 O princípio da coculpabilidade. 2.1 A culpabilidade no Direito Penal. 2.2 Notas elementares sobre a dosimetria da pena. 3 O tipo penal do tráfico de drogas. 4 A vulnerabilidade e o tipo penal do tráfico de drogas. 4.1 A política de drogas proibicionista. 4.2 A superlotação carcerária no Brasil. 4.3 Alguns julgados pertinentes. 5 Conclusão.

1 Introdução

Pretende-se, neste artigo, analisar a possibilidade jurídica e social da aplicação do princípio da coculpabilidade no tipo penal do tráfico de drogas, examinando alguns julgados dos tribunais brasileiros. Ademais, também serão estudadas a política antidrogas brasileira e a falta de garantia dos direitos básicos aos cidadãos, em virtude da omissão estatal, principalmente no que tange ao estado das penitenciárias. O objetivo, portanto, será evidenciar a vulnerabilidade que circunda os delitos relacionados às drogas ilícitas, especialmente os de tráfico. Diante disso, formula-se o seguinte problema de pesquisa: é cabível a aplicação do princípio da coculpabilidade no crime de tráfico de drogas?

A teoria da coculpabilidade surge para apontar a responsabilidade que a sociedade e o Estado possuem quando um cidadão marginalizado, desprovido de oportunidades sociais e de direitos fundamentais, pratica um determinado delito em decorrência desse *status* de marginalidade.

Na realidade brasileira, o problema do tráfico de drogas tem tomado proporções gigantescas, tornando-se o tipo penal que mais encarcera no País. Ainda mais gritantes são as mortes ocasionadas por essa chamada “guerra às drogas”, que, em verdade, é uma guerra que mata pessoas: pessoas de determinada classe, de determinada raça, e, ainda, um enorme contingente de policiais. Assim, se faz necessário compreender os fatores que envolvem a aplicação da pena e os princípios que podem torná-la mais compatível com a realidade social e suas mazelas.

A controvérsia que envolve o tema posto consiste no fato de que há um posicionamento forte pela não aplicação do princípio da coculpabilidade, pautado na questão de que a sua aplicação violaria o princípio da igualdade, já que nem todos aqueles que são vítimas

da desigualdade social praticam crimes. De outro lado, encontram-se o respaldo constitucional implícito do referido princípio, por força do princípio basilar da dignidade da pessoa humana, e o argumento de que a análise dos aspectos políticos, econômicos e sociais que circundam a vida do infrator são essenciais para a aplicação da pena.

A relevância social do tema aqui proposto perpassa pela necessidade de um estudo crítico acerca da omissão do Estado em garantir direitos básicos fundamentais aos cidadãos e da sua política ineficiente e genocida chamada de “guerra às drogas”, que provoca um assustador número de mortes no País. Juridicamente, a relevância do tema se dá pelo alto índice de encarceramento ocasionado pelo crime de tráfico de drogas e pela discussão sobre a aplicação de um Direito sensível às mazelas sociais, com base em princípios que garantam a dignidade da pessoa humana, como o princípio da coculpabilidade.

O método de fundamentação utilizado para o desdobramento do artigo será o hipotético-dedutivo, o qual consiste em submeter a hipótese apresentada a um processo de falseamento, a fim de a confirmar. Esse processo ocorrerá com base em críticas doutrinárias, decisões judiciais e análise dos fatos sociais pertinentes ao tema.

Além disso, os tipos de pesquisa utilizados na construção do referido artigo se concentrarão, especialmente, na pesquisa bibliográfica, através do estudo de livros, artigos e periódicos científicos, e na pesquisa documental, isto é, aquela que consiste na análise do conteúdo da legislação e das decisões jurisprudenciais. Logo, configura-se em uma pesquisa qualitativa, na qual, através das fontes citadas, busca-se interpretar o fenômeno temático descrito. No entanto, também será ensejada uma pesquisa quantitativa, a fim de demonstrar o número de pessoas encarceradas pelo crime de tráfico de drogas no Brasil e o déficit de vagas existente nas penitenciárias públicas brasileiras, as quais submetem os presos a situações degradantes por conta da superlotação. Esses dados serão retirados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de 2016.

Por fim, cabe estabelecer, também, quais serão os recursos utilizados para a consecução da pesquisa referida, ou seja, quais as fontes de estudo que serão consultadas. Trabalhar-se-á, assim, com

a jurisprudência, a doutrina, os artigos de internet, os periódicos das revistas científicas, as monografias e as teses de mestrado e doutorado encontradas que se relacionem ao tema, bem como com os gráficos e as estatísticas pertinentes à comprovação da falência do sistema penitenciário brasileiro e do alto índice de encarceramento decorrido do tipo penal de tráfico de drogas.

2 O princípio da coculpabilidade

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2004, p. 580) explicam que a teoria da coculpabilidade possui suas bases históricas na Revolução Francesa, mais precisamente no pensamento do médico francês Jean Paul Marat. Jean afirmava que, enquanto um pequeno número de famílias acumulava riquezas, uma grande parte da população vivia na indigência, sem ter acesso a um quinhão. Por isso, o médico elaborou o seguinte questionamento: essa enorme massa do povo, que não obtinha da sociedade nada além de desvantagens, estaria obrigada a respeitar as leis? A sua resposta era que não, uma vez que, sendo abandonadas pela sociedade e pelo Estado, essas pessoas retornariam ao seu estado de natureza, fazendo uso da força para recuperarem os direitos que lhe foram retirados. Marat ainda defendia que, configurada essa situação de grave desigualdade, “toda autoridade que se lhes oponha será tirânica, e o juiz que os condene à morte não será mais que um simples assassino”. O seu principal fundamento consistia na ideia de que nada supérfluo poderá pertencer, legitimamente, a alguém, enquanto ao outro faltar aquilo que lhe é necessário (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 257).

Assim, a coculpabilidade consiste na perspectiva de que cada indivíduo age num determinado contexto e com um livre-arbítrio também determinado, sendo estes diferentes para cada um. Essa diferença ocorre pelo fato de que nenhuma sociedade consegue prover as mesmas oportunidades para todos, mesmo que seja extremamente organizada. Dessa maneira, as causas sociais afetam os sujeitos de maneiras diferentes: a uns, mais do que a outros. Não é possível, dessa forma, que os sujeitos mais atingidos pelas desigualdades sociais ainda sejam sobrecarregados no momento de reprovação da culpabilidade,

quando do cometimento de um delito. Por isso falar em “cocolpabilidade”, que consiste na parcela de culpa com a qual a sociedade deve arcar em conjunto ao agente do delito. A cocolpabilidade deveria fazer parte do ordenamento jurídico de todo Estado Social de Direito, já que leva em conta a discrepância entre os direitos econômicos e sociais dos cidadãos (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 580).

Ainda nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos (2017, p. 336) afirma que, se as condições sociais precárias não subsistem como exceção, mas sim como regra para a grande maioria marginalizada presente nas sociedades capitalistas, o crime passa a constituir uma resposta normal desses indivíduos que se encontram em situações socioeconômicas anormais. Quando os sujeitos experienciam, diariamente, relações sociais desumanas, nada mais compreensível do que uma reação violenta, visto que esta se torna a única forma possível de sobrevivência. Nessas situações, os critérios utilizados pelo Direito para valorar o ilícito devem ser modificados, levando em consideração o estado de vulnerabilidade dos sujeitos.

A tese da cocolpabilidade é uma maneira de democratizar o Direito Penal, ao minimizar as injustas criminalizações daqueles que já são, todos os dias, penalizados pelas condições de vida social indignas e degradantes. A cocolpabilidade é uma forma de responsabilizar a sociedade organizada pelas mazelas estruturais vivenciadas por aquela parcela esquecida da população, desprovida de toda e qualquer atenção do Poder Público (SANTOS, 2017, p. 337).

Concluindo, se a motivação anormal da vontade em condições sociais adversas, insuportáveis e insuperáveis pelos meios convencionais pode configurar situação de conflito de deveres jurídicos, então o conceito de inexigibilidade de comportamento diverso encontra, no flagelo real das condições sociais adversas que caracteriza a vida do povo das favelas e bairros pobres das áreas urbanas, a base de uma nova hipótese de exculpação supralegal, igualmente definível como escolha do mal menor – até porque, em situações sem alternativa, não existe espaço para a culpabilidade. (SANTOS, 2017, p. 337).

Por sua vez, importa salientar que a tese da cocolpabilidade não defende que o estado de miserabilidade e pobreza de grande parte da

população é a maior e mais importante causa da prática de infrações penais; apenas defende que a vulnerabilidade deve, sim, ser considerada, por exercer forte influência sobre as motivações dos indivíduos. Não considerar a vulnerabilidade no momento de análise da pena é desconectar o Direito Penal da realidade (MOTA, 2013, p. 94).

2.1 A culpabilidade no Direito Penal

Atualmente, no âmbito do Direito Penal, atribui-se à culpabilidade um triplo sentido. Um primeiro aspecto trabalhado é a culpabilidade como fundamento da pena, isto é, se é possível a aplicação de uma pena ao agente de um fato tido como típico e proibido pela lei; para isso, serão observados determinados requisitos, como, por exemplo, a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa – a ausência de qualquer um deles será suficiente para não haver sanção penal. Além disso, a culpabilidade também funciona como limite da pena, impedindo que esta seja imposta além da medida. Por fim, o princípio da culpabilidade determina que ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível ou sem ter atuado, ao menos, com dolo ou culpa (BITENCOURT, 2016, p. 438-439).

Ainda segundo Bitencourt (2016, p. 453),

a essência da culpabilidade reside nesse “poder em lugar de...”, isto é, no “poder agir de outro modo” do agente referentemente à representação de sua vontade antijurídica.

Portanto, o fundamento da reprovação pessoal que se volta contra o autor do delito encontra-se nessa liberdade de ação, isto é, na possibilidade de agir de forma diferente. Em síntese, a culpabilidade consiste na reprovabilidade da formação da vontade. Dessa forma, não basta, para que se imponha uma sanção, que o agente tenha cometido um ato típico e ilícito; a sua conduta deverá ser, também, reprovável.

No mesmo sentido, vale abordar a concepção de Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 572), ao afirmarem que

este conceito de culpabilidade é um conceito de caráter normativo, que se funda em que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez, e que, nas circunstâncias, lhe era exigível que o fizesse.

Os elementos legalmente estabelecidos para serem observados no momento de análise da culpabilidade são a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento da ilicitude do fato e a exigibilidade de obediência ao Direito (BITENCOURT, 2016, p. 457). Para fins do presente artigo, caberá o exame deste último elemento, a fim de discutir sobre a possibilidade da inserção do princípio da coculpabilidade como uma hipótese supralegal de inexigibilidade de conduta diversa.

O fundamento da exigibilidade de obediência ao Direito é a normalidade da situação de fato, isto é, circunstâncias normais obrigam o respeito às normas, ao passo que circunstâncias anormais podem constituir hipóteses que excluem ou reduzem o juízo de exigibilidade de comportamento conforme o Direito. Dessa forma, deve-se analisar se, ao sujeito, poderia ser exigida a conduta de respeitar o ordenamento, dadas as condicionantes concretas em que se encontrava (MOTA, 2013, p. 141).

Existem situações extraordinárias que diminuem drasticamente a motivação para atuar conforme a norma, de tal forma que não é exigida uma conduta adequada ao Direito, ainda que se trate de sujeito imputável e que realize dita conduta com conhecimento da antijuridicidade que lhe é própria. Nessas circunstâncias, ocorre o que se chama de *inexigibilidade de outra conduta*, que afasta o terceiro elemento da culpabilidade, eliminando-a, conseqüentemente. (BITENCOURT, 2016, p. 460, grifo do autor).

O art. 22 do Código Penal Brasileiro prevê, expressamente, duas hipóteses segundo as quais não se pode esperar que o sujeito aja de acordo com o Direito, ou seja, é inexigível conduta diversa daquela praticada: “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”. Entretanto, apesar de o ordenamento jurídico brasileiro tratar, apenas, sobre as referidas situações, existem outras, na doutrina, consideradas “supralegais”, visto que o legislador não teria como antever todas elas. O que significa que as situações não previstas expressamente em lei devem ser consideradas: o formalismo exacerbado é uma maneira de distanciar o Direito Penal das situações concretas e complexas, falhando ao

compromisso de concretizar, em qualquer circunstância possível, o princípio da dignidade da pessoa humana (MOTA, 2013, p. 154).

Alguns doutrinadores, então, defendem que a tese da coculpabilidade se enquadraria nessas situações supralegais de inexigibilidade de conduta diversa. Assim, sustenta-se que é possível, ao indivíduo, em face de um contexto concreto de vulnerabilidade social, a depender do caso, não lhe ser exigida a obediência ao Direito, em virtude do seu estado de miserabilidade. Todavia, vale ressaltar que o delito cometido deverá estar correlacionado à conjuntura marginalizada (MOTA, 2013, p. 160).

2.2 Notas elementares sobre a dosimetria da pena

A dosimetria da pena é o momento em que se estabelecerá, para aquele caso concreto, o *quantum* de pena que deverá ser atribuído ao agente daquele delito. O sistema brasileiro de dosimetria da pena é considerado trifásico, por força do art. 68 do Código Penal: “A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”.

Inicialmente, observa-se a pena cominada para o crime em questão, definida pelo Código Penal. Em seguida, analisam-se as circunstâncias judiciais, previstas no art. 59¹ do referido diploma legislativo, as quais poderão ser favoráveis ou desfavoráveis ao agente, culminando, assim, na determinação da pena-base – resultado da primeira fase de dosimetria. Os moduladores do art. 59 fixam critérios de orientação para o juiz, de modo que a lei não

1 Código Penal: “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível”.

os mensura concretamente. Funcionam como limitadores da discricionariedade do magistrado, a fim de indicar o procedimento adequado para a individualização da pena (BITENCOURT, 2016, p. 775). O Projeto de Lei n. 3.473, de 17 de agosto de 2010, que visa reformar a Parte Geral do Código Penal brasileiro, propõe a inserção da coculpabilidade entre as circunstâncias judiciais previstas para a fixação da pena-base (COELHO; FILHO, 2016, p. 1034).

Posteriormente, na segunda fase de dosimetria, examinam-se as circunstâncias legais, isto é, as atenuantes e agravantes que compuseram a prática da infração penal, a fim de estabelecer a pena provisória. Elas estão expressamente previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66 do Código Penal pátrio. O legislador não previu, entretanto, a quantidade certa de aumento ou de diminuição, deixando ao prudente arbítrio do juiz (BITENCOURT, 2016, p. 782). Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 580) defendem que a tese da coculpabilidade estaria prevista, implicitamente, por força da disposição genérica do art. 66: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Por fim, a terceira e última fase de dosimetria da pena consiste na observação das causas de aumento e diminuição elencadas pelo Código Penal, chamadas de majorantes e minorantes. O legislador, nesse caso, determinou, precisamente, a quantidade de variação que a pena deverá sofrer, afinal, o resultado, aqui, será a pena definitiva (BITENCOURT, 2016, p. 784).

3 O tipo penal do tráfico de drogas

O tráfico de drogas está tipificado no art. 33² da Lei n. 11.343/2006, sendo este composto de dezoito verbos nucleares que

2 Lei n. 11.343/2006: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”.

denotam atos passíveis de punição. Diante da diversidade dos verbos, a doutrina classifica o tráfico como crime de ação múltipla, ignorando, todavia, a sua grave afronta ao princípio da legalidade, que consagra a objetividade e a clareza do tipo penal, prejudicadas pela abertura demasiada do texto do referido artigo (VALOIS, 2017, p. 422).

A generalização que compõe o tipo penal de tráfico corresponde ao uso do Direito Penal como medida de polícia, e não como instrumento de garantia contra o poder punitivo do Estado (VALOIS, 2017, p. 421). Ainda nesse sentido, Luís Carlos Valois (2017, p. 424) critica o referido tipo penal ao afirmar que, quando o ordenamento jurídico admite a criação de uma norma com racionalidade duvidosa, acaba se enfraquecendo como um todo. Em síntese, o art. 33 da Lei de Entorpecentes não possui fundamento lógico, o que afeta, de maneira geral, todo o sistema jurídico.

Salo de Carvalho (2007, p. 200-201) aponta, ainda, outro problema na incriminação indistinta dos diversos verbos nucleares do art. 33: haveria desproporcionalidade em relação ao art. 28 da mesma lei, que prevê o dolo específico “para consumo pessoal”, mas conta com alguns verbos idênticos ao tipo injusto de tráfico (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo drogas). Assim, a única maneira de enquadrar determinadas condutas no art. 28, cujas penalidades são brandas (advertência, prestação de serviços à comunidade e medidas educativas), seria provando o dolo específico de consumo pessoal.

Não sendo possível essa comprovação, essas condutas idênticas seriam tipificadas como tráfico de drogas, já que o dolo do art. 33 é, diferentemente do art. 28, genérico. Este cenário acaba por suscitar, na jurisprudência brasileira, uma certa tendência à inversão do ônus da prova, quando o réu precisa provar seu dolo específico (consumo pessoal) para não ser punido como traficante (CARVALHO, 2007, p. 201).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XLIII, equipara o injusto de tráfico de entorpecentes e drogas afins aos crimes hediondos amparados pela Lei n. 8.072/1990, sendo estes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia. Contudo, nem todos os dezoito verbos nucleares descritos no art. 33 da Lei de Drogas podem ser considerados como tráfico ilícito de entorpecentes.

Dessa forma, Salo de Carvalho (2007, p. 226) defende que apenas os verbos que denotam atos essencialmente de comércio podem ser classificados como tráfico de drogas (importar, exportar e vender) e, portanto, como crime hediondo. Todas as outras condutas tipificadas, por sua vez, em virtude de serem incompatíveis semanticamente com atos mercantes, não possuem natureza de tráfico, muito menos de crime hediondo.

Cabe ressaltar, acerca desta questão, a contundente crítica de Luís Carlos Valois (2017, p. 446-447) à criação da Lei dos Crimes Hediondos, editada sem os devidos rigores técnicos e com caráter estritamente político. Por fim, Valois afirma que, por conta da equiparação, o réu do crime de tráfico acaba sendo culpabilizado, no processo penal, por todas as mazelas sociais existentes, o que faz com que o Direito Penal retorne ao direito do autor e da vingança pública, em detrimento ao direito do fato.

4 A vulnerabilidade e o tipo penal do tráfico de drogas

Inicialmente, para se falar em vulnerabilidade no crime de tráfico, faz-se necessário evidenciar que a seletividade é marca constante nos sistemas criminais. Ela opera de tal modo que a perseguição penal beneficia aqueles que detêm influência sobre o poder, desfavorecendo os que não possuem a mesma prerrogativa. Além disso, a seletividade é o motivo pelo qual a agência judicial recai, explicitamente, de forma desigual sobre pessoas de classes socioeconômicas distintas. Por isso, uma vez ocorrendo a seletividade no processo de criminalização, é possível delinear diferentes níveis de vulnerabilidade, a depender de diversos fatores sociais e individuais, visto que os sujeitos não são colocados em patamar de igualdade no sistema punitivo brasileiro (LEMONS, 2010, p. 17).

A fim de demonstrar a perpetuação da vulnerabilidade que se faz presente no contexto do tráfico, aborda-se a obra de Vera Malaguti Batista, publicada em 1998, que, infelizmente, mostra-se profundamente atual. A referida autora defende que a estruturação do estereótipo do bandido se firma na figura de um jovem negro,

morador de favela e traficante de drogas. Esse bandido não merece respeito e nem possui direitos; poderá, assim, ser linchado, espancado, exterminado e torturado. Não é e não pode, de maneira alguma, ser considerado um cidadão, sob pena de se fomentarem o caos e a desordem. A raiz da constituição dessa ideologia é o medo, administrado, diariamente, pelos meios midiáticos (BATISTA, 1998, p. 28).

Neste ponto, vale tratar sobre a construção doutrinária do direito penal do inimigo, formulada por Günther Jakobs. O direito penal do inimigo determina que o infrator que demonstrar possibilidade de reiteração delitiva, isto é, que possuir, como sinal característico, a habitualidade e a profissionalização no cometimento de crimes, perderá sua personalidade política (cidadania), não podendo usufruir dos direitos a ela inerentes (CARVALHO, 2007, p. 79).

Quando se amplia o conceito de inimigo para além dos grupos terroristas, estabelece-se uma expansão punitiva em face de garantias penais constitucionais. Neste cenário, o conceito de organização criminosa propiciará a aplicação do direito penal do inimigo para práticas delitivas variáveis, como, por exemplo, o comércio de drogas ilícitas. Ao se destituir os sujeitos definidos como inimigos da condição de pessoa, abdica-se da própria noção de Estado Democrático de Direito (CARVALHO, 2007, p. 81-82).

Através da análise de diversos casos do Juizado de Menores do Rio de Janeiro relacionados ao tráfico e consumo de drogas, entre 1968 e 1988, Vera Malaguti Batista concluiu que o discurso de recuperação, ressocialização e reeducação, proposto pelo sistema penal contra o jovem taxado como traficante, consiste, em verdade, numa armadilha. O seu objetivo original é conter socialmente aqueles previamente selecionados para tanto (BATISTA, 1998, p. 120).

A demonização do tráfico fortalece os sistemas de controle social e fomenta o seu caráter genocida. A partir do momento em que se estabelece o jovem negro, pobre e traficante como inimigo interno, legitima-se, por exemplo, a violência policial, sendo a vítima um suposto traficante (BATISTA, 1998, p. 122-123).

O mercado de drogas ilícitas propiciou altos investimentos no sistema penal e, principalmente, argumentos para a construção de uma política de drogas massacrante e cotidianamente violadora de direitos fundamentais, cujo destinatário é o jovem negro e pobre, pertencente às massas vulneráveis (BATISTA, 1998, p. 123).

4.1 A política de drogas proibicionista

A criminalização do comércio e do uso de drogas é relativamente recente. As substâncias entorpecentes que, nos dias atuais, são definidas como ilícitas já eram conhecidas e consumidas há séculos, mas passaram a ser proibidas a partir do século XX, com as primeiras previsões legais de crimes e penas (RODRIGUES, 2006, p. 26).

Nas primeiras décadas do século XX, foram assinados tratados internacionais acerca da questão da droga, impulsionados pela política proibicionista estadunidense, que visava se expandir em nível internacional. A princípio, restringiu-se o uso do ópio para fins medicinais; gradativamente, entretanto, essa restrição se ampliou para outras drogas populares, como a cocaína e os diversos tipos de *cannabis sativa* (RODRIGUES, 2006, p. 37-38).

A Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 instituiu um amplo sistema internacional de controle e repressão às drogas ilícitas, obrigando os Estados-Partes à incorporação das medidas ali previstas em seus ordenamentos internos. Tal convenção marca o início da militarização da segurança pública, legitimando a repressão por parte dos operadores policiais de controle das drogas, sendo os Estados Unidos uma referência neste sentido. Passa-se, dessa forma, a buscar a total erradicação do consumo e da produção de determinadas substâncias, sem levar em consideração a diversidade cultural dos povos (RODRIGUES, 2006, p. 40).

Segundo Maria Lucia Karam (2013, p. 2), a política de drogas proibicionista chegou ao seu ápice na década de 1970, nos Estados Unidos, quando o presidente Nixon declarou a famosa “guerra às drogas”. A nomenclatura *guerra* denota o caráter bélico e punitivo que compõe a criminalização das drogas em todos os seus aspectos (consumo pessoal, produção e comercialização).

A “guerra às drogas” nunca se propôs a ser, efetivamente, uma guerra contra as substâncias definidas como ilícitas. Não é e nunca foi uma guerra contra coisas, mas, sim, contra determinadas pessoas; é uma guerra contra os produtores, os consumidores e os comerciantes previamente selecionados como inimigos do Estado, isto é, os indivíduos pobres, não brancos, marginalizados e desprovidos de qualquer tipo de poder (KARAM, 2013, p. 3). É importante salientar, ainda, que guerra e direitos humanos são incompatíveis, portanto há uma clara violação dos Estados aos direitos fundamentais quando propagam essa danosa política bélica (KARAM, 2013, p. 4).

Passados 100 anos da proibição, com seus mais de 40 anos de guerra, os resultados são mortes, prisões superlotadas, doenças se espalhando, milhares de vidas destruídas e nenhuma redução na disponibilidade das substâncias proibidas. Ao contrário, nesses anos todos, as arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas foram se tornando mais baratas, mais potentes, mais diversificadas e muito mais acessíveis do que eram antes de serem proibidas e de seus produtores, comerciantes e consumidores serem combatidos como “inimigos” nessa nociva e sanguinária guerra. (KARAM, 2013, p. 8).

Além disso, de acordo com o Atlas da Violência divulgado em 2019, o Brasil possui uma taxa de aproximadamente 31,6 homicídios por 100 mil habitantes (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2019, p. 5). Uma grande parte desses homicídios está relacionada ao combate proposto pelo Poder Público ao mercado ilegal das drogas. No Rio de Janeiro, uma das cidades brasileiras que mais padecem com a guerra aqui referida, um em cada cinco homicídios, em média, está ligado às operações policiais de combate ao tráfico nas favelas (KARAM, 2013, p. 11). Mais uma vez, denota-se a vulnerabilidade que acomete determinados agentes do crime de tráfico, especialmente os estigmatizados para tanto.

Fernando Salla, Maria Gorete Marques de Jesus e Thiago Thadeu Rocha (2012, p. 11) afirmam que as sensações de insegurança e de medo vivenciadas pela sociedade legitimam a política proibicionista. Ademais, constata-se que “a repressão e punição aos

acusados por tráfico de drogas se limita em grande parte ao circuito varejista e de áreas territoriais mais pobres das cidades”. A rotina de trabalho dos policiais não é investigar as grandes corporações de tráfico de drogas, mas sim os comerciantes que vendem a droga nas comunidades periféricas das cidades. Uma decorrência clara desse modelo punitivo é o alto índice de jovens com passagem pela polícia e que, por isso, precisam aprender a carregar o estigma do cárcere.

Assim, reputa-se clara a ineficácia dessa política proibicionista, precisando ser repensada imediatamente, a fim de buscar alternativas cujo impacto não seja genocida. A grande questão que paira nas discussões sociológicas, políticas e de saúde sobre o tema é se a política de drogas deveria ser criminal. Nesse sentido, Daniel Nicory do Prado (2013, p. 53) sustenta que o porte de drogas para consumo pessoal é uma escolha que deriva da autonomia privada dos sujeitos³, não interferindo na saúde pública, mas que o Estado pode desencorajá-la de outras formas que não o excesso de punitivismo atual, como fez e ainda faz com o tabaco.

Todavia, como a política de drogas ainda é uma questão criminal, torna-se necessário que o aplicador do Direito saiba usufruir dos institutos disponíveis ao seu alcance para promover transformações significativas no quadro normativo resultante não somente da política proibicionista, mas que também encontra, nela, uma impossibilidade para essa aplicação, por força do tabu que circunda o tema das drogas ilícitas (PRADO, 2013, p. 129).

4.2 A superlotação carcerária no Brasil

De acordo com o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, em junho de 2016 a população carcerária brasileira chegou ao alarmante número de 726.700 presos, o que representa

3 Sobre o tema, está em curso no Supremo Tribunal Federal o julgamento do Recurso Extraordinário n. 635.659, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada.

um aumento de 707% em relação ao registrado no início da década de 1990. A taxa de ocupação das penitenciárias é de 197,4%, possuindo um déficit de 358.663 vagas em todo o País, contando os presos homens e as presas mulheres (BRASIL, 2017, p. 7-9). O tráfico de drogas, por sua vez, é o tipo penal que mais encarcera no País, responsável pela prisão de 26% dos homens e de 62% das mulheres (BRASIL, 2017, p. 46).

As condições de encarceramento dos países da América Latina violam os dispositivos de diversos documentos internacionais que versam sobre direitos humanos, principalmente se forem levados em conta os padrões estabelecidos pela carta internacional *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos*, assinada em 1955. Princípios básicos encontrados neste documento são ignorados nas prisões latino-americanas, como, por exemplo, a separação dos presos em categorias, a manutenção da prisão em boas condições de funcionamento e um tratamento que não viole a dignidade do preso (SALLA *et al.*, 2008, p. 8).

Na maior parte dessas prisões, os presos comuns estão submetidos à privação de alimentos e de serviços de saúde, além de haver baixíssima disponibilização de oportunidades de trabalho e de atividades educativas que promovam a reinserção social. As mulheres e as pessoas com transtornos mentais são ainda mais afetadas pela deficiência dos serviços penitenciários públicos, pelo estado deplorável das prisões e pelo não atendimento de suas necessidades específicas (SALLA *et al.*, 2008, p. 8).

Além disso, cabe salientar o considerável déficit existente no que tange ao corpo profissional atuante nas penitenciárias, ocasionado pelo mal treinamento e pelas más qualificação e remuneração. A manutenção da ordem e da disciplina resta seriamente comprometida nos estabelecimentos prisionais latino-americanos, nos quais se percebe um alto índice de corrupção e violência por parte dos agentes penitenciários. Um exemplo notório dessa conjuntura são as frequentes e violentas rebeliões, que têm evidenciado a falência da estabilidade das prisões e propiciado um ambiente de alta insegurança (SALLA *et al.*, 2008, p. 9).

A situação das penitenciárias brasileiras é tão degradante que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 2015, através do Informativo n. 798, a configuração do *estado de coisas inconstitucional* no que tange ao sistema carcerário nacional, dado o seguinte contexto: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades.

O plenário do Supremo ainda anotou, no mesmo informativo, que o sistema prisional brasileiro seria marcado pela

violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas (BRASIL, 2015).

Diante de tais constatações, torna-se claro que o Brasil tem falhado, sistematicamente, na garantia dos direitos fundamentais dos seus presos, que se encontram sob tutela específica do Estado. Assim, é preciso ter a sensibilidade necessária no momento de sentenciar um indivíduo, uma vez que o ambiente prisional brasileiro consiste num local de extrema vulnerabilidade e numa nítida violação à dignidade da pessoa humana, sancionada pela omissão estatal e legitimada pelo sentimento punitivista da sociedade.

4.3 Alguns julgados pertinentes

Embora criado para ser um instrumento que minimizasse as violações a direitos individuais decorrentes da omissão estatal, a tese da coculpabilidade não é acatada pela jurisprudência brasileira, sob o principal argumento de que o seu reconhecimento ensejaria um risco à sociedade, já que incentivaria a prática de crimes (COELHO; FILHO, 2016, p. 15). Além disso, os magistrados entendem que o reconhecimento da coculpabilidade seria uma afronta à parcela da sociedade que, mesmo vítima da omissão estatal, opta por caminhos que não a criminalidade.

No entanto, vale ressaltar que a função do aplicador do Direito é analisar o contexto específico de cada caso concreto, o que torna curioso o fato de que, em quase quinhentos julgados analisados, nenhum magistrado reconheceu a omissão estatal como fomento ao crime para a aplicação da coculpabilidade (COELHO; FILHO, 2016, p. 17).

De forma exemplificativa, aborda-se o Recurso de Apelação Criminal n. 0007312-24.2009.8.26.0483, do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo objeto é o tráfico de entorpecentes, no qual a tese defensiva esteve consubstanciada no princípio da coculpabilidade como uma circunstância judicial favorável na análise do art. 59, do Código Penal. O relator Willian Campos decidiu como incabível o reconhecimento do princípio, sob o argumento de que, ao reconhecer, estaria justificando infrações intoleráveis e reprimidas pela sociedade.

Torna-se essencial destacar, todavia, que, no Processo n. 0001048-86.2015.8.19.0026, o desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Gilmar Augusto Teixeira, admite a aplicação da teoria da coculpabilidade, como atenuante genérica, no crime de tráfico de entorpecentes, sob o argumento de que a apelante é primária e possuidora de bons antecedentes. Ainda que importantíssima a decisão do desembargador, cabe ressaltar que a tese não foi aplicada segundo a construção de Zaffaroni e Pierangeli, que nada previa sobre a necessidade de o infrator ser primário e possuidor de bons antecedentes (COELHO; FILHO, 2016, p. 20-21). A teoria da coculpabilidade, em suas bases, está relacionada ao estado de vulnerabilidade decorrido da omissão estatal, e não do histórico criminal do agente.

5 Conclusão

Ante o exposto, fica claro que a teoria da coculpabilidade pode ser um importante instrumento de transformação do quadro de vulnerabilidade de determinados indivíduos, fomentado pela omissão estatal, antes do cometimento do delito (omissão genérica na garantia de direitos básicos) e após o seu cometimento (superlotação carcerária e direitos fundamentais suprimidos nas penitenciárias).

O tipo penal de tráfico de drogas é o tipo penal que mais encarcera no País e é a expressão mais nítida da política proibicionista e da “guerra às drogas”, que enseja números alarmantes de homicídios, aumentando ainda mais o grau de vulnerabilidade daqueles previamente definidos como inimigos, por questões racistas e classistas já explicadas.

Considerando o estado deplorável das penitenciárias brasileiras e suas taxas exorbitantes de ocupação, conjuntamente à inefetividade e ao caráter anti-humanitário da política de “guerra às drogas”, fica nítido que há uma conjuntura precária e perversa na grande maioria dos delitos relacionados aos entorpecentes ilícitos.

Diante dessas constatações, torna-se compreensível todo o contexto vulnerável que envolve a prática do tráfico de drogas, desde a origem da sua execução até o seu processo de criminalização. É por esse cenário caótico que a tese da coculpabilidade deve ser aplicada pelos julgadores, por reconhecer a vulnerabilidade como um aspecto importante da culpabilidade, isto é, da reprovabilidade da conduta do agente.

Entende-se, dessa maneira, que a coculpabilidade deveria funcionar como uma tentativa de minimizar a penalização dos já especificados agentes do tráfico, que foram vítimas, em algum momento, da omissão do Poder Público e (ou) da fatídica política repressiva e punitiva chamada de “antidrogas”, evitando mais uma penalização no ambiente miserável das prisões brasileiras.

Referências

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia Freitas Bastos, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações*

Penitenciárias. Atualização – junho de 2016. Brasília: DEPEN, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-le vantamento.pdf>. Acesso em: 18 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 798, 7 a 11 de setembro de 2015*. Brasília: Secretaria de Documentação; Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>. Acesso em: 18 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 635.659*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 30 de maio de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 4 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Oitava Câmara Criminal. *Apelação Criminal n. 0001048-86.2015.8.19.0026*. Relator: Des. Gilmar Augusto Teixeira, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00040265E220102F3EE1C4A35CD52C266E7FC5044F444458&USER=. Acesso em: 4 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Terceira Vara Judicial. *Apelação Criminal n. 0007312-24.2009.8.26.0483*. Relator: Willian Campos, 19 de junho de 2012. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22260004/apelacao-apl-73122420098260483-sp-0007312-2420098260483-tjsp/inteiro-teor-110619206?ref=juris-tabs>. Acesso em: 18 maio 2018.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COELHO, Ícaro Gomes; FILHO, Sidney Soares. A aplicação da teoria da coculpabilidade como atenuante genérica do art. 66 do Código Penal à luz da jurisprudência dos tribunais de justiça brasileiros.

Revista Eletrônica do Curso de Direito, Santa Maria, v. 11, n. 3, p. 1029-1056, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revisadireito/article/view/22549>. Acesso em: 5 maio 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (org.). *Atlas da violência 2019*. Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo: IPEA, Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em: www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf. Acesso em: 4 fev. 2020.

KARAM, Maria Lucia. Proibição às drogas e violação aos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 7, n. 25, p. 169-189, jan./abr. 2003. Disponível em: https://app.uff.br/slab/uploads/Proibicaoasdrogas_violacao_direitosfundamentais-Piaui-LuciaKaram.pdf. Acesso em: 4 fev. 2020.

LEMONS, Clécio José Morandi de Assis. Culpabilidade por vulnerabilidade. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 210, p. 16-17, maio 2010. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim210.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

MOTA, Indaiá Lima. *A co-culpabilidade como hipótese supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa*. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/11326>. Acesso em: 5 maio 2018.

PRADO, Daniel Nicory do. *Crítica ao controle penal das drogas ilícitas*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) –

Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <http://comunidadesegura.org.br/files/controlpenalsobredrogasilicitas.pdf>. Acesso em: 16 maio 2018.

SALLA, Fernando *et al.* Democracy, human rights and prison conditions in South America. *Núcleo de Estudo da Violência (NEV/USP)*, São Paulo, p. 1-10, nov. 2008. Disponível em: www.nevusp.org/downloads/down227.pdf. Acesso em: 18 maio 2018.

SALLA, Fernando; JESUS, Maria Gorete Marques de; ROCHA, Thiago Thadeu. Relato de uma pesquisa sobre a Lei 11.343/2006. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, 2012, ano 20 (edição especial), n. 239-A, p. 10-11, out. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim239A.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Como o conhecimento da realidade social a ser transformada pode revestir o ciclo pré-decisório das políticas públicas de um propósito concreto e efetivo

Lorraine Saldanha Freitas Xavier de Souza

Advogada. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura.

Resumo: O artigo tem por objetivo discorrer acerca do processo de escolha dos problemas que irão compor a denominada agenda decisional, elegendo como parâmetro os mecanismos de indicação de problemas sugeridos por John W. Kingdon, com a ponderação de que estes mecanismos devem se ligar ao conhecimento da realidade social a ser transformada.

Palavras-chave: Ciclo das políticas públicas. Agenda decisional. Mecanismos de identificação de problemas.

Abstract: This paper intents, regarding the process of choosing problems for public policies, to connect the basic problem-indication mechanisms suggested by John W. Kingdon with its knowledge of social reality to be transformed. Thus, effective and lucid public policies will emerge.

Keywords: Public policies cycle. Agenda-setting. Problem-indication mechanisms.

Sumário: 1 Introdução. 2 Sobre a teoria do ciclo das políticas públicas. 3 Escolha dos problemas inseridos na agenda decisional. 3.1 Revestindo o ciclo pré-decisório de um propósito concreto e efetivo. 4 Conclusão.

1 Introdução

A análise e a compreensão dos assuntos e problemas inseridos, respectivamente, nas agendas governamental e decisional assumem uma importância no estudo das políticas públicas na medida em que podem ser fatores condicionantes de sua efetividade, considerando que o seu sucesso, qualquer que seja a política pública, está relacionado com a qualidade do processo político que precede a sua realização e implementação (BUCCI, 2002).

É nessa esteira de pensamento que Schmidt e Menegazzi (2010, p. 3124) pontuam a importância de se constatar, de início, o objeto de ação das políticas públicas, ponderando os seus aspectos sociais, econômicos, éticos, históricos e geográficos, que aprovicionam os formuladores das políticas de informações imprescindíveis no processo de desenvolvimento adequado das políticas públicas.

O presente artigo visa, de forma singular, conferir inteligibilidade aos problemas levantados na agenda decisional, a fim de revestir o ciclo pré-decisório de um propósito concreto, a partir do qual se permite mirar a formação de um arcabouço normativo e sistêmico capaz de amparar as demandas futuras em investimentos, bem como a constituição de bases estruturais voltadas a transformar positivamente a vida dos beneficiários das políticas públicas.

O texto se divide em três partes: na primeira procuramos desenvolver, ao lado do conceito de políticas públicas, a abordagem da tipologia denominada de ciclo pré-decisório. A segunda parte é dedicada a apontar explicações sobre a incorporação dos problemas na agenda decisional, a partir das perspectivas pluralistas ou elitistas, bem como dos mecanismos básicos de identificação de problemas criados pelo teórico John W. Kingdon, já que se revelam como métodos eficientes para apurar como um assunto se torna relevante a ponto de vir a ser um problema sobre o qual serão formuladas políticas públicas futuras.

Por fim, refletimos sobre a necessidade de se pensar a incorporação dos problemas na agenda decisional levando-se em conta a realidade social a ser transformada, conferindo lucidez à atuação dos Poderes Públicos.

2 Sobre a teoria do ciclo das políticas públicas

Concebem-se as políticas públicas como programas de ação governamental que visam a ordenar os recursos à disposição do Estado para a realização de objetivos socialmente relevantes (BUCCI, 2002), materializando, desta forma, os ideais de um Estado social preocupado em superar o antagonismo entre igualdade política e a desigualdade social. Trata-se, em verdade, de um conjunto de ações concretas dos Poderes Públicos destinadas à produção de bens e serviços capazes de beneficiar positivamente a vida dos cidadãos.

Considerando a diversidade de tipologias e modelos de formulação de políticas públicas existentes, capazes de apreender como e por que os Poderes Públicos atuam para adjudicar os direitos fundamentais e os objetivos socialmente relevantes ao constituinte originário, encontramos na teoria do ciclo da política pública, formulada por John W. Kingdon, o formato de políticas públicas como um ciclo deliberativo, composto por diversos estágios e formado por processo dinâmico de aprendizagem.

Acerca dessa tipologia, Souza (2017) pontua que o ciclo das políticas públicas é constituído dos seguintes estágios: definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação, afirmando que esse ciclo enfatiza a definição de agenda e questiona como alguns assuntos são tratados com maior prioridade do que outros.

Ainda a esse respeito, Schmidt (2008) assinala que a fase de definição da agenda política – denominada de estágio pré-decisório – se desdobra em três espécies de agendas, a saber, agenda sistêmica – em que se consignam assuntos sobre os quais os governos não se interessam a despeito de vultoso interesse social existente –, agenda governamental – cuja definição vai ao encontro das ponderações feitas por Kingdon (1995, p. 197-198), para quem “é definida como o conjunto de assuntos sobre os quais o governo e pessoas ligadas a ele concentram sua atenção em determinado momento” – e, finalmente, agenda de decisão, ou agenda decisional, objeto de estudo deste artigo. É nesta última que as questões ou assuntos indicados anteriormente na agenda governamental se materializam em problemas, pois de alguma

forma chamaram a atenção dos atores do processo decisório por meio dos mecanismos básicos de identificação, como se verá adiante.

É, portanto, nessa fase que as questões ou assuntos se consubstanciam em problemas, sobre os quais incidirão alternativas para sua resolução através da formulação da política pública.

3 Escolha dos problemas inseridos na agenda decisional

Diante da existência das diversas abordagens teóricas que se prestam a determinar os processos de escolha dos problemas a serem inseridos na agenda decisional, o presente estudo é conduzido pela abordagem do teórico John Kingdon, como se concluirá nas linhas posteriores.

Muito embora esta temática seja nosso modelo adotado, entendemos a relevância das outras concepções atinentes à indicação de problemas para a composição da agenda decisional, conforme passaremos a pontuar.

Na visão de Fernández (2006), os temas inseridos na agenda decisional são implementados de forma natural, considerando a repercussão de determinados assuntos debatidos no entorno da sociedade. Trata-se, em verdade, de uma construção social proveniente da forte opinião pública acerca de temas que importam à sociedade e que chamaram a atenção dos Poderes Públicos. Não se trata, na visão do autor, de um tema em moda, mas sim de assuntos que foram alçados à qualidade de crise.

As explicações acerca da incorporação de determinado item na agenda decisional encontram também guarida nas perspectivas pluralista ou elitista. A esse respeito, Pinto (2008, p. 29) destaca que, no ponto de vista pluralista,

os itens da agenda provêm de fora do governo e de uma série de grupos de interesse, sendo que as questões podem alcançar a agenda através da mobilização de grupos relevantes.

Neste aspecto, os veículos como conferências, conselhos, audiências públicas promovidas – sobretudo pelo órgão do Ministério Público –, ouvidorias e consultas públicas são os condutores ideais para atin-

gir os governantes, proporcionando um vasto conhecimento sobre as reais necessidades e reivindicações da sociedade civil.

Sob a perspectiva elitista, a incorporação dos problemas inseridos na agenda decisional privilegia, ainda segundo a autora,

o entendimento de que há um tipo de estabelecimento fechado dentro da determinação da agenda pelo governo, que opera através da difusão de ideias nos círculos profissionais e entre as elites que decidem ou influenciam a política pública (PINTO, 2008, p. 29).

Os beneficiados dessas políticas, dada a falta de envolvimento da população ou de seus órgãos representativos no que concerne à determinação dos problemas, são as classes corporativistas ou poderosos grupos financiadores das campanhas eleitorais.

Por fim, a incorporação de determinado item na agenda decisional também encontra seu embasamento nos mecanismos básicos de indicação de problemas sugeridos por Kingdon (1995), sendo eles: os indicadores, que apontam a magnitude de uma situação, como a propagação de doenças na sociedade; os eventos-foco, como desastres ou crises pontuais; e os *feedbacks*, mecanismos capazes de alertar o governo acerca de falhas ou resultados insuficientes de um programa já existente, materializando-se, por exemplo, pelas reclamações colhidas mediante canais de ouvidoria do governo e avaliação dos custos de um programa já implementado.

Sendo assim, temas a serem inseridos nessa agenda para posteriormente ser instrumentalizados em forma de políticas públicas (planos, programas, projetos) advêm de pautas que adquiriram *status* de grande importância no âmbito dos grupos representativos de interesses da sociedade e desses mecanismos básicos de indicação de problemas, que funcionam, pois, como alertas para a necessidade de ação governamental, indicando que o Poder Público deve agir para mudar a situação-problema que se ilustra, inserindo-a em local prioritário na agenda decisional.

Certos da existência dessa diversidade de mecanismos capazes de identificar e definir problemas a serem inseridos na agenda decisional, o questionamento que se impõe é se os governantes detêm a lucidez

e o conhecimento da realidade social a ser transformada quando escolhem sobre qual problema serão formuladas as políticas públicas.

3.1 Revestindo o ciclo pré-decisório de um propósito concreto e efetivo

O conhecimento da realidade social a ser transformada, segundo Bucci (2002), em muito se relaciona com a efetividade da política pública, pois o seu resultado está relacionado com a clareza das prioridades dadas pelos seus formuladores.

Muito embora, especificamente, os indicadores, eventos-foco e *feedbacks* funcionem como linha mestra de atuação dos formuladores de políticas públicas, o conhecimento da realidade social adjacente ao problema também é fator decisivo para a qualidade do processo político que antecede a formulação das políticas públicas. A correta interpretação dos problemas inseridos na agenda decisional determina os resultados concretos da política pública, compreendida como um programa governamental voltado a aprimorar a vida dos cidadãos. A esse respeito, os problemas a serem solucionados devem perpassar pela apreensão dos motivos que sustentam essas políticas, bem como pelo conhecimento da realidade social a ser transformada, remetendo-nos à premissa weberiana segundo a qual a atividade humana só nos é inteligível a partir do momento em que compreendemos seu significado pela via da interpretação da ação social (WEBER, 1979, p. 26).

É por essa razão que os responsáveis pela escolha dos problemas para os quais surgirão alternativas de solução devem dar voz às ideias e opiniões derivadas dos diversos setores sociais pertinentes à política pública a ser formulada – como os representantes de organizações em prol da mulher, da comunidade indígena, da população negra, da saúde, da defesa das crianças e dos adolescentes, entre outros setores organizados que se beneficiarão pela produção de uma política. Dessa maneira, obtém-se uma visão global e lúcida acerca dos problemas colocados na pauta da agenda decisional, conformando os mecanismos de identificação de problemas com a realidade fática vocalizada pela população. Nascerão, assim,

políticas públicas heterogêneas e pluralistas voltadas a transformar, efetivamente, a realidade social do País.

Com essas considerações enfatizadas, o ciclo pré-decisório das políticas públicas passa, pois, a ser revestido de um propósito concreto, a partir do qual se permite mirar a formação de um arcabouço normativo e sistêmico capaz de amparar as demandas futuras em investimentos, bem como a constituição de bases estruturais capazes de transformar positivamente a vida dos beneficiários das políticas públicas.

Dessa forma, a concretização do fim precípua a que se destinam as políticas públicas, ou seja, a busca pela igualdade social, que se alcançará por meio de programas de ação dedicados a resguardar a melhoria da qualidade de vida dos hipossuficientes em todas as suas concepções, seria desdobramento de uma política pública interessada em apreender, desde o processo político, o seu real significado na sociedade. Contribui-se, assim, para o desenvolvimento dos valores democráticos de nosso Estado.

4 Conclusão

Vimos que o modelo teórico denominado de ciclo da política pública auxilia na compreensão do processo de formação de agendas políticas, que funcionam como um estágio pré-decisório quanto à escolha dos problemas sobre os quais serão refletidas alternativas para formulação de políticas públicas.

As questões que, em um primeiro momento, habitam a chamada agenda governamental transformam-se em problemas (agenda decisional) em razão da escolha dos Poderes Públicos. E este processo de escolha é guiado por meio dos mecanismos básicos de identificação dos problemas.

O que se pondera no presente estudo é justamente que, nesse processo de escolha dos problemas sobre os quais serão formuladas políticas públicas futuras, haja o direito de todos os grupos – interessados por alguma razão na formulação destas políticas públicas – serem ouvidos. Conjugam-se, assim, aqueles mecanismos de identificação dos problemas, propostos por Kingdon, com a com-

preensão da importância do objeto sobre o qual serão formuladas políticas públicas, tornando-se inteligível aos formuladores a definição de objetivos específicos das políticas públicas, possibilitando a organização dos recursos materiais e humanos para a sua implementação, bem como a determinação dos métodos de trabalho aplicáveis ao seu cumprimento efetivo.

Ao se assegurar o direito de todos participarem e influenciarem na tomada de decisões dos governantes, buscamos nos aproximar do imaginário democrático vislumbrado pelos grandes pensadores do Direito, entre eles Bobbio, para quem a sociedade democrática é aquela que atribui “a um elevado número de cidadãos o direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas” (2009, p. 33).

Referências

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo. *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2017. p. 87-122.

FERNÁNDEZ, Antoni. Las políticas públicas. In: BADIA, Miquel Caminal. *Manual de ciência política*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2006. p. 495-517.

KINGDON, John Wells. *Agendas, alternatives and public policies*. 2nd ed. New York: Harper Collins College Publishers, 1995.

PINTO, Isabela Cardoso de Matos. Mudanças nas políticas públicas: a perspectiva do ciclo de política. *Revista Políticas Públicas*, São Luiz, v. 12, n. 1, p. 27-36, jan./jun. 2008.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. *In*: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. t. 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 2307-2333.

SCHMIDT, João Pedro; MENEGAZZI, Piero Rosa. Bases teóricas para o desenvolvimento de políticas públicas sobre a informação ambiental. *In*: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (org.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. t. 10. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. *In*: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo. *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2017. p. 65-86.

WEBER, Max. *Sociologia*. São Paulo: Ática, 1979.

A instauração de inquérito policial de ofício pelo Poder Judiciário e o sistema acusatório

Ana Paula Faria Mendonça

Servidora do Ministério Público da União. Bacharela em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Resumo: O presente artigo tem o objetivo de analisar se a instauração de inquérito policial de ofício pelo Judiciário tem respaldo no modelo acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988. Para isso, foi realizada uma revisão sobre as principais características dos modelos de processo penal existentes e o modelo adotado no Brasil. Posteriormente, foi realizada uma análise sobre o inquérito policial no Brasil e, mais especificamente, sobre o procedimento de instauração. Foram examinados dois casos recentes de instauração de inquérito pelo Supremo Tribunal Federal. Por fim, conclui-se que a instauração de inquérito de ofício é uma afronta ao modelo acusatório e consequentemente à Constituição Federal de 1988, por não respeitar a separação das funções de acusar, defender e julgar, e ofender a imparcialidade do juiz.

Palavras-chave: Constituição Federal. Modelo acusatório. Inquérito policial. Competência para instauração de inquérito policial.

Abstract: This paper aims to analyze whether the institution of police investigations office of the Judiciary has support of the accusatory model adopted by the 1988 Federal Constitution. For this purpose, was carried out a review of the main characteristics of the criminal process models existents and the model adopted in Brazil. Subsequently, an analysis was carried out on the police investigation in Brazil and, more specifically, on the initiation procedure. Two recent cases of investigation establishment by the Supreme Court were examined. Finally, it is concluded that the establishment of an *ex officio* inquiry is an affront to the accusatory model and consequently the Federal Constitution of 1988, for not respect-

ing the separation of the functions of accusing, defending and judging, and offending the judge's impartiality.

Keywords: Federal Constitution. Criminal procedure. Adversarial system. Inquisitorial system. Policial inquiry.

Sumário: 1 Introdução. 2 Sistemas processuais penais. 2.1 Sistema inquisitório. 2.2 Sistema acusatório. 2.3 Sistema misto. 3 O inquérito policial no Brasil. 3.1 Formas de instauração de inquérito policial. 3.2 Inquérito n. 4.696/STF. 3.3 Inquérito n. 4.781/STF. 4 A (in)compatibilidade da instauração de inquérito policial de ofício pelo Poder Judiciário no sistema acusatório. 5 Conclusão.

1 Introdução

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, iniciou-se no Brasil um período democrático em que se estabeleceu um extenso rol de direitos e garantias. Na área do processo penal, a Constituição fortaleceu o Ministério Público, conferindo a este, entre outras, a atribuição exclusiva de iniciar a ação penal pública, realizando, assim, a separação das funções de acusar, defender e julgar. Entre as garantias e os direitos instituídos ao acusado pela Carta Magna, podem-se destacar o princípio da presunção da inocência, a vedação a juízos ou tribunais de exceção, o devido processo legal e o direito à não autoincriminação.

Para boa parte da doutrina, com a promulgação da Constituição em 1988, o Brasil adotou o sistema acusatório. Entretanto, apesar das reformas que ocorreram ao logo do tempo, o Código de Processo Penal (CPP) manteve dispositivos de caráter nitidamente inquisitórios.

Entre os dispositivos inquisitórios do CPP, existem aqueles que permitem a atuação ativa do juiz na fase investigatória, inclusive a instaurando de ofício. Assim, surge a discussão se esses dispositivos foram recepcionados ou não pela nova ordem constitucional, e, mais especificamente, se o juiz pode instaurar inquérito policial sem que haja prejuízo da imparcialidade.

Neste contexto, o presente artigo tem o objetivo de analisar se a participação ativa do juiz na fase investigatória, instaurando o

inquérito policial de ofício, é uma afronta ao sistema acusatório e se está em consonância com a Constituição Federal.

Para tanto, inicialmente abordam-se os sistemas processuais penais existentes, pontuando suas diferenças e quais deles é o adotado no Brasil.

Posteriormente, analisa-se como ocorre a investigação por meio do inquérito policial e quais são os papéis da polícia, do Ministério Público e do juiz nessa fase.

Serão analisados, ainda, dois inquéritos que foram instaurados de ofício pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Esses dois casos geraram grande discussão na doutrina, na sociedade e entre os operadores do Direito sobre a validade ou não desses inquéritos, inclusive com o ajuizamento de uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), alegando a incompatibilidade constitucional da medida.

O interesse nesses dois casos é grande, pois o Supremo Tribunal Federal tem, entre outras, a atribuição de guarda da Constituição, sendo o responsável pelo controle de leis anteriores, leis infraconstitucionais e atos administrativos em face da Lei Maior. Assim, a instauração de dois inquéritos pelo STF pode significar uma interpretação de que o sistema adotado pelo Constituinte foi outro que não o acusatório ou de que haja dispositivo na Constituição Federal que permita tal procedimento. Para isso, analisam-se os argumentos dos ministros, do Ministério Público Federal e demais atores do processo, além da doutrina e da jurisprudência anterior do próprio tribunal.

Por fim, após uma apreciação crítica e ponderada das informações obtidas durante o artigo, será formulada uma conclusão que mais se aproxime do modelo constitucional adotado pelo Brasil.

2 Sistemas processuais penais

Tradicionalmente, dividem-se os sistemas processuais penais em inquisitório, acusatório e misto, tendo cada um deles características próprias. Entretanto, é difícil que um Estado adote exclusivamente apenas um desses sistemas processuais penais, sendo certo

que, na prática, há características de vários sistemas coexistindo. Sendo assim, para que se possa enquadrar determinado Estado em um sistema processual penal, deve ser levada em conta a sua essência, ou seja, as suas características principais e prevaletentes.

2.1 Sistema inquisitório

O sistema inquisitório, adotado no período canônico a partir do século XII (LIMA, 2017), corresponde a uma concepção absolutista de Estado (PRADO, 1999), isto porque tem como principal característica a concentração, no juiz inquisidor, das funções de acusar, defender e julgar, de forma similar ao que ocorria no Absolutismo, no qual os poderes de julgar, legislar e governar ficavam concentrados no rei (LIMA, 2017).

O investigado ou acusado, nesse sistema, ocupa uma posição de objeto, e não de parte; por isso, não é visto como um sujeito de direitos. Além disso, em decorrência da inexistência de dialética entre acusação e defesa, não há de se falar, nesse modelo, em contraditório (PACELLI, 2016). Assim, o réu participa do processo apenas para cumprir os deveres a ele impostos, como o de participar de reconstruções do fato delituoso em busca da verdade real (CALABRICH, 2007).

No que se refere à gestão probatória, o juiz inquisidor tem um amplo poder instrutório, podendo realizar a produção de provas de ofício, em qualquer fase do processo, com o objetivo de buscar a verdade, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa (FERRAJOLI, 2010).

Apesar de o sistema inquisitório ser incompatível com os direitos e as garantias individuais e, assim, não estar conforme a Constituição Federal de 1988 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (LIMA, 2017), podem ser encontrados ainda hoje diversos dispositivos com características inquisitoriais no Código de Processo Penal. É digno de nota que o CPP ainda hoje vigente no Brasil, de 1941, é inspirado no Código Processual Penal italiano de 1930, do regime fascista (PACELLI, 2016).

2.2 Sistema acusatório

Em oposição ao sistema inquisitivo, o sistema acusatório tem como característica essencial a separação, em figuras distintas, dos responsáveis pela acusação, pela defesa e pelo julgamento. Assim, exige-se do juiz uma postura imparcial – equidistante das partes – e atribuem-se direitos e garantias às partes (LIMA, 2017).

Sob a ótica do sujeito submetido ao processo, uma importante característica é que ele passa a ser parte do processo e, por isso, um sujeito de direitos, a quem se deve assegurar, entre outros, o direito à ampla defesa, ao silêncio e o de não produzir prova contra si (BADARÓ, 2018).

A respeito da gestão probatória, no sistema acusatório o juiz ocupa uma posição passiva em sua produção, competindo a ele a função de garantidor de direitos. Admite-se apenas, de maneira excepcional e subsidiária, exclusivamente na fase judicial, sua atuação ativa na produção de prova (LIMA, 2017), que deve ser limitada a buscar esclarecimentos sobre provas que já foram trazidas pelas partes (PACELLI, 2016).

Nesse sistema, o processo só se inicia por iniciativa do órgão responsável pela acusação, com a apresentação da peça acusatória (PACELLI, 2016), momento em que o juiz, em regra, tem o primeiro contato com o litígio. Assim, não há jurisdição sem acusação e nem sem defesa (FERRAJOLI *apud* CALABRICH, 2007, p. 39).

Há, portanto, uma análise sobre a viabilidade das suspeitas sobre o acusado em dois momentos, antes de haver processo propriamente dito e por dois órgãos diferentes. No primeiro momento, o Ministério Público avalia a existência de indícios suficientes sobre a autoria e a materialidade do crime e se a produção desses elementos probatórios seguiu as regras legais. Após esse momento, se o órgão acusador entender que há elementos suficientes e apresentar a denúncia, haverá a análise do órgão julgador imparcial sobre esses elementos trazidos na peça inicial acusatória (RAYOL, 2018). Dessa forma, torna-se mais difícil a instauração de processos penais temerários.

Conforme ensinamento de Luigi Ferrajoli (2010, p. 519-520),

[...] pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. [...] É pacífico que o processo penal da Antiguidade, tal como se configura na Grécia e na Roma republicana, tem uma estrutura essencialmente acusatória por causa do caráter predominantemente privado da acusação e da conseqüente natureza arbitral tanto do juiz como do júízo. [...] É precisamente desta natureza privada ou polar – e, seja como for, voluntária – da ação penal que derivam, no processo romano ordinário, as características clássicas do sistema acusatório: a discricionariedade da ação, o ônus acusatório da prova, a natureza do processo como controvérsia baseada na igualdade das partes, a atribuição a estas de toda atividade probatória e até mesmo da disponibilidade das provas, as conexas publicidade e oralidade do debate, o papel de árbitro ou espectador reservado ao juiz, tanto mais quanto maior for sua origem popular.

Atualmente no Brasil, uma corrente doutrinária¹ entende que a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema acusatório. Essa compreensão é extraída da análise do art. 129 da CF/1988, que atribui ao Ministério Público a competência privativa para propor a ação penal – ou seja, o órgão ministerial é o titular da ação penal, não podendo o Poder Judiciário iniciar uma ação penal sem a provocação do *Parquet*.

Para que o Ministério Público desempenhe essa função, o Constituinte lhe conferiu poderes instrutórios, como o poder de requisitar diligências investigatórias e de instaurar inquérito policial (SANTOS, 2018), conforme dispõe o inciso VII do art. 129 da Carta Magna. O STF, no julgamento do Recurso Extraordinário

1 Entre os autores que defendem a adoção do sistema acusatório no Brasil, estão Eugênio Pacelli, Renato Brasileiro de Lima, Gustavo Badaró, Geraldo Prado e Bruno Calabrich.

n. 593.727 (BRASIL, 2015), também reconheceu ao Ministério Público o poder de realizar diretamente investigações criminais².

Uma crítica ao sistema acusatório é a de que ele retira do juiz a posição ativa na produção de provas, fazendo com que ele julgue a questão apenas com base nas provas trazidas pelas partes. Entretanto, ao se retirar a possibilidade de o juiz atuar na gestão probatória, aumenta-se a responsabilidade das partes, que têm que trazer ao processo todas as provas possíveis, privilegiando a dialética do processo penal. Tendo em vista que o processo acusatório-democrático é um imperativo para o moderno processo penal em frente à atual estrutura social e política do País, limitar sua iniciativa em matéria probatória é uma forma de garantir a imparcialidade do juiz e o contraditório (LOPES JR., 2014).

2.3 Sistema misto

O sistema misto, também conhecido como sistema francês, surgiu com o *Code d'Instruction Criminelle* francês, de 1808, como uma tentativa de superar os inconvenientes do modelo inquisitório sem abrir mão da efetividade do modelo para a coleta de provas, pois mantém os amplos poderes investigatórios do órgão de investigação (CALABRICH, 2007).

O sistema misto tem como característica principal a existência de duas fases, uma de caráter inquisitorial e outra acusatória (LIMA, 2017). Na primeira fase, quando ocorre a investigação, a instrução

2 Tese sumulada no RE n. 593.727: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”.

é escrita, sigilosa e não há contraditório. Por sua vez, na segunda, que é iniciada com apresentação da peça acusatória, há a defesa do acusado e o julgamento pelo juiz competente. Nessa fase, em regra, prevalecem a publicidade e a oralidade dos atos (LIMA, 2017). Nesse modelo, a jurisdição se inicia com a *notitia criminis*, de maneira similar ao que ocorre no modelo inquisitivo (SANTOS, 2018).

Há de se ressaltar que a fase inquisitorial é exercida por órgão investigador que pertence ao Poder Judiciário, e esse mesmo órgão é responsável por apreciar a legalidade dos atos praticados. Dessa característica é possível perceber uma incompatibilidade de tal modelo com o Estado Democrático de Direito, uma vez que a função de garante do juízo fica comprometida (CALABRICH, 2007).

É preciso diferenciar a fase investigatória atualmente adotada no Brasil e a fase investigatória do sistema misto. Na primeira, têm-se um contraditório e uma ampla defesa mitigados; o advogado, em regra, tem acesso aos elementos já constituídos nos autos, e os elementos de convicção colhidos nessa fase não podem ser os únicos elementos para embasar a decisão do juiz, vedação explícita no art. 155 do Código de Processo Penal. Assim, é necessário que o elemento de convicção que foi colhido nas investigações passe pelo contraditório, que ocorre na fase judicial, para que, a partir desse momento, seja considerado como uma *prova* propriamente dita.

No sistema misto, por sua vez, os elementos de prova colhidos na fase de investigação são trazidos integralmente para dentro do processo. Além do mais, a fase investigatória é promovida por uma autoridade judiciária, que também cuida da função de conferir a legalidade aos atos praticados.

Nucci (2014) argumenta que o Brasil adotou o sistema misto, pois, apesar de a Constituição Federal ter dispositivos que regem o sistema acusatório, o Código de Processo Penal é ainda regido por princípios típicos do sistema inquisitivo. Destarte, a coexistência do sistema ideal trazido pela Constituição com o sistema realmente em vigor no Código de Processo Penal evidenciaria a adoção do sistema misto no Brasil.

Contudo, uma vez que é clara a opção do sistema acusatório pela Constituição Federal, não parece acertado afirmar que o sistema

processual penal brasileiro é misto apenas em razão da existência de alguns dispositivos³ de cunho inquisitorial no Código de Processo Penal, que é anterior à Carta Magna. Afinal, e como explanado por Schietti (2018), a manutenção de traços do modelo inquisitório no nosso sistema se dá não apenas em razão da vigência do Código de Processo Penal, de 1941, mas também pela cultura na qual foram formados muitos profissionais do Direito, que parecem interpretar a Constituição em conformidade com as leis, e não o contrário.

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de afirmar a adoção, pela ordem constitucional atual, do sistema acusatório, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 5.104/2014, que suspendeu a eficácia do art. 8º, da Resolução n. 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral, que condicionava a instauração de inquérito policial, para apurar crime eleitoral, a uma prévia autorização judicial. O relator, ministro Luís Roberto Barroso, argumentou em seu voto que a ordem constituinte fez uma opção inequívoca pelo sistema acusatório, e que ele é importante para a garantia da imparcialidade do juiz e para a paridade de armas no processo penal.

3 O inquérito policial no Brasil

Diante da notícia de um fato criminoso, a polícia ou o Ministério Público deve investigar para apurar a materialidade e a autoria, buscando elementos de convicção para embasar a decisão do Ministério Público – nos casos de ação penal pública – de iniciar ou não a ação penal, evitando, assim, o início de uma ação temerária e de acusações infundadas (CALABRICH, 2007).

Como o destinatário final da investigação criminal, em geral, é o Ministério Público, o STF firmou o entendimento, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727, com repercussão geral reconhecida, da legitimidade do órgão acusador em realizar as investigações diretamente.

3 São exemplos de dispositivos do CPP com cunho inquisitorial os arts. 5º, II; 28; 156; 385; 531; e 574, I e II.

A investigação promovida diretamente pelo Ministério Público ocorre por meio do Procedimento Investigatório Criminal, que foi regulamentado pela Resolução n. 181, do Conselho Nacional do Ministério Público.

Entretanto, a forma mais comum de investigação é a realizada pela autoridade policial por meio do inquérito policial. Trata-se de um procedimento administrativo, inquisitório e preparatório, presidido pela polícia, que visa a identificação de fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e à materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa decidir quanto ao seu poder-dever de promover a ação penal de forma responsável (LIMA, 2017).

A justa causa é imprescindível para a ação penal; entretanto, o meio para que o Ministério Público obtenha os elementos suficientes para embasar a denúncia não precisa ser necessariamente o inquérito policial. Portanto, tem-se que o inquérito policial é dispensável à ação penal (BADARÓ, 2018).

É certo que o inquérito policial não segue as regras de publicidade aplicáveis ao processo penal. Ainda assim, é importante destacar o conteúdo da Súmula Vinculante n. 14, que determina ser direito do defensor o acesso amplo aos elementos de prova que tiverem sido documentados no procedimento investigatório.

O caráter inquisitorial das investigações preliminares é essencial para a eficácia do procedimento, pois, se o investigado tiver a acesso a todas as informações que a polícia tem sobre o possível delito e quais são as diligências a serem realizadas para a elucidação do crime, é possível que ele crie óbices à colheita daqueles que o incriminem (LIMA, 2017).

Não se está afirmando que o investigado é despido de direitos nessa fase. O investigado tem direito a ser acompanhado por um advogado, a ficar em silêncio, a não produzir prova contra si, e o seu advogado tem direito a ter acesso aos elementos já documentados no inquérito (LIMA, 2017).

Assim, conclui-se que as investigações preliminares têm caráter inquisitorial e, tendo em vista se tratar de um procedimento

administrativo que não resulta de imediato em aplicação de sanção, não se pode exigir a observância do contraditório e da ampla defesa, pelo menos não como se tem no processo judicial (LIMA, 2017).

Os elementos colhidos nessa fase servem apenas para a convicção do órgão acusador, não podendo ingressar no processo como prova para convencimento do juiz, exceto quando se tratar de prova antecipada (GRINOVER, 2005). Por esse motivo, os elementos de convicção colhidos nesta fase devem ser submetidos ao contraditório, durante a fase judicial, para que passem a ter valor probatório e possam ser usados para fundamentar a decisão do juiz.

Sobre o pedido de dilação de prazo para a conclusão das diligências pendentes, há discussão na doutrina e jurisprudência sobre o destinatário do requerimento policial de dilação do prazo – se é o Ministério Público ou o Judiciário. Isso ocorre porque o § 3º do art. 10 do CPP indica o juiz como um dos destinatários do requerimento de concessão de novo prazo para a conclusão da investigação. Entretanto, diversos autores defendem que esse dispositivo não está de acordo com o princípio acusatório adotado pela Constituição Federal, e, por esse motivo, os autos devem ser encaminhados ao Ministério Público, que é o destinatário das investigações nos casos de ação penal pública (LIMA, 2017).

Neste sentido, no âmbito da Justiça Federal, a Resolução n. 63/2009 determina a tramitação direta dos inquéritos policiais entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal, justificando tal medida ter em vista o princípio acusatório, a garantia do devido processo legal e a duração razoável do processo, além da economia processual.

Na visão de Bruno Calabrich (2007, p. 161-162, grifo no original) sobre o controle judicial durante a fase de investigação,

É pertinente reafirmar que não cabe ao Judiciário, na fase de investigação preliminar, determinar, de ofício, a realização de diligências investigatórias. Se entender que alguma medida não produzida era estritamente necessária, cabe ao juiz competente se pronunciar quando da apreciação da promoção de arquivamento ou da denúncia oferecida pelo MP. Tampouco cabe ao juiz de garantias deferir ou indeferir a prorrogação de prazo para conclusão de investigações. No caso de investigações instrumentalizadas em inquérito policial,

uma prorrogação de prazo determinada pelo Ministério Público em atendimento a solicitação da autoridade policial é sinônimo de que *requisição de diligências*, ordem esta que deve ser cumprida pela autoridade policial independentemente de “aval” do Judiciário. Se for o caso, é possível ao magistrado, fundamentadamente e com vistas às peculiaridades da situação concreta, conceder de ofício ordem de *habeas corpus*, até mesmo respaldado num excesso de prazo. Tal competência, ínsita a sua função de garantidor da legalidade da instrução preliminar, não se confunde com a (im)possibilidade – absoluta – de atuação do Judiciário como órgão de investigação.

Uma inovação prevista no Projeto de Código de Processo Penal em tramitação no Congresso Nacional é a criação da figura do juiz das garantias. Esse juiz atuaria exclusivamente na fase pré-processual, analisando a legalidade dos atos praticados e o cabimento das medidas cautelares requeridas⁴. Atualmente, o magistrado já faz essa análise; entretanto, em obediência à regra de prevenção do art. 83 do CPP, o juiz que atua na investigação é o mesmo que analisará o processo na fase judicial.

Esta mudança trazida no projeto do Novo Código de Processo Penal é salutar, pois manterá a proteção do investigado e aperfeiçoará o processo a fim de adequá-lo ao modelo acusatório, resguardando a imparcialidade do magistrado.

3.1 Formas de instauração de inquérito policial

A instauração do inquérito policial é a forma pela qual se inicia o procedimento investigativo. Conforme os arts. 5º, *caput*, e 10, ambos do Código de Processo Penal, a instauração pode se dar de ofício, pela polícia, mediante requisição do Ministério Público, da autoridade judiciária ou do ofendido, ou por meio do auto de prisão em flagrante.

A *notitia criminis* pode ser apresentada por qualquer pessoa que tiver conhecimento da existência de uma infração penal direta-

4 Informação colhida no *site* do Senado Federal. Disponível em: http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/quadros/qd_167.html. Acesso em: 1º jun. 2019.

mente à polícia ou ao Ministério Público, que se encarregarão de instaurar as investigações.

Em relação à possibilidade de essa notícia de crime ser realizada de forma anônima, o Supremo Tribunal Federal tem o entendimento, conforme o Informativo n. 629, de que não é possível instaurar inquérito policial ou procedimento investigatório baseado apenas em *notitia criminis* apócrifa, salvo quando o documento em questão tiver sido produzido pelo acusado ou constituir o próprio corpo de delito (PACELLI, 2016). Assim, quando os órgãos responsáveis pela investigação têm conhecimento de um fato criminoso por meio de uma notícia de crime anônima e há verossimilhança da informação, estes deverão promover diligências informais para apurar se houve o cometimento do delito reportado, antes de instaurarem o inquérito ou o procedimento de investigação (PACELLI, 2016).

A instauração de ofício pela polícia ocorre quando esta, em suas atividades rotineiras, tem conhecimento do fato delituoso e inicia uma investigação. Para isso, deverá publicar uma portaria, subscrita por um delegado de polícia, contendo o objeto da investigação, as circunstâncias já conhecidas e os fatos a serem investigados (LIMA, 2017).

Quando a instauração ocorre por requisição do órgão ministerial, não cabe nenhum juízo de discricionariedade da autoridade policial. Sendo assim, a polícia é obrigada a instaurar o inquérito e cumprir as diligências determinadas pelo Ministério Público, exceto quando manifestamente ilegais. Essa obediência se dá não em razão de hierarquia, e sim por força dos princípios da legalidade (a Constituição e a Lei Orgânica do Ministério Público preveem o poder requisitório do Ministério Público) e da obrigatoriedade, que impõem o dever de agir diante da notícia da ocorrência de um delito (LIMA, 2017).

No que tange à instauração de inquérito pelo Judiciário, é importante analisar dois casos recentes em que o Supremo Tribunal Federal instaurou de ofício inquérito e que tiveram grande repercussão nacional. O primeiro foi o Inquérito n. 4.696, com o escopo de investigar abusos no uso de algemas em determinado preso; o segundo foi o Inquérito n. 4.731, para investigar possíveis crimes contra a honra de membros do tribunal.

3.2 Inquérito n. 4.696/STF

O Inquérito n. 4.696/STF foi instaurado de ofício pelo relator do *Habeas Corpus* n. 152.720, ministro Gilmar Mendes, em 16 de abril de 2018 e, posteriormente, endossado pela 2ª Turma, para apurar o cometimento de abuso no uso de algemas e consequente inobservância à Súmula Vinculante n. 11. O fato ocorreu durante a transferência do preso Sérgio de Oliveira Cabral Santos Filho, no dia 18 de janeiro de 2018, quando ele foi algemado pelas mãos, pés e cintura sem que houvesse, a princípio, razão para essa medida.

O relator fundamentou a instauração do inquérito nos arts. 21-A e 70 do Regimento Interno do STF e, para a preservação das decisões da Corte, no art. 43, também do regimento, que estabelece a possibilidade de instauração de inquérito no âmbito do tribunal.

Em seu voto sobre a instauração do inquérito, o ministro Gilmar Mendes afirma:

[...] na sessão em que decidimos sobre a abertura deste inquérito, nós discutimos, com bastante intensidade, se há a necessidade de que esta Corte – ela mesma – abra os inquéritos para fazer as investigações e que passe a tomar deliberações nesses casos. Aqui, tínhamos percebido que se abriu um inquérito, em Curitiba, para investigar eventuais abusos. Mas nada se fez, simplesmente se abriu o inquérito. Um mero faz de conta. Inclusive a Doutora Raquel disse isso e se manifestou contra a abertura do inquérito.

Esta Corte precisa preservar as suas competências e a sua autoridade. A toda hora, temos procuradores, por exemplo, no *twitter*, atacando esta Corte, desqualificando os seus magistrados, criticando decisões do Supremo Tribunal Federal. Nenhuma providência se toma. Eles são partes interessadas. É preciso que nós respondamos, e o art. 43 dá a base para isto de maneira clara, evitando que em pouco tempo nós tenhamos tortura em praça pública, Ministro Fachin, porque caminha-se para isso.

Por fim, ao final das investigações, a 2ª Turma decidiu de forma unânime pelo encaminhamento do resultado à Procuradoria-Geral da República, ao ministro da Segurança Pública, ao presidente e ao corregedor do Conselho Nacional de Justiça, ao presidente e ao cor-

regedor do Conselho da Justiça Federal e ao presidente e ao corregedor do Conselho Nacional do Ministério Público.

Em 17 de abril de 2018, a então Procuradora-Geral da República, Raquel Elias Ferreira Dodge, manifestou-se pelo arquivamento do inquérito por diversos fundamentos: inexistir previsão legal para sua instauração de ofício; não haver previsão legal para autodesignação do relator; não haver competência originária do Supremo Tribunal Federal; e já haver um inquérito instaurado para apurar os mesmos fatos – o Inquérito Policial n. 0381/2018, instaurado em 20 de fevereiro de 2018, pelo procurador da República Alexandre Melz Narde.

3.3 Inquérito n. 4.781/STF

Em 14 de março de 2019, o presidente do Supremo Tribunal Federal Dias Tofolli instaurou um inquérito para investigar a “existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus calumniandi*, *diffamandi* e *injuriandi*” contra “o Tribunal”. Em seguida, o ministro-presidente designou o ministro Alexandre de Moraes para conduzir as apurações.

Na Portaria n. 69/2019, o ministro Dias Tofolli elenca como fundamento para a instauração o art. 43 do Regimento Interno do STF, que tem a seguinte redação:

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.

Em decisão datada de 13 de abril de 2019, o ministro Alexandre de Moraes, por entender ter ocorrido claro abuso do *site O Antagonista* e *Revista Crusoé*, determinou a retirada dos ambientes virtuais da matéria intitulada “O amigo do amigo de meu pai”. Para

o ministro, o abuso ficou claro, pois, após nota de esclarecimento da Procuradoria-Geral da República, que negou o conteúdo da reportagem que afirmava que Marcelo Odebrecht, em colaboração premiada, identificou o ministro Dias Tofolli como sendo o “amigo do amigo de meu pai”, o site *O Antagonista* reiterou o conteúdo da publicação, ficando, na opinião de Moraes, caracterizada a *fake news*.

Em 16 de abril de 2019, a então procuradora-geral da República Raquel Elias Ferreira Dodge promoveu o arquivamento do inquérito sob o fundamento de que: (a) a instauração do inquérito pelo Judiciário é uma violação ao sistema acusatório; (b) a designação do relator sem prévia distribuição aleatória é uma afronta ao princípio constitucional do juiz natural; (c) houve quebra da imparcialidade do juiz; (d) como nenhum dos investigados detinha foro por prerrogativa de função no âmbito do STF, a Corte não seria competente para processar e julgar a demanda; e (e) inobservância do devido processo legal, pois não houve a delimitação do objeto da investigação criminal.

Em 21 de março de 2019, o partido político Rede Sustentabilidade propôs uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 572, com pedido de liminar. Na petição inicial, resumidamente, o partido afirma que, no caso do Inquérito n. 4.781: (a) a investigação pelo STF de crime cometido fora de suas dependências é ilegal – por extrapolar o requisito do art. 43 do Regimento Interno do STF e da Resolução n. 564/2015 do STF – e é inconstitucional por violação do sistema acusatório; (b) não há, entre os investigados, pessoa sujeita à jurisdição do STF; (c) há violação ao preceito fundamental da separação dos Poderes e usurpação de competência do Ministério Público; (d) há necessidade de representação do ofendido para início das investigações, uma vez que os crimes investigados são contra a honra e, em observância ao disposto no art. 145, parágrafo único, do Código Penal, necessitam de representação do ofendido; (e) não há justa causa para a investigação, em razão da ausência de delimitação mínima do seu objeto; (f) há quebra da imparcialidade do julgador, com o direcionamento da investigação a um ministro específico; e (g) há desobediência à Súmula Vinculante n. 14 do STF, que garante ao defensor acesso aos elementos de prova já documentados no pro-

cedimento investigatório. Por fim, pede, liminarmente, que seja suspensa a eficácia da Portaria n. 69/2019, e, definitivamente, que a Portaria n. 69/2019 seja declarada inconstitucional.

A Advocacia-Geral da União se manifestou, no bojo da ADPF, pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência do pedido. Argumentou que a interpretação do Regimento Interno do STF deve ser realizada de forma sistêmica e que a referência espacial não exaure as responsabilidades do presidente, sobretudo nas hipóteses em que estejam sob ameaça as prerrogativas institucionais do tribunal. Arguiu que a indeterminação das autorias dos fatos não pode frustrar o poder-dever de resguardo das prerrogativas da Corte e que, quando for esclarecida a autoria, as ações penais serão encaminhadas às autoridades judiciárias competentes, não havendo assim a criação de tribunal ou juízo de exceção. Argumentou que o caráter sigiloso é fundamental para o êxito das investigações e que está de acordo como o *caput* do art. 20 do CPP. Afirmou que a investigação não se projeta sobre fatos indeterminados, mas que não pode haver sua divulgação nessa fase da investigação. Ressaltou que as garantias do contraditório e da ampla defesa são mitigadas em razão da característica inquisitorial do procedimento investigatório. Afirmou que a designação do relator não vulnera o princípio do juiz natural e nem compromete a imparcialidade, visto que o relator e o presidente não atuam como acusadores, e sim em função regimental específica. Esclareceu que o presidente atuou em nome dos membros do tribunal que foram ofendidos; assim, não é cabível a alegação de que pessoa jurídica e entes despersonalizados não podem ser sujeitos passivos dos crimes contra a honra, sendo que a representação será apresentada quando do ajuizamento da ação penal, e não na fase inquisitorial.

O ministro Dias Tofolli apresentou informações defendendo que a interpretação do art. 92, § 2º, da Constituição Federal, combinado com os arts. 43 e 13, I, ambos do Regimento Interno do STF, permite que ele instaure o inquérito na defesa da intangibilidade da Corte e de seus membros, visto que, ao se praticar um crime contra um dos ministros, ofende-se o próprio tribunal.

Esclareceu, também, que o sigilo das investigações está de acordo com o art. 20, *caput*, do Código de Processo Penal.

O ministro Alexandre de Moraes defendeu que não houve censura prévia ao determinar, cautelarmente, a retirada de matéria jornalista do *site* do *O Antagonista* e da *Revista Crusoé*, pois, conforme informação da Procuradoria-Geral da República (que nega que haja uma informação no âmbito da delação premiada que faça referência ao presidente do STF), a notícia veiculada por aqueles meios de comunicação não comprovou que documentos que confirmam o que foi afirmado nas reportagens realmente existam e que sejam verdadeiros. O relator afirmou, ainda, que o conteúdo veiculado tinha potencial para ofender a honra pessoal do presidente do STF e que a medida cautelar foi revogada em virtude de fatos supervenientes, pois inexistente

[...] qualquer apontamento no documento sigiloso obtido mediante a suposta colaboração premiada, cuja eventual manipulação de conteúdo pudesse gerar irreversível dano a dignidade e honra do envolvido e da própria Corte, pela clareza de seus termos. (BRASIL, 2019, p. 6).

Os dois casos apresentados neste artigo são exemplos de instauração de ofício de inquéritos pelo Poder Judiciário. Contudo, um detalhe os torna mais complexos: foram instaurados por ministros do Supremo Tribunal Federal, que tem, entre outras, a atribuição de guardar a Constituição Federal, nos termos do art. 102 da Constituição Federal. Sendo este tribunal o órgão máximo na hierarquia do Poder Judiciário, suas decisões são revistas apenas pelo plenário, não cabendo recurso nem revisão de suas decisões por qualquer outro órgão.

Sobre esses inquéritos, a questão específica que aqui se pretende debater é se a atuação do STF, de iniciar uma investigação e conduzi-la diretamente (com o auxílio da polícia, mas sem a participação do Ministério Público), tem respaldo na ordem constitucional atual, ou se isso seria uma afronta ao sistema acusatório⁵.

5 Assim, questões sobre outras ilegalidades arguidas pelo Ministério Público e pelo Partido Rede Sustentabilidade não serão aqui aprofundadas.

4 A (in)compatibilidade da instauração de inquérito policial de ofício pelo Poder Judiciário no sistema acusatório

O ponto de partida para realizar a análise sobre a possibilidade de o juiz instaurar, de ofício, um inquérito policial tem de ser a Constituição Federal, centro de todo o ordenamento e o fundamento de validade de todas as demais normas, com base na qual devem ser interpretadas as leis e os atos administrativos.

Como já exposto, a Constituição Federal de 1988 inaugurou um período democrático na história do Brasil e com isso trouxe vários direitos e garantias fundamentais, que se traduzem em princípios conformadores do Estado Democrático de Direito.

Entre as mudanças trazidas pela nova ordem constitucional, está a nova modelagem para o sistema processual penal, no qual a propositura da ação penal, na ação pública, coube privativamente ao Ministério Público, instituição essencial à justiça e que detém autonomia e independência para o desempenho de suas funções.

A despeito do modelo concebido na Constituição Federal, o art. 5º, II, do Código de Processo Penal dispõe que o inquérito pode ser instaurado mediante requisição da autoridade judiciária.

É de suma importância perceber que o Código de Processo Penal é uma lei anterior à Constituição Federal, o que torna necessário analisar se houve, ou não, sua recepção no sistema instaurado pela Carta de 1988.

Mendes e Branco (2015, p. 108 e 110), apoiados em Kelsen, explicam que as leis anteriores, que sejam compatíveis com a nova Constituição, são recepcionadas com um novo fundamento, independentemente da forma com que foram editadas. Entretanto, as normas que destoem materialmente da Constituição atual são consideradas não recepcionadas (conforme decisão do *leading case*, a ADI 2 DF, de 21 de novembro de 2011, cujo relator foi o ministro Paulo Brossard).

Uma vez que o processo penal é o instrumento para a tutela de direitos e garantias constitucionais do indivíduo, uma Constituição

autoritária refletirá um processo penal da mesma natureza (LOPES JR., 2012). Entretanto, como a Constituição Federal de 1988 tem seus pilares nos princípios ordenadores do Estado Social e Democrático de Direito e tem como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (FISCHER, 2011), deve refletir um processo penal democrático.

O Estado Democrático de Direito exige o “reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, não só como meta da política social, mas também como critério para interpretação do Direito” (PACELLI, 2016, p. 32).

Não é compatível com a Constituição Federal um processo penal com viés inquisitório e autoritário, como o são vários dispositivos do Código de Processo Penal em vigor – e, especificamente, o art. 5º, II, do CPP, que autoriza a instauração de inquérito por requisição do Poder Judiciário. Em suma, nas palavras de Lopes Jr., “o processo penal somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição” (LOPES JR., 2012, n. p.).

Vale registrar novamente que o Projeto de Código de Processo Penal, que está em tramitação no Congresso Nacional, traz modificações que visam a adequar o processo penal à realidade constitucional. Essa proposta de mudança fica clara com a leitura do art. 4º do projeto, que determina:

O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

A respeito da atuação do magistrado na investigação, Nucci defende que o juiz é um corregedor da atividade da Polícia judiciária, em razão da atribuição dada pelo Código de Processo Penal e porque a polícia, nesse caso, é um auxiliar do Poder Judiciário quando atua em um inquérito policial e em razão dessa atuação correcional. Explica, ainda, que os elementos de prova que são obtidos na fase investigativa servirão para a convicção do juiz e que “não é mera coincidência que o juiz acompanha, passo a passo, o desenvolvimento da investigação, inclusive dela participando ao deferir medidas cautelares de toda ordem” (NUCCI, 2014).

Não parece acertada a posição do autor, visto que o controle da atividade policial deve ser desempenhado pelo Ministério Público, conforme disposição do art. 129, VII, da Constituição Federal, e não há no texto constitucional nenhum dispositivo que dê ao Poder Judiciário a competência para fiscalizar a atividade policial no âmbito da investigação. Acrescente-se que a investigação criminal visa a convicção do *dominus litis*, pois este detém, privativamente, a atribuição de aferir se há elementos suficientes que permitam provocar o início da ação penal. Em regra, o juiz só terá acesso à demanda quando tiver sido proposta a ação penal ou quando o Ministério Público propuser o arquivamento. Outrossim, a análise do magistrado sobre a possibilidade de medidas cautelares se dá em razão da reserva de jurisdição prevista no art. 282, § 2º, do CPP.

Além disso, a respeito da valoração dos elementos de convicção colhidos na fase pré-processual, é mister lembrar o disposto no art. 155 do Código de Processo Penal – com a redação modificada pela Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008 –, que veda que o juiz fundamente sua decisão exclusivamente nos elementos de prova do inquérito. Para que um elemento de convicção possa ser usado como fundamento de uma decisão jurisdicional, é preciso que ele passe pelo contraditório, oportunidade em que a parte poderá impugnar sua veracidade e legalidade.

Sobre a possibilidade de o juiz instaurar inquérito de ofício, Pacelli defende que o dispositivo do Código de Processo Penal que permite essa postura ativa do juiz só tinha validade no ambiente da Constituição anterior, que permitia ao magistrado, inclusive, a deflagração da ação penal *ex officio* (PACELLI, 2016). Ao se atribuírem ao juiz poderes instrutórios, compromete-se sua imparcialidade e impossibilitam-se o contraditório e a dialética do processo, acarretando, conseqüentemente, a “destruição completa do Processo Penal Democrático”, significando um imenso prejuízo decorrente dos diversos “pré-juízos” que o julgador fará (LOPES JR., 2012).

Nos Inquéritos n. 4.696 e 4.781, instaurados de ofício por ministros do Supremo Tribunal Federal, a fundamentação se deu em dispositivos do Regimento Interno da Corte. No Inquérito n. 4.696, o

ministro Gilmar Mendes fundamentou com base nos arts. 21-A, 43 e 70 do Regimento Interno; no Inquérito n. 4.781, o ministro Dias Tofolli fundamentou a instauração no art. 43 do mesmo ato normativo.

O art. 21-A do Regimento Interno do STF dispõe sobre a competência do relator para convocar juízes e desembargadores para a realização de interrogatório e outros atos da instrução dos inquéritos criminais e das ações penais originárias.

O art. 43 dispõe, em casos de crimes cometidos “na sede ou dependências do Tribunal”, sobre a possibilidade do presidente do tribunal de instaurar inquérito quando há o envolvimento de autoridade ou pessoa sujeita a sua jurisdição.

O art. 70 dispõe que serão distribuídas ao relator as reclamações quando houver descumprimento de decisão cujos efeitos sejam restritos às partes.

Excetuando o art. 43, não há, em outros dispositivos, autorização para instauração de inquéritos pelos magistrados do tribunal. E, no caso do art. 43, há expressamente a restrição aos casos de cometimento de crimes *dentro do tribunal* e por pessoas que estejam *sob a jurisdição do tribunal*.

O ministro Dias Tofolli, ao justificar a aplicação do art. 43 do Regimento Interno do STF ao caso, afirma que este dispositivo deve ser interpretado de forma ampliativa para abranger os crimes cometidos contra os membros do tribunal, uma vez que, onde estiver o ministro, estará “por ficção” o próprio tribunal. Assim, um crime contra a honra de um ministro é também contra a honra do tribunal.

Em nenhum dos dois casos instaurados pelo STF havia o envolvimento de pessoa sujeita à jurisdição do tribunal e nenhum dos possíveis crimes havia sido cometido em suas dependências. Portanto, a instauração de ambos os inquéritos padece de graves inconstitucionalidades.

Percebe-se que a interpretação dada pelos ministros para ampliar a abrangência do art. 43, possibilitando a instauração de inquérito em razão de crimes cometidos fora do tribunal, não é viável, tendo em vista a clara inconstitucionalidade e também por ser uma afronta ao art. 2º, § 2º, da Resolução n. 564/2015 do STF, que determina que o presi-

dente da Corte requisite a instauração de inquérito à autoridade competente nos casos de crimes cometidos fora do tribunal (ARAS, 2019).

Conforme bem colocado pela procuradora-geral da República, a Constituição Federal é composta por um sistema integrado de regras e princípios que visam garantir a segurança jurídica, por meio da credibilidade, confiança, e prevenir arbitrariedade e concentração de poder. O devido processo legal e as leis adotadas pela Constituição asseguram que a justiça buscada seja feita de acordo com a legalidade, o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do juiz, tendo nesse contexto o Poder Judiciário a missão de resguardar a Constituição e o Estado Democrático de Direito. Para isso, hão de se garantir o equilíbrio e a independência entre os Poderes, principalmente daquele que julga, por meio da inércia do julgador em relação à produção probatória. Nesta linha de raciocínio, o sistema penal acusatório não autoriza a condução de uma investigação feita pelo Poder Judiciário.

Na inicial da ADPF n. 572, o autor compara o Inquérito n. 4.781, instaurado pelo STF para apurar crimes contra a honra de seus ministros, ao “famigerado AI-5” – ato normativo mais autoritário do regime militar que, entre outras medidas, autorizou o chefe do Poder Executivo a desempenhar a função legislativa, suspendeu direitos e garantias individuais e as prerrogativas da magistratura (RAMOS, 2018). Para o autor, o inquérito, no qual o magistrado é investigador e parte, é instrumento para o juiz intimidar aqueles que questionam a adequação moral dos membros do Supremo Tribunal Federal.

A comparação pode parecer exagerada, mas demonstra que a instauração do inquérito por um órgão incompetente para isso representa uma violação à ordem constitucional democrática e uma ameaça aos direitos dos investigados e a toda a sociedade, que pode sofrer uma investigação sem terem sido observados os princípios da legalidade e do devido processo legal.

Uma interpretação ampliativa do art. 43 do Regimento Interno do STF, para abranger crimes cometidos em outros lugares que não na sede do tribunal e pessoas não sujeitas à jurisdição

do STF, representa uma interpretação em desconformidade com a Constituição Federal por ser incompatível com o sistema acusatório, pois permite que os ministros do STF investiguem qualquer pessoa e em qualquer situação, sem nem mesmo a participação do Ministério Público ou de qualquer outra instituição.

Nestes casos, há comprometimento do controle de legalidade da investigação, pois o juiz que deveria garantir a legalidade e analisar o cabimento de medidas cautelares é o mesmo que está conduzindo as investigações e requerendo as medidas cautelares.

Percebe-se que, nos casos de instauração de inquérito pelo Poder Judiciário, o sistema jurídico perde a lógica e a coerência, pois o processo penal democrático, compatível com a Constituição Federal, depende de uma ampla intersubjetividade, da perspectiva acusatória e do respeito ao contraditório, tudo com base em uma fundamentação detalhada ao nível do *accountability* processual (STRECK, 2009).

Nos dois casos analisados de inquérito instaurado pelo Supremo Tribunal Federal, há manifestações da procuradora-geral da República, única autoridade competente para analisar o cabimento ou não de iniciar a ação penal, pelo arquivamento. Mesmo que os fatos analisados indiquem que houve o cometimento de um delito, em razão da ilegalidade na condução das investigações (iniciada e conduzida por autoridade incompetente) e na obtenção dos elementos probatórios, não é possível a apresentação de denúncia. Assim, fica evidenciada a incoerência de se permitir a instauração de inquérito pelo Poder Judiciário, quando ele não é competente para iniciar a ação penal e nem para arquivar.

5 Conclusão

Com base no presente artigo, é possível afirmar que a Constituição Federal de 1988 fez opção pelo sistema acusatório como modelo processual penal, isso porque, no art. 129, atribuiu ao Ministério Público a competência privativa de iniciar a ação penal pública. Com isso, estabeleceu uma separação rígida entre as funções de acusar, defender e julgar, característica principal do sistema acusatório.

Além disso, a nova ordem constitucional conferiu direitos e garantias, como o contraditório e a ampla defesa, a presunção da inocência, o dever do magistrado de fundamentação das decisões, o direito do acusado de se manter em silêncio e o de não ser obrigado a produzir provas contra si. Tudo isso demonstra uma escolha do Constituinte pelo modelo democrático e, conseqüentemente, pelo sistema acusatório, visto que é o único compatível.

A despeito dessa escolha constitucional, ainda está vigente em nosso ordenamento o Código de Processo Penal, que, apesar de algumas reformas, manteve dispositivos de cunho inquisitorial. Um deles é o art. 5º, II, que permite a instauração de inquérito policial por requisição do Poder Judiciário.

O processo penal não pode ser visto apenas como o meio para aplicação do direito material. Trata-se de uma garantia do acusado de que seus direitos estão sendo observados, e é uma forma de efetivação dos direitos encartados na Constituição Federal. Assim, não se pode conceber que o Código de Processo Penal traga dispositivos de caráter inquisitorial e contrários à Constituição e que se oponham à efetivação de direitos fundamentais.

O inquérito policial é um procedimento anterior ao ajuizamento da ação penal, que, mesmo sendo algumas vezes dispensável, é, em via de regra, o meio pelo qual a acusação tem para conseguir reunir os elementos necessários para construir sua convicção. Assim, percebe-se que o destinatário das investigações, no caso de ação penal pública, não pode ser outro agente senão o Ministério Público.

A participação do juiz nas investigações só pode ocorrer de maneira excepcional e para garantir que a lei está sendo seguida e que nenhum direito do investigado está sendo ignorado.

Não há, no sistema acusatório, espaço para atuação ativa do juiz como condutor das investigações, pois ele não tem competência legal para tanto, e isso seria uma ameaça à imparcialidade, visto que, caso o *Parquet* entenda por iniciar a ação penal, o magistrado será o responsável por julgar o caso.

Nesse sentido, os dois casos estudados (Inquéritos n. 4.696 e 4.781, ambos do STF) demonstram a impossibilidade da instauração, de ofício, de uma investigação criminal pelo Poder Judiciário, por absoluta incompatibilidade com o modelo acusatório consagrado pela Constituição Federal de 1988.

Em ambos, a procuradora-geral da República promoveu o arquivamento das investigações. Em suas manifestações, o *Parquet* indica a incompetência do tribunal para a instauração e aponta diversas inconstitucionalidades que impedem seu prosseguimento, de forma que as investigações não terão frutos.

Da promoção de arquivamento do chefe do Ministério Público não há qualquer tipo de recurso. Então, os investigados foram submetidos ao procedimento investigatório – inclusive com restrição de direitos por meio de medida cautelar, no Inquérito n. 4.781, sem mencionar o dispêndio de verba pública – para ao fim não chegar a nenhum objetivo, visto que ele está eivado de vícios insanáveis e o *dominus litis* não concorda com a propositura da ação penal.

Assim, pode-se depreender do artigo que a possibilidade de instauração de inquérito policial de ofício pelo Poder Judiciário é incompatível com o modelo acusatório e com a Constituição Federal.

Referências

ARAS, Vladimir. O inquérito K. *Blog do Vlad*, [online], 20 mar. 2019. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2019/03/20/o-inquerito-k/>. Acesso em: 4 jun. 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 6. ed., rev., amp. e atual. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. *Resolução n. 063, de 26 de junho de 2009*. Dispõe sobre a tramitação direta dos inquéritos policiais entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal. Relator: Min. César Asfor Rocha, 30 de junho de 2009. Brasília: CJF, 2009. Disponível

em: <https://www2.cjf.jus.br/jspui/bitstream/handle/1234/5547/RES%20063-2009.pdf?sequence=3>. Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria n. 69, de 2 de maio de 2019*. Institui grupo de trabalho destinado a avaliar os parâmetros para o uso adequado das redes sociais pelos magistrados. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//portaria/portaria_69_02052019_03052019164900.pdf. Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. *Manifestação n. 523/2018 – SFPO/PGR*. Relatora: Raquel Elias Ferreira Dodge, 17 de abril de 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180418-03.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009*. Dispõe sobre a reforma do Código Processual Penal. Brasília: Senado Federal, 2009. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4574315&ts=1571775869562&disposition=inline>. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 572*. Relator: Danilo Morais dos Santos, 21 de março de 2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5658808>. Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 629, 30 de maio a 3 de junho de 2011*. Brasília: Secretaria de Documentação; Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo629.htm>. Acesso em: 5 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Inquérito n. 4.696*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 1º de junho de 2018. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5438183>. Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito n. 4.781 DF*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 18 de abril de 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>. Acesso em: 29 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.104/DF*. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088758>. Acesso em: 9 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 593.727*. Relator atual: Min. Gilmar Mendes, 18 de maio de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2641697>. Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento interno*. Brasília: Secretaria de Documentação, 2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 14*. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Brasília: STF, 9 fev. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 11 jun. 2019.

CALABRICH, Bruno Freire de Carvalho. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017*. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 9 jun. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FISCHER, Douglas. O sistema acusatório brasileiro à luz da Constituição de 1988 e o PL 156. *Custos Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*, Brasília, v. 3, p. 1-23, 2011. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf. Acesso em: 11 jun. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, v. 1, n. 18, p. 15-26, jan./jul. 2005. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/espen/RevistadoConselhoNacionaldePolticaCriminalePenitenciria2005.pdf#page=15>. Acesso em: 9 jun. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 5. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. Versão eletrônica.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

RAMOS, Elival da Silva. O Ato Institucional n. 5 e seu significado histórico. *Jornal da USP*, Artigos, São Paulo, 12 dez. 2018. Disponível em: jornal.usp.br/?p=215675. Acesso em: 8 jun. 2018.

RAYOL, Rafael Ribeiro. Princípio acusatório e alguns reflexos de sua aplicação. In: TINÔCO, Lívia Nascimento; FRISCHEISEN, Luiza Cristina; SILVA, Rodrigo Antônio Tenório Correa da; JUNIOR, Silvio Amorim; ARAS, Vladimir Barros (org.). *Desafios contemporâneos do sistema acusatório*. Brasília: ANPR, 2018. p. 75-109.

SANTOS, Mário Roberto dos. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para requerer medidas cautelares durante a investigação criminal em crimes de ação penal pública. In: SALGADO, Daniel Resende; ASSUNÇÃO, Bruno Barros; CARDOSO, Natália Angélica Chaves (org.). *Sistema de justiça criminal*. Brasília: ESMPU, 2018. p. 255-285. (Série Pós-Graduação, v. 6).

SCHIETTI, Rogério. Prefácio. In: TINÔCO, Lívia Nascimento; FRISCHEISEN, Luiza Cristina; SILVA, Rodrigo Antônio Tenório Correa da; JUNIOR, Silvio Amorim; ARAS, Vladimir Barros (org.). *Desafios contemporâneos do sistema acusatório*. Brasília: ANPR, 2018. p. 13-19.

STRECK, Lenio Luiz. Novo Código de Processo Penal: o problema do sincretismo de sistemas (inquisitorial e acusatório). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 46, n. 183, p. 117-139, jul./set. 2009. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/183/ril_v46_n183_p117.pdf. Acesso em: 11 jun. 2019.

Legislação aplicada ao controle interno e diagnóstico do perfil dos servidores que atuam na conformidade de registros de gestão no MPT

Carlos Alberto Castelo Fonseca

Técnico administrativo do Ministério Público da União. Perito contábil e chefe da Assessoria de Conformidade e Registros de Gestão/Divisão Regional da PRT/17ª Região. Pós-graduando em Gestão Pública pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Ana Paula Donofrio

Assessora empresarial da Diretoria de Crédito do Banco do Brasil. Professora de graduação e pós-graduação em cursos de Administração, Finanças, Contabilidade e Tecnologias. Mestre em Administração de Empresas pelo Centro Universitário Campo Limpo Paulista (FACCAMP). Especialista em Gestão Estratégica de Empresas e Negócios pela Metrocamp. Licenciada em Letras/Português pelo Centro Universitário Claretiano.

Resumo: O objetivo deste artigo é obter um diagnóstico do perfil dos servidores atuantes em funções relacionadas com controle administrativo no Ministério Público do Trabalho (MPT), com base em aspectos conceituais de controle, controle interno e Administração Pública, por meio de pesquisa bibliográfica. Para a obtenção dos resultados, foi realizada a aplicação de um questionário fechado aos servidores envolvidos. Quanto aos objetivos, a pesquisa caracteriza-se como descritiva; quanto aos procedimentos, como estudo de caso; e, no que se refere à abordagem do problema, como quantitativa. Os resultados mostraram que parte dos servidores possuem experiência com auditoria e controle interno, porém, algumas respostas demonstraram a necessidade de um mapeamento por competências que incluía uma grade de treinamentos e cursos de capacitação específicos para atuarem na conformidade de regis-

tros de gestão, além de padronização de metodologias, processos e procedimentos, alinhados ao plano estratégico do MPT.

Palavras-chave: Controle. Controle interno. Conformidade. Administração Pública.

Abstract: The objective of this paper is to obtain a diagnosis of the profile of the servers acting in functions related to administrative control at the Labour Prosecution Service (MPT), based on conceptual aspects of control, internal control and public administration, using bibliographic research. To obtain the results, a closed questionnaire was applied to the involved servers. Regarding the objectives, the research is characterized as descriptive; as for the procedures, as a case study; and regards the approach to the problem, as quantitative. The results showed that some of the servers have experience with auditing and internal control, but some answers demonstrated the need for a mapping by competencies that includes a specific training grid and qualification courses to act in the management records compliance, as well as standardization methodologies, processes and procedures, in line with the MPT strategic plan.

Keywords: Control. Internal control. Compliance. Public administration.

Sumário: 1 Introdução. 2 Referencial teórico. 2.1 Definição de controle. 2.2 O controle como função da Administração. 2.3 Controles internos. 2.4 O controle interno na Administração Pública. 2.5 Princípios e obrigatoriedades do controle interno na Administração Pública. 3 Estrutura atual do sistema de controles internos no Executivo Federal. 3.1 Estrutura atual do sistema de controles internos do Ministério Público do Trabalho. 4 Metodologia. 5 Resultados e discussão. 5.1 Perfil social e de formação acadêmica. 5.2 Perfil profissional do servidor. 5.3 Capacitação e estruturação do controle interno no MPT. 6 Conclusão.

1 Introdução

As atividades do sistema de controle interno do Poder Executivo federal estão descritas no art. 21 da Lei n. 10.180/2001. Compreendem as atividades de avaliação do cumprimento das metas previstas no plano plurianual; de execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; e de avaliação da gestão dos administradores públicos federais, utilizando como instrumentos a auditoria e a fiscalização.

A estrutura do controle interno e suas atividades visam a apoiar o controle externo com informações e resultados das ações, sem prejuízo do disposto em legislação específica.

O Decreto n. 3.591/2000 determina, no art. 6º, que o sistema de controle interno do Poder Executivo federal prestará, ainda, orientação aos administradores de bens e recursos públicos nos assuntos pertinentes à área de competência do controle interno, inclusive sobre a forma de prestar contas, conforme disposto no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal.

O Ministério Público do Trabalho (MPT) tem envidado esforços para implementar procedimentos de controle interno para concessão, fiscalização e suspensão de procedimentos de forma efetiva. Para tanto, diante da implantação da estrutura interna do MPT, foram criados diversos setores com a incumbência de prestar contas aos órgãos de controle interno e externo. Entre esses setores internos do MPT, foram criadas as Assessorias de Conformidade de Registros de Gestão, que têm como atribuições verificar, aferir e certificar os registros dos atos e fatos de execução orçamentária, financeira e patrimonial das despesas incluídas no Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI) e a existência de documentos hábeis que comprovem as operações.

Considerando a necessidade do disposto na legislação vigente no atendimento aos princípios fundamentais de controle interno, entre eles o de segregação de funções e capacitação de pessoal, diretamente alinhados aos princípios éticos, constitucionais e fundamentais, relacionados às responsabilidades daqueles que trabalham com controle interno, este estudo tem como objetivo geral realizar um diagnóstico do perfil dos servidores que atuam nas Assessorias de Conformidade de Registros de Gestão no MPT.

Os objetivos específicos deste artigo perfazem a conceituação de controle interno, a fundamentação do estudo de caso e da pesquisa de campo. Para amparar esses objetivos, foi realizada pesquisa bibliográfica, com o intuito de trazer conceitos sobre controle interno, dispositivos legais, princípios constitucionais e fundamentais, com enfoque na questão de pessoal relacionado ao exercício da função, e ainda

para apresentar a estrutura específica do MPT referente aos que atuam nas Assessorias de Conformidade de Registros de Gestão, com posterior estudo de caso e pesquisa de campo com aplicação de questionários de pesquisa aos servidores que atuam na área de controle administrativo nas Assessorias de Conformidade de Registros de Gestão.

2 Referencial teórico

Nesta seção, serão abordados os aspectos gerais sobre controle, controle nas organizações públicas e a função do controle interno e, especificamente, o controle interno e o controle administrativo no MPT.

2.1 Definição de controle

Sendo uma das cinco funções da Administração, o controle está relacionado à capacidade de prever, organizar, comandar, coordenar e controlar. Para tanto, há um relacionamento natural com todas as demais funções da administração, sendo sua atividade considerada indispensável para o atingimento dos objetivos previstos, por isso a sua presença em todos os níveis das organizações, em todos os processos.

2.2 O controle como função da Administração

Muitas são as definições de controle, porém, há um consenso sobre o seu enunciado de que é um processo destinado a assegurar que as ações estão sendo executadas de acordo com o planejado, visando o atingimento dos objetivos propostos.

Megginson *et al.* (1986) definem controle como o processo de garantir que os objetivos organizacionais e gerenciais estejam sendo cumpridos; a maneira de fazer com que as coisas aconteçam do modo planejado. Segundo Albanese (1981), é o processo destinado a assegurar que as ações estejam de acordo com os resultados desejados.

Conforme Attie (1992), controlar é manter uma verificação contínua de todos os aspectos do plano inicial, com o objetivo de ajustar quaisquer desvios em relação aos objetivos fixados no planejamento.

Cotidianamente, a gestão administrativa de uma organização procura um controle competente, alinhado ao planejamento e que se

mostre realizável, já que a falha em controles pode acarretar a ausência de competência da organização perante seus clientes. Para tanto, cada vez mais os controles internos representados pelos conjuntos de procedimentos, métodos ou rotinas têm o objetivo de proteger os ativos, produzir dados contábeis confiáveis e ajudar a administração na condução ordenada dos negócios da empresa (ALMEIDA, 2010).

2.3 Controles internos

O processo de controle compreende um dinamismo que envolve o planejamento e a orçamentação dos meios para atingimento dos fins, de forma que a execução das atividades planejadas seja contínua e que a avaliação da atuação nos processos seja periódica.

Os controles internos, tomados como sistema, englobam toda a organização e podem caracterizar-se como controles contábeis e controles administrativos (CREPALDI, 2000).

Há várias definições de controle interno, as quais, conforme o interesse, a origem e a formação de cada autor, estarão mais identificadas com as diferentes áreas de competência organizacional: contábil, financeira, operacional, orçamentária, patrimonial, gerencial, entre outras. Em resumo, é uma composição que permeia o plano de organização e todos os métodos e medidas pelas quais uma organização controla suas atividades, assegurando a proteção de seu patrimônio, a exatidão e a fidedignidade de seus dados contábeis e sua eficiência operacional. Pode ser entendido, ainda, como todas as ações e medidas adotadas numa entidade, destinadas a prevenir e salvaguardar seu patrimônio, bem como a acompanhar os processos e rotinas ali existentes (QUINTANA, 2011, p. 45).

2.4 O controle interno na Administração Pública

No Brasil, o controle na Administração Pública teve como marco inicial a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), em 1936, com a atribuição de racionalizar a Administração mediante simplificações, padronizações e aquisição racional de materiais, revisão de estruturas e aplicação de métodos na definição de procedimentos.

O fundamento do controle interno na Administração Pública brasileira está no art. 76 da Lei n. 4.320/1964, o qual estabelece que o Poder Executivo exercerá os três tipos de controle da execução orçamentária: (1) da legalidade dos atos que resultem em arrecadação da receita ou realização da despesa, nascimento ou extinção de direitos e obrigações; (2) da fidelidade funcional dos agentes da Administração responsáveis por bens e valores públicos; e (3) do cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços.

A Lei n. 4.320/1964 mostrou-se inovadora ao consagrar os princípios do planejamento, do orçamento e do controle. Instituiu o Orçamento Plurianual de Investimentos, o Orçamento Programa Anual e estabeleceu como objetivo das novas técnicas orçamentárias a eficácia dos gastos públicos.

O Decreto-Lei n. 200/1967 estabeleceu que as atividades da Administração obedeceriam aos princípios fundamentais do planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle (art. 6º). Quanto ao controle, seria exercido em todos níveis e em todos os órgãos, compreendendo o controle pela chefia competente, pelos órgãos próprios de cada sistema e pelos órgãos do sistema de contabilidade e auditoria (art. 13). Cada ministério passou a ter sua inspetoria de finanças, como órgão setorial do sistema de administração financeira, contabilidade e auditoria, cujo órgão central era a Inspetoria-Geral de Finanças do Ministério da Fazenda (art. 23). Com relação aos custos dos bens e serviços, tanto a Lei n. 4.320/1964 (art. 85) quanto o Decreto-Lei n. 200/1967 (art. 25, IX, e art. 79) estabeleceram que a contabilidade deveria apurá-los, a fim de buscar uma prestação de serviços econômica e evidenciar os resultados da gestão.

Passados mais de trinta anos sem aplicação, a Lei Complementar n. 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), volta a exigir a apuração de custos, como se fosse novidade. Como preceito constitucional, o controle interno aparece pela primeira vez na Constituição Federal de 1967: “Art. 71 - A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de controle externo, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei”.

A Constituição Federal de 1988 estabelece, com mais clareza, o escopo do controle interno, ao mesmo tempo em que consagra no texto constitucional os princípios básicos da Administração Pública:

Art. 70 A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

[...]

Art. 74 Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º - Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

2.5 Princípios e obrigatoriedades do controle interno na Administração Pública

A implantação dos controles internos obedece a obrigatoriedade e a observância de pressupostos jurídicos. Embora a Constituição Federal de 1988 tenha se preocupado com a implantação prática de um sistema de controle interno em seus arts. 31, 70 e 74, vislumbra-se a necessidade de observância a princípios inerentes à atividade de controle interno, conforme preceitua Instrução Normativa n. 3, de 9 de junho de 2017, publicada pelo Ministério da Transparência

e Controladoria-Geral da União, que aprova o referencial técnico da atividade de auditoria interna governamental do Poder Executivo Federal. Os princípios são: integridade, proficiência, autonomia técnica e objetividade, alinhamento às estratégias, objetivos e riscos, atuação respaldada em adequado posicionamento e em recursos apropriados, qualidade e melhoria contínua e comunicação eficaz.

Importante salientar, ainda, que a estrutura de controles internos dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal tem que contemplar as três linhas de defesa da gestão ou camadas, devendo comunicar, de maneira clara, as responsabilidades de todos os envolvidos, promovendo uma atuação coordenada e eficiente, sem lacunas. Nesse sentido, o controle interno é responsável por avaliar, controlar e mitigar os riscos, considerando a implantação das políticas públicas durante a execução de atividades e tarefas.

A conduta e a cultura ética da atividade estão estritamente interligadas com os requisitos éticos da atividade de auditoria interna, uma vez que auxilia a manter controles efetivos e responsabilidades para o alcance dos objetivos estratégicos, confiabilidade e integridade de informações e salvaguarda dos ativos.

3 Estrutura atual do sistema de controles internos no Executivo Federal

Dentro do atual sistema de controle interno no Executivo Federal, podemos citar a Lei n. 10.180, de 6 de fevereiro de 2001, que visa organizar e disciplinar os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal. Especificamente sobre controle interno, esta lei trata de organizá-lo, dando-lhe a incumbência de avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; comprovar a legalidade e avaliar os resultados da gestão orçamentária, financeira e patrimonial, quanto à eficácia e eficiência, nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal; e controlar todas as operações de planejamento e orçamento federal. Além disso, tem como finalidade o apoio ao controle externo no exercício de sua missão institucional.

Ainda no mesmo ordenamento jurídico citado no parágrafo anterior, tem-se uma estrutura de controle interno que é integrada pela Secretaria Federal de Controle Interno do Executivo Federal como órgão central e órgãos setoriais que estão integrados nas estruturas do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Defesa, da Advocacia-Geral da União e da Casa Civil. Esses órgãos podem subdividir-se em unidades setoriais e regionais.

Outro ordenamento jurídico que estrutura o atual sistema de controle interno da Administração Pública é a Instrução Normativa n. 3/2017, do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU). Essa IN busca a convergência das práticas de auditoria interna governamental exercidas no âmbito do Poder Executivo Federal. Dispõe que a estrutura dos controles internos dos órgãos e entidades da Administração Pública deve ser composta por três linhas de defesa da gestão ou camadas. A primeira linha contempla o controle primário responsável por identificar, avaliar, controlar e mitigar os riscos, garantindo o cumprimento das metas e objetivos do órgão. A segunda linha de defesa apresenta-se no nível gerencial, onde se supervisionam as atividades da primeira linha de defesa. A terceira e última linha de defesa atua na prestação de serviços de avaliação e consultoria, tendo como destinatários a alta Administração, os gestores das organizações e entidades públicas federais e a sociedade.

3.1 Estrutura atual do Sistema de Controles Internos do Ministério Público do Trabalho

No MPU, o controle interno é exercido pela Auditoria Interna do Ministério Público da União (AUDIN/MPU), que tem as seguintes finalidades, conforme preceitua a Portaria PGR/MPU n. 53, de 29 de maio de 2017:

A Auditoria Interna do Ministério Público da União tem por finalidade avaliar o cumprimento das metas previstas no Plano Plurianual e a execução dos programas e dos orçamentos do Ministério Público da União; comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira, patrimonial e de pessoal nos órgãos e unidades do Ministério Público da União; e apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Dentro do MPT, o Regimento Interno Administrativo instituído pela Portaria PGT n. 1.314, de 22 de agosto de 2017, republicada no BS Especial n. 12-K 2018, que institui o Regimento Interno Administrativo do Ministério Público do Trabalho, nos mostra que o controle interno (controle contábil e controle administrativo) dos atos e fatos administrativos e financeiros é exercido por diretorias, departamentos, assessorias e setores diversos; a estes cabe a obrigação de prestar esclarecimentos aos órgãos de controle interno do MPU (AUDIN) e controle externo (TCU).

As Assessorias de Conformidade de Registros de Gestão fazem parte da estrutura interna do MPT, atuando no controle administrativo quando este verifica, afere e certifica atos e fatos da execução orçamentária, financeira e patrimonial do órgão.

Essas assessorias se integram aos métodos de controle da Administração Pública Federal e são obrigatórias para todas as instituições do Governo Federal que utilizam o SIAFI. Exercem papel importante no controle administrativo preventivo à prestação de contas, auxiliando o órgão na transparência e na redução dos riscos na gestão dos recursos públicos. Como preceituam Garcia Filho, Mello e Resende (2013, p. 10),

[...] a Conformidade de Registro de Gestão, por ocorrer concomitantemente à realização dos atos e fatos de gestão, além de ser um instrumento de controle interno, exerce papel fundamental de atuar como controle preventivo à prestação de contas. Desta forma, o aperfeiçoamento do controle primário torna o processo de execução mais coeso e harmônico, permitindo maior transparência e redução dos riscos na gestão dos recursos públicos.

Dada a importância dessas assessorias para o bom andamento do MPT e para o melhor uso dos recursos públicos, realizou-se a aplicação de questionário de pesquisa para obter dados concernentes ao perfil dos servidores que atuam com conformidade e registros de gestão e à estruturação desses setores. Foram estudados o perfil socioeconômico, a formação acadêmica e a capacitação profissional do servidor. Foi avaliada, ainda, a capacitação e a estruturação das Assessorias de Conformidade de Registros de Gestão do MPT.

4 Metodologia

A pesquisa realizada é descritiva quanto aos objetivos. Segundo Gil (2002), a pesquisa exploratória envolve, em grande parte, levantamento bibliográfico e entrevistas com pessoas envolvidas na prática do problema pesquisado.

Quanto à abordagem do problema, a pesquisa classifica-se predominantemente como quantitativa. Conforme afirma Richardson (1999), a pesquisa quantitativa é caracterizada pelo emprego da quantificação, tanto nas modalidades de coleta de informações quanto no tratamento delas por meio de técnicas estatísticas. Em relação aos procedimentos metodológicos para o desenvolvimento deste artigo, realizou-se pesquisa de campo com levantamento de dados. Gil (2002) afirma que a pesquisa de campo procura o aprofundamento de uma realidade específica, sendo basicamente realizada por meio da observação direta das atividades do grupo estudado e de entrevistas com informantes para captar as explicações e interpretações do que ocorre naquela realidade.

O levantamento é a interrogação direta das pessoas cujo comportamento se deseja conhecer. Procede-se à solicitação de informações a um grupo significativo de pessoas acerca do problema estudado para, em seguida, mediante análise quantitativa, obterem-se as conclusões correspondentes aos dados coletados (GIL, 2008). A pesquisa foi realizada por meio da aplicação de questionários aos servidores responsáveis pelo controle interno do MPT. Um questionário foi produzido com o objetivo de servir como instrumento de avaliação visando responder o problema de pesquisa.

5 Resultados e discussão

Nesta seção realiza-se a análise quantitativa dos dados coletados dos servidores que atuam nas Assessorias de Conformidade de Registros de Gestão do Ministério Público do Trabalho, seguindo o especificado por Gil (2009) ao comentar as conclusões dos dados coletados.

A análise dos dados da pesquisa foi realizada com intuito de verificar o nível de aderência dos servidores ao exercerem suas atividades, com base nos princípios constitucionais e específicos para o exercício das funções que lhes são atribuídas como conformistas.

Por meio da plataforma GoogleDocs, foi disponibilizado questionário a todos os servidores que atuam nas Assessorias de Conformidade de Registros de Gestão na PGT e nas unidades do MPT, no período entre 15 e 24 de abril de 2019. Houve treze respondentes num total de trinta servidores, quantitativo considerado satisfatório e suficiente para se extrair informações concernentes aos objetivos estabelecidos.

5.1 Perfil social e de formação acadêmica

Quanto à idade, a distribuição dos servidores apresentou-se no intervalo entre 30 e 59 anos, com um percentual maior para a faixa etária de 50 a 59 anos. Observa-se, neste caso, servidores mais experientes por terem mais de trinta anos.

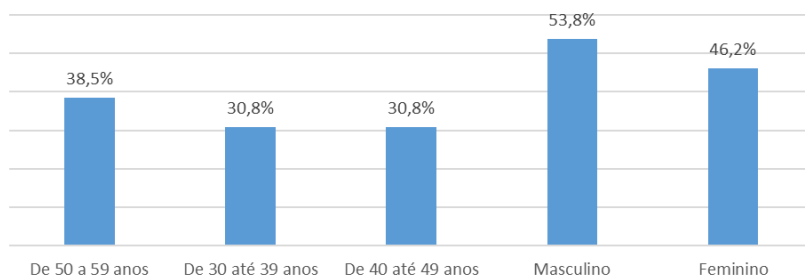
Quanto ao gênero, houve predominância para servidores do sexo masculino (53,8%).

Dos resultados de formação acadêmica do servidor, obtiveram-se informações de grande valia para uma análise estratégica. A diversidade de formações dos servidores que atuam nas Assessorias de Conformidade foi bem ampla, com cursos de graduação bem distintos do perfil previsto para a área, a exemplo do curso de Letras. Esse resultado aponta para uma necessidade maior de treinamento específico para atuar nas assessorias de conformidade do MPT, seguindo ao que preceituam Garcia Filho, Mello e Resende (2013) quando citam a necessidade de aperfeiçoamento do controle primário.

Ainda sobre a graduação, 60% dos entrevistados consideraram boa e muito boa a qualidade da formação para atuarem no controle administrativo das unidades do MPT. Em relação à pós-graduação, 77% dos entrevistados possuíam algum curso, um resultado positivo para a área. Alerta-se quanto à ausência de servidores sem formação em nível de mestrado e doutorado. Pouco mais da metade

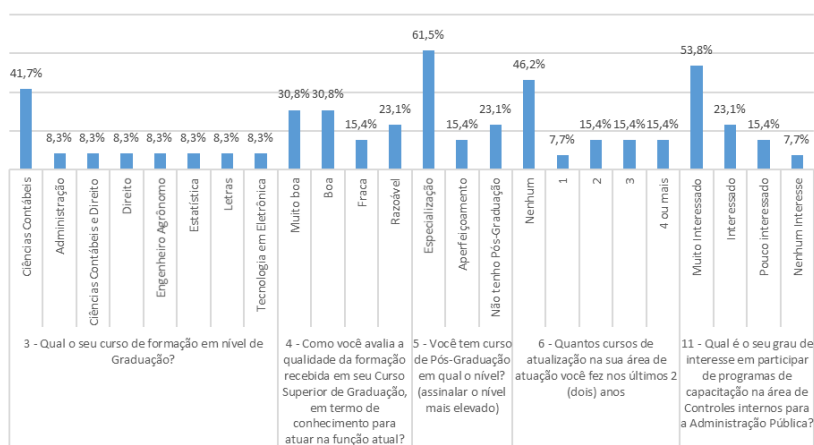
dos servidores entrevistados fizeram pelo menos um curso de atualização na área nos últimos dois anos, e os demais não tiveram nenhuma atualização nesse período. Contudo, em resposta à pergunta n. 11 do questionário, observou-se que 77% dos entrevistados tinham interesse em participar de programas de capacitação na área de controle interno. Os gráficos são apresentados abaixo:

Gráfico 1 • Perfil social dos entrevistados distribuídos por faixa etária e gênero (valores percentuais)



Fonte: Elaborado pelo autor.

Gráfico 2 • Formação acadêmica dos entrevistados

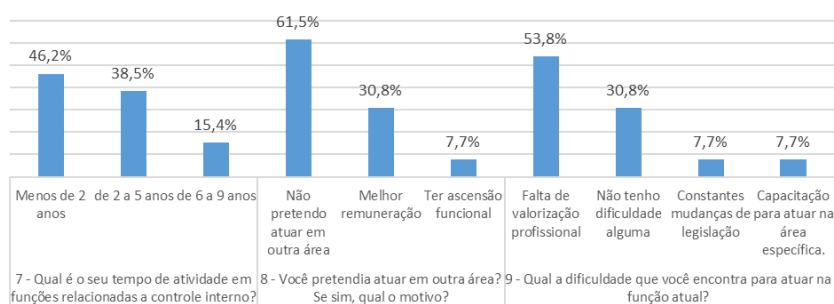


Fonte: Elaborado pelo autor.

5.2 Perfil profissional do servidor

Verificou-se que, apesar de haver servidores com mais de trinta anos de idade no controle interno, todos os entrevistados têm menos de dez anos de atuação na área de controle interno. Outra informação importante é que a maioria dos servidores que atuam no controle interno não têm interesse em atuar em outra área dentro do MPT. Ainda assim, reconhecem que não possuir valorização profissional é a maior dificuldade encontrada para atuar nessa área.

Gráfico 3 • Perfil profissional dos entrevistados



Fonte: Elaborado pelo autor.

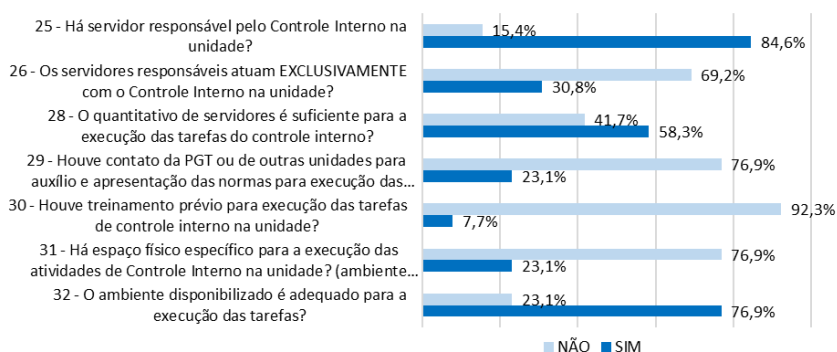
5.3 Capacitação e estruturação do controle interno no MPT

Extraem-se da pesquisa informações interessantes e importantes para o processo de capacitação e estruturação do controle administrativo no MPT. Apesar de 85% dos setores possuírem responsáveis pela conformidade, 70% dos entrevistados não atuam exclusivamente com as funções atribuídas às assessorias de conformidade, isto é, acumulam funções, atuam em dois setores distintos ou interligados. Ainda neste ponto, detecta-se que quase 50% das unidades têm apenas um servidor responsável pelo controle interno e que, em 60% dos casos, um servidor é suficiente para a execução das tarefas das assessorias de conformidade.

Quanto à capacitação interna e prévia para a execução das tarefas de conformidade, constatou-se que 77% dos servidores iniciaram os trabalhos sem nenhum auxílio ou apresentação das normas por parte da PGT ou de outras unidades. Dos entrevistados, 92% não receberam treinamento prévio para a execução das tarefas (considerando-se treinamento externo). Almeida (2010) alerta que, para não haver falhas em controles, caracterizando ausência de competência perante seus clientes, a administração deve manter um controle competente, alinhado ao planejamento da organização e que se mostre realizável. Assim, sugere-se, diante do resultado alcançado nesta pesquisa, que não houve uma busca pelo alinhamento dos conformistas ao planejamento da organização, gerando uma falha perante o cliente (sociedade, cidadão).

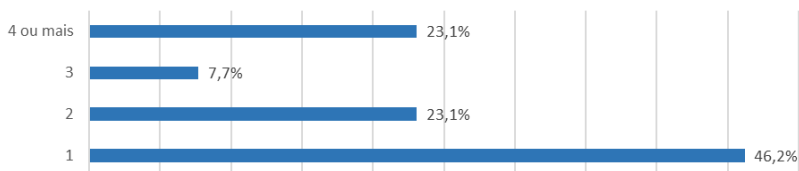
Em relação à estruturação física das Assessorias de Conformidade de Registros de Gestão (controle administrativo do MPT), em 77% das unidades não há espaço físico exclusivo para o controle interno, ou seja, sempre há compartilhamento de espaço com outros setores ou o servidor atua em outros setores e cumpre as funções de controle administrativo. Mesmo não tendo um ambiente exclusivo para o controle administrativo, o espaço disponibilizado atualmente na maioria das unidades é adequado para a execução das tarefas.

Gráfico 4 • Capacitação e estruturação do controle interno no MPT



Fonte: Elaborado pelo autor.

Gráfico 5 • Quantitativo de servidores que atuam no controle administrativo em cada unidade



Fonte: Elaborado pelo autor.

6 Conclusão

Considerando que a atividade de controle interno na área governamental é de suma importância para possibilitar e aperfeiçoar os instrumentos de fiscalização e controle e proporcionar aos gestores públicos dados e informações mais precisos para a elaboração do planejamento de programas, ações e metas, bem como auxiliar na tomada de decisões, este artigo se propôs a fazer um estudo para avaliar o perfil dos servidores que atuam nas Assessorias de Conformidade de Registros de Gestão, que é o controle administrativo do MPT, o qual compõe todo o sistema de controle interno desse ramo do MPU.

O controle interno é amplamente estruturado pelo arcabouço jurídico que circunda toda a Administração Pública, e é esse ordenamento jurídico que impulsiona o controle interno para um patamar de grande relevância, pois princípios como o da eficiência, eficácia, efetividade, transparência, entre outros, serão cumpridos em sua integralidade dentro do contexto público se houver um controle interno bem estruturado e atuante.

Os princípios que regem a Administração Pública contribuem com a estruturação dos controles internos, e estes têm seus próprios princípios, que fundamentam toda a atuação dos auditores de controle interno no serviço público federal. Os princípios que permeiam a atividade de controle interno refletem significativamente no cumprimento dos princípios da Administração Pública, entre os quais citamos: moralidade, eficiência, probidade, economicidade, interesse público, supremacia do interesse público, presunção de legitimidade, finalidade, entre outros.

Há necessidade de melhoria na estrutura do controle administrativo do MPT para atender aos princípios constitucionais específicos de controle, proporcionar autonomia para a tomada de decisões, promover o acesso à informação e apontar o que não está de acordo com a legislação.

A melhoria do controle administrativo do MPT inicia-se com o alinhamento às diretrizes estabelecidas pelo Poder Executivo Federal (CGU) e pela Presidência da República. Para isso, o ordenamento jurídico relativo ao controle administrativo deve ser estudado, revisado e atualizado constantemente pelos responsáveis pelo controle interno no MPT. Alguns ordenamentos já são primordiais para esse aprimoramento e entende-se que são leituras obrigatórias para os servidores que atuam no controle interno. São eles: Instrução Normativa CGU n. 3/2017 (aprova o referencial técnico da atividade de auditoria interna governamental do Poder Executivo Federal); Decreto n. 3.591, de 6 de setembro de 2000 (dispõe sobre o sistema de controle interno do Poder Executivo Federal e dá outras providências); e Macrofunção SIAFI n. 02.03.14 (Conformidade de Registro de Gestão)¹.

O mapeamento de competências, a criação de grade de capacitação prévia específica para os servidores que atuarão na área de controle administrativo e o treinamento com intervalo anual ou bi-anual, com o objetivo de atualização jurídica, de procedimentos e de processos aos que já atuam nas Assessorias de Conformidade de Registros de Gestão do MPT, são ações que fazem parte do processo de melhoria da estrutura do controle administrativo e de alinhamento ao planejamento estratégico do Ministério Público do Trabalho.

Os resultados obtidos neste artigo, com dados de pesquisa interna e compilação do ordenamento jurídico, servem de base para ações futuras da alta gestão do MPT referentes à estruturação e à capacitação adequada das Assessorias de Conformidade e Registros de Gestão.

1 Disponível em: https://conteudo.tesouro.gov.br/manuais/index.php?option=com_content&view=article&id=1550:020314-conformidade-de-registro-de-gestao&catid=749&Itemid=700. Acesso em: 27 abr. 2019.

Referências

ALBANESE, Robert. *Managing: toward accountability for performance*. 3. ed. Homewood, Illinois: Irwin, 1981.

ALMEIDA, Marcelo Cavalcanti. *Auditoria: um curso moderno e completo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ATTIE, William. *Auditoria: conceitos e aplicações*. São Paulo: Atlas, 1998.

ATTIE, William. *Auditoria interna*. São Paulo: Atlas, 1992.

BOTELHO, Milton Mendes. *Manual de controle interno: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. *Manual de integridade pública e fortalecimento da gestão: orientações para o gestor municipal*. 3. ed. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2013.

BRASIL. Ministério Público da União, Procuradoria-Geral da República. Portaria PGR/MPU n. 53, de 29 de maio de 2017. *Aprova o Regimento Interno da Auditoria Interna do Ministério Público da União*. Publicado no Boletim de Serviço do MPU (BSMPU, Brasília, DF, p. 2, maio. 2017).

BRASIL. Procuradoria-Geral do Trabalho (PGT). Gabinete do Procurador-Geral do Trabalho. Portaria n. 1314, de 22 de agosto de 2017. *Institui o Regimento Interno Administrativo do Ministério Público do Trabalho*. Publicado no Boletim de Serviço Especial, BS Especial 8-J 2017, p. 1; republicada no Boletim de Serviço Especial n. 12-K 2018.

CREPALDI, Silvio Aparecido. *Auditoria contábil: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2000.

GARCIA FILHO, Ronaldo Cardoso; MELLO, Eduardo José Costa; RESENDE, Alex Laquis. *O papel da conformidade de registro de gestão no*

controle preventivo do ciclo orçamentário: um importante instrumento de sinalização para a auditoria e redução de riscos de impropriedades ou irregularidades na gestão pública federal. In: XXXVII Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, 2013, Rio de Janeiro. Anais [...]. Rio de Janeiro: EnANPAD, 2013.

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

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MEGGINSON, L. C., MOSLEY, D. C., PIETRI JUNIOR, P. H. *Administração: conceitos e aplicações*. São Paulo: Harper & How do Brasil, 1986.

QUINTANA, Alexandre Costa *et al.* *Contabilidade pública: de acordo com as normas brasileiras de contabilidade aplicada ao setor público e a Lei de Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Atlas, 2011.

A responsabilidade civil do Estado: a evolução do tema diante da violação generalizada dos direitos fundamentais da população carcerária brasileira

Lucas Vasconcelos de Moraes

Analista Processual do Ministério Público da União. Ex-policiaI militar do Estado do Espírito Santo. Especialista em Administração Pública pela Faculdade de Tecnologia São Francisco (FATESF). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI).

Resumo: O presente estudo analisa a evolução da responsabilidade civil do Estado ante a violação generalizada dos direitos fundamentais da população carcerária brasileira. As penitenciárias brasileiras são palco de confronto entre facções criminosas, que geram verdadeiros massacres nos estabelecimentos prisionais, embora seja inadmissível no Estado Democrático de Direito a aplicação de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Diante desse cenário desolador, a Suprema Corte brasileira reconheceu a violação dos direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro e declarou que os presídios do País estão submetidos a um verdadeiro *estado de coisas inconstitucional*, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a atual conjuntura. Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 841.526, decidiu que a morte de um detento nas dependências do sistema prisional gera responsabilidade civil do Estado, desde que haja inobservância do seu dever específico de proteção.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Direitos fundamentais. Estado de coisas inconstitucional. Dignidade da pessoa humana. População carcerária.

Abstract: This study analyzes the evolution of civil liability of the State in the face of the widespread violation of the fundamental rights of the Brazilian prison population. Brazilian prisons are the

scene of confrontation between criminal factions, which generate real massacres in prisons, although it is inadmissible in the Democratic State of Law to apply cruel, inhuman or degrading treatments or punishments. Faced with this bleak scenario, the Brazilian Supreme Court acknowledged the violation of fundamental rights in the Brazilian penitentiary system and declared that the country's prisons are subject to a true *unconstitutional state of affairs*, caused by the repeated and persistent inertia or incapacity of public authorities in modify the current situation. In this scenario, the Federal Supreme Court, judging Extraordinary Appeal 841.526, ruled that the death of a prisoner within the prison system generates civil liability of the State, provided that its specific duty of protection is not observed.

Keywords: State liability. Fundamental rights. Unconstitutional state of affairs. Dignity of human person. Prison population.

Sumário: 1 Introdução. 2 Dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. 3 O estado de coisas inconstitucional. 4 A responsabilidade civil do Estado. 4.1 Evolução doutrinária e jurisprudencial. 4.2 Análise do Recurso Extraordinário n. 841.526. 5 Considerações finais.

1 Introdução

O presente artigo tem por escopo analisar a responsabilidade civil do Estado em relação ao indivíduo preso, custodiado no sistema carcerário brasileiro. O aumento da população carcerária traz consequências negativas para sociedade e para aqueles que estão privados da liberdade, sendo esta um direito fundamental de suma importância, pois sua restrição torna impossível o exercício de grande parte dos direitos positivados em nossa Carta Magna.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347, reconheceu que, no sistema prisional brasileiro, há uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. As penas privativas de liberdade, embora necessárias para garantia da ordem pública, acabam sendo penas cruéis e desumanas. Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, contribuem para o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em *profissionais do crime*.

A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. O reincidente, por sua vez, passa a cometer crimes ainda mais graves. De acordo com a Suprema Corte brasileira, a responsabilidade por essa situação deve ser atribuída aos Três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), tanto da União como dos Estados-Membros e do Distrito Federal.

Justifica-se a abordagem do presente tema, uma vez que, nas penitenciárias brasileiras, houve um aumento significativo de confronto entre facções criminosas, gerando verdadeiros massacres nos estabelecimentos prisionais, como aquele ocorrido em 29 de julho de 2019, no Centro de Recuperação Regional de Altamira, no Pará, no qual 57 detentos foram mortos, fato com repercussão internacional. Outro acontecimento marcante, em maio de 2019, foi a morte de 55 presos dentro de quatro unidades penitenciárias no Município de Manaus, também decorrente de confrontos entre as facções criminosas que atuam dentro dos presídios.

Isto posto, o presente artigo analisará a responsabilidade civil do Estado em relação ao indivíduo sob sua custódia, assunto divergente, amplamente debatido pela doutrina e jurisprudência atuais, o qual envolve vários ramos do Direito (Constitucional, Administrativo, Processual Penal, direitos humanos). Para tal, será utilizado o método dedutivo, com base em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, através do qual será possível apontar os argumentos que fundamentam a responsabilidade civil do Estado em relação ao preso.

2 Dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana

Os direitos fundamentais não devem existir apenas em um plano teórico ou semântico, é necessário adotar critérios de ordem material sobre esses direitos para possibilitar sua promoção e seu exercício pelo Estado. Também classificados como direitos auto-aplicáveis, é de suma importância que sejam avaliadas as omissões do Estado, em todos os seus Poderes, sobre o seu exercício.

Dessa forma, devem ser protegidos não apenas os direitos fundamentais expressamente definidos, mas todos aqueles que sejam

essenciais ao indivíduo sob o ponto de vista dos direitos fundamentais. Nesse sentido, são os ensinamentos de Alexy (1986, p. 450):

Por “direitos a proteção” devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direitos a proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade.

Os direitos fundamentais são provenientes de diversas fontes, entre elas a religião e a filosofia. Tais direitos surgiram para limitar e controlar os abusos de poder praticados pelo Estado, garantindo, assim, uma vida mais digna a todos os cidadãos. O pensamento jusnaturalista entende que o homem possui direitos naturais que são independentes da vontade do Estado, como o direito à vida, à propriedade e à liberdade, sendo tais direitos essenciais para o bem-estar social e, portanto, inalienáveis. Dessa forma, possível afirmar que os direitos naturais são aqueles que cabem ao homem em virtude de sua existência (BOBBIO, 1992).

A concepção do indivíduo como sujeito da autonomia individual, moral e intelectual justificou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789, a qual mais tarde deu origem à positivação dos direitos fundamentais, ficando tais direitos fora do alcance dos ataques “legítimos” do poder. A noção de direitos fundamentais é mais antiga que o surgimento da ideia de constitucionalismo, visto que esta última apenas apontou para necessidade de insculpir um rol mínimo de direitos humanos em um documento escrito, derivando diretamente da soberana vontade popular (MORAES, 2008).

A Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, representou um grande avanço para o País, especialmente na área da extensão dos direitos fundamentais aos cidadãos em geral e às chamadas “minorias”. Mister se faz ressaltar que os direitos

elencados na Constituição Cidadã, conforme disposto em seu art. 5º, § 2º, não excluem outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A elaboração da Constituição de 1988, pós-período militar, foi fruto de um processo de discussão responsável pela volta da democracia no País. Seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente são características que se estendem ao título dos direitos fundamentais. Entretanto, vale lembrar que, embora alguns dos direitos fundamentais estejam determinados em um título próprio dentro do texto constitucional e outros dispostos de forma dispersa, eles compreendem um sistema aberto e flexível, integrado ao restante da ordem constitucional (SARLET, 1988).

Os direitos fundamentais conduziram o legislador constituinte a ir mais além, instituindo previsão específica de proteção aos apenados no art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, nos seguintes termos: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Trata-se de direito fundamental intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual constitui base axiológica de todos os direitos fundamentais, que o concretizam.

Entretanto, a realidade das penitenciárias brasileiras está muito distante do cumprimento satisfatório da disposição impositiva do art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. A violência perpetrada contra detentos no Brasil é um fato notório e reiterado, retratado nos noticiários nacionais, como os recentes massacres ocorridos no Centro de Recuperação Regional de Altamira-PA e nas penitenciárias de Manaus-AM, todos ocorridos no ano de 2019.

No que tange à dignidade da pessoa humana, não é tarefa fácil conceituar o que seria exatamente este fundamento da República Federativa do Brasil; contudo, entre os doutrinadores parece haver um consenso de que o conceito é aberto, podendo ser entendido como um conjunto de princípios e valores que tem a função de garantir que cada cidadão tenha seus direitos respeitados pelo Estado e pelos demais cidadãos.

Nas palavras do jurista Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60),

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da Comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Assim, a dignidade é um caráter inerente ao ser humano, sendo uma meta permanente do Estado Democrático de Direito mantê-la. No campo filosófico, a figura da dignidade não está associada à religião, mas sim à posição social do homem perante a sociedade. Nesse cenário, quanto maior o reconhecimento que o indivíduo tivesse em seu meio social, maior seria sua dignidade. De fato, o conceito de dignidade está intimamente ligado à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo. Portanto, o homem deve ser visto como um ser livre e responsável por seus atos e destino (SARLET, 2001).

Dessa forma, verifica-se que a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, manifestando-se na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, trazendo consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas. Assim, deve ser assegurada por todo estatuto jurídico, de tal modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sem menosprezar o necessário respeito que merecem todas as pessoas na qualidade de seres humanos (MORAES, 2008).

Portanto, a dignidade da pessoa humana não deve ser vista somente como um postulado, isto é, um princípio que norteia a aplicação dos demais princípios, mas sim sob a ótica de um princípio supremo, visto que o Estado deve promover as condições necessárias para que o ser humano seja tratado de maneira digna, possibilitando sua sobrevivência.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, elevou a pessoa e a sua dignidade a uma posição de destaque, trazendo uma série de garantias ao cidadão em relação ao Estado, demonstrando relevante preocupação com os seres humanos. O referido tratado internacional também trouxe diversas garantias em relação às pessoas que se encontram sob custódia do Estado, visto que sua dignidade não pode ser suprimida pelo fato de estarem presas. Por tal motivo, é inadmissível no Estado Democrático de Direito a aplicação de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, produzido pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no ano de 1966, e promulgado no Brasil através do Decreto n. 592, de 1992, foi outro importante instrumento de garantia dos cidadãos em relação às arbitrariedades praticadas pelo Estado. No preâmbulo do referido tratado, há disposição expressa no sentido de que os fundamentos da liberdade, da justiça e da paz no mundo decorrem da dignidade inerente à pessoa. Da mesma forma, em seu art. 10, estabelece que as pessoas que estejam privadas de sua liberdade deverão ser tratadas com humanidade e respeito a sua dignidade.

Por fim, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes, adotada em dezembro de 1984 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e promulgada no Brasil pelo Decreto n. 40, de fevereiro de 1991, também trouxe em seu preâmbulo a concepção de que os direitos iguais e essenciais que pertencem a todos os seres humanos derivam da dignidade da pessoa humana.

Ante o exposto, verifica-se que há, nos tratados internacionais, uma grande preocupação com as pessoas que se encontram sob custódia do Estado, com a sua liberdade de locomoção restringida. Estes tratados têm por escopo garantir o respeito à dignidade humana, pois, como já dito anteriormente, esta não deixa de existir em relação ao autor de crime, precisando ser observada por todos os agentes responsáveis pela aplicação e execução da pena, garantindo a todos os cidadãos o direito de serem ressocializados de maneira digna.

Essa preocupação em se estabelecer um sistema prisional que respeite a dignidade humana não é recente. No século XVIII, Cesare Beccaria, em sua obra *Dos delitos e das penas*, afirmava que “o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível” e que a pena deve causar “a impressão mais eficaz e duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu” (BECCARIA, 1999, p. 52).

A ciência criminológica hodierna considera o infrator da lei penal um verdadeiro inimigo do Estado, o qual poderia, portanto, ser privado dos seus direitos fundamentais como membro da sociedade. Nesse sentido, são os ensinamentos de Eugenio Raúl Zaffaroni (2007, p. 18):

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho. Por mais que a ideia seja matizada, quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais [...] A rigor, quase todo o direito penal do século XX, na medida em que teorizou admitindo que alguns seres humanos são perigosos e só por isso devem ser segregados ou eliminados, coisificou-os sem dizê-lo, e com isso deixou de considerá-los pessoas, ocultando esse fato com racionalizações.

O Estado Democrático de Direito – conceito que se refere ao Estado no qual há o respeito pelos direitos fundamentais e a dignidade humana – não pode admitir que alguns indivíduos sejam privados dos seus direitos fundamentais, mesmo quando atentarem contra os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. A pretensão punitiva do Estado, embora deva ser exercitada plenamente, deve respeitar os direitos que os acusados ou apenados, como qualquer ser humano, têm assegurados pela ordem jurídica. Em suma, devem ser tratados como seres humanos, pois, “no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua humanidade” (FOUCAULT, 2011, p. 72).

3 O estado de coisas inconstitucional

O estado de coisas inconstitucional surgiu na Colômbia, a partir da Decisão SU-559, da Corte Constitucional Colombiana, em 6 de novembro de 1997, como forma de corrigir, com a atuação

do Poder Judiciário, graves e reiteradas violações aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Trata-se de conceito jurídico novo, que tem por objetivo enfrentar falhas estruturais em políticas públicas adotadas pelo Estado, exigindo uma atuação conjunta de diversas entidades estatais.

Através dessa técnica de decisão, a Corte Constitucional reconhece o estado de coisas inconstitucional e impõe aos demais Poderes do Estado a adoção de providências no sentido de superar a violação massiva de direitos fundamentais (GUIMARÃES, 2017). Essas decisões são caracterizadas por: afetarem uma ampla quantidade de pessoas; envolverem várias entidades estatais responsáveis por falhas sistemáticas nas políticas públicas adotadas; implicarem ordens de execução complexas, mediante as quais o magistrado impõe a adoção de medidas coordenadas para tutelar toda a população afetada (GARAVITO; FRANCO, 2010).

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais se caracteriza por ensejar uma pretensão de que se exija um dado comportamento de outrem ou por produzir efeitos sobre certas relações jurídicas. Por seu turno, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais consiste em considerá-los como uma ordem de princípios e valores que se irradiam por todo o ordenamento jurídico, servindo como norte para a ação de todos os Poderes constituídos (MENDES; BRANCO, 2013).

Nesse sentido, o estado de coisas inconstitucional expressa a proteção dos direitos fundamentais em sua dimensão objetiva, uma vez que o seu reconhecimento acarreta mandados de ações e deveres de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado. Por sua vez, o Estado deve empreender um conjunto de ações administrativas e legislativas para assegurar o efetivo respeito dos direitos fundamentais. Dessa forma, o juiz constitucional atua como um garantidor da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em uma sociedade democrática e pluralista (HERNÁNDEZ, 2003).

A Constituição Federal de 1988 trouxe diversos mecanismos para superar as inconstitucionalidades presentes na realidade brasileira, entre os quais se destaca a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que, de acordo com o art. 1º da Lei

n. 9.882/1999, tem por objeto “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Dessa forma, é cristalino que as falhas estruturais e as inconstitucionalidades decorrentes da omissão generalizada e reiterada das autoridades públicas se encaixam perfeitamente na noção de ato do Poder Público.

O estado de calamidade do sistema penal brasileiro é reconhecido amplamente pela jurisprudência dos tribunais superiores. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), reconheceu a violação dos direitos fundamentais no sistema penitenciário brasileiro, ante a inércia e omissão do Estado – União, Estados e Distrito Federal – nos Três Poderes (Judiciário, Legislativo e Executivo).

O tribunal deferiu parcialmente, por maioria, a medida cautelar, determinando que fossem realizadas audiências de custódia, nas quais o preso deveria comparecer perante a autoridade judiciária no prazo de 24 horas, bem como que a União liberasse o saldo do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) para que este atingisse sua finalidade, devendo se abster de realizar novos contingenciamentos.

A atuação da Corte justificou-se diante da forte violação dos direitos fundamentais, notadamente pela transgressão à dignidade humana das pessoas que estão sob custódia do Estado. Nas palavras do ministro Marco Aurélio, relator da referida ADPF: “a intervenção judicial mostra-se legítima presente padrão elevado de omissão estatal, frente à situação de violação generalizada de direitos fundamentais”.

Consoante o disposto na petição inicial da ADPF n. 347, a vedação às penas cruéis não se limita a uma análise abstrata do que vem a ser pena cruel; pelo contrário, trata-se do dever do Poder Judiciário de analisar a realidade da aplicação das penas, tendo em vista “as condições desumanas e indignas, em geral, da execução das penas na maioria absoluta das penitenciárias e cadeias públicas brasileiras” (SANTOS, 2014, p. 41).

Dessa forma, uma pena abstratamente proporcional pode se tornar manifestamente desproporcional, quando cumprida em condições muito mais gravosas do que aquelas estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Tal realidade é vivenciada nas penitenciá-

rias brasileiras, diante da forte violação dos direitos fundamentais daqueles que se encontram sob custódia do Estado, o qual deveria garantir-lhes um tratamento digno em respeito a sua dignidade.

Nesse cenário, o julgamento da ADPF n. 347 e o voto-vista do ministro Luís Roberto Barroso foram um marco na jurisdição constitucional brasileira, visto que desafiaram os Três Poderes a estabelecerem um diálogo institucional, tendo por objetivo comum superar a deficiência crônica de políticas públicas nas penitenciárias brasileiras, contribuindo para consolidação dos direitos e das garantias fundamentais presentes em nossa Carta Magna.

4 A responsabilidade civil do Estado

A responsabilidade civil *lato sensu* é o dever de reparar um dano que determinada parte causou a um terceiro, desde que estejam presentes os requisitos para tal, possibilitando, desse modo, reestabelecer o *status quo ante*. Nesse sentido, “responsabilidade civil é a que se traduz na obrigação de reparar danos patrimoniais e se exaure com a indenização” (MEIRELLES, 2013, p. 724).

O conceito de responsabilidade civil do Estado surgiu com base no entendimento de que, para garantia do Estado Democrático de Direito, o ente público – como sujeito de direitos e obrigações – não poderia se furtar a ressarcir os danos que causasse em decorrência do desempenho de suas funções. Para o administrativista Helly Lopes Meirelles (2004, p. 624), tal responsabilidade é

a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las.

Nos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 642),

Quando se fala em responsabilidade do Estado, está-se cogitando dos três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. Fala-se, no entanto, com mais frequência, de responsabilidade resultante de comportamentos da Administração Pública, já que, com relação aos Poderes Legislativo e Judiciário, essa responsabilidade incide em casos excepcionais.

Assim, o Estado, ao atuar, pode causar danos aos administrados através de atos ilícitos ou lícitos, de forma comissiva ou omissiva. Conforme disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, o Estado – pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos – será responsabilizado pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Hodiernamente, o entendimento pacífico da doutrina e jurisprudência é de que a responsabilidade do ente estatal não deve ser regida pelo Direito Privado, mas sim pelo Direito Público, notadamente pelo Direito Administrativo, visto que está fundamentada em princípios específicos, como o da supremacia do interesse público sobre o particular. Nesse sentido,

Sem embargos, a responsabilidade do Estado governa-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica, e, por isso mesmo, é mais extensa que a responsabilidade que pode calhar as pessoas privadas [...]. Com efeito: seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, sob pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua função própria, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu conteúdo onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos. Ademais, impede observar que os administrados não têm como se evadir ou sequer minimizar os perigos de dano provenientes da ação do Estado, ao contrário, do que sucede nas relações privadas. Deveras: é o próprio poder público que dita os termos de sua presença no seio da coletividade e é ele quem estabelece o teor e a intensidade de seu relacionamento com os membros do corpo social. (MELLO, 2007, p. 970).

Contudo, verifica-se que, por sua abrangência, a responsabilidade civil do Estado não está adstrita exclusivamente a este campo do Direito, devendo ser analisada de forma interdisciplinar, observando preceitos insculpidos em nossa Constituição e nas normas

infraconstitucionais (Direito Civil, Direito Processual, Direito Econômico), além dos princípios gerais do Direito.

O Estado, na qualidade de pessoa jurídica, é uma ficção, um ser intangível, que, por si só, não pode praticar ou se abster de praticar atos, visto que o ente estatal só atua por meio de seus agentes e deve, consequentemente, responder pelos danos que estes causarem na prestação dos serviços públicos. Nesse ponto, para que surja a obrigação de indenizar por parte do Estado, devem ocorrer necessariamente três sujeitos, são eles: o Estado, o lesado e o agente do Estado (CARVALHO FILHO, 2006).

4.1 Evolução doutrinária e jurisprudencial

No passado, prevalecia a teoria da irresponsabilidade do Estado, reflexo dos Estados absolutistas, fundamentada na convicção de soberania de um administrador máximo. Tal teoria consistia no fato de que não era possível o monarca (personificação do Estado) lesar seus súditos, tendo em vista a impossibilidade de o rei cometer erros. Nesse sentido, os agentes públicos, representantes do rei, não poderiam ser responsabilizados por seus atos no exercício das funções inerentes ao rei; “qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania” (DI PIETRO, 2010, p. 644).

Posteriormente, influenciada pelo individualismo característico do liberalismo, predominou a teoria da responsabilidade com culpa, a qual visava à equiparação do Estado ao indivíduo, fazendo com que, em caso de dano, o ente estatal fosse obrigado a indenizar os particulares nas mesmas hipóteses previstas para os indivíduos em geral. Dessa forma, havia uma semelhança entre a responsabilidade do Estado e aquela prevista no direito privado, visto que cabia ao particular prejudicado demonstrar a existência dos elementos subjetivos, quais sejam, a culpa ou o dolo (MEIRELLES, 2004).

Mais tarde, surgiu a teoria da culpa administrativa, dando início à transição entre a teoria subjetiva da culpa civil e a responsabilidade objetiva adotada pelo ordenamento jurídico atual. Nos ensinamentos de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (ALEXANDRINO; PAULO, 2010, p. 723),

O dever de o Estado indenizar o dano sofrido pelo particular somente existe caso seja comprovada a existência de falta de serviço. Não se trata de perquirir da culpa subjetiva do agente, mas da ocorrência de falta na prestação do serviço, falta essa objetivamente considerada. [...] A culpa administrativa pode decorrer de uma das três formas possíveis de falta do serviço: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço. Cabe sempre ao particular prejudicado pela falta comprovar sua ocorrência para fazer jus à indenização.

Atualmente, prevalece a teoria do risco administrativo fundamentada na responsabilidade objetiva e baseada em princípios de ordem pública e jurídica, amparada nos preceitos da justiça distributiva, pois, da mesma forma que os benefícios da atuação do Poder Público recaem sobre todos indivíduos, tal deve ser a divisão do ônus dessa atuação. Diante disso,

passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com o risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes havia de corresponder um risco maior. (CARVALHO FILHO, 2005, p. 442).

Por fim, surge a teoria do risco integral, segundo a qual o ente público seria elevado à condição de segurador universal, devendo indenizar todo e qualquer dano suportado pelos particulares, desde que esteja envolvido no evento, inexistindo causas capazes de excluir tal obrigação. Para essa teoria, é necessária a existência do evento danoso e do nexo causal para que surja a obrigação de reparar o dano por parte do Poder Público, ainda que o dano seja oriundo de culpa exclusiva do particular.

Sobre o tema, assim se pronuncia Diogenes Gasparini (2011, p. 1114):

Por teoria do risco integral entende-se a que obriga o Estado a indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no respectivo evento. Não se indaga, portanto, a respeito da culpa da vítima na produção do evento danoso nem se permite qualquer prova visando elidir essa responsabilidade. Basta, para caracterizar a obrigação de indenizar, o simples envolvimento do Estado no evento. Assim, ter-se-ia de indenizar a família da vítima de alguém que, desejando suicidar-se, viesse a se atirar sob as rodas de um veículo, coletor de lixo, de propriedade da Administração Pública, ou se atirasse de um prédio

sobre a via pública. Nos dois exemplos, por essa teoria, o Estado, que foi simplesmente envolvido no evento por ser o proprietário do caminhão coletor de lixo e da via pública, teria de indenizar. Em ambos os casos, os danos não foram causados por agentes do Estado. A vítima os procurou, e o Estado, mesmo assim, teria de indenizar.

No Brasil, o tema *responsabilidade civil do Estado* evoluiu por todos esses enfoques doutrinários. A Constituição de 1824, por exemplo, previa, em seu art. 179, XXIX, a responsabilização apenas do agente público causador do dano, ao dispor que

os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos.

Entretanto, essa regra não era aplicada à figura do imperador, que, nos termos do art. 99 daquela Carta Política, não estava “sujeito a responsabilidade alguma”.

No que lhe diz respeito, o Código Civil de 1916 trouxe, em seu art. 15, a ideia de responsabilidade civil subjetiva do Estado, ao expressar a seguinte fórmula:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Analisando o dispositivo, é clara a noção de imputação de responsabilidade ao Estado em razão da sua representação pelos agentes públicos, posteriormente considerada inadequada e suplantada pela teoria do órgão (PEREIRA, 2012). Da mesma forma, é nítida a exigência da prova da culpa do agente público, visto que só haveria responsabilidade quando ele agisse de forma contrária à lei – o que foi mitigado, posteriormente, pela teoria da culpa anônima.

A Constituição de 1946, em seu art. 194, trouxe previsão expressa da teoria do risco administrativo, ao determinar que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. Assim, passou-se a prever a responsabilidade direta do

Estado pelos atos dos seus agentes, sem a exigência de prova da sua culpa, que só precisava ser demonstrada pelo Estado na sua ação regressiva contra o agente público causador do dano.

Da mesma forma, a Constituição Federal de 1988 reafirmou a teoria do risco administrativo e estabeleceu a responsabilidade civil objetiva do Estado pelos atos dos seus agentes, dispondo, em seu art. 37, § 6º, que

as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O referido dispositivo, ao mencionar que a Administração responderá “pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”, deixou clara a necessidade de comprovação do nexo de causalidade entre a conduta do agente público e o dano sofrido pelo particular.

Com base nessas premissas, é evidente que a teoria que rege a responsabilidade civil do Estado no ordenamento jurídico brasileiro hodierno é a do risco administrativo, e não a do risco integral, o que torna juridicamente possível a oposição de causas excludentes do nexo de causalidade e exoneradoras de responsabilização pelo ente público. Nesse sentido, são os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 171):

Observa-se, até hoje, uma certa confusão na doutrina a respeito das teorias já mencionadas, a do risco integral e a do risco administrativo. Essa confusão, no entanto, é mais de ordem semântica, pois todos partilham do entendimento de que as regras constitucionais impuseram a responsabilidade objetiva do Estado pela reparação do dano, não significando, contudo, que tal responsabilidade subsista em qualquer circunstância, mas podendo ser excluída em caso de culpa da vítima ou de força maior.

No Brasil, a teoria do risco integral é utilizada em três situações, a saber: dano decorrente de atividade nuclear exercida pelo Estado ou autorizada pelo mesmo; dano ao meio ambiente, quanto aos atos

comissivos do agente público; e crimes a bordo de aeronaves que estejam sobrevoando o espaço aéreo brasileiro (CARVALHO, 2016).

À vista disso, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado pelos danos que seus agentes causarem, nessa qualidade, a terceiros, com algumas ressalvas de aplicação da teoria do risco integral.

Todavia, a omissão estatal merece considerações específicas, visto que a responsabilidade civil do Estado por omissão retrata questões jurídicas tortuosas, tanto em sede jurisprudencial quanto doutrinária. Isto porque o próprio texto constitucional, que trata da responsabilidade civil do Estado, não deixou claro qual a solução jurídica adequada nos casos de danos oriundos de omissões estatais.

Nesse cenário de indefinição, o Supremo Tribunal Federal vem consolidando sua jurisprudência no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por omissão também está fundamentada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, isto é, configurado o nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a omissão do Poder Público em impedir a sua ocorrência – desde que haja obrigação legal específica de o fazer –, surge a obrigação de indenizar, independentemente de prova da culpa na conduta administrativa, consoante os seguintes precedentes:

Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal abrange também os atos omissivos do Poder Público. Precedentes. 3. Impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório. Enunciado 279 da Súmula do STF. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE n. 677.283 AgR, rel. min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, *DJe* 8/5/2012).

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Estabelecimento público de ensino. Acidente envolvendo alunos. Omissão do Poder Público. Responsabilidade objetiva. Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes.

1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido. (ARE n. 754.778 AgR, rel. min. Dias Toffoli, Primeira Turma, *DJe* 19/12/2013).

Agravo regimental no recurso extraordinário. Responsabilidade civil do Estado. Artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Latrocínio cometido por foragido. Nexos de causalidade configurado. Precedente. 1. A negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos presos sob sua custódia, a inércia do Poder Público no seu dever de empreender esforços para a recaptura do foragido são suficientes para caracterizar o nexo de causalidade. 2. Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE n. 607.771 AgR, rel. min. Eros Grau, Segunda Turma, *DJe* 14/5/2010).

Deveras, não cabe ao intérprete estabelecer distinções onde o texto constitucional não o fez. Nessa senda, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal determina que o Estado responderá objetivamente pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, bastando que esse nexo de causalidade se forme para que a responsabilidade surja, não exigindo a norma constitucional em questão que a conduta estatal seja comissiva ou omissiva. No mesmo entendimento é a lição de Gustavo Tepedino (2008, p. 221):

Não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando de legislador constituinte – *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dentre os quais se destacam o da isonomia e o da justiça distribu-

tiva), perdendo imediatamente base de validade qualquer construção ou dispositivo subjetivista, que se torna, assim, revogado ou, mais tecnicamente, não recepcionado pelo sistema constitucional.

Mister ressaltar que, conquanto o Estado responda de forma objetiva também pelas suas omissões, o nexos de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal. Entendimento em sentido contrário significaria a adoção da teoria do risco integral, aplicada apenas em hipóteses excepcionais, como já mencionado anteriormente.

Por outro lado, não se pode esquecer o que dispõe a parte final do art. 13, § 2º, do Código Penal, que o agente deve ter não só o dever jurídico de impedir o resultado danoso mas também “a real possibilidade de realizar a ação devida” (TAVARES, 2000, p. 143). No âmbito da responsabilidade civil do Estado, difícil reconhecer a possibilidade de o ente público comprovar situação que impeça sua atuação e, conseqüentemente, exclua o nexos jurídico de causalidade da sua omissão com o dano sofrido pelo particular, eximindo-se da responsabilidade.

4.2 Análise do Recurso Extraordinário n. 841.526

O Supremo Tribunal Federal, no dia 30 de março de 2016, ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) n. 841.526, decidiu que a morte de um detento nas dependências do sistema prisional gera responsabilidade civil do Estado, desde que haja inobservância do seu dever específico de proteção. A tese fixada deve ser aplicada em casos similares, visto que o recurso teve repercussão geral reconhecida.

A referida decisão negou, por unanimidade, o provimento do recurso apresentado pelo Estado do Rio Grande do Sul, o qual se opôs ao acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do mesmo Estado na data de 13/5/2010, o que resultou na condenação do ente federativo a indenizar os familiares de preso morto por asfixia mecânica (enforcamento) nas dependências da Penitenciária Estadual do Jacuí, localizada no Município de Charqueadas-RS.

O Estado do Rio Grande do Sul, suscitou, preliminarmente, o reconhecimento da repercussão geral do tema, a qual foi reconhecida pela Suprema Corte ante a relevância da matéria e a transcendência de direitos. Quanto ao mérito, sustentou o Estado a violação ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, alegando a ausência denexo causal entre o evento de morte e o fato administrativo ilícito, visto que havia fortes indícios de ocorrência de suicídio praticado pelo próprio preso.

Intimado a se manifestar, o Ministério Público Federal pugnou pelo desprovimento do recurso extraordinário, uma vez que estaria demonstrado o nexode causalidade entre a conduta estatal e o dano, sendo o próprio recorrente o criador do risco administrativo, ao descumprir os mandamentos da Lei de Execuções Penais.

Em seu voto, o ministro relator, Luiz Fux, posicionou-se pelo desprovimento do recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, defendendo que, mesmo em casos de suicídio, deve incidir a responsabilidade civil do Estado. No caso concreto, ressaltou que, em nenhum momento, o recorrente conseguiu comprovar a ocorrência de suicídio por parte do detento ou qualquer outra excludente que rompesse o nexocausal entre a morte e sua responsabilidade de custódia.

Nas palavras do ministro Luiz Fux (RE n. 841.526/RS),

Deveras, a concepção de que o Estado, apesar de detentor de poderes dotados de imperatividade sobre a esfera de direitos do indivíduo, resta submetido ao império da lei, configura o núcleo essencial do Estado Democrático de Direito. Exemplo de poder de titularidade exclusivamente estatal é o *ius puniendi*, que autoriza a atuação sancionatória do Estado sobre a pessoa, em prol do interesse público na proteção e manutenção da paz social. O Estado, em decorrência do exercício desse poder, vê-se obrigado, por outro lado, a zelar pela integridade dos apenados sob sua custódia. Eis aqui o ponto nodal do presente caso: o poder estatal de punir e a sua responsabilização por danos causados ao preso no desempenho desse *munus* público.

Segundo apontou o ministro, a questão jurídica discutida apresenta densidade constitucional, visto que a norma positivada

no art. 5º, XLIX, da Constituição da República de 1988 assegura aos presos o respeito à sua integridade física e moral, tratando-se de verdadeiro direito fundamental.

Em relação às omissões do Estado, ressaltou que, não obstante o Estado também responda de forma objetiva, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público ostentar o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso, não se desincumbindo dessa obrigação legal. Entendimento em sentido contrário significaria a adoção da teoria do risco integral.

De acordo com o ilustre ministro, há situações em que a responsabilidade civil do Estado é cristalina, entretanto, é necessário avaliar cada situação no caso concreto, a fim de perquirir se houve ou não omissão do ente público, ou seja, se era ou não razoável exigir que agisse a fim de evitar o dano causado. Em casos específicos, como o suicídio de um detento, é necessário averiguar se o reeducando apresentava sinais psicológicos de que estava propenso a retirar a própria vida; se sim, caberá ao ente público indenizar seus familiares.

Por outro lado, quando caracterizada morte natural do detento, desde que o ente público tenha prestado a devida assistência médica ao preso, sendo evidente que o óbito teria ocorrido estando preso ou não, estará afastado o direito à indenização. Mesmo raciocínio deve ser aplicado em caso fortuito, a exemplo de preso que morre após ser atingido por um raio.

O ministro Edson Fachin acompanhou o voto do relator, entendendo ser do Poder Público o ônus de comprovar a existência de causa excludente do nexo de causalidade, fazendo distinção entre ilícito omissivo próprio (violação a um dever jurídico) e ilícito omissivo impróprio (ausência de atos capazes de evitar determinado resultado). Dessa forma, entendeu ser a conduta do Estado um ilícito omissivo próprio, visto que houve violação de um dever jurídico-constitucional.

Também seguindo o relator, os ministros Luís Roberto Barroso, Marco Aurélio e Rosa Weber votaram pelo desprovisionamento do recurso, frisando a necessidade de comprovação do

nexo de causalidade para a conseqüente responsabilização civil do Estado, a fim de não se admitir a teoria do risco integral.

Na mesma linha, o ministro Teori Zavascki votou pelo desprovimento do recurso, sugerindo uma reflexão a fim de adequar e esclarecer melhor a tese sugerida pelo relator. Segundo ele, a tese inicial havia deixado dúvidas em sua primeira parte; dessa forma, sugeriu que a parte inicial da tese fosse invertida, a fim de não restar qualquer dúvida acerca de sua interpretação.

A tese sugerida pelo ministro Teori Zavascki foi (RE n. 841.526):

[E]m caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento, admitindo-se a comprovação pelo poder público de causa excludente do nexo de causalidade entre a sua omissão e o dano sofrido pela vítima, exonerando-o do dever de reparação.

A ministra Carmem Lúcia e o ministro Ricardo Lewandowski seguiram os mesmos fundamentos do voto do ministro relator, defendendo que o Estado deve ser responsabilizado pelo que quer que aconteça com o preso enquanto custodiado no sistema prisional. Em seguida, votaram pelo desprovimento do recurso e admitindo a tese sugerida pelo relator, ajustada pelo ministro Teori.

Em suma, o ministro Marco Aurélio sugeriu que fosse excluída a segunda parte da tese anteriormente levantada por entender que a primeira parte, após modificada pelo ministro Teori, seria suficientemente sucinta e concisa. Em razão desta manifestação do ministro, a tese fixada e acolhida por unanimidade foi:

[E]m caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.

5 Considerações finais

O presente artigo buscou analisar a evolução da responsabilidade civil do Estado, tendo por base a violação generalizada de

direitos fundamentais da população carcerária brasileira. Após analisar os fundamentos e teorias atinentes ao tema, percebe-se que a responsabilidade estatal deriva do *ius puniendi*, que autoriza a atuação sancionatória do Estado sobre a pessoa, em prol do interesse público, na proteção e manutenção da paz social.

À vista disso, é inegável a responsabilidade civil do Estado em relação à pessoa que está sob sua custódia, tendo em vista que a Constituição Federal assegura aos presos o respeito a sua integridade física e moral. Assim, sempre que violado esse dever de cuidado, nascerá para o Estado o dever de indenizar, seja por atos comissivos, seja por omissivos.

Analisando o posicionamento da Suprema Corte (RE n. 841.526) em relação à morte de presos nas penitenciárias brasileiras, não há dúvidas de que ocorrerá a responsabilidade civil do Estado nos casos em que restar configurada sua omissão. Assim, cabe ao ente público demonstrar excludente do nexo causal, aplicando-se, portanto, a teoria do risco administrativo e afastando-se a teoria do risco integral, a qual implicaria a responsabilidade civil do Estado por toda e qualquer morte de detento.

Mister pontuar os casos excepcionais que fundamentaram o voto do ministro Luiz Fux e que afastam a responsabilidade civil do Estado, como, por exemplo, morte de detento por ataque cardíaco, quando não há histórico de doenças de coração; suicídio, quando o reeducando não apresentava sinais psicológicos de que pretendia tirar a própria vida, isto é, nas hipóteses em que a morte teria ocorrido estando a vítima presa ou não.

Ante o exposto, e diante do estado de coisas inconstitucional em que se encontra o sistema prisional brasileiro, com violação generalizada dos direitos fundamentais da população carcerária, o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal foi ao encontro dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, desafiando os Três Poderes a estabelecerem um diálogo institucional, tendo por objetivo comum superar o caos vivenciado nos presídios do País.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. São Paulo: Método, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1986.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 798, 7 a 11 de setembro de 2015*. Brasília: Secretaria de Documentação; Coordenadoria de Jurisprudência Comparada e Divulgação de Julgados. Disponível em: www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm. Acesso em: 30 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 754.778*. Relator: Min. Dias Toffoli, 26 de novembro de 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4419297>. Acesso em: 30 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347*. Relator: Min. Marco Aurélio Mello, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 30 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário n. 607.771*. Relator: Min. Eros Grau, 20 de abril de 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3821987>. Acesso em: 30 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário n. 677.283*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 abril

de 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4215278>. Acesso em: 30 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 841.526*. Relator: Min. Luiz Fux, 30 de março de 2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4645403>. Acesso em: 30 jan. 2020.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. *Sentença SU-559*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em: 29 ago. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado em Colombia*. Bogotá: Dejusticia – Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 16, n. 49, p. 79-111, jan./jun. 2017.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. *Estudios Constitucionales – Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Santiago, ano 1, n. 1, p. 203-228, 2003.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*. San José: OEA, 22 nov. 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 29 ago. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. Adotada pela Resolução 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984. ONU, 26 jun. 1987.

Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/tortura/convencao_onu.pdf. Acesso em: 29 ago. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*. Parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

O IPTU progressivo no tempo e suas implicações jurídico-sociais

Uma análise sob a luz da teoria do agir comunicativo de J. Habermas

Sérgio Lauria Ferreira

Procurador Regional da República. Graduado e Pós-graduado em Direito e em Economia.

Resumo: O presente artigo visa a proceder uma análise sobre o IPTU progressivo no tempo e suas implicações jurídico-sociais, fazendo-o sob a luz da *teoria do agir comunicativo*, de J. Habermas, para verificar até que ponto ele atende às características de racionalidade e confirma a *validação social* da norma constitucional que o veiculou. Nesse sentido, procede-se a uma análise da norma, tendo como guias as categorias apresentadas pela teoria de aplicação no Direito, como os conceitos de *validade*, *subsistência* e de *carência intersubjetiva*, concluindo-se pelas dificuldades pragmáticas apresentadas pela norma nesse mesmo processo de validação. Ao final, entende-se, através dessa hermenêutica, pela impossibilidade de aplicação à espécie do princípio da não afetação dos impostos, diante da preponderância, no caso, do princípio da função social da propriedade imóvel urbana, a que serve de instrumento o imposto, bem como do caráter pedagógico da sanção a ele inerente, que vincula os recursos por ela obtidos à aplicação em atividades preventivas do respectivo ilícito a ser evitado.

Palavras-chave: Teoria da ação comunicativa. Agir comunicativo. Subsistência normativa. Racionalidade. Justificação moral-prática. Validade social.

Abstract: This paper aims to conduct an analysis on the progressive IPTU in time and its legal-social implications, making it under the light of J. Habermas' *theory of communicative action*, to verify to what extent it meets the rationality characteristics and confirms the social validation of the constitutional norm that conveyed it. In this sense, an analysis of the norm is carried out, having as guides

the categories presented by the theory of application in law, such as the concepts of validity, subsistence and of intersubjective deprivation, concluding for the pragmatic difficulties presented by the norm in the same validation process. In the end, through this hermeneutics, it was concluded that it is not possible to apply to the species the principle of non-allocation of taxes, in view of the preponderance, in the case, of the principle of social function of the urban property, to which serves as an instrument the tax, as well as the pedagogical character of the inherent sanction that binds the resources obtained by it to the application in preventive activities of the respective illicit to be avoided.

Keywords: Theory of communicative action. Communicative action. Normative subsistence. Rationality. Moral-practical justification. Social validity.

Sumário: 1 Introdução. 2 A teoria do agir comunicativo de J. Habermas. 3 A aplicação da teoria do agir comunicativo no Direito. 4 A hermenêutica constitucional. 5 A Constituição e a criação do IPTU progressivo no tempo. 6 Uma interpretação do dispositivo constitucional à luz da teoria do agir comunicativo. 7 O princípio da não afetação e sua não aplicação ao IPTU progressivo no tempo. 8 Conclusões.

1 Introdução

A criação do IPTU progressivo no tempo, pelo art. 182, § 4º, II, da Constituição – a título de uma demanda social por instrumentos eficazes na efetivação do princípio da função social da propriedade urbana, através da imposição do cumprimento do plano diretor, sob pena de sanção progressiva de acordo com o tempo de sua violação pelo proprietário do imóvel – causou repercussões das mais variadas, seja pelo fato de ter inovado no conceito de tributo estabelecido no art. 3º do CTN, que proíbe sua utilização como meio de sanção de ato ilícito, seja pelas suspeitas levantadas sobre a eficácia do instrumento tributário, comprometida pela própria desconfiança lançada aos planos diretores quanto ao seu papel de realização da política urbana.

Para a compreensão dessas implicações jurídicas e sociais inerentes ao imposto, parece bastante útil uma teoria baseada numa racionalidade que se proponha a investigar o fato, sob categorias metodológicas no sentido de identificar a validação social da norma.

É nesse sentido que a teoria do agir comunicativo, de J. Habermas, será utilizada como meio metodológico nessa análise. Depois de se proceder a uma articulação sobre os seus principais postulados e sobre a forma como ela pode ser aplicada no Direito, será feita uma interpretação do art. 182, § 4º, II, da Constituição, que criou o IPTU progressivo, lançando sobre ele a luz das principais categorias propostas pelo *agir comunicativo* da teoria.

O propósito *imediato* é demonstrar como categorias teóricas podem ser manejadas na hermenêutica de forma segura e que permita articular os conceitos com as circunstâncias fáticas que eles representam; e o *mediato* é o de descobrir se estão satisfeitos os requisitos exigidos, por essa mesma metodologia, para sua *validação social*, bem como saber de que forma tais categorias podem auxiliar numa interpretação que empreste à norma o sentido prático exigido na fundamentação. Afinal, como lembra Perelman (2019, p. 61), “a argumentação é uma ação que tende sempre a modificar um estado de coisas preexistente”.

2 A teoria do agir comunicativo de J. Habermas

A teoria do agir comunicativo de J. Habermas aparece dentro da teoria crítica como um trabalho respeitado e visa a apresentar uma nova metodologia para as ciências sociais na sua tarefa de identificar, no fenômeno social, suas características principais e poder agir sobre ele. Do ponto de vista filosófico, a teoria procura resgatar a filosofia crítica de Kant, “mas sem o compromisso com uma filosofia do sujeito” (BAYNES, 2008, p. 235), dando-lhe uma configuração social que corresponda às exigências históricas de verdade, necessárias ao próprio fenômeno da *validação*. Como sintetiza Huisman (2004, p. 461):

[...] a “Teoria da atividade comunicativa” propõe o seguinte problema: saber se o conceito de racionalidade, que é assim restabelecido, e a teoria da verdade, que não se pensa em abandonar, estão em condições de integrar ao mesmo tempo a problemática transcendental da crítica e a substancialização implicada pela reconstrução materialista de sua genealogia a partir das contingências da história.

No que toca ao campo jurídico, entender os principais postulados dessa teoria parece ser o primeiro passo para se utilizar

seus instrumentos, no sentido de uma hermenêutica que reflita a norma sob o ponto de vista pragmático que a teoria se propõe a demonstrar. E um caminho para esse entendimento pode ser o de percorrer o mesmo encadeamento lógico que procedeu o seu autor em direção às conclusões a que chegou.

Em primeiro lugar, deve-se colocar que se trata de uma teoria do conhecimento de cunho racionalista, segundo a qual o que é *adequadamente* concebido é, por esse motivo, verdadeiro (SCRUTON, 1995, p. 71). É na forma de tratar a racionalidade, portanto, que os seus postulados vão gravitar.

Habermas, assim, investe toda sua energia no estudo dessa mesma racionalidade e em que devem se constituir os critérios de sua identificação. Em primeiro lugar, procura ele afastar-se da filosofia kantiana, não quanto ao papel que exerce a razão no descobrimento da verdade, mas na própria natureza desta. Enquanto para Kant a razão é tida como uma essência, para Habermas ela se apresenta como um procedimento: “a racionalidade tem menos a ver com a posse de conhecimentos do que com a maneira pela qual os sujeitos capazes de falar e agir *adquirem e empregam o saber* (2016, p. 31, grifos do autor).

Como observa Droit (2011, p. 295), em Habermas a razão “não tem mais, propriamente, natureza ou essência. Ela está imersa na linguagem, presa ao tecido móvel das discussões. Mais do que uma dada capacidade, a razão aparece como um processo em andamento”.

É por estar “imersa na linguagem e presa ao tecido móvel das discussões” que Habermas opta por um tipo especial de racionalidade, aquela advinda do *logos*, chamada por ele de racionalidade comunicativa. Sua virtude está ligada à própria fala argumentativa, que, segundo Habermas (2016, p. 35-36), tem o propósito de

[...] trazer consigo conotações que no fundo retrocedem à experiência central da força espontaneamente unitiva e geradora do consenso, própria à fala argumentativa, em que diversos participantes superam suas convicções inicialmente subjetivas para então, graças à concordância de convicções racionalmente motivadas, assegurar-se ao mesmo tempo da unidade do mundo objetivo e da intersubjetividade de seu contexto vital.

O campo ao qual Habermas vai se dedicar, portanto, é o linguístico, a fim de investigar onde reside, precisamente, a racionalidade comunicativa e quais os critérios que podem ser utilizados para sua identificação. Ele então chega ao conceito de *télos*, ou finalidade inerente a toda fala argumentativa. Diz ele: “Como *télos* inerente à racionalidade revela-se sob o primeiro aspecto uma *disposição instrumental*, e sob o outro um *entendimento comunicativo*” (2016, p. 37, grifos do autor).

Essa talvez seja a primeira grande conclusão da teoria, sem a qual não seria possível chegar-se à racionalidade comunicativa: fazer a distinção entre uma finalidade *instrumental* e uma finalidade *comunicativa* da fala argumentativa. A primeira, diz Habermas, busca o *êxito*, e, portanto, pode ser considerada não social; a segunda busca o *entendimento*, sendo, assim, eminentemente social.

A racionalidade comunicativa advém dessa segunda finalidade. Separá-la da outra é um trabalho que exige método. Como observa o autor, a própria fala pode ser *instrumentalizada* de forma dissimulada e servir a propósitos não confessáveis, embora não possa tal argumento ser usado para reduzir o seu valor como modelo de agir que se orienta pelo entendimento.

Isso faz Habermas (2016, p. 509) lançar mão da tipologia elaborada por John Austin para ações da fala e tentar, a partir dela, identificar quais os tipos de fala compatíveis com a racionalidade comunicativa.

Aqui entram os conceitos de *ilocução e perlocução*, utilizados por Austin em sua tipologia, e que vão ser tomados por Habermas (2016, p. 500) para descrever como deve funcionar o *entendimento* no modelo de comunicação, no sentido de um autêntico agir comunicativo. E ele o faz através de uma análise criteriosa da tipologia de Austin, como explica abaixo:

É sabido que Austin distingue atos locucionários, ilocucionários e perlocucionários. Locucionário ele denomina o teor de sentenças enunciativas (“p”) ou de sentenças enunciativas nominalizadas (“que p”). Com atos *locucionários* o agente expressa estados de coisas; diz algo. Com atos *ilocucionários* o falante executa uma ação ao dizer algo. O papel ilocucionário fixa o *modus* de uma sentença (“M p”) empregada com asserção, promessa, comando, confissão etc. Sob con-

dições-padrão, o *modus* é expresso com auxílio de um verbo performativo utilizado na primeira pessoa no presente, ainda que o sentido de ação possa ser reconhecido em especial no fato de o componente ilocucionário da ação de fala admitir o comentário “com estas palavras”: “com estas palavras te prometo (te ordeno, reconheço diante de ti) que p”. Com atos *perlocucionários*, enfim, o falante almeja desencadear um efeito no ouvinte. Ao executar uma ação ou fala, realiza algo no mundo. Os três atos que Austin distingue podem ser caracterizados, portanto, com as seguintes palavras-chave: dizer *algo*; agir *enquanto se diz algo*; realizar algo *por meio de* se estar agindo enquanto se diz algo.

Depois de analisar cada tipo de ato proposto por Austin, Habermas (2016, p. 510, grifos do autor), conclui que o agir comunicativo deve ser um estado de “interações mediadas pela linguagem nas quais todos os participantes buscam atingir fins ilocucionários (agir *enquanto se diz algo*), e *tão somente fins como esses*”. Os atos de fala *perlocucionários* (realizar algo *por meio de*), para Habermas, acabavam sendo suspeitos, na medida em que poderiam ser utilizados para atingir outros fins.

Mas isso não é suficiente para os fins metodológicos a que se propõe. É preciso, dentro desses atos de fala *ilocucionários*, proceder-se a uma nova tipologia que permita o seu estudo e a sua identificação precisos. Austin mesmo, nas conferências “How to do things with words?”, que serviram de inspiração a Habermas, havia proposto dividir esses atos *ilocucionários* em cinco categorias: *verdictives*, *exercitives*, *commissives*, *behabitives* e *expositives*.

Habermas, contudo, embora reconheça nessa classificação de atos *ilocucionários* o mérito de preservar o caráter performativo necessário a eles, observa que ela

desfigura essa imagem, ao considerar as interações com base nas quais analisa o efeito unitivo ilocucionário, como se elas não fossem tipologicamente *diversas* das interações em que surgem efeitos perlocucionários. (2016, p. 511, grifo do autor).

Visando então encontrar uma tipologia que atendesse a um rigor metodológico maior em relação à identificação precisa de atos ilocucionários e seus efeitos, Habermas vai se utilizar dos trabalhos linguísticos de Searle, Wunderlich, Campbell e Kreckel, até chegar a uma classificação própria, baseada em três tipos *puros*, ou

três *casos-limite* do agir comunicativo: a *conversação*, o *agir conduzido por normas* e o *agir dramático*. A finalidade desses tipos é funcionarem, segundo ele, como *fiéis condutores* de uma pragmática formal e empírica (HABERMAS, 2016, p. 564, grifos do autor).

Esse, talvez, seja o ponto alto da teoria, porque nos permite entender, pelo menos de forma lógica, como uma teoria racionalista pode reivindicar para a razão o *status* de meio seguro para o conhecimento da verdade. É quando Habermas introduz o conceito de *mundo da vida* e o relaciona a um meio linguístico que vai além do plano da fala, incluindo no processo comunicativo os recursos do *saber de fundo*, que a teoria ganha consistência naquilo a que se propõe.

A necessidade de conhecer esse saber básico de fundo no *agir* comunicativo é explicada por Habermas (2016, p. 577) da seguinte forma:

Esse saber básico de fundo que precisa somar-se tacitamente ao conhecimento das condições de aceitabilidade de enunciações padronizadas por via linguística para que o ouvinte possa entender seu significado literal tem qualidades notáveis: é um saber *estruturado de maneira holística* cujos elementos remetem uns aos outros; e é um saber que nos fica indisponível enquanto não podemos torná-lo consciente nem colocá-lo em dúvida segundo nossa própria vontade.

Nesse passo, ele se une ao projeto investigativo de filósofos como G. E. Moore, Wittgenstein e o próprio Searle, que definem esse saber como *certezas-de-senso-comum*:

Essas certezas, Wittgenstein chama-as de partes elementares de nossa imagem do mundo, “ancoradas de tal maneira em todas as minhas perguntas e respostas quem nem sequer posso tocá-las”. Revelam-se absurdas apenas as opiniões que não se ajustam a essas convicções tão inquestionáveis quanto fundamentais. [...] O horizonte do mundo da vida conforma contextos, e a partir do mundo da vida os participantes chegam a um entendimento sobre alguma coisa; apenas com um retorno a esse horizonte o campo de visão modifica-se de maneira que os pontos de contato da teoria da ação tornam-se visíveis para a teoria social: a concepção social precisa-se ligar-se a uma concepção de mundo da vida complementar ao conceito de agir comunicativo. Assim o agir comunicativo torna-se interessante sobretudo como princípio de socialização; e ao mesmo tempo os processos de racionalização social adquirem outro *status*. (HABERMAS, 2016, p. 579-581).

Superar as convicções subjetivas, em qualquer processo argumentativo, será sempre um desafio, mas a unidade do mundo também exerce uma força sobre a intersubjetividade vital. O agir comunicativo, nos moldes propostos por essa teoria, nesse sentido, parece dar à razão o papel de deixar-se convencer por esse fato.

3 A aplicação da teoria do agir comunicativo no Direito

Prosseguindo a análise, resta entender como a teoria do agir comunicativo pode ser aplicada no Direito. A pertinência dos seus postulados em relação ao mundo jurídico pode ser observada desde aquilo que Habermas identifica como problemático em torno da justificação do Direito: a necessidade de uma fundamentação moral-prática.

Ele alcança esse entendimento como resultado da crítica que faz à sociologia jurídica de Weber, que limitava a prática jurídica a uma função essencialmente finalista.

Habermas (2016, p. 452-453, grifos do autor) observa que escaparam a ele certos aspectos inerentes ao direito moderno, notadamente quanto às suas características de *positividade, legalismo e formalidade*, no sentido de que o direito é positivamente estatuído; impõe-se não por motivos morais às pessoas, mas por obediência jurídica; e define os campos da arbitrariedade legítima de pessoas em particular, no sentido de que tudo que não seja legalmente proibido é permitido.

Tomando como parâmetro essas características, Habermas (2016, p. 454) vai então argumentar que

o fato de o direito moderno ser funcional para a institucionalização do agir racional-teleológico ainda não explica as marcas estruturais com base nas quais ele pode cumprir essa função.

Assim, conclui Habermas (2016, p. 454-455, grifos do autor) que tais características

significam que a validade do direito não pode mais viver da auto-ridade (antes óbvia) das tradições morais; ela carece, isto sim, de *fundamentação autônoma*, ou seja, de uma fundamentação *relativa não apenas a propósitos dados*.

O modelo, evidentemente, para se alcançar essa fundamentação autônoma reside num outro tipo de fundamentação identificado não com a legalidade, mas com a moralidade. Contudo, uma moralidade de natureza prática, específica, que, poderíamos dizer, remanesce na própria disposição de obediência à lei pelos jurisconsortes, ainda presente no fenômeno jurídico.

Essa divisão entre moralidade e legalidade leva Habermas (2016, p. 455, grifos do autor) a concluir que

o campo da legalidade *em seu todo* passa a carecer de uma justificação prática. A esfera do direito, que exige dos jurisconsortes sua disposição à obediência em face da lei, fica isenta de uma moral, mas ao mesmo tempo aponta para uma moral fundada em princípios.

A limitação que ele atribui a Weber, e que deve ser evitada, portanto, é que este

assemelha o direito a um meio organizador passível de manejo racional-teleológico e desvincula entre si a racionalização do direito e o complexo moral-prático da racionalidade, para então reduzir a primeira a uma pura racionalização entre meio e fim. (HABERMAS, 2016, p. 457).

A conclusão disso tudo é que

o direito racional apoia-se sobre um princípio racional de fundamentação; e no sentido da racionalização moral-prática é muito mais avançado que a ética protestante, em face do embasamento religioso desta. (HABERMAS, 2016, p. 459).

Essa fundamentação é que vai permitir a Habermas incluir, na sua tipologia de atos da fala do tipo *ilocucionários*, os atos do *agir regulado por normas*, entre os três tipos *puros* por ele considerados. Habermas esclarece que eles configuram um saber moral-prático, dirigido tanto em direção a uma outra norma quanto à norma em si mesma:

Em argumentações moral-práticas, os participantes podem testar tanto a correção de determinada ação, remetendo-a a uma norma dada, quanto a correção de uma norma desse tipo em si mesma, em um estágio avançado. Esse saber integra a tradição sob a forma de noções jurídicas e morais. (2016, p. 575).

Sobre como se processam as relações do agir regulado por normas, Habermas (2016, p. 170-172) vai nos revelar que elas se dão entre um ator e dois mundos, o mundo das coisas existentes e o mundo social:

De outra parte, o conceito de agir regulado por normas pressupõe relações entre um ator e exatamente dois mundos. Ao mundo objetivo dos estados de coisas existentes vem somar-se o mundo social, que o sujeito, ao desempenhar seu papel, integra da mesma forma que outros atores capazes de apreender interações normativamente regradas em si.

Ao tratar dos conceitos de validade e subsistência da norma, Habermas (2016, p. 171, grifos do autor) esclarece que a diferença entre eles reside no fato de que, em relação à *validade*, a norma recebe assentimento de todos os atingidos, porque regulamenta os problemas de interesse comum a eles. No caso da *subsistência*, “a pretensão de validade com a qual ela se apresenta é reconhecida pelos atingidos, e esse reconhecimento intersubjetivo fundamenta a *validade social* da norma”.

Nesse ponto, Habermas (2016, p. 171) introduz ao tema o conceito de *carência*, que vai ter reflexo no próprio processo de legitimação da norma:

Não vinculamos tal pretensão normativa de validade a valores culturais; no entanto, os valores pleiteiam a corporificação em normas; em face de uma matéria que careça de regulamentação, eles *podem* obter obrigatoriedades gerais. À luz de valores culturais, as carências de um indivíduo revelam-se plausíveis também para outros indivíduos situados na mesma tradição. Carências interpretadas de maneira elucidativa, contudo, só se transformam de determinadas situações problemáticas, quando os valores correspondentes se tornam normativamente obrigatórios para um círculo de atingidos.

A compreensão da diferença existente entre o julgamento sobre a validade e a subsistência da norma parece completar os conceitos fundamentais nesse processo de validação.

Sob esses pressupostos o ator pode, por sua vez, assumir relações com um mundo (o mundo social, neste caso) acessíveis a um julgamento objetivo de acordo com a direção adaptativa. Em uma das direções coloca-se a pergunta quanto aos motivos e às ações de um

ator, se estão de acordo com as normas subsistentes ou desviam-se delas. Na outra direção, cabe perguntar se as normas vigentes corporificam, elas mesmas, valores que expressam interesses dos atingidos, interesses passíveis de generalização em face de determinada situação problemática e merecedores, com isso, de um assentimento dos destinatários da norma. Em um dos casos as ações são julgadas tendo em vista se concordam com um contexto normativo subsistente ou se se desviam dele; ou seja, se estão corretas ou não com referência a um contexto reconhecido como legítimo. *No outro caso, as normas são julgadas tendo em vista se é possível justificá-las, ou seja, merecem ser reconhecidas como legítimas.* (HABERMAS, 2016, p. 172-173, grifo nosso).

Tais conceitos, pelas características instrumentais que apresentam, acabam servindo de referencial metodológico para uma hermenêutica jurídica que pretenda aferir na norma, dentro de uma racionalização moral-prática, sua *validade social*. Os conceitos de *validade* e de *subsistência* da norma, aliados ao de *carência*, abrem uma perspectiva hermenêutica significativa, no sentido de uma fundamentação teórica que una as repercussões sociais produzidas em seu entorno ao sentido prático por ela reivindicado.

4 A hermenêutica constitucional

A teoria do agir comunicativo tem merecido especial atenção, sobretudo, na hermenêutica constitucional, influenciando, inclusive, no próprio conceito desta. Häberle (MARTINS; MENDES, 2007, p. 264) a considera um procedimento *contínuo*, consistente com o objetivo de ver na norma a mais ampla aplicação possível, de forma a adequá-la à chamada “sociedade aberta”, que, por sua vez, deve contribuir permanentemente para a consecução desse objetivo:

Colocando no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*Zwischenräger*). O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência (*Vorberhalt der Bewahrung*), devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado

para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos intérpretes da Constituição da sociedade aberta. Eles são os participantes fundamentais no processo de “trial and error”, de descoberta e de obtenção do direito.

Essa concepção de hermenêutica reflete a própria noção de racionalidade descrita por Habermas (2016, p. 34) no primeiro capítulo de sua obra, intitulado *Racionalidade: uma determinação conceitual provisória*. Depois de discorrer sobre o que deve ser entendido por racionalidade, ele conclui:

A racionalidade presente na prática comunicativa estende-se a um espectro mais amplo. Ela indica formas diversas de argumentação, bem como diversas possibilidades de dar prosseguimento ao agir comunicativo por meio de recursos reflexivos.

Os estudos do próprio Häberle (2008, p. 105, grifos do autor) sobre o problema da verdade no Estado Constitucional (*Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*) podem ser descritos como um desdobramento desse conceito. Em sua obra homônima, ele assim propõe:

O *protótipo* do Estado constitucional ou, respectivamente, da democracia pluralista se apresenta hoje como o mais bem-sucedido modelo antagônico (certamente ainda carente de reformas) ao Estado totalitário de qualquer *couleur* e a todas as pretensões fundamentalistas da verdade, aos monopólios de informação e às ideologias imutáveis. Assim ele se caracteriza exatamente pelo fato de não estar em posse de verdades eternas pré-constituídas, mas sim de ser predestinado apenas a uma mera *busca* da verdade.

Mas a *busca da verdade* como ideal a ser perseguido pelo Estado tende a refletir-se nos *conceitos* por ele produzidos, o que torna retórica a pergunta de Häberle (2008, p. 29) sobre se o Estado constitucional no plano teórico seria tão intensivamente obrigado a respeito da verdade quanto o é em relação à equidade e ao bem-comum.

Isso só é alcançado, evidentemente, quando se apresentam claras em seus *conceitos* sua abrangência material e a racionalidade de seus métodos, como condições de verdade. Continua Häberle (2008, p. 105-106, grifos do autor):

Ele (o Estado) fundamenta-se sobre *verdades* provisórias, revisáveis, as quais ele, a princípio, acolhe no plural e não no singular e também não as “decreta”. Até o momento, a visão das “sociedades abertas” de K. R. Popper ou, respectivamente o seu racionalismo crítico retrata exemplarmente a relação do Estado constitucional com o problema da verdade e para com conceitos e procedimentos, desde que as condições da verdade também sejam consideradas.

Ao tratar especificamente dos elementos que devem ser avaliados na busca da verdade na legislação ordinária, conclui Häberle, demonstrando novamente sua inspiração habermasiana em procedimento a que ele dá o nome de delimitação pragmática da meticulosidade justificativa:

[...] a verdade como tal não é um valor a realizar; não se trata de compreender, perceber ou da essência de um ente “em si” cognoscível, mas apenas de uma compreensão endereçada a “alguma coisa”. Essa finalidade do reconhecimento justifica a delimitação pragmática da *meticulosidade justificativa* das proposições jurídicas [...] aqui, não se deve [...] entender [...] “verdade” tanto como predicado (ontológico) do objeto quanto predicado (gnosiológico) do conhecimento e sim como predicado (semântico) das proposições. (HÄBERLE, 2018, p. 46, grifos do autor).

A hermenêutica constitucional, assim, se vale de um método que lhe dá, além de consistência na busca da verdade, clareza na demonstração de seus resultados.

5 A Constituição e a criação do IPTU progressivo no tempo

Na hermenêutica jurídica, algumas normas em particular parecem exigir uma acuidade maior do intérprete, sobretudo pela sua influência alargada nas relações sociais.

Isto é especialmente verdadeiro em questões de matéria tributária em que o Estado, mais do que em qualquer outro ramo do Direito, aparece, de forma contundente, na afirmação do seu poder, seja para limitá-lo, seja para estendê-lo.

A Constituição, como se sabe, tal como acontece no Direito Constitucional alemão, não trata da definição de tributo. Isso é relegado ao nível legislativo. Utiliza-se ela, nesse sentido, do conceito legal para definir competências tributárias, proceder à distribuição de receitas, disciplinar a concessão de isenções etc. (LANG; TIPKE, 2008, p. 134).

Contudo, a mesma Constituição pode conferir ao conceito conotação capaz de emprestar ao tributo efeitos *dirigistas*, ainda que não expressamente previstos pelo conceito.

Lang e Tipke demonstram que isso ocorre exatamente pelas limitações semânticas do conceito histórico de tributo, que não é capaz de abarcar o papel que exerce o tributo como instrumento de orientação estatal de política socioeconômica, fato já reconhecido, inclusive, pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*):

O conceito de tributo da RAO, que remonta a Otto Mayer, entretanto, não expressou suficientemente que os tributos podem também ter caráter dirigista da Economia. Até aqui tinha o conceito histórico de tributo necessidade de complementação. O conceito constitucional de tributo tem ainda necessidade de levar em consideração “que o tributo na moderna sociedade industrial tornou-se, também, obrigatoriamente instrumento central de orientação estatal ativa de política sócio-econômica”. (2008, p. 134).

O dirigismo, nesse sentido, que anima a intervenção constitucional, pode ser tido como uma forma de política tributária *fragmentária*, implementada por motivos metaeconômicos (sociais, políticos, culturais), diferenciando-se do intervencionismo fiscal, que opera na economia de forma *global* (LACOMBE, 1969, p. 2).

A Constituição pode proceder, assim, criando tributos com finalidades específicas, como as contribuições sociais, por exemplo, que possuem o objetivo específico de financiar a Seguridade Social.

É nesse contexto que se insere o IPTU progressivo no tempo, previsto em seu art. 182, § 4º, II, e inserto no bojo de uma série de medidas voltadas para promover, em última análise, o cumprimento da *função social da propriedade urbana*. Sua cobrança transforma o imposto em um instrumento de coerção progressiva, vin-

culada ao tempo de descumprimento, por parte do proprietário do imóvel, do plano diretor, que disciplina o ordenamento do solo urbano. O texto legal está assim redigido:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes:

[...]

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

[...]

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; [...].

Alguns posicionamentos doutrinários, no entanto, têm questionado a eficácia da medida veiculada por esse imposto, no sentido de garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana, seja pela pouca efetividade do plano diretor em que ele se apoia, seja pela falta de políticas públicas que promovam o ordenamento urbano dentro de critérios aceitáveis.

6 Uma interpretação do dispositivo constitucional à luz da teoria do agir comunicativo

Uma interpretação sobre o dispositivo constitucional, baseada na teoria do agir comunicativo, no sentido de confirmar sua validação social, deve, por rigor metodológico, valer-se dos instrumentos próprios oferecidos por essa teoria, descritos no item 3 deste artigo.

Para fins de interpretação, iremos tomar os dois conceitos básicos presentes no dispositivo que buscam fundamentar a exação no interesse social: a *função social da propriedade urbana* e o *plano*

diretor. O primeiro conceito diz respeito à finalidade da norma e o segundo, ao meio que a garantirá ser alcançada.

Bruno Filho, em extenso trabalho sobre o assunto, nos oferece importantes parâmetros para a identificação da função social da propriedade urbana e sua relação prática com a realidade ao seu redor. Nesse sentido, ele explica:

A FSPIU [função social da propriedade imóvel urbana] constitui, assim, algo que denominaremos provisoriamente de *sobreprincípio*, não tanto hierarquicamente superior, mas com efeitos mais amplos do que os demais, dada sua própria estrutura e inserção histórica e política. *Dáí irão derivar outros tantos princípios, que darão à função social concretude, e nela sustentarão sua validade e aplicabilidade*. Mais do que um conteúdo unívoco, o que se deve buscar são procedimentos lógicos argumentativos que tornem coerente sua expressão em cada fato ou programa específico, minimamente plausíveis e efetivos para as realidades cambiantes em que operam – ou seja, as cidades, com toda miríade de diversidade e pluralidade que abrigam entre si ou dentro de si. (2015, p. 58, grifos nossos).

Ao tratar de “procedimentos lógicos argumentativos que tornem coerente a expressão da função social da propriedade urbana em cada fato ou programa específico” (p. 58), o autor reflete a preocupação de conferir a esse princípio um conteúdo pautado *no mundo da vida*, necessário para uma fundamentação prática, de que nos fala Habermas. Sua virtude dessa abordagem é fazer o princípio refletir em cada caso as exigências sociais da cidade.

Essas exigências, por sua vez, podem ser traduzidas como um complexo de valores não contemplados pela norma que veicula o plano diretor, em virtude da natureza cambiante da cidade, e são convergentes com o significado de *carências* encontrado na teoria do agir comunicativo.

Nesse sentido, a função social da propriedade urbana descobre-se um conceito em formação, dependente de um processo argumentativo que lhe dê coerência social, e na medida em que é positivado, empresta à norma a mesma natureza aberta. Isso irá refletir na própria *subsistência* da norma, dentro do significado con-

ferido a esse termo pela teoria do agir comunicativo. A *subsistência* da norma, como vimos, depende de uma aceitação intersubjetiva dos atores participantes dos atos de fala do *agir de acordo com normas*.

O plano diretor, por sua vez, é tratado pelo dispositivo como o meio para a concretização do princípio da função social da propriedade imóvel urbana. Analisá-lo, assim, requer observá-lo dentro da sua instrumentalidade.

Bruno Filho, ao mesmo tempo em que reconhece o *papel fundante* desse plano no estabelecimento de uma política urbana, nos relata as dificuldades, inclusive culturais, que tal instrumento enfrentou ao longo do tempo na efetivação dessa política:

O plano diretor, com a posição que lhe foi dada pela Constituição, *não* era uma reivindicação do movimento pela reforma urbana, quando do processo constituinte, posto que os PDs estavam desacreditados após anos de experiência fracassadas de sua implementação efetiva na cultura administrativa e política brasileiras. A preocupação maior daquela articulação e naquele momento era a afirmação de princípios e compromissos, em especial algumas definições que tornassem mais vinculantes as funções sociais da cidade e da propriedade imóvel urbana. *A dependência quase direta da política urbana e da função social da propriedade imóvel urbana* (FSPIU) com o PD, conforme se consolidou no art. 182, §§ 1º, 2º e 4º, decorreu da ação de outros setores, à época denominados de “centrão” e que representavam interesses politicamente mais conservadores. (2015, p. 164–165, grifos nossos).

Esse relato explica em grande medida a opção pelo tipo de tratamento sancionatório dispensado ao plano diretor. As experiências administrativas fracassadas com sua implementação foram como que encobertas por uma articulação política, que não apenas o tornou obrigatório, sob pena de sanção, mas lhe conferiu exclusividade na promoção da função social da propriedade imóvel urbana.

Reconhece, implicitamente, o autor que essa positivação constitucional representou a valorização do plano diretor na legislação, nas administrações municipais e na literatura especializada:

A partir daí, e antes mesmo da edição do Estatuto, o PD ganhou referências em outros dispositivos infraconstitucionais, e planos dire-

tores foram promulgados em inúmeros municípios, alguns tentando extrair o sentido determinado pelo texto constitucional, outros nem tanto. Por fim, e ainda nessa etapa, o plano foi objeto de várias e interessantes considerações da literatura, jurídica ou não, parte dela com grande atualidade ainda hoje. (BRUNO FILHO, 2015, p. 165).

A importância do plano diretor, contudo, não esgota a política urbana. É o que sustenta o mesmo Bruno Filho (2015, p. 170), tecendo, inclusive, uma crítica quanto à escolha, em nível constitucional, desse instrumento como definidor da função social da propriedade do imóvel urbano, assinalando que

relegar à formalidade de uma lei municipal a definição da FSPIU, em detrimento de sua consistência material, é um risco sério cujas consequências nefastas já se mostram em dados empíricos [...].

A conclusão provisória a que podemos chegar nessa análise é que, se em relação à *função social da propriedade imóvel urbana*, a *subsistência* do dispositivo pode-se dizer suspensa, em virtude da própria natureza aberta do princípio que encerra a função social, em relação *ao plano diretor* essa suspensão se dá pela deficiência de *intersubjetividade* no processo de aceitação da norma.

A problemática instaurada no processo de *validação social* da norma exige, dentro dessa hermenêutica, uma solução argumentativa que possa sopesar princípios, no sentido de resolver o impasse, através de uma racionalidade *que* encontre “outras possibilidades de dar prosseguimento ao agir comunicativo por meio de recursos reflexivos”, de que nos fala Habermas (2016, p. 34).

Ao tratar das reformas estruturais que a cidade de São Paulo requer para o século XXI e do papel do plano diretor no processo de ordenamento urbano, Bonduki nos oferece a dimensão do quanto ações estatais são capazes de influir na *vida cotidiana* dos cidadãos e o quanto isso representa como desafio às estruturas do poder político:

A implementação do Plano Diretor Estratégico, por sua vez, exige que um grande número de órgãos municipais e estaduais, sobretudo os relacionados com o meio físico como habitação, transportes e sistema viário, meio ambiente e infra-estrutura urbana, estejam com-

prometidos com os objetivos de política urbana, mesmo que isto venha a contrariar a lógica setorial. São desafios difíceis de equacionar num quadro em que as composições partidárias são necessárias para garantir apoio político para a administração, são necessárias, exigindo gestores com criatividade e competência, isenção em relação aos grandes interesses que giram em torno da Prefeitura e vontade política para inovar nas relações de poder. *Tudo isto pode parecer abstrato e distante da vida cotidiana dos paulistanos. Mas são ações administrativas e políticas, de gestão urbana e de planejamento – meios- indispensáveis para que os objetivos mais concretos, capazes de influir na qualidade de vida da população, possam viabilizar.* (2004, p. 316, grifos nossos).

Essa observação pragmática de Bonduki, no sentido da necessidade de conjugação de esforços dos variados setores da administração pública estadual e municipal e dos respectivos Poderes Legislativos para uma gestão urbana e de planejamento eficiente, pode ser traduzida, em termos igualmente pragmáticos, em uma *maior vinculação de recursos financeiro-orçamentários* a essas mesmas áreas, como forma de suprir necessidades cada vez maiores advindas do ordenamento urbano.

Essa proposição argumentativa tem reflexo em nível constitucional e irá representar, *ipso facto*, a não aplicação do princípio da não afetação dos impostos, previsto no art. 167 da Constituição, em relação ao IPTU progressivo no tempo.

7 O princípio da não afetação e sua não aplicação ao IPTU progressivo no tempo

O princípio da não afetação é corolário do princípio da *cobertura total do orçamento* e funda-se na ideia de que todas as receitas devem concorrer para o pagamento das despesas. Isto, em tese, permite que o orçamento não fique engessado e impossibilite o administrador de valer-se dos critérios de conveniência e oportunidade, próprios da ação de governo.

O princípio está previsto no art. 167, IV, da Constituição, que diz ser vedada a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, aproveitando para relacionar algumas exceções, entre as quais se incluem os serviços de saúde e a manutenção e desenvolvimento do ensino.

O problema que se nos apresenta nessa hermenêutica é o de encontrar uma solução interpretativa, baseada na racionalidade do agir comunicativo, que seja capaz de resolver o conflito entre esse princípio da não afetação e o da função social da propriedade imóvel urbana, que, como já demonstrado, encontra-se suspenso por deficiência de intersubjetividade na sua aceitação, traduzida, em termos práticos, pela desarticulação orgânica estatal, representada, exatamente, pela falta de vinculação financeiro-orçamentária de recursos necessários às atividades de gestão urbana e planejamento do município.

Os bens jurídicos em conflito podem ser interpretados como sendo a *discricionariedade administrativa* de um lado e a *realização pragmática* da função social da propriedade imóvel urbana de outro. Não é preciso muito para se concluir que o segundo se impõe na disputa, sobretudo diante da própria necessidade de *subsistência* normativa em que se encontra e do atendimento das *carências* intersubjetivas de valores, ainda não realizados no seu processo de *validação social*.

Tais *carências* intersubjetivas de valores estão refletidas no próprio caráter pedagógico inerente à sanção estabelecida no tipo tributário. Sabe-se que, nessa situação, o produto arrecadado em razão de sua imposição deve destinar-se a atividades vinculadas à prevenção do próprio ilícito. O valor arrecadado com as multas de trânsito, por exemplo, deve ser aplicado exclusivamente nas atividades de sinalização, de engenharia de tráfego, de campo, de policiamento, de fiscalização e educação de trânsito.

É de ser ver, ainda, que a vinculação entre receita e despesa é matéria eminentemente política, sendo tratada pelo Direito Constitucional alemão, inclusive, como sem *significado constitucional*. Como assinalam Lang e Tipke, ao *princípio da cobertura total do orçamento não compete nenhuma prerrogativa constitucional*. E os estudos em que baseiam essa opinião demonstram, exatamente, que *a mera ligação política de receitas e despesas estatais não tem significação constitucional*. Concluem eles, então, invocando o parecer de Wernsmann, que “uma vinculação finalista de tributos é ‘constitucionalmente insuspeita’ [...]”. (2008, p. 137-138).

Esse entendimento retira a força do princípio da não afetação dos impostos, mormente diante da necessidade de *subsistência* de um princípio de extrema sensibilidade social como o da função social da propriedade imóvel urbana.

Ora, não seria o princípio interpretativo da *concordância prática* ou *harmonização*, oriundo da doutrina de Gomes Canotilho, que impõe a *coordenação e a combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros*, pertinente à espécie? (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2013, p. 220).

Como assinalam Marinoni, Mitidiero e Sarlet (2013, p. 221), devido à inexistência de hierarquia entre as normas constitucionais e à ausência de critérios estabelecidos pela própria Constituição para essa harmonização, *a noção de concordância (harmonização) não se concretiza senão mediante avaliações mais ou menos subjetivas do intérprete quando do ato da interpretação e aplicação*.

Assim, a racionalidade inerente ao *agir comunicativo* impõe uma solução pragmática no sentido da vinculação do produto arrecadado a título de cobrança desse IPTU progressivo no tempo à realização de atividades que correspondam às *carências* intersubjetivas de valores, verificadas na própria política urbana, que tem no plano diretor o seu instrumento fundante, cujo cumprimento a norma privilegia com a exação.

O espectro de vinculação desses recursos a fundo ou despesa, portanto, poderá corresponder a qualquer área contemplada pela política urbana (equipamentos urbanos, ordenação do solo urbano, transporte, meio ambiente, segurança, habitação etc.), cumprindo-se com isso as exigências de validação social por ela reivindicada.

Isto encontra ressonância na própria norma que regulamentou o art. 182 da Constituição, a Lei n. 10.257, de 10.7.2001, quando, em seu art. 2º, inciso X, ao definir as diretrizes de política urbana, estabelece:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...]

X - adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais; [...].

8 Conclusões

Seguindo a lógica adotada neste artigo, podemos tirar como conclusões, em primeiro lugar, a confirmação da consistência da teoria do agir comunicativo, no sentido de auxiliar uma argumentação que respeite os princípios de verdade, correção e sinceridade propostos pela teoria, a fim de que a racionalidade almejada pela hermenêutica se torne de fato um meio de busca da verdade do que um fim em si mesma. E, nesse processo em que ela mesma se constitui, se deixe impregnar pelas *certezas* advindas do *mundo da vida* de que nos fala Wittgenstein, cujo horizonte é onde os homens se sentem seguros para o acordo.

Em segundo lugar, é de ser confirmada a pertinência dessa teoria para aplicação na área jurídica. A necessidade de justificação moral-prática do Direito que ela aponta serve de fundamentação a uma hermenêutica argumentativa que busque no *agir comunicativo* e em todas as categorias por ele propostas como a *validade* e *pertinência* da norma, seu ponto de apoio para a investigação sobre sua *validade social*.

Em terceiro lugar, deve ser reconhecido que hermenêutica constitucional que se valha de tais categorias, a ser procedida sobre o IPTU progressivo no tempo, criado pela Constituição em seu art. 182, § 4º, inciso II, chegará inevitavelmente à constatação de suas dificuldades pragmáticas, que acabam colocando em suspenso sua validação social, em virtude das deficiências encontradas na *subsistência* de conceitos constantes da norma, seja pela natureza aberta do princípio da função social da propriedade imóvel urbana, seja pela pouca intersubjetividade encontrada no processo de seu reconhecimento.

Isso tudo concorre para a conclusão no sentido da impossibilidade de aplicação do princípio da não afetação a este IPTU progressivo no tempo, diante do conflito existente entre ele e o princípio da

função social da propriedade imóvel urbana, que orienta a política urbana. Primeiro, em virtude da necessidade de *subsistência* normativa deste no plano pragmático; segundo, diante da preponderância do bem jurídico por ele veiculado: a função social da propriedade; e terceiro, pelo caráter vinculativo que impõe a finalidade pedagógica inerente à sanção que ele veicula, exigindo que o produto arrecadado em razão dela tenha destinação específica na prevenção do ilícito.

Referências

- BAYNES, Kenneth. *Teoria crítica*. São Paulo: Ideias & Letras, 2008.
- BONDUKI, Nabil. *História econômica de São Paulo*. São Paulo: Globo, 2004.
- BRUNO FILHO, Fernando G. *Princípios de direito urbanístico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.
- CHAIM, Perelman; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- DROIT, Roger-Pol. *Mestres do pensamento: 20 filósofos que marcaram o século XX*. Porto Alegre: L&PM, 2011.
- HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no estado constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. v. 1. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- HUISMAN, Denis. *Dicionário dos filósofos*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- LACOMBE, Américo L. Masset. Algumas considerações sobre os incentivos fiscais. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 9, n. 4, out./dez. 1969.
- LANG, Joachim; TIPKE, Klaus. *Direito tributário (Steuerrecht)*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCRUTON, Roger. *Uma breve história da filosofia moderna: de Descartes a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 1995.

Plea bargaining à brasileira? O acordo de não persecução penal como uma medida viável de política criminal

Gabriel Santana Vasco Viana

Servidor do Ministério Público Federal em Sergipe. Aprovado no Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes (UNIT). Bacharel em Direito pela UNIT.

Resumo: O presente artigo tem como finalidade primordial analisar, de maneira crítica e sistemática, o acordo de não persecução penal, instituto incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Resolução n. 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público. Abordam-se, nessa linha, aspectos relacionados aos problemas que envolvem o sistema brasileiro de justiça criminal, o histórico da justiça negociada no Brasil e a influência promovida pelo modelo americano (fundado no consenso) de barganha penal, além de conceito, princípios, requisitos, campo de aplicação e reflexões críticas acerca do instituto, o qual, em apertada síntese, busca minimizar as instâncias formais de controle social da excessiva carga de processos com a qual deparam, além de priorizar os recursos financeiros e humanos do Estado para a apuração de casos considerados mais graves. Tenta-se delimitar, portanto, uma nova perspectiva para a justiça criminal, consubstanciada no estímulo à celebração de acordos penais, de modo a efetivar uma atuação do Estado-Juiz que atenda aos interesses da vítima, da sociedade, do autor do delito (sobretudo sob a perspectiva da promoção de seus direitos humanos), do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Não persecução. Ministério Público. Justiça negociada.

Abstract: This article has as its main purpose to analyze, in a critical and systematic way, the agreement of non-criminal prosecution, an institute incorporated into the Brazilian legal system through Resolution 181/2017 of the National Council of Public Prosecution. It addresses issues related to some of the problems surrounding the Brazilian criminal justice system, the history of con-

sensual justice in Brazil, and the influence of the American model (based on consensus) of criminal bargaining, as well as the concept, principles, requirements and field of application of the institute, which, in a narrow synthesis, seeks to minimize the formal instances of social control of the excessive burden of cases with which they are faced, in addition to prioritizing the State's financial and human resources to investigate cases considered more serious. In this way, it is tried to delimitate, through this research, a new perspective for criminal justice, consubstantiated in the conclusion of criminal agreements, in order to effect an action of the Judge State which meets the interests of the victim, society, the perpetrator (especially from the perspective of promoting their human rights), the Public Prosecutor's Office and the Judiciary.

Keywords: Non-prosecution. Public ministry. Negotiated Justice.

Sumário: 1 Introdução. 2 Alguns dos problemas que afetam o sistema brasileiro de justiça criminal. 3 Breves considerações sobre o histórico da justiça consensual no Brasil e a influência promovida pelo modelo norte-americano de justiça negociada. 4 Reflexões sobre o acordo de não persecução penal. 4.1 Conceito, requisitos e campo de aplicação do instituto. 4.2 O acordo como medida viável de política criminal. 4.3 Reflexões críticas sobre o acordo. 5 Conclusão.

1 Introdução

É certo que, quando um indivíduo pratica uma infração penal, surge o que se convencionou chamar de *jus puniendi in concreto*, pois o Estado passa a ter uma “pretensão concreta de punir o suposto autor do fato delituoso” (LIMA, 2016, p. 10)¹. É a partir deste momento que o Direito Processual Penal (disciplina autônoma, mas que possui relação de instrumentalidade com o Direito Penal) surge, com o

1 O autor leciona que o *jus puniendi*, em um primeiro momento, é exercido no plano abstrato, quando da elaboração das leis penais que tipificam condutas consideradas contrárias às relações de convívio social (LIMA, 2016, p. 11). Refere-se, em apertada síntese, ao que se convencionou chamar de *criminalização primária*, consubstanciada na atuação legislativa que qualifica determinado ato como criminoso. A partir do momento em que uma pessoa pratica um ato taxativamente descrito na lei penal, surge o instituto da *criminalização secundária* (adequação típica da conduta praticada por alguém).

escopo de operacionalizar o exercício do direito de punir estatal, uma vez que impõe balizas constitucionais para o seu exercício².

A persecução penal inicia-se por meio de uma fase investigativa prévia à ação penal, no bojo da qual são colhidos os elementos de informação necessários à deflagração do processo criminal (que formarão a chamada *justa causa*³). E, nesse cenário, muito se discutiu acerca da (im)possibilidade de o Ministério Público conduzir investigações de natureza criminal. Primeiro, porque o inquérito policial (procedimento clássico de investigação) é presidido exclusivamente pelo delegado de Polícia; segundo, porque não havia dispositivo constitucional expresso que conferisse tal legitimidade aos órgãos ministeriais.

Em que pese a discussão em torno da temática, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em 2006, editou a Resolução n. 13, que disciplinou a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal (PIC) – instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, cuja finalidade é apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal –, o que impulsionou, ainda mais, a controvérsia atinente à impossibilidade de o *Parquet* investigar infrações penais por conta própria.

Em 2015, o Supremo Tribunal Federal (STF), por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, sob a sistemática da Repercussão Geral, deu fim à controvérsia até então existente e, com arrimo no que se denominou de “Teoria dos Poderes Implícitos”, reconheceu a possibilidade de o Ministério Público promover, por

2 Nesse sentido, Winfried Hassemer (*apud* COELHO, 2017, p. 33, grifo do original) assinala que “sem o Direito Processual Penal não pode haver um Processo Penal juridicamente formalizado: o Direito Processual Penal intermedia entre o Direito Penal material e o Processo Penal, ele *serve* à realização do Direito Penal material. Porém o *serve* à sua maneira”.

3 Lima (2016, p. 260) refere-se à *justa causa* como o *suporte probatório mínimo* – prova da materialidade do fato e indícios de autoria – que deve lastrear toda e qualquer acusação penal.

autoridade própria e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado.

O CNMP, então, em 2017, editou a Resolução n. 181 (a qual revogou a Resolução n. 13/2006) com o objetivo de aprimorar as investigações presididas pelo Ministério Público, tornando-as mais céleres, eficientes, desburocratizadas, informadas pelo princípio acusatório e pela observância aos direitos fundamentais dos investigados. Entre as diversas alterações promovidas no âmbito do PIC, o CNMP criou um instituto até então desconhecido pelo sistema brasileiro de justiça criminal: o acordo de não persecução penal.

Em apertada síntese, o instituto supracitado, embora caracterizado pelo prestígio do CNMP à resolução consensual e mais célere das infrações penais (menos graves) submetidas ao crivo do Ministério Público, foi alvo de inúmeras críticas (a maioria delas concernente à sua suposta inconstitucionalidade), as quais geraram calorosos debates, tanto na esfera doutrinária como no dia a dia institucional do Ministério Público, tendo a discussão, inclusive, chegado ao STF por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 5.790 e n. 5.793 (ainda pendentes de julgamento).

Espera-se, com o presente texto, provocar reflexões acerca da possibilidade de se viabilizar o acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, analisando-se, sem embargo, as controvérsias existentes em torno do instituto, bem como possíveis impasses para a sua instrumentalização.

O percurso reflexivo ora proposto estrutura-se em três partes, além desta introdução e das considerações finais: na primeira, abordam-se alguns dos problemas que envolvem o sistema brasileiro de justiça criminal, os quais influenciaram a criação do acordo de não persecução penal; na segunda, discorre-se sobre o histórico da justiça penal consensual no Brasil e a influência promovida pelo modelo americano (*common law*) de justiça penal negociada. Por fim, analisam-se todos os aspectos práticos inerentes ao instituto, bem como apresentam-se algumas considerações críticas, necessárias para a melhoria e o aprimoramento do instituto.

2 Alguns dos problemas que afetam o sistema brasileiro de justiça criminal

Não é novidade que recorrer ao Poder Judiciário, de um modo geral, é um processo longo e desgastante, seja em decorrência da lentidão – *vetor temporal* – inerente aos processos judiciais (de natureza criminal, ou não), seja pela sensação, não raras vezes, de injustiça – *vetor qualitativo* – que lastreia os indivíduos e as relações de convívio social.

O sistema de justiça criminal, em especial, adota o *modelo ressocializador* de reação ao delito, de modo que

o Estado intervém na vida e na pessoa do infrator, não apenas lhe aplicando uma punição, mas também lhe possibilitando a reinserção social. Aqui a participação da sociedade é relevante para a ressocialização do infrator, prevenindo a ocorrência de estigmas. (PENTEADO FILHO, 2012, p. 140).

Para que se possa alcançar o objetivo do Estado Democrático de Direito, que é a prevenção de atos nocivos e conseqüentemente a manutenção da paz e harmonia sociais, mostra-se irrefutável a necessidade de dois tipos de medidas: a primeira delas atingindo indiretamente o delito; a segunda, diretamente (PENTEADO FILHO, 2012, p. 136)⁴. Trata-se de um conjunto de *medidas de prevenção*, que servem como um instrumento de garantia do bem-estar e da estabilidade social, de modo a assegurar a não marginalização de um indivíduo e a sua reinserção na coletividade.

Ocorre que a maneira deturpada por meio da qual se instrumentalizou, no Brasil, o modelo ressocializador fez com que o nosso sistema de

4 Em regra, as medidas indiretas visam às causas do crime, sem atingi-lo de imediato. Por sua vez, as medidas diretas de prevenção criminal direcionam-se para a infração penal *in itinere* ou em formação (*iter criminis*), dentre as quais se destacam aquelas atinentes à efetiva punição de crimes graves, incluindo-se os de colarinho branco; repressão implacável às infrações penais de todos os matizes (“tolerância zero”), substituindo-se o Direito Penal nas pequenas infrações pela adoção de medidas de cunho administrativo (*police acts*); atuação da polícia ostensiva no seu papel de prevenção, manutenção da ordem e vigilância; etc. (PENTEADO FILHO, 2012, p. 137).

justiça criminal mergulhasse em um ambiente caótico, de modo que, atualmente, não se consegue dar uma resposta eficiente nem para os crimes menos graves tampouco para os crimes de elevada reprovabilidade social.

A situação atual do País, no tocante à criminalidade, é reflexo de um conjunto de falhas estruturais (legislativas, de políticas públicas, bem como jurisdicionais). E, como medida essencialmente paliativa, destinada a combater as falhas do modelo de prevenção criminal, o Poder Legislativo, não raras vezes, edita leis na tentativa de atender aos anseios populacionais – as recentes Leis n. 13.654/2018 (que aumentou a pena do crime de roubo cometido mediante emprego de arma de fogo, ao tempo em que retirou a causa especial de aumento de pena do roubo praticado mediante o emprego de arma branca ou imprópria) e n. 13.718/2018 (que revogou a contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor e tornou-a em crime de importunação sexual) são grandes exemplos da (tentativa de) reação legislativa ao clamor social⁵.

Contudo, medidas paliativas não resolvem problemas estruturais. Em verdade, materializam o que se convencionou chamar de *Direito Penal simbólico*, instituto que, na dicção de Masson (2018, p. 2),

proporciona a falsa impressão de que o problema da criminalidade se encontra sob o controle das autoridades, buscando transmitir à opinião pública a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido.

Bitencourt (2012, p. 179), ao abordar a temática, ressalta a tendência da *função simbólica* do penal e o discurso populista punitivista, quando destaca que

a escassez de políticas públicas que sirvam de suporte para a progressiva diminuição da repressão penal, unida à ineficácia do sistema penal,

5 O que deu ensejo à criação do crime de importunação sexual foi a ocorrência reiterada dos casos de masturbação e ejaculação nos transportes públicos do Estado de São Paulo. Até então, a conduta não configurava crime, mas sim contravenção, o que fez com o que a sociedade clamasse por uma alteração legislativa eficiente. Contudo, é importante mencionar que o preceito secundário do crime de importunação sexual é bem tímido (1 a 5 anos, compatível, inclusive, com o *sursis* processual), razão pela qual não corresponde aos anseios populacionais.

produzem o incremento da violência e, em consequência, o incremento da demanda social em prol da maximização do Direito Penal.

E, como consequência desse instituto, surge a figura da *hipertrofia do Direito Penal*⁶, pois o que ocorre, nessas situações, é uma proliferação desnecessária de crimes que não se coaduna com a realidade do sistema carcerário brasileiro – já que a maioria da população segregada é acusada e (ou) condenada pela prática de crimes de tráfico, homicídio e patrimoniais⁷.

Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2003, p. 275), na mesma linha, reconhecem que “o estado de direito contemporâneo acha-se ameaçado por um crescimento ilimitado do aparato punitivo, sobretudo de suas agências executivas e penitenciárias”.

No entanto, a tendência desse modelo de reação e prevenção encontra-se em dissonância com a realidade social que se vive no Brasil. Seja em razão dos elevados índices de reincidência, bem como pelo elevado número de pessoas segregadas e número de processos criminais existentes, o fato é que o sistema brasileiro de justiça criminal não mais corresponde aos anseios dos jurisdicionados.

6 Segundo Silva Sánchez (2011, p. 33-34), passou-se a vivenciar, nos últimos anos, processos de incriminação. Segundo o autor, essa tendência incriminadora, “cujo interior multifórmico não permite sua condução a um juízo unitário, adota às vezes a forma de uma legislação claramente simbólica ou retórica, sem possibilidades reais de aplicação útil. Tal legislação expansiva, que constitui a nota distintiva fundamental de nosso tempo e algumas vezes carrega consigo o maldito Direito excepcional, colide com duas tendências igualmente claras: a que defende um Direito Penal mínimo, ressaltando a vertente garantista do Direito Penal, e a que evidencia um total ceticismo diante da eficácia preventivo-especial (ressocializadora, em concreto) do mecanismo punitivo mais característico: a pena privativa de liberdade. Mas também colide com uma realidade do próprio sistema de penas privativas de liberdade, espinha dorsal do sistema penal”.

7 De acordo com o *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2017* (BRASIL, 2017), os crimes pelos quais há um maior número de pessoas privadas de liberdade foram, nesta ordem: tráfico de drogas (176.691 pessoas), roubo qualificado (102.068 pessoas), roubo simples (52.236 pessoas), homicídio qualificado (37.907 pessoas), furto simples (37.155 pessoas) e furto qualificado (36.626 pessoas).

À guisa de exemplo, o último *Anuário Brasileiro de Segurança Pública* (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2018) publicado reconheceu que

o número absoluto de presos, as taxas de encarceramento, o número de estabelecimentos prisionais e também o *déficit* de vagas não deixaram de crescer. O aumento do encarceramento e da rede de instituições carcerárias em todo o Brasil era puxado pelo “exemplo” paulista, a locomotiva carcerária do país.

Por sua vez, o relatório intitulado *Segurança Pública em Números 2018* (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2018) destacou que: a) em 2016, havia 729.463 pessoas encarceradas no Brasil, sendo 689.947 no sistema penitenciário e 39.516 sob a custódia das polícias; b) o número de estupros, em 2017, aumentou 8,4% em relação a 2016; c) houve 1.133 feminicídios praticados em 2017; d) foram registradas 221.238 ocorrências de violência doméstica em 2017 (lesão corporal dolosa), o que resultou em uma média de 606 casos por dia; e) a taxa de homicídio de negros, em 2016, equivaleu a 2,5 vezes a de não negros; f) a taxa de homicídio de negros cresceu 23,1%; g) a taxa entre os não negros teve uma redução de 6,8%; e h) em 10 anos, a taxa de homicídio de mulheres negras aumentou 15,4%.

O *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2017* (BRASIL, 2017), por seu turno, pontuou que 726.712 pessoas estavam encarceradas no Brasil em junho de 2016, embora existissem, tão somente, 368.049 vagas no sistema penitenciário brasileiro⁸. Ainda conforme o levantamento, em junho de 2016, a população prisional brasileira ultrapassou, pela primeira vez na história, a marca de 700 mil pessoas privadas de liberdade, o que representou um aumento da ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 1990.

8 A partir dos dados acima citados, tem-se um déficit de 358.663 vagas, taxa de ocupação média de 197,4% e taxa de aprisionamento de 352,6%. Tal cenário, frise-se, encontra-se em gradativa expansão, não havendo, até então, sinais de melhoria e (ou) redução, conforme se extrai, ainda, do *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2017*.

Sem embargo, o relatório *Justiça em Números* (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018) aponta que, em 2017, ingressaram no Poder Judiciário 2,7 milhões de novos casos criminais, sendo 1,7 milhão (61,6%) na fase de conhecimento de 1º grau, 357,5 mil (13,1%) na fase de execução de 1º grau, 19,6 mil (0,7%) nas turmas recursais, 576 mil (21,1%) no 2º grau e 95,6 mil (3,5%) nos Tribunais Superiores.

Ainda em 2017, observou-se a existência de 6,2 milhões de casos criminais pendentes (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018), dado que reflete a excessiva carga de processos existentes (e, conseqüentemente, a lentidão do sistema brasileiro de justiça criminal).

Cardoso Neto (2018, p. 35) entende haver vários fatores que colocam em xeque a efetividade da famigerada justiça penal, como a “*crise do sistema retributivo*, associada a problemas como o *fracasso da proposta ressocializadora*, o *aumento da população carcerária* e das violações de direitos humanos (da fase pré-processual até a execução da penal)”, bem como “o aparente estágio de expansão da dogmática penal que culminou, mais tarde, na origem de tendências como aquela que se denomina o *Direito Penal do Inimigo*”.

Luigi Ferrajoli (2014, p. 186), de maneira muito esclarecedora, também faz alguns apontamentos relevantes para a compreensão do tema:

Nas últimas décadas, o sistema de penas traçado na época das codificações entrou em profunda crise. Para esta crise têm contribuído múltiplos fatores: a crescente ineficácia das técnicas processuais, que em todos os países evoluídos tem provocado um aumento progressivo da prisão cautelar em relação ao encarceramento sofrido na expiação da pena; a ação dos meios de comunicação, que tem conferido aos processos, sobretudo aos seguidos por delitos de particular interesse social, uma ressonância pública que às vezes tem para o réu um caráter aflitivo e punitivo bem mais temível do que as penas; a inflação do direito penal, que parece ter perdido toda separação do direito administrativo, de forma que os processos e as penas já se contam, num país como a Itália, em milhões cada ano; a mudança das formas de criminalidade, que se manifesta no

desenvolvimento do crime organizado e, por outro lado, de uma microdelinquência difusa, ambos ligados ao mercado da droga; a diminuição, não obstante, dos delitos de sangue e o incremento sobretudo dos delitos contra o patrimônio; o progressivo desenvolvimento da civilidade, enfim, que faz intoleráveis ou menos toleráveis que no passado, para a consciência jurídica dominante, não somente as penas ferozes, senão, também, as penas privativas de liberdade demasiado extensas [...].

E essa constatação não é exclusivamente doutrinária. O próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu a ruína em que se encontra o sistema brasileiro de justiça criminal, em especial o sistema carcerário. Por ocasião do julgamento de uma medida cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF (j. em 9.9.2015), o ministro Marco Aurélio consignou que o sistema carcerário brasileiro vive um *Estado de Coisas Inconstitucional*⁹.

Por seu turno, ao apreciar o *primeiro caso de habeas corpus coletivo* – HC 143.641/SP, j. em 20.2.2018 –, a 2ª Turma do STF reconheceu que, no Brasil, existe uma *cultura do encarceramento*,

que se revela pela imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, e que resulta em situações que ferem a dignidade de gestantes e mães, com prejuízos para as respectivas crianças.

9 O Estado de Coisas Inconstitucional ocorre “quando se verifica a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem modificar a situação inconstitucional” (BRASIL, 2015). O Estado de Coisas Inconstitucional gera, portanto, um litígio estrutural, de modo que um número amplo de pessoas é atingido pelas violações de direitos e, diante disso, para enfrentar tamanho litígio, a Corte Constitucional se vê na necessidade de fixar remédios estruturais voltados à formulação e à execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões mais tradicionais. A Corte adota, então, uma postura de ativismo judicial diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, que não tomam medidas concretas para resolver o problema, normalmente por falta de vontade política, o que acarreta a perpetuação e o agravamento da situação.

E é nesse cenário caótico de criminalização e de crescimento de movimentos criminológicos radicais – como o *Direito Penal de 3ª Velocidade*¹⁰ e a *Tendência de Vorverlagerung*¹¹ – que surge o acordo de não persecução penal, instituto que vai justamente de encontro às culturas da criminalização e do encarceramento, sobretudo porquanto remete à ideia de justiça penal negociada, inerente ao *Direito Penal de 2ª Velocidade*¹².

10 Tratado pelo professor Jesús-María Silva Sánchez, o *Direito Penal de 3ª Velocidade* defende a punição do criminoso com pena privativa de liberdade (1ª velocidade), permitindo, para determinados crimes (tidos como mais graves), a flexibilização ou eliminação de direitos e garantias constitucionais (2ª velocidade), caminhando para uma rápida punição. Assim, utiliza-se a pena privativa de liberdade, mas se permite a flexibilização de garantias materiais e processuais. Possui relação com o *Direito Penal do inimigo*, idealizado por Gunther Jakobs (MASSON, 2011, p. 95).

11 Biffe Junior e Leitão Junior (2017, p. 99) assinalam que a expressão alemã *vorverlagerung* significa “deslocamento para frente” e, na esfera penal, nada mais é do que uma forma de criminalização antecipada da conduta em razão do perigo abstrato aos interesses tutelados. Significa a antecipação da criminalização penal de atos preparatórios atinentes a crimes de perigo abstratos (*abstrakte Gefährdungsdelikte*), crimes de mera conduta (*schlichte Tätigkeitsdelikte*), punição da tentativa, entre outros, para proteger bens jurídicos, evitando, ou ao menos inibindo, que a conduta de fato venha se materializar com repercussões substanciais. Bianchini, nesse sentido, enfatiza que “a antecipação de tutela penal, por meio da criminalização de atos preparatórios, comumente conhecidos como *crimes-obstáculos*, possui caráter excepcional” e visa a “prevenir ações indubitavelmente lesivas ou perigosas, mediante a punição dos atos idôneos para comissão de outros crimes” (BIANCHINI, 2002, p. 73).

12 O *Direito Penal de 2ª Velocidade* caracteriza-se pela incorporação de duas tendências: a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais aliada à adoção das medidas alternativas à prisão. Dessa forma, quando a sanção penal possível de ser aplicada no caso concreto se limitar às restrições de direitos, ou à multa, a ação penal pode ser mais ágil, uma vez que a disputa entre o acusado e o Estado não envolve tão relevante bem jurídico: a liberdade do ser humano. O exemplo mais notório do *Direito Penal de 2ª Velocidade* é a Lei n. 9.099/1995, que foi fortemente influenciada pelo modelo americano do *plea of nolo contendere* de justiça penal negociada (MASSON, 2011, p. 93).

Então, por que adotar medidas alternativas à prisão e à instrução processual plena num cenário tão caótico?

Cardoso Neto (2018, p. 27/28) bem sintetiza:

O ideal da ressocialização, proposto pelos correcionalistas, não mais se sustenta, motivo pelo qual é visto como um mito para Bitencourt (2008, p. 102) e como um fracasso para Cervini (2002, p. 35). Na verdade, o próprio discurso jurídico-penal já não consegue se manter, estando o sistema penal imerso em uma grande crise, principalmente de legitimidade.

Essa crise, diga-se, não é recente. Tem início em meados da década de 1960, quando diversos movimentos criminológicos passaram a contestar tenazmente o sistema penal e a pena privativa de liberdade. Entre os críticos, percebem-se, inclusive, aqueles que almejam a abolição do sistema penal, os chamados “abolicionistas”. Nesse mesmo período surgem os primeiros mecanismos diversórios, que constituem alternativas aos mecanismos formais de controle; ou seja, são tentativas de informalização do sistema penal.

Na dicção de Luigi Ferrajoli (2014, p. 259), a formulação, sobre a base de um repensamento radical da natureza da pena, de um novo sistema de penas, alternativas às vigentes (penas alternativas, tenha-se em conta – e não medidas alternativas –, aptas a satisfazer, como penas principais, o duplo fim do Direito Penal dentro de uma perspectiva de racionalização e de minimização do sistema sancionador), é uma das tarefas mais importantes que se impõe à atual reflexão filosófico-penal em torno da necessidade de implementação de medidas diversionistas.

Oliveira (2016, p. 755) também ressalta a importância da instituição das medidas alternativas à instrução processual plena e alternativas à própria prisão como conseqüências de um movimento criminológico desencarcerador:

O drama causado pela superpopulação de encarcerados e pelas condições desumanas de cumprimento das penas demonstra o desencanto com as prometidas funções destinadas às sanções penais e a conseqüente falência de todo o sistema punitivo de privação da liberdade.

Aliás, o problema da legitimação do Direito, em um mundo de grande variedade e complexidade de ordens e desordens econômico-sociais, não é um fenômeno exclusivo do Direito Penal, envolvendo, ao contrário, a maioria das relações jurídicas entre o Estado e seus administrados.

Nesse sentido, quaisquer medidas que tenham como ponto de partida essa realidade, e, com isso, busquem alternativas para as questões penais, devem ser recebidas, no mínimo, com boa vontade.

Michel Foucault (1987, p. 124/128) também aborda a necessidade de que a correspondência da pena à infração penal deve passar por um novo *arsenal*, de modo que a resposta estatal ao delito seja justa e eficaz:

1) Ser tão pouco arbitrários quanto possível. É verdade que é a sociedade que define, em função de seus interesses próprios, o que deve ser considerado como crime: este, portanto, não é natural. Mas se queremos que a punição possa sem dificuldade apresentar-se ao espírito assim que se pensa no crime, é preciso que, de um ao outro, a ligação seja a mais imediata possível: de semelhança, de analogia, de proximidade. É preciso dar à pena toda a conformidade possível com a natureza de delito, a fim de que o medo de um castigo afaste o espírito do caminho por onde era levado na perspectiva de um crime vantajoso. [...]

2) Esse jogo de sinais deve corresponder à mecânica das forças: diminuir o desejo que torna o crime atraente, aumentar o interesse que torna a pena temível; inverter a relação das intensidades, fazer que a representação da pena e de suas desvantagens seja mais viva que a do crime com seus prazeres. Toda uma mecânica, portanto, do interesse de seu movimento, da maneira como é representado e da vivacidade dessa representação. [...].

Assim, pensar em uma nova perspectiva, tanto para a aplicação das penas privativas de liberdade como para a implementação de *medidas alternativas à instrução processual plena*, é medida que se faz necessária para o aperfeiçoamento do sistema penal frente ao cenário com o qual depara atualmente.

3 Breves considerações sobre o histórico da justiça consensual no Brasil e a influência promovida pelo modelo norte-americano de justiça negociada

Na esfera criminal, a ideia de resolução consensual do conflito ainda se encontra em tímida expansão. Isto porque sempre prevaleceram a cultura do litígio e a ideia de adversariedade entre Ministério Público e defesa, de modo que, às partes, nunca se possibilitou a resolução consensual da lide, ou seja, estimulava-se o conflito para que o magistrado, ao final, proferisse o *decisum*.

Todavia, consoante a ideia clássica de Cesare Vivante (2007), “*altro tempo, altro diritto*” (*apud* FUX, 2015, p. 15), é certo que a ciência do Direito deve adequar-se às (mutáveis) relações de convívio social e, por conseguinte, acompanhar as necessidades de quem é por ele tutelado, além de corresponder aos seus anseios.

Nesse passo, o Estado reconheceu que, ante o crescente número de processos – fator que possui relação diretamente proporcional ao aumento do volume de trabalho de magistrados, membros do Ministério Público e servidores envolvidos com a justiça criminal –, além da já mencionada falha do modelo ressocializador de reação ao delito, fazia-se necessária a implementação de medidas alternativas para possibilitar o descongestionamento da máquina estatal.

Da didática lição de Alves (2018, p. 194), observa-se, em linhas gerais, que a justiça penal consensual é gênero do qual a justiça restaurativa, a justiça negociada e a justiça colaborativa são espécies.

A *justiça restaurativa*, conforme leciona Cardoso Neto (2018, p. 28), surge como uma “tentativa de responder ao fenômeno criminal de forma diferente daquela praticada pelo sistema de jurisdição penal tradicional”. Oportuniza, portanto, uma “troca de lentes, pois permite que se enxergue o crime e a própria justiça a partir de uma visão renovada [...]”¹³.

13 O crescimento do instituto e o estímulo às práticas consensuais de resolução de conflitos na esfera criminal culminaram na edição da Resolução n. 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, que, em linhas gerais, dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

A *justiça colaborativa*, por seu turno, revela-se como ferramenta essencial no combate à criminalidade e ganhou maior visibilidade por força dos acordos de colaboração premiada celebrados na Operação Lava Jato, de notória repercussão nacional¹⁴.

Por sua vez, a implementação da Justiça Penal Negociada no Brasil teve como marco histórico a edição da Lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais), que trouxe ao ordenamento brasileiro um novo modelo de justiça, fundado no consenso¹⁵.

Embora o Brasil seja um país tradicionalmente norteadado pelo sistema do *civil law*, a Lei n. 9.099/1995 foi a responsável pela implementação de duas grandes medidas despenalizadoras – transação penal¹⁶ e suspensão condicional do processo¹⁷ –, as quais foram fortemente influenciadas pelo modelo americano (*common law*) de justiça penal.

14 A justiça colaborativa, contudo, não se resume à colaboração premiada prevista na Lei de Organizações Criminosas (n. 12.850/2013). Lima (2017, p. 706) assinala que a primeira lei que cuidou expressamente da colaboração premiada foi a Lei dos Crimes Hediondos (n. 8.072/1990). Também havia previsão no art. 159, § 4º, do Código Penal, bem como nas Leis n. 9.034/1995 (antiga Lei de Organização Criminosa), n. 7.492/1986 (define os crimes contra o sistema financeiro) e n. 8.137/1990 (define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo) etc. Em linhas gerais, a colaboração premiada pode ser conceituada como uma “técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal” (LIMA, 2017, p. 702).

15 O Juizado Especial Criminal tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo (contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa).

16 A transação penal aplica-se às infrações de menor potencial ofensivo e pode ser proposta pelo Ministério Público, quando não for possível o arquivamento do feito. Em linhas gerais, consiste na aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.

17 A proposta de suspensão condicional do processo acompanha a denúncia oferecida pelo Ministério Público e aplica-se aos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não pela Lei n. 9.099/1995. O benefício pode ser concedido desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por

E tais institutos romperam drasticamente com a ideia de justiça penal do conflito; em linhas gerais, instituíram-se, na ritualística processual penal brasileira, acordos a serem celebrados entre acusação e defesa, por meio dos quais o autor do fato pode cumprir certas condições de natureza restritiva de direitos, evitando ou suspendendo o processo penal.

A influência do modelo americano (*common law*) de justiça negociada no sistema brasileiro se materializa por intermédio do instituto denominado *plea bargaining*, o qual consiste em um

acordo entabulado entre a acusação e o réu, por meio do qual este confessa voluntariamente a prática de uma infração penal (*guilty plea*) ou deixa de contestá-la (*plea of nolo contendere*), em troca de um benefício oferecido pelo promotor.

Evita-se, assim, por consequência, o desfecho tradicional de um processo criminal (ALVES, 2018, p. 203).

O *plea bargaining*, portanto, é um instrumento altamente abrangente, no bojo do qual se transaciona sobre fato, qualificação jurídica, consequências penais etc. (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES; GOMES, 1999, p. 234). Difere-se da *guilty plea* na medida em que nesta o que ocorre é, tão somente, o reconhecimento da culpa em troca de uma benesse penal. No *nolo contendere*, por seu turno, não há reconhecimento de culpa.

E qual dessas modalidades de barganha penal guarda relação mais próxima com as medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/1995?

Partindo-se da premissa de que, na *guilty plea*, o agente, aceitando o acordo, reconhece a culpa e cumpre pena (em troca, recebe benefícios penais, como diminuição de pena), diferentemente do *plea of nolo contendere* (modalidade de acordo em que o indivíduo apenas deixa de contestar a acusação ministerial), não há dúvida de que a suspensão condicional do processo e a transação penal refletem com

outro crime, se presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP). Como condições, podem ser estabelecidas a reparação do dano e a proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz etc.

maior fidelidade o modelo *nolo contendere* de justiça negociada, uma vez que, no âmbito da Lei dos Juizados Especiais, o reconhecimento da culpa é prescindível para fins de celebração do acordo, bem como não há imposição de pena por parte do magistrado.

A Lei n. 9.099/1995, portanto, foi um marco histórico na implementação das medidas despenalizadoras. A partir daí, abriu-se maior espaço para a discussão acerca da viabilidade dos procedimentos alternativos de resolução das lides penais, com vistas a disseminar a cultura do *consenso* (e não do litígio/conflicto) entre os jurisdicionados e, conseqüentemente, garantir maior efetividade à tutela jurisdicional prestada na seara criminal.

Ocorre que, a despeito da existência dos institutos já citados, algumas lacunas ainda não tinham sido preenchidas, de modo que infrações que não se enquadravam no conceito de menor (ou de médio) potencial ofensivo não comportavam os benefícios da lei processual penal e somavam-se aos milhares processos existentes nas Varas Criminais do País, circunstância que, com o passar do tempo, revelou-se como um verdadeiro impasse para uma atuação célere e efetiva do aparato estatal e influenciou, de certo modo, a criação do acordo de não persecução penal.

4 Reflexões sobre o acordo de não persecução penal

4.1 Conceito, requisitos e campo de aplicação do instituto

A realidade caótica do sistema brasileiro de justiça criminal demanda novas formas de atuação do Estado. E não é de hoje que surgiu essa reivindicação; a implementação de medidas diversionistas (que apresentam soluções diversas da instrução processual plena) é, atualmente, vista como uma alternativa real para a resolução mais célere das lides de natureza penal¹⁸.

18 Uma das alternativas mais promissoras para tornar o sistema mais eficiente e adequado repousa na implementação de um modelo de acordo no âmbito criminal.

Ao editar a Resolução n. 181/2017, o Conselho Nacional do Ministério Público foi categórico ao enfatizar a necessidade de aprimoramento da investigação criminal no Brasil, além de destacar a imprescindibilidade da instalação de um sistema alternativo à persecução penal integral:

Considerando a necessidade de permanente aprimoramento das investigações criminais levadas a cabo pelo Ministério Público, especialmente na necessidade de modernização das investigações com o escopo de agilização, efetividade e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e das prerrogativas dos advogados, superando um paradigma de investigação cartorial, burocratizada, centralizada e sigilosa;

Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais;

Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais, RESOLVE, nos termos do art. 130-A, § 2º, I, da Constituição Federal, expedir a seguinte RESOLUÇÃO [...].

O acordo de não persecução penal, previsto, em sua integridade, no art. 18 da resolução mencionada, é brilhantemente conceituado por Renato Brasileiro de Lima (2018, p. 196):

Com isso, seria estabelecido um sistema com a eleição inteligente de prioridades, levando para julgamento plenário (é dizer, processo penal com instrução e julgamento perante o juiz) somente aqueles casos mais graves. Para os demais casos, de pequena e média gravidade, restaria a possibilidade da celebração de acordos que evitariam o *full trial*, economizando-se tempo e recursos públicos e lançando mão de uma intervenção menos traumática para esses tipos de delitos (CABRAL, 2018, p. 22).

Cuida-se de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso com o *Parquet* de promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida¹⁹.

Em que pese guarde certa semelhança com a transação penal e a suspensão condicional do processo, o acordo de não persecução penal (que também sofreu forte influência do modelo americano de justiça penal negociada) com eles não se confunde. A primeira razão reside no fato de que o acordo pressupõe, necessariamente, a confissão do autor do delito. A segunda está em que o instituto previsto na Resolução é subsidiário em relação à transação penal, além de reclamar requisitos distintos daqueles exigidos pelos benefícios da Lei dos Juizados Especiais²⁰.

A doutrina entende, ainda, que o acordo (assim como os benefícios previstos na Lei n. 9.099/1995) se caracteriza por ser um instrumento de *diversão com intervenção*, hipótese em que

19 A partir do seu conceito, algumas premissas já podem ser fixadas: a) o acordo de não persecução penal é, necessariamente, realizado na fase extrajudicial da persecução penal, ou seja, em momento anterior à ação penal; b) a confissão formal e circunstanciada da prática delituosa é pressuposto essencial para a instrumentalização da avença; c) é imprescindível a representação por advogado; d) o autor do fato não cumpre pena (fixada pelo magistrado), mas sim condições de natureza restritivas de direito, fixadas entre ele e o Ministério Público; e) é obrigatória a homologação judicial.

20 Ainda que o acordo pressuponha a confissão formal e circunstanciada da prática delituosa, assemelha-se mais ao modelo de *plea of nolo contendere* do que ao *plea bargaining*. Nesse sentido, há, no acordo de não persecução, um “reconhecimento da viabilidade acusatória, sem contestação a ela, tal como já ocorre com a transação e a suspensão condicional do processo; nestes casos, porém, não se exige confissão” (BRANDALISE; ANDRADE, 2019, p. 237). Sua aceitação e cumprimento, portanto, “não causam reflexos na culpabilidade do investigado, pelo que não produz efeitos civis”, diferentemente do que ocorre no *plea bargaining*.

o acusado/investigado fica sujeito ao cumprimento de certas condições. Se cumpridas de maneira regular, o procedimento investigatório será arquivado, ou o processo será extinto. (LIMA, 2018, p. 197)²¹.

Quanto à infração, admite-se o acordo quando (requisitos cumulativos): a) não for caso de arquivamento (*caput* do art. 18); b) a pena mínima cominada ao crime for inferior a quatro anos, já consideradas as causas de aumento e diminuição (*caput*); c) o crime for cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (*caput*); d) não se tratar de crime hediondo ou equiparado (§ 1º, inciso V); e) o crime não for cometido em contexto de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei n. 11.340/2006 (§ 1º, inciso V); f) não for cabível a transação penal, nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099/1995 (§ 1º, inciso I); e g) o dano causado não exceder 20 salários-mínimos ou parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local (§ 1º, inciso II).

Por outro lado, não se admitirá a formulação da proposta se ficar comprovado (requisitos alternativos): a) ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva (§ 1º, inciso III); b) ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099/1995 (§ 1º, inciso III); c) não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida (§ 1º, inciso III); d) que o aguardo para o cumprimento do acordo pode acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal (§ 1º, inciso IV); e) que a celebração do acordo não atende ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (§ 1º, inciso VI); f) que se trata de crime cometido por militar que afeta a hierarquia e a disciplina (§ 12 do art. 18).

21 A “diversão” caracteriza-se por ser uma forma de resolução dos conflitos processuais penais em que não há o oferecimento da ação penal ou a descontinuidade dela com a presença de advertências ou imposição de condições a serem cumpridas pelo acusado (trata-se, portanto, de uma definição de consenso próxima à ideia do *plea of nolo contendere*). Em suma: partindo-se da ideia de *plea americana*, o instituto se revela próximo ao *plea of nolo contendere*; considerando-se a noção de *diversão*, trata-se de uma *diversão com intervenção* (BRANDALISE; ANDRADE, 2019, p. 238).

Por parte do investigado, exigem-se (requisitos cumulativos): a) a confissão formal e detalhada da prática delituosa²²; e b) o acompanhamento por defensor técnico).

Quanto ao momento, admite-se a negociação: a) no âmbito do Procedimento Investigatório Criminal; b) no âmbito do Inquérito Policial²³; ou c) na mesma oportunidade da audiência de custódia.

O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado, estipulará de modo claro suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor, necessariamente (§ 3º do art. 18). Em seguida, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial (§ 4º). Feita a proposta, e considerando o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação (§ 5º).

Entretanto, se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou ao órgão superior interno responsável por sua apreciação, que, nos termos da legislação vigente, poderá adotar as seguintes providências (§ 6º): a) oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; b) complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-las; c) reformular a proposta de acordo de não persecução, para aprecia-

22 Conforme art. 18, § 2º, da Resolução n. 181/2017, “a confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registradas pelos meios ou recursos de gravação áudio-visual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor”.

23 O fato de o acordo ter sido introduzido no ordenamento pátrio pelo art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP, que versa sobre as investigações criminais realizadas pelo Ministério Público por meio do Procedimento Investigatório Criminal (PIC), levaria a concluir que a celebração desse negócio jurídico somente poderia ocorrer no bojo de um PIC, e não no âmbito do inquérito policial. Contudo, não há razões para acatar o reportado entendimento, até porque ter a *sorte* ou o *azar* de ser investigado no curso de um PIC (e não de um IPL) não pode ser usado como fundamento razoável para se admitir, ou não, a celebração do acordo de não persecução penal (LIMA, 2018, p. 197).

ção do investigado; e d) manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a instituição.

Uma vez celebrado o acordo, o autor do delito se sujeitará ao cumprimento (cumulado ou alternativo) das seguintes condições, previstas nos incisos I a V do art. 18: a) reparação o dano ou restituição da coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; b) renúncia voluntária a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou provento do crime; c) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; d) pagamento de prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público; e) outra condição estipulada pelo Ministério Público.

Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação (§ 11). Na hipótese de descumprimento injustificado das condições impostas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia (§ 9º), bem como valer-se do descumprimento como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo (§ 10).

4.2 O acordo como medida viável de política criminal

Após a edição da Resolução n. 181/2017, houve diversos questionamentos a respeito do ineditismo promovido pelo Conselho Nacional do Ministério Público, sobretudo em razão da suposta inconstitucionalidade do art. 18 da referida resolução. A discussão, inclusive, chegou ao STF por meio das ADIs n. 5.790 e n. 5.793, ainda pendentes de julgamento²⁴.

24 A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.790 foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e, em linhas gerais, sustentou que a Resolução do CNMP: a) invadiu e usurpou a competência do legislador, ino-

Contudo, as razões e a maneira pelas quais o acordo de não persecução penal foi introduzido no ordenamento brasileiro revelam não se tratar de medida que verse estritamente sobre Direito Penal ou Direito Processual Penal – hipóteses nas quais seria obrigatória a edição de lei, conforme dispõe o art. 22, I, da Carta Magna; em verdade, trata-se de instituto que materializa uma medida de política criminal – e que, portanto, prescinde de lei²⁵.

Em linhas gerais, a política criminal se debruça sobre as estratégias e os meios de controle social da criminalidade. Nesse sentido, Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2003, p. 274) consignam que ela tem a função de prover uma proteção mais eficaz da sociedade, sendo um “discurso legitimante do poder punitivo”, de tal modo que se deve abarcar, em seu campo, “a valoração da estrutura do sistema penal e das propostas formuladas a seu respeito”. Trata-se, portanto, de um “campo especializado da ciência política e, naquilo em que a política intervém no sistema penal, da engenharia institucional”.

vando em matéria penal, processual penal, do Estatuto da Magistratura, além de violar direitos e garantias individuais; b) submeteu os magistrados ao procedimento investigatório sem observar garantia prevista na Lei Orgânica da Magistratura, invadindo a competência do legislador; c) criou uma “delação premiada sem lei” (referindo-se ao acordo de não persecução penal); e d) usurpou competência do Poder Judiciário para julgar e impor sanção aos jurisdicionados (ainda em referência ao acordo) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.790/DF*. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>. Acesso em: 5 out. 2019). A ADI n. 5.793 foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e sustentou: a) usurpação de competência privativa legislativa da União; b) extrapolação do poder regulamentar conferido ao CNMP; c) ofensa aos princípios da reserva legal, segurança jurídica, indisponibilidade da ação penal, imparcialidade, impessoalidade, ampla defesa, contraditório, devido processo legal e inviolabilidade de domicílio (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.793/DF*. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>. Acesso em: 5 out. 2019).

- 25 Mencione-se, por oportuno, que o acordo de não persecução é, necessariamente, um negócio jurídico extraprocessual (leia-se, sua celebração ocorre em momento anterior à deflagração do processo penal).

Masson (2018, p. 2), na mesma linha de intelecção, assinala que a política criminal tem por objeto a apresentação de críticas e propostas para a reforma do Direito Penal em vigor: “visa à análise crítica e metajurídica do direito positivo, no sentido de ajustá-lo aos ideais jurídico-penais e de justiça”. E vai além, ao destacar que ela se baseia em considerações de “oportunidade, em sintonia com a realidade social, para propor modificações no sistema penal vigente”.

O acordo de não persecução penal, portanto, reflete o ideal de justiça buscado pela política criminal, sobretudo porquanto promove uma mudança nitidamente focada na melhoria da ideia de Justiça e na restauração da credibilidade do Poder Judiciário – o qual, conforme já mencionado, é caracterizado pela morosidade na tramitação de processos e pela transmissão de uma sensação de impunidade e insatisfação a quem necessita de sua intervenção. Ademais, o Ministério Público é uma das figuras mais interessadas na persecução penal, notadamente por ser considerado o *dominus litis*, pelo que se pode extrair sua absoluta legitimidade na implementação de medidas voltadas à política criminal.

Nesse sentido, a dicção de Renato Brasileiro de Lima (2018, p. 201):

Na qualidade de agentes políticos, os membros do Ministério Público têm o dever funcional de realizar uma seleção de casos penais que ostentem maior relevância dentro da política de persecução penal adotada pelo *Parquet*. Assim, no exercício desse poder de realizar política criminal de persecução penal, incumbe ao Ministério Público buscar respostas alternativas e mais céleres para os casos penais de baixa e média gravidade, o que poderá ser alcançado através dos acordos de não persecução penal.

Não são diferentes as lições de Vladimir Aras (2018, p. 263):

O Ministério Público brasileiro é, assim, um promotor da política criminal do Estado. Não é mero espectador, não é autômato da lei penal. Na condição de agente político do Estado, tem o dever de discernir a presença, ou não, do interesse público na persecução

penal em juízo, ou se, diante da franquia do art. 129, inciso I, da Constituição, combinado com o art. 28 do CPP, deixará de proceder à ação penal, para encaminhar a causa penal a soluções alternativas, não judicializando a pretensão punitiva. Entre essas soluções estão a opção pela Justiça Restaurativa²⁶ ou pelos acordos penais.

Desse modo, as críticas movidas em face do acordo, embora respeitadas, não se revelam suficientes para afastar a credibilidade e a viabilidade de sua implementação no Brasil. Isso porque o acordo propõe maior racionalidade²⁷ ao sistema criminal, a fim de que se dê maior atenção aos crimes considerados mais graves. Isto é, busca-se a economia de recursos financeiros e humanos para que os órgãos voltados à persecução penal se dediquem com mais afinco aos crimes que exigem atuação especial – os quais, por óbvio, não são compatíveis com o acordo – e, em tempo, tenta-se fornecer uma resposta estatal mais célere aos crimes de menor gravidade, uma vez que o acordo encurta o deslinde da lide penal²⁸.

26 Destaque-se que o Conselho Nacional do Ministério Público, em 2014, editou a Resolução n. 118, que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Auto-composição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Segundo o art. 1º, parágrafo único, da resolução, incumbe ao Ministério Público Brasileiro “implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos”. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 3 fev. 2019.

27 Aqui não nos referimos à racionalidade penal moderna indicada pelo insigne professor Álvaro Pires (2004), mas sim ao oposto, ou seja, à redução do poder punitivo estatal.

28 As justificativas utilizadas pelo CNMP foram bem elucidativas nesse aspecto, sobretudo quando se menciona a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais.

Noutro vértice, sustenta-se que a Resolução do CNMP violou o princípio da obrigatoriedade da ação penal²⁹.

Neste artigo, contudo, acredita-se não haver tal violação. Desde 1995, o reportado princípio já foi relativizado pelas medidas despenalizadoras da Lei n. 9.099³⁰. Sem embargo, a celebração do acordo pressupõe estrita e fiel observância tanto ao procedimento a ser obedecido quanto à análise da compatibilidade da infração com o instituto, ou seja, não há uma liberdade discricionária na atuação do membro do Ministério Público para que este promova, ou não, a ação penal; exige-se a obediência a diversos dispositivos para que se possa celebrar o acordo de não persecução penal³¹.

De qualquer sorte, o acordo não é o primeiro instituto incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro sem expressa previsão em lei *stricto sensu*.

A audiência de custódia – cuja implementação foi amplamente elogiada pela doutrina processual penal brasileira³² –, que, de igual modo, funda-se em razões de política criminal, também carece de

29 O aludido princípio consiste no dever imposto ao Ministério Público de intentar a ação penal em todas as situações em que houver elementos suficientes de autoria e materialidade delitivas.

30 Por tais razões, Grinover, Gomes Filho, Fernandes e Gomes (1999, p. 240) destacam que, no ordenamento jurídico brasileiro, vigora o princípio da oportunidade regrada ou discricionariedade regulada ou controlada: “a regra continua sendo o princípio da obrigatoriedade (que alguns impropriamente chamam de legalidade processual). Excepcionalmente, no entanto, em algumas hipóteses taxativamente previstas em lei (e mesmo assim sob controle judicial), pode o Ministério Público dispor da *persecutio criminis* para propor alguma medida alternativa”.

31 Nesse aspecto, é necessário relembrar que o acordo não abarca as infrações penais de menor potencial ofensivo (pois é subsidiário em relação à transação penal) ou de alta reprovabilidade social (as quais, frise-se, são as mais recorrentes no âmbito do sistema penitenciário nacional). Nessa toada, o reconhecimento da constitucionalidade da resolução, certamente, terá como consequência a maior dedicação das instâncias formais de controle social à repressão dos delitos mais graves.

32 Lopes Jr. (2016, p. 336), por exemplo, assinala que ela representa um “grande passo no sentido da evolução civilizatória do processo penal brasileiro”.

regulamentação legal, uma vez que teve seu procedimento disciplinado por uma Resolução do Conselho Nacional de Justiça (n. 213/2015).

Conclui-se, do exposto, que o Conselho Nacional do Ministério Público apenas tentou atender a importantes demandas sociais e do próprio sistema que não foram respondidas, a tempo, pelo Poder Legislativo, pelo que o acordo de não persecução penal, certamente, revela-se como alternativa promissora para tornar o sistema de justiça criminal um pouco mais desburocratizado, com uma escolha mais ponderada por parte dos agentes envolvidos com o aparato estatal de combate ao crime, levando-se a julgamento tão somente aqueles casos mais graves (LIMA, 2018, p. 197).

E, finalmente: quem será o maior beneficiado com a implementação do acordo de não persecução penal? Em primeiro lugar, a vítima, pois terá o dano ressarcido de forma muito mais célere. De igual modo, o infrator, pois a forma resolutiva consensual impede o desgaste do processo penal, sobretudo ao se considerar que a simples deflagração de uma ação penal em desfavor de alguém já atinge seu *status dignitatis*. Também serão beneficiadas as instâncias formais de controle social (Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário), as quais poderão direcionar seus recursos humanos e financeiros para a repressão de crimes de maior gravidade e reprovabilidade social. Destaque-se, por fim, que a sociedade também é contemplada pelo acordo, pois, certamente, o efetivo deslinde do feito em tempo célere diminuirá a sensação de impunidade, até então disseminada.

Não se pode olvidar, contudo, que, embora seja uma alternativa promissora, o principal impasse para a implementação do acordo de não persecução penal é, por óbvio, uma futura declaração de inconstitucionalidade da Resolução n. 181/2017 por parte do STF.

Outro aspecto a ser questionado se refere à possibilidade de o acordo ser formulado na mesma oportunidade da audiência de custódia, nos termos do art. 18, § 7º, da Resolução. Isso porque, conforme disposição contida na Resolução n. 213/2015, não se admite que o preso, por ocasião da assentada, seja indagado a respeito do mérito

dos fatos que possam constituir eventual imputação³³. Nessa linha de inteligência, ao se considerar que o acordo pressupõe a confissão formal e detalhada da prática delituosa (*caput* do art. 18), seria incongruente sua celebração simultaneamente à realização da audiência de custódia.

De qualquer sorte, o fato é que a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público acertou ao fortalecer a atuação extrajudicial do MP, além de garantir celeridade na resolução de delitos considerados de *médio* potencial ofensivo, tendo como consequência o descongestionamento da máquina estatal (efetiva redução de ações penais e inquéritos policiais em curso) e o direcionamento dos recursos humanos do MP para a apuração de crimes considerados mais graves.

4.3 Reflexões críticas sobre o acordo

Quando se observam os requisitos e o campo de aplicação do instituto, é normal que se realize uma análise (meramente) abstrata referente aos delitos que possibilitam a celebração da avença. Contudo, quem são as pessoas que cometem tais tipos de crimes (compatíveis com o acordo de não persecução penal)? Qual o perfil e a classe socioeconômica delas?

Nesse íterim, não se pode olvidar que o exercício do poder punitivo reflete a ideia de uma discriminação derivada da seletividade estrutural do Direito Penal (ZAFFARONI, 2007, p. 81). Veja-se:

A única maneira de legitimar o poder punitivo reconhecendo a sua seletividade – quer passando por cima dela, quer subestimando-a – é apelando ao valor meramente simbólico da pena e à sua conseqüente

33 “Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo:

[...]

VIII – abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;

§ 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, reperguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação. [...]”

funcionalidade como prevenção geral positiva, pois esta pode ser cumprida, ainda que a pena opere em um número muito reduzido de casos e até em nenhum, em relação a certos delitos. Por conseguinte, não é de se estranhar que a doutrina pré-moderna tenha elaborado este argumento. Embora costumem ser mostrados como tais, o valor simbólico da pena e a prevenção geral positiva não resultam de desenvolvimentos modernos e contemporâneos, e menos ainda pós-modernos. Na verdade, as teses atuais a esse respeito representam uma volta aos discursos sustentados no século XVI. Seu expositor mais claro foi ninguém menos que Jean Bodin, que, juntamente com Hobbes, é um dos fundadores do conceito de soberania.

Desse modo, vê-se, não dificilmente, que, em uma análise essencialmente histórica, o Direito Penal é marcado por sua seletividade, de modo a querer responsabilizar, preferivelmente, setores mais oprimidos e marginalizados da sociedade.

Em que pese a tentativa de se instrumentalizar, de maneira mais sólida, a ideia da justiça penal negociada no Brasil, sobretudo por meio da implementação do acordo de não persecução penal, seu campo de aplicação não se distancia da ideia de seletividade do Direito Penal e da ideia de etiquetamento³⁴ existente na maioria dos ordenamentos jurídicos³⁵.

É certo que a ideia da Justiça Penal Negociada (notadamente após o advento da Lei n. 9.099/1995) surgiu para aprimorar o aparato estatal³⁶, tornando-o mais célere, consensual e regido pela infor-

34 Segundo Andrade (1997, p. 183), algumas teorias remetem à ideia de etiquetamento, sendo consideradas sinônimas, p. ex., teoria do interacionismo simbólico, *labelling approach*, etiquetamento, rotulação ou paradigma da “reação social”, “do controle” ou da “definição”.

35 O enfoque do etiquetamento chama a atenção sobre a importância que a reação tem para o delito. O enfoque do etiquetamento quer dizer basicamente duas coisas. Em primeiro lugar, que não existe quase nenhum ato que seja delitivo em si mesmo, mas delitivo ou desviado é aquilo que se define como tal pela comunidade ou pelos órgãos do sistema de Administração da Justiça (SERRANO MAÍLLO; PRADO, 2014).

36 Nesse ínterim, torna-se importante destacar que pesquisas já demonstram ter havido uma extensão da rede de controle penal após a criação dos Juizados Especiais Criminais no Brasil, que passaram a absorver uma delituosidade que antes estava restrita ao

malidade e pela economia na sucessão dos atos processuais. Contudo, será que classes economicamente mais *fortes* e setores da *alta* sociedade sentirão os mesmos *impactos* do advento do acordo tanto quanto a classe historicamente mais oprimida e marginalizada sofrerá?

Ademais, será que meras disposições normativas terão o condão de melhorar, significativamente, os problemas existentes no sistema brasileiro de justiça criminal, não se limitando a reduzir a carga de processos no âmbito do Ministério Público, mas, sim, ajudando a reduzir o número de reincidentes e encarcerados, bem como promovendo, de maneira efetiva, os direitos humanos daqueles que, eventual ou reiteradamente, cometeram delitos?

Por inteira pertinência e relevância, cabe destacar que a utilização de negociações realizadas pelo Ministério Público deve ocorrer com ressalvas e adaptada de maneira adequada ao cenário jurídico brasileiro. Para Selma Pereira de Santana (2010, p. 176), os custos ocasionados por tais negociações podem, eventualmente, superar as vantagens. A autora enumera, nesse sentido, algumas críticas que podem ser formuladas à Justiça Penal Negociada nos Estados Unidos, por exemplo: a) há grande margem de discricionariedade pelo Ministério Público norte-americano; b) transformam-se os papéis que as partes desempenham no processo penal; c) o conhecimento sobre o caso quando é proposta a negociação de culpabilidade ainda é limitado; d) há risco de castigos e penalizações mais severas para aqueles que optam por exercer seu direito constitucional a um juízo com jurados populares; e) inocentes são influenciados a declarar-se culpados para evitarem que, em eventual condenação em juízo, a sanção imposta seja mais severa; e f) as negociações carecem da devida publicidade.

Ainda que o modelo de barganha penal norte-americano divirja daquele proposto na Resolução n. 181/2017 do CNMP, que instituiu o acordo de não persecução penal, as advertências propos-

âmbito das delegacias de polícia. Azevedo (2001, p. 103), por exemplo, comprova esse dado em pesquisa realizada pelo autor na Comarca de Porto Alegre, nos dois anos anteriores e posteriores à implantação dos Juizados Especiais Criminais.

tas pela autora supracitada não devem ser descartadas. Outrossim, assinala Santana (2010, p. 177) que

a administração da justiça representa muito mais do que uma simples análise de custos e benefícios; como também que a produtividade não pode converter-se num critério de medida de eficácia da atividade jurisdicional.

É importante também que uma eventual minimização do sistema penal em razão das avenças realizadas não importe, por outro lado, na maximização desse mesmo sistema em relação ao tratamento dos crimes considerados mais graves. A sobrevivência da justiça negociada não deve ser garantida por um discurso que retroalimente um Direito Penal de inimigos. Portanto, todo cuidado é pouco.

Deve-se adotar, pelo exposto, uma postura de cautela e prudência diante da implementação e da fortificação da justiça penal negociada no Brasil, tendo em vista que a visão de produtividade (redução do número de processos existentes nas Varas Criminais do País) não pode se sobrepor aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos que celebram as avenças, pois violaria flagrantemente o postulado do devido processo legal (que possui guarita constitucional, inclusive – art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

5 Considerações finais

Promover um tratamento diferenciado para as distintas categorias de crime significa otimizar os recursos materiais e humanos do Estado, com vistas à consecução de uma justiça criminal mais justa, eficiente e célere.

A Resolução n. 181/2017 do CNMP, nessa vertente, caracteriza-se por introduzir um novo modelo de atuação do Ministério Público, que tem como consequências a celeridade na resolução de casos criminais menos graves, a maior disponibilidade dos órgãos que compõem a persecução penal para investigar, processar e julgar delitos de maior reprovabilidade social, além da minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, os quais teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial.

Nessa linha de intelecção, desde que respeitadas as formalidades, bem como a autonomia do autor do delito, e observadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, entende-se que a realização de acordos de não persecução se revela como alternativa promissora de política criminal, que, certamente, acarretará a diminuição da (excessiva) carga de trabalho do Ministério Público, da Polícia Judiciária e do Poder Judiciário, os quais, conseqüentemente, terão maior disponibilidade para se debruçarem em processos de maior gravidade e complexidade, além de atender, de igual modo, aos interesses da própria vítima, bem como da sociedade.

É necessário, contudo, um olhar prudente no tocante à implementação do acordo, pois, conforme assinalado, a ideia de produtividade (pautada nos princípios da economia e da celeridade processual) não pode se sobrepor aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos que celebram acordos de natureza criminal.

Em linhas conclusivas, pode-se afirmar que a utilização de uma justiça penal negociada no Brasil, com as devidas cautelas, revela-se possível e, nesse cenário, o recurso aos mecanismos diversórios das instâncias formais de controle penal, através de institutos como o acordo de não persecução, configura medida viável de política criminal.

Referências

ALVES, Jamil C. Justiça consensual e *plea bargaining*. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* (coord.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 217-238.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* (coord.). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 273-330.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Juizados especiais criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 16, n. 47, p. 97-110, out. 2001.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2002. (As ciências criminais no século XXI, v. 7).

BIFFE JUNIOR, João; LEITÃO JUNIOR, Joaquim. *Concursos públicos: terminologias e teorias inusitadas*. São Paulo: Método, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* – v. 1. 17. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva; ANDRADE, Mauro Fonseca. Resolução n. 181 do CNMP – art. 18. In: FISCHER, D.; ANDRADE, M. F. (org.). *Investigação criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*. 2. ed., rev. e atual. de acordo com a Resolução 183/2018 do CNMP. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 232-279.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. Infopen – junho, 2016. Brasília: Ministério da Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF*. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Relator: Min. Marco Aurélio, 9 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 143.641/SP*. Impetrante: Defensoria Pública da União. Relator: Min. Ricardo

Lewandowski, 20 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>.

CABRAL, Rogério Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). *In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (coord.). Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 19-48.

CARDOSO NETO, Vilobaldo. *Justiça restaurativa no Brasil: potencialidades e impasses*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

COELHO, Emerson Ghirardelli. *Investigação criminal constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 213, de 15 de dezembro de 2015*. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em: 2 out. 2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução n. 118, de 1º de dezembro de 2014*. Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_auto_composi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 3 fev. 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017*. Dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Acesso em: 3 out. 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*, São Paulo, ano 12, 2018. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguran%C3%A7a-P%C3%ABblica-2018.pdf>.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.

FUX, Luiz. *Novo Código de Processo Civil temático*. São Paulo: Mackenzie, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 3. ed., rev., e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada: volume único*. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 4. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 6. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado – parte geral*. v. 1. 4. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. *Curso de processo penal*. 20. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 68, p. 39-60, mar. 2004.

SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso; PRADO, Luiz Regis. *Curso de criminologia*. 1. ed. e-book baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: RT, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v. 1. Teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

O direito humano fundamental das pessoas intersexo à autodeterminação sexual

Alessandra Torres Vaz Mendes

Assessora Jurídica na Procuradoria-Geral da República. Mestra em Direito Internacional Econômico pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Especialista em Direito e Política Tributária pela Fundação Getulio Vargas (FGV).

Resumo: As crianças intersexo têm sido privadas do registro civil de nascimento. A Lei de Registros Públicos determina ser obrigatória a informação do sexo biológico no assento de nascimento. Tal determinação legal tem sido a justificativa para a realização, sob regime de urgência, de cirurgias de adequação anatômica do sexo biológico de crianças intersexo, causando-lhes danos psicológicos e físicos irreversíveis. A imposição legal de uma definição sexual precoce, baseada no binarismo de gênero, ofende os direitos humanos das pessoas intersexo previstos em tratados, convenções e recomendações internacionais e afronta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da liberdade, da vida privada e da autodeterminação sexual.

Palavras-chave: Crianças intersexo. Registro civil. Sexo biológico requerido como informação obrigatória. Cirurgias de adequação sexual. Ofensa aos direitos fundamentais das pessoas intersexo.

Abstract: The Public Registration Law is mandatory to have biological sex information at the birth seat. Such legal determination has been the justification for performing, under urgent regime, surgeries of anatomical adequacy of biological sex of intersex children, causing them irreversible psychological and physical damage. The legal imposition of an early sexual definition based on gender binary offends the human rights of intersex persons as provided in international treaties, conventions and recommendations and violates the constitutional principles of human dignity, intimacy, freedom, private life and sexual self-determination.

Keywords: Intersex children. Civil registration. Biological sex as required information. Anatomical adequacy of biological sex surgery. Offense of the intersex fundamental rights.

Sumário: 1 Introdução. 2 Gênero como revestimento social e cultural da diferença sexual. 3 Tratados e disposições internacionais: direito à autodeterminação sexual. 4 O direito à autodeterminação sexual das pessoas intersexo como direito da personalidade informado pelo princípio da dignidade humana. 5 Da equiparação das cirurgias de correção de genitália ao crime de tortura. 6 Da necessidade de consentimento livre e informado dos pacientes intersexo para a realização de procedimentos de adequação sexual. 7 Considerações finais.

1 Introdução

A primeira pergunta que se faz a uma mulher grávida é: “Qual o sexo do bebê?”. A sociedade costuma categorizar o sexo de forma binária: masculino ou feminino. Todavia, a divisão em dois sexos é incapaz de enquadrar as múltiplas combinações possíveis da diversidade humana. Sabe-se que existem mais de quarenta tipos de intersexualidade. No Brasil, estima-se que um em cada 1.200 nascidos vivos apresente essa condição, sendo um total de 167 mil pessoas. A Organização Mundial de Saúde calcula que entre 0,05% e 1,7% da população mundial tenha algum tipo de intersexualidade¹.

Muitos estados de intersexualidade são visíveis ao nascimento, e outros somente serão aparentes na puberdade. Há, ainda, casos de pessoas que vivem a vida inteira sem saber que são intersexo. Importante ressaltar que a condição de intersexualidade de um indivíduo é de natureza biológica, podendo ser diferente da orientação sexual e da identidade de gênero.

Em várias partes do mundo, busca-se submeter os corpos intersexuais, de modo a lhes atribuir o sexo biológico masculino

1 O Relatório *Free & Equal*, das Nações Unidas, estima que a quantidade de pessoas intersexo no mundo é similar ao de pessoas ruivas. Disponível em: <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/Intersex-PT.pdf>. Acesso em: 20 out. 2019.

ou feminino. Na Espanha, a designação de sexo deve ocorrer em 72 horas². Nos Estados Unidos, a entidade não governamental Human Rights Watch (HRW) elaborou relatório no qual denuncia a pressão exercida por alguns médicos americanos para que os pais submetam seus filhos a cirurgias de “normalização” sexual. Em alguns países africanos, como o Quênia, crianças intersexo são mortas ao nascer, pois são vistas como maldição³.

Em Malta, por sua vez, a situação é inversa, pois a informação sobre o gênero da criança pode ser adiada até que se tenha uma definição⁴. A Austrália também possui uma legislação inclusiva no que se refere aos direitos dos gays, lésbicas, bissexuais, transgêneros e intersexo, tanto que também proibiu as esterilizações involuntárias em pessoas intersexo⁵. Na Alemanha, é permitido registrar a criança como *sexo indefinido*⁶. Em Portugal, o Projeto de Lei n. 242 reconhece o direito à autodeterminação de gênero das pessoas transgênero e intersexo⁷.

2 Estima-se que, por ano, nasçam 250 crianças com algum tipo de intersexualidade na Espanha. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2016/09/17/estilo/1474075855_705641.html. Acesso em: 22 out. 2019.

3 No Quênia, é comum que as próprias parteiras matem as crianças intersexo. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-39852313>. Acesso em: 22 out. 2019.

4 Desde 2015, a Lei de Identidade de Gênero, Expressão de Gênero e Características Sexuais permite que a informação sobre gênero na certidão de nascimento seja adiada até que se tenha uma definição. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/onde-o-terceiro-g%C3%AAnero-%C3%A9-reconhecido-no-mundo/a-41302711>. Acesso em: 22 out. 2019.

5 Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/jun/18/in-tersex-people-australia>. Acesso em: 22 out. 2019.

6 Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45292522>. Acesso em: 22 out. 2019.

7 Referido projeto pugna pelo reconhecimento de identidades de gênero não-binárias. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c336470626d6c7561574e7059585270646d467a4c31684a53556b76644756346447397a4c334271624449304d69315953556c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl242-XIII.doc&Inline=true>. Acesso em: 22 out. 2019.

No Brasil, o art. 50 da Lei n. 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) exige que o registro de nascimento seja efetuado em quinze dias, ampliando-se para três meses em localidades que distam mais de trinta quilômetros da sede do cartório, sendo o sexo da criança uma das informações obrigatórias (art. 54). Tal exigência legal tem feito com que pais de crianças intersexo se sintam pressionados a buscar uma solução cirúrgica, visando “corrigir” a genitália de seus filhos a um padrão estético dentro do binário masculino/feminino.

Essa pressão também é exercida pelo discurso médico, que considera a intersexualidade uma “anomalia”, uma “urgência biológica e social”, que exige “uma conduta de investigação precoce com vistas a uma definição adequada do gênero e tratamento em tempo hábil” (art. 2º), conforme Resolução n. 1.664 do Conselho Federal de Medicina⁸. Na exposição de motivos da referida resolução, tem-se a seguinte justificativa:

O nascimento de crianças com sexo indeterminado é uma urgência biológica e social. Biológica, porque muitos transtornos desse tipo são ligados a causas cujos efeitos constituem grave risco de vida. Social, porque o drama vivido pelos familiares e, dependendo do atraso do prognóstico, também do paciente, gera graves transtornos.

Além disso, um erro na definição sexual pode determinar caracteres sexuais secundários opostos aos do sexo previamente definido, bem como a degeneração maligna das gônadas disgenéticas.

Um dos problemas mais controversos pertinentes às intervenções na criança é a conduta diante dos recém-nascidos com genitais ambíguos. Ninguém pode garantir que, apesar dos mais criteriosos conceitos, a definição sexual tardia dessa pessoa acompanhará o que foi determinado no início de sua vida. Também não se pode generalizar, por situações isoladas, que a definição sexual só possa ser feita em idades mais tardias. Sempre restará a possibilidade de um indivíduo não acompanhar o sexo que lhe foi definido, por mais rigor que haja nos critérios. Por outro lado, uma definição precoce, mas inadequada, também pode ser desastrosa.

8 Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2003/1664>. Acesso em: 17 out. 2019.

Há quem advogue a causa de não intervenção até que a pessoa possa autodefinir-se sexualmente. Entretanto, não existem a longo prazo estudos sobre as repercussões individuais, sociais, legais, afetivas e até mesmo sexuais de uma pessoa que enquanto não se definiu sexualmente viveu anos sem um sexo estabelecido.

Diante desses dois extremos, há necessidade de uma avaliação multidisciplinar onde todos os aspectos sejam discutidos e analisados, para que a possibilidade de insatisfação seja mínima.

A investigação, nessas situações, deve ser realizada por uma equipe multiprofissional, englobando várias especialidades: cirurgia, endocrinologia, radiologia, psiquiatra infantil, pediatria, clínica, genética e outras, na dependência da necessidade do paciente. O maior objetivo dessa equipe não será apenas descobrir qual é a etiologia da anomalia da diferenciação sexual, mas sim obter uma definição racional sobre o sexo de criação mais recomendável.

Na verdade, as cirurgias de “normalização sexual” têm sido uma imposição médica, cujo intuito é enquadrar os intersexuais em padrões estéticos tidos como aceitáveis e livrar a família da angústia e do preconceito que a indefinição sexual provoca⁹.

Todavia, muitos desses procedimentos têm causado mutilações graves e de consequências irreversíveis, como infertilidade permanente, dor, incontinência, perda do prazer sexual e doenças psicológicas. Sem falar os casos de pessoas intersexuais que não aceitam o sexo designado e que buscam modificá-lo tardiamente, por perceberem que ditas cirurgias não lhes proporcionaram o bem-estar psicossocial

9 Entre 15 e 26 de novembro de 2017, realizou-se, em São Paulo, a 3ª Conferência Internacional SSEX BBOX, na qual debateu-se sobre os direitos humanos de gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, queer, bissexuais e assexuais. O sociólogo e doutorando em Bioética Amiel Freitas ressaltou que a necessidade de encaixar a criança em um gênero faz com que as pessoas intersexo sejam consideradas “uma emergência médica”. Segundo ele: “A consequência é a realização ainda frequente de procedimentos cirúrgicos com propósitos cosméticos, para fazer a aparência da genitália de pessoas intersexuais adequar-se aos padrões tidos como ‘normais’”. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-e-ativistas-debatem-direitos-humanos-das-pessoas-intersexo/>. Acesso em: 22 out. 2019.

prometido¹⁰. Muitos desenvolvem doenças psicológicas graves, como depressão, abuso de álcool e drogas, que podem levá-los ao suicídio¹¹.

Além disso, a maioria dos procedimentos dessa natureza é realizada precocemente, em pacientes ainda bebês ou crianças, sem o consentimento consciente, livre e informado dos principais interessados, já que a autorização, em geral, é dada pelos pais ou responsáveis, informados pela equipe médica multidisciplinar.

A defesa da tese de que as cirurgias não sejam feitas em bebês e crianças, no entanto, não significa negativa de tratamento. Ao contrário, deve-se disponibilizar aos intersexuais e seus familiares todo o suporte necessário, como terapia psicológica e hormonal, grupos de apoio e contato com outros pacientes intersexo.

Não há, na literatura científica internacional, um consenso no sentido de que tais cirurgias devam ser realizadas de forma urgente e precoce. Além disso, à exceção de alguns casos mais graves, via de regra, não se mostram imprescindíveis à preservação da saúde dos pacientes. Em artigo intitulado “Designação sexual em crianças intersexo: uma breve análise dos casos de ‘genitália ambígua’”, publicado na revista *Cadernos de Saúde Pública*, os pesquisadores Aníbal Guimarães e Heloísa Helena Barboza (2014, p. 2178) concluíram:

[...] Destarte, a realização de cirurgias genitais em crianças recém-nascidas diagnosticadas como portadoras da chamada “genitália ambígua” é uma prática médica consagrada em nosso país. Contudo, à exceção dos poucos casos em que, de fato, existe risco de vida para esses bebês (como, por exemplo, os diversos tipos de hiperplasia congênita da suprarrenal), não se constata, na literatura

10 Ainda em 1970, o psiquiatra americano Bernard Zuger publicou um artigo relatando diversos estudos clínicos, nos quais adolescentes e adultos intersexo rejeitaram o sexo em que foram criados e insistiam em trocá-lo. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v30n10/0102-311X-csp-30-10-2177.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

11 Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), as taxas de suicídio são mais elevadas em grupos vulneráveis que sofrem discriminação, como refugiados e migrantes, indígenas, lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros e intersexuais (LGBTI). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-suicidio-e-responsavel-por-uma-morte-a-cada-40-segundos-no-mundo/>. Acesso em 22 out. 2019.

científica internacional, consenso médico e institucional quanto à necessidade de realização imediata das referidas cirurgias.

Assim, os estados de intersexualidade merecem ser aceitos como variações biológicas da natureza, não obrigatoriamente suscetíveis de cirurgias corretivas, as quais devem ser realizadas precocemente somente se houver risco à saúde ou à vida do paciente. A obrigatoriedade legal de definir-se o sexo da criança em prazo tão exíguo, de apenas quinze dias, pode representar, para as crianças intersexo, a submissão a cirurgias corretivas que, quando realizadas precocemente, podem causar danos físicos e psicológicos irreversíveis.

No presente artigo, defender-se-á que a imposição legal de uma definição sexual, baseada no binarismo de gênero, ofende os direitos humanos das pessoas intersexo previstos em tratados, convenções e recomendações internacionais e afronta os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da intimidade, da liberdade, da vida privada e da autodeterminação sexual.

2 Gênero como revestimento social e cultural da diferença sexual

Sempre existiram pessoas transexuais, homossexuais e intersexo, mas, até o século XVI, o simples fato de ser o que se denominava, à época, de *hermafrodita*¹² justificava a condenação à morte. No século XIX, inaugurou-se a *Era das Gônadas*, na qual o dito “sexo verdadeiro” era determinado pela anatomia interna dos órgãos reprodutivos.

A partir da segunda metade do século XX, inicia-se a *Era Cirúrgica*, quando são realizadas as primeiras cirurgias de “correção” dos genitais. O psicólogo John William Money defendia a tese de que crianças nascem “neutras” e o gênero é definido pelo modo como são criadas¹³. No entanto, pesquisas científicas revela-

12 *Hermafrodita* era a expressão usada para denominar pessoas com dois sexos ou sexo indefinido. Atualmente, tal expressão é considerada pejorativa, mas ainda é empregada pela Resolução n. 1.664/2003 do Conselho Federal de Medicina.

13 É conhecido, na literatura médica, o fracasso do caso Reimer, conduzido por Money, no qual mudou-se o sexo de um menino que havia tido o pênis queimado

ram novos aspectos importantes na definição do suposto “sexo verdadeiro” – aspectos anatômicos, genéticos, hormonais e gonadais –, não necessariamente coerentes entre si¹⁴.

Descobriu-se, assim, que o sexo biológico é resultante de múltiplos fatores. O fim desse período, na década de 1990, é marcado pelo relato de pessoas intersexuais sobre as consequências nefastas das cirurgias a que foram submetidas. Inicia-se, a partir daí, a *Era do Consenso*, na qual todo o conhecimento científico até então adquirido é combinado às experiências pessoais dos pacientes intersexo. A determinação sexual deixa de ser assunto restrito aos fatores biológicos a partir da percepção da influência de fatores ambientais e sociais, os quais participam do processo de subjetivação da sexualidade.

Atualmente, compreende-se que gênero e sexo biológico não são conceitos coincidentes. Aquele constitui construção social de papéis e desigualdades ancoradas no sexo, aqui compreendido no seu sentido biológico. Em outras palavras, o gênero é o “revestimento social e cultural da diferença sexual” (LOPES, 2016, p. 22). Portanto, o binarismo de gênero é incapaz de enquadrar as múltiplas combinações possíveis da diversidade humana.

3 Tratados e disposições internacionais: direito à autodeterminação sexual

O Brasil aderiu à Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos

em uma circuncisão. O menino Bruce teve os testículos removidos, uma vagina foi construída cirurgicamente, e ele passou a ser chamado de Brenda, mas nunca aceitou a redesignação de gênero. Disponível em: <http://www.idealix.com/oldbutgold/um-dos-mais-estranhos-experimentos-psicologicos-ja-feitos-sobre-identidade-de-genero>. Acesso em: 22 out. 2019.

14 Destaca Oliveira (2012, p. 74): “Os avanços tecnológicos são, na atualidade, essenciais para o diagnóstico dos estados intersexuais, mas, principalmente para a definição do (suposto) sexo verdadeiro da pessoa intersexual. Com o avanço tecnológico (laboratorial, cirúrgico, medicamentoso, dentre outros) as possibilidades de intervenção na (re) definição do sexo em crianças e jovens intersexuais se alargam. Todavia, os elementos tecnológicos, por si só, não serão capazes de afirmar qual é, essencialmente, a diferença entre homens e mulheres. O que faz do homem, homem, e da mulher, mulher?”.

e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Este último, promulgado pelo Decreto Presidencial n. 592/1992, dispõe que os Estados-Partes devem

respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição¹⁵.

Periodicamente, os organismos internacionais emitem recomendações que reafirmam os direitos humanos das pessoas, independentemente de serem bissexuais, homossexuais, transgêneros ou intersexuais.

Em 2006, especialistas em direitos humanos se reuniram na Indonésia e firmaram os Princípios de Yogyakarta¹⁶, os quais, embora não vinculantes, têm sido mencionados por decisões judiciais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, como “Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero”:

União civil entre pessoas do mesmo sexo. Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas. Legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do supremo tribunal federal (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF). O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família. O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Princípios de Yogyakarta (2006): direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. Direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte

15 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 22 out. 2019.

16 Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 22 out. 2019.

de seu parceiro, desde que observados os requisitos do art. 1.723 do Código Civil. O art. 226, § 3º, da Lei Fundamental constitui típica norma de inclusão. A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no estado democrático de direito. A proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional. Recurso Extraordinário conhecido e provido¹⁷.

O art. 3º dos Princípios de Yogyakarta garante o direito à autodeterminação sexual, ao dispor que

nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero.

O mesmo art. 3º dispõe que os Estados-Partes devem tomar todas as medidas legislativas, administrativas e outras, a fim de que

todos os documentos de identidade emitidos pelo Estado que indiquem o sexo/gênero da pessoa – incluindo certificados de nascimento, passaportes, registros eleitorais e outros documentos – reflitam a profunda identidade de gênero autodefinida.

Enfim, de acordo com os Princípios de Yogyakarta, ninguém pode ser forçado a tratamentos médicos como condição para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero, devendo os Estados-Partes garantirem, por todos os meios, que os registros oficiais reflitam fielmente a identidade de gênero autodeclarada.

Em junho de 2013, na 43ª Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), o Brasil assinou a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância. No mesmo ano, o escritório do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos (ACNUDH) lançou a cartilha *Livres e Iguais*, cujo intuito é ajudar os Estados-Partes a compreenderem e a cumprirem suas obrigações, que estão resumidas em cinco passos básicos: proteger as pessoas contra a violência homofóbica, prevenir a tortura, descriminalizar a homossexualidade, proibir a discrimi-

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário n. 477.554/MG*. Rel.: min. Celso de Mello, 16 de agosto de 2011. *DJe* 26 ago. 2011.

nação e defender as liberdades de associação, expressão e reunião pacífica para todas as pessoas LGBTI¹⁸.

Também, no mesmo ano, o então relator especial das Nações Unidas sobre tortura, Juan E. Méndez, apresentou relatório no qual equipara as cirurgias de “correção” de genitais em pacientes intersexo à tortura por causarem danos físicos permanentes, esterilizações irreversíveis e sofrimento psicológico. Em razão disso, recomendou a todos os Estados-Partes que declarassem nulas quaisquer leis que prevejam ditos procedimentos médicos¹⁹.

Especificamente em relação aos intersexuais, em 2015, o ACNUDH publicou o relatório *Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, no qual recomenda aos Estados-Partes a proibição de realização de procedimentos médicos desnecessários em crianças intersexo²⁰.

De sua parte, o comissário para os direitos humanos do Conselho da Europa, Nils Muižnieks, publicou, em 2016, o relatório *Human Rights and Intersex People*, no qual recomenda aos Estados-Partes acabarem com os tratamentos desnecessários de “normalização” de pessoas intersexo, incluindo cirurgias irreversíveis dos genitais e esterilizações, quando prescritas sem o consentimento da pessoa interessada²¹.

18 Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_Portuguese.pdf. Acesso em: 22 out. 2019.

19 “[...] 88. The Special Rapporteur calls upon all States to repeal any law allowing intrusive and irreversible treatments, including forced genital-normalizing surgery, involuntary sterilization, unethical experimentation, medical display, ‘reparative therapies’ or ‘conversion therapies’, when enforced or administered without the free and informed consent of the person concerned. He also calls upon them to outlaw forced or coerced sterilization in all circumstances and provide special protection to individuals belonging to marginalized groups”. Disponível em: <http://stop.genitalmutilation.org/post/Intersex-Genital-Mutilations-History-Current-Practice>. Acesso em: 22 out. 2019.

20 Disponível em: <https://oii.org.au/28896/ohchr-lgbt-intersex-people/>. Acesso em: 22 out. 2019.

21 “Member states should end medically unnecessary ‘normalising’ treatment of intersex persons, including irreversible genital surgery and sterilisation, when it is

Na Colômbia, decisão da Corte Constitucional reconheceu que, no Direito Comparado e Internacional, há uma tendência em afirmar que as cirurgias de redesignação sexual não são de natureza urgente e, além disso, podem causar efeitos irreversíveis. Assim, somente a criança, o adolescente ou o adulto intersexo podem outorgar o consentimento prévio, livre e informado para a realização do procedimento, no momento que entenderem oportuno²².

Como se pode notar, os organismos internacionais são unânimes em reconhecer como abusos e violações de direitos humanos a prática de procedimentos cirúrgicos desnecessários em crianças intersexo, por causar-lhes danos físicos e psicológicos e esterilizações irreversíveis, além de negar-lhes o direito personalíssimo à autodeterminação sexual.

4 O direito à autodeterminação sexual das pessoas intersexo como direito da personalidade informado pelo princípio da dignidade humana

A Constituição prevê, como objetivo fundamental da República, a promoção do “bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, CF 1988). A complexidade da sociedade contemporânea e o pluralismo a ela inerentes exigem, para fins de tratamento isonômico, que seja respeitada a coexistência das mais variadas concepções de vida, características físicas, psicológicas, culturais, convicções religiosas, políticas, ideológicas, filosóficas e sociais. Nas palavras de Habermas (2004, p. 171-172), a cultura majoritária não pode se revestir em fachada do todo:

enforced or administered without the free and fully informed consent of the person concerned. Sex assignment treatment should be available to intersex individuals at an age when they can express their free and fully informed consent. Intersex persons' right not to undergo sex assignment treatment must be respected". Disponível em: <https://wcd.coe.int/com.intranet.InstraServlet?command=com.intranet.CmdBlobGet&IntranetImage=2933521&SecMode=1&DocId=2367288&Usage=2>. Acesso em: 22 out. 2019.

22 Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-622-14.htm>. Acesso: em 22 out. 2019.

A coexistência com igualdade de direitos de diferentes comunidades étnicas, grupos linguísticos, confissões religiosas e formas de vida não pode ser obtida ao preço de fragmentação da sociedade. O processo doloroso do desacoplamento não deve dilacerar a sociedade numa miríade de subculturas que se enclausuram mutuamente. Por um lado, a cultura majoritária deve se soltar de sua fusão com a cultura política geral, uniformemente compartilhada por todos os cidadãos; caso contrário, ela ditará *a priori* os parâmetros dos discursos de auto-entendimento. Como parte, não mais poderá constituir-se em fachada do todo, se não quiser prejudicar o processo democrático em determinadas questões existenciais, relevantes para as minorias. Por outro lado, as forças de coesão da cultura política comum – a qual se torna tanto mais abstrata quanto mais forem as subculturas para as quais ela é o denominador comum – devem continuar a ser suficientemente fortes para que a nação dos cidadãos não se despedace [...].

O princípio da dignidade humana impõe um dever geral de abstenção e de ações afirmativas do Estado, com o objetivo de proporcionar condições de autonomia para assegurar às pessoas existência digna. Tal preceito constitucional confere aos indivíduos poderes para se determinar do ponto de vista corpóreo, seja realizando o procedimento de redefinição sexual, seja deixando de fazê-lo. Aliás, a autodeterminação de gênero constitui direito básico da personalidade, assim reconhecido nos Princípios de Yogyakarta²³. Tampouco se admite que as pessoas sofram discriminações em razão de suas escolhas. Segundo Sarlet (2001, p. 60), a dignidade humana implica o poder de cada indivíduo de ser responsável pelos destinos da própria existência:

[A dignidade humana é] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais

23 Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 22 out. 2019.

mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Os intersexuais sofrem toda ordem de discriminações, e o Estado brasileiro tem sido omissivo na defesa de seus direitos, tanto que não há nenhuma legislação que regulamente o nascimento, o registro ou outro direito específico de pessoas intersexo²⁴. Enquanto não declarado pelo médico o sexo correspondente, as crianças intersexo sequer têm direito ao registro de nascimento. A família poderá optar por registrar a criança com um nome e sexo provisórios ou retardar o registro até que se tenha um diagnóstico mais preciso. Tal situação priva as crianças intersexuais de usufruírem de serviços básicos garantidos a todos os cidadãos, como o acesso ao SUS e a planos de saúde. Sua condição as relega à completa invisibilidade social.

Além de serem ignorados pelo Estado, os intersexuais são discriminados pela própria família e pela sociedade em geral. São frequentes os relatos de *bullying* na escola, exposição à violência e dificuldade de acesso ao mercado de trabalho²⁵.

Seus corpos, nas palavras de Preciado (2014, p. 128), “evidenciam a arbitrariedade das categorias (identidade e diferença, macho/fêmea) e a cumplicidade que essa categorização estabelece com a heterodesignação dos corpos”. O saber médico, ao determinar a divisão dos corpos em categorias binárias, de forma rígida,

24 A presidente da Comissão Especial de Diversidade Sexual da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Maria Berenice Dias, entregou à presidente da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), senadora Regina Souza (PT-PI), sugestão de projeto do “Estatuto da Diversidade Sexual”. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2017/11/estatuto-da-diversidade-sexual-e-entregue-a-cdh>. Acesso em: 22 out. 2019.

25 O chefe de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), Zeid Ra'ad Al Hussein, em reunião no Fórum Econômico Mundial, conclamou as empresas ao enfrentamento da discriminação a gays, lésbicas, transexuais, homossexuais e intersexuais no mundo dos negócios. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/em-davos-onu-cobra-engajamento-do-setor-privado-para-combater-lgbtifobia/>. Acesso em: 22 out. 2019.

compromete o direito à saúde, à liberdade, à não discriminação e à dignidade das pessoas intersexo.

A discriminação da qual padecem as pessoas intersexo é um dos argumentos utilizados para convencer as famílias a autorizarem os procedimentos de “correção” de genitália, que, em geral, causam mais danos do que benefícios, como se viu anteriormente. Ora, a discriminação deve ser combatida pelo Estado, a fim de que os estados de intersexualidade sejam aceitos como variações biológicas da natureza, que, a princípio, não necessitam de intervenção médica, salvo risco de vida ou comprometimento funcional, ou, ainda, se o próprio paciente, de forma consciente, assim o decidir. Em outras palavras, a discriminação deve ser enfrentada e desconstruída e jamais ser utilizada como argumento para a mutilação dos corpos.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF n. 132/RJ, que trata a união homoafetiva como entidade familiar, manifestou entendimento de que, na dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, insere-se o dever de o Estado de garantir às pessoas o livre e pleno desenvolvimento da personalidade e a busca da felicidade, consoante excerto do voto condutor do ministro Ayres Britto:

[...] O Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade. O Supremo já assentou, numerosas vezes, a cobertura que a dignidade oferece às prestações de cunho material, reconhecendo obrigações públicas em matéria de medicamento e creche, mas não pode olvidar a dimensão existencial do princípio da dignidade da pessoa humana, pois uma vida digna não se resume à integridade física e à suficiência financeira. A dignidade da vida requer a possibilidade de concretização de metas e projetos. Daí se falar em dano existencial quando o Estado manietta o cidadão nesse aspecto. Vale dizer: ao Estado é vedado obstar que os indivíduos busquem a própria felicidade, a não ser em caso de violação ao direito de outrem, o que não ocorre na espécie.

Certamente, o projeto de vida daqueles que têm atração pelo mesmo sexo resultaria prejudicado com a impossibilidade absoluta

de formar família. Exigir-lhes a mudança na orientação sexual para que estejam aptos a alcançar tal situação jurídica demonstra menosprezo à dignidade. Esbarra ainda no óbice constitucional ao preconceito em razão da orientação sexual.

Consubstancia objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV do artigo 3º da Carta Federal). Não é dado interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se preconceito constitucionalmente vedado. Mostra-se inviável, porque despreza a sistemática integrativa presentes princípios maiores, a interpretação isolada do artigo 226, § 3º, também da Carta Federal, no que revela o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, até porque o dispositivo não proíbe esse reconhecimento entre pessoas de gênero igual²⁶.

Aliás, em caso relativo à identidade de gênero dos transexuais, no RE n. 670.422/RS, com repercussão geral reconhecida, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que os transexuais não podem ser obrigados a cirurgias de transgenitalização como condição para terem direito a seu registro de identidade em consonância com o gênero autodeclarado. Eis a tese firmada no referido julgado, que se aplica às pessoas intersexo, no que couber:

i) O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa; ii) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo “transgênero”; iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial; iv) Efetuando-se o procedimento pela

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ*. Rel.: min. Ayres Britto, DJe: 14 out. 2011.

via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos²⁷.

Assim, a discriminação contra as pessoas intersexo deve ser combatida pelo Estado, o qual deve reconhecer o direito à autodeterminação sexual às pessoas intersexo, do mesmo modo como já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em relação aos transexuais.

Desse modo, os arts. 50 e 54 da Lei de Registros Públicos merecem interpretação em conformidade com a Constituição, notadamente com os princípios da dignidade da pessoa humana e da autodeterminação sexual, a fim de que seja afastada a obrigatoriedade da informação relativa ao sexo da criança, a qual poderá ser acrescida aos assentamentos quando houver uma definição.

5 Da equiparação das cirurgias de correção de genitália ao crime de tortura

Historicamente, a proibição de tortura e de tratamentos desumanos, cruéis e degradantes foi um dos primeiros direitos humanos a ser defendido. No século XVIII, entendia-se como tortura o castigo aplicado aos presos e investigados, a fim de obter deles uma confissão.

Com o elástico da teoria dos direitos humanos, o conceito de tortura não mais se circunscreve aos atos violentos ilegais ou ilegítimos praticados por autoridade ou por pessoa com poder de guarda ou hierarquia, como forma de coação e constrangimento. No Direito contemporâneo, atos de violência, ainda que legais, podem ser abrangidos pelo conceito de tortura, quando forem aptos a causar sofrimento físico ou psíquico, duradouro ou permanente.

No caso dos pacientes intersexo, seus corpos são submetidos a procedimentos cirúrgicos dolorosos e irreversíveis e que, muitas

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 670.422/RS*. Rel.: min. Dias Toffoli, 15 ago. 2018. Acórdão pendente de publicação. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4192182>. Acesso em: 11 fev. 2020.

vezes, têm por objetivo tão somente a adequação de suas genitálias a um padrão estético tido como “normal”. Têm sido recorrentes os relatos de adultos intersexo que sofreram esse tipo de intervenção na infância e que se sentem mutilados e desrespeitados no seu direito de decidir. Muitos não suportam o preconceito e abandonam a escola; outros desenvolvem doenças psicológicas graves, como depressão e abuso de álcool e drogas, que podem levá-los ao suicídio²⁸. Não há como negar que o sofrimento físico e psíquico experimentado pelas pessoas intersexo se caracteriza como tortura.

Como visto anteriormente, o próprio relator especial da ONU sobre tortura, Juan E. Méndez, já se manifestou no sentido de que as cirurgias de “correção” de genitais em pacientes intersexo constituem forma de tortura por causarem danos físicos permanentes, esterilizações irreversíveis e sofrimento psicológico.

De acordo com Morlans e colaboradores (2015, p. 20), o *princípio da beneficência* e sua face oposta de não maleficência “[...] contempla[m] o dever do médico de atuar sempre em benefício do paciente”, de não lhe causar qualquer prejuízo de ordem física ou moral. Assim, não se admite a realização de um procedimento que, a pretexto de “corrigir” a genitália de uma pessoa, possa lhe causar mais prejuízos do que benefícios.

Por outro lado, exigir, para o reconhecimento da identidade de gênero, que o intersexo se submeta à cirurgia de “correção” de genitália constitui violência que ofende o direito à integridade física e psíquica (art. 5º, XLIII, CF 1988).

Assim, obrigar bebês e crianças intersexo a cirurgias de “correção” de genitália causa sofrimentos físicos e psíquicos duradouros ou permanentes e se equipara à tortura, ofendendo o direito à integridade física e psíquica das pessoas intersexo, contrariando o art. 5º, III e XLIII, da Constituição Federal, bem como tratados internacionais sobre o tema.

28 Disponível em: <http://www.nlucon.com/2016/10/pessoas-intersexuais-revelam-vivencias.html>. Acesso em: 22 out. 2019.

6 Da necessidade de consentimento livre e informado dos pacientes intersexo para a realização de procedimentos de adequação sexual

A preocupação com a necessidade de consentimento dos pacientes para qualquer tratamento médico teve sua origem após os horrores ocorridos na Segunda Guerra Mundial. Nesse contexto, surgiu o Código de Nuremberg, de 1947, que determinou que todos os experimentos científicos em seres humanos demandariam prévias explicações aos interessados, para que, dentro da autonomia de sua vontade, fosse possibilitado a eles optar livremente por se submeterem ou não a ditos experimentos.

Seguiu-se a Declaração de Helsinki, de 1964, pela Associação Médica Mundial, que passou a utilizar o termo “consentimento informado”, depois de uma emenda de 1983. Esse foi o ponto de partida para a inclusão do consentimento informado como requisito para a intervenção médica na maior parte dos ordenamentos jurídicos²⁹.

Outro precedente importante foi a celebração do Convênio de Oviedo, celebrado em 4 de abril de 1997, no âmbito do Conselho da Europa, e que, com base na autonomia do paciente, proclamou a regra do consentimento informado nas relações dos médicos com seus pacientes.

Tais documentos internacionais, ao lado de outros tratados e declarações de entidades privadas representativas da classe médica, formaram um amplo leque do qual se extraem os princípios éticos básicos da biomedicina, que orientam o profissional, quando este se depara com uma situação em que possa colidir com os direitos e deveres do médico e do paciente. Um destes princípios é justamente o princípio da autonomia, também denominado “princípio do respeito pelas pessoas”, que justifica o direito do paciente capaz e maduro de tomar suas próprias decisões.

O Conselho Federal de Medicina editou a Recomendação CFM n. 1/2016, na qual atualiza as regras para “obtenção de consentimento

²⁹ Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=DiretrizesDeclaracoesIntegra&id=4>. Acesso em: 22 out. 2019.

livre e esclarecido” do paciente. Segundo as razões que a fundamentam, “o consentimento do paciente deve ser obtido após o médico ou a pessoa capacitada por ele indicada esclarecê-lo, suficientemente, sobre o procedimento médico a que será submetido”. No caso do paciente menor de idade, o documento esclarece que o consentimento prévio deve ser obtido do representante legal; todavia, “a participação do menor na obtenção do assentimento livre e esclarecido deve ser incentivada”³⁰.

Não há, na Recomendação CFM n. 1/2016, regra específica sobre o consentimento dos pacientes submetidos a cirurgias de redesignação sexual. Por sua vez, a Resolução n. 1.664/2003 do CFM, em seu art. 4º, assim dispõe sobre o consentimento do paciente intersexo:

Art. 4º Para a definição final e adoção do sexo dos pacientes com anomalias de diferenciação faz-se obrigatória a existência de uma equipe multidisciplinar que assegure conhecimentos nas seguintes áreas: clínica geral e/ou pediátrica, endocrinologia, endocrinologia-pediátrica, cirurgia, genética, psiquiatria, psiquiatria infantil;

§ 1º. Durante toda a fase de investigação o paciente e seus familiares ou responsáveis legais devem receber apoio e informações sobre o problema e suas implicações.

§ 2º. O paciente que apresenta condições deve participar ativamente da definição do seu próprio sexo.

§ 3º. No momento da definição final do sexo, os familiares ou responsáveis legais, e eventualmente o paciente, devem estar suficiente e devidamente informados de modo a participar da decisão do tratamento proposto.

Considera dita resolução que a intersexualidade é uma “urgência biológica e social” que não pode aguardar a maturidade do paciente, o qual somente será consultado “quando tiver condições” e “eventualmente”, daí ter priorizado o consentimento dos pais e (ou) responsáveis. Todavia, os pais não podem substituir a vontade

30 Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em: 22 out. 2019.

dos filhos incapazes em questão atinente a direito personalíssimo, exceto se houver risco à saúde ou à vida.

A autorização pessoal do paciente intersexo é requisito inafastável para a realização do procedimento de redesignação sexual, pois o direito à autodeterminação sexual é personalíssimo e indisponível, inerente à pessoa humana e está intrinsecamente ligado à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à dignidade pessoal, à saúde, à integridade física e psíquica, à autonomia privada, à intimidade, à vida privada e à imagem.

Veja-se que, nas cirurgias de transgenitalização, a Resolução CFM n. 1.955/2010, exige o “consentimento livre e esclarecido” dos pacientes transexuais. Não há nenhuma disposição prevendo o consentimento de terceiros. Se nas cirurgias de transgenitalização não se discute a imprescindibilidade do “consentimento livre e esclarecido” do próprio paciente transexual, de forma direta e pessoal, por que os pacientes intersexo merecem tratamento diverso e são colocados à margem de uma decisão que os afetará para o resto da vida?

Dada a similitude entre as situações, as regras da Resolução n. 1.955/2010, no ponto relativo ao consentimento, devem também ser aplicadas aos pacientes intersexo, cuja manifestação de vontade também é personalíssima e não pode ser suprida pelos pais ou responsáveis.

Diante de tais considerações, o consentimento para a realização do procedimento de adequação sexual de pessoas intersexo exige a observância de requisitos especiais: o primeiro, a autorização deve provir do próprio paciente, livre, consciente e informado, sem possibilidade de representação; o segundo, o consentimento somente poderá ser dado pelos pais ou representante legal caso o paciente, menor ou incapaz, esteja em risco de vida ou haja grave comprometimento funcional.

7 Considerações finais

Crianças intersexo têm sido privadas da certidão de nascimento, pois uma interpretação literal dos arts. 50 e 54 da Lei de Registros Públicos considera obrigatória e inafastável a informação relativa ao sexo da criança.

Em razão disso, ainda têm sido realizadas cirurgias de correção de genitália, de caráter urgente, com o escopo de adequá-la esteticamente ao binário masculino/feminino. Todavia, na literatura científica internacional, não há um consenso no sentido de que tais cirurgias devam ser realizadas de forma urgente e precoce, salvo se imprescindíveis à preservação da vida e da saúde das pessoas intersexo.

Tratados e disposições internacionais consideram relevante que a identidade de gênero autodefinida seja reconhecida como direito fundamental pelos Estados-Partes, sendo que ninguém pode ser forçado a tratamentos médicos como condição para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero.

Diante de tais considerações, os arts. 50 e 54 da Lei de Registros Públicos merecem interpretação conforme a Constituição, notadamente com os princípios da dignidade da pessoa humana e da autodeterminação sexual, a fim de que seja afastada a obrigatoriedade da informação relativa ao sexo da criança nos assentos de nascimento, a qual poderá ser acrescida quando oportuno.

Referências

DE PAULA, Ana Amélia Oliveira Reis; VIEIRA, Márcia Maria Rosa. Intersexualidade: uma clínica da singularidade. *Revista Bioética*, Brasília, v. 23, n. 1, p. 70-79, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v23n1/1983-8034-bioet-23-1-0070.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

GUIMARÃES, Aníbal; BARBOZA, Heloísa Helena. Designação sexual em crianças intersexo: uma breve análise dos casos de “genitália ambígua”. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 30, n. 10, p. 2177-2186, out. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v30n10/0102-311X-csp-30-10-2177.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

LOPES, Laís. O que é gênero? *In*: RAMOS, Marcelo Maciel; BRENER, Paula Rocha Gouvêa; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá (org.). *Gênero, sexualidade e direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Initia Via, 2016. p. 19-33.

MORLANS, M. *et al.* El rechazo en las transfusiones de sangre y hemoderivados: criterios éticos, deontológicos y médico-legales. *Revista Española de Medicina Legal*, Madrid, v. 41, n. 1, p. 19-26, jan./mar. 2015.

OLIVEIRA, Ana Carolina Gondim de Albuquerque. *Corpos estranhos: reflexões sobre a interface da intersexualidade e os direitos humanos*. 2012. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2012. Disponível em: <http://www.ccj.ufpb.br/pos/contents/pdf/bibliovirtual/dissertacoes-2012/ana-carolina-gondim-de-a-oliveira-intersexualidade-e-ddhh.pdf>. Acesso: 22 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Free & Equal*. Nota Informativa: intersexo. ONU, 2017. Disponível em: <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/Intersex-PT.pdf>. Acesso em: 22 out. 2019.

PRECIADO, Beatriz. *Manifesto contrassexual: práticas subversivas da identidade sexual*. São Paulo: N-1, 2014.

REIS, Toni. Vamos falar sobre intersexualidade? Da invisibilidade para as políticas públicas. *Congresso em foco*, Brasília, 17 jun. 2017, 11:12. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/opiniao/colunistas/vamos-falar-sobre-intersexualidade-da-invisibilidade-para-as-politicas-publicas/>. Acesso em: 22 out. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Eficácia e economicidade das licitações realizadas pela Procuradoria-Geral do Trabalho após a mudança da metodologia de pesquisa de preços

Michel Madureira Loures de Souza

Técnico Administrativo do Ministério Público do Trabalho. Mestre em Geografia pela Universidade de Brasília. Pós-graduando em MPA em Políticas Públicas pelo Instituto de Direito Público.

Resumo: O presente artigo tem como foco o estudo dos métodos de pesquisa de preço para aquisições de bens e serviços na Administração Pública, tendo em vista a baixa quantidade de estudos sobre o tema e a quase ausência normativa sobre os procedimentos a serem adotados nesta fase do processo licitatório. Considerando essa temática como pano de fundo, atrelada às mudanças metodológicas ocorridas na Seção de Suporte a Compras da Procuradoria-Geral do Trabalho em 2018, buscou-se avaliar os eventuais benefícios da mudança dos procedimentos anteriormente adotados pela referida seção, analisando-se os resultados sob o aspecto da eficácia e da economicidade. Os resultados alcançados demonstraram que a mudança foi benéfica para o órgão, gerando um aumento da produtividade, haja vista a diminuição de processos fracassados e, ainda, o incremento no percentual de desconto obtido nos processos licitatórios. Diante do exposto, constatou-se a importância do estudo dessa temática para a melhoria da Administração Pública como um todo.

Palavras-chave: Pesquisa de preços. Licitação. Coeficiente de variação. Eficácia. Economicidade.

Abstract: This paper focuses on the study of price research methods for procurement of goods and services in the Public Administration, considering the low number of studies on the subject and the almost normative absence on the procedures to be adopted at this stage of the bidding process. Considering this theme as a background linked

to the methodological changes that occurred in the Procurement Support Section of the Labor General Labor Prosecution Office in 2018, it was sought to evaluate the possible benefits of the change of procedures previously adopted by the section, analyzing the results on the aspect of effectiveness and economy. The results showed that the change was beneficial to the agency, generating an increase in productivity, given the reduction of failed processes and also the increase in the percentage of discount obtained in bidding processes. In view of the above, it was found the importance of studying this theme to improve public administration as a whole.

Keywords: Price survey. Bidding. Coefficient of variation. Effectiveness. Economy.

Sumário: 1 Introdução. 2 Referencial teórico. 2.1 Histórico legal das compras públicas. 2.2 Compras públicas. 2.3 O procedimento e as modalidades de licitação. 2.4 O preço de referência. 2.5 Estimativa de preço. 2.6 Métodos de formação de preços. 3 Metodologia. 3.1 Caracterização da instituição a ser estudada. 4 Análise da eficácia e da economicidade das licitações públicas realizadas pela PGT entre os anos de 2017 e 2019. 4.1 Eficácia. 4.2 Economicidade. 5 Conclusão.

1 Introdução

A questão do preço de referência para a aquisição de bens e serviços na Administração Pública é um tema relevante e ainda pouco estudado. A definição correta do preço é ponto de tensão entre a Administração Pública e a iniciativa privada. Afinal, a estimativa de preços será utilizada como referência máxima de gasto no processo licitatório posteriormente.

A pesquisa de preços deve proporcionar um parâmetro seguro para o julgamento das licitações e a efetivação das contratações. Assim, para o alcance desse objetivo, diversos órgãos públicos têm despendido tempo a estudar o tema, desenvolvendo várias metodologias, bem como normatizando a pesquisa de preços.

Entre os órgãos que têm se esforçado para trabalhar especificamente as metodologias de pesquisa de preços, podem-se citar o

Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, a DATAPREV, o Ministério do Planejamento e Gestão e o Ministério Público Federal no Espírito Santo.

É preciso buscar metodologias de pesquisa de preços que permitam aos setores de compras públicas atuarem de forma mais segura, evitando possíveis prejuízos aos processos de aquisição, os quais impactam não somente a Administração mas também a sociedade, que utiliza os serviços do órgão público.

Queiroz (2018) observa que os reflexos de uma pesquisa de preços malfeita na Administração Pública são graves e repercutem diretamente no preço estimado do produto ou serviço, causando desde contratações acima do preço de mercado até elevados percentuais de licitações desertas (ausência de interessados no certame licitatório) ou fracassadas (desclassificação das propostas), ou ainda a não aceitabilidade das propostas ou a inabilitação dos licitantes.

Ciente desse problema, o então Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) editou as Instruções Normativas n. 7/2014 e 3/2017, visando disciplinar a metodologia de pesquisa de preços nos órgãos da Administração Pública Federal pertencentes ao Sistema de Serviços Gerais (SISG)¹.

Embora sejam de obrigação exclusiva para os órgãos do Poder Executivo, pois não incidem sobre os Poderes Legislativo e Judiciário, o MPF/ES e os estados, Distrito Federal e municípios, nada impede que esses poderes, órgãos ou entes federados possam adotar a metodologia prevista nas instruções normativas indicadas.

A Procuradoria-Geral do Trabalho, até fevereiro de 2018, vinha adotando, como método de pesquisa de preços, ora o menor preço, ora a média, desde que existisse o mínimo de quatro referências de preço, conforme parecer da CORAG/SEORI/AUDIN – MPU/n. 2/2009.

1 Segundo o Decreto n. 1.094, de 23 de março de 1994, compõem o SISG os órgãos e unidades da Administração Federal direta, autárquica e fundacional incumbidos de executar atividades de administração de edifícios públicos e imóveis residenciais, material, transporte, comunicações administrativas e documentação.

Posteriormente, após demanda da Auditoria Interna do Ministério Público da União (AUDIN)² para que se evidenciassem, de forma objetiva, os motivos para desconsiderar determinadas propostas tidas como inexequíveis ou exorbitantes, passou-se a utilizar a metodologia estabelecida no MPF/ES em sua pesquisa de preços, cujo método se aproxima das instruções normativas criadas pelo MPOG, combinada com os métodos de saneamento da amostra previstos na Norma Interna N/SU/008/004 da DATAPREV.

O presente estudo tem como objetivo geral traçar um panorama sobre os resultados alcançados com a mudança da metodologia de pesquisa de preços realizada na Seção de Suporte a Compras da Procuradoria-Geral do Trabalho a partir de fevereiro de 2018, por meio da análise da eficácia e da economicidade das licitações realizadas após essa alteração.

2 Referencial teórico

Neste capítulo serão abordados temas relacionados à área de compras públicas, bem como aos normativos legais referentes aos processos de compras.

2.1 Histórico legal das compras públicas

Segundo Souza e Castro (2012), a licitação foi introduzida no direito público brasileiro há mais de 140 anos, com o objetivo de normatizar as aquisições dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Após o surgimento de inúmeras outras leis que abordavam de forma direta o assunto, o procedimento licitatório chegou, finalmente, a ser consolidado no

2 No final de 2017, a AUDIN/MPU realizou uma série de visitas à Procuradoria-Geral do Trabalho, buscando obter informações sobre diversas atividades, entre elas as da área de compras. No início de 2018, foi encaminhado à Diretoria de Administração, via *e-mail*, um mapa com diversos questionamentos, entre eles o referente ao método de exclusão dos valores inexequíveis e exorbitantes. Posteriormente, o Departamento de Administração manifestou a alteração metodológica, por meio do Ofício n. 1341/2018 – DA/DG/PGT/MPT, de 10 de abril de 2018.

âmbito federal em janeiro de 1922, permitindo assim a organização do Código de Contabilidade da União.

A partir desse primeiro marco, os procedimentos licitatórios foram evoluindo, permitindo maior eficácia nas contratações públicas, sendo finalmente sistematizados em 1967, por meio do Decreto-Lei n. 200/1967.

Em 1986, foi elaborado o Decreto-Lei n. 2.300, que foi atualizado em 1987 por meio dos Decretos-Lei n. 2.348 e 2.360, os quais definiram o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, reunindo normas gerais e especiais acerca de licitações.

Em 1988, a Constituição brasileira dedicou-se especificamente ao tema, o que representou um considerável progresso na institucionalização da Administração Pública. Nesse ponto, Oliveira (2015, p. 44) observa que, embora as demais constituições brasileiras tenham abordado a temática em seus textos, apenas em 1988 a constitucionalização da Administração Pública passou a constar na Carta Magna.

A partir desse processo de constitucionalização, a licitação foi elevada a *status* de princípio constitucional, sendo de observação obrigatória para todos os entes da Administração Pública. Dessa forma, a aquisição via licitação passou a ser a regra.

Posteriormente, em 1993, o inciso XXI do art. 37 da Constituição foi regulamentado pela Lei n. 8.666, sendo normatizado, instrumentalizado e sistematizado todo o processo de aquisição realizado pela Administração Pública, seja pela União, pelos estados, seja pelos municípios.

2.2 Compras públicas

Para diversos autores, a atividade de compras, de forma geral, consiste no suprimento da organização com bens e serviços no prazo, na quantidade, na qualidade e no preço adequado, permitindo, dessa forma, o seu pleno funcionamento (HEINRITZ; FARELL, 1988; VIANA, 2000; BAILY *et al.*, 2000).

Wright, Kroll e Parnell (2011) ponderam que a estratégia de compras de uma empresa depende da estratégia genérica adotada por ela, existindo basicamente três estratégias de compras: a nicho-custos baixos, a nicho-diferenciação e a estratégia mista nicho-custos baixos/diferenciação.

A estratégia de nichos-custos baixos foca os custos reduzidos, enquanto a nicho-diferenciação, a produção de produtos/insumos de alta qualidade, mesmo que existam produtos similares com valores menores e, por fim, a estratégia mista nicho-custos baixos/diferenciação combina as duas situações anteriores.

Todavia, os autores citados ponderam que a primeira e a segunda estratégias podem significar alguns perigos ao sucesso da empresa, sendo necessário aliar, ao máximo possível, o menor custo com a qualidade.

Sob este ponto, Justen Filho (2018) e Motta (2008) afirmam que a legislação de compras brasileira manifestou sensível preferência pela licitação do tipo menor preço, conduzindo, de certa forma, para a adoção da estratégia nicho-custos baixos. Contudo, há diversos estudos que indicam a superação desse modelo baseado tão somente no atributo do menor preço, os quais incluem outros critérios qualitativos, como desempenho, custo total de propriedade, tempestividade na entrega/prestação, qualidade, sustentabilidade, entre outros (STOEVER; ZAMBARDA, 2007; MENEZES; SILVA; LINHARES, 2007; SANTANA; ROCHA, 2007; SQUEFF, 2014; BETIOL, 2012; REIS, 2016 *apud* QUEIROZ, 2018).

A partir desses conceitos, é possível afirmar que as compras governamentais se constituem em uma atividade-meio destinada a atingir determinada finalidade pública, que pode ser desde a manutenção das atividades administrativas internas até a prestação de serviços públicos à população por meio dos órgãos do Estado ou através de particulares concessionários ou permissionários de serviços públicos (CARVALHO FILHO, 2014).

O rótulo de atividade-meio, entretanto, não tem a força de negar a importância e a essencialidade para a atuação estatal, visto que a qualidade do processo de compras tem influência direta na qualidade dos

bens fornecidos e dos serviços prestados pelas organizações (HEINRITZ; FARELL, 1988; BAILY *et al.*, 2000; CÂRSTEA; PĂUN; PĂUN, 2014). Desse modo, um processo de compras públicas realizado de forma adequada é essencial para a prestação de um serviço público de qualidade.

Vuori (1991) avalia que a qualidade carece de um grande espectro de características desejáveis de cuidado, que incluem: efetividade, eficácia, equidade, aceitabilidade, acessibilidade, adequação e qualidade técnico-científica. Nesse aspecto, Galvão (2016) destaca que a ausência de eficácia ou a morosidade no alcance do objetivo pode significar o comprometimento da otimização e o gasto desnecessário de recursos públicos, já que impactaria na obtenção do resultado público. Desta forma, buscar mecanismos que evitem falhas e morosidade nos processos licitatórios se faz extremamente necessário.

Assim, os gestores devem buscar desenvolver melhorias para evitar situações de atrasos e repetições desnecessárias nos processos licitatórios, tendo em vista o alto custo dos processos que, segundo artigo de Oliveira (2018) publicado na revista *Sollicita*, é de aproximadamente R\$ 14.000,00 no Brasil.

Acerca das aquisições no Brasil, Motta (2008) avalia que o sistema brasileiro de compras públicas tem uma tendência de excesso de normatização e formalismo, que acabam por dificultar o conhecimento e o cumprimento da legislação. Todavia, as dificuldades relacionadas às compras públicas brasileiras não se limitam a um problema normativo, ocorrendo ainda problemas de diversas espécies.

2.3 O procedimento e as modalidades de licitação

A formalização do processo administrativo licitatório se inicia pela expedição de um ato administrativo formal da autoridade que possua a competência necessária para tal fim, a qual irá determinar a realização do certame. Segundo Pestana (2013), a decisão de iniciar o processo é certamente de natureza discricionária, ou seja, fruto da conveniência e da oportunidade.

O art. 38 da Lei n. 8.666/1993 define os seguintes documentos como necessários ao processo licitatório: minuta do instru-

mento convocatório e seus respectivos anexos, pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade, minuta do termo de contrato ou instrumento equivalente e ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite. Contudo, necessário destacar que há diversos outros documentos também necessários, que são mencionados ao longo da Lei n. 8.666/1993, sendo o rol de documentos listados no art. 38 apenas exemplificativo.

Os procedimentos internos da licitação podem ser resumidos nas seguintes fases: requisição do objeto, estimativa do valor, autorização de despesa, designação da comissão de licitação, elaboração das minutas do instrumento convocatório e do contrato, análise jurídica das minutas do instrumento convocatório e do contrato e outras exigências na fase interna (JUSTEN FILHO, 2018; OLIVEIRA, 2015, QUEIROZ, 2018).

Cada uma das etapas tem fundamental importância no processo como um todo. Por exemplo, a *requisição do objeto* é a etapa na qual é definido o planejamento da aquisição e, com base nas informações prestadas pelo setor requisitante, a Administração poderá estabelecer situações de agrupamento do lote ou adjudicação por item.

A fase de *estimativa de preço* é uma das mais importantes e determinantes do processo, pois aí se estabelece a modalidade de licitação, que varia de acordo com o valor total da contratação (concorrência, tomada de preço ou convite), o critério para classificação e desclassificação das propostas, bem como se apura se há recursos orçamentários suficientes para o pagamento da despesa (BRASIL, 2010, p. 86).

O art. 22 da Lei n. 8.666/1993 estabeleceu cinco modalidades de licitação: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. Posteriormente, em 2002, foi instruído o pregão eletrônico por meio da Lei n. 10.520/2002, destinado à aquisição de bens e serviços comuns, por meio de um ambiente virtual de compras. Sua utilização se tornou obrigatória para a toda Administração Pública Federal, direta e indireta, em 2005, com a publicação do Decreto n. 5.450/2005.

Necessário destacar que é possível à Administração Pública realizar a contratação de bens e serviços por meio de contratação direta, nos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, cujas hipóteses estão previstas em rol taxativo, respectivamente, nos arts. 17, I e II, 24 e 25 da Lei Geral de Licitações, o que, no entanto, não exige o administrador de cumprir com determinadas etapas das fases interna e externa, como a requisição do objeto, a autorização da despesa e a publicação na imprensa oficial do ato de dispensa ou de inexigibilidade.

Por oportuno, ressalta-se que a dispensa e a inexigibilidade de licitação ainda carecem de justificativa de preços, segundo o Tribunal de Contas, nos Acórdãos n. 10.330, de 14 de novembro de 2017, e n. 2.314, de 22 de outubro de 2008.

A fase externa dos procedimentos licitatórios se inicia com a publicação do edital ou carta-convite e conforme o art. 40 da Lei n. 8.666/1993. A etapa de habilitação, por sua vez, consiste na averiguação das exigências contidas no instrumento convocatório e definidas com o objetivo de verificar a qualificação necessária ao cumprimento do contrato.

Em seguida, vem a fase de análise das propostas consideradas aptas pela comissão de licitação, momento em que ocorrem o julgamento e a classificação das propostas, de acordo com as premissas estabelecidas no edital da licitação. É na fase de julgamento das propostas que a Administração Pública realiza a análise da mais vantajosa, sendo, dessa forma, uma das etapas mais relevantes para a licitação (CARVALHO FILHO, 2014).

Após o julgamento e a classificação, o processo é submetido a homologação pela autoridade competente, que o analisa como um todo para, em seguida, adjudicar ao licitante vencedor, dando por encerrado o processo licitatório.

2.4 O preço de referência

O inciso X do art. 40 da Lei n. 8.666/1993 define como obrigatório nas licitações o estabelecimento do critério de aceitabilidade dos preços unitários e do preço global dos objetos licitados, permitindo a fixação de preços máximos.

Para Queiroz (2018), o preço de referência como valor máximo forma um mecanismo de segurança para o certame contra atitudes oportunistas e antieconômicas. Como o próprio termo pressupõe, esse valor é a referência da contratação e, ao que tudo indica, devido ao fato de o tipo de licitação ser, em regra, o de menor preço, deveria consistir também no valor máximo da contratação.

O Tribunal de Contas, por meio do Acórdão n. 564/2012 – Plenário³, deixa claro que a fixação de preços máximos, ao contrário do que sugere a interpretação literal do art. 40, X, da Lei n. 8.666/1993, é obrigação do gestor, e não sua faculdade, pois evita a disparidade exagerada dos preços constantes das propostas.

2.5 Estimativa de preço

Carvalho Filho (2014) considera que a estimativa do valor é importante por duas razões: serve como parâmetro para a escolha da modalidade de licitação (concorrência, tomada de preços ou convite) e serve como parâmetro para (des)classificação de propostas que serão apresentadas pelos licitantes.

Santos (2015, p. 10) define a pesquisa de mercado como a verificação das condições específicas do mercado conforme o objeto pretendido: especificação, marcas, qualidade, desempenho, prazos, garantia. Ao abordar o tema, Motta (2008) afirma que a pesquisa de preços de mercado tem sido cada vez mais reconhecida como referência indispensável à escolha do melhor preço.

O Tribunal de Contas da União (2010, p. 87) sintetiza os diversos pensamentos sobre esse instrumento da seguinte forma:

[...] é procedimento prévio e indispensável à verificação de existência de recursos suficientes para cobrir despesas decorrentes de contratação pública. Serve de base também para confronto e exame de propostas em licitação. Pesquisar preços é procedimento obrigatório e prévio à realização de processos de contratação pública.

3 Disponível em: <https://goo.gl/uFVjCw>. Acesso em: 15 nov. 2018.

Essa etapa do processo de aquisição de bens e serviços é necessária mesmo em situações de dispensa e inexigibilidade, não sendo possível ao gestor se afastar desse procedimento (Acórdão TCU n. 898/2012 – Plenário, Acórdão TCU n. 2.724/2012 – 2ª Câmara, Acórdão TCU n. 2.912/2011 – Plenário).

Queiroz (2018) destaca que, apesar da importância da pesquisa de preços de mercado para a regularidade e a economicidade da licitação, não existe na Lei de Licitações ou na Lei do Pregão um regulamento que aborde a forma como deve ser realizada essa pesquisa.

A técnica mais disseminada entre os órgãos da Administração Pública é a obtenção de, no mínimo, três orçamentos dos fornecedores. Para Vieira e Shuch (VIEIRA *et al.*, 2006; SHUCH, 2010 *apud* SANTOS, 2015),

foi o próprio TCU quem contribuiu fortemente para o desenvolvimento do costume da média dos “três orçamentos”, tendo determinado esse número como mínimo aceitável na realização de pesquisas de mercado.

Sobre essa técnica, Correa (2005) pondera que nenhum fornecedor revelará, de fato, o preço que irá propor na licitação, apresentando, na fase de estimativa, propostas comerciais infladas, o que leva a variações muito grandes dos valores obtidos em propostas comerciais, comprometendo significativamente a validade da média aritmética para embasar a tomada de decisão.

Posteriormente, o próprio TCU iniciou uma mudança de concepção, considerando que pesquisas realizadas apenas com fornecedores colaboravam para a obtenção de estimativas distorcidas, recomendando a utilização de fontes variadas quando da formação do preço, o que tribunal veio a chamar de *cesta de preços* (Acórdão TCU n. 2.816/2014 – Plenário, e Acórdão TCU n. 2.637/2015 – Plenário).

Considerando as especificidades dessa etapa do processo licitatório, o TCU já deliberou que o princípio da proposta mais vantajosa somente estará atendido

quando evidenciado que a pesquisa de preços da licitação foi feita de acordo com a melhor técnica possível para cada caso, a exem-

plo dos parâmetros definidos na INSLTI/MPOG 5/2014. (Acórdão TCU n. 1.604, de 26 de julho de 2017).

2.6 Métodos de formação de preços

A inexistência de processos descritivos para obtenção da estimativa de preços nos arcabouços legais das aquisições públicas fez com que os órgãos da Administração se fundamentassem em normas relacionadas a outras etapas do processo de aquisição.

Assim, os órgãos adotaram como parâmetro de escolha o mesmo critério de julgamento da licitação de tipo menor preço, prevista no art. 45º, § 1º, I, da Lei Geral de Licitações. Não obstante, reforçava essa escolha o argumento de que, se a Administração contratasse diretamente, nos casos de dispensa de licitação, a escolha vencedora seria a de menor preço.

A consequência prática dessa escolha foi um enorme número de licitações fracassadas e desertas devido ao baixo preço de referência dos bens/serviços licitados, resultando em diversos transtornos na execução das atividades de apoio e finalísticas da Administração Pública.

Como resultado, ainda em 1998, foi incluído o art. 48 da Lei n. 8.666/1993, que passou a prever mecanismos objetivos para exclusão das propostas inexequíveis durante a fase externa do processo licitatório, indicando, dessa forma, uma preocupação com a metodologia de precificação dos bens e serviços.

Em 2007, o Tribunal de Contas da União, ciente dos problemas relacionados a pesquisas de preços frágeis, emite o Acórdão n. 2.170/2007 – Plenário, orientando os órgãos públicos para que adotem como referências de preços fontes variadas, tais como orçamentos de fornecedores, resultados de licitação, atas de registro de preços. Em 2010, novamente, o tribunal reforça essa necessidade por meio do Acórdão n. 265/2010 – Plenário.

Ainda em 2010, o TCU, finalmente, por meio do Acórdão n. 3.068/2010 – Plenário, aborda a questão do tratamento dos dados, decidindo que a utilização de preços médios ou da mediana,

além de bem refletir os preços praticados no mercado, não implica ofensa à Lei de Licitações, à LDO/2009 ou aos princípios gerais da Administração Pública.

Considerando esse novo entendimento do TCU, o antigo MPOG lança a Instrução Normativa (IN) n. 5/2014⁴, regulamentando o processo de pesquisa de preços e estabelecendo parâmetros para essas pesquisas e métodos de tratamento dos dados aos órgãos integrantes do Sisg.

Com relação aos parâmetros, o MPOG definiu quatro a serem observados, conforme trecho a seguir:

Art. 2º A pesquisa de preços será realizada mediante a utilização dos seguintes parâmetros: (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

I - Painel de Preços disponível no endereço Eletrônico <http://paineldeprescos.planejamento.gov.br>; (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

II - contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços; (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

III - pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017)

IV - pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias. (Alterado pela Instrução Normativa nº 3, de 20 de abril de 2017) (IN n. 5/2014, com alterações da IN n. 3/2017).

Em 2017, o Ministério do Planejamento lançou uma cartilha com vistas a detalhar cada um dos parâmetros, bem como a exemplificar os

4 Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=30/06/2014&jornal=1&pagina=135&totalArquivos=192>. Acesso em: 15 nov. 2018.

métodos de tratamento dos dados. Inicialmente, o MPOG previa taxativamente a aplicação da média como forma de tratamento, cabendo outros métodos, desde que justificado. Assim, a mediana e o menor preço só poderiam ser aplicados se houvesse justificativa para tanto.

Posteriormente, ainda em 2014, essa IN seria modificada pela IN n. 7/2014 – MPOG, permitindo a adoção do menor preço e, três anos depois, em 2017, seria lançada a IN n. 3/2017 – MPOG, permitindo o uso da média aritmética, da mediana e do menor preço. Em adição, permitiu ainda a possibilidade de utilização de outros métodos, desde que previamente justificados pela autoridade competente⁵. Outro destaque que veio com a IN n. 3/2017 foi a flexibilização da utilização dos parâmetros de pesquisa, não sendo mais necessária a utilização sequencial das fontes.

2.6.1 Métodos matemáticos adotados em pesquisa de preços

Os manuais desenvolvidos pelos mais diversos órgãos têm-se concentrado na utilização de medidas de tendência central para análise de suas amostras de preços. Entre as mais comumente utilizadas, citam-se a média e a mediana.

Segundo Levin (2006), a medida de tendência central é um número que significa o que é médio ou comum a um grupo ou conjunto particular de dados, podendo também ser chamada de medida de centralidade, ou seja, é o valor que se localiza no meio ou no centro de uma amostra, representando a localização da maior parte dos dados coletados.

Embora também seja uma medida de tendência central, a utilização da moda como método tem sido pouco difundida e recomendada devido à necessidade de se trabalhar com uma quantidade significativa de dados, situação que dificilmente ocorre em pesquisa de preços, em que, na maioria das situações, é obtido um máximo de três propostas ou menos.

5 Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/713-instrucao-normativa-n-3-de-20-de-abril-de-2017>. Acesso em: 15 nov. 2018.

A média aritmética é um dos métodos mais adotados entre os órgãos públicos. É um método que consiste na soma dos valores de uma amostra, dividido pelo número de valores que a compõem (KAZMIER, 2007). Para Magina (2010 *apud* DAMIN; SANTOS JÚNIOR; PEREIRA, 2016), a média fornece um indicador que pode ser lido como um valor típico, o qual pode significar, em certas situações, um conjunto de dados. Além disso, é base para o cálculo de outras medidas, como o desvio padrão, coeficiente de variação, de correlação, entre outras.

Dias e Lopes (2007 *apud* GONÇALVES, 2010) descrevem a mediana como medida descritiva que tem a vantagem de não ser afetada pelas observações extremas, pois não depende dos valores que a variável assume, além da sua ordem. Por isso, seu uso é adequado em distribuições assimétricas.

O STJ destaca que o uso das medianas nas análises é mais recomendado nas situações em que a pesquisa se apresenta de forma mais heterogênea, tendo em vista que, em tal caso, há influência dos extremos dos dados coletados.

Oportunamente, cabe destacar que o STJ, para indicar o uso desses métodos matemáticos, primeiramente realiza um tratamento estatístico em suas amostras em duas etapas, a primeira para identificar valores inexecutáveis ou exorbitantes, aplicando o critério estabelecido no § 1º do art. 48 da Lei n. 8.666/1993, que foi desenvolvido para julgamento de propostas de serviços de engenharia.

A aplicação desse método para as demais contratações é possível, pois, segundo o órgão supracitado, não há regulamentação para definição de preços inexecutáveis ou exorbitantes. Assim, para identificar os valores inexecutáveis é suficiente comparar com a média dos demais valores e, se o resultado for inferior a 70%, pode-se considerá-lo como inexecutável. Para identificar se os preços são exorbitantes, basta verificar se o valor encontra-se superior a 30% da média dos demais valores (BRASIL, 2017).

Posteriormente, o STJ estabeleceu que, para identificar qual método (média ou mediana) deve ser utilizado na estimativa de

preços, é preciso calcular, primeiramente, o valor do coeficiente de variação (CV)⁶, cuja fórmula pode ser descrita da seguinte forma:

$$CV = \frac{\text{Desvio Padrão (DP)}}{\text{Média}}$$

A definição da média ou da mediana segue os seguintes critérios: nas situações em que o coeficiente for superior a 25%, deve-se aplicar a mediana e, nas situações em que variação for inferior a 25%, recomenda-se o uso da média (BRASIL, 2017).

Em 2015, o Ministério Público Federal no Espírito Santo adotava a mesma linha de tratamento estatístico das amostras do STJ e também passou a adotar a análise estatística dos dados, utilizando a análise do coeficiente estatístico para determinar o uso da média ou da mediana. A mudança metodológica no órgão veio com a criação da Instrução de Serviço n. 6/2015 – MPF/ES.

A diferença entre a metodologia do STJ e a do MPF/ES é que, para este, nas situações em que o coeficiente for superior a 30%, deve-se aplicar um saneamento na amostra e, nas situações em que variação for inferior a 30%, deve ser considerado o menor valor obtido entre a média e a mediana⁷. Oportuno destacar que, embora o MPF/ES exponha a necessidade de sanear a amostra, a Instrução de Serviço PRES n. 6/2015 não estabelece qual método deve ser adotado para tal saneamento.

Santos (2015), no estudo intitulado “Preço de referência em compras públicas: ênfase em medicamentos”, aponta dois outros órgãos que trabalham com o saneamento da amostra: a DATAPREV, por meio da Norma Interna N/SU/008/004, de 25 de julho de 2011, e o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por meio da Norma de Serviço n. 1, de 28 de junho de 2013.

6 Para Fonseca e Martins (1996), trata-se de uma medida relativa de dispersão útil para a comparação em termos relativos do grau de concentração em torno da média de distribuições distintas.

7 Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/42260>. Acesso em: 15 nov. 2015.

De acordo com esse estudo, o saneamento da amostra pode ser desenvolvido adotando a seguinte métrica: primeiramente é realizada a análise do CV. Caso o valor do CV fique acima dos 25%, são excluídos os valores que ficaram acima ou abaixo do Limite Superior (LS) ou Limite Inferior (LI), até que o CV fique igual ou abaixo de 25%, com o uso da seguinte fórmula de cálculo para determinar LI e LS:

I. *Limite Superior* = Média + Desvio Padrão

II. *Limite Inferior* = Média – Desvio Padrão

Em 2017, a Secretaria-Geral do Ministério Público Federal lançou a Portaria n. 821/2017, que também aborda a questão da pesquisa de preços com aplicação de saneamento estatístico da amostra. Contudo, essa portaria passou a considerar como amostra não homogênea aquela com CV acima de 15%.

Posteriormente, a IS n.6/2015 foi revogada pelo próprio MPF/ES⁸, que passou a adotar a Portaria MPF n. 821/2017. A mudança, segundo o órgão, foi no sentido de obter uma norma padrão no âmbito do MPF.

Com base no exposto, constata-se a existência de uma preocupação dos órgãos em desenvolver técnicas para aperfeiçoar seus métodos de pesquisa de preços, por meio de modelos estatísticos, embora não haja um consenso sobre o modelo ideal de tratamento dos dados.

3 Metodologia

Para a investigação em tela, optou-se pelo estudo de caso, o qual permite a análise de um objeto com maior profundidade (TRIVIÑOS, 1987). A instituição escolhida é a Procuradoria-Geral do Trabalho.

A abordagem da pesquisa foi qualitativa. Os dados foram trabalhados buscando seu significado, tendo como base a percepção do fenômeno dentro do seu contexto. A descrição qualitativa foca

8 Portaria PRES n. 88, de 24 de abril de 2019.

não somente a aparência do fenômeno mas também seus fundamentos, buscando explicar sua origem, relações e modificações e tentando presumir as consequências (TRIVIÑOS, 1987).

Para Castro (1976), genericamente, as pesquisas científicas podem ser classificadas em três tipos: exploratória, descritiva e explicativa, sendo que cada uma trata o problema de maneira diferente.

Considerando o propósito desta pesquisa, é possível enquadrá-la como uma pesquisa descritiva, pois, segundo Selltiz *et al.* (1965), a pesquisa descritiva objetiva descrever uma situação ou ocorrência em detalhes, principalmente, enquanto ainda está ocorrendo, permitindo abordar com precisão as qualificações de um indivíduo, uma situação ou grupo, bem como revelar as relações entre os eventos.

Ademais, com relação ao método científico, Gil (1999) observa a existência de diversos meios técnicos (experimental, comparativo, estatístico, clínico e monográfico) que permitem abordar de forma objetiva e precisa o estudo dos fenômenos sociais, permitindo uma orientação à realização da pesquisa, no tocante à obtenção, ao processamento e à confirmação dos dados relacionados ao problema estudado.

No presente estudo, propôs-se a utilização do método comparativo, em que se procede à investigação de indivíduos, classes ou fenômenos com o objetivo de destacar as diferenças e similaridades (GIL, 1999).

Em complemento, este estudo também pode ser caracterizado como documental, tendo em vista que foram realizadas atividades de investigação por meio da análise de documentos⁹ relacionados aos processos licitatórios ocorridos no período de janeiro de 2017 a agosto de 2019 na Procuradoria-Geral do Trabalho.

Oportunamente, esclarece-se que não fizeram parte da análise documental contratações relacionadas a obras de engenharia, haja vista que, nesses casos, a composição do preço de referência é realizada com base nas informações do SINAPI, bem como contratações

9 Segundo Vergara (2005, p. 46), “a investigação documental é realizada em documentos conservados em órgãos públicos e privados de qualquer natureza”.

de serviços continuados que envolvem mão de obra terceirizada, visto que a composição do preço de referência decorre de uma planilha de custos que leva em consideração valores fixos, como o valor da remuneração, de verbas trabalhistas e previdenciárias, entre outros que não dependem da pesquisa de preços de mercado.

Os dados das licitações foram extraídos do Portal da Transparência do Ministério Público do Trabalho e (ou) do Sistema de Protocolo Administrativo Eletrônico (PGEA). Apesar de o acesso ao sistema PGEA ser restrito aos servidores do MPT, os dados são públicos, inexistindo qualquer grau de sigilo sobre eles.

Para análise dos documentos, foram utilizados os critérios estabelecidos por Queiroz (2018) na dissertação “A regulamentação do procedimento de formação do preço de referência das licitações públicas: um estudo de caso no MPF/ES nos anos de 2013 a 2017”, na qual se analisaram as licitações quanto aos critérios da eficácia e da economicidade, tendo a eficácia sido analisada de duas formas diferentes: a primeira em relação ao processo licitatório como um todo e a segunda levando em conta cada objeto licitado.

Considerando o referencial metodológico de Queiroz (2018), a apreciação dos processos licitatórios foi segmentada em duas análises. Na primeira, os processos foram analisados na totalidade, obtendo as seguintes avaliações: concluído com eficácia total, com eficácia parcial ou sem eficácia.

Os que receberam a classificação de *eficácia total* foram aqueles que tiveram todos os itens adjudicados; os de *eficácia parcial* foram aqueles em que ao menos um item licitado foi fracassado ou deserto, independentemente do número total de itens; e, por fim, a licitação concluída *sem eficácia* foi aquela em que nenhum item foi adjudicado.

Num segundo momento, é realizada análise por item, desconsiderando o processo administrativo como um todo, sendo analisados individualmente os itens e seus resultados. Ao fim, são somados todos os itens de todas as licitações realizadas no período. A apuração da eficácia é determinada pela divisão do quantitativo de itens que foram adjudicados pelo total de itens licitados pela PGT.

Oportunamente, cabe esclarecer que os conceitos de item adjudicado, itens fracassados e item deserto são os mesmos definidos por Queiroz (2018, p. 31), conforme segue:

Entende-se por item adjudicado aquele que um licitante ofereceu proposta de menor valor satisfazendo igualmente as condições estabelecidas no edital, culminando na contratação do item. Por item fracassado, entende-se o item cuja(s) proposta(s) ofertada(s) pelos licitantes não se enquadraram nos critérios de aceitabilidade fixados no edital, entre eles o preço de referência. Considera-se item deserto aquele que não houve proposta.

Queiroz (2018) esclarece que a opção por dupla análise visa conferir maior representatividade a licitações complexas ou de grande valor que possuem apenas um item, pois, na análise de eficácia por item, tanto a aquisição de uma caneta quanto a contratação de um serviço de pintura terão equivalência.

A aferição de economicidade foi feita comparando os resultados alcançados no resultado da licitação quanto ao preço de referência definido na metodologia de estimativa de preço nos diferentes períodos, com o intuito de verificar se o preço licitado foi menor ou maior que o menor preço identificado na fase de pesquisa.

Todos os dados levantados foram tabulados em uma planilha Excel, gerando uma planilha com mais de 900 linhas e 19 colunas, onde foram catalogadas as seguintes informações: mês em que o processo chegou à Seção de Suporte a Compras, número da estimativa, item, número do pregão, tipo de pregão, número do PGEA, data de abertura do pregão, análise (CET, CEP e SE), descrição do item, quantidade, técnica adotada (média, CV, menor preço), menor preço após a exclusão dos valores inexequíveis, valor total do menor preço, valor unitário da estimativa, valor total da estimativa, valor unitário do pregão, valor total do pregão, desconto obtido em relação à estimativa de preço e acréscimo ou desconto em relação ao menor preço.

Após a tabulação e análise das informações, foram aplicados filtros a fim de identificar os dados a serem estudados, conforme proposto por Queiroz. Ademais, no intuito de validar os alcances obtidos com a

mudança metodológica, foi realizada a análise estatística da economicidade alcançada em relação ao menor preço identificado e ao preço estimado, por meio da ferramenta de análise estatística do Excel.

Por fim, esclarece-se que, inicialmente, a previsão do término do trabalho era para abril de 2019. Todavia, nesse ano, com a redução do orçamento da Procuradoria, o número de licitações realizadas até março foi mínimo e, por isso, optou-se por prolongar o período de análise até agosto, estabelecendo não somente período de estudo semelhante aos períodos entre janeiro de 2017 a fevereiro de 2018 e março de 2018 a agosto de 2019, mas também uma amostra mais significativa.

3.1 Caracterização da instituição a ser estudada

O Ministério Público da União (MPU) é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, e a ele foi incumbida a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O MPU está dividido em quatro ramos, sendo o objeto de investigação deste estudo de caso os servidores lotados no Ministério Público do Trabalho, mais especificamente na Procuradoria-Geral do Trabalho.

A Procuradoria-Geral do Trabalho está localizada em Brasília-DF, possuindo um quadro de funcionários divididos da seguinte forma: 457 servidores ativos, sendo 194 analistas nas mais diversas áreas (Direito, Engenharia, Medicina, Estatística, entre outras) e 275 técnicos de nível médio. Não obstante, a Procuradoria conta ainda com 43 membros (entre procuradores e subprocuradores), trinta servidores cedidos de outros órgãos da Administração Pública e quarenta estagiários.

Os servidores e membros são divididos em duas áreas de atuação, uma relacionada à área finalística do órgão, ou seja, com foco na defesa de direitos trabalhistas, e outra com foco na área administrativa.

A Seção de Compras da Procuradoria está localizada dentro do Departamento de Licitações e Contratos, que, por sua vez, faz parte da Diretoria de Administração. A Seção de Compras conta com quatro servidores e um terceirizado e é responsável por realizar a instrução de todos os processos de aquisição do órgão.

Em 2017, com a publicação no novo Regimento Interno da Procuradoria-Geral do Trabalho, a Seção de Compras foi renomeada, passando a se chamar Seção de Suporte a Compras, sendo composta de dois setores: Setor de Estimativa e Setor de Aquisições Diretas.

No âmbito da PGT, assim como na Lei Geral de Licitações, a etapa da fase interna da licitação não possuía qualquer regulamentação específica. A ausência de previsão normativa era então contornada por meio da adoção dos parâmetros fixados pela Auditoria Interna do Ministério Público da União (AUDIN) e pela jurisprudência do TCU, que, em linhas gerais, estabelecia o preço de referência.

Dos preços coletados, a Administração adotava o preço médio ou o menor obtido na pesquisa de preços de mercado, seguindo parecer do órgão de auditoria do MPF (Ofício n. 47/2008 – AUDIN/MPU), cuja lógica consistia na adoção da busca, pelo gestor público, do menor preço, pois, caso contratasse diretamente, a Administração optaria pelo menor preço.

Inicialmente, as pesquisas de preços de mercado na PGT eram realizadas junto aos fornecedores, e o método de realização variava de acordo com o objeto licitado. Em se tratando de bens comuns, as cotações poderiam ser realizadas por *e-mail*, telefone ou com visita do servidor aos estabelecimentos comerciais do ramo do objeto licitado.

Com a expansão do *e-commerce*, a pesquisa de preços de mercado – no caso de bens comuns e padronizados – passou também a ser executada pela internet, com a obtenção de valores de mercado provenientes de sítios eletrônicos especializados na venda de produtos. O uso do SIPP do SERPRO era habitual nas pesquisas que envolviam um grande volume de bens padronizados e comuns (peças para manutenção predial, elétrica e suprimentos de informática).

Em 2016, a Seção de Suporte a Compras passou a não adotar majoritariamente propostas comerciais para composição do mapa comparativo, adotando mais preços oriundos de pesquisas de internet e contratos, ou seja, uma cesta de preços. Ainda, nesse ano, foi realizada a contratação da ferramenta Banco de Preços (Contrato n. 58/2016), objetivando facilitar as pesquisas de contratos e atas na Administração Pública, conforme orientado pela IN n. 5/2017 – MPOG.

Em 2018, com a solicitação da AUDIN/MPU para definição de critérios objetivos para exclusão de valores exorbitantes e inexequíveis, a Seção de Suporte a Compras passou a utilizar métodos estatísticos para avaliar suas pesquisas e excluir objetivamente os valores. Todavia, não foi constituído nenhum normativo infralegal para a realização das pesquisas.

4 Análise da eficácia e da economicidade das licitações públicas realizadas pela PGT entre os anos de 2017 e 2019

Este capítulo está dividido em dois tópicos. O primeiro aborda a eficácia dos processos licitatórios, e o segundo, a economicidade alcançada nesses processos. Nestes tópicos serão disponibilizadas diversas informações obtidas durante o levantamento no sistema PGEA e no Portal da Transparência da PGT.

4.1 Eficácia

No plano da eficácia, os pregões foram estudados de duas formas, uma considerando a licitação como um todo e outra levando em conta cada item licitado. Buscou-se, dessa forma, analisar o grau de eficácia da metodologia anterior às inovações nos métodos de formação do preço de referência introduzidos por solicitação da AUDIN em 2018.

Foram analisados 109 processos de aquisição/contratação via pregão. O total de pregões realizados pela PGT no período em estudo foi de 124, sendo que, destes, um foi suspenso¹⁰ e seis foram revogados¹¹, ocorrendo o caso de uma licitação para a aquisição de um bem que foi repetida mais de uma vez¹². No total, foram analisadas 87,90% das situações possíveis.

10 Pregão n. 28/2017 (Processo n. 014118.2017.00.900/7).

11 Pregão SRP n. 3/2017 (Processo n. 000043.2016.00.900/0) e Pregões n. 19/2017 (Processo n. 010311.2017.00.900/9), 34/2018 (Processo n. 012627.2017.00.900/5), 47/2018 (Processo n. 9650.2017.00.900/8), 01/2019 (Processo n. 20.02.0001.0003052/2019-58) e 02/2019 (Processo n. 20.02.0001.0002187/2018-39).

12 Pregões n. 19/2017, 24/2017 e 42/2017 (Processo n. 010311.2017.00.900/9); Pregões n. 26/2017, 46/2017 e 10/2018 (Processo n. 004737.2017.00.900/0).

Ademais, observa-se que não foram incluídos na avaliação os pregões relacionados à terceirização de serviços de engenharia¹³, tendo em vista que o processo de aferição de preço é via planilha preestabelecida, com valores dependentes da CCT, no caso das terceirizações, e da planilha de preços de engenharia.

Na tabela a seguir, encontram-se os dados identificados, em termos de eficácia, no período de janeiro de 2017 a agosto de 2018. A tabela refere-se ao número de pregões com eficácia total (todos os itens foram licitados e adjudicados), com eficácia parcial (nem todos os itens tiveram sucesso) e, por fim, sem eficácia, situação em que houve fracasso de todos os itens.

Tabela 1 • Eficácia dos processos licitatórios realizados no período 2017 a agosto de 2019

Período	Concluída com eficácia total	Concluída com eficácia parcial	Concluída sem eficácia	Total
2017	41 (75,93%)	7 (12,96%)	6 (11,11%)	54
2018 (jan./fev.)	4 (100%)	0 (0%)	0 (0%)	4
2018 (mar./dez.)	38 (88,37%)	5 (11,63%)	0 (0%)	43
2019	8 (100%)	0 (0%)	0 (0%)	8

Fonte: Elaborado pelo autor.

O grau de eficácia, no período de janeiro de 2017 a fevereiro de 2018, foi de 87,96%, enquanto que, no período de março de 2018 a agosto de 2019, o grau de eficácia sofreu um acréscimo de 6,22%, resultando numa taxa de sucesso de 94,18%.

13 Pregão n. 27/2017 (Processo n. 000044.2016.00.900/8).

Constata-se que a eficácia dos procedimentos licitatórios aumentou ao longo do período analisado, chegando a 100%. Contudo, é oportuno ressaltar que, em 2019, o número de procedimentos licitatórios foi significativamente menor.

A tabela a seguir apresenta os resultados da análise da eficácia por item licitado no período de janeiro de 2017 a agosto de 2019.

Tabela 2 • Síntese dos quantitativos de itens adjudicados e fracassados ou desertos

Período	Adjudicados	Itens fracassados, cancelados ou desertos	Total
2017	373 (69,58%)	163 (30,42%)	536
2018 (jan./fev.)	9 (81,81%)	2 (18,19%)	11
2018 (mar./dez.)	283 (83,72%)	55 (16,28%)	338
2019	17 (100%)	0 (0%)	17

Fonte: Elaborado pelo autor.

No período de 2017 a fevereiro de 2018, o percentual de itens adjudicados nas licitações promovidas pela PGT foi de 75,69%, sendo 70,13% no ano de 2017 e 81,81% nos meses de janeiro e fevereiro de 2018. No período de março a dezembro de 2018 e de janeiro a agosto de 2019, o percentual de itens adjudicados foi de 91,86%.

Quanto aos itens fracassados, no primeiro período o percentual foi de 24,30%, sendo 30,42% referente a 2017 e 18,19% referente a janeiro e fevereiro de 2018, enquanto que no segundo período foi de apenas 8,14%, sendo 16,28% entre março e dezembro de 2018 e 0% em 2019.

Quando se analisou especificamente a eficácia dos métodos adotados pela Seção de Suporte a Compras em cada procedimento licitatório, verificou-se que a mudança metodológica contribuiu para o aumento do sucesso da aquisição/contratação, e o coeficiente de variação obteve melhores resultados do que o menor preço e a aplicação da média com exclusão dos valores exorbitantes e inexequíveis a partir da *expertise* dos profissionais da área.

Entre as situações analisadas no período de janeiro de 2017 a fevereiro de 2018, o critério do menor preço esteve presente em 58,68% dos processos, resultando num percentual de adjudicações de 79,43%. Pelo método de preço médio no mesmo período, o percentual de adjudicações foi de 56,69%. Por sua vez, no período de março de 2018 a agosto de 2019, o coeficiente de variação foi adotado como critério em 290 itens (81,69%), tendo sucesso em 258 situações (84,13%), conforme Tabela 3.

Tabela 3 • Situação por método

Método/Ano		2017	2018 (jan./fev.)	2018 (mar./dez.)	2019
Total de itens		536	11	338	17
Média	Total	218 (100%)	8 (100%)	4 (100%)	2 (100%)
	Não adjudicados	97 (44%)	2 (25%)	2 (50%)	
	Adjudicados	121 (56%)	6 (75%)	2 (50%)	
Menor preço	Total	318 (100%)	3 (100%)	59 (100%)	2 (100%)
	Não adjudicados	66 (20,75%)		7 (11,86%)	
	Adjudicados	252 (79,24%)	3 (100%)	52 (88,14%)	2 (100%)

Método/Ano		2017	2018 (jan./fev.)	2018 (mar./dez.)	2019
Total de itens		536	11	338	17
CV	Total			275 (100%)	15 (100%)
	Não adjudicados			46 (16,72%)	
	Adjudicados			229 (83,28%)	15 (100%)

Fonte: Elaborado pelo autor.

4.2 Economicidade

Para a análise, buscou-se investigar, no plano da economicidade, os resultados da nova metodologia, visto que o valor dos bens e serviços contratados pelo Poder Público constitui uma preocupação dos gestores públicos e da sociedade em geral, e o uso das medidas de tendência central, em tese, importa em aumento nos preços de referência, permitindo, deste modo, aumentá-los ao final da licitação, caso o valor adjudicado seja menor do que o menor preço de mercado.

A análise da economicidade perpassou também pela coleta dos valores de referência (valor estimado) e de adjudicação de cada item licitado, assim como o menor preço obtido pela pesquisa de mercado correspondente e a quantidade de cada item. No que se refere ao preço, o valor adotado foi aquele após a exclusão dos valores considerados inexequíveis, no período de janeiro de 2017 a fevereiro de 2018, com base no *know-how* dos profissionais lotados na Seção de Suporte a Compras, enquanto que, no período de março de 2018 a agosto de 2019, com base na eliminação dos valores considerados inadequados após análise estatística.

A partir desses dados, foi possível calcular quatro informações de importância para a presente análise, quais sejam: o valor total máximo

licitado pela PGT; o preço de referência de cada metodologia; o valor total efetivamente contratado pelo MPT após a competição dos certames licitatórios; e o valor total máximo caso o preço de referência fosse auferido pelo menor preço da pesquisa de mercado.

Os dados coletados possibilitaram também verificar o grau de desconto sobre o valor total licitado nas diferentes metodologias e o acréscimo no valor total máximo gerado pela mudança metodológica. Em tempo, necessário pontuar que só foram analisados os itens efetivamente adjudicados.

Tabela 4 • Comparação entre os valores estimados, os valores do menor preço e os valores adjudicados

Período	Valor total máximo dos itens licitados (R\$)	Valor total máximo considerando o menor preço da pesquisa de mercado (R\$)	Valor total dos itens adjudicados (R\$)
2017	62.129.419,74	53.632.162,29	40.156.991,36
2018 (jan./fev.)	463.366,47	453.779,25	358.379,82
2018 (mar./dez.)	103.114.389,46	84.019.463,87	55.553.431,67
2019 (jan./ago.)	1.402.418,41	1.190.606,12	677.456,34

Fonte: Elaborado pelo autor.

Depreende-se da Tabela 4 que, nos períodos analisados, os valores totais dos bens e serviços licitados pela PGT, ou seja, efetivamente pagos, foram menores do que os valores totais máximos dos itens licitados, mesmo com a mudança metodológica, caso o menor preço da pesquisa de mercado tivesse sido adotado como preço de referência.

Esses resultados indicam que não houve sobrepreço nos valores finais dos bens e serviços licitados quando comparados com a metodologia anterior de formação do preço de referência. Nesse sentido, sob a ótica única da economicidade, a nova metodologia não violou, em tese, o princípio da economicidade que orienta o procedimento licitatório.

Todavia, é necessário destacar que, com a mudança metodológica, os preços estimados das licitações sofreram reajustes maiores em relação ao método anterior, passando para um acréscimo aproximado de 16,8% frente ao menor preço, enquanto que, no método anterior, a diferença era de aproximadamente 7,87%. Entretanto, ao se analisar a Tabela 4, verifica-se que o desconto obtido na fase licitatória foi mais significativo nos processos que tiveram mudança metodológica, obtendo uma média de 48,90% no período de março de 2018 a agosto de 2019, o que demonstra que, a médio prazo, a nova metodologia de formação do preço de referência não representou ofensa ao princípio da economicidade nas compras públicas (ver Tabela 5).

Tabela 5 • Percentual de acréscimo ao menor preço identificado e percentual de desconto obtido em relação ao preço estimado

Período	Acréscimo no preço de referência em relação ao menor preço	Desconto obtido na licitação sobre o valor total máximo estimado
2017	13,68%	35,37%
2018 (jan./fev.)	2,07%	22,66%
2018 (mar./dez.)	18,52%	46,12%
2019 (jan./ago.)	15,10%	51,69%

Fonte: Elaborado pelo autor.

A situação identificada foi confirmada ao se analisar o método adotado nos períodos. Entre janeiro de 2017 e fevereiro de 2018, o método predominante foi o de menor preço na fase de estimativa, enquanto que, no período de março de 2018 a agosto de 2019, o método predominante passou a ser o de tendência central (média ou mediana).

Tabela 6 • Método de estimativa de preço por período

Ano	Média	Menor preço	CV	Total
2017	218 (40,67%)	318 (59,33%)		536
2018 (jan./fev.)	8 (72,73%)	3 (27,27%)		11
2018 (mar./dez.)	4 (1,18%)	59 (17,46%)	275 (81,36%)	338
2019 (jan./ago.)		2 (11,76%)	15 (88,24%)	17
Total	230 (25,49%)	382 (42,35%)	290 (32,15%)	902

Fonte: Elaborado pelo autor.

O percentual de desconto médio obtido na licitação em relação preço estimado no período de março de 2018 a agosto de 2019 ficou em 29,59%, enquanto o percentual de desconto no período de janeiro de 2017 a fevereiro de 2018 foi de 27,46%, ou seja, obteve-se uma vantagem na mudança metodológica (ver Quadro 1).

Quadro 1 • Desconto entre o valor estimado e a licitação

Estatística	Resultado (jan. 2017/ fev. 2018)	Estatística	Resultado (mar. 2018/ ago. 2019)
Média	0,274662725	Média	0,295999315
Erro padrão	0,014021059	Erro padrão	0,01499148
Mediana	0,205797842	Mediana	0,24743509
Modo	0	Modo	0
Desvio padrão	0,274039079	Desvio padrão	0,259660045
Variância da amostra	0,075097417	Variância da amostra	0,067423339
Curtose	-0,166890661	Curtose	-0,828586074
Assimetria	0,938492933	Assimetria	0,535959577
Intervalo	0,966666667	Intervalo	0,9794007
Mínimo	0	Mínimo	0
Máximo	0,966666667	Máximo	0,9794007
Soma	104,921161	Soma	88,79979444
Contagem	382	Contagem	300
Nível de confiança (95,0%)	0,027568345	Nível de confiança (95,0%)	0,029502178

Fonte: Elaborado pelo autor.

Essa vantagem também foi percebida quando se avaliou o desconto obtido entre o valor licitado e o valor do menor preço pesquisado após a exclusão dos valores considerados exorbitantes ou inexequíveis, sendo o percentual médio de desconto no segundo período de 16,32%, em frente a 16,12%.

Quadro 2 • Preço ou desconto em frente ao menor valor pesquisado após a exclusão dos valores inexequíveis e (ou) exorbitantes

Estatística	Resultado (jan. 2017/ fev. 2018)	Estatística	Resultado (mar. 2018/ ago. 2019)
Média	0,161294784	Média	0,163200685
Erro padrão	0,016251564	Erro padrão	0,022069408
Mediana	0,115561906	Mediana	0,13916609
Modo	0	Modo	0
Desvio padrão	0,317633888	Desvio padrão	0,382253362
Variância da amostra	0,100891287	Variância da amostra	0,146117633
Curtose	3,841711816	Curtose	38,48056928
Assimetria	-0,203982063	Assimetria	-3,617278116
Intervalo	2,712018786	Intervalo	4,803538631
Mínimo	-1,745352119	Mínimo	-3,824137931

Estatística	Resultado (jan. 2017/ fev. 2018)	Estatística	Resultado (mar. 2018/ ago. 2019)
Máximo	0,966666667	Máximo	0,9794007
Soma	61,61460757	Soma	48,96020541
Contagem	382	Contagem	300
Nível de confiança (95,0%)	0,031953985	Nível de confiança (95,0%)	0,043431043

Fonte: Elaborado pelo autor.

5 Conclusão

O presente artigo realizou uma abordagem qualitativa dos métodos de pesquisa de preços para licitações realizadas pela Procuradoria-Geral do Trabalho entre 2017 e 2019, procedendo a uma análise quanto à eficácia e à economicidade obtidas com as mudanças metodológicas aplicadas pela Seção de Suporte a Compras, em atenção às solicitações da AUDIN/MPU.

Buscou-se levantar material bibliográfico sobre o tema, que ainda é pouco desenvolvido na academia, provavelmente em decorrência de sua especificidade ou nicho dentro da Administração Pública. Para tanto, realizou-se uma ampla pesquisa bibliográfica, atentando-se, principalmente, para os manuais disponíveis na Administração Pública Federal que abordam a temática (STJ, MPF/ES, DATAPREV, TCE/MT).

Para análise dos benefícios das mudanças metodológicas aplicadas em março de 2018 pela Seção de Suporte a Compras, foram

adotados os procedimentos desenvolvidos por Queiroz (2018), que consistem na realização de análise dessas mudanças nos procedimentos licitatórios do Ministério Público Federal no Espírito Santo, focando os aspectos da eficácia e da economicidade.

Com base nesse método, foi possível verificar e validar os avanços ocorridos com as mudanças introduzidas em março de 2018 na referida seção, bem como identificar mais claramente as desvantagens decorrentes da aplicação da metodologia. Esse conjunto de vantagens e desvantagens claramente demanda um juízo afinado por parte do profissional alocado na seção para que os dados identificados permitam a obtenção de valores que sejam fidedignos com o mercado, excluindo valores que prejudiquem a pesquisa.

Oportunamente, cabe destacar que a Seção de Compras já aplicava o normativo da IN MPOG n. 5/2014, que foi posteriormente substituído pela IN MPOG n. 3/2017, quanto ao fato de a pesquisa de preços ser formada por um conjunto de dados variados, a fim de minimizar os impactos advindos da utilização de informações apenas do mercado que, em tese, são distorcidas com sobrepreços, visando, desta forma, à composição de uma cesta de preços, em atendimento aos acórdãos mais recentes do TCU.

A eficácia da mudança metodológica foi constatada pelo aumento do número de pregões com eficácia total, reduzindo, assim, o tempo perdido pelos servidores do órgão com procedimentos sem eficácia ou com eficácia parcial. Não obstante, a economicidade da mudança metodológica foi validada quanto a diversos aspectos, não somente pelo fato de as licitações ficarem abaixo dos preços quando se adota o menor preço, mas também porque, mesmo com o preço estimado acima do menor preço identificado, o percentual médio de desconto ainda fica acima do desconto médio aplicado com o método anterior.

Dessa forma, é válido concluir que a mudança metodológica trouxe um importante avanço aos procedimentos desenvolvidos não apenas pela Seção de Suporte a Compras mas também pelos demais setores da PGT.

Referências

BAILY, Peter; FARMER, David; JESSOP, David; JONES, David. *Compras: princípios e administração*. Tradução de Ailton Bonfim Brandão. São Paulo: Atlas, 2000.

BETIOL, Luciana Stocco *et al.* *Compra sustentável: a força do consumo público e empresarial para uma economia verde e inclusiva*. São Paulo: Programa Gestão Pública e Cidadania/FGV, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/15358>. Acesso em: 1º nov. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Manual de orientação: pesquisa de preços Brasília, 2017*. Disponível em: http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Institucional/Controle%20interno/manual_orientacao_pesquisa_preco_2017.pdf. Acesso em: 28 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU/Tribunal de Contas da União*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência; Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CÂRSTEA, Gheorghe; PĂUN, Oana; PĂUN, Sorin. Quality management in procurement and management of material resources. *In: International Management Conference*, “New management for the new economy”, 7. Bucharest, nov. 2014. Disponível em: <http://conferinta.management.ase.ro/archives/2014/pdf/38.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTRO, Cláudio de Moura. *Estrutura e apresentação de publicações científicas*. São Paulo: McGraw-Hill, 1976.

CORREA, Vera Lúcia Almeida. Licitações para aquisição de bens e serviços de informática. *Boletim de Licitações e Contratos*, Brasília, v. 18, n. 5, p. 335-344, maio 2005.

DAMIN, Willian; SANTOS JUNIOR, Guataçara dos Santos; PEREIRA, Rudolph dos Santos Gomes. O conceito de média aritmética nos anos finais do ensino fundamental. *BoEM*, Joinville, v. 4. n. 6, p. 48-68, jan./jul. 2016. Disponível em: <http://www.revistas.udesc.br/index.php/boem/article/download/7809/5752>. Acesso em: 15 nov. 2018.

FADEL, Marianella Aguilár Ventura; REGIS FILHO, Gilsée Ivan. Percepção da qualidade em serviços públicos de saúde: um estudo de caso. *Revista de Administração Pública – RAP*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 1, p. 7-22, jan./fev. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n1/a02v43n1.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2018.

FONSECA, Jairo Simon da; MARTINS, Gilberto de Andrade. *Curso de estatística*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

GALVÃO, Ciro Di Benatti; CHAUVET, Rodrigo da Fonseca; DUARTE, Luciana Gaspar Melquiades (org.). *Licitações e contratações públicas: desafios, polêmicas e aspectos relevantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GONÇALVES, Sérgio Pereira. *Estratégias didáticas no ensino de estatística básica em curso de ecologia*. 2010. 175 fls. Dissertação (Mestrado em Ensino de Matemática) – Programa de Pós-Graduação em Ensino de Ciências e Matemática, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

HEINRITZ, Stuart; FARRELL, Paul. *Compras: princípios e aplicações*. Tradução de Augusto Reis. São Paulo: Atlas, 1988.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

KAZMIER, Leonard J. *Estatística aplicada à economia e administração*. Tradução de Adriano Silva Vale Cardoso. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2007.

LEVIN, Jack. *Estatística aplicada a ciências humanas*. Tradução de Sérgio Francisco Costa. 2. ed. São Paulo: Harbra; Harper & Row Publishers Inc., 1987.

MENEZES, Ronald do Amaral; SILVA, Renaud Barbosa da; LINHARES, Alexandre. Leilões eletrônicos reversos multiatributo: uma abordagem de decisão multicritério aplicada às compras públicas brasileiras. *Revista de Administração Contemporânea [online]*, v. 11, n. 3, p. 11-33, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1415-65552007000300002&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 1º nov. 2019.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

OLIVEIRA, Aline de. Você sabe quanto custa uma licitação? Custos das licitações e os efeitos para a administração pública. *Sollicita*, Curitiba, 10 jan. 2018. Disponível em: https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=11895&n=voc%C3%AA-sabe-quanto-custa-uma-licita%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 10 nov. 2018.

OLIVEIRA, Max da Costa. *Eficiência do calendário de compras para os processos de licitação*: estudo de caso da Universidade de Brasília. 2015. Dissertação (Mestrado Profissional em Economia) – Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Gestão de Políticas Públicas, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

PESTANA, Marcio. *Licitações públicas no Brasil*: exame integrado das leis 8.666/1993 e 10.520/2002. São Paulo: Atlas, 2013.

QUEIROZ, Wayata Arrivabene de Freitas. *A regulamentação do procedimento de formação do preço de referência das licitações públicas: um estudo de caso no MPF/ES nos anos de 2013 a 2017*. 2018, 149 p. Dissertação (Mestrado Profissional em Gestão Pública) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2018.

REIS, Paulo Ricardo da Costa. *Desempenho nos contratos de compras públicas: evidências empíricas das mudanças institucionais no Brasil*. 2015. Tese (Doutorado em Administração) – Escola de Administração, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

SANTANA, Zóssia Angélica de; ROCHA, Welington. Custo total de propriedade: um estudo da sua aplicabilidade à Lei de Licitações. *In: Congresso USP de controladoria e contabilidade*, 7., 2007. São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: USP, 2007. Disponível em: https://congressousp.fipecafi.org/anais/artigos62006/an_resumo.asp?cod_trabalho=221. Acesso em: 1º nov. 2019.

SANTOS, Franklin Brasil. *Preço de referência em compras públicas: ênfase em medicamentos*. 2015. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/preco-de-referencia-em-compras-publicas-enfase-em-medicamentos.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

SELLTIZ, C.; WRIGHTSMAN, L. S.; COOK, S. W. *Métodos de pesquisa nas relações sociais*. São Paulo: Herder, 1965.

SOUZA, Karine Daniele Byhain de; CASTRO, Eduardo Bernardes de. *Pregão: vantagens e desvantagens para a administração pública*. *In: Congresso Nacional e Excelência em Gestão*, 8., jun. 2012, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.inovarse.org/filebrowser/download/15897>. Acesso em: 10 nov. 2018.

SQUEFF, Flávia de Holanda Schmidt. *O poder de compras governamental como instrumento de desenvolvimento tecnológico: análise do caso brasileiro*.

Brasília: IPEA, 2014. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2421/1/TD_1922.pdf. Acesso em: 1º nov. 2019.

STOEVER, Carlos Alberto Day; ZAMBARDA, Maicon Rodrigo Moreira. O menor preço *vs.* o melhor preço nas licitações. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria*, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 85-97, jul. 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6797>. Acesso em: 1º nov. 2019.

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação*. São Paulo: Atlas, 1987.

VERGARA, Sylvia Constant. *Métodos de pesquisa em administração*. São Paulo: Atlas, 2005.

VIANA, João José. *Administração de materiais: um enfoque prático*. São Paulo: Atlas, 2000.

VUORI, Hannu. A qualidade da saúde. *Saúde em Debate – Revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde*, Londrina, n. 3, p. 17-25, 1991.

WRIGHT, Peter; KROLL, Mark J.; PARNELL, John. *Administração estratégica: conceitos*. São Paulo: Atlas, 2011.

Responsabilidade empresarial internacional como mecanismo de tutela do direito ao trabalho decente

Raíssa Fabris de Souza

Advogada. Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).

Resumo: As empresas continuam entes coletivos hábeis a deflagrar ações e repercussões de grande impacto social, especialmente após o advento da globalização e a evolução tecnológica. Neste viés, o presente artigo inicia uma análise acerca da submissão das empresas às normas de direitos humanos e dos princípios que orientam a necessidade de observância, pelas corporações, aos referidos preceitos. Após, trata dos parâmetros de responsabilização internacional, tanto dos Estados quanto dos indivíduos e das corporações. Embora a responsabilização do Estado seja a regra, há inúmeros casos em que, mesmo com o auxílio do Ministério Público do Trabalho, o ente estatal não dá uma resposta efetiva à vítima ou à sociedade, permanecendo a violação ao direito fundamental. Neste sentido, analisar-se-á a possibilidade de submissão das empresas aos meios não estatais de reparação como mecanismo de conferir máxima efetividade ao postulado do trabalho decente.

Palavras-chave: Responsabilidade. Corporações. Trabalho decente. Direitos humanos.

Abstract: Companies are collective entities able to unleash actions and repercussions of great social impact, especially after the advent of globalization and the technological evolution. In this bias, this paper begins an analysis of the submission of companies to human rights norms and the principles that guide the need for compliance, by corporations, to these precepts. Afterwards, it deals with the

parameters of international accountability of States, individuals and corporations. Although state accountability is the rule, there are numerous cases that, even with the help of the Labour Prosecutor's Office, the state entity does not provide an effective response to the victim or society, and the violation of the fundamental right remains. Therefore, the possibility of companies submitting to non state remedies as a mechanism to give maximum effectiveness to the decent work postulate will be analyzed.

Keywords: Responsibility. Corporations. Decent work. Human rights.

Sumário: 1 Noções introdutórias. 2 Submissão empresarial às normas de direitos humanos. 3 Parâmetros de responsabilização internacional. 3.1 A responsabilidade dos agentes estatais. 3.2 A responsabilidade dos agentes não estatais: indivíduos e corporações. 4 Submissão das corporações a meios não estatais de reparação: máxima efetividade do direito ao trabalho decente. 5 Considerações finais.

1 Noções introdutórias

O advento da globalização, o capitalismo avançado e a evolução tecnológica alteraram as relações sociais e empresariais nas últimas décadas. A noção de tempo e de distância foi relativizada, havendo a aproximação de pessoas em diversos continentes do globo.

Paralelamente, houve o deslocamento de empresas ao redor do mundo, a reestruturação do capital e a alteração das formas de relação do trabalho. A busca pelo lucro incessante fez com que organizações procurassem localidades em que os ganhos seriam potencializados, constituindo as empresas entidades com enorme potencial ofensivo aos direitos fundamentais.

O período de internacionalização dos direitos humanos, que possui como marco histórico a Carta de São Francisco, de 1945, e a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, resultou em uma gama de instrumentos normativos vigentes nos sistemas globais e regionais de proteção. Consolidou-se um catálogo de direitos fundamentais fortalecidos por mecanismos de supervisão e controle dos referidos direitos.

A preocupação com o cumprimento de normas pelos Estados e por corporações fundamenta o objetivo da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que preconiza a busca pelo trabalho decente como condição indispensável à paz mundial, ao progresso ininterrupto e à harmonia universal (conforme consta na Constituição da OIT), bem como da Organização das Nações Unidas, que vem envidando esforços para o efetivo cumprimento de direitos humanos por parte das empresas.

Nesta senda, imperiosa a análise da responsabilização estatal e, especialmente, da responsabilização empresarial na seara internacional como mecanismo de conferir efetividade e equilíbrio ao sistema jurídico global, constituindo este o objeto do presente artigo.

Iniciar-se-á com a análise da submissão das empresas às normas de direitos humanos, partindo-se para o estudo dos parâmetros de responsabilização internacional, no que concerne aos Estados, aos indivíduos e às empresas. Por fim, analisar-se-á a responsabilidade das corporações a meios não estatais de reparação como mecanismo para tutela do trabalho decente.

Para tanto, utilizar-se-ão, como referências bibliográficas, livros e artigos disponíveis em âmbito eletrônico, pautando-se no método dedutivo de pesquisa, que parte da análise de aspectos gerais para os aspectos específicos da temática.

2 Submissão empresarial às normas de direitos humanos

Durante décadas perdurou a concepção de que os direitos humanos foram concebidos para serem oponíveis exclusivamente contra o Estado, visando uma abstenção estatal à prática de atos arbitrários e ilegais em desfavor dos jurisdicionados. Isso se deu uma vez que a internacionalização dos direitos se iniciou após atrocidades ocorridas durante as Grandes Guerras Mundiais, necessitando a comunidade internacional de respeito, por parte do Estado, aos direitos humanos. Trata-se da eficácia vertical dos direitos fundamentais.

Em meados do século XX, surgiu, na Alemanha, a teoria da eficácia horizontal ou efeito externo dos direitos fundamentais (*Horizontalwirkung*), também conhecida como eficácia dos direitos fundamentais contra terceiros (*Drittwirkung*) (CAVALCANTE FILHO, 2019, p. 9). Diferentemente da concepção vertical, os direitos fundamentais também devem ser aplicados nas relações entre particulares.

Trata-se do *caso Lüth*, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão em 1958, no qual a Corte decidiu pela legalidade, com suporte no direito fundamental da liberdade de expressão, de ato realizado por Erich Lüth, consistente no boicote a um filme dirigido por cineasta colaborador do regime nazista¹.

Nesse viés, confere-se o dever de respeito e observância dos direitos fundamentais pelos particulares e também pelas corporações, em relação às demais empresas, à sociedade e aos indivíduos (aspecto interno e externo).

Saliente-se que parte da doutrina entende que, no âmbito das relações trabalhistas, considerando a disparidade de forças entre capital-trabalho, haveria que falar em eficácia diagonal dos direitos fundamentais, decorrente do poder diretivo e da subordinação existente nas relações empregatícias.

Denota-se que a submissão empresarial às normas de direitos humanos decorre também da eficácia objetiva dos direitos fundamentais. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2019, n. p.),

[...] os direitos fundamentais passaram a apresentar-se, no âmbito da ordem constitucional, como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não

1 Nessa oportunidade, restou expressamente reconhecido que a Constituição daquele país conta com um sistema (ou ordem) de valores centrado na dignidade da pessoa humana, o qual serve de parâmetro para controle de todas as ações estatais na área da legislação, administração e jurisdição. Bem por isso, estão os aplicadores alemães do Direito obrigados a conduzir seus julgamentos em conformidade com tais valores, inclusive quando da solução de conflitos envolvendo particulares, verificando-se, então, a irradiação dos direitos fundamentais no direito privado ou a “constitucionalização” desse (BELTRAMELLI NETO, 2015, p. 176).

apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais. Em termos gerais, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais significa que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende a perspectiva subjetiva, implicando, além disso, o reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.

O caráter objetivo advém do reconhecimento do direito fundamental pelo ordenamento jurídico, em especial, pela Constituição da República. Assim, o simples fato de o texto constitucional prever normas básicas, postulados indispensáveis para a consecução do trabalho decente (art. 7º), por exemplo, resulta no dever de proteção, promoção e respeito por parte dos Estados e também dos particulares.

Aponta-se também o princípio da universalidade dos direitos humanos como fundamento da vinculação das empresas, uma vez que este princípio não seria completo sem o “reconhecimento da incidência desses direitos em todas as relações sociais, o que abarca obviamente as relações que envolvem empresas e suas atividades” (RAMOS, 2019, n. p.).

Citam-se ainda o princípio da função social e a responsabilidade social das empresas. A função social possui assento na Constituição de 1988, sendo considerada um direito fundamental e um princípio da ordem econômica, previsto no art. 5º, *caput* e inciso XXII, e no art. 170, II. O texto constitucional elencou alguns casos em que a propriedade cumpriria sua função social – arts. 182 e 186 –, apontando como uma das hipóteses a exploração da propriedade que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (art. 186, IV).

Segundo Fábio Konder Comparato (1986, p. 76),

o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.

No que tange aos direitos trabalhistas, corrobora com este entendimento o preceito do art. 2º da CLT, que prevê o princípio da alteridade,

ou seja, a assunção dos riscos do empreendimento pelo empregador, devendo a atividade empresarial cumprir sua função social e observar normas internacionais e nacionais relativas aos direitos humanos.

No mesmo viés, aponta-se a responsabilidade socioambiental das empresas, entendida como uma forma de gestão empresarial fundamentada na ética e na transparência. Segundo Clodomiro Bannwart Júnior (2017, p. 38), a responsabilidade social está perspectivada sob a ótica da ética e da moral, diferentemente da função social, que está implicada no quadrante jurídico, fundamentada na obrigatoriedade normativa. Para o autor,

o aparato jurídico é institucional e possui uma força coativa estatal; já as disposições valorativas ou principiológicas que a ética e a moral impõem são provenientes da consciência individual e da expectativa social.

No cenário contemporâneo, as corporações devem atuar além da estrita legalidade, adotando um padrão de conduta fundamentado na ética e na moral, em benefício a toda coletividade. Falar-se-á na implementação de normas de *compliance* trabalhista.

Com fundamento na Lei n. 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro ou Ocultação de Bens) e aprimorado na Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e no Decreto n. 8.420/2015 (no art. 41, sobre programas de integridade), o *compliance* trabalhista consiste na atuação empresarial pautada em normas jurídicas e regras éticas, morais e transparentes. Sua adoção poderá se dar com a elaboração de regulamento interno, código de ética, canal de denúncias, entre outros mecanismos que visem a efetividade de direitos fundamentais trabalhistas.

Saliente-se que, ainda que o Estado em que as pessoas jurídicas estejam estabelecidas não tenha ratificado um determinado tratado internacional relativo a alguma matéria, há direitos humanos que são aplicados pelo simples fato de o Estado integrar a Organização das Nações Unidas ou a Organização Internacional do Trabalho, falando-se em normas de *jus cogens* ou *obrigações erga omnes* (MAZUOLLI, 2019).

Ambos são oriundos do direito costumeiro e visam a preservação de *valores fundamentais* da sociedade internacional. Enquadram-se nessa categoria várias regras do Direito Internacional Humanitário,

como, por exemplo, a vedação à tortura e à submissão às condições análogas às de escravo – reconhecida como imprescritível pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no *caso Fazenda Brasil Verde*.

André de Carvalho Ramos (2019) aponta a existência de duas abordagens sobre a observância, pelas empresas, das normas de direitos humanos: a direta e a indireta. Segundo a abordagem direta, “há regras específicas de direitos humanos que incidem sobre as empresas para que estas observem, na condução de suas atividades, determinados padrões de conduta”, tanto em âmbito interno quanto externo. Por sua vez, na abordagem indireta,

[...] as normas de direitos humanos já existentes responsabilizam os Estados e exigem que estes, então, cobrem das empresas uma conduta *pro homine*. No tocante à abordagem indireta, há diversos exemplos, na jurisprudência internacional de direitos humanos, da responsabilização internacional dos Estados por violação de direitos humanos realizadas por empresas. O Estado é responsabilizado pela sua omissão em prevenir e, muitas vezes, pela omissão em reprimir as violações de direitos humanos realizadas por empresas. (RAMOS, 2019, n. p.).

Dessa forma, não há dúvidas de que as corporações são submetidas às normas de direitos humanos e devem observá-las, tanto internamente, na dinâmica empresarial e em relação a seus trabalhadores, promovendo assim o princípio do trabalho decente, quanto externamente, em relação a terceiros e à sociedade.

3 Parâmetros de responsabilização internacional

Além da normatização de preceitos internacionais que vise a tutela de direitos humanos, conferindo aos Estados o dever de proteção, promoção e respeito, necessárias se fazem a implementação e a efetiva observância desses direitos, sob pena de responsabilização internacional.

Cita-se, a título exemplificativo, a dicção do art. 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, que reconhece o compromisso dos Estados de “respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma [...]”.

Para Valerio de Oliveira Mazzuoli (2019), a responsabilidade internacional caracteriza-se como o instituto jurídico que visa responsabilizar, no caso dos Estados, uma potência soberana pela prática de um ato atentatório (ilícito) ao direito internacional, perpetrado contra os direitos ou a dignidade de outro Estado, prevendo certa reparação pelos prejuízos e gravames que injustamente sofreu.

André de Carvalho Ramos (2005, p. 55) aponta três elementos para a responsabilidade internacional: a existência de um fato internacionalmente ilícito; o resultado lesivo; e o nexo causal entre o fato e o resultado lesivo.

Silvio Beltramelli Neto (2015, p. 234) complementa afirmando que o conceito de responsabilidade internacional se relaciona ao Direito Internacional Público, e não exclusivamente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, decorrendo de normas de origem costumeiras, ou seja, não codificadas.

Saliente-se que a responsabilidade dos agentes é indispensável para reafirmação da juridicidade das normas de direitos humanos, aplicando-se de maneira diferenciada aos entes estatais e aos entes não estatais, como os indivíduos e as corporações.

3.1 A responsabilidade dos agentes estatais

Os Estados constituem os principais obrigados pelas violações de direitos humanos, restando sua soberania relativizada em prol de direitos que visam resguardar o princípio da dignidade da pessoa.

Submetem-se tanto às normas de *jus cogens*, consideradas pelo costume internacional de observância obrigatória por todos os entes estatais, quanto aos tratados internacionais de que são signatários, podendo haver, nesses instrumentos, mecanismos de fiscalização e de responsabilização em caso de transgressão a direitos.

Ademais, os sistemas regionais também possuem mecanismos de fiscalização e punição estatal cujas instâncias judiciais são de adesão facultativa, contendo as denominadas cláusulas facultativas de jurisdição obrigatória. Denota-se que o Brasil reconheceu a jurisdição da

Corte Interamericana de Direitos Humanos, submetendo-se às suas sentenças no caso de transgressão de normas contidas na Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) e seu protocolo adicional – o Protocolo de San Salvador.

Na ausência de regramento específico, os Estados devem seguir certos parâmetros, previstos no “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”, ou *ILC Draft Articles*, redigidos no âmbito da Comissão de Direito Internacional. Aprovado em 2001, foi encaminhado à Assembleia Geral da ONU, com a recomendação de adoção em forma de convenção específica sobre a responsabilidade internacional dos Estados, o que até o momento não ocorrera (BELTRAMELLI NETO, 2015, p. 234).

Segundo Silvio Beltramelli Neto (2015, p. 235-236), os *ILC Draft Articles* alegam que Estado deverá responder por atos de órgãos *de jure* e por atos de órgãos *de facto*:

Atos de órgãos *de jure* → responde o Estado pelos atos praticados por agentes estatais de todas as suas instâncias (União, Estados e Municípios, bem como Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), do Presidente da República ao servidor público municipal. A definição de agente público acatada será aquela adotada pelo direito interno do próprio Estado. São de responsabilidade estatal os atos praticados por seus agentes, mesmo que verificada a extrapolação de competência pelo autor do fato (atos *ultra vires*);

Atos de órgãos *de facto* → responde, igualmente, o Estado pelos atos das pessoas privadas, físicas ou jurídicas às quais tenha delegado atribuição, como concessionárias, permissionárias, etc. Inserem-se no conceito de atos de órgãos *de facto*, em que pese a dificuldade de sua prova, as violações de atores privados que contam com a instrução ou controle estatal clandestino, situação normalmente verificada em casos de milícias ou exércitos de mercenários que atuam sob a batuta oculta do Estado.

Nesta senda, o ente estatal é o responsável por atos praticados pelos Poderes da República, pelos órgãos da administração direta e da administração indireta, pelos atos de seus agentes públicos (órgãos *de jure*), bem como por atos de pessoas privadas às quais tenham sido delegadas atribuições.

Além disso, a responsabilidade poderá se dar por atos comissivos, atentatórios a direitos fundamentais, ou por atos omissivos, decorrentes do descumprimento dos deveres de prevenção de ilícitos ou do dever de punição, que lhe é atribuído.

Há diversas maneiras de reparação integral do prejuízo causado. Segundo art. 34 do *ILC Draft Articles*, constituem formas de reparação: a restituição, a compensação e a satisfação².

A restituição, prevista no art. 35 do diploma³, expõe a necessidade de reestabelecimento da situação anterior ao ato ilícito, ressaltada a impossibilidade material ou nos casos de ônus desproporcional ao Estado – excessiva onerosidade –, devendo haver, nestes casos, a substituição por indenização.

Segundo Ramos (2005, p. 58), a *restitutio in integrum* é a melhor fórmula na defesa de normas internacionais, uma vez que permite a completa eliminação da conduta violadora e de seus efeitos. Trata-se de medida prioritária e de grande importância,

já que os direitos protegidos referem-se, por definição, a valores fundamentais à dignidade humana, sendo difícil a preservação desses valores pelo uso de fórmulas de equivalência pecuniária.

A segunda forma de responsabilização consiste na indenização (art. 36, *ILC Draft Articles*⁴), sendo esta medida subsidiária ou cumulativa à reparação. Trata-se do ressarcimento de natureza pecuniária que abrange, inclusive, lucros cessantes.

2 “Article 34. Forms of reparation: Full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination, in accordance with the provisions of this chapter.”

3 “Article 35. Restitution: A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution: (a) is not materially impossible; (b) does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation.”

4 “Article 36. Compensation 1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution. 2. The compensation shall cover any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established.”

Por sua vez, a satisfação, prevista no art. 37 do *ILC Draft Articles*⁵, deverá ocorrer caso o dano não possa ser reparado por restituição ou indenização, podendo consistir no reconhecimento da violação, numa expressão de pesar, num pedido de desculpas formal ou em outra modalidade apropriada. Trata-se de medidas exemplificativas, cabendo outras que se mostrarem proporcionais em relação ao ilícito praticado. Complementa André de Carvalho Ramos (2005, p. 59):

[...] podemos citar três modalidades distintas de satisfação admitidas na prática histórica do Direito Internacional. A primeira é relativa a declaração da infração cometida e possível demonstração de pesar pelo fato. Nessa categoria incluem-se as obrigações de o Estado violador de reconhecer a ilegalidade do fato e declarar seu pesar quanto ao ocorrido. A segunda modalidade consiste na fixação de somas nominais e indenização punitiva, os chamados “punitive damages”, nos casos de sérias violações de obrigação internacional. O valor a ser pago, então, seria proporcional à gravidade da ofensa. No caso das violações de direitos humanos, cabe aqui a ressalva de que toda a quantia apurada deve ser revertida à vítima. A terceira modalidade refere-se às diversas obrigações de fazer, não incluídas nas categorias acima mencionadas, que permitem um amplo leque de escolha ao juiz internacional, como veremos a seguir.

Para o referido autor, as obrigações de fazer poderão incluir a reabilitação (apoio médico e psicológico necessários às vítimas de violações de direitos humanos); o estabelecimento de datas comemorativas em homenagem às vítimas; a obrigação de incluir, em manuais escolares, textos relatando as violações de direitos humanos, entre outras (RAMOS, 2005, p. 59).

Sem prejuízo das medidas explicitadas, o Estado possui a obrigação de cessar os ilícitos perpetrados. Neste caso, em âmbito

5 “Article 37. Satisfaction 1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to give satisfaction for the injury caused by that act insofar as it cannot be made good by restitution or compensation. 2. Satisfaction may consist in an acknowledgement of the breach, an expression of regret, a formal apology or another appropriate modality. 3. Satisfaction shall not be out of proportion to the injury and may not take a form humiliating to the responsible State.”

nacional, assumem especial importância as providências requeridas pelo Ministério Público relativas à tutela inibitória quando da violação de direitos humanos.

Com fundamento no art. 497 do Código de Processo Civil de 2015, é possível a concessão de medida destinada a inibir a prática, a reiteração, a continuação ou a remover um ilícito mediante medidas cominatórias de cunho pecuniário. Trata-se de um instrumento eficaz voltado para o futuro, ou seja, que possui o intuito de evitar que a irregularidade volte a acontecer. É cabível, ainda, que tenha havido a correção da conduta diante da finalidade que ostenta.

Além do *ILC Draft Articles* utilizado para amparar a responsabilidade internacional estatal, aponta-se o trabalho desenvolvido por Theo Van Boven, relator especial da Comissão de Direitos Humanos para a redação de resolução contendo os princípios básicos do direito à reparação das vítimas de violações de direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário (“Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law”) (RAMOS, 2005, p. 58).

Dessa forma, pode-se afirmar que os agentes estatais constituem os principais responsáveis internacionais pela violação de direitos humanos; entretanto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos já admite que agentes não estatais respondam por ilícitos internacionais relativos a direitos humanos, apontando-se indivíduos, corporações e até mesmo entes privados.

3.2 A responsabilidade dos agentes não estatais: indivíduos e corporações

A responsabilidade dos agentes não estatais será analisada sobre o prisma do indivíduo e das corporações, sendo que ambos os institutos possuem regramentos distintos em relação à temática.

A responsabilidade internacional do indivíduo perpassa pela celeuma doutrinária acerca da possibilidade ou não de este ser considerado como sujeito de direito internacional. Há grande diver-

gência doutrinária acerca da temática, existindo um primeiro entendimento que aponta a impossibilidade individual de atuação no cenário internacional. Neste viés, a punição de indivíduos constituiria matéria estritamente de Direito Interno, estando eles sujeitos exclusivamente às normas estatais de responsabilização.

Entretanto, não se pode negar que, nas últimas décadas, a participação dos indivíduos na seara internacional vem ganhando maior relevância. Em primeiro lugar, considerar-se-á a imposição de direitos e obrigações previstos em normas internacionais aos indivíduos, especialmente no que tange às normas de direitos humanos que visam a tutela da dignidade da pessoa, bem como as normas relativas aos direitos sociais, que tutelam as relações laborais.

Em segundo lugar, verifica-se a possibilidade de provocação individual aos foros internacionais de forma direta e independente da anuência do Estado, como, por exemplo, reclamação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Neste caso, o país poderá responsabilizado por uma provocação individual realizada (PORTELA, 2015, p. 160).

Em regra, a responsabilização do indivíduo na seara internacional se dará perante o Tribunal Penal Internacional (TPI), tratando-se do único órgão judicial internacional com a função de julgar pessoas físicas, uma vez que os demais órgãos se ocupam da responsabilidade internacional estatal.

Segundo dicção do art. 25 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, ratificado no Brasil pelo Decreto n. 4.388/2002, a pessoa física que “cometer um crime da competência do Tribunal será considerad[a] individualmente responsável e poderá ser punid[a] de acordo com o presente Estatuto”. Esta responsabilização criminal não é apta a afetar a responsabilidade do Estado.

Saliente-se que o Tribunal Penal Internacional possui competência restrita aos crimes mais graves que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, como os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, nos moldes do art. 5º do referido diploma legal.

No que tange à responsabilidade das corporações, pode-se afirmar que a evolução das normas que tratam da incidência de direitos humanos nas atividades empresariais foi lenta, havendo gradual tentativa de criação de códigos de condutas durante anos.

Ramos (2019) efetua uma análise histórico-evolutiva dos institutos relacionados à temática, podendo-se destacar: a criação do Centro das Nações Unidas para as Empresas Transnacionais, pelo Conselho Econômico e Social da ONU (década de 1970); a *Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social*, da Organização Internacional do Trabalho (1977), que enumerou princípios relativos às atividades das empresas⁶; a preparação do Código de Conduta das Nações Unidas sobre Empresas Transnacionais (1977), sendo o projeto alterado em diversas oportunidades, não havendo um consenso para sua aprovação final na Assembleia Geral da ONU; aprovação, pela Subcomissão para a Prevenção e Proteção de Direitos Humanos da extinta Comissão de Direitos Humanos, da resolução intitulada *Normas sobre as Responsabilidades das Empresas Transnacionais e outras Empresas Privadas em relação a Direitos Humanos*, sendo decidido pelo Conselho Econômico e Social que as normas não possuíam efeito vinculante e nem deveriam ter sua observância monitorada pelas Nações Unidas; e o Pacto Global, que visa mobilizar a comunidade empresarial internacional rumo à implementação de boa governança empresarial nas áreas de direitos humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção, refletidos em dez princípios.

6 São 68 parágrafos, nos quais a OIT enumera princípios relativos às atividades das empresas multinacionais nas áreas de: emprego; seguridade social; eliminação do trabalho forçado ou compulsório; abolição do trabalho infantil e penoso; igualdade de oportunidade e de tratamento; segurança laboral; treinamento, salários, benefícios e condições de trabalho; saúde e segurança nas empresas; e relações industriais, focando desde liberdade sindical até arbitragem. Há menções genéricas sobre a necessidade de cumprimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos e dos pactos onusianos (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). A Declaração é de cumprimento voluntário (*soft law*) e não elimina a necessidade de os Estados cumprirem os tratados celebrados na OIT (RAMOS, 2019).

Entretanto, os esforços para a codificação e o estabelecimento expresso de submissão das corporações às normas de direitos humanos não cessaram. Em 2005, o Secretário-Geral da ONU designou John Ruggie como conselheiro e representante das questões de direitos humanos e empresas transnacionais. Foi apresentado, pelo conselheiro, em 2011, relatório final, no qual a responsabilidade pela defesa de direitos humanos foi explicitada em 31 princípios norteadores. O Conselho de Direito adotou a Resolução n. 17/4 endossando o conteúdo do relatório final de Ruggie (RAMOS, 2019).

Os *princípios de Ruggie* foram divididos em quatro principais partes. A primeira trata dos *princípios gerais*; a segunda é voltada ao Estado, conferindo-lhe o dever de proteção aos direitos humanos (princípios 1 a 10); a terceira atribui responsabilidade empresarial de respeito aos direitos (princípios 11 a 24); e a quarta volta-se aos entes estatais e empresariais, tratando do acesso a recursos e à reparação (princípios 25 a 31). Distribui-se, assim, a responsabilidade pela proteção dos direitos humanos.

Saliente-se que foi instituído pela Resolução n. 17/4 um Grupo de Trabalho sobre Direitos Humanos, Empresas Transnacionais e outras Empresas, no âmbito da ONU, encarregado de monitoramento do cumprimento desses *princípios orientadores*, aptos a fazerem recomendações nos casos de violações a direitos humanos.

No mesmo viés, em 2014, foi aprovada a Resolução n. 26/9 do Conselho de Direitos Humanos, estabelecendo um grupo de trabalho para elaboração de um tratado internacional sobre direitos humanos e empresas, o que não foi efetivado até o momento. Esta iniciativa faria com as normas que possuem natureza jurídica de *soft law* passassem a ter implementação obrigatória pelos Estados signatários, cabendo efetivas medidas de fiscalização, denúncias e responsabilização no caso de descumprimento.

Assim, considerando todo o panorama internacional de codificação e estabelecimento de mecanismos de submissão empresarial às normas de direitos humanos, questiona-se sobre a possibilidade e a necessidade de responsabilização internacional direta das corporações em complementariedade à responsabilidade estatal.

4 Submissão das corporações a meios não estatais de reparação: máxima efetividade do direito ao trabalho decente

Por constituir um ser coletivo que agrega relações em âmbito interno, no que tange aos trabalhadores, e em âmbito externo, como nas relações com consumidores e até mesmo com uma coletividade indeterminada de indivíduos (questões relativas ao meio ambiente), as empresas são capazes de deflagrar ações que possuem repercussão de grande impacto social. Os atos empresariais são aptos a atingir um universo bastante amplo de pessoas na sociedade em que atua.

As empresas são as grandes responsáveis pela implementação dos ideários de trabalho decente preconizados pela Organização Internacional do Trabalho e regulamentados por inúmeros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que visam a proteção dos trabalhadores em face ao poder empregatício, a fim de equalizar as forças entre ambos.

Entretanto, atos empresariais também são capazes de ocasionar as maiores violações a direitos humanos, conforme se verifica, a título exemplificativo, na submissão a trabalho em condições análogas às de escravos, na submissão de pessoas a tráfico nacional e internacional, na utilização do trabalho infantojuvenil, na contratação de trabalhadores migrantes de forma irregular, na ausência de cumprimento de normas relativas ao meio ambiente do trabalho, entre outras condutas que instrumentalizam os seres humanos, em busca de um lucro incessante.

Muitos dos casos são solucionados pelo Estado brasileiro com a efetiva atuação do Ministério Público do Trabalho, órgão autônomo e independente que visa a preservação da ordem jurídica e a erradicação de práticas empresariais aviltantes da dignidade da pessoa humana (arts. 127 e 129, CF/1988).

Entretanto, há diversos casos em que o Estado permanece omissivo ou em que sua atuação não é suficiente para cessar a prática do ilícito, sendo incapaz de dar uma resposta efetiva à sociedade e às vítimas. Indispensável, nestes casos, a responsabilização das empresas,

perante o Direito Internacional dos Direitos Humanos, como forma de conferir máxima efetividade ao primado do trabalho decente.

Embora a regra consista na responsabilização exclusiva do Estado, que possui o dever de proteção, promoção e respeito aos direitos fundamentais e sociais, cobrando das empresas uma conduta *pro homine*, em algumas ocasiões, essa responsabilização não se faz suficiente para cessar o ilícito ou reparar definitivamente o dano.

As iniciativas, realizadas pela Organização das Nações Unidas, de criação de um tratado internacional e demais normativas sobre *direitos humanos e empresas* demonstram a necessidade de conscientização estatal na efetividade dos direitos humanos e na promoção do trabalho decente, o que ocorrerá com a implementação de mecanismos de responsabilização empresarial por instâncias não estatais.

Desta forma, ainda que a regra atual seja de responsabilidade estatal pelas violações internacionais de direitos humanos, imperiosa a implementação de responsabilização direta das corporações caso o Estado seja omissivo no seu dever de promoção e proteção a esses direitos.

A reparação integral do dano, mediante medidas de restituição, compensação e satisfação, é imprescindível para conferir máxima efetividade ao postulado do trabalho decente, tutelado em inúmeros instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil.

5 Considerações finais

A necessidade de observância, pelas corporações, às normas internacionais de direitos humanos possui fundamento na eficácia horizontal e na eficácia objetiva dos direitos fundamentais, no princípio da universalidade dos direitos humanos e nos princípios da função social e da responsabilidade social das empresas. Estes últimos impõem a observância não apenas do estuário normativo, mas de regras éticas, morais e transparentes que amparam as práticas contemporâneas de *compliance* trabalhista.

Verificam-se atualmente inúmeras normas internacionais que visam amparar os direitos humanos, mas, mais que isso, que visam

uma efetiva implementação desses direitos. Na seara trabalhista, ideários do trabalho decente são preconizados por tratados internacionais, como as Convenções da OIT, em busca do respeito à dignidade da pessoa humana, à paz mundial, ao progresso ininterrupto e à harmonia universal (Constituição da OIT).

Saliente-se que os Estados constituem os principais responsáveis pelo respeito, pela proteção e pela promoção a esses direitos, estando submetidos a mecanismos convencionais de responsabilização (previstos em tratados internacionais ratificados) e a mecanismos não convencionais. Apontam-se os parâmetros previstos no “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts” ou *ILC Draft Articles*, que impõem uma reparação integral, mediante restituição, compensação e satisfação, bem como os princípios básicos do direito à reparação das vítimas de violações de direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário, desenvolvidos por Theo Van Boven.

Entretanto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos admite e desenvolve mecanismos de responsabilização dos indivíduos (perante o Tribunal Penal Internacional) e das corporações. No que tange às empresas transnacionais e multinacionais, verifica-se um esforço da ONU e da OIT para a implementação de normas relativas à responsabilidade empresarial, destacando-se os *princípios de Ruggie* e os grupos de trabalho formados no sistema onusiano.

Verifica-se a necessidade de alteração de paradigmas e da postura empresarial, bem como da implementação de técnicas diretas de responsabilização, quando da transgressão de direitos humanos por parte das corporações, caso o Estado seja omissivo ou não dê uma resposta suficiente e efetiva para cessar e reparar a prática do ilícito, em prejuízo ao ideário de trabalho decente preconizado na seara internacional.

Referências

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. Responsabilidade integral: pedagogia da responsabilidade integral. In: BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José; CATARINO, Dílson; LIMA, Gleiton Luiz de;

NUNES, Liliane Moreira. *Responsabilidade integral: metodologia, estratégica para o desenvolvimento pessoal, corporativo e educacional*. Londrina: Midiograf, 2017. p. 19-59.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Direitos humanos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 10 fev. 2020.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Teoria geral dos direitos fundamentais. TV Justiça – Saber Direito. [Online]. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf. Acesso em: 5 out. 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 63, p. 71-79, jun./set. 1986. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2297584/mod_resource/content/1/COMPARATO%2C%20F.%20C.%20Funcao%20social%20da%20propriedade%20dos%20bens%20de%20producao.pdf. Acesso em: 5 out. 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. Versão eletrônica.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 7. ed. rev. ampl. Salvador: JusPodivm, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão eletrônica.

RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. *Revista CeJ*, Brasília, v. 9, n. 29, p. 53-63, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão eletrônica.

UNITED NATIONS. Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, with commentaries. Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 2001. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. Acesso em: 10 fev. 2020.

Performance bond nos contratos de terceirização das atividades laborais no âmbito da Administração Pública

Vagner Gomes Alves

Assessor jurídico do Ministério Público do Trabalho na Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública (CONAP) do PRT da 1ª Região (RJ). Pós-graduado e Bacharel em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Candido Mendes (UCAM).

Resumo: O presente estudo visa apontar saídas de compensação ao inadimplemento das verbas laborais à luz dos contratos de terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública. O tema possui relevância social e traz a reflexão a respeito do que se assiste na prática forense e no cotidiano brasileiro. As boas práticas internacionais dão pistas acerca do sucesso da robusta garantia contratual denominada *performance bond* em obras¹ celebradas pelo Poder Público no mundo afora. Indicam também a sensibilidade dos legisladores e da jurisprudência no afã de proteger o erário público no curso do contrato de prestação de serviços ou após a sua execução. Há necessidade premente de o Brasil se aproximar das boas práticas de governança pública e *compliance*, a fim de promover de forma efetiva direitos e garantias fundamentais e se distanciar da pecha de Estado de mal-estar social.

Palavras-chave: *Performance bond*. Atividades laborais. Terceirização. Administração Pública.

Abstract: The present study aims to point out ways to compensate for non-payment of labor funds in the light of outsourcing services contracts at the heart of public administration. The theme

1 Obras – Referimo-nos a toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta pela Administração Pública Direta ou Indireta, conforme preceitua a Lei n. 8.666/1993, art. 6º, inciso I.

has social relevance and brings reflection on what is seen in forensic practice and in the daily life of Brazilian life. International good practice gives clues to the robust contractual guarantee called performance bond in public works around the world. They also indicate the sensitivity of legislators and case-law to protect the public purse from incidents during or after the service contract. There is a pressing need for Brazil to approach good public governance practices, compliance in order to effectively promote fundamental rights and guarantees and to distance itself from the country of social malaise.

Keywords: Performance bond. Labor activities. Outsourcing. Public Administration.

Sumário: 1 Introdução. 2 *Performance bond*: as boas práticas internacionais e o ordenamento jurídico brasileiro. 3 *Performance bond*: seguro-garantia para proteção contra o inadimplemento das verbas laborais na terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública. 4 Conclusão.

1 Introdução

Não é de hoje que temos assistido à pífia fiscalização nos contratos de prestação de serviços² terceirizados no âmbito da Administração Pública brasileira. Atônitos, vimos nas páginas dos jornais e assistimos na televisão diariamente que há muitas falhas a serem corrigidas e poucos são verdadeiramente os responsabilizados pela má gestão dos contratos. Tanto o particular, diante do alvissareiro desejo de obter as volúpias advindas das celebrações com a Administração Pública, quanto o Poder Público, através de alguns agentes ávidos pelas incontáveis “taxas de oxigênio”³ (BARREIRA, 2019) de interesses privados, são verdadeiros atores desse circo de horrores e de promiscuidade.

2 Serviços – Referimo-nos ao exercício e desempenho de qualquer atividade por terceiros contratados no âmbito da Administração Pública, direta ou indireta.

3 Taxas de oxigênio – Expressão utilizada pelo jornalista Gabriel Barreira (G1 Rio) para explicitar o esquema de propinas e malversação do dinheiro público envolvendo empresários e agentes do Governo do Estado do Rio de Janeiro após desmembramento histórico na Operação Calicute, capitaneada pelo Ministério Público Federal. Ver também a matéria jornalística (Cf. BARREIRA, 2019).

E a proteção ao trabalhador terceirizado, que é a parte mais fraca no contrato de terceirização de serviços? Esse foi deixado na zona gris da incerteza da percepção dos haveres trabalhistas, denominada juridicamente inadimplemento da verba trabalhista. Ao fim e ao cabo, mesmo após os históricos escândalos no País, sequer foi potencializada a proteção desse trabalhador diante das verbas trabalhistas inadimplidas, seja a partir da açodada Reforma Trabalhista, à luz da Lei n. 13.467, em vigência desde 11 de novembro de 2017, seja pela pálida atualização ditada no estatuto jurídico da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, nos termos da Lei n. 13.303, de 30 junho de 2016, regulamentada pelo Decreto n. 8.945, de 27 de dezembro de 2016.

A ADC n. 16⁴, já julgada pelo STF, também passou longe de alguma proteção efetiva aos hipossuficientes.

Todavia, o presente artigo irá se debruçar à luz do que, de fato, relata a prática forense na órbita do direito laboral para trazer reflexão sobre uma possível saída efetiva à chaga social do inadimplemento das verbas trabalhistas no decurso do contrato de terceirização de serviços na Administração Pública, sem pretender, por óbvio, esgotar todas as possibilidades e discussões sobre a temática em tela.

2 Performance bond: as boas práticas internacionais e o ordenamento jurídico brasileiro

As compras públicas pelo mundo, em rápida referência ao direito estrangeiro – o dos EUA –, anunciam, desde o final do século XIX, uma prática vitoriosa no combate à corrupção conso-

4 ADC n. 16 – Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, ajuizada pelo Governo do Distrito Federal em razão da enxurrada de ações trabalhistas envolvendo o tema da responsabilidade subsidiária estatal por conta do inadimplemento das verbas trabalhistas em contratos de terceirização no âmbito da Administração Pública. O objetivo da referida ADC foi questionar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 e afastar a responsabilidade estatal de todos os processos no País que envolvam a redação do referido artigo de lei. Ver também: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2497093>.

lidada, mediante o *Heard Act*, de 1894, posteriormente convertido no *Miller Act* em 1935 (MARCONDES, 2016).

Nessa linha, podemos conceituar o *performance bond* como uma verdadeira cláusula de barreira ao inadimplemento da prestação de serviços ou à inexecução de obras perante o Poder Público. Trata-se de uma modalidade de seguro-garantia de origem norte-americana capaz de suportar futuros problemas em relação à não conclusão, atraso ou execução de forma inadequada da obra ou serviço encomendado. Celebrado o contrato entre a seguradora e a empresa prestadora de serviços, é a primeira quem irá se reportar à Administração Pública. O lucro dependerá indubitavelmente da execução do pactuado no prazo correto, sem aditamentos, sem falta de qualidade. A seguradora atuará como um verdadeiro fiscal a garantir que o prestador de serviços cumpra o prazo e os preços estabelecidos.

Caso o prestador de serviços não conclua, atrase ou execute de forma diversa o que realmente pactuou com o Poder Público, a seguradora entrará em cena, quer através da contratação de um terceiro, quer indenizando o segurado (Administração Pública) para que este contrate uma nova prestadora de serviços, mantendo o mesmo objetivo e a qualidade de material empregado.

No Brasil, essa modalidade de seguro-garantia se enquadra na Lei n. 8.666/1993 (Lei Federal de Licitações e Contratos), além de estar regulada na Circular da SUSEP⁵ n. 477/2013. Todavia, a sua prática é pouco usual no âmbito dos contratos celebrados pela Administração Pública. Inexiste posicionamento jurisprudencial sobre o tema no País, seja na forma de súmula, seja de precedente.

O vértice das contratações públicas brasileiras é a *Lei n. 8.666/1993*, que regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição da República. A referida lei infraconstitucional, no seu art. 56, confere discricionariedade ao contratado e ao contratante para optar por uma de suas modalidades de garantia – I) caução em dinheiro ou títulos da dívida pública; II) *seguro-garantia*; e III) fiança bancária – e, ao mesmo tempo, as nivela, inexistindo preferência na sua adoção.

5 SUSEP – Superintendência de Seguros Privados.

A consequência desse ato é que nem sempre se escolhe um seguro com maior robustez, transparência e melhor cobertura. O resultado inexorável é a escolha da modalidade de seguro mais barata e que não traga tantos encargos às empresas contratadas pelo Poder Público, pois a lei brasileira não previu incentivos ao contratado para escolher uma cobertura de seguro-garantia que abarque 100% do valor do contrato.

Diante dessa realidade, o Poder Público não consegue se precaver de eventuais problemas, que têm impacto muito maior nas contas do governo do que na iniciativa privada.

Somando-se a isso, quando há problemas na contratação, o Poder Público fica de mãos atadas, pois o § 3º do art. 56 da Lei n. 8.666/1993 limita o valor da garantia, seja qual for a modalidade escolhida, a 10% do valor do contrato. Essa diretriz diferencia-se por completo da modalidade *performance bond*, que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas na sua integralidade pelo tomador perante o segurador em razão de participação em licitação, em contrato principal.

Trazendo o tema à luz do Direito Laboral/Administrativo brasileiro, em uma breve síntese, temos que a obrigação de reparar os prejuízos (demissão em massa, inadimplemento das verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias) estimulará as seguradoras a fiscalizarem de perto a terceirização das atividades laborais no âmbito da Administração Pública (ALVES, 2013), cobrando uma postura mais eficaz da pessoa jurídica prestadora dos serviços em relação ao cumprimento de cada prazo e obrigação contratual trabalhista ou previdenciária inadimplida. Evita-se, assim, desperdiçar recursos públicos e que a fiscalização recaia somente sobre o Poder Público, cujos agentes têm se mostrado, em alguns casos, presas fáceis de interesses privados ou pouco treinados no exercício da fiscalização contratual.

Com efeito, o Brasil tentou aprender com a prática e passou a colecionar exemplos de sérios abalos nas finanças públicas do País desde o escândalo dos “anões do orçamento” no final do Governo Itamar Franco (1992-1995), quando de fato se pensou na edição da Lei n. 8.666/1993.

A redação contida na Lei n. 8.666/1993 não produziu os efeitos previstos pelo legislador, a fim de se evitarem projetos inexatos, aditivos infundáveis, superfaturamentos e uma multiplicidade de inadimplementos nas rescisões de trabalho dos empregados terceirizados. Diga-se de passagem, a informalidade assumida por empregados demitidos em massa sem a percepção dos haveres trabalhistas e a falta de recolhimento previdenciário por parte do empregador dão pistas para o desfalque no regime de previdência pública contributiva no País.

Ao refletirmos sobre o tema, indaga-se: passados 26 anos desde a edição da Lei Federal de Licitações, será que continuamos certos e outros países que já adotaram o *performance bond* permanecem errados em relação a sua aplicação nas contratações por parte do Poder Público? Por outro lado, será um pecado original na Lei Federal de Licitações não ter chancelado a obrigatoriedade de um seguro-garantia com maior robustez com vistas a assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado na sua integralidade?

Ao que parece, o legislador infraconstitucional esqueceu-se que o diabo por vezes veste Prada. A história é cíclica, e os cacos da má gestão do dinheiro público ainda estão sendo juntados ao longo dos anos. As ruínas desse cenário ainda ecoam na ausência de prestação de serviços públicos de qualidade em setores caros à sociedade, como a saúde e a educação, que estão sendo entregues a toque de caixa para organizações sem fins lucrativos ou, se não, para o terceiro setor, cada vez mais dependente das verbas públicas para sobreviver. O Estado de mal-estar social⁶ ainda é uma realidade no Brasil.

Os fatos históricos mais recentes acerca da má gestão do dinheiro público parecem não abalar o Congresso Nacional. Há

6 A expressão mal-estar social se alinha por analogia à expressão degradação social. Degradação etimologicamente tem a ver com a ação ou efeito de degradar ou de se degradar. É cediço que no Brasil, há anos, gasta-se mal o dinheiro público em políticas sociais, em contratos de terceirização ilícita na Administração Pública e na redução das desigualdades sociais, que visariam melhorar as condições de vida da população, em particular de seus segmentos mais pobres. Ver também: <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,o-estado-do-bem-e-do-mal-estar-social,10000080493>.

um vácuo interminável de ausência de políticas públicas em relação ao exercício de prevenção e à fiscalização mais efetiva dos contratos de prestação de serviços envolvendo o erário público.

A sociedade sofre primeiro para depois se pensar em mudanças, essa tem sido a dinâmica histórica do Estado brasileiro ao longo dos últimos anos. E, o que é pior, a maioria dos casos ficam parados à espera do poder de decisão de um terceiro estranho a tudo isso: o Poder Judiciário.

E se a liminar judicial não for concedida a tempo e de modo a remediar o caos já instalado?

Ficamos à sorte do Poder Judiciário. Não há medidas ou meios administrativos céleres para resolver a celeuma social.

Diante desse vazio, alguns projetos de lei em nível municipal têm trazido à discussão a implementação obrigatória do *performance bond*, denominado como uma verdadeira fórmula anticorrupção. Tem sido comum a tentativa de aumentar o poder de fiscalização através de uma seguradora (terceira interessada na regular execução do contrato) que atue como um verdadeiro *longa manus*⁷ do Poder Público. Tal fiscalização, registre-se, não afetará, sob qualquer hipótese, o poder de fiscalização do Poder Público contratante.

São exemplos dessa louvável iniciativa *lege ferenda*: o Projeto de Lei Complementar municipal n. 80/2018 (Rio de Janeiro); o Projeto de Lei municipal n. 01-00096/2018 (São Paulo); o Projeto de Lei n. 554/2018 da Câmara Municipal de Belo Horizonte, entre outros. Todos esses projetos estão na mesma linha de combate à corrupção e visam exigir do vencedor do procedimento licitatório apresentação de seguro-garantia de execução do contrato que cubra 100% do valor do contrato.

Em nível federal, temos o Projeto de Lei do Senado n. 274, de 2016, de autoria do senador Cássio Cunha Lima, que dispõe acerca do seguro-garantia de execução de contrato na modalidade Segurado – Setor Público, determina sua obrigatoriedade em todos

7 *Longa manus* – No contexto, trata-se de um executor de ordens do Poder Público, um braço do Estado no momento da fiscalização dos contratos administrativos.

os contratos públicos de obras e de fornecimento de bens ou de serviços de valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00, e altera a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer o limite de cobertura do seguro-garantia em 100% do valor do contrato.

Verifica-se, assim, de certa forma, o alinhamento às melhores práticas internacionais, pois o *performance bond* garante 100% do valor do contrato e é obrigatório em obras do governo federal nos EUA, assim como em diversos estados norte-americanos: Maine, Mississippi, Carolina do Sul, entre outros (MARCONDES, 2016).

De toda sorte, os números não mentem em relação a nossa prodigalidade em colecionar desastres ligados à má gestão do dinheiro público e também à inadimplência dos haveres trabalhistas. Esta última foi levada a destaque nos autos da ADC n. 16/DF, julgada em 2010, que visou confirmar a constitucionalidade da irresponsabilidade estatal ante as obrigações laborais à luz do que preceitua o art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. O referido dispositivo traça que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

O recado dado pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade foi no sentido de afastar de vez a célebre tese “*the king can do no wrong*” (o rei nunca erra). Por um lado, a norma do § 1º do art. 71 da Lei de Licitações é constitucional e deve ser observada pela Justiça do Trabalho, o que impede a aplicação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública pelo só fato do inadimplemento dos direitos laborais pela empresa contratada; por outro lado, a constitucionalidade do enunciado legal não afasta a possibilidade de sua interpretação sistemática com outros dispositivos legais e constitucionais que impõem à Administração Pública contratante o dever de licitar e fiscalizar de forma eficaz a empresa contratada, inclusive quanto ao cumprimento dos direitos laborais. Inadimplido pela Administração esse dever de bem licitar e fiscalizar, continua plenamente possível o reconhecimento de sua

culpa *in eligendo*⁸ ou *in vigilando* pelo inadimplemento trabalhista da empresa contratada e a sua decorrente responsabilização subsidiária pelo pagamento das respectivas verbas, desde que essa circunstância seja aferida e fundamentada à luz dos fatos do caso concreto.

Em 12 de setembro de 2017, tivemos a publicação do acórdão relativo ao Recurso Extraordinário n. 760.931 (Tema 246 – Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço), que consignou a seguinte tese:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado *não transfere automaticamente* ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93. (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Portanto, nada mudou. A transferência subsuntiva (de plano) da responsabilidade ao ente federativo ou à entidade da Administração Pública indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista, autarquias e fundações públicas) aqui (RE n. 760.931) e lá (ADC n. 16/DF) foi tratada com acuidade a fim de não transferir os encargos trabalhistas à Administração Pública de forma açodada e sem provas concretas acerca das culpas *in eligendo* e *in vigilando*. Permanece, assim, incontestado, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o olhar como uma lupa sobre a falha na fiscalização.

Apesar disso, ainda sobrevivemos com percalços pelo caminho. A falta de fiscalização eficiente e a ausência de um contrato de seguro-garantia mais robusto no País têm levado a devastadores efeitos na sociedade, por conta do inadimplemento contratual relativo a uma grande massa de trabalhadores e a obras de grande porte, algo que veremos no próximo tópico com maior profundidade.

8 Culpa *in eligendo* é uma modalidade de responsabilidade civil imputada ao tomador dos serviços que contrata pessoa jurídica inidônea para prestação de serviços. Ao passo que culpa *in vigilando* é a da modalidade de responsabilidade civil atribuída à falta do poder de fiscalização por parte do Poder Público, em especial, nos contratos de terceirização de serviços.

3 Performance bond: seguro-garantia para proteção contra o inadimplemento das verbas laborais na terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública

O *Performance bond*, tal como visto no tópico anterior, é um sofisticado seguro de garantia de obrigação de fazer que o contratado tem o dever de oferecer ao contratante como condição *sine qua non* para realização de obras públicas. Tal modalidade de seguro-garantia vem afiançar ao Poder Público a realização, por uma outra empresa contratada pela seguradora, das obras atrasadas ou inadimplidas; caso o Poder Público queira de outra forma, poderá exigir o pagamento da verba faltante a fim de viabilizar o pagamento de outra empresa para fazer a conclusão das obras, mantendo-se, acima de tudo, mesma qualidade e *expertise*.

A robustez de tal garantia é tamanha que teremos de fato um terceiro agente fiscalizador das obras públicas com a nítida obrigação de atenuar ou afastar de vez a promiscuidade entre governo e empreiteiras, visando salvaguardar a transparência em todas as fases do contrato, não somente no caso de inadimplemento contratual comumente utilizado.

Na prática, é interessante a citação de alguns exemplos de notória repercussão social em que o *performance bond* poderia ser utilizado no País, a fim de estancarmos os efeitos colaterais da precarização nas relações de trabalho e no sistema de obras públicas. Vejamos⁹ a seguir.

As obras da Linha 4 do metrô de São Paulo, cidade com o maior poder econômico do Brasil, prometem desfecho desde o ano de 2004 e enfrentam, há tempos, sérios entraves na sua execução, sendo paralisadas em razão do descumprimento contratual da empreiteira ao longo de sua prestação de serviços. Os percalços

9 Para ver alguns exemplos práticos em que o *performance bond* poderia ser utilizado no Brasil, acessar: 1) <https://www.brasildefato.com.br/2019/09/10/witzel-decide-aterrar-obras-do-metro-e-desperdica-rdollar900-milhoes-dos-cofres-publicos>; 2) Ação Civil Pública (MPT-PRT 1ª Região x UERJ e outros) n. 0101117-78.2016.5.01.0015 (Fonte: www.trt1.jus.br); 3) Ação Civil Pública (MPT-PRT 1ª Região x UFRJ e outros) n. 0011071-70.2015.5.01.0082 (Fonte: www.trt1.jus.br).

institucionais, crises econômicas e os acidentes passaram ser uma regra, sem haver uma retomada precisa e imediata por parte do governo local. Caso houvesse sido utilizado um seguro-garantia com maior robustez para retomada imediata das obrigações de fazer, a população não teria passado pelo dissabor de assistir a obras literalmente paralisadas e a uma qualidade de vida que despencou em escala geométrica em pleno século XXI (OLIVEIRA, 2017).

No Rio de Janeiro, a história não é muito diferente: o que falar da Ciclovia Tim Maia e das obras do metrô na Gávea? Sem muito nos aprofundar, a primeira, além de ter ceifado vidas com o seu desabamento, desidratou efetivamente os cofres públicos com a pífia execução das obras ali efetuadas, pois a ciclovia se desmanchou com facilidade na encosta do bairro de São Conrado e deixou de ser um lindo cartão postal e uma ótima opção de lazer aos cidadãos. Literalmente, transformou-se em mais um dramático canteiro de obra interminável e que transmite profunda insegurança aos cidadãos.

Em relação às obras do metrô no Rio de Janeiro, nada há muito diferente do que ocorreu em São Paulo, mas neste as obras já foram retomadas; todavia, no Estado do Rio de Janeiro, o governador anunciou, no início de setembro do ano de 2019, a “genial” ideia de aterrar as obras do metrô e não dar continuidade ao empreendimento, desperdiçando R\$ 900 milhões de reais que saíram dos cofres públicos. O Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro desmentiu o governador ao afirmar que inexistente, ao contrário da justificativa deste, qualquer decisão plenária no sentido de impedir a retomada das obras, e o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro o fez repensar e voltar atrás (MIRANDA, 2019).

No Brasil, a utilização do referido seguro-garantia pode ser a solução para interromper um ciclo deletério de corrupção, potencializar o poder de governança das instituições e a retomada de confiança da população brasileira, muito machucada com os últimos eventos de malversação do dinheiro público.

O descolamento dos anseios da sociedade por parte daqueles que nos governam é diretamente proporcional ao sentimento de desconfiança da população para com as instituições públicas de

acordo com os dados empíricos extraídos de pesquisa recente (Índice de Confiança na Justiça – ICJBrasil) da Fundação Getúlio Vargas (ICJBRASIL, 2017). Esse fenômeno é mundial, não é uma “jabuticaba” brasileira o descontentamento com as autoridades públicas.

Considere-se também que o Brasil ostenta uma falta de políticas públicas que visem a diminuir a desigualdade social e uma ausência de projeto de desenvolvimento nacional com vistas a afastar a promiscuidade na gestão da coisa pública que têm sido apontadas como fatores que potencializam a maior crise econômica contemporânea na história do País (TOLEDO, 2017).

Em resposta a esse cenário fático, as autoridades precisam mostrar caminhos de retomada do crescimento econômico, como também da ética, da moral e de um maior poder de governança que esbarra no conceito americanizado de *compliance*, que nada mais é que se ter compromisso com cumprir regras ou instruções internas e se alinha aos contornos da Lei Anticorrupção, Lei Federal n. 12.846/2013. Tal alinhamento ocorre a partir da previsão de mecanismos de prevenção à ocorrência de ilícitos empresariais contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. De fato, o referido diploma federal é considerado um marco legislativo de responsabilização empresarial em nível administrativo e civil no Brasil.

Na mesma linha de raciocínio, a Lei Complementar n. 101/2000 prevê mecanismos de prevenção de natureza fiscal ao estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Essa legislação fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas.

Sobre o termo *compliance*, Vinicius Marques de Carvalho e Francisco Schertel Mendes (2017), citados por LAMACHIA (2018, p. 2), explicam que

a palavra *compliance* vem do inglês *to comply*, que significa cumprir. De forma resumida, um programa de *compliance* é aquele que busca o cumprimento da lei. [...]

Um programa de *compliance* visa estabelecer mecanismos e procedimentos que tornem o cumprimento da legislação parte da cultura corporativa. Ele não pretende, no entanto, eliminar completamente a chance de ocorrência de um ilícito, mas sim minimizar as possibilidades de que ele ocorra, e criar ferramentas para que a empresa rapidamente identifique sua ocorrência e lide da forma mais adequada possível com o problema.

A partir da prevenção de riscos através do *compliance* e o monitoramento permanente das obrigações de fazer no *performance bond*, traçamos uma linha imaginária de blindagem aos contratos de prestação de serviços terceirizados no âmbito da Administração Pública, pois tais contratos não visam somente a prestação de serviços mas também o primado do trabalho como base da ordem social (art. 193 da CRFB/1988) e a dignidade da pessoa humana do trabalhador terceirizado (art. 1º, III, da CRFB/1988).

Ao longo dos anos, temos nos deparado, na prática forense trabalhista, com inúmeras ações trabalhistas que visam estancar as veias do inadimplemento das verbas laborais das prestadoras de serviços contratadas pelo Poder Público e que desaparecem do mundo jurídico assim que acionadas judicialmente. Essa circunstância chegou ao ponto de acarretar grandes prejuízos aos cofres públicos do Distrito Federal, o que levou o governador do DF, em março de 2007, a ajuizar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 para questionar os termos do § 1º do art. 71 da Lei n. 8666/1993 ao fundamento de que havia ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho, na aplicação da Súmula n. 331.

Merece registro que a referida ADC foi fruto de um sem número de ações trabalhistas, algo em torno de 4.000 ações ajuizadas contra o Distrito Federal, sendo a questão tão relevante em nível nacional que os Estados do Amazonas, Alagoas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rio de Janeiro, Rondônia, São Paulo e Tocantins requereram a admissão no feito como *Amicus Curiae* (amigos da corte).

Como antes dissemos, o resultado do julgamento da referida ADC foi fruto de acalorado debate em torno da responsabilidade subsidiária estatal em relação ao inadimplemento das verbas trabalhistas por empresas terceirizadas, que continuou a existir, porém com a advertência do STF, que consignou não mais poder transferir a referida responsabilidade de forma subsuntiva, conforme ementa¹⁰ abaixo:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a Administração Pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

No Rio de Janeiro, a Universidade Estadual do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), em 2015, paralisou completamente seus *campi* em razão da notória impontualidade nos pagamentos e do meio ambiente laboral insalubre que se instalou pelos andares da referida universidade em decorrência da inexecução do contrato por parte das empresas terceirizadas dos serviços de limpeza, segurança e manutenção.

O Ministério Público do Trabalho à época recebeu diversas denúncias e colheu provas robustas acerca do inadimplemento das verbas trabalhistas em relação às empresas terceirizadas nos autos do Inquérito Civil n. 000412.2015.01.000/3, instaurado pela Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região. A tragédia se avolumou não só em virtude da crise econômica vivenciada pelo Estado do Rio de Janeiro mas também em razão de as empresas terceirizadas estarem literalmente dependentes do Estado, bem como por não terem um seguro-garantia adequado e capaz de contornar a impontualidade no decurso do contrato.

10 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16. Ementa e Decisão. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2497093>. Acesso em: 20 jan. 2020.

O caos se instalou, a demissão em massa foi a medida tomada pelas empresas terceirizadas sob os olhos do Estado do Rio de Janeiro, que confessou extrajudicialmente os atrasos de repasse das verbas, que à época já somavam R\$ 9.680.593,72.

A *educação* na Universidade Estadual do Rio de Janeiro, serviço essencial à sociedade e dever do Estado, foi *paralisada* em relação aos discentes e docentes em todas as suas unidades. As matérias de cunho jornalístico e midiático noticiaram com propriedade o ocorrido na Cidade do Rio de Janeiro (VILLELA, 2015). O portal *O Globo* noticiou em 23 de novembro de 2015: “Com dívida de R\$ 7,5 milhões, Uerj suspende aulas por uma semana”.

A demissão em massa, registre-se, envolveu aproximadamente novecentos trabalhadores terceirizados que não receberam as suas verbas salariais e rescisórias, conforme noticiou o MPT nos autos da Ação Civil Pública n. 0101117-78.2016.5.01.0015 e, em liminar, requereu a indisponibilidade de bens e o bloqueio de numerário das empresas terceirizadas e de seus sócios no valor de R\$ 32.411.689,40, relativos à garantia contratual que deveria ter sido retida pelo Poder Público previamente para pagamento direto aos trabalhadores terceirizados.

Não se trata de mera retórica; na primazia da realidade, os empregados terceirizados tornaram-se objetos de contratos, transformaram-se em seres invisíveis e extremamente vulneráveis. Souto Maior é enfático ao afirmar que as consequências dessa situação

vão muito além da mera precarização das garantias do trabalho, significando mesmo uma forma de precarização da sua própria condição humana, vez que são desalojados do contexto da unidade em que prestam serviços. (SOUTO MAIOR, 2012, p. 54).

Diga-se de passagem, os empregados terceirizados até hoje não receberam as verbas salariais integrais apesar da boa vontade e do árduo trabalho do MPT.

No ano anterior, o MPT agiu da mesma forma em relação à UFRJ nos autos da Ação Civil Pública n. 0011071-70.2015.5.01.0082, requerendo de forma cautelar a indisponibili-

dade e o bloqueio dos bens imóveis, móveis, créditos e numerários em nome da primeira ré (Higi Time Serviços Terceirizados LTDA) e de seus sócios, no limite de R\$ 1.806.017,28.

Logrou êxito o MPT no bloqueio liminar de R\$ 180.002,85, tendo-se consignado nos autos o desaparecimento da empresa terceirizada e de seus sócios do mundo jurídico.

As situações se repetem no tempo e no espaço. O que se verifica é que o cobertor está curto para amparar os empregados diante do calote nas terceirizações ilícitas, muito embora seja louvável o esforço da Administração Pública Federal através do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que vem tentando ampliar a transparência e o controle social sobre as ações do Governo Federal, com vistas a padronizar procedimentos para aquisição de bens, contratação de serviços e fiscalização de contratos administrativos pelas entidades integrantes da Administração Pública Federal com a edição da Instrução Normativa MP n. 2/2008, posteriormente alterada pela Instrução Normativa MP n. 3/2009.

Esses instrumentos normativos (IN n. 2/2008, arts. 19; 22; 29; 44, *caput* e § 3º; 54, § 1º; 55; e 66; e IN n. 3/2009, art. 19-A), quando interpretados sistematicamente com base na Lei n. 8.666/1993 (arts. 67, *caput* e § 1º, 78 e 79, principalmente), impõem à Administração Pública contratante o dever de licitar e fiscalizar a empresa contratada de forma eficaz, inclusive quanto ao cumprimento dos direitos laborais. Não realizado de forma eficaz esse dever de bem licitar e fiscalizar, continuam plenamente cabíveis o reconhecimento de sua culpa *in eligendo* ou *in vigilando* pelo inadimplemento trabalhista da empresa contratada e a sua decorrente responsabilização subsidiária pelo pagamento das respectivas verbas, desde que essa circunstância seja aferida e fundamentada à luz dos fatos do caso concreto.

Também é louvável o Conselho Nacional de Justiça ter editado a Resolução n. 98, de 10 de novembro de 2009 (posteriormente modificada pela Resolução n. 169, de 31 de janeiro de 2013, e pela Resolução n. 183, de 24 de outubro de 2013), que, atualmente, possui a seguinte redação:

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, e

CONSIDERANDO a decisão plenária tomada no julgamento do Processo nº 0006358-88.2012.2.00.0000, na 161ª Sessão Ordinária, realizada em 11 de dezembro de 2012;

CONSIDERANDO a necessidade de a Administração Pública manter rigoroso controle das despesas contratadas e assegurar o pagamento das obrigações trabalhistas de empregados alocados na execução de contratos quando a prestação dos serviços ocorrer nas dependências de unidades jurisdicionadas ao CNJ;

RESOLVE:

Art. 1º Determinar que, doravante, as rubricas de encargos trabalhistas, relativas a férias, 1/3 constitucional, 13º salário e multa do FGTS por dispensa sem justa causa, bem como a incidência dos encargos previdenciários e FGTS (INSS/ SESI/SESC/SENAI/ SENAC/INCRA/SALÁRIOEDUCAÇÃO/FGTS/RAT+FAT/ SEBRAE etc) sobre férias, 1/3 constitucional e 13º salário sejam deduzidas do pagamento do valor mensal devido às empresas contratadas para prestação de serviços, com previsão de mão de obra residente nas dependências de órgão jurisdicionado ao CNJ, e depositadas exclusivamente em banco público oficial. § 1º Considera-se mão de obra residente aquela em que o Edital de Licitação estabelece que os serviços serão realizados nas dependências do órgão contratante e indique o perfil e requisitos técnicos do profissional a ser alocado na execução do contrato e haja estabelecimento, pelo órgão contratante ou pela empresa, do valor do salário a ser pago ao profissional. § 2º Os depósitos de que trata o caput deste artigo devem ser efetivados em conta-depósito vinculada – bloqueada para movimentação –, aberta no nome da contratada e por contrato, unicamente para essa finalidade e com movimentação somente por ordem do tribunal ou do conselho contratante.

[...] Art. 6º A assinatura do contrato de prestação de serviços entre o Tribunal ou o Conselho e a empresa vencedora do certame será sucedida dos seguintes atos: [...] II – assinatura, pela empresa contratada, no prazo de vinte dias, a contar da notificação do Tribunal ou do Conselho, dos documentos de abertura da conta-depósito vinculada – bloqueada para movimentação – e de termo especí-

fico da instituição financeira oficial que permita ao Tribunal ou ao Conselho ter acesso aos saldos e extratos, e vincule a movimentação dos valores depositados à autorização do Tribunal ou do Conselho, conforme modelo indicado no termo de cooperação.

[...] Art. 9º Os valores referentes às rubricas mencionadas no art. 4º serão retidos do pagamento mensal à empresa contratada, desde que a prestação dos serviços ocorra nas dependências de órgão jurisdicionado ao CNJ, independentemente da unidade de medida contratada, ou seja, posto de trabalho, homem/hora, produtividade, entrega de produto específico, ordem de serviço etc.

[...] Art. 11. Os editais referentes às contratações de serviços que devem ser prestados nas dependências do Tribunal ou do Conselho, com previsão de mão de obra residente, deverão conter expressamente o disposto no art. 9º desta Resolução.

[...] Art. 14. Quando os valores a serem liberados da conta-depósito vinculada – bloqueada para movimentação – se referirem à rescisão do contrato de trabalho entre a empresa contratada e o empregado alocado na execução do contrato, com mais de um ano de serviço, o Tribunal ou Conselho deverá requerer, por meio da contratada, a assistência do sindicato da categoria a que pertencer o empregado ou da autoridade do Ministério do Trabalho para verificar se os termos de rescisão do contrato de trabalho estão corretos. Parágrafo único. No caso de o sindicato exigir o pagamento antes da assistência, a empresa contratada poderá adotar um dos procedimentos indicados nos incisos do art. 12 desta resolução, devendo apresentar ao Tribunal ou ao Conselho, na situação consignada no inciso II do referido artigo, no prazo de dez dias úteis, a contar do dia da transferência dos valores liberados para a conta corrente do empregado, a documentação visada pelo sindicato e o comprovante de depósito feito na conta dos beneficiários.

[...] Art. 17. No edital de licitação e no contrato devem constar: I – os percentuais das rubricas indicadas no art. 4º desta resolução, para fins de retenção; [...] V – a indicação de que haverá retenção sobre o montante mensal do pagamento devido à empresa dos valores das rubricas previstas no art. 4º desta resolução; [...].

Verifica-se, pois, que inúmeras são as alternativas utilizadas por órgãos públicos, que já estão mais conscientes do dever que possuem de efetivamente fiscalizar as empresas terceirizadas que lhes prestam serviços, com o intuito de evitar que ocorram casos como os noticiados acima.

O que fatalmente e geralmente se constata nos processos é a verdadeira sangria nos cofres públicos, que são os reais custeadores dos contratos de trabalho dos “terceirizados” durante o vínculo e que, no rompimento, acabam também responsáveis por verbas contratuais e rescisórias inadimplidas. Há um verdadeiro “*bis in idem* de responsabilidade estatal” ocorrendo em vários contratos de terceirização pelo país.

Há muito a ser aperfeiçoado para que o seguro-garantia brasileiro possa cumprir sua missão e contribuir para o desenvolvimento econômico e social do país. O modelo vigente, não é de hoje, vem sendo colocado em xeque. Com isso, há uma notória necessidade de mudarmos o quadro atual e exigirmos do administrador público a aplicação de novas modalidades vitoriosas de seguro-garantia que efetivamente visem combater na prática a sangria desmedida dos cofres públicos.

Aliás, repisa-se, de acordo com o *caput* do art. 56 da Lei n. 8.666/1993, o Poder Público poderá – e não deverá – exigir seguro-garantia em processos licitatórios, o que abre margem a procedimentos compostos por coberturas duvidosas que, por serem mais baratas, acabam saindo caras demais ao fim e ao cabo tanto para o erário quanto para os empregados terceirizados.

É inexorável a percepção de que, além de a fiscalização dos contratos de prestação de serviços estar falhando demasiadamente ao longo dos anos, a discricionariedade na escolha da modalidade de seguro-garantia não tem sido executada a contento.

O professor livre-docente da Universidade de São Paulo, jurista e advogado, Modesto Carvalhosa (HOLIDAY, 2018), tem nos alertado que o *performance bond* é uma modalidade de seguro-garantia que protege os contratos de prestação de serviços celebrados pelo Poder Público das tratativas escusas e da famigerada corrupção, pois um terceiro (seguradora) irá fiscalizar o contrato público para não haver atraso, inclusive.

Servirá, portanto, para atualizar o rol das modalidades de seguro-garantia previstas no art. 56 da Lei n. 8.666/1993, com o fito não só de proteger o erário dos reveses da inexecução contratual mas também de diminuir brutalmente os custos da obra ou da prestação de serviços públicos.

A história norte-americana sobre o referido seguro-garantia¹¹ nos ensina que o instituto foi criado nos EUA, em fins do século XIX, especificamente para abarcar obras do governo, sendo obrigatória a sua adoção em contratos públicos por lá a partir do *Heard Act* em 1894¹², posteriormente atualizado pelo *Miller Act*, de 1935¹³. Esses instrumentos normativos alienígenas visam há décadas assegurar 100% do empreendimento, obrigando as seguradoras a terminarem a obra, sem custo adicional ao Poder Público.

A partir do regime de *performance bond* nos contratos públicos, podemos traçar ainda algumas características importantes a serem observadas por aqui, como por exemplo: I) impedir a interlocução entre o Poder Público e as empreiteiras e fornecedores; II) quebrar a corrupção sistêmica; III) garantir o preço, a qualidade e os prazos dos contratos; IV) possibilitar o retorno do investimento público: prazos rigorosamente cumpridos; e V) evitar que, de algum modo, o Estado seja executado judicialmente por conta da inadimplência de seus contratados para com terceiros.

Há também um sistema de supervisão independente: governos e agências estabelecem comissões de funcionários de outros departamentos do órgão para acompanhar a execução dos contratos, o que é determinante para a liberação das parcelas de pagamento (BARBOSA *et al.*, 2015).

11 “Breve história sobre o *performance bond*”. Disponível em: <https://surety1.com/sur/>. Acesso em: 20 jan. 2020.

12 *Heard Act* – Lei Federal americana de 1894 que autorizou o uso de título de garantia corporativa para assegurar todos os projetos financiados pelo governo federal norte-americano.

13 *Miller Act* – Lei Federal de 1935 que atualizou o *Heard Act de 1894*. Passou a exigir caução em obras públicas federais e títulos de desempenho para contratos de obras públicas superiores a US\$ 100,000, além de proteção de pagamento integral.

Nem tudo são flores, todavia; o modelo precisa passar por uma calibragem brasileira, pois, em momentos de crise financeira, o inadimplemento contratual tem origem no próprio Poder Público contratante, sem contar que os aditivos contratuais têm sido encarados como regra em vez de exceção.

Diante disso, a doutrina nos adverte que as principais causas do não pagamento de bônus por parte da seguradora, os chamados *improper payments*, são: I) os aditamentos por obra ainda não realizada; II) o pagamento por obra defeituosa ou com materiais fora da especificação; III) a celebração de aditivos contratuais; IV) a devolução antecipada de retenções contratuais; V) a extensão da obra além daquela contratada; e VI) o pagamento final da obra sem o consentimento e aprovação plena da seguradora (CARVALHOSA, 2016).

Portanto, precisa-se de muita atenção, pois as causas anteriormente enumeradas são corriqueiras no Brasil e estampadas no âmbito das ações civis públicas trabalhistas, como a n. 0011071-70.2015.5.01.0082 e a n. 0101117-78.2016.5.01.0015, ajuizadas pelo MPT¹⁴ no âmbito do TRT-1ª Região.

Com isso, há necessidade de o Poder Público adotar as melhores práticas, pois, se gerar sinistro na forma acima exemplificada, terá dificuldade de obter garantia para adimplir seus projetos.

O momento é propício à atualização do seguro-garantia nos contratos de prestação de serviços nas atividades laborais no âmbito da Administração Pública. As veias estão abertas às práticas ilícitas em razão de não termos como obrigatória a adoção do *performance bond* no Brasil ou outro seguro-garantia capaz de arrefecer tais práticas.

Não restam dúvidas de que a mudança precisa ser estrutural na interlocução entre o setor público e o privado, pois também deverão ser previstos incentivos para a contratação de seguros mais robustos. As melhores práticas internacionais dizem que um ter-

14 MPT – Ministério Público do Trabalho. Órgão especializado que atua na esfera trabalhista e que compõe o Ministério Público da União. Art. 128, I, b, da CRFB/1988.

ceiro interessado nesse caso tem diminuído a margem de erros, de custos e de saques aos cofres públicos (BARBOSA *et al.*, 2015).

Portanto, a implementação obrigatória do referido seguro-garantia no Brasil pode ser considerada um marco regulatório com vistas a alavancar uma nova cultura de gestão dos contratos de obras e serviços públicos. Garante-se, assim, uma maior transparência, conclusão dentro do prazo, maior qualidade e menor drenagem dos recursos públicos. Com isso, entendemos que a adoção obrigatória do *performance bond* é o *zeitgeist*¹⁵ da Administração Pública brasileira com a finalidade de arrefecer os anseios da desenfreada corrupção sistêmica no País e o inadimplemento das verbas laborais advindo dos contratos de terceirização de serviços no âmbito da Administração Pública.

4 Conclusão

Por todo o exposto, verifica-se que a adoção do que se denomina *performance bond* (garantia contratual de blindagem ao erário público) é tema caro às boas práticas de governança do dinheiro público no País. Além disso, poderá vir a servir de escudo contra o inadimplemento das verbas trabalhistas nos contratos de terceirização no âmbito da Administração Pública.

De fato, a parte mais fraca no pêndulo do Direito do Trabalho precisa de uma blindagem robusta a partir do instituto *performance bond*.

A temática em tela possui extrema relevância social se colocada em xeque a realidade econômica e financeira que assola o País, não só no que se refere às contas públicas dos entes federativos como também ao alto índice de desemprego, à precariedade das relações trabalhistas e à avassaladora flexibilização das leis trabalhistas.

Há premente urgência na introdução do instituto em tela como um dos mecanismos obrigatórios a reger os contratos administrativos, a fim de retirar do País a pecha de Estado de mal-estar social.

15 *Zeitgeist* – Trata-se de uma palavra de origem alemã (pronúncia: tzait. gaisst) e quer dizer espírito da época, espírito do tempo ou sinal dos tempos. É o clima intelectual e cultural do mundo numa certa época.

Precisamos que os poderes constituídos vão rumo à excelência na prestação de serviços públicos essenciais ao cidadão, bem como zelem pela boa gestão do dinheiro público em consonância com as melhores práticas internacionais em pleno emprego. Estamos cientes, acima de tudo, de que não esgotamos o tema posto aqui à reflexão.

Está na ordem do dia potencializar as práticas de anticorrupção no âmago da Administração Pública brasileira. Com isso, a adoção do instituto *performance bond* dará ênfase à transformação da realidade social no País, visando a promoção de melhores políticas públicas com vistas a atender o interesse público primário e o interesse público secundário, resultando inegáveis ganhos não só ao Estado como também aos inúmeros trabalhadores hipossuficientes espalhados por esse imenso País, de escala continental.

De fato, estamos atrasados e com pressa.

Referências

ALVES, Vagner Gomes. A judicialização da terceirização das atividades laborais e o ativismo judicial no Brasil contemporâneo. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 54, p. 97-102, jul./dez. 2013.

AMORIM, Hélder Santos. *A terceirização no serviço público: uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional*. São Paulo: LTr, 2009.

BARBOSA, Flávia *et al.* Nos Estados Unidos, supervisão de obras é feita dentro e fora do governo. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/infraestrutura/nos-estados-unidos-supervisao-de-obras-feita-dentro-fora-do-governo-16152652>. Acesso em: 27 jan. 2020.

BARREIRA, Gabriel. Sérgio Cabral admite “taxa de oxigênio” em obras e diz que valor podia superar 1%. *G1*, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/>

noticia/2019/08/27/sergio-cabral-admite-existencia-de-taxa-de-oxigenio-e-diz-que-valor-podia-superar-1percent-do-valor-das-obras.ghhtml. Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 98, de 10 de novembro de 2009*. Dispõe as provisões de encargos trabalhistas a serem pagos pelos Tribunais às empresas contratadas para prestar serviços de forma contínua no âmbito do Poder Judiciário. Brasília: CNJ, 2009. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_98_10112009_10102012193007.pdf. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 183, de 24 de outubro de 2013*. Altera dispositivos da Resolução CNJ n. 169, de 31 de janeiro de 2013. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_183_24102013_25102013130218.pdf. Acesso em: 10 de nov. 2019.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Instrução Normativa n. 2, de 30 de abril de 2008* (Revogada pela I. N. n. 5, de 26 de maio de 2017). Dispõe sobre regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não. Brasília: MPOG, 2008. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/417-instrucao-normativa-n-02-de-30-de-abril-de-2008>. Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Instrução Normativa n. 3, de 15 outubro de 2009*. Altera a Instrução Normativa n. 2, de 30 de abril de 2008. Brasília: MPOG, 2009. Disponível em: <https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/revogadas/instrucoes-normativas/410-instrucao-normativa-n-03-de-15-outubro-de-2009>. Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 274/2016*. Dispõe sobre o seguro-garantia de execução de contrato na modalidade segurado setor público, determinando sua obrigatoriedade

em todos os contratos públicos de obras e de fornecimento de bens ou de serviços, de valor igual ou superior a R\$ 10.000.000,00, alterando a Lei n. 8.666/1993 para estabelecer o limite de cobertura do seguro-garantia em 100% do valor do contrato, além de prever outras providências. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126365>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Superintendência de Seguros Privados. *Circular SUSEP n. 477/2013*. Dispõe sobre o Seguro-garantia, divulga condições padronizadas e dá outras providências. Rio de Janeiro: SUSEP, 2013. Disponível em: <http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=31460>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16*. Responsabilidade contratual. Subsidiária. Contrato com a Administração Pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal n. 8.666/93. Relator: Min. Cezar Peluso, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 760.931*. Acórdão Repercussão Geral. Tema 246. Ementa: Administrativo. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas em face do inadimplemento de empresa prestadora de serviço. Exame de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Existência de repercussão geral. Relatora: Min. Rosa Weber, 26 de abril de 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4434203>. Acesso em: 31 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Ação Civil Pública n. 0101117-78.2016.5.01.0015*. Disponível em: <https://consultapje.trt1.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/01011177820165010015>. Acesso em: 27 jan. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Ação Civil Pública n. 0011071-70.2015.5.01.0082*. Disponível em: <https://consultapje.trt1.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00110717020155010082>. Acesso em: 27 jan. 2020.

CARVALHOSA, Modesto. Combate efetivo à corrupção depende da quebra do capitalismo de laços. *Consultor Jurídico*, [Online], 14 jun. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jun-14/modesto-carvalhosa-combate-corrupcao-ataca-capitalismo-lacos>. Acesso em: 9 nov. 2019.

HOLIDAY entrevista Modesto Carvalhosa – seguro anti-corrupção. Publicado pelo canal MBL – Movimento Brasil Livre. [S. l.: s. n.], 2018. 1 vídeo (11 min.). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7Z6Ouza4fgU&t=15s>. Acesso em: 9 nov. 2019.

ICJBRASIL 2017: Confiança da população nas instituições cai. *FGV*, [Online], 24 out. 2017. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/icjbrasil-2017-confianca-populacao-instituicoes-cai>. Acesso em: 9 nov. 2019.

LAMACHIA, Claudio; PETRARCA, Carolina (org.). MELO, Izabela Frota; CODIGNOTO, Roberta (coord.). *Compliance: essência e efetividade*. Brasília: OAB; Conselho Federal, 2018. Disponível em: <https://www.oab.org.br/publicacoes/download?LivreId=0000008983>. Acesso em: 9 nov. 2019.

MARCONDES, João Cláudio Monteiro. *Performance bond e os contratos de obras públicas*. *Jota.Info*, São Paulo, 19 abr. 2016. Disponível

em: <https://www.jota.info/opiniaoe-analise/artigos/performance-bond-e-os-contratos-de-obras-publicas-uma-solucao-para-um-antigo-problema-19042016>. Acesso em: 31 ago. 2019.

MIRANDA, Eduardo. Witzel decide “aterrar” obras do metrô e desperdiça R\$ 900 mi dos cofres públicos. *Brasil de Fato*, Rio de Janeiro, 10 set. 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2019/09/10/witzel-decide-aterrar-obras-do-metro-e-desperdica-rdollar900-milhoes-dos-cofres-publicos/>. Acesso em: 9 nov. 2019.

OLIVEIRA, André de. Os atrasos e contradições da Linha 4-Amarela, primeira PPP do metrô. *El País*, São Paulo, 14 mar. 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/30/politica/1485802821_227320.html. Acesso em: 9 nov. 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Carta aberta aos “terceirizados” e à comunidade jurídica. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 1, n. 10, p. 53-73, ago. 2012. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=10&edicao=1476#page/3>. Acesso em: fev. 2020.

TOLEDO, Letícia. A pior crise da história. *Exame*, São Paulo, 6 mar. 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/economia/a-pior-crise-da-historia/>. Acesso em: 9 de nov. 2019.

VILLELA, Flávia. UERJ suspende as aulas devido à paralisação de serviços terceirizados. *Agência Brasil*, Rio de Janeiro, 23 nov. 2015. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-11/uerj-interrompe-aulas-ate-dezembro-por-paralisacao-de-servicos-terceirizados>. Acesso em: 9 nov. 2019.

WERNECK, Antônio; MAGALHÃES, Luiz Ernesto; NASCIMENTO, Rafael (colab.). Com dívida de R\$ 7,5 milhões, UERJ suspende

aulas por uma semana. *O Globo*, Rio de Janeiro, 23 nov. 2015. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/com-divida-de-75-milhoes-uerj-suspende-aulas-por-uma-semana-18121224>. Acesso em: 9 nov. 2019.

ZEITGEIST. *In: Significado de Zeitgeist*. Disponível em: <https://www.significados.com.br/zeitgeist/>. Acesso em: 31 ago. 2019.

Direito subjetivo à nomeação: evolução jurisprudencial e a importância do princípio da proteção à confiança para o seu reconhecimento

Rafaela Neiva Fernandes

Analista do MPU/Direito. Especialista em Direito Aplicado ao MPU pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Resumo: O presente estudo objetiva apresentar as hipóteses em que se reconhece o direito subjetivo à nomeação de candidato aprovado em concurso público. Como não há disciplina constitucional e legal específica sobre o assunto, a identificação das hipóteses vem sendo feita ao longo dos anos pelos tribunais superiores brasileiros. Este artigo analisa a evolução jurisprudencial desde os primeiros julgados a respeito do tema até os dias atuais, com ênfase na necessidade de tutela da confiança do cidadão, que cria expectativas legítimas baseadas no edital de concurso público e no corolário dever da Administração Pública de agir com boa-fé, nomeando os aprovados. Conclui-se pela importância do princípio da proteção à confiança para o reconhecimento do direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público.

Palavras-chave: Direito subjetivo à nomeação. Princípio da proteção à confiança. Administração Pública. Candidato. Edital. Jurisprudência.

Abstract: This article presents the assumptions which recognize the subjective right of nomination of the candidate approved in a public contest. As there is no specific constitutional and legal discipline on the subject, identification of assumptions has been made over the years by the Brazilian Superior Courts. This article makes an analysis of the evolution of case law from the first trial on the issue until today, emphasizing the need for protection of citizen's trust, considering that the candidate creates legitimate expectations based on the proclamation, and the corollary obligation of Public

Administration to act in good faith, naming approved. The results confirmed the importance of the principle of protection of confidence for the recognition of the subjective right of nomination.

Keywords: Subjective right of nomination. Principle of protection of confidence. Public Administration. Candidate. Proclamation. Jurisprudence.

Sumário: 1 Introdução. 2 Considerações gerais sobre o concurso público. 3 Princípio da proteção à confiança. 4 Direito subjetivo à nomeação. 4.1 Direito subjetivo à nomeação antes da Constituição da República de 1988. 4.2 Direito subjetivo à nomeação depois da Constituição da República de 1988. 5 Conclusão.

1 Introdução

A Constituição da República de 1988, que reconhece o Estado Democrático de Direito brasileiro, conferiu importante papel ao princípio da isonomia, tanto na esfera pública quanto na esfera privada (DI PIETRO, 2014, p. 607). No Direito Administrativo, a isonomia se manifesta em diversas normas, sendo uma delas é exigência constitucional do concurso público para o ingresso em cargos e empregos públicos, prevista no art. 37, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), que determina expressamente que “*a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos*”.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 634), o concurso possui três postulados fundamentais: princípio da igualdade (isonomia), princípio da moralidade administrativa e princípio da competição. O princípio da isonomia garante que todos os candidatos disputem em igualdade de condições, devendo ser as mesmas regras para todos, contidas no edital e na legislação de regência. Ressalvam-se, obviamente, as regras diferenciadoras para os candidatos com deficiência, os que necessitam de algum tipo de atendimento especial e os que estão abrangidos pelo sistema de cotas. As exceções, contudo, apenas confirmam a regra, pois, como se sabe, o princípio da isonomia significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

O princípio da moralidade administrativa no concurso público, por sua vez, objetiva evitar que haja qualquer tipo de favorecimento ou perseguição ao candidato, bem como vedar a prática do nepotismo, vedação esta que, inclusive, está contida na Súmula Vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal (STF)¹.

Por fim, pelo princípio da competição, os candidatos disputam entre si a classificação no certame que lhes garanta uma vaga no quadro de pessoal da Administração Pública.

O concurso público é o procedimento realizado pela Administração Pública para a escolha do melhor candidato apto a ocupar cargo ou emprego público no âmbito de determinado órgão ou entidade. A busca por um cargo ou emprego público vem crescendo vertiginosamente, especialmente em razão da crise econômica e do alto índice de desemprego na iniciativa privada, o que tem feito os concursos públicos se tornarem cada vez mais disputados. Para conquistar a almejada aprovação, o candidato se dedica intensamente aos estudos e abdica de boa parte de seu tempo de descanso e de lazer. Depois de aprovado, contudo, não raras vezes depara com a ausência de nomeação, que gera frustração e sensação de tempo perdido, de esforço não recompensado.

A discussão sobre a existência ou não de direito à nomeação é antiga e tem passado por constante aprimoramento ao longo dos anos. No período anterior à vigência da Constituição da República de 1988, predominava o entendimento de que o candidato aprovado em concurso público possuía mera expectativa de direito à nomeação. A promulgação da nova Constituição abriu caminho para o surgimento e crescimento, tanto no campo doutrinário quanto jurisprudencial, da posição contrária, isto é, a de que o candi-

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 13*: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=13.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 10 jan. 2019.

dato aprovado possui direito subjetivo à nomeação em determinadas hipóteses. Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 615):

Durante muito tempo a jurisprudência adotou, predominantemente, o entendimento de que “não há direito adquirido à nomeação de candidato aprovado em concurso público”. Esse entendimento vem sendo, em boa hora, relativizado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. Se o Poder Público realiza o concurso, que é um procedimento oneroso, é porque necessita de pessoal para preenchimento dos cargos vagos. Não tem sentido e contraria o princípio da razoabilidade o Poder Público deixar de nomear os candidatos aprovados em consonância com o edital. Menos justificável ainda é a hipótese cogitada no inciso IV do artigo 37 da Constituição, em que a Administração Pública inicia outro concurso público quando existem candidatos habilitados em concurso anterior.

A mudança de entendimento explicitou-se no reconhecimento paulatino de hipóteses de direito subjetivo à nomeação, que foram sendo ampliadas pouco a pouco, até se chegar ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial atual.

O objetivo deste artigo é analisar a mudança no posicionamento e a evolução jurisprudencial a respeito do tema após a promulgação da CRFB/1988 e a consolidação do Estado de Direito no Brasil, com destaque para a importância do princípio da segurança jurídica, na vertente da proteção à confiança, para a consolidação dessa mudança.

Inicialmente, são apresentados aspectos gerais do concurso público. Na sequência, trata-se do princípio da proteção à confiança, com considerações acerca de seu surgimento e aplicação no Direito Administrativo. Posteriormente, realiza-se exame minucioso da jurisprudência dos tribunais superiores, no que diz respeito ao direito subjetivo à nomeação, antes e depois da promulgação da CRFB/1988, com enfoque na tutela da confiança. O método de trabalho adotado foi, especialmente, a análise jurisprudencial, complementada pelo estudo da doutrina.

2 Considerações gerais sobre o concurso público

A regra do concurso público está expressamente prevista no art. 37, II, da CRFB/1988, acima transcrito, sendo a aprovação

em concurso público, portanto, requisito obrigatório para a investidura em cargo ou emprego público, à exceção das hipóteses que serão oportunamente mencionadas.

O jurista José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 632) apresenta o seguinte conceito de concurso público:

Concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.

O concurso público é, portanto, a forma que a Administração Pública utiliza para recrutar os servidores e empregados públicos que irão compor o seu quadro de pessoal. Trata-se de forma isonômica de recrutamento, pois permite a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos exigidos para o cargo ou emprego público.

Por isso, ainda que possa conter falhas, é a melhor forma até hoje encontrada para selecionar candidatos que desejam trabalhar na Administração Pública, uma vez que utiliza o sistema do mérito para escolher os candidatos mais bem preparados, em igualdade de condições na disputa, evitando favoritismos ou apadrinhamentos. Para Diogenes Gasparini (2007 *apud* CARVALHO, 2010), o concurso público seria a melhor forma de seleção de pessoal se comparado a outras formas já utilizadas ao longo da história,

na medida em que não constitui um sistema meramente aleatório como o sorteio; não trata o cargo público como objeto mercantil ou de sucessão hereditária, como o arrendamento, a compra e venda e a herança; não adota como critério de escolha do agente público a valoração puramente discricionária e de natureza eminentemente político-econômica, como a livre nomeação e a eleição. (GASPARINI, 2007, p. 6 *apud* CARVALHO, 2010, p. 112).

Ressalta-se, na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 610), que a expressão “concurso público”, contida no dispositivo cons-

titucional, significa que o procedimento do concurso possui abrangência em relação a todos os eventuais interessados, não mais se admitindo os chamados concursos internos, muito comuns antigamente, nos quais somente concorriam candidatos já pertencentes ao quadro de pessoal da Administração Pública. Atualmente, portanto, são vedados institutos como a transposição (ou ascensão), a transferência e a readmissão. Se o servidor é ocupante de determinada carreira do serviço público, não pode ser transferido para carreira diversa sem que tenha sido aprovado no concurso da nova carreira almejada. Nesse sentido, o enunciado de Súmula n. 685² do STF:

é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

O Supremo Tribunal Federal vem entendendo não ser possível restringir injustificadamente a participação de candidato em concurso público, a exemplo das súmulas 684³ e 686⁴, que determinam, respectivamente, que “é inconstitucional o veto não motivado à participação de candidato a concurso público” e que “só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público”.

Enfim, o recrutamento de servidores para trabalhar na Administração Pública deve ser feito, em regra, por meio de concurso público, excetuados os casos previstos na própria CRFB/1988: funções de confiança (embora não haja concurso para as funções de confiança

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 685*. Diário de Justiça, Brasília, 9 out. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=685.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 10 jan. 2019.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 684*. Diário de Justiça, Brasília, 9 out. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=684.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 10 jan. 2019.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 686*. Diário de Justiça, Brasília, 9 out. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=686.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 10 jan. 2019.

em si, elas só podem ser preenchidas por ocupantes de cargo efetivo, e que, portanto, prestaram concurso para o cargo) e cargos em comissão (art. 37, II e V), contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX), nomeação de membros dos tribunais (arts. 73, § 2º, 94, 101, 104, parágrafo único, II, 107, 111-A, 115, I, 119, II, 120, III, e 123) e aproveitamento no serviço público de ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial (art. 53, I, do ADCT) (CARVALHO FILHO, 2014, p. 638).

Os cargos em comissão, embora sejam de livre nomeação e exoneração, devem ser preenchidos, em parte, por servidores de carreira, em um percentual mínimo previsto em lei (art. 37, V, CRFB/1988).

O prazo de validade do concurso público é de até dois anos, prorrogável uma vez por igual período, nos termos do art. 37, III, da CRFB/1988. A expressão “igual período” significa que a prorrogação, caso ocorra, deve ser equivalente ao período inicialmente previsto para a validade do concurso, ou seja, se a validade do concurso é de um ano, ele pode ser prorrogado uma única vez por mais um ano; se é de dois anos, pode ser prorrogado uma única vez por dois anos, por exemplo.

A Administração não é obrigada a prorrogar o concurso, mas, caso queira, deve fazê-lo antes do vencimento do prazo de validade. A prorrogação realizada posteriormente é ilegal, devendo ser desfeita. O fim do prazo de validade gera a caducidade do concurso.

Dentro do prazo de validade, o candidato aprovado possui prioridade na convocação em relação a novos concursados, aprovados em concurso realizado posteriormente. É o que determina o art. 37, IV, da CRFB/1988: durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira.

Salienta-se que o direito de preferência somente abrange o candidato efetivamente aprovado no certame, ou seja, aquele que foi aprovado em todas as fases. Se o candidato foi aprovado em uma fase do concurso, mas não passou para a etapa subsequente, porque

estava fora do número de classificados que passariam para a fase posterior, não possui direito a precedência na convocação. Nesse sentido, o julgamento proferido pelo STF no RMS 23.547/DF⁵.

Em suma, nada impede que, durante o prazo de validade de um concurso público, outro seja realizado, com posterior aprovação dos respectivos candidatos. Contudo, o que não se permite é que os candidatos aprovados nesse segundo concurso sejam convocados com precedência em relação aos candidatos aprovados no primeiro concurso durante o prazo de validade dele, tema que será aprofundado adiante, quando se fizer referência ao direito à nomeação em casos de preterição na ordem de classificação.

3 Princípio da proteção à confiança

A nomeação de candidato aprovado em concurso público deve estar em consonância com o postulado da segurança jurídica. Não é possível conceber a existência de um Estado de Direito sem o corolário da segurança jurídica, sendo esta um subprincípio daquele.

O princípio da segurança jurídica possui hierarquia constitucional no ordenamento jurídico brasileiro e se divide em dois aspectos, o objetivo e o subjetivo. No aspecto objetivo, a segurança jurídica é revelada nos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, expressamente previstos no art. 5º, XXXVI, da CRFB/1988: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. O aspecto subjetivo, por sua vez, materializa-se no princípio da proteção à confiança, que tutela a fidúcia que o cidadão deposita na atuação estatal.

Proteger a confiança que o particular, de boa-fé, colocou na atuação estatal é uma forma de equilibrar os poderes da Administração

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso de Mandado de Segurança 23.547/DF*. Relator: Min. Maurício Corrêa. Diário de Justiça, Brasília, 5 dez. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116020>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Pública com os direitos individuais dos cidadãos e de garantir maior segurança e estabilidade às relações jurídicas travadas com o Poder Público.

Almiro do Couto e Silva (2005, p. 7-8), em obra precursora sobre a proteção à confiança no Brasil, explicita a origem desse princípio, que surgiu na Alemanha, por construção da jurisprudência. Consolidou-se a partir da segunda metade do século XX, principalmente após decisão judicial proferida pelo Superior Tribunal Administrativo de Berlim, em 14 de novembro 1956. O caso se referia à viúva de um funcionário público, que mudou seu endereço de Berlim Oriental para Berlim Ocidental sob a promessa estatal de recebimento de pensão. A viúva recebeu o benefício por um ano, período após o qual a pensão foi cortada por motivo de ilegalidade na sua concessão. O Superior Tribunal Administrativo de Berlim entendeu que, embora houvesse ilegalidade na concessão do benefício, no caso deveria prevalecer a proteção da confiança em detrimento da legalidade. A decisão foi mantida pelo Tribunal Administrativo Federal em acórdão datado de 15 de outubro de 1957. As duas decisões abriram caminho para que diversas outras fossem proferidas no mesmo sentido.

Posteriormente, a Lei de Processo Administrativo alemã, editada em 1976, previu a aplicação do princípio da proteção à confiança. Ainda na década de 1970, o Tribunal Federal Constitucional alemão reconheceu o valor constitucional do princípio.

Paralelamente, entre 1957 e 1978, o princípio ganhou forma e se consolidou na União Europeia, onde é conhecido como princípio da proteção à confiança legítima, passando a fundamentar decisões da Corte de Justiça das Comunidades Europeias como “regra superior de Direito” e “princípio fundamental do direito comunitário” (CALMES, 2001, p. 24 *apud* SILVA, 2005, p. 7-8).

No Brasil, Almiro do Couto e Silva (2005, p. 14-15) aponta três importantes decisões do Supremo Tribunal Federal, que seriam “as primeiras da nossa mais alta Corte de Justiça a reconhecer a segurança jurídica, entendida como proteção à confiança, como princípio constitucional”. Trata-se dos acórdãos Pet 2.900 QO/

RS⁶, MS 24.268/MG⁷ e MS 22.357/DF⁸, todos de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Por sua vez, no tocante à previsão legal do princípio da proteção à confiança no direito pátrio, pode-se afirmar que as leis n. 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal), n. 9.868/1999 (Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade) e n. 9.882/1999 (Lei da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental), embora não tenham feito referência explícita à proteção da confiança, utilizaram o vocábulo “segurança jurídica” na acepção subjetiva do princípio. É dizer, referiram-se à segurança jurídica na vertente da proteção da confiança.

Além disso, o novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em março de 2016, ao tratar das disposições gerais acerca dos processos nos tribunais, menciona expressamente o princípio no § 4º do art. 927:

§ 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. (Grifo nosso).

-
- 6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Questão de Ordem na Petição 2.900/RS*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça, Brasília, 1 ago. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86525>. Acesso em: 10 jan. 2019.
 - 7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 24.268/MG*. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça, Brasília, 17 set. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>. Acesso em: 10 jan. 2019.
 - 8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 22.357/DF*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça, Brasília, 5 nov. 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85726>. Acesso em: 10 jan. 2019.

A previsão é bastante significativa e demonstra a expressividade que a tutela da confiança vem ganhando no ordenamento jurídico brasileiro.

Referido princípio tutela, portanto, a confiança legítima depositada pelo cidadão na atuação da Administração Pública, a qual deve ser apta a gerar sensação de estabilidade jurídica, deve ser protegida em face de mudanças abusivas no agir estatal.

No campo dos concursos públicos, o princípio vem sendo aplicado para garantir o direito à nomeação de candidatos aprovados, que acreditaram na postura da Administração ao lançar edital, demonstrando a necessidade de preencher cargos vagos em seu quadro de pessoal, além de se comportarem conforme essa crença, dedicando-se arduamente aos estudos. Tutela-se a expectativa legítima dessas pessoas, não podendo o ente público, injustificadamente, esquivar-se de nomear os aprovados.

4 Direito subjetivo à nomeação

Como explicitado alhures, o concurso público é o procedimento realizado para a seleção das pessoas que comporão o quadro de pessoal da Administração, ocupando cargos e empregos públicos. Ao final do procedimento, divulga-se a lista dos aprovados, que podem ser nomeados desde a homologação do certame até o fim do seu prazo de validade.

Surge, nesse contexto, o questionamento acerca da existência, ou não, de um direito à nomeação do candidato aprovado, especialmente considerando a fidúcia do particular na atuação administrativa e o corolário dever de boa-fé do ente público. A matéria foi alvo de muita discussão ao longo dos anos, a ponto de a jurisprudência dos tribunais superiores, a qual inicialmente não admitia a existência de um direito subjetivo à nomeação, mas tão somente de uma expectativa de direito, ir evoluindo, para, hoje, reconhecer a sua existência em algumas hipóteses.

4.1 Direito subjetivo à nomeação antes da Constituição da República de 1988

O entendimento clássico predominante nessa matéria, antes da promulgação da Constituição da República de 1988, era o de que o candidato aprovado em concurso público possuía mera expectativa de direito, tendo a Administração Pública discricionariedade para decidir quanto à sua nomeação. Citam-se, como exemplos, os seguintes julgados do STF: RMS 4.643⁹, MS 18.571¹⁰ e RE 116.044-6¹¹. Da última decisão mencionada, destaca-se o seguinte excerto da ementa:

Concurso público. A aprovação em concurso não gera direito absoluto à nomeação, constituindo mera expectativa de direito. *In casu*, não demonstraram os impetrantes do mandado de segurança que até o dia final da validade do concurso (quatro anos) tenha ocorrido o preenchimento de vagas sem observância da classificação dos candidatos aprovados. Assim sendo, aplica-se a regra de § 3º, do art. 97, da Constituição da República.

Nesse mesmo sentido também se posicionava a doutrina, a exemplo de Hely Lopes Meirelles (1966, p. 365):

Ainda mesmo a aprovação no concurso não gera direito absoluto à nomeação, pois que continua o aprovado com simples expectativa de direito à investidura no cargo disputado.

Vencido o concurso, o primeiro colocado adquire direito subjetivo à nomeação com preferência sobre qualquer outro, desde que

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Mandado de Segurança 4643/SP*. Relator: Min. Henrique d'Ávila, Tribunal Pleno. Diário de Justiça, Brasília, 22 out. 1959. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=105332>. Acesso em: 10 jan. 2019.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 18.571/DF*. Relator: Min. Adalício Nogueira, Tribunal Pleno. Diário de Justiça, Brasília, 9 maio 1969. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=84595>. Acesso em: 10 jan. 2019.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário 116.044-6/AM*. Relator: Min. Djaci Falcão. Diário de Justiça, Brasília, 9 dez. 1988. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=206085>. Acesso em: 10 jan. 2019.

a Administração se disponha a prover o cargo, mas a conveniência e oportunidade do provimento ficam à inteira discricção do Poder Público. O que não se admite é a nomeação de outro candidato, que não o vencedor do concurso.

Apenas se admitia, então, o direito à nomeação em caso de preterição na ordem de classificação.

Ilustrativa de tal entendimento é a lição de Francisco Mauro Dias e Theophilo Antonio Miguel Filho que, embora tenha sido publicada no ano de 2002 – após a CRFB/1988, portanto –, reflete o posicionamento clássico a respeito da matéria:

Tanto aos aprovados classificados quanto aos aprovados não classificados reconhece-se direito subjetivo tão-somente à estrita observância da ordem classificatória para que se proceda à nomeação, porque a este direito corresponde o dever jurídico da Administração Pública em manter imaculado o Princípio Constitucional da Impessoalidade e Moralidade, insculpidos no *caput* do artigo 37 da Carta Magna.

Possuem mera expectativa de direito à nomeação, segundo a análise meritória da conveniência e oportunidade da prática do ato. Lesão apta a ensejar tutela jurisdicional só surgirá se e quando for inobservada a ordem de classificação. (DIAS; MIGUEL FILHO, 2002, p. 180-181).

O raciocínio que subjaz a essa linha interpretativa é o de que, quando a Administração preenche o cargo em desrespeito à ordem de classificação, seja porque nomeia candidato aprovado em posição inferior, seja porque o preenche com indivíduo não aprovado em concurso, seja porque nomeia candidato aprovado em concurso posterior, durante o prazo de validade de certame anterior, surge para o candidato aprovado o direito a ser nomeado. Ao preterir o candidato, a Administração demonstra publicamente a necessidade de ocupar o cargo vago, o que faz desaparecer sua margem de conveniência e oportunidade, e surgir, paralelamente, o direito à nomeação do candidato preterido.

Segundo esse entendimento, em relação à nomeação de candidatos de concurso posterior, nota-se que os candidatos aprovados

no primeiro certame possuem precedência não só em relação às vagas ofertadas no edital, mas também em relação às demais vagas que surgirem durante o prazo de validade do concurso. Na hipótese, o direito decorre diretamente do art. 37, IV, da CRFB/1988, que assim dispõe:

durante o prazo improrrogável previsto no edital de convocação, aquele aprovado em concurso público de provas ou de provas e títulos será convocado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo ou emprego, na carreira.

Além da previsão constitucional, o reconhecimento do direito à nomeação em caso de preterição foi sedimentado no enunciado n. 15 da Súmula do STF¹², aprovada em 13 de dezembro de 1963: “Dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito a nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

Contudo, não ocorre preterição caso a nomeação do candidato seja feita por determinação judicial, conforme decidiu o STF em julgados posteriores à Constituição da República de 1988: Ag. Rg. no AI 373.054-8¹³, RMS 23.227¹⁴ e RMS 23.056¹⁵.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 15*. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=15.NUME.%20NAO%20FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 10 jan. 2019.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 373.054-8/SP*. Relator: Min. Ellen Gracie. Diário de Justiça, Brasília, 27 set. 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=305657>. Acesso em: 10 jan. 2019.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 23.227/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Diário de Justiça, Brasília, 18 jun. 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115961>. Acesso em: 10 jan. 2019.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 23.056/DF*. Relator: Min. Ilmar Galvão. Diário de Justiça, Brasília, 12 mar. 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=115932>. Acesso em: 10 jan. 2019.

É possível encontrar acórdãos isolados, anteriores à CRFB/1988, no sentido de que também haveria direito subjetivo à nomeação quando lei ou regulamento previssem tal direito, inclusive com prazo para provimento. É o caso do julgamento pelo STF dos Embargos à Apelação Cível n. 7.387¹⁶, de relatoria do ministro Orozimbo Nonato:

Exausto o prazo de validade do concurso, não pode o concorrente alegar direito adquirido ao fito de reclamar a nomeação, pois que apenas lhe assiste, no caso, uma *spes iuri*, ainda na fórmula da antiga Introdução do Código Civil, *a não ser que aquele direito encontre nascente em texto de lei* ou no caso de preterição ilegal, quando, no prazo de validade do concurso, ocorre nomeação indébita. (Grifo nosso).

No mesmo sentido, o julgamento do RE 64.798¹⁷:

A discricção do Poder Executivo no prover dos cargos administrativos existe, salvo quando a lei ou regulamento marcam prazo para o provimento. Direito líquido e certo à nomeação.

No entanto, anos mais tarde, já na vigência da CRFB/1988, o STF proferiu decisão no sentido de ser inconstitucional dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que criava direito à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas e fixava prazo de cento e oitenta dias para a nomeação. Entendeu a Suprema Corte que a previsão contrariava o princípio da separação dos poderes e o art. 61, § 1º, II, c, da CRFB/1988, que prevê a iniciativa privativa do presidente da República para leis que disponham sobre o provimento de cargos dos servidores

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos à Apelação Cível 7.387/PE*. Relator: Min. Orozimbo Nonato, Tribunal Pleno. Diário de Justiça, Brasília, 7 nov. 1944. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=31037>. Acesso em: 10 jan. 2019.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (3. Turma). *Recurso Extraordinário 64.798/GO*. Relator: Min. Gonçalves de Oliveira. Diário de Justiça, Brasília, 23 ago. 1968. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=161579>. Acesso em: 10 jan. 2019.

públicos. O entendimento foi externado nos seguintes julgamentos: RE 229.450¹⁸, RE 191.089¹⁹ e ADI 2.931²⁰. Transcreve-se, por ora, excerto da ementa do RE 191.089:

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 229.450, Relator Ministro Maurício Corrêa, por maioria, declarou a inconstitucionalidade do art. 77, VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que cria direito à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público, dentro do número de vagas do edital do certame, e impõe a nomeação no prazo de cento e oitenta dias, por inobservância do princípio da reserva da iniciativa legislativa ao Chefe do Poder Executivo (CF, art. 61, § 1º, II, c). Recursos conhecidos e providos.

4.2 Direito subjetivo à nomeação depois da Constituição da República de 1988

Com o advento da Constituição de 1988, doutrina e jurisprudência passaram paulatinamente a reconhecer o direito subjetivo à nomeação do candidato.

A consolidação do Estado Democrático de Direito e do postulado da segurança jurídica exigia a mudança de posicionamento; afinal, quando a Administração organiza um concurso público, faz surgir no candidato interessado em participar do certame a confiança de que aquele ente, órgão ou entidade pública necessita de servidores para compor o seu quadro de pessoal.

Diante disso, o candidato se prepara, reúne esforços e se dedica aos estudos até alcançar a aprovação almejada. Não é razoável, e gera inse-

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 229.450/RJ*. Relator: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno. Diário de Justiça, Brasília, 30 ago. 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=252992>. Acesso em: 10 jan. 2019.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário 191.089/RJ*. Relator: Min. Ilmar Galvão. Diário de Justiça, Brasília, 28 abr. 2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=231990>. Acesso em: 10 jan. 2019.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.931*. Relator: Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno. Diário de Justiça, Brasília, 29 set. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266957>. Acesso em: 10 jan. 2019. O julgamento dessa ADI será abordado em momento posterior.

gurança jurídica, imaginar que, ao final do concurso, a Administração Pública não nomeie nenhum dos candidatos aprovados. Até porque, além do empenho dedicado pelo candidato, o Poder Público despendeu recursos financeiros e mão de obra para a realização do certame e não faria sentido todo esse gasto se não tivesse a intenção de nomear os aprovados, o que feriria, claramente, o princípio da eficiência, entre outros princípios.

A nova ordem constitucional gerou reflexos nos tribunais superiores. Na década de 1990, ainda se encontravam muitas decisões reafirmando o entendimento jurisprudencial clássico, a exemplo dos seguintes acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, tribunal criado pela CRFB/1988: RMS 1.174/SP²¹, RMS 4.125/SP²², RMS 1.854/RS²³, REsp 93.428/BA²⁴, RMS 10.009/MG²⁵ e RMS 9.635/RJ²⁶. Cita-se a ementa do acórdão proferido no RMS 1.174:

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 1.174/SP*. Relator: Min. José de Jesus Filho. Diário de Justiça, Brasília, 25 maio 1992. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199100144568&dt_publicacao=25-05-1992&cod_tipo_documento=. Acesso em: 10 jan. 2019.

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 4.125/SP*. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Diário de Justiça, Brasília, 31 out. 1994. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400051980&dt_publicacao=31-10-1994&cod_tipo_documento=. Acesso em: 10 jan. 2019.

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 1.854/RS*. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Diário de Justiça, Brasília, 19 dez. 1994. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200161979&dt_publicacao=19-12-1994&cod_tipo_documento=. Acesso em: 10 jan. 2019.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso Especial 93.428/BA*. Relator: Min. Vicente Leal. Diário de Justiça, Brasília, 21 out. 1996. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600231745&dt_publicacao=21-10-1996&cod_tipo_documento=. Acesso em: 10 jan. 2019.

25 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 10.009/MG*. Relator: Min. Vicente Leal. Diário de Justiça, Brasília, 9 nov. 1998. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800555560&dt_publicacao=09-11-1998&cod_tipo_documento=. Acesso em: 10 jan. 2019.

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 9.635/RJ*. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Diário de Justiça, Brasília, 29 mar. 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/>

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. A aprovação e classificação em concurso público confere ao candidato apenas expectativa de direito à nomeação. Recurso desprovido.

No entanto, com o passar do tempo, o STJ passou a proferir decisões reconhecendo o direito à nomeação de candidatos, a exemplo das seguintes: RMS 15.034/RS²⁷, RMS 15.945/MG²⁸, RMS 26.507/RJ²⁹, RMS 27.311/AM³⁰ e Ag. R.g. no RMS 30.308/MS³¹. Todos esses julgados reconhecem o direito à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital.

Transcreve-se trecho da ementa do RMS 27.311/AM, que destaca a ocorrência de lesão ao princípio da segurança jurídica

mediado/?num_registro=199800248404&dt_publicacao=29-03-1999&cod_tipo_documento=. Acesso em: 10 jan. 2019.

- 27 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 15.034/RS*. Relator: Min. Felix Fischer. Diário de Justiça, Brasília, 29 mar. 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=456412&num_registro=200200755227&data=20040329&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.
- 28 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 15.945/MG*. Relator: Min. Paulo Medina. Diário de Justiça, Brasília, 20 fev. 2006. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=553583&num_registro=200300285333&data=20060220&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.
- 29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 26.507/RJ*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 20 out. 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=819590&num_registro=200800529911&data=20081020&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.
- 30 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 27.311/AM*. Relator: Min. Jorge Mussi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília 8 set. 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=899689&num_registro=200801519642&data=20090908&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.
- 31 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 30.308/MS*. Relator: Min. Felix Fischer. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 15 mar. 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=945877&num_registro=200901651533&data=20100315&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

na hipótese em que a Administração deixa transcorrer o prazo de validade do concurso sem proceder à nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas:

1. A classificação de candidato dentro do número de vagas ofertadas pela Administração gera não a mera expectativa, mas o direito subjetivo à nomeação. [...]. 3. *A manutenção da postura de deixar transcorrer o prazo sem proceder ao provimento dos cargos efetivos existentes por aqueles legalmente habilitados em concurso público importaria em lesão aos princípios da boa-fé administrativa, da razoabilidade, da lealdade, da isonomia e da segurança jurídica, os quais cumpre ao Poder Público observar.* (Grifo nosso).

O STJ passou também a proferir decisões no sentido de reconhecer o direito à nomeação nos casos em que a Administração promove contratação precária de pessoal para exercer as atividades próprias do cargo para o qual existem aprovados em concurso público. Tomem-se, como exemplos, as seguintes decisões: RMS 16.489/PR³², RMS 18.338/MS³³, RMS 13.719/TO³⁴, REsp 237.712/RS³⁵ e REsp 154.584/RN³⁶.

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 16.489/PR*. Relator: Min. Og Fernandes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 nov. 2008. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=833076&num_registro=200300935141&data=20081110&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 18.338/MS*. Relator: Min. Felix Fischer. Diário de Justiça, Brasília, 29 nov. 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=509255&num_registro=200400609729&data=20041129&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 13.719/TO*. Relator: Min. Jorge Scartezini. Diário de Justiça, Brasília, 26 abr. 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=420607&num_registro=200101187456&data=20040426&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

35 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). *Recurso Especial 237.712/RS*. Relator: Min. Vicente Leal. Diário de Justiça, Brasília, 15 maio 2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199901017106&dt_publicacao=15-05-2000&cod_tipo_documento=. Acesso em: 10 jan. 2019.

36 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *Recurso Especial 154.584/RN*. Relator: Min. Gilson Dipp. Diário de Justiça, Brasília, 7 fev. 2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também adotou, nos primeiros anos que se sucederam à nova ordem constitucional, o posicionamento clássico em alguns julgados, tais como MS 21.870/DF³⁷ e Ag. Reg. no RE 421.938/DF³⁸. Paralelamente, contudo, em outras decisões, ampliou, aos poucos, as hipóteses em que reconhece o direito subjetivo à nomeação. Manteve a redação da Súmula n. 15, já mencionada, e, ao longo dos anos, evoluiu para o reconhecimento de outras hipóteses.

Passou a admitir tal direito nos casos em que existe recusa arbitrária da Administração em realizar a nomeação para cargos cuja necessidade de provimento resta comprovada, nomeando apenas parte dos aprovados e deixando escoar o prazo de validade do concurso para viabilizar a nomeação de candidatos em concurso posterior. No caso concreto, enfrentado pelo STF, o certame previa o preenchimento das vagas existentes e das que surgissem no prazo de validade do concurso. A Administração nomeou apenas parte dos aprovados e indeferiu, arbitrariamente, a prorrogação do concurso. A decisão foi proferida no julgamento do RE 192.568/PI³⁹. Veja-se elucidativo trecho da ementa:

O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge

registro=199700808394&dt_publicacao=07-02-2000&cod_tipo_documento=. Acesso em: 10 jan. 2019.

37 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 21.870/DF*. Relator: Min. Carlos Velloso Tribunal Pleno. Diário de Justiça, Brasília, 19 dez. 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85628>. Acesso em: 10 jan. 2019.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 421.938/DF*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Diário de Justiça, Brasília, 2 jun. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=342261>. Acesso em: 10 jan. 2019.

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário 192.568/PI*. Relator: Min. Marco Aurélio. Diário de Justiça, Brasília, 13 set. 1996. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=232841>. Acesso em: 10 jan. 2019.

configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. “Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na sequência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subsequentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias” (Celso Antonio Bandeira de Mello, “Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta”, página 56).

O STF também passou a reconhecer o direito à nomeação nos casos em que a Administração se recusa a chamar os candidatos aprovados em concurso, mas, ao mesmo tempo, promove contratação de pessoal a título precário para exercer as funções inerentes ao cargo cujas vagas foram disponibilizadas no concurso. Julgamento, nesse sentido, foi proferido no RE 273.605/SP⁴⁰:

Recurso extraordinário. Administrativo. Concurso público. [...]. 2. Acórdão que negou provimento à apelação, assentando a inexistência de direito subjetivo à nomeação de candidatos aprovados em concurso para provimento de cargo de Professor Assistente. 3. Criação de dois cargos de Professor Assistente no Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, quando se encontrava em pleno curso o tempo de eficácia do concurso público. Ocorrência de contratação de professores e renovação de contrato. 4. Precedente da Turma no RE 192.569-PI, em que se assegurou a nomeação de concursados, eis que existentes vagas e necessidade de pessoal. 5. Constituição, art. 37, IV. Prequestionamento verificado. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário 273.605/SP*. Relator: Min. Néri da Silveira. Diário de Justiça, Brasília, 28 jun. 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=259529>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Outra importante decisão da Suprema Corte é a referente ao RMS 23.657/DF⁴¹, na qual foi reconhecido o direito à nomeação dos aprovados dentro do número de vagas do edital:

CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - VAGAS - PREENCHIMENTO. O anúncio de vagas no edital de concurso gera o direito subjetivo dos candidatos classificados à passagem para a fase subsequente e, alfim, dos aprovados, à nomeação. Precedente: Recurso Extraordinário n. 192.568-0/PI, Segunda Turma, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 13 de setembro de 1996.

Florivaldo Dutra de Araújo (2010, p. 90) ressalta, todavia, a particularidade do julgamento em questão, à época em que ocorrido:

Contudo, o caso julgado nesse processo guarda uma particularidade. É que as normas editalícias previam um Curso de Formação como segunda fase do certame, ao qual teriam acesso os candidatos classificados nas posições correspondentes ao dobro do número de vagas previstas. Mas também se previa que os candidatos aprovados na primeira fase poderiam participar da segunda fase para fins de provimento não só das vagas já fixadas, mas daquelas estabelecidas em outros editais que viessem a ser publicados. Com base nisso, aberto novo concurso e negado o direito de continuidade na disputa dos candidatos aprovados na primeira etapa do certame anterior, ambas as Turmas do STF entenderam que esses candidatos tiveram ferido seu direito de precedência e determinaram que ele fosse observado.

Em relação à previsão de direito à nomeação em lei ou regulamento, como já mencionado, o STF chegou a proferir decisões admitindo a existência do direito nesses casos. Posteriormente, no entanto, passou a entender de forma diversa, a exemplo do julgamento do RE 229.450, no qual houve declaração incidental da inconstitucionalidade do art. 77, VII, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que previa o direito à nomeação, no prazo máximo de cento e oitenta dias, do candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 23.657/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Diário de Justiça, Brasília, 9 nov. 2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116031>. Acesso em: 10 jan. 2019.

O mesmo entendimento se repetiu no julgamento do RE 191.089/RJ, supramencionado, e foi confirmado na ADI 2.931, em que o STF declarou inconstitucional o referido art. 77, VII.

A Suprema Corte entendeu, por maioria de votos, que a previsão do direito à nomeação na Constituição do Estado do Rio de Janeiro violava o princípio da separação de poderes, pois, nos termos do art. 61, § 1º, inciso II, alínea c, da CRFB/1988, é de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo a lei que dispoña sobre servidores públicos, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria.

Além disso, consignou-se no julgamento que, muito embora o candidato aprovado em concurso tenha o direito à nomeação, segundo a ordem de classificação, dentro do prazo de validade do edital, e tenha, ainda, o direito de preferência em relação aos aprovados em concurso posterior, desde que não escoado o prazo de validade do primeiro, a Administração possui discricionariedade para realizar a nomeação, dentro desses parâmetros. Em outras palavras, o Poder Público dispõe de conveniência e oportunidade para decidir o momento em que irá convocar o candidato, dentro do prazo de validade do certame, que está expressamente previsto na CRFB/1988, sendo inconstitucional a previsão em lei ou constituição estadual de um prazo para nomeação.

No julgamento do RE 227.480/RJ⁴², o STF entendeu existir direito subjetivo à nomeação no caso em que a Administração deixou escoar o prazo de validade do concurso sem nomear os aprovados e, passados apenas quinze dias do fim do prazo de validade, realizou concurso interno para preenchimento, por ascensão funcional, das vagas existentes. Veja-se excerto da ementa do acórdão:

42 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário 227.480/RJ*. Relatora para o acórdão: ministra Cármen Lúcia. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 21 ago. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601216>. Acesso em: 10 jan. 2019.

1. Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. 2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário.

Interessante destacar o seguinte trecho do voto do ministro Carlos Ayres Britto, que aponta a importância da proteção da confiança do cidadão, e do candidato, no caso em análise:

Em suma, se é verdade que os candidatos aprovados em concurso público, em se tratando de conveniência e oportunidade da nomeação, estão sujeitos à discricionariedade da Administração Pública, não menos verdadeiro é que essa discricionariedade é de ser exercida legitimamente. Ora, os candidatos não podem ficar reféns de conduta que, deliberadamente, deixa escoar o prazo de validade do concurso para, em seguida, prover os cargos mediante nomeação de novos concursados ou, o que é muito pior, por meio de inconstitucional provimento derivado. O exercício do poder discricionário da Administração Pública se funda também na lealdade, esta como um dos conteúdos do princípio da moralidade. *Lealdade, como proteção da confiança do administrado, portanto.* (Grifo nosso).

Emblemática foi a decisão tomada em sede de Repercussão Geral, tema 161, em que o STF fixou o entendimento de que o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital possui direito subjetivo à nomeação. É dizer, se o edital do concurso público prevê um determinado número de vagas, a Administração está obrigada a nomear, durante o prazo de validade do concurso, todos os candidatos aprovados dentro desse número. O momento da nomeação pode ser definido pela Administração, desde que seja dentro do prazo de validade do certame.

Afinal, se o próprio ente público expressou publicamente que necessita, no mínimo, do número de servidores equivalente às vagas do edital, não pode deixar de nomeá-los, sob pena de violação aos princípios da proteção à confiança, razoabilidade, moralidade, impessoalidade e eficiência, entre outros. A publicação do

edital com o número de vagas gera um dever de nomeação para a Administração Pública, que, por sua vez, faz surgir o correlato direito à nomeação do candidato.

Trata-se do julgamento proferido no RE 598.099/MS⁴³, em 10 de agosto 2011, do qual se extrai o seguinte trecho da ementa do acórdão:

I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. [...] II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. [...] Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

Interessante notar que, no julgado, a Suprema Corte destaca a importância do princípio da proteção à confiança para o embasamento da tese do direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas do edital. Quando a Administração Pública lança um edital de concurso público com um determinado número de vagas, demonstra publicamente a necessidade do provimento daqueles cargos, e cria no candidato

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 598.099/MS*. Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 3 out. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628215>. Acesso em: 10 jan. 2019.

que se inscreve no certame a expectativa de que tais vagas serão preenchidas. O candidato deposita sua confiança no comportamento racional e estável do Poder Público.

Assim, a Administração tem o dever de agir de boa-fé e seguir as regras do edital, nomeando os aprovados dentro do número de vagas por ela ofertadas, em observância ao princípio da segurança jurídica, na vertente da proteção à confiança. A incidência do princípio da proteção à confiança garante a existência de direito subjetivo à nomeação, impondo limites ao agir estatal arbitrário. Ao mesmo tempo, a garantia do direito à nomeação se coaduna com a regra constitucional do concurso público e com os princípios da publicidade, isonomia, transparência e impessoalidade.

A recusa à nomeação somente se justifica em situação excepcional, que seja superveniente, imprevisível, grave e em que a ausência de nomeação seja realmente necessária. A superveniência significa que o fato impeditivo da nomeação deve ser posterior à publicação do edital. A imprevisibilidade evidencia que o fato deve ser extraordinário e que não poderia ter sido previsto à época da publicação do edital. A gravidade, por sua vez, indica que o fato deve ser extremamente penoso, a ponto de implicar onerosidade excessiva, dificuldade ou impossibilidade de se realizar a nomeação. Por fim, a necessidade denota que a medida de não nomear os aprovados deve ser indispensável, por não haver outra forma menos gravosa de solucionar o fato excepcional e imprevisível. O julgado ressalta, ainda, que a decisão de não nomear os aprovados dentro do número de vagas do edital deve ser sempre motivada, e pode ser alvo de controle pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, encontra-se decisão relativamente recente, agora do STJ, no sentido de que o candidato aprovado dentro do número de vagas não terá direito subjetivo à nomeação se o edital previr que essas vagas serão preenchidas conforme disponibilidade orçamentária:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO SELETIVO. ART. 37, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTRATAÇÃO TEMPO-

RÁRIA. LEI ESTADUAL N. 500/74. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO EM EDITAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO, TENDO EM VISTA EXPRESSA PREVISÃO NO EDITAL SOBRE A POSSIBILIDADE DE PREENCHIMENTO DE NÚMERO INFERIOR OU SUPERIOR ÀS VAGAS COLOCADAS EM CERTAME.

Por sua vez, o candidato aprovado fora do número de vagas, em princípio, não possui direito à nomeação. Nesse sentido, o trecho do voto do relator ministro Mauro Campbell Marques, do STJ, no julgamento do Ag. Rg. nos EDcl nos EDcl no Ag 1.398.319/ES⁴⁴:

A orientação jurisprudencial desta Corte Superior reconhece a existência de direito líquido e certo à nomeação de candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital. Por outro lado, eventuais vagas criadas/surgidas no decorrer da vigência do concurso público, por si só, geram apenas mera expectativa de direito ao candidato aprovado em concurso público, pois o preenchimento das referidas vagas está submetido à discricionariedade da Administração Pública.

E, na mesma linha, as seguintes decisões do STJ: RMS 33.875/MT⁴⁵ e Ag. Rg. no REsp 1.234.880/RS⁴⁶.

44 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 1.398.319/ES*. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 9 mar. 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1126708&num_registro=201100269604&data=20120309&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

45 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 33.875/MT*. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 22 jun. 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1156164&num_registro=201100369268&data=20120622&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

46 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial 1.234.880/RS*. Relator: Min. Humberto Martins. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27 out. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1098688&num_registro=201100244901&data=20111027&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

Contudo, no julgamento do RE 581.113/SC⁴⁷, o STF decidiu que a Administração, é certo, não está obrigada a prorrogar o prazo de validade dos concursos públicos; porém, se novos cargos vêm a ser criados, durante tal prazo de validade, mostra-se de todo recomendável que se proceda a essa prorrogação.

Assim:

Na hipótese de haver novas vagas, prestes a serem preenchidas, e razoável número de aprovados em concurso ainda em vigor quando da edição da Lei que criou essas novas vagas, não são justificativas bastantes para o indeferimento da prorrogação da validade de certame público razões de política administrativa interna do Tribunal Regional Eleitoral que realizou o concurso.

No caso concreto, houve a criação de novos cargos antes do escoamento do prazo de validade do concurso e, além disso, a Administração optou por não prorrogar o certame. Interessante notar a particularidade da situação, pois, à época, o presidente do Tribunal Superior Eleitoral pleiteou a aprovação da lei que criaria os novos cargos e, quando isso ocorreu, havia concurso público vigente, o qual não foi aproveitado para o preenchimento dos cargos vagos previstos para o ano de 2004. A intenção do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, ao não prorrogar o concurso, era manter no órgão os servidores requisitados, alegando que eles possuíam mais experiência e se tratava de ano eleitoral e, posteriormente, seria aberto novo concurso para o preenchimento daquelas vagas. Nesse julgado, o STF reconheceu o direito à nomeação dos candidatos em relação às vagas que surgiram durante o prazo de validade do concurso.

Encontra-se, ainda, decisão do STJ no sentido de que, embora surjam novas vagas dentro do prazo de validade do concurso, o

47 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Recurso Extraordinário 581.113/SC*. Relator Min. Dias Toffoli. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 31 maio 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623580>. Acesso em: 10 jan. 2019.

candidato aprovado fora do número de vagas inicialmente previstas permanece sem direito a nomeação em caso de indisponibilidade orçamentária, conforme julgamento do RMS 37.700/RO⁴⁸:

CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO CADASTRO DE RESERVA PREVISTO EM EDITAL. ABERTURA DE NOVAS VAGAS NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PARA A REALIZAÇÃO DAS NOMEAÇÕES. COMPROVAÇÃO.

Outrossim, o STJ já decidiu pela existência de direito à nomeação quando o edital oferece, juntamente com as vagas expressamente previstas, outras vagas que surgirem dentro do prazo de validade do concurso. A esse respeito, menciona-se a decisão proferida pelo STJ no MS 18.881⁴⁹:

4. *In casu*, a impetrante foi classificada na 81^a posição para o cargo de Administrador da Advocacia-Geral da União, cujo Edital previu originária e expressamente a existência de 49 vagas, acrescidas dos cargos que vagarem durante o período de validade do concurso público; diante da existência de 45 cargos vagos, além daqueles 49 referidos, impõe-se reconhecer o direito líquido e certo da impetrante à nomeação e posse no cargo para o qual foi devidamente habilitada dentro do número de vagas oferecidas pela Administração.

Ressalta-se que o STF proferiu recente decisão sobre a questão do candidato aprovado fora do número de vagas do edital, no julgamento do RE 837.311/PI – Repercussão Geral, ocorrido em 9 de dezembro de 2015, que será apresentado de forma mais detalhada adiante.

48 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Recurso em Mandado de Segurança 37.700/RO*. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 10 abr. 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1221590&num_registro=201200829442&data=20130410&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

49 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança 18.881*. Relator: Min. Napoleão Maia Filho. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 5 dez. 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25898145&num_registro=201201553453&data=20121205&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

Caso o edital não preveja um número determinado de vagas, entende-se que, ao menos, o candidato aprovado em primeiro lugar possui direito à nomeação. Até porque, como mencionado alhures, somente faz sentido a Administração promover um concurso público se tiver a intenção de nomear os aprovados, a menos que haja situação excepcional devidamente justificada para a ausência de nomeação. Nesse sentido, a decisão do STJ no AgRg no RMS 33.426⁵⁰:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PARA O QUADRO DE CARREIRA DO MAGISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CANDIDATA APROVADA EM PRIMEIRO LUGAR. DIREITO À NOMEAÇÃO. CONTROVÉRSIA DECIDIDA PELO STF NO JULGAMENTO DO RE 598.099/MS. AGRAVO IMPROVIDO, ACOMPANHANDO O RELATOR.

Na esteira do entendimento que vem sendo adotado pela Suprema Corte, no ano de 2014, a 2ª Turma do STF proferiu decisão conferindo o direito à nomeação ao candidato quando a Administração Pública se utiliza da terceirização para contratar mão de obra que deveria ser preenchida pelos aprovados em concurso público vigente. Trata-se do segundo julgamento no AgRg no RE com Agravo 774.137/BA⁵¹. Na situação fática, a Administração contratou escritório de advocacia terceirizado, quando deveria ter nomeado os aprovados em concurso para o cargo de advogado, ocorrência que ainda é bastante comum na atualidade.

50 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 33.426*. Rel. para o acórdão: Min. Teori Albino Zavascki. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30 ago. 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1045589&num_registro=201002176950&data=20110830&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Segundo Julgamento no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 774.137/BA*. Relator: Min. Teori Zavascki. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 out. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7065463>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Segundo o STF, a terceirização nesses casos é ilícita, e a hipótese equivale à preterição na ordem de classificação, ensejando o direito à nomeação do candidato. Veja-se o seguinte trecho da ementa do acórdão:

3. Conforme orientação pacífica desta Corte, a ocupação precária por terceirização para desempenho de atribuições idênticas às de cargo efetivo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, configura ato equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, ensejando o direito à nomeação (ARE 776.070-AgR, rel. min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, *DJe* de 22.3.2011; ARE 649.046-AgR, rel. min. LUIZ FUX, Primeira Turma, *DJe* de 13.9.2012). 4. Agravo regimental desprovido.

Em seu voto, o ministro relator Teori Zavascki, citando o precedente do AgRg no AI 776.070/MA⁵², aponta a ocorrência de desvio de finalidade no ato administrativo que se utiliza da terceirização para contratação precária de mão de obra, que deveria ser preenchida com a nomeação dos candidatos aprovados em concurso:

É pacífico nesta Corte o entendimento de que “a ocupação precária, por comissão, terceirização ou contratação temporária, de atribuições próprias do exercício de cargo efetivo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, equivalente à preterição da ordem de classificação no certame, fazendo nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do art. 37, inc. IV, da Constituição Federal” (ARE 776.070-AgR, rel. min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, *DJe* de 22.3.2011).

Também terá direito à nomeação o candidato que, embora tenha sido aprovado fora do número de vagas previstas no edital, passa a se enquadrar dentro do número de vagas em decorrência da desistência

52 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 776.070/MA*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 22 mar. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620820>. Acesso em: 10 jan. 2019.

de candidato que havia sido classificado dentro das vagas. Veja-se, por exemplo, a decisão proferida pelo STF no ARE 866.016 AgR/PI⁵³:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Concurso público. Candidata aprovada, inicialmente, fora do número de vagas do edital. Desistência de candidato mais bem classificado, passando aquela a figurar dentro do número de vagas previsto no edital. Direito à nomeação. Precedentes.

Decisão semelhante foi proferida no ARE 661.760 AgR/PB⁵⁴.

Nos julgamentos do RE 643.674⁵⁵ e do ARE 675.202 AgR/PB⁵⁶, o STF decidiu que o direito à nomeação

também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior.

No mesmo sentido decidiu a primeira turma do STJ⁵⁷ (BRASIL, 2015), em 18 de agosto 2015:

53 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 866.016/PI*. Relator: Min. Dias Toffoli. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 9 jun. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8643042>. Acesso em: 10 jan. 2019.

54 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 661.760/PB*. Relator: Min. Dias Toffoli. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 29 out. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4775952>. Acesso em: 10 jan. 2019.

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 643.674/AL*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 28 ago. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4388204>. Acesso em: 10 jan. 2019.

56 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 675.202/PB*. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 22 ago. 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4366534>. Acesso em: 10 jan. 2019.

57 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 48.266-TO*. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 27 ago. 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/>

1. A desistência de candidatos aprovados dentro do número de vagas previsto no edital do certame resulta em direito do próximo classificado à convocação para a posse ou para a próxima fase do concurso, conforme o caso.

Constata-se, do exposto, que entendem os tribunais superiores, acertadamente, que, ao prever determinado número de vagas no edital, a Administração demonstra a necessidade e o interesse no seu provimento. Consequentemente, essas vagas devem ser preenchidas, de forma que, se houver desistência do candidato aprovado dentro do número de vagas, surgirá para o candidato aprovado fora do número de vagas, em classificação imediatamente posterior, o direito à nomeação.

Não se pode deixar de mencionar, ainda, a recentíssima decisão proferida pelo STF, em sede de Repercussão Geral, nos autos do RE 837.311/PI⁵⁸, julgado em nove de dezembro de 2015, Informativos 803⁵⁹ e 811⁶⁰. No julgamento, a Suprema Corte ressaltou que

o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade de concurso não geraria, automaticamente, um direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas do edital, nem mesmo que novo concurso fosse aberto durante a validade do primeiro.

A Administração Pública possui discricionariedade para avaliar a conveniência e oportunidade de prover as vagas que surgirem durante o prazo de validade do concurso.

revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1428736&num_registro=201501026800&data=20150827&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

58 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 837.311/PI*. Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 18 abr. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10744965>. Acesso em: 10 jan. 2019.

59 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo 803*. Disponível em: [http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo803.htm#ConcConcpúblico:direito subjeto à nomeação e surgimento de vagas - 1](http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo803.htm#ConcConcpúblico:direito%20subjeto%20%C3%A0%20nomea%C3%A7%C3%A3o%20e%20surgimento%20de%20vagas%20-%201). Acesso em: 10 jan. 2019.

60 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo 811*. Disponível em: [http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo811.htm#ConcConcpúblico:direito subjeto à nomeação e surgimento de vagas - 4](http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo811.htm#ConcConcpúblico:direito%20subjeto%20%C3%A0%20nomea%C3%A7%C3%A3o%20e%20surgimento%20de%20vagas%20-%204). Acesso em: 10 jan. 2019.

Contudo, como bem ressaltou a decisão, isso não significa, de forma alguma, que o administrador é livre para fazer o que bem entender, de forma irresponsável e desarrazoada. Ao contrário, a discricionariedade administrativa deve ser pautada por certas premissas, devendo basear-se nos direitos fundamentais e nos princípios da boa-fé, eficiência, impessoalidade, moralidade e proteção da confiança, que são corolários do Estado de Direito. Veja-se que a proteção à confiança foi, mais uma vez, invocada pela Suprema Corte para delimitar a atuação administrativa no que tange à nomeação em concurso público. Além disso, surgindo novas vagas durante o prazo de validade do concurso, a Administração não pode, simplesmente, deixar escoar tal prazo com o intuito de realizar concurso posterior para o preenchimento dessas vagas. A ausência de nomeação dos aprovados no certame anterior deve ser devidamente motivada.

Assim, o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso não gera automaticamente o direito à nomeação, mas tal direito passará a existir quando a Administração Pública demonstrar, inequivocamente, a necessidade do preenchimento de tais vagas e, não obstante, deixar escoar o prazo de validade de forma injustificada, com o objetivo de nomear os aprovados em certame posterior.

No informativo 811, o STF fixou a seguinte tese:

Assim, o direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público exsurge nas seguintes hipóteses: a) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; b) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; e c) quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.

Esse julgamento, assim como outros recentemente realizados pelo STF, demonstra a preocupação da Suprema Corte em fixar teses de Repercussão Geral sobre o direito à nomeação, o que auxilia, sobremaneira, na minimização das controvérsias a respeito do tema.

Interessante reflexão é pensar o direito à nomeação sob a perspectiva da grave crise econômica vivenciada pelo Brasil na atua-

lidade. Não raro, tem-se presenciado casos em que os candidatos aprovados dentro do número de vagas do edital não estão sendo nomeados por falta de disponibilidade orçamentária. Se o prazo de validade desses concursos expirar sem a nomeação dos aprovados dentro do número de vagas, a solução da questão pode ser pensada a partir dos parâmetros fixados no julgamento do RE 598.099, no sentido de que situações excepcionais podem justificar a ausência de nomeação. Mas, para tanto, a circunstância impeditiva deve ser superveniente à publicação do edital, imprevisível, grave a ponto de implicar onerosidade excessiva ou até mesmo impossibilidade de nomeação, e a decisão de não nomear deve ser extremamente necessária, isto é, só deve ser tomada quando não houver outro meio menos gravoso. Tal raciocínio harmoniza-se com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois da Administração também não se pode exigir o impossível. Ademais, salienta-se a exigência de fundamentação da decisão.

5 Conclusão

O Estado de Direito confere direitos e impõe deveres tanto para a Administração Pública quanto para os cidadãos, de forma que a relação entre Estado e particular possui limites pautados em diversas premissas, entre elas a boa-fé e a tutela da confiança.

Exemplo disso é o estudo jurisprudencial efetuado neste artigo, que demonstra a substancial mudança no entendimento clássico de que o candidato aprovado em concurso público não possui direito subjetivo à nomeação. O antigo pensamento dava abertura ao cometimento de diversos abusos por parte da Administração Pública, de forma que a atual posição majoritária, em constante evolução e aprimoramento, se coaduna com as diretrizes do Estado de Direito e com a proteção da confiança.

Atualmente, portanto, pode-se dizer que, na esteira da jurisprudência dos tribunais superiores, haverá direito subjetivo à nomeação nas seguintes hipóteses: a) quando houver preterição na ordem de classificação; b) quando houver recusa arbitrária em nomear, ao demonstrar, de forma inequívoca, a necessidade do provimento do

cargo; c) quando houver contratação de pessoal a título precário para exercer as atividades inerentes ao cargo para o qual há candidatos aprovados em concurso; d) quando a Administração deixa escoar o prazo de validade do concurso sem nomear os aprovados, de forma injustificada, e, logo depois, realiza novo certame; e) quando houver candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital; f) quando houver contratação por terceirização ilícita para burlar realização de concurso; g) quando o candidato aprovado dentro do número de vagas apresentar desistência, o próximo candidato na ordem de classificação, aprovado fora do número de vagas, terá direito à nomeação; h) quando no edital não estiver previsto número de vagas, ao menos o candidato aprovado em primeiro lugar terá direito à nomeação.

Dito de outra forma, as hipóteses de direito à nomeação são, em suma, as fixadas na tese de Repercussão Geral do julgamento do RE 837.311/PI, quais sejam: a) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas previsto no edital; b) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; e c) quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da Administração.

Por outro lado, não haverá direito à nomeação: a) para o candidato aprovado fora do número de vagas, em princípio; b) mesmo com existência de previsão legal de prazo para a nomeação, o que não garante tal direito, conforme decidido na ADI 2.931, na qual o STF entendeu ser inconstitucional a imposição de prazo, tendo o ente público discricionariedade para convocar o candidato dentro do período de validade do concurso; c) quando a nomeação de candidato é feita por determinação judicial, pois nessa hipótese não se pode dizer que houve preterição na ordem de classificação.

Não obstante, o candidato nomeado em decorrência de medida liminar ou de qualquer outra decisão judicial de natureza precária não pode alegar a teoria do fato consumado nem o princípio da proteção à confiança para a sua manutenção no cargo, uma vez que, desde o princípio, sabia da precariedade da medida

judicial. Uma vez revogada a liminar, a situação retorna ao *status quo ante*. Assim decidiu recentemente o plenário do STF, em sede de Repercussão Geral, no RE 608.482/RN⁶¹ – Informativo 753.

Essa decisão é um exemplo de que, embora a proteção da confiança esteja sendo utilizada para embasar as diversas hipóteses de direito subjetivo à nomeação, ela não pode ser empregada como manobra jurídica pelo candidato que deseja, a qualquer custo, ter garantida a sua permanência em cargo público, quando a nomeação se deu de forma precária. A proteção à confiança é instrumento de tutela do cidadão em face dos arbítrios da Administração Pública, mas não pode ser utilizada como meio de perpetuação de ilegalidades, sob pena de se ver frustrado o direito legítimo à nomeação dos outros candidatos.

Conclui-se, portanto, que o princípio da proteção à confiança está diretamente relacionado ao avanço no reconhecimento das hipóteses de direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público. O entendimento jurisprudencial majoritário sobre o tema, balizado na tutela da confiança, fortalece o Estado Democrático de Direito e contribui para a consolidação do dever de boa-fé nas relações jurídicas, tanto entre particulares quanto entre Estado e cidadãos.

Referências

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Concurso público e direito à nomeação: nem tanto ao mar, nem tanto à terra. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XXVIII (Edição Especial), v. 28, p. 86-100, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso em Mandado de Segurança 35.211/SP. Relator: Min. Mauro Campbell

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 608.482/RN*. Relator: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 30 out. 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088200>. Acesso em: 10 jan. 2019.

Marques. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 09 abr. 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1220536&num_registro=201101784185&data=20130409&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. Aspectos relevantes do concurso público. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XXVIII (Edição Especial), v. 28, p. 101-148, 2010.

DIAS, Francisco Mauro; MIGUEL FILHO, Theophilo Antonio. Aprovação em concurso público e direito subjetivo à nomeação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 228, p. 177-182, abr./jun. 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1966.

MELO, Cristina Andrade. Direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas: análise da evolução jurisprudencial desde o Enunciado n. 15 da Súmula do STF. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 6, n. 1-2, p. 53-63, jan./dez. 2009.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/1999). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, p. 1-48, abr./maio/jun. 2005.